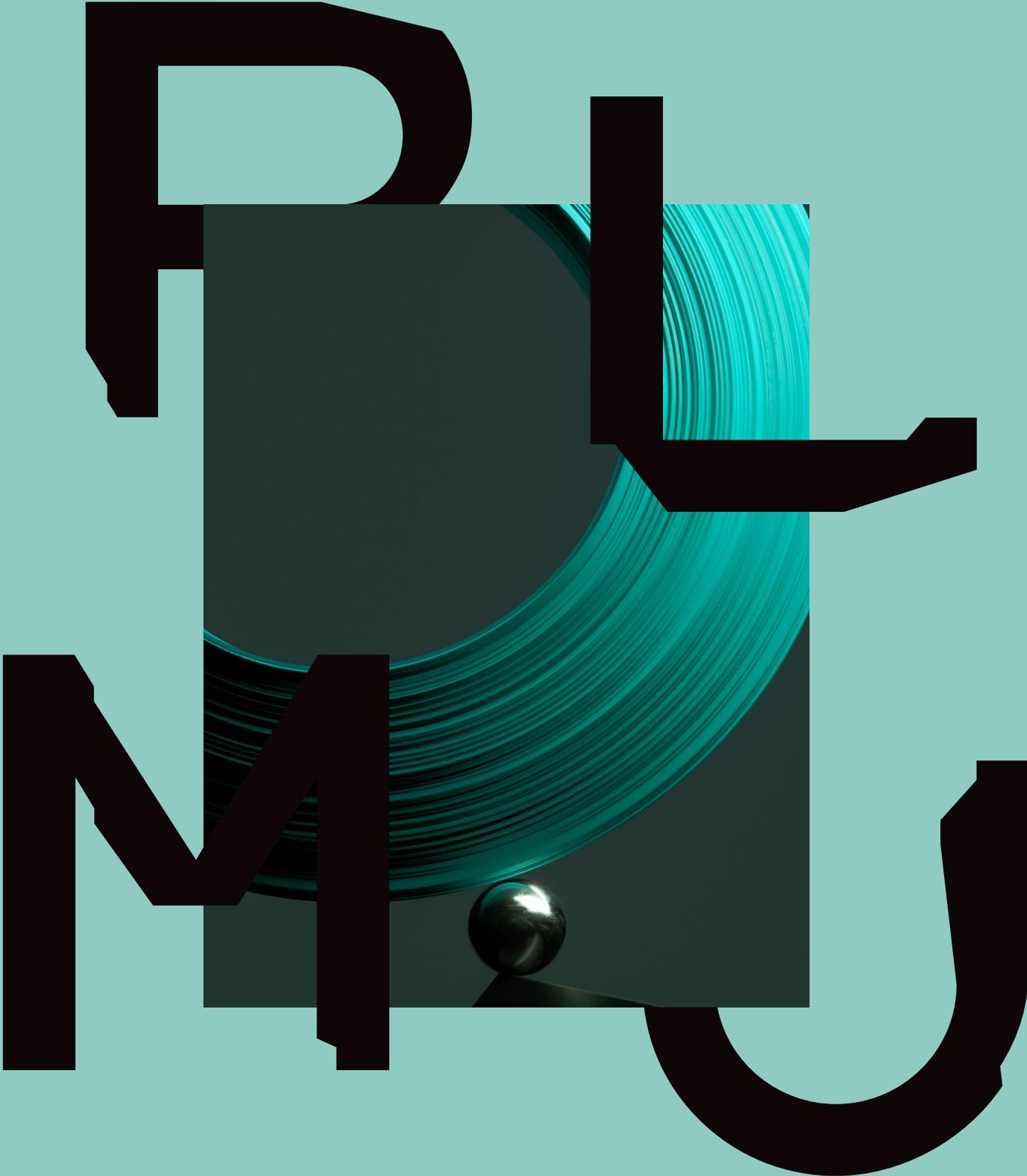


RESTRUCTURING REVIEW

01

2021



Transformative
Legal
Experts

Ficha técnica

Título

PLMJ Restructuring Review

Coordenação editorial

João Tiago Morais Antunes
Nuno Miguel Lourenço

Coordenação científica

Manuela Tavares Morais

Revisão editorial

Mafalda Oliveira Cordeiro

Proprietário

PLMJ Advogados, SP, RL

Morada

Av. Fontes Pereira de Melo, 43
1050-119 Lisboa, Portugal

Contacto

plmjlaw@plmj.pt
(+351) 213 197 300

Periodicidade

Anual

Autores

Carla Góis Coelho

Associada coordenadora PLMJ

Carolina Inverno Branco

Estagiária PLMJ

Catarina Guedes de Carvalho

Associada coordenadora PLMJ

Dinis Tracana

Associado sénior PLMJ

Francisco da Cunha Matos

Associado PLMJ

Gabriela de Mendonça Santos

Associada PLMJ

Iñaki Carrera

Associado sénior PLMJ

João Rodrigues

Estagiário PLMJ

João Tiago Morais Antunes

Sócio PLMJ

Joaquim Shearman de Macedo

Sócio PLMJ

Madalena Perestrelo de Oliveira

Consultora PLMJ

Manuel Sequeira

Associado sénior PLMJ

Margarida Canas Correia

Estagiária PLMJ

Margarida Ferraz de Oliveira

Associada PLMJ

Mariana Nunes Martins

Associada PLMJ

Nuno Miguel Lourenço

Associado coordenador PLMJ

Pedro Rosa

Associado sénior PLMJ

Petra Carreira

Associada sénior PLMJ

Rita Calafate

Associada PLMJ

Rita Folhadela

Associada sénior PLMJ

Rita Samoreno Gomes

Sócia PLMJ

Rute Marques

Associada coordenadora PLMJ

Sara Alves Lourenço

Estagiária PLMJ

Tiago Guerreiro

Associado PLMJ

Índice

1	CARLA GÓIS COELHO TIAGO GUERREIRO Os credores controladores e o risco de subordinação do seu crédito	P.11
2	CATARINA GUEDES DE CARVALHO Principais diferenças entre os regimes da Insolvência, PER, RERE e PEVE Qual a melhor opção para uma empresa que quer manter a atividade, mas reestruturar o seu passivo?	P.19
3	DINIS TRACANA JOÃO RODRIGUES O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas: Uma breve análise dos principais aspetos fiscais	P.31
4	FRANCISCO DA CUNHA MATOS A latitude do efeito cominatório previsto na fase de verificação de créditos no processo de insolvência e no PER	P.39
5	GABRIELA DE MENDONÇA SANTOS RITA CALAFATE O Prazo de Caducidade da Resolução em Benefício da Massa Insolvente Comentário a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.12.2020	P.49
6	IÑAKI CARRERA SARA ALVES LOURENÇO O <i>Legal Finance</i> e a Empresa em Crise	P.55
7	JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES PETRA CARREIRA A Diretiva (UE) 2019/1023 Transposição à vista?	P.63
8	JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO MARGARIDA FERRAZ DE OLIVEIRA O princípio <i>No Creditor Worse Off</i> na Resolução Bancária	P.71
9	MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA PEDRO ROSA Processo Especial de Revitalização e Despedimento Coletivo: Dois procedimentos inconciliáveis?	P.75
10	MANUEL SEQUEIRA MARGARIDA CANAS CORREIA Transmissão de estabelecimentos no PER Admissibilidade do <i>trespasse</i> (em especial, o saneamento por transmissão), fusão e cisão	P.87
11	NUNO MIGUEL LOURENÇO MARIANA NUNES MARTINS Tem o devedor a faculdade de impor a renegociação contratual no quadro de processos pré-insolvenciais e insolvenciais?	P.123
12	RITA SAMORENO GOMES RUTE MARQUES A legitimidade do insolvente para intentar ou prosseguir com uma ação judicial à margem do administrador da insolvência e da massa insolvente	P.133
13	RITA FOLHADELA CAROLINA INVERNO BRANCO Da necessidade de modificação dos planos de recuperação perante uma alteração anormal das circunstâncias: O caminho para uma solução	P.139

Prefácio

Nuno Líbano Monteiro

Sócio sénior da equipa de Reestruturação & insolvência

Quando comecei a advogar, a falência encontrava-se definida no artigo 1135.º do Código de Processo Civil, o qual rezava, tão simplesmente, que “[o] comerciante impossibilitado de cumprir as suas obrigações considera-se em estado de falência”, sendo que esta definição já vinha do CPC de 1939. Hoje, o CIRE esclarece no artigo 3.º que “[é] considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”. À primeira vista, parece não ter havido uma grande evolução. Mas houve, e se há área do direito que acompanha as linhas sinusoidais da economia é, precisamente, a da insolvência e, com esta, a doutrina e a jurisprudência. O que no século passado era quase uma ciência oculta, reservada a alguns interessados em liquidações de patrimónios e negócios de seriedade por vezes duvidosa, tornou-se numa ciência sofisticada e desafiante, com regras e princípios próprios que, em benefício universal dos credores e preponderância crescente na reestruturação dos devedores, não raras vezes põe em causa o direito de propriedade ou o princípio do *pacta sunt servanda*, se o cumprimento dos negócios for prejudicial à massa insolvente.

Já com alguns anos de prática forense, tenho para mim que atingi a idade adulta na profissão quando me apercebi que num processo para o qual, enquanto estagiário, minutei uma reclamação de créditos (tratava-se da falência de um estabelecimento hoteleiro), anos mais tarde constatei que o mesmo se encontrava *já* (como se encontra ainda) na fase do rateio – rateio esse que teima em não terminar face à multiplicação de habilitações de herdeiros e cessionários! Pois bem, também neste aspeto a evolução da insolvência foi brutal. Se atentarmos nas estatísticas da Justiça, verificamos uma acentuadíssima redução da duração dos processos insolvenciais.

Mas a grande novidade foi, sem dúvida, o proliferar de meios preventivos da insolvência, com especial incidência no Processo Especial de Revitalização e nos Planos de Recuperação. Em escassos meses, se o processo for tratado de forma séria, é agora possível recuperar uma empresa cujo destino, há uns anos atrás, era a liquidação.

Procurando sintetizar o objetivo do regime insolvencial numa frase, à luz das últimas alterações legislativas do CIRE e substanciadas na criação de novos regimes menos judicializados ou mesmo desjudicializados, diria que o seu marcado propósito é o de erradicar do mercado as empresas económica e financeiramente inviáveis e recuperar aquelas que, tendo lugar na economia, estão financeiramente incapazes.

As poucas linhas que acima escrevi demonstram que uma tão grande evolução foi motora da especialização e da interpenetração das várias áreas do direito e da própria economia, ao ponto de hoje em dia se considerar a insolvência, ela própria, como um ramo novo do direito.

Dito isto, é com orgulho que vejo o lançamento da Revista de Insolvência e Reestruturação da PLMJ. Quando há vários anos comecei a dedicar-me às matérias da insolvência e da reestruturação e decidi constituir uma equipa de verdadeiros especialistas nesta área, estava longe de imaginar que chegasse o momento em que PLMJ desse início a uma publicação desta natureza.

A Revista de Insolvência e Reestruturação da PLMJ lembra-me as palavras do Padre António Vieira: “[s]ó existimos nos dias em que fazemos. Nos dias em que não fazemos apenas duramos”. Com esta publicação, PLMJ demonstra que dura e perdura, mas que, acima de tudo, faz! Continua a fazer e continuará a fazer!

Parabéns a todos os que conceberam, organizaram e participaram na Revista de Insolvência e Reestruturação da PLMJ.

Introdução

João Tiago Morais Antunes

Sócio na área de Resolução de Litígios

Nuno Miguel Lourenço

Associado coordenador na área de Resolução de Litígios

A publicação da primeira Restructuring Review da PLMJ acontece num contexto nacional e internacional particularmente desafiantes para as empresas e para os gestores. Com estas reflexões, quisemos dar o nosso contributo para aprofundar pensamento sobre um conjunto de temas que consideramos de especial importância para o ciclo de vida das empresas nacionais e procurámos fazê-lo obedecendo a três princípios: o da multidisciplinaridade, o da clareza e o da relevância para um tecido empresarial que é cada vez mais complexo e sofisticado.

Precisamente porque se trata de somar conhecimento e de apontar caminhos, e refletindo até sobre o papel que o advogado deve hoje desempenhar junto dos seus clientes e parceiros, tínhamos por incontornável que a curadoria dos temas a abordar teria de privilegiar uma opção por textos que realmente acompanhassem as necessidades de negócio e de planeamento das nossas empresas. No mundo VUCA em que vivemos, o parceiro jurídico tem de assumir, mais do que nunca, uma relação de parceria estratégica com os seus clientes e, nesse sentido, ser cada vez mais conhecedor dos setores onde opera.

São 13 artigos que, pelos temas analisados, são reveladores da forma integrada como encaramos hoje a abordagem aos desafios que nos são colocados pelos nossos clientes. Não podíamos partir para uma reflexão como esta sem uma abordagem multidisciplinar, que permitisse uma visão de 360º sobre as questões que se colocam a uma empresa quando enceta uma reestruturação.

Nesta primeira edição da Restructuring Review da PLMJ, que terá uma periodicidade anual, são, pois, abordados temas como: os últimos desenvolvimentos no regime que regula as insolvências em Portugal e que sofreu profundas alterações, algumas de resposta à atual conjuntura, outras estruturais, mas também reflexões sobre aspetos mais transacionais e até laborais. Inclui temas como as principais diferenças entre os mecanismos de recuperação e as garantias de financiamento, o princípio *no creditor worse off* na resolução bancária, a resolução em benefício da massa insolvente, a alteração das circunstâncias enquanto fundamento da alteração de planos de recuperação, o efeito cominatório da verificação de créditos, *legal finance*, os *super creditors*, a imposição de renegociação contratual, a transferência de estabelecimentos no processo

especial de revitalização, os impactos fiscais e laborais nos novos mecanismos de recuperação, a Diretiva (EU) 2019 e a legitimidade para a instauração de ações judiciais pelo insolvente à margem do Administrador da Insolvência.

Aos três princípios que elegemos para partir para esta viagem, vale a pena somar outro, o da liberdade. Quisemos que a edição inaugural da Restructuring Review, a primeira revista de uma firma jurídica dedicada a estes temas em Portugal, fosse construída com a liberdade de pensamento que encorajamos os nossos advogados a sempre imprimirem no trabalho que desenvolvem. E a escolha dos temas que compõem o índice de artigos desta revista reflete isso mesmo: são textos que foram escolhidos a partir das necessidades mais transversais dos nossos clientes.

Multidisciplinaridade, clareza, relevância e liberdade. Eis o cimento deste exercício que nos entusiasmou ao longo dos últimos meses, que inspirará as futuras edições da Restructuring Review da PLMJ e que esperamos que mereça o interesse de todos.

Fieis à matriz de liberdade que define o ADN da PLMJ, não quisemos limitar os artigos a comentários a acórdãos (pese embora reconhecamos o papel absolutamente decisivo que a jurisprudência vem desempenhando na definição dos contornos dos traços essenciais do nosso direito da insolvência e reestruturação), nem tão pouco condicionar o estilo, mais ou menos científico de cada um dos artigos que a compõe. O fio condutor deste exercício é apenas um: que todos sejam úteis para os destinatários principais desta Revista, os nossos clientes empresariais, que orgulhosamente apoiamos, sem esquecer os nossos pares e colegas de profissão, com quem muito e sempre aprendemos.

Por último, mas não menos importante, gostaríamos de expressar o nosso agradecimento a todos os autores dos artigos que contribuíram para esta revista. O conjunto de autores convidados para integrarem esta que é a primeira revista jurídica portuguesa dedicada a um tema tão relevante, tem em comum uma vasta e valiosa experiência profissional e académica que muito gostaríamos que contribuísse para um pensamento mais aprofundado sobre estas matérias.

OS CREDORES CONTROLADORES E O RISCO DE SUBORDINAÇÃO DO SEU CRÉDITO*

Carla Góis Coelho

Mestre em Ciências Jurídicas (FDUL)
Pós-Graduada em Arbitragem (FDUNL)
Pós-Graduada em *Corporate Governance* (FDUL)
Associada coordenadora PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Tiago Guerreiro

Mestre em Direito e Gestão (UCP- CLSBE)
Associado PLMJ na área de Resolução de Litígios

* Os Autores agradecem o contributo de Beatriz Madruga, Carolina Inverno Branco e Margarida Canas Correia, respetivamente Advogada e Advogadas-Estagiárias da PLMJ, na disponibilização de materiais doutrinários e jurisprudenciais com relevo para elaboração do presente artigo.

1. Introdução

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o CIRE¹, o legislador português introduziu no nosso ordenamento jurídico um conceito até então inexistente: o dos créditos subordinados².

Dezassete anos volvidos e este conceito continua longe de gerar consensos. É que apesar de o legislador parecer apontar, logo no preâmbulo do diploma, pela taxatividade do elenco do artigo 49.º do CIRE, doutrina e jurisprudência têm dividido posições quanto à interpretação desta norma e, bem assim, quanto à taxatividade do artigo 48.º do CIRE, com a qual a primeira mantém uma relação de interdependência.

Para tanto contribui, certamente, a circunstância de a situação social que estas duas normas visaram regular em 2004 ser diversa da atual, sem que em qualquer um dos casos se tenha procedido a qualquer atualização normativa.

Por outro lado, a consagração, no CIRE, do regime do PER³ e a mais recente publicação do PEVE⁴, parecem apontar no sentido de uma alteração do pensamento legislativo existente à data da publicação do CIRE, deste modo abrindo a porta para que hoje se questione o elenco de créditos subordinados vigente e as consequências resultantes da qualificação de um determinado crédito como subordinado.

Pode, por isso, colocar-se a questão de saber se, mais do que considerações quanto à sua taxatividade, o elenco de ambos os artigos 48.º e 49.º do CIRE, a par das consequências inerentes à qualificação de um crédito como subordinado, não deverão ser objeto de uma interpretação atualista.

Partindo deste quadro, a presente exposição visa problematizar se aqueles que, por facilidade de exposição e em

linha com as posições doutrinárias maioritárias, denominaremos de “credores controladores” – essencialmente, credores com acesso a informação privilegiada e/ou com influência na gestão da pré-insolvente –, correm, ou não, o risco de ser equiparados à figura do administrador de facto, em consequência podendo ver os seus créditos qualificados como créditos subordinados e, também, em que circunstâncias tal risco poderá ser mitigado.

2. A subordinação de créditos no CIRE

Nos pontos 22 e 25 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o CIRE, o legislador anunciava a consagração da figura, desconhecida no regime insolvencial anterior, dos créditos subordinados.

A par da referência à qualificação como subordinados dos créditos com “*carácter meramente acessório ou assimilável a capital social (é o que sucede com os créditos por suprimientos)*” e dos créditos que se apresentem “*desprovido[s] de contrapartida por parte do credor*”, o legislador, com relevo para o tema que tratamos, anunciou que a categoria dos créditos subordinados “*abrange ainda, em particular, aqueles cujos titulares sejam «pessoas especialmente relacionadas com o devedor» (seja ele pessoa singular ou colectiva, ou património autónomo)*”, adiantando que “*Não se afigura desproporcionada, situando-nos na perspectiva 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*”⁵.

Os artigos 47.º, n.º 4, alínea b), e 48.º do CIRE identificam os créditos que deverão ser qualificados como subordinados⁶. A alínea a), do artigo 48.º do CIRE, em particular, prevê a subordinação dos créditos titulados (i) por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que tal

1 Cfr. Artigo 47.º, n.º 4, alínea b) do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

2 Cfr. Preâmbulo do CIRE, ponto 25: “*É inteiramente nova entre nós a figura dos créditos subordinados. Ela existe em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no alemão, no espanhol e no norte-americano, ainda que se registem significativas diferenças relativamente à forma como aparece neles configurada. Trata-se de créditos cujo pagamento tem lugar apenas depois de integralmente pagos os créditos comuns.*”

3 Processo Especial de Revitalização, introduzido pela Lei 16/2012, de 20 abril.

4 Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas, introduzido pela Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, e previsto, designadamente, nos seus artigos 6.º a 15.º.

5 Como refere Rui Pinto Duarte, o objetivo desta inovação é “*distinguir negativamente certos créditos, em razão dos seus titulares ou em razão das suas características objectivas*” – cfr. “*Classificação dos Créditos sobre a Massa Insolvente no Projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*”, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Ministério da Justiça, 2004, pp. 55-56.

6 As consequências da qualificação de um crédito como subordinado são vastas: os credores subordinados apenas serão pagos depois de terem sido integralmente liquidados todos os outros créditos da insolvência e da massa insolvente (artigo 177.º do CIRE) e, na ausência de regulamentação expressa, consideram-se perdoados no âmbito do plano de insolvência (artigo 197.º do CIRE). Os créditos subordinados não conferem direito de voto, exceto quando a deliberação da assembleia de credores incida sobre a aprovação de um plano de insolvência (artigo 73.º, n.º 3 do CIRE), não permitem ao respetivo titular integrar a comissão de credores (artigo 66.º, n.º 1, do CIRE). A qualificação como crédito subordinado impacta ainda na legitimidade do credor para convocação de Assembleia de Credores (artigos 75.º e 161.º, n.º 5, ambos do CIRE) e para apresentar uma proposta de plano de insolvência (artigo 193.º, n.º 1 do CIRE), e determina a extinção das garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias dos créditos havidos como subordinados (artigo 97.º, n.º 1, alínea e) do CIRE).

O artigo 99.º, n.º 4, alínea d) do CIRE prevê também a inadmissibilidade da compensação entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência.

Também no âmbito do PER a qualificação de um crédito como subordinado impacta na formação da maioria de aprovação do plano (artigo 17-F, n.º 5 do CIRE) e na legitimidade para iniciar, em conjunto com o devedor, um PER (artigo 17.º-C do CIRE).

relação especial existisse já aquando da constituição do crédito^{7, 8} ou (ii) por pessoas que tenham adquirido, nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência, créditos originalmente titulados por pessoas especialmente relacionadas com o devedor.

O artigo 49.º do CIRE elenca então os casos em que deverá considerar-se existir uma “especial relação” entre o devedor / insolvente e o credor titular do crédito⁹.

Em traços gerais, estão contemplados por esta cláusula geral qualificativa os créditos titulados por quem esteja numa posição de superioridade informativa ou em condições de exercer influência na atuação do devedor, designadamente em termos lesivos para os demais credores¹⁰.

O artigo 49.º, n.º 2 do CIRE prevê, em especial, que “são havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa coletiva: [...] “c) Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência”.

O conceito de administradores deverá ser interpretado em conformidade com o sentido previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do CIRE, que prevê que, para o efeito do CIRE, são considerados administradores de uma pessoa coletiva “aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa,

designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”, aqui se incluindo quem, à data da declaração da insolvência ou no período de dois anos antes de tal declaração, exerceu, independentemente da duração do mandato e independentemente de ter sido formalmente investido no cargo ou não (incluindo-se aqui, portanto, administradores de direito e administradores de facto¹¹), funções de gestão do devedor¹².

De seguida veremos em que medida os credores ditos *credores controladores* poderão subsumir o conceito de *administrador de facto* que, como visto e em conjunto com o disposto no artigo 6.º do CIRE, releva para efeito de subsunção do artigo 49.º, n.º 2, alínea c) do CIRE e, assim, para efeito de subsunção do risco e subordinação de créditos.

3. Os credores controladores e o risco da sua qualificação como credores subordinados

O exercício de (tentativa de) definição dos credores controladores terá, forçosamente, de ser feito com recurso a exemplos e indícios¹³.

A este respeito, já foram avançados alguns exemplos de credores controladores e que redundam, tipicamente, quer em instituições de crédito institucionais (vulgo, bancos)¹⁴,

7 Após divergência jurisprudencial sobre o tema, recentemente, o STJ decidiu, em Ac. de 23.05.2019, processo n.º 1517/14.5T8STS-B.P1.S1 (relatora Graça Amaral), disponível em <http://www.dgsi.pt>. A única condição que o legislador estabeleceu para a classificação como subordinados de créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor foi a de que essa relação com o devedor já existisse aquando da constituição do crédito, não relevando aqui qualquer análise quanto ao distanciamento temporal entre a constituição do crédito e a data de início do processo de insolvência.

8 Considerando que, ao abrigo da primeira parte da alínea a), do artigo 48.º do CIRE, a única condição que o legislador estabeleceu para a classificação como subordinados de créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor foi a de que essa relação com o devedor já existisse aquando da constituição do crédito, estará à partida despidado o risco de subordinação na eventualidade de o credor transmissário adquirir um crédito que, à data da aquisição, não fosse susceptível de qualificação como subordinado, por não ser detido por quem estivesse em especial relação com o devedor (se fosse susceptível de tal qualificação, o risco de subordinação poderia existir à luz da segunda parte da norma), e isto mesmo que, na sequência da tal aquisição, o credor transmissário, em função dos poderes exercidos e da informação obtida, venha a ser qualificado como credor controlador e, nessa medida, como administrador de facto do devedor.

9 Doutrina e a jurisprudência tendem a concordar que se está perante uma presunção *iuris et de iure*. Nesse sentido veja-se, por exemplo, Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 245; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 6.ª Edição, Coimbra, 2015, Almedina, pp. 98-99; Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Edição, Lisboa, *Quid Juris*, 2015, p. 302 e Ac. TRP de 19.11.2013, processo n.º 1445/12.9TBPFRA.P1 (relator Vieira e Cunha), disponível em <http://www.dgsi.pt>. *Contra este entendimento, veja-se A. Raposo Subtil, Matos Esteves, Maria José Esteves e Luís M. Martins, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Edição, Lisboa, *Vida Económica*, 2006, p. 138 e Ana Perestrelo de Oliveira, “Insolvência nos grupos e sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo” in RDS, Ano I, n.º 4, 2009, pp. 1022 e ss.

Já quanto à qualificação do elenco da norma como taxativo ou meramente exemplificativo a doutrina divide-se. No sentido de que o elenco é taxativo, veja-se Maria do Rosário Epifânio, *Manual...*, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 203, e Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código...*, 3.ª Edição, Lisboa, *Quid Juris*, 2015, pp. 301-302. Também nesse sentido decidiu o STJ em Ac. uniformizador de jurisprudência, n.º 15/2014, publicado em Diário da República em 22 de dezembro de 2014 e também em Ac. de 23.05.2019, processo n.º 1517/14.5T8STS-B.P1.S1 (relatora Graça Amaral), disponível em <http://www.dgsi.pt>. Em sentido oposto, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 11.ª Edição, Almedina, 2021, p. 117. Maria de Fátima Ribeiro, “Insolvência, pessoas especialmente relacionadas, resolução em benefício da massa insolvente e subordinação de créditos”, in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 96 equaciona a possibilidade de a norma, em alguns casos, ser objeto de interpretação extensiva ou restritiva.

10 Nesse sentido veja-se, a título de exemplo, o decidido pelo Ac. TRP, de 03.06.2018, processo n.º 1517/14.5T8STS-B.P1 (relator Vieira e Cunha), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

11 Já ao abrigo do CPREF se previa a responsabilização dos administradores de facto através de uma equiparação, por via do seu artigo 126.º-A, n.º 1, entre administrador de facto e administrador de direito para efeito de condenação no pagamento do passivo da sociedade se tivessem contribuído de modo significativo para a sua situação de insolvência nos últimos dois anos antes da declaração da insolvência. No quadro do CIRE, idêntica conclusão deverá ser obtida quanto ao artigo 6.º, n.º 1, alínea a), em questão, também por interpretação sistemática em face do disposto nos artigos 49.º, n.º 2, alínea c), 82.º e 189.º, n.º 2 do CIRE.

12 Nesse sentido, Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código...*, 3.ª Edição, Lisboa, *Quid Juris*, 2015, pp. 85 e ss.

13 Gonçalo Nogueira, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, p. 985, nota de rodapé n.º 8, dá nota de que “[a] expressão “credores controladores” é comumente usada pela doutrina, sem que, contudo, seja possível apresentar uma definição precisa da mesma (...)” e que “(...) o controlo surge representado por aquele grupo de sujeitos que tem o poder de escolher os administradores ou, alternativamente, tem o poder de influenciar as decisões destes (dando como exemplo os bancos que determinam as políticas de uma sociedade que esteja particularmente endividada)”.

14 Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Os Credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores*, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, pp. 95-97. Também, Gonçalo Nogueira, *Os credores controladores...*, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, p. 1009.

quer em sociedades-mãe no âmbito de relações de domínio e de grupo¹⁵.

Entendemos que também poderão ser considerados credores controladores outros agentes, menos institucionalizados / padronizados.

Em qualquer caso, serão apenas exemplos (não vinculativos, nem representativos), não existindo, como tal, *numerus clausus* nesta matéria e sendo, por isso, indispensável conhecer e compreender quais os indícios de qualificação de determinado agente como credor controlador – a qualificação dependerá, sempre, de uma análise casuística.

As premissas avançadas – credores com (i) acesso a informação privilegiada e (ii) influência na gestão da pré-insolvente – apontam – quiçá – os principais indícios. Mas é preciso mais¹⁶. É preciso, designadamente, que o “*grau de intervenção na condução dos assuntos sociais seja capaz de consubstanciar uma verdadeira “heterogestão” da sociedade*”¹⁷.

Ora, a esta “heterogestão” não é alheia a figura do administrador de facto¹⁸ e é precisamente aqui que ambas as realidades se misturam: a equiparação tem lugar porque os indícios que presidem à qualificação de um (credor controlador) e de outro (administrador de facto) serão os mesmos – ou pelo menos a doutrina assim o tem entendido¹⁹ – e da sua verificação será possível concluir que determinada sociedade estará a ser heterogerida.

Atalhando diretamente para a “sub-figura” dos administradores de facto indiretos ou *shadow directors*²⁰ – a única com relevo para o presente – apontam-se, em suma, seis indícios de verificação cumulativa para a qualificação de

um determinado agente enquanto administrador de facto indireto, 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 administradores²¹.

Serão, portanto, estes os indícios que, quando verificados, determinarão a qualificação de um determinado agente enquanto administrador de facto.

No tópico que nos ocupa, tais indícios poderão verificar-se se e quando um credor, pelas garantias e prerrogativas contratuais que tem e também por vezes pelo *peso* do seu crédito vencido ou vincendo no passivo do devedor, tem ou ganha, a determinada altura, acesso a informação privilegiada e / ou influência na gestão da pré-insolvente em grau e materialidade de tal forma relevantes que se comporta e é visto pelos demais – em particular, pelos administradores de direito do devedor – como um credor controlador e, portanto, potencialmente qualificável como um administrador *de facto*.

Nestas hipóteses poderá então estar subsumida a *ratio* que no ponto 2 *supra* identificámos como estando subjacente

15 Cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, “A Insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”, in *RDS*, Vol. I, 2009, disponível para em consulta em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, pp. 1018 e ss., em particular, p. 1024: “Seja como for, perante o regime descrito, não haverá dúvidas em considerar que são subordinados os créditos da sociedade ou do sócio dominante (na relação de domínio) ou director (na relação de grupo): considerando a posição de superioridade e o poder (jurídico ou fáctico) de a sociedade-mãe dar instruções à sociedade-filha, é evidente que se verifica o fundamento material da presunção que constitui a base da subordinação.”

16 Também assim, Gonçalo Nogueira, *Os credores controladores...*, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, p. 1007: “De facto, a simples circunstância de o credor gozar de um conjunto de prerrogativas contratuais, como sejam o acesso a informação privilegiada, o poder de veto sobre determinados assuntos sociais (p.e. decisões de investimento, distribuição de dividendos, entre outros), ou mecanismos de garantia do seu crédito – não o torna, sem mais, administrador de facto da sociedade.”

17 Cfr. Gonçalo Nogueira, *Os credores controladores...*, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, p. 1009.

18 A figura do administrador de facto já foi amplamente estudada pela nossa doutrina, pelo que dispensaremos o desenvolvimento da mesma, remetendo o seu estudo para a tese de Ricardo Costa, *Os administradoras de facto das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014.

19 Cfr. Gonçalo Nogueira, *Os credores controladores...*, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, pp. 1003 e ss.

20 O administrador de facto indireto pode ser definido como aquele que administra sem qualquer investidura formal e com recurso “tão somente” à sua significativa influência sobre a administração da sociedade, sem que desempenhe qualquer cargo na mesma. Distingue-se, assim, dos administradores de direito (regularmente investidos no cargo) e dos administradores de facto diretos (que não estando investidos no cargo desempenham funções inerentes ao mesmo). Cfr. Gonçalo Nogueira, *Os credores controladores...*, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, pp. 989-994.

21 Gonçalo Nogueira, *Os credores controladores...*, in *RDS*, Vol. VIII, 2016, disponível em <http://www.revistadedireitodassociedades.pt>, pp. 998-1002.

ao conceito da subordinação de créditos e, em especial, a alínea a) do artigo 48.º, conjugada com a alínea c), do n.º 2 do artigo 49.º, ambos do CIRE.

4. Especificidades do potencial risco de subordinação dos credores controladores – o credor que financia a devedora

Conforme avançado, tipicamente associado à “aquisição” do controlo da sociedade devedora / insolvente está, não raras vezes, o seu financiamento por parte do credor controlador.

Contudo, o risco de que o crédito resultante da concessão de um determinado financiamento (por um credor controlador ou por quem, por via de tal financiamento, se torne um credor controlador) seja qualificado como um crédito subordinado conduz, em muitos casos, à frustração de oportunidades de financiamento que, de outro modo, poderiam revelar-se vantajosas para a devedora e para a generalidade dos seus credores²².

Provavelmente consciente disso mesmo e também da expressão que o financiamento por parte de credores da sociedade devedora / insolvente pode assumir na tentativa de reversão de um cenário de pré-insolvência ou de insolvência, o legislador veio a introduzir, no regime do PER, a norma do artigo 17.º-H, n.ºs 1 e 2, na qual se dispõe o seguinte:

“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.”²³ (destaque e sublinhados nossos).

Esta norma tem suscitado dúvidas interpretativas, desde logo quanto a saber qual o alcance da expressão “*disponibilizando-lhe capital*”. Doutrina e jurisprudência têm avançado com propostas de concretização que permitem hoje afirmar que tal expressão quer significar, quer a efetiva disponibilização de novo capital em sentido estrito, quer a disponibilização de outros valores (capital humano, bens e/ou serviços), quer, bem assim, a concessão de moratórias ou fracionamento de pagamentos quanto a novos financiamentos^{24, 25, 26}.

Desta norma infere-se, portanto, a tutela que o legislador (acompanhado pela doutrina e jurisprudência que interpretam – como exposto – de forma lata a previsão da norma em questão) entendeu conferir a quem dá a mão a uma empresa em dificuldades, tornando-se, portanto, seu credor ou maximizando-se a sua exposição de crédito preexistente.

Ao prever a manutenção das garantias atribuídas na sequência de tal “*disponibilização de capital*” e ao conferir a tais credores um privilégio creditório mobiliário geral, o legislador afasta expressamente qualquer risco de subordinação do crédito que poderia emergir de tal disponibilização de capital que se destine à atividade da empresa com vista à sua revitalização.

À partida este risco mostra-se também afastado no caso de o financiamento provir de um credor pré-qualificado como credor controlador, e isto posto que um credor controlador não deixa de ser, antes de mais, credor, não devendo o

22 Cfr. Maria de Fátima Ribeiro, “Insolvência, ...”, in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 114: a “(...) possibilidade de qualificação de um credor/financiador, em determinadas circunstâncias, como administrador de facto da sociedade pode levar à não concessão de crédito a empresas em situação financeira difícil, pelo receio de que essa qualificação possa conduzir, entre outras consequências, à qualificação desse credor como pessoa especialmente relacionada e, logo, à subordinação dos seus créditos.”

23 A redação atual é dada pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, que visando “(...) a melhoria de condições para o investimento das empresas, nomeadamente através da eliminação ou mitigação dos constrangimentos com que estas atualmente se deparam no acesso ao financiamento por capitais próprios ou alheios (...)” veio alterar o CIRE, neste particular substituindo a expressão *devedor por empresa*, assim servindo um dos propósitos apontados no diploma: “(...) um PER dirigido às empresas (...)”.

24 Cfr. Ac. TRG, de 24.10.2019, processo n.º 5068/18.0T8GMR (relator José Alberto Moreira Dias), disponível em www.dgsi.pt: “(...) os cânones interpretativos que se encontram expressos no art. 9º do CC, não se compadecem com uma interpretação puramente literal do texto legal daquele art. 17º-H, n.º 2 do CIRE, mas antes reclamam que se atenda aos elementos lógicos, nomeadamente, sistemático, histórico e teleológico, os quais, pelas razões já acima, cremos que amplamente salientadas e demonstradas, exige que se proceda a uma interpretação ampla do conceito “disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização” contida naquele preceito, no sentido de aí ser abrangido tanto o dinheiro, como outros valores, nomeadamente, os créditos remuneratórios dos trabalhadores, que durante o processo de revitalização, tenham continuado a prestar a sua força de trabalho à ora insolvente, sem o recebimento imediato do respetivo salário, assim como os créditos dos fornecedores de bens e os prestadores de serviço que, durante o processo de revitalização, tenham continuado, respetivamente, a fornecer bens, nomeadamente, matérias-primas, ou continuado a prestar serviços ao devedor, ora insolvente, necessários à revitalização deste, sob pena de ser a empresa “que manifestamente se pretende defender, a sair prejudicada, pelos obstáculos postos à tutela de quem, frequentemente, estará mais sensibilizado e disposto a apoiá-la” e de, por outro lado, não ser “razoável impor que, para fazer a atividade continuar, se obtivesse previamente crédito bancário – ou equivalente – para suportar o pagamento da matéria-prima, de mercadorias ou serviços prestados.”

25 Cfr. Ac. TRP, de 14.03.2017, processo n.º 1767/16.0T8AVR.P1 (relator Rodrigues Pires), disponível em www.dgsi.pt: “No art. 17º-H, n.º 2 do CIRE confere-se privilégio creditório mobiliário geral aos credores que no processo de revitalização financiam a atividade do devedor, disponibilizando-lhe capital, aí se incluindo os credores que concedem novos financiamentos ao devedor com moratórias ou fracionamento de pagamentos ou novos fornecimentos de bens.”

26 Assim Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código ...*, 3.ª Edição, Lisboa, *Quid Juris*, 2015, p. 179: “(...) nada justifica que um credor que conceda ao devedor novas disponibilidades pecuniárias deva ficar em melhor situação – mais protegido – do que aquele que lhe faz novos fornecimentos ou faculta novas entradas patrimoniais, sem o recebimento imediato do respetivo preço. O que verdadeiramente deve estar em causa é a conferência, ao devedor, de novos meios para que ele possa continuar o seu negócio, emergindo daí novas situações credoras. Neste contexto, a disponibilização de capital deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo tanto o dinheiro como outros valores (...)”. E, também, Maria do Rosário Epifânio, *Processo Especial de Revitalização*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 89: “Não parece haver razões objetivas para diferenciar os credores que injetam capital dos credores que concedem “novos financiamentos” com moratórias ou fracionamentos de pagamentos, ou novos fornecimentos.”

intérprete distinguir – salvo se razões ponderosas assim o justificarem – o que o legislador não distinguiu^{27, 28}.

Já assim necessariamente não será no caso de o financiamento provir de uma outra entidade qualificável como *especialmente relacionada com o devedor*” (que não um credor), nos termos dos artigos 48.º e 49.º do CIRE^{29, 30}. Considerando que mais das vezes os principais interessados em financiar atividade do devedor são os designados financiadores “internos”, tais como sócios e administradores, estes poderão não ter, portanto, qualquer incentivo em fazê-lo pois, a final, correm o risco de ver os seus créditos qualificados como subordinados³¹.

Voltando a centrar-nos no caso dos credores (controladores), a inserção sistemática do artigo 17.º-H circunscreve, ao PER (e, à presente data, ao PEVE), a aplicação de uma tutela de mitigação de risco de subordinação de créditos que talvez se desejasse aplicável a outros cenários³².

Efetivamente, no âmbito de um processo de insolvência que vise a recuperação do devedor, designadamente por via da elaboração e aprovação de um plano de recuperação, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 192.º do CIRE, será apenas equacionável a previsão (sempre sujeita a aprovação do plano) da tutela da posição do credor financiador, designadamente via a previsão de uma preferência de pagamento que remunere o investimento e o risco de investimento na devedora, previsão essa que, à partida, não importará necessariamente um desrespeito pelo princípio de igualdade de tratamento entre credores.

No mais (e.g., cenário de liquidação), os créditos emergentes de financiamentos efetuados por um credor controlador

fora do âmbito do PER / PEVE enfrentarão, de facto, o risco de serem qualificados como subordinados nos termos oportunamente expostos – cfr. capítulos 2 e 3 *supra*.

De modo a afastar em absoluto o risco de subordinação do crédito emergente de um tal financiamento, seria então necessário que o devedor tivesse recorrido ao mecanismo pré-insolvencial do PER (ou, à presente data, do PEVE), posto que apenas ao abrigo do seu quadro fático-normativo o legislador havia considerado estarem salvaguardados os interesses do devedor e, em especial, dos demais credores deste (principalmente, à luz do princípio *par conditio creditorum*), estando, portanto, apenas nesse cenário autorizada a cabal refutação do risco de subordinação via artigo 17.º-H do CIRE (com a extensão dada pelo artigo 3.º do PEVE)/ artigo 11.º do PEVE.

O risco que aqui se poderá então colocar é o da instrumentalização do PER / PEVE e da *ratio* e finalidade destes, potencialmente desencadeados (com os inerentes custos para o sistema de justiça e para os credores do devedor) especialmente para promover o conforto do credor controlador com vista ao financiamento da sociedade.

O PEVE prevê um regime extraordinário e transitório (em vigor até 31.12.2021, sem prejuízo da possibilidade de vir a ser prorrogado), *“concebido, de raiz, para se aplicar às empresas que se encontram em situação tanto de pré-insolvência como de insolvência atual desde que causada pela “crise COVID-19”.*³³”

Por via do artigo 3.º do PEVE e no quadro desse regime extraordinário e transitório, o privilégio previsto no transcrito n.º 2, do artigo 17.º-H do CIRE é estendido aos sócios,

27 Idem, Maria de Fátima Ribeiro, “Insolvência, ...”, in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 117. É nesse sentido que aponta o artigo 283.º, n.º 2 do Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprova a Ley Concursal, ao prever que *“No tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con lo dispuesto en esta ley, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal, a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el concursado como consecuencia de la refinanciación otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización”.*

28 A redação mais recente do artigo 3.º do PEVE (por ter vigência transitória, para já, até 31.12.2021) não parece consubstanciar argumento em sentido contrário uma vez que a referência, na previsão da norma, a *“quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor”* não só acresce à previsão (primeira) relativa a “credores”, como outros casos, para além do dos credores controladores, subsumem a menção a *“pessoas especialmente relacionadas com o devedor”*.

29 Pronunciando-se quanto à articulação entre a norma do artigo 17.º-H, n.º 2 do CIRE, e as normas dos artigos 48.º e 49.º do CIRE, no que concerne à prestação de suprimentos com finalidade de revitalização, Madalena Perestrelo de Oliveira defendia já em momento anterior à entrada em vigor do PEVE a extensão do privilégio do 17.º-H, n.º 2, aos sócios da pré-insolvente / insolvente que a capitalizassem, caracterizando o regime vigente como *“altamente penalizador dos sócios que queiram capitalizar a sociedade em situação económica difícil, insolvência iminente ou efetiva”*. Para tanto, sustenta, em suma, que (i) a letra da lei refere apenas “credores”, não distinguindo consoante o tipo de créditos; (ii) a *ratio* da subordinação dos créditos por suprimentos (i.e., a proteção dos credores sociais) fica plenamente assegurada mesmo que os suprimentos prestados num plano de revitalização homologado sejam privilegiados; (iii) o objetivo transversal a toda a regulamentação do PER é a recuperação do devedor, pelo que não se vê justificação para que o objetivo não possa ser alcançado por esta via; (iv) é o próprio legislador que ao definir o conceito de créditos subordinados (cfr. artigo 47.º, n.º 4, alínea b), admite que possam existir créditos subordinados que, por beneficiarem de um privilégio, perdem tal natureza. – cfr. “Suprimentos para revitalização societária: entre a subordinação e o privilégio mobiliário geral”, in *RDS*, Vol. IX, 2017, disponível para consulta em <http://www.revistadedireitodossociedades.pt>, pp. 376-384. Em sentido semelhante, mas pronunciando-se quanto à norma do n.º 1 do artigo 17.º-H, Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *O Processo Especial de Revitalização*, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 181-182. Idem, Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 467: *“Não seria desrazoável que, numa futura revisão da lei, se equacionasse a extensão do regime de estímulos ao financiamento oriundo dos sócios e, em especial, a criação de exceções ao regime da subordinação de créditos por suprimentos.”*

30 Como veremos *infra*, é neste último aspeto que as disposições dos artigos 3.º e, em particular, 11.º do PEVE poderão introduzir uma nuance interpretativa interessante.

31 Catarina Serra, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, in *Revista de Direito Comercial*, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, pp. 2075-2076, adita ainda com relevo para a discussão um outro cenário de aplicação do risco de subordinação de crédito: *“(…) as ofertas de créditos são escassas (e as que existem têm taxas de juros demasiado elevadas), pelo que a maioria das empresas não tem condições para as aceitar, por já estar sobrelheavada (overleveraged). Por outro lado, os terceiros, quer quando concedem, quer quando investem diretamente no capital social e participam numa operação de turnaround, esperam retirar do financiamento o máximo proveito e não perseguem a recuperação da empresa como um fim em si mesmo. Aqueles que chegam a adquirir participações sociais comportam-se como sócio financeiros e, muitas vezes, a sua intenção é a de adquirir o controlo da empresa para a vender noutra altura (são vulture investors).”* (destaque nosso).

32 Veja-se, a este respeito, a disposição da Ley Concursal citada na nota de rodapé 29 *supra*.

33 Assim, Catarina Serra, “O Processo Extraordinário...”, in *Revista de Direito Comercial*, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, p. 2027.

acionistas e quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas da empresa, que financiem a sua atividade ao abrigo do PER.

Já nos artigos 6.º e seguintes do PEVE, o legislador cria um processo extraordinário de viabilização de empresas afetadas pela crise económica decorrente da pandemia da doença COVID-19, que comprovadamente se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente ou atual em virtude da pandemia da doença COVID-19, mas que ainda sejam suscetíveis de viabilização. No artigo 11.º do PEVE replica-se, para este processo extraordinário de viabilização (aplicável, como visto, em cenário de pré-insolvência e insolvência), a tutela prevista no artigo 17.º-H do CIRE, com a extensão extraordinária e transitória aprovada pelo artigo 3.º do PEVE.

Com a introdução pelo PEVE desta extensão, o legislador admite então que, por exemplo, o administrador de facto ou acionista que financie a atividade da empresa, disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização nos termos do PER / PEVE, goze da tutela que permite despistar em absoluto o risco de subordinação do crédito emergente de tal financiamento³⁴.

Mas, recordando o contexto extraordinário e transitório do PEVE, cumpre então indagar: e fora do presente contexto pandémico? Fará sentido que a verificação ou inverificação da situação pandémica (parte fundamental da previsão do PEVE) seja critério para aferir da qualificação, como subordinado, do crédito emergente de financiamentos (da atividade da devedora/insolvente) efetuados por acionistas, administradores de direito e de facto e outras pessoas especialmente relacionadas para efeitos dos artigos 48 e 49.º do CIRE? Entendemos que não.

Ainda que a situação pandémica possa ter despoletado (de modo extraordinário e transitório) a extensão subjetiva da tutela consagrada no artigo 17.º-H do CIRE, a verdade é

que o âmago desta extensão não é a situação pandémica em si – que terá apenas acelerado a tomada de decisão no sentido da referida extensão –, mas, sim, o reconhecimento de que existe uma necessidade crescente do tecido empresarial de poder socorrer-se de outras fontes alternativas de financiamento para além das tradicionais (como seja o financiamento bancário), não fazendo, portanto, sentido distinguir entre os financiamentos concedidos por credores e os financiamentos concedidos por outros interessados na viabilidade da empresa e que com esta possam estar na relação especial para os efeitos previstos nos artigos 48.º e 49.º do CIRE. Assim é tanto mais que tal distinção redundaria num inevitável desincentivo do potencial de investimento que estes últimos representam³⁵.

Poderá, por conseguinte, equacionar-se se o legislador, ao invés de ter andado “a reboque” da situação pandémica, não terá antes aproveitado a oportunidade que o PEVE representou para ensaiar uma transposição plena da norma do artigo 17.º, n.º 4, da Diretiva (EU) 2019/1023, de 20 de junho de 2019³⁶.

À luz de todas estas considerações e sem prejuízo de estar, efetivamente, despistado o risco de subordinação do crédito resultante do financiamento concedido ao abrigo do PER/PEVE por um credor controlador, deixa-se o repto para que, atenta a realidade vigente, a *ratio* das normas em consideração e a desejada coerência entre as normas existentes nos regimes pré-insolvenciais e insolvencial, seja ponderada uma interpretação atualista das normas dos artigos 48.º e 49.º do CIRE e da sua estatuição sempre que esteja em equação uma possibilidade de financiamento do devedor por parte de quem com ele esteja numa relação de especial proximidade, tal qual regulada por tais artigos³⁷.

34 Catarina Serra, “O Processo Extraordinário...”, in *Revista de Direito Comercial*, disponível em www.revistadedireitocomercial.com, p. 2079, alerta para o facto deste privilégio não ser, ainda assim, suficiente para a captação de novos financiamentos: “(...) a garantia legal atribuída no artigo 11.º, n.º 2, não basta para estimular os sujeitos a contribuírem (com financiamentos ou outros meios) para a continuação da atividade da empresa, já que apenas confere aos beneficiários, num eventual processo de insolvência, a (mera) posição de credores da insolvência e, dentro desta, a (mera) posição de credores privilegiados.”

35 No sentido da extensão deste privilégio para lá do contexto do PEVE aponta também o texto do Considerando 67 da Diretiva (EU) 2019/1023, 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): “As legislações nacionais em matéria de insolvência que prevejam ações de impugnação pauliana do financiamento intercalar e do novo financiamento, ou que estabeleçam que os novos prestadores podem incorrer em sanções civis, administrativas ou penais, por concederem crédito a devedores com dificuldades financeiras, poderão comprometer a disponibilização do financiamento necessário para o êxito da negociação e execução de um plano de reestruturação.” (sublinhado nosso). E, bem assim, o artigo 17.º, n.ºs 1 e 4, do mesmo diploma com a epígrafe “Proteção do novo financiamento e do financiamento intercalar” e que aqui se reproduz para melhor referência: “1 – Os Estados-Membros asseguram que o novo financiamento e o financiamento intercalar sejam devidamente protegidos. No mínimo, em caso de insolvência posterior do devedor: a) O novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução; e b) Os prestadores de tais financiamentos não podem incorrer em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores, exceto se existirem outros fundamentos previstos no direito nacional.” (sublinhado nosso); “4 – Os Estados-Membros podem estabelecer que os prestadores do novo financiamento ou do financiamento intercalar tenham direito a prioridade no pagamento, no âmbito de processos de insolvência posteriores, em relação a outros credores que, de outro modo, teriam créditos iguais ou superiores.” (sublinhado nosso).

36 Pronunciando-se em momento anterior à publicação do PEVE e, em aparente sentido contrário ao ora avançando, Maria de Fátima Ribeiro, “Insolvência, ...”, in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 118-119 defende que “(...) tanto quanto é possível retirar do texto da Diretiva, a questão que se discute neste ponto pode manter-se, nos mesmos termos, uma vez que a legislação portuguesa já confere a proteção mínima ali exigida. E, assim, um financiamento isolado concedido na proximidade da insolvência, se o financiador vier a ser qualificado como administrador de facto, será negócio celebrado com pessoa especialmente relacionada, com as consequências que se expõem supra quanto à resolução em benefício da massa e à subordinação de créditos.” (sublinhado nossos). Sem prejuízo, numa publicação mais recente a propósito do regime do PEVE a Autora não reviu esta posição: cfr. Maria de Fátima Ribeiro, *O novo PEVE: primeiras dificuldades na aplicação do regime da Lei n.º 75/2020*, disponível em <https://eco.sapo.pt/opiniao/o-novo-peve-primeiras-dificuldades-na-aplicacao-do-regime-da-lei-n-o-75-2020/>.

37 Recordando-se aqui a já citada Catarina Serra, *Lições de...*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 467 “Não seria desrazoável que, numa futura revisão da lei, se equacionasse (...) a criação de exceções ao regime da subordinação de créditos por suprimentos.”

5. Conclusão

Os regimes pré-insolvenciais e insolvencial atualmente em vigor não obedecem a uma mesma regra de qualificação de créditos como subordinados quando estejam em causa créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com a devedora / insolvente ou que possam vir a ser qualificadas como tal para efeitos dos artigos 48.º e 49.º do CIRE e de que são exemplo os créditos titulados por credores controladores (recorde-se: credores com acesso a informação privilegiada e/ou com influência na gestão da pré-insolvente e, como tal, potencialmente qualificáveis como administradores de facto da devedora).

A consequência de tal assimetria manifesta-se na frustração de oportunidades de financiamento da sociedade devedora por parte de tais pessoas especialmente relacionadas com a mesma, as quais seriam, em teoria, as principais interessadas em capitalizá-la, não fosse a circunstância de poderem ver os seus créditos (advenientes de tal financiamento) qualificados de subordinados nos termos dos artigos 47.º, n.º 4, alínea *b*), 48.º e 49.º do CIRE.

Nestes termos, resulta, em suma, do regime vigente que se tais financiamentos forem concedidos no âmbito do PER / PEVE, sempre tal risco de subordinação será mitigado pelas normas dos artigos 17.º-H, n.º 2 do CIRE, 3.º e 11.º, n.º 2 do PEVE (estes últimos, recorde-se, de índole extraordinária e transitória).

Porém, fora do âmbito deste(s) regime(s), pessoas especialmente relacionadas com a devedora / insolvente, como sejam os credores controladores, deverão estar conscientes

do risco de subordinação dos créditos emergentes de tais financiamentos (cfr. artigos 47.º, n.º 4, alínea *b*), 48.º e 49.º do CIRE).

Ora, este regime não se compadece, quer com a situação social atualmente vigente, quer com as crescentes necessidades de financiamentos das sociedades devedoras / insolventes, quer, bem assim, com aquele que parece ser o pensamento do legislador (português e também europeu) à presente data.

De facto, e ainda que de índole extraordinário e transitório, o regime do PEVE (indo talvez ao encontro de alguns dos desideratos da Diretiva (EU) 2019/1023, de 20 de junho de 2019³⁸) veio abrir a porta para que se possa questionar e equacionar, designadamente no cenário de insolvência não precedida de PER e/ou no âmbito do PER (para lá da vigência do PEVE), a não qualificação como subordinados dos créditos emergentes de financiamentos por parte de pessoas especialmente relacionadas com a devora.

Fica, assim, lançado o repto para que se repense este regime ou, pelo menos, para que se tenha a "ousadia" de o interpretar com a atualidade que a coerência do sistema e a realidade dos dias de hoje exigem, e isto sob pena de se estar a prejudicar a satisfação dos credores (principal intento visado pelo CIRE³⁹) e, bem assim, as hipóteses de revitalização e recuperação económica do devedor. De outro modo poderá, aliás, gerar-se margem para uma instrumentalização do processo do PER / PEVE apenas para dar conforto jurídico à concessão de financiamentos *per se* suscetíveis de reverter a situação económica difícil do devedor.

38 Veja-se, em particular, o sentido do já transcrito Considerando 67 da referida Diretiva cfr. nota de rodapé n.º 37, *supra*.

39 Cfr. Preâmbulo do CIRE, ponto 3: "*O objetivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores.*" (destaque nosso).

PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES DA INSOLVÊNCIA, PER, RERE E PEVE

QUAL A MELHOR OPÇÃO PARA UMA
EMPRESA QUE QUER MANTER A ATIVIDADE,
MAS REESTRUTURAR O SEU PASSIVO?

Catarina Guedes de Carvalho

Pós-Graduada em Ciências Jurídicas (FDUC)

Membro do *Insol Europe* e do *World Law Group*

Associada coordenadora PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Atualmente a lei portuguesa disponibiliza quatro processos alternativos de recuperação a uma empresa que se encontre na iminência de uma situação de constrangimento financeiro e, portanto, de entrar em incumprimento generalizado das suas obrigações, ou até mesmo, para alguns dos processos, já em situação de insolvência: o Processo Especial de Revitalização (**PER**), o Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (**PEVE**), o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (**RERE**) e o **Processo de Insolvência** (através do plano de insolvência). Cabe à empresa devedora analisar o processo que melhor se compatibiliza com a sua concreta situação, atendendo à respetiva situação patrimonial, aos seus credores e aos efeitos pretendidos.

O PEVE constitui o mais recente regime, de **natureza extraordinária**, destinado exclusivamente a empresas que se encontrem em situação económica difícil ou de insolvência, iminente ou atual (desde que não declarada judicialmente). Foi criado pela Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, no contexto dos mecanismos de apoio às empresas para fazer face à crise provocada pela pandemia da COVID-19¹. Este diploma legal introduziu ainda algumas alterações nos instrumentos de recuperação já existentes (**PER**, **RERE** e **plano de insolvência**), com vista a adaptá-los aos efeitos causados pela pandemia da COVID-19².

Apesar de serem processos alternativos, o PER, o PEVE, o RERE e o Processo de Insolvência são, também eles, suscetíveis de se cumular ou suceder. A título exemplificativo: uma devedora pode optar por iniciar um RERE e, se se verificarem os requisitos para o efeito, converter esse processo num PER; perante o insucesso de um PER, essa mesma devedora pode iniciar um Processo de Insolvência; uma empresa que se encontre numa situação de insolvência (iminente ou atual), designadamente como consequência direta da crise pandémica causada pela COVID-19, pode agora também recorrer ao PEVE ou ao RERE.

Vejamos então, sucintamente, quais as principais características do regime legal de cada um destes mecanismos:

Processo de Insolvência

O Processo de Insolvência é um processo **judicial** de execução **universal** (i.e., em que todos os credores são chamados) que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num **plano de insolvência**, baseado, por regra, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património da devedora insolvente e na repartição do produto obtido pelos credores.

A devedora (i.e., o órgão de administração ou, quando este não o cumpra, qualquer um dos seus administradores/gerentes) deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos **30 (trinta) dias** seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência (ou da obrigação de conhecimento) – este prazo encontra-se atualmente suspenso³. Para este efeito, é considerada em **situação de insolvência** a devedora que se encontre impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas⁴.

Há, no entanto, uma **presunção legal inilidível do conhecimento da situação de insolvência** que faz despoletar este dever de apresentar a empresa à insolvência: o decurso de, pelo menos, 3 (três) meses sobre o incumprimento generalizado de (i) obrigações tributárias, (ii) contribuições e quotizações para a Segurança Social, (iii) dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato, ou (iv) rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respetiva hipoteca, relativamente a local em que a devedora realize a sua atividade ou tenha a sua sede.

Em caso de incumprimento pela devedora ou pelos respetivos administradores/gerentes do dever de apresentação à insolvência, presume-se a existência de **culpa**

1 A criação do PEVE corresponde a uma das medidas previstas no Programa de Estabilização Económica e Social (PEES), um plano do Governo Português para responder às dificuldades económicas e sociais provocadas pela COVID-19. A Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro entrou em vigor no dia 28 de novembro de 2020, estabelecendo-se a sua vigência até 31 de dezembro de 2021, com possibilidade de prorrogação por diploma do Governo.

2 Cfr. nomeadamente os artigos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 16.º e 17.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

3 Artigo 6.º-E, n.º 7, alínea a) da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, na sua mais recente alteração introduzida pela Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril. Este prazo está suspenso já desde 7 de abril de 2020, devido às medidas excecionais adotadas para fazer face à crise causada pela pandemia da COVID-19. Existe uma divergência interpretativa quanto à data de produção de efeitos desta suspensão, se desde o dia 7 de abril ou se desde o dia 9 de março (decorrente da interpretação do n.º 2 do artigo 6.º na redação introduzida pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril), sendo que decidimos adotar a interpretação mais cautelosa.

4 Artigo 3.º, n.º 1 do CIRE. Os n.ºs 2 e 3 deste artigo 3.º estabelecem um outro critério para aferir a situação de insolvência, alternativo ou cumulativo com o do n.º 1, mas que não faz despoletar o dever de apresentar a empresa à insolvência: superioridade do passivo sobre o ativo, avaliado segundo as normas contabilísticas aplicáveis, salvo se o ativo for superior ao passivo, avaliados em conformidade com as seguintes regras: (i) consideram-se no ativo e no passivo os elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor; (ii) a valorização baseia-se numa perspetiva de continuidade, mas com exclusão da rubrica de trespasse; (iii) não se incluem no passivo dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do ativo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores da devedora.

grave relativamente à situação de insolvência criada, o que assume importância em sede de incidente de qualificação da mesma (como culposa), bem como ao nível da responsabilidade (incluindo criminal) da devedora e dos seus administradores/gerentes⁵.

A declaração de insolvência da devedora pode também ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por **qualquer credor** (ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito), ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, desde que se verifique algum dos factos previstos na lei, como por exemplo a falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de a devedora satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações⁶. Até à prolação da decisão de declaração da insolvência, o credor pode desistir do pedido.

A **sentença de declaração da insolvência** é fonte de inúmeros e importantes efeitos: sobre a devedora e outras pessoas; processuais; sobre os créditos; e sobre os negócios em curso. O principal efeito da declaração de insolvência sobre a devedora é o da **privação dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes do seu património** (os quais são apreendidos à ordem do processo, passando a integrar a massa insolvente), por si ou pelos seus administradores, passando tais poderes a pertencer ao **administrador da insolvência** nomeado pelo juiz. Verificados que sejam alguns requisitos, existe, contudo, a possibilidade de a devedora se manter na administração da massa insolvente (i.e., de os administradores manterem os seus poderes, ainda que sob a supervisão do administrador da insolvência) quando a finalidade é a apresentação de um plano de insolvência com vista à continuidade da exploração da empresa por si própria.

A declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações da insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva. Será, por exemplo, o caso dos contratos de mútuo/financiamento, em que, desde que o credor/financiador já tenha cumprido integralmente a sua obrigação (i.e., disponibilizado a totalidade da quantia financiada), ocorrerá o vencimento antecipado das prestações vincendas por referência à data da declaração de insolvência.

Por sua vez, no que respeita aos efeitos da insolvência sobre os **negócios em curso**, existe um outro princípio geral aplicável aos contratos bilaterais que, à data da declaração de insolvência, não tenham sido ainda totalmente cumpridos, tanto pela devedora insolvente como pela outra parte. Esse princípio estabelece que o respetivo cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência opte pela execução do contrato ou recuse o seu cumprimento. Mas vários tipos contratuais são objeto de tratamento específico na lei, como por exemplo (i) a locação⁷ e (ii) a prestação duradoura de serviço⁸.

Assim, no Processo de Insolvência, designadamente num contexto de continuidade da empresa e aprovação de um plano, é possível terminar contratos cuja manutenção não seja do interesse da empresa.

A declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer ação executiva intentada pelos credores da insolvência.

A sentença de declaração de insolvência, para além de publicitada, é notificada ao Ministério Público, ao Instituto de Segurança Social, ao requerente da declaração de insolvência, à devedora, à comissão de trabalhadores, aos cinco maiores credores conhecidos e aos credores

5 Àqueles que forem afetados pela qualificação da insolvência como culposa (poderão ser todos os administradores ou só alguns, o TOC/ROC, etc.) podem ser aplicadas as seguintes medidas: a) inibição para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de dois a dez anos; b) inibição para o exercício do comércio por um período de dois a dez anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa; c) perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos; d) condenação a indemnizarem os credores da devedora insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos seus patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados. Caso haja ainda conhecimento de factos que iniciem a prática dos crimes de insolvência dolosa ou negligente ou de favorecimento de credores, poderá ser dado início a procedimentos criminais; tais crimes são punidos com penas de prisão ou multa.

6 O artigo 20.º, n.º 1 do CIRE prevê os factos-índice ou presuntivos da situação de insolvência – utilizados por credores para requererem a insolvência de uma devedora –, entre os quais: (i) a suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas; (ii) a falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de a devedora satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; (iii) o incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira.

7 Nos contratos de locação, a declaração de insolvência não suspende o contrato (em que o insolvente seja locatário), mas o administrador da insolvência pode sempre denunciá-lo com um pré-aviso de 60 (sessenta) dias (se nos termos da lei ou do contrato não for suficiente um pré-aviso inferior). O locador não pode requerer a resolução do contrato após a declaração de insolvência do locatário com algum dos seguintes fundamentos: (a) falta de pagamento das rendas ou alugueres respeitantes ao período anterior à data da declaração de insolvência; ou (b) deterioração da situação financeira do locatário. Recusado o cumprimento pelo administrador da insolvência, há limitações aos valores que podem ser exigidos pelo locador a título de indemnização pelos prejuízos causados pelo incumprimento (afastando, assim, as cláusulas contratuais a este respeito). A lei estabelece que: a) nenhuma das partes tem direito à restituição do que prestou; b) a massa insolvente tem o direito de exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que não tenha sido ainda realizada pela outra parte; c) a outra parte tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada; d) o direito à indemnização dos prejuízos causados à outra parte pelo incumprimento: (i) apenas existe até ao valor da obrigação eventualmente imposta nos termos da alínea b); (ii) é abatido do quantitativo a que a outra parte tenha direito, por aplicação da alínea c); (iii) constitui crédito sobre a insolvência (e não sobre a massa insolvente), o que permite, ser-lhe dado um tratamento igual ao de créditos equivalentes; Qualquer das partes pode declarar a compensação das obrigações referidas nas alíneas c) e d) com a aludida na alínea b), até à concorrência dos respetivos montantes.

8 Nos contratos de prestação duradoura de serviço, que obriguem à realização da prestação duradoura de um serviço no interesse do insolvente, a declaração de insolvência não suspende o contrato, podendo, contudo, ser denunciado por qualquer das partes com um pré-aviso de 60 (sessenta) dias.

conhecidos que tenham a residência habitual, o domicílio ou a sede estatutária num Estado-membro diferente daquele em foi aberto o processo. Todos os credores devem reclamar os seus créditos no prazo fixado para o efeito na sentença – regra geral, 30 (trinta) dias.

Na assembleia de credores de apreciação do relatório elaborado pelo administrador da insolvência, é decidido se o processo prossegue para **liquidação** do ativo da empresa ou apresentação de um **plano**. Esta decisão é tomada pela **maioria** dos credores votantes e dos votos emitidos, não sendo consideradas as abstenções.

Os créditos conferem **um voto por cada euro ou fração** se já estiverem reconhecidos por sentença definitiva de verificação e graduação de créditos ou em ação de verificação ulterior, ou se, cumulativamente: o credor já os tiver reclamado no processo, ou, se não estiver já esgotado o prazo fixado na sentença para as reclamações de créditos, os reclamar na própria assembleia (apenas para efeito de participação na reunião) e não forem objeto de impugnação na assembleia por parte do administrador da insolvência ou de algum credor com direito de voto. O número de votos conferidos por **créditos sob condição suspensiva**⁹ é sempre fixado pelo juiz, em atenção à probabilidade da verificação da condição. Os **créditos subordinados**¹⁰ não conferem direito de voto, exceto quando a deliberação da assembleia de credores incida sobre a aprovação de um plano de insolvência. A pedido do interessado, pode o juiz conferir votos a **créditos impugnados**, fixando a quantidade respetiva, com ponderação de todas as circunstâncias relevantes, nomeadamente da probabilidade da existência, do montante e da natureza subordinada do crédito, e ainda, tratando-se de créditos sob condição suspensiva, da probabilidade da verificação da condição. Da decisão do juiz não cabe recurso, não sendo em caso algum motivo de invalidade das deliberações tomadas pela assembleia a comprovação ulterior de que aos credores competia efetivamente um número de votos diferente do que lhes foi conferido. De acordo com a nossa experiência, por regra o juiz atribui **50% de direitos de voto** aos créditos condicionais ou impugnados.

Para efeitos de votação do plano de insolvência, é ainda importante ter presente que, os créditos que não sejam modificados pela parte dispositiva do plano, não conferem direito de voto. *Assim, e estrategicamente, é importante modificar os créditos dos credores que se pretenda que venham a votar o plano.*

Podem apresentar proposta de **plano de insolvência** o administrador da insolvência, a devedora, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos **um quinto** do total dos créditos não subordinados. O plano é aprovado quando, com um **quórum de um terço** do total dos créditos com direito de voto, obtiver o voto favorável de **dois terços** da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados.

O plano vincula todos os credores, mesmo os que não tenham votado ou que tenham votado contra o mesmo; contudo, o plano que preveja a modificação de contratos necessita da aprovação dos credores em questão¹¹.

O plano de insolvência obedece a dois princípios fundamentais: (i) o **princípio da igualdade dos credores**, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objetivas, sendo que o tratamento desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado (o qual se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável); e (ii) o **princípio no creditor worse off**, de que nenhum credor pode ficar numa posição mais desfavorável com o plano do que ficaria sem a existência deste. Nesse caso, o juiz pode recusar a homologação do plano, caso lhe seja solicitado por algum credor, ou sócio, associado ou membro da empresa devedora.

Existe um conjunto de **benefícios emolumentares e fiscais** decorrentes da aprovação e implementação de um plano de insolvência, entre outros, benefícios relativos ao Imposto sobre o IRC, ao Imposto do Selo e ao IMT, que isentam as mais valias de IRC, reconduzem a redução dos créditos a custos ou perdas do exercício e isentam certos atos de Imposto do Selo e de IMT¹².

9 "(...) consideram-se créditos sob condição suspensiva e resolutive, respetivamente, aqueles cuja constituição ou subsistência se encontrem sujeitos à verificação ou à não verificação de um acontecimento futuro e incerto, por força da lei, de decisão judicial ou de negócio jurídico. 2 - São havidos, designadamente, como créditos sob condição suspensiva: a) Os resultantes da recusa de execução ou denúncia antecipada, por parte do administrador da insolvência, de contratos bilaterais em curso à data da declaração da insolvência, ou da resolução de atos em benefício da massa insolvente, enquanto não se verificar essa denúncia, recusa ou resolução; b) Os créditos que não possam ser exercidos contra o insolvente sem prévia excussão do património de outrem, enquanto não se verificar tal excussão; c) Os créditos sobre a insolvência pelos quais o insolvente não responda pessoalmente, enquanto a dívida não for exigível." (Cfr. artigo 50.º do CIRE).

10 "Consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência: a) Os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respectiva aquisição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) Os juros de créditos não subordinados constituídos após a declaração da insolvência, com exceção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respetivos; c) Os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes; d) Os créditos que tenham por objeto prestações do devedor a título gratuito; e) Os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé; f) Os juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência; g) Os créditos por suprimentos." (Cfr. artigo 48.º do CIRE).

11 Num cenário em que o plano preveja uma alteração dos contratos (para o futuro), as respetivas contrapartes/credores votem contra o plano, e ainda assim o plano seja aprovado pela maioria de dois terços exigida na lei, a probabilidade de o juiz vir a recusar a homologação desse plano (quer na insolvência, quer no PER) é, efetivamente, muito elevada. Se a alteração prevista respeitar apenas à modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro dos créditos, o risco da não homologação será, neste caso, mais reduzido.

12 Artigos 268.º a 270.º do CIRE

O **incumprimento** do plano de insolvência, ou a declaração de insolvência em novo processo, determina que a moratória ou o perdão previstos no plano fiquem sem efeito (salvo disposição expressa do plano em sentido contrário)¹³.

PER

O PER é um processo especial de natureza **judicial**, que se destina a permitir à devedora que, comprovadamente, se encontre em **situação económica difícil** ou em **situação de insolvência meramente iminente** (ou seja, não pode estar já numa situação de insolvência), mas que ainda seja **suscetível de recuperação**, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes um acordo conducente à sua revitalização. Reveste duas modalidades: aquela em que o acordo é alcançado no âmbito do processo (que iremos aqui analisar) e uma outra, em que o referido acordo é obtido ainda antes do início do processo¹⁴. As negociações decorrem sempre extrajudicialmente, sendo, a final, o plano homologado pelo juiz.

O PER inicia-se a requerimento da devedora, sendo necessário, entre outros elementos, obter a declaração escrita de credores correspondentes a **10% dos créditos não subordinados** a manifestar vontade em encetarem negociações conducentes à revitalização da devedora através da aprovação de um plano de recuperação. É igualmente necessário apresentar uma declaração assinada pela própria empresa em que ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação, assim como uma declaração assinada por **contabilista certificado ou revisor oficial de contas (ROC)**, há não mais de 30 (trinta) dias, a atestar que a devedora não se encontra em situação de insolvência atual.

O juiz nomeia de imediato, por Despacho, o administrador judicial provisório. Os credores dispõem do prazo de 20 (vinte) dias para reclamar os seus créditos. A devedora tem o dever de convidar (por carta registada) todos os seus credores a participarem na negociação.

Após o termo do prazo de reclamação de créditos, o administrador judicial provisório dispõe de 5 (cinco) dias para publicar a lista de credores, a qual poderá ser impugnada no prazo de 5 (cinco) dias úteis. Findo o prazo de impugnação da lista de credores, decorrerá o período

de negociações para apresentação de um plano de recuperação (dois meses, que poderão ser prorrogados por mais um mês¹⁵).

O início do PER obsta à instauração de quaisquer **ações para cobrança de dívidas** contra a devedora e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto à devedora, as ações em curso com idêntica finalidade, bem como as ações em que haja sido requerida a insolvência da devedora, extinguindo-se as mesmas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação. Durante aquele período, não pode ser suspensa a prestação dos **serviços públicos essenciais**.

O PER não retira à administração da devedora os poderes de gestão e representação da empresa. Contudo, durante o PER, a devedora fica impedida de praticar **atos de especial relevo**¹⁶ sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida pelo administrador judicial provisório. Contrariamente ao que acontece na declaração de insolvência, o início do PER **não produz efeitos nos contratos e negócios em curso** (assim, por exemplo, não é possível terminar contratos contra a vontade dos credores em questão).

Oficiosamente ou a requerimento do administrador judicial provisório, são apensados aos autos os processos de PER intentados por **sociedades comerciais com as quais a empresa se encontre em relação de domínio ou de grupo**, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, podendo o mesmo requerimento ser formulado por todas as empresas naquelas circunstâncias que tenham tentado PER. Esta apensação apenas pode ser requerida até ao início do prazo de negociações no processo ao qual os demais devam ser apensados.

Considera-se aprovado o plano de recuperação que (i) com um **quórum** de, pelo menos, **um terço** do total dos créditos relacionados com direito de voto, recolha o voto favorável de mais de **dois terços** da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções; ou (ii) recolha o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de **metade** da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto e mais de metade destes votos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções.

13 Artigo 218.º, n.º 1 do CIRE.

14 O comumente denominado "PER abreviado" (artigo 17.º-I do CIRE).

15 A requerimento fundamentado da empresa e do administrador judicial provisório, o juiz pode conceder nova prorrogação do prazo para conclusão das negociações encetadas com vista à aprovação de plano de recuperação adaptado ao contexto da pandemia COVID-19, por uma só vez e por um mês adicional (artigo 2.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro). Assim, atual e transitoriamente, as negociações de um PER podem decorrer por um período máximo de 4 (quatro) meses.

16 Constituem, designadamente, atos de especial relevo: (a) a venda da empresa, de estabelecimentos ou da totalidade das existências; (b) a alienação de bens necessários à continuação da exploração da empresa, anteriormente ao respetivo encerramento; (c) a alienação de participações noutras sociedades destinadas a garantir o estabelecimento com estas de uma relação duradoura; (d) a aquisição de imóveis; (e) a celebração de novos contratos de execução duradoura; (f) a assunção de obrigações de terceiros e a constituição de garantias; (g) a alienação de qualquer bem da empresa por preço igual ou superior a EUR 10.000 e que represente, pelo menos, 10% do valor da massa insolvente, tal como existente à data da declaração da insolvência, salvo se se tratar de bens do ativo circulante ou for fácil a sua substituição por outro da mesma natureza.

O plano obedece aos mesmos princípios fundamentais do plano de insolvência, a saber: **igualdade de tratamento dos credores** e **no creditor worse off**. De igual forma, o plano que preveja a modificação de contratos também necessita da aprovação dos credores em questão.

Após a aprovação do plano pelas maiorias dos credores previstas, o mesmo terá de ser homologado pelo juiz. O período das negociações varia, atualmente, entre 2 (dois) e 4 (quatro) meses, sendo por isso possível obter a aprovação e homologação (pelo tribunal de primeira instância) de um plano num prazo curto. A decisão judicial de homologação do plano **vincula todos os credores**, mesmo que não hajam participado nas negociações.

O regime excecional que aprovou o PEVE estendeu ao PER que seja tramitado durante a vigência daquele¹⁷ o incentivo de **autofinanciamento**: os **sócios (ou outras pessoas especialmente relacionadas) que financiem a atividade da empresa (inclusive através de suprimentos) beneficiam do privilégio creditório mobiliário geral** (graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores)¹⁸, que já se encontrava previsto no PER para o financiamento concedido pelos credores não especialmente relacionados¹⁹.

Também no PER, as partes podem beneficiar dos **benefícios emolumentares e fiscais** supra enunciados.

Caso não seja possível obter a aprovação do plano, compete ao administrador judicial provisório, mediante a informação de que disponha e após ouvir a devedora e os credores, emitir o seu parecer sobre se a devedora se encontra em **situação de insolvência** e, se assim for, requerer a insolvência da devedora (devendo a mesma ser declarada pelo juiz no prazo de três dias úteis, contados a partir da receção pelo tribunal da comunicação/ parecer do administrador judicial provisório). Nos casos em que a devedora ainda não se encontre em situação de insolvência, o encerramento do PER acarreta a extinção de todos os seus efeitos.

O termo do PER sem a aprovação de um plano impede a empresa de recorrer ao mesmo pelo prazo de **dois anos**.

Tal como no plano de insolvência, o **incumprimento** do plano determina que a moratória ou o perdão previstos no plano fiquem sem efeito (salvo disposição expressa do plano em sentido contrário)²⁰.

RERE

O RERE²¹ é um regime **extrajudicial** que regula os termos e os efeitos das negociações e do **acordo de reestruturação** que seja alcançado entre uma devedora e um ou mais credores contribuindo para a viabilização da empresa.

A devedora deve estar em **situação económica difícil** ou em **situação de insolvência iminente**, i.e., a empresa não pode estar já numa situação de insolvência, salvo se ²² (i) a situação de insolvência atual (desde que não declarada judicialmente) resultar comprovadamente da pandemia da COVID-19, mas a empresa ainda seja suscetível de viabilização e demonstre ter, em 31 de dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo (apurado nos termos do CIRE²³), ou (ii) não tendo o ativo superior ao passivo a 31 de dezembro de 2019, tenha logrado regularizar a sua situação financeira ao abrigo da disposição transitória que admita o recurso ao RERE por empresas em situação de insolvência²⁴, na condição de terem procedido ao depósito tempestivo do acordo de reestruturação.

O RERE inicia-se com a assinatura e depósito na Conservatória do Registo Comercial de um **protocolo de negociação** entre devedora e credores, devendo os credores subscritores representar pelo menos **15% do passivo** da devedora que seja considerado não subordinado nos termos do CIRE. Para este efeito, são credores da devedora os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre esta, vencidos, vincendos e sob condição, qualquer que seja a sua nacionalidade ou domicílio.

Tal como o PER, o RERE tem **natureza voluntária**. A participação nas negociações é **livre** podendo a devedora convocar todos ou apenas alguns dos credores (exceto regras especiais quanto a determinados credores: Autoridade Tributária, Segurança Social, trabalhadores e organizações representativas de trabalhadores). *Deverá, assim, convocar aqueles que considere mais apropriados para alcançar o acordo de reestruturação e a sua desejada viabilização, sem prejuízo de, no decorrer das negociações, qualquer credor poder aderir ao protocolo de negociação de forma integral.*

O conteúdo do protocolo de negociação é estabelecido livremente entre as partes. Contudo, deve conter alguns elementos obrigatórios, entre os quais uma declaração de **contabilista certificado ou ROC**, emitida há menos de 30 (trinta) dias, que verifique o requisito de que os credores subscritores do protocolo de negociação representam

17 Recordamos que a Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro entrou em vigor no dia 28 de novembro de 2020, estabelecendo-se a sua vigência até 31 de dezembro de 2021.

18 Artigo 3.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

19 Artigo 17.º-H, n.º 2 do CIRE.

20 Artigo 17.º-F, n.º 12 do CIRE.

21 O RERE foi criado pela Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

22 Adaptação introduzida pelo regime excecional que aprovou o PEVE (artigo 5.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro).

23 Vide nota de rodapé 4.

24 Artigo 35.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

pelo menos 15% do passivo não subordinado da devedora e que os referidos credores subscritores são detentores de créditos não subordinados.

O princípio instituído é o da **confidencialidade**, salvo acordo entre as partes e derrogações de natureza legal: a Autoridade Tributária, a Segurança Social e os trabalhadores são, obrigatoriamente, informados do depósito do protocolo de negociação e do seu conteúdo, sempre que sejam titulares de créditos sobre a devedora.

O depósito do protocolo marca o início das negociações propriamente ditas e o início da contagem do prazo máximo de **3 (três) meses** para conclusão dessas negociações. Além disso, determina um conjunto de obrigações específicas para a devedora e credores, designadamente quanto (i) a **suspensão de processos judiciais**, (ii) a **relações com “prestadores de serviços essenciais”** (os quais ficam impedidos de interromper o fornecimento dos mesmos por dívidas relativas a serviços prestados em momento anterior ao depósito) e (iii) à **contagem de prazos para a apresentação à insolvência** (se, após o depósito do protocolo de negociação, a devedora ficar em situação de insolvência, a contagem do prazo de apresentação da devedora à insolvência – atualmente suspensa, por via do regime excecional, como acima referido – apenas se inicia após o encerramento das negociações).

Após o depósito do protocolo de negociação, a devedora fica obrigada a manter o curso normal do seu negócio e a **não praticar atos de especial relevo**, exceto se previstos no referido protocolo ou se previamente autorizados por todos os credores.

O **acordo de reestruturação** produz efeitos a partir da data de depósito na Conservatória, salvo disposição em contrário do próprio acordo, e apenas para o futuro. Os **efeitos** podem incidir sobre garantias preexistentes, novas garantias, processos judiciais em curso, reestruturação societária, resolução de negócios, efeitos fiscais e de articulação com o PER. A eventual extinção de processos judiciais em curso aplica-se, exclusivamente, a processos interpostos pelos credores subscritores do acordo. Não se aplica a processos judiciais de natureza laboral, declarativos, executivos ou cautelares e a credores que não são parte no acordo de reestruturação.

O acordo de reestruturação deve ser também acompanhado da declaração de um ROC a atestar que, na data da celebração do acordo, a sociedade não se encontra em situação de insolvência – exceto se a situação de insolvência atual decorrer da pandemia da COVID-19.

As partes podem beneficiar dos **benefícios emulmentares e fiscais** do CIRE, desde que o acordo de reestruturação contemple, pelo menos, a reestruturação de créditos que representem **30% do total do passivo não subordinado** da devedora, sendo necessário que o acordo de reestruturação seja acompanhado de uma declaração emitida por ROC, certificando que o acordo compreende a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado da devedora e que, em virtude do acordo de viabilização, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada.

Se o acordo de reestruturação for subscrito por credores que representem as maiorias previstas para a aprovação de um plano no âmbito do PER (ou a ele vierem posteriormente a aderir credores suficientes para perfazer a maioria), pode a devedora iniciar um PER²⁵ com vista à **homologação judicial** do acordo de reestruturação – o qual, desta forma, vinculará todos os credores, mesmo os que não tenham subscrito o acordo de reestruturação.

A conclusão das negociações sem acordo de reestruturação não acarreta efeitos para a devedora, designadamente quanto à sua eventual situação de insolvência. De igual modo, após a conclusão das negociações, com ou sem acordo de reestruturação, a devedora é livre de recorrer novamente ao RERE, desde que não viole os termos específicos de acordo anteriormente alcançado ao abrigo deste regime.

Salvo disposição no acordo de reestruturação em sentido contrário, o **incumprimento** legitima a parte afetada pelo mesmo a resolver o acordo de reestruturação. A resolução não tem, em caso algum, efeitos retroativos nem importa a repristinação dos termos originais da obrigação alterada no acordo²⁶.

PEVE

O PEVE visa a homologação **judicial** de um acordo de reestruturação de dívida (**acordo de viabilização**) estabelecido **extrajudicialmente** entre a empresa e os seus credores, que representem pelo menos as maiorias de votos previstas no PER²⁷.

A decisão de homologação vincula a empresa, **os credores subscritores do acordo e os credores constantes da relação de credores apresentada pela devedora** (que poderá ser impugnada por qualquer credor), mesmo que não hajam participado na negociação extrajudicial.

No momento da apresentação do requerimento em tribunal, a empresa não pode ter pendente nenhum PER. Além

25 O PER ao abrigo do artigo 17.º-I do CIRE (artigo 29.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de março).

26 Artigo 30.º, n.º 3 da Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

27 O PEVE, fortemente inspirado nos regimes do PER abreviado e do RERE, é um processo de natureza híbrida, podendo afirmar-se que se inclui nos instrumentos tipicamente denominados “fast-track-court-approval-procedures”.

disso, deve reunir e provar as condições necessárias à sua viabilização. Adicionalmente, deve ainda demonstrar que, a 31 de dezembro de 2019, o passivo da empresa era inferior ao ativo (apurado de acordo com as regras do CIRE). Ou seja, na prática, tem que demonstrar que **as suas dificuldades decorrem do contexto pandémico**²⁸. A lei prevê, contudo, duas exceções: (i) as micro e pequenas empresas, onde o passivo pode ser superior ao ativo, desde que sejam cumpridas determinadas condições suplementares ali previstas²⁹; e (ii) as empresas que, não tendo uma situação líquida positiva em 31 de dezembro de 2019, tenham logrado regularizar a sua situação financeira ao abrigo da disposição transitória que admitia o recurso ao RERE por empresas em situação de insolvência³⁰, na condição de terem procedido ao depósito tempestivo do acordo de reestruturação.

Ao juiz cabe verificar a conformidade de todos os pressupostos e requisitos, proferindo o despacho de deferimento ou de abertura do PEVE em que procede à nomeação do administrador judicial provisório.

Por forma a garantir a **celeridade** do processo, não está prevista a fase da reclamação de créditos, iniciando-se, de imediato e em simultâneo, a fase de eventual impugnação por parte dos credores (com fundamento na indevida inclusão e/ou exclusão dos seus créditos, incorreção dos seus montantes e/ou da sua qualificação) e de solicitação da não homologação do acordo de viabilização, estando expressamente previstos prazos curtos de decisão pelo juiz, atribuindo-se, ainda, **prioridade** a este processo extraordinário sobre os demais processos urgentes (i.e., Processo de Insolvência e PER), incluindo nas fases de recurso.

O administrador judicial provisório tem um papel muito residual no PEVE – após a sua nomeação cumpre-lhe, essencialmente, informar de imediato a Autoridade Tributária e Aduaneira, o Instituto da Segurança Social, I.P., e o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, I.P., da pendência do PEVE –, mas acaba por lhe ser concedida uma intervenção de grande relevância (e que não se verifica, por exemplo, no PER): emitir **parecer** sobre se o acordo oferece perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa, com base no qual o juiz irá depois decidir sobre a sua homologação. Assim, **a indicação do administrador judicial provisório poderá ter um caráter decisivo no desfecho do processo**.

Tal como no plano de insolvência e no PER, o conteúdo do acordo de viabilização deve obedecer a dois princípios

fundamentais: **princípio da igualdade dos credores e princípio no creditor worse off**.

Sem prejuízo da manutenção do princípio geral da intangibilidade dos créditos tributários e da Segurança Social e do regime geral de fracionamento em prestações, prevê-se a possibilidade de redução da taxa de juros de mora e o **perdão integral dos juros de mora vencidos** (desde que o pagamento daqueles créditos ocorra no prazo de 30 dias seguintes à homologação do acordo) e, ainda, outros benefícios fiscais idênticos aos já existentes no plano de insolvência, no PER e no RERE.

Tal como no RERE, as partes podem beneficiar dos **benefícios emolumentares e fiscais** (IRC, Imposto do Selo e IMT) desde que o acordo de reestruturação contemple, pelo menos, a reestruturação de créditos que representem **30% do total do passivo não subordinado** da devedora. Para esse efeito, é também necessário que o acordo de viabilização seja acompanhado de uma declaração emitida por ROC, certificando que o acordo compreende a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado do devedor e que, em virtude do acordo de viabilização, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada.

O PEVE tem também a virtualidade de suspender os processos para cobrança de dívidas e de insolvência requerida (desde que esta ainda não tenha sido declarada), e de impedir a suspensão da prestação de serviços públicos essenciais. À semelhança do que sucede no PER, fica vedada a prática de **atos de especial relevo** sem o prévio consentimento do administrador judicial provisório.

Uma das principais virtualidades do PEVE é o facto de promover quer o **financiamento**, quer o **autofinanciamento**, em especial com recurso a empréstimos dos sócios, com vista à sua efetiva viabilização. Assim, no PEVE, além de ser salvaguardada a manutenção das **garantias** convencionadas entre a empresa e os seus credores (desde que previstas no acordo de viabilização e tenham como finalidade proporcionar os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade), é estendido aos sócios (ou outras pessoas especialmente relacionadas) que financiem a atividade da empresa (inclusive através de suprimentos) o **privilégio creditório mobiliário geral** (graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores)³¹, que já se encontrava previsto no PER para o financiamento concedido pelos credores não especialmente relacionados³².

28 O PEVE socorreu-se de uma presunção já adotada noutras jurisdições europeias, face ao contexto excecional que vivemos: a de que as empresas que tinham um ativo superior ao passivo a 31 de dezembro de 2019 são empresas cuja situação económica difícil ou de insolvência (iminente ou atual) é uma consequência direta da crise pandémica, o que significa que se trata de empresas estruturalmente viáveis, já que aquela situação será apenas temporária.

29 Artigo 6.º, n.º 4 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

30 Artigo 35.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

31 Artigo 11.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

32 Artigo 17.º-H, n.º 2 do CIRE.

Prevê-se, ainda, a **insusceptibilidade de resolução em benefício da massa insolvente** dos negócios jurídicos previstos no acordo de viabilização que hajam compreendido a efetiva disponibilização à empresa de novos créditos pecuniários (aqui se incluindo, expressamente, o diferimento de pagamento e a constituição de garantias).

A não homologação do acordo acarreta o encerramento do processo e a extinção de todos os seus efeitos, não tendo, contudo, efeitos para a empresa quanto à sua eventual situação de insolvência.

O PEVE é de utilização única; chegando ao seu termo, e independentemente da homologação ou não do acordo de viabilização, a empresa fica impedida de recorrer novamente a este processo.

Tal como no plano de insolvência e no PER, o **incumprimento** do PEVE determina que a moratória ou o perdão previstos no plano fiquem sem efeito (salvo disposição expressa do plano em sentido contrário)³³.

Em jeito de resumo, vejamos agora quais as principais particularidades e diferenças entre cada um destes mecanismos, o que poderá ser útil no momento de tomar a decisão sobre qual o processo que melhor corresponde aos efeitos de recuperação/reestruturação pretendidos tendo em consideração as especificidades da situação/empresa em causa.

Processo de Insolvência:

- Processo **judicial** e **universal** (todos os credores são chamados).
- Pode ter início a requerimento da própria empresa devedora ou de qualquer credor. A devedora deve, contudo, requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência (ou da obrigação de conhecimento)³⁴, sob pena de a insolvência poder ser qualificada como culposa.
- Com a declaração de insolvência, por regra **a devedora fica privada dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes do seu património**, os quais são transferidos para o administrador da insolvência.
- Todos os bens da devedora são apreendidos à ordem do processo, não podendo ser instauradas ações ou requeridas providências que atinjam esses bens.
- A declaração de insolvência determina o **vencimento de todas as obrigações** da insolvente não

subordinadas a uma condição suspensiva e **produz efeitos nos negócios em curso**, mesmo contra a vontade dos contratantes. Em determinadas situações, cabe ao administrador da insolvência a decisão de fazer cessar alguns contratos.

- A renegociação dos contratos para o futuro necessita sempre do consentimento dos credores afetados, i.e., das respetivas contrapartes.
- O plano de insolvência pode prever o perdão ou a redução do valor dos créditos sobre a insolvência, quer quanto ao capital, quer quanto aos juros, entre outras diversas medidas, **vinculando todos os credores** (mesmo os que não tenham votado ou que tenham votado contra), desde que aprovado pelas maiorias exigidas.
- O conteúdo do plano de insolvência deve obedecer a dois princípios fundamentais: **princípio da igualdade dos credores** e **princípio no creditor worse off**.
- A aprovação e implementação de um plano de insolvência permite usufruir de benefícios fiscais, designadamente relativos ao IRC, ao Imposto do Selo e ao IMT.
- De acordo com a nossa experiência, a aprovação de um plano de recuperação numa insolvência pode levar até cerca de **2 anos**.

PER:

- Processo **judicial** e de natureza **voluntária**.
- Inicia-se a requerimento da empresa devedora com o apoio de uma minoria de credores (mínimo de **10%** do passivo), sendo necessária a apresentação de **declaração do ROC** que ateste que a empresa não se encontra em situação de insolvência atual.
- A devedora tem o dever de convidar todos os seus credores a participarem na negociação.
- O início do PER obsta à instauração de quaisquer **ações para cobrança de dívidas** contra a devedora e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende as que já estiverem em curso, inclusive de **insolvência** (desde que ainda não declarada), extinguindo-se as mesmas logo que seja aprovado e homologado o plano de recuperação.
- O PER não retira à administração da devedora os poderes de gestão e representação da empresa. Contudo, durante o PER, a devedora fica impedida de praticar **atos de especial relevo** sem que previamente

³³ Artigo 9.º, n.º 14 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

³⁴ Recorde-se que este prazo está suspenso já desde 7 de abril de 2020, devido às medidas excecionais adotadas para fazer face à crise causada pela pandemia da COVID-19

obtenha autorização para a realização da operação pretendida pelo administrador judicial provisório.

- Contrariamente ao que acontece na declaração de insolvência, o início do PER **não produz efeitos nos contratos e negócios em curso**.
- O período máximo das negociações do PER é, atual e temporariamente, de **4 meses** (a regra é serem 2 meses, prorrogáveis por mais 1 mês), sendo por isso possível obter a aprovação e homologação judicial de um plano num prazo curto, entre cerca de **4 e 6 meses**.
- O plano de recuperação **vincula todos os credores**, mesmo que não hajam participado nas negociações, desde que aprovado pelas maiorias exigidas.
- Tal como na insolvência, o conteúdo do plano deve obedecer a dois princípios fundamentais: **princípio da igualdade dos credores** e **princípio no creditor worse off**.
- Durante um período excecional e transitório (atualmente em curso, pelo menos até 31 de dezembro de 2021), os **sócios (ou outras pessoas especialmente relacionadas) que financiem a atividade da empresa (inclusive através de suprimentos) beneficiam do privilégio creditório mobiliário geral** (graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores).
- Também no PER, as partes podem beneficiar dos **benefícios fiscais**, designadamente relativos ao IRC, ao Imposto do Selo e ao IMT.
- Caso não seja possível obter a aprovação e homologação do plano, existe o risco de a devedora vir a ser imediatamente **declarada insolvente**. Nos casos em que a devedora ainda não se encontre em situação de insolvência, o encerramento do PER acarreta a extinção de todos os seus efeitos.
- O termo do PER sem a aprovação de um plano impede a empresa de recorrer ao mesmo pelo prazo de **2 anos**.

RERE:

- Processo **extrajudicial** e de natureza **voluntária**.
- Inicia-se a requerimento da empresa devedora com o apoio de uma minoria de credores (mínimo de **15%** do passivo), sendo necessária a apresentação de **declaração do ROC** que ateste que a empresa não se encontra em situação de insolvência atual.
- Ao abrigo do regime excecional e transitório (atualmente em curso, pelo menos até 31 de dezembro de 2021), também a empresa em **situação de insolvência atual** (desde que não declarada judicialmente)

poderá recorrer ao RERE, desde que aquela situação resulte comprovadamente da pandemia da COVID-19, tenha o ativo superior ao passivo a 31 de dezembro de 2019 e a empresa ainda seja suscetível de viabilização, ou que, não tendo o ativo superior ao passivo a 31 de dezembro de 2019, tenha logrado regularizar a sua situação financeira ao abrigo da disposição transitória que admitia o recurso ao RERE por empresas em situação de insolvência.

- A devedora deverá convocar apenas os credores que considere mais apropriados para alcançar o acordo de reestruturação e a sua desejada viabilização.
- O princípio instituído é o da **confidencialidade**, salvo acordo entre as partes e algumas derrogações de natureza legal.
- Após o depósito do protocolo de negociação, a devedora fica obrigada a manter o curso normal do seu negócio e a **não praticar atos de especial relevo**, exceto se previstos no referido protocolo ou se previamente autorizados por todos os credores.
- Se, após o depósito do protocolo de negociação, a devedora ficar em situação de insolvência, a contagem do prazo de 30 dias para apresentação da devedora à insolvência – atualmente suspenso – apenas se inicia após o encerramento das negociações.
- O conteúdo do acordo de reestruturação é **livre**, não estando sujeito aos princípios a que deve obedecer o plano de insolvência e o PER.
- O RERE produz efeitos logo que o acordo de reestruturação é depositado na Conservatória (no limite, no prazo de **3 meses** após a subscrição do protocolo inicial de negociação).
- O acordo de reestruturação **só vincula os credores que participem no acordo**; se reunir a maioria de 2/3, a devedora pode iniciar um PER com vista à **homologação judicial** do acordo de reestruturação, com efeito *cramdown* em relação aos credores não aderentes ao RERE.
- A eventual extinção de processos judiciais em curso aplica-se, exclusivamente, a processos instaurados pelos credores subscritores do acordo.
- As partes podem beneficiar dos **benefícios emolumentares e fiscais do CIRE**, desde que o acordo de reestruturação contemple, pelo menos, a reestruturação de créditos que representem **30% do total do passivo não subordinado**.
- A conclusão das negociações sem a aprovação de um acordo de reestruturação não tem efeitos para

a devedora (designadamente, quanto à sua eventual situação de insolvência).

- O incumprimento/resolução do acordo de reestruturação não tem, em caso algum, efeitos retroativos nem importa a repriminção dos termos originais da obrigação alterada – enquanto que no plano de insolvência, no PER e no PEVE o incumprimento pode levar a que a moratória e o perdão previstos nos planos fiquem sem efeito.

PEVE:

- Processo de natureza híbrida – **extrajudicial** (negociação e celebração do acordo) e **judicial** (homologação do acordo) – e **voluntária**.
- Regime **excecional e transitório** (em princípio, em vigor só até 31 de dezembro de 2021).
- Inicia-se a requerimento da empresa devedora, sendo necessário juntar uma **declaração assinada pelo órgão de administração** que ateste que a situação em que se encontra é devida à pandemia da COVID-19 e que reúne as condições necessárias para a sua viabilização, assim como o **acordo de viabilização**, assinado por pelo menos **2/3** dos credores.
- A empresa não pode ter pendente nenhum PER e deve ainda demonstrar que, **a 31 de dezembro de 2019, o passivo era inferior ao ativo**, salvo duas exceções: as micro e pequenas empresas, onde o passivo pode ser superior ao ativo, e as empresas que, não tendo uma situação líquida positiva em 31 de dezembro de 2019, tenham logrado regularizar a sua situação financeira ao abrigo da disposição transitória que admitia o recurso ao RERE por empresas em situação de insolvência.
- O PEVE assume **prioridade** sobre os demais processos urgentes (i.e., Processo de Insolvência e PER).
- O PEVE tem também a virtualidade de suspender os processos para cobrança de dívidas e de insolvência requerida (desde que esta ainda não tenha sido declarada), e de impedir a suspensão da prestação de serviços públicos essenciais.
- À semelhança do que sucede no PER, fica vedada a prática de **atos de especial relevo** sem o prévio consentimento do administrador judicial provisório.
- Tal como no plano de insolvência e no PER, o conteúdo do plano deve obedecer a dois princípios fundamentais: **princípio da igualdade dos credores** e **princípio no creditor worse off**.
- Caso o pagamento dos créditos tributários e da Segurança Social ocorra no prazo de 30 dias seguintes

à homologação do acordo, será possível obter o perdão integral dos juros de mora vencidos.

- Tal como no RERE, as partes podem beneficiar dos **benefícios emolumentares e fiscais** (IRC, Imposto do Selo e IMT) desde que o acordo de reestruturação contemple, pelo menos, a reestruturação de créditos que representem **30% do total do passivo não subordinado**.
- **Como forma de promover o financiamento e o autofinanciamento, concede-se o privilégio creditório mobiliário geral a todos os que financiem a atividade da empresa, inclusive aos sócios ou outras pessoas especialmente relacionadas, salvaguarda-se a manutenção das garantias** convencionadas entre a empresa e os seus credores e prevê-se a **insusceptibilidade de resolução em benefício da massa insolvente** dos negócios jurídicos previstos no acordo de viabilização que hajam compreendido a efetiva disponibilização à empresa de novos créditos pecuniários.
- A decisão de homologação vincula **os credores subscritores do acordo e os credores constantes da relação de credores apresentada pela devedora**, mesmo que não hajam participado na negociação extrajudicial.
- Para além da urgência na tramitação face aos demais processos, verifica-se uma redução do *iter* processual e a fixação de prazos reduzidos, pelo que admitimos que seja possível obter a homologação de um PEVE num prazo bastante curto, entre **45 a 60 dias**.
- Tal como no RERE, a não homologação do acordo acarreta o encerramento do processo e a extinção de todos os seus efeitos, não tendo, contudo, efeitos para a empresa quanto à sua eventual situação de insolvência.
- O PEVE é de utilização única; chegando ao seu termo, e independentemente da homologação ou não do acordo de viabilização, a empresa fica impedida de recorrer novamente a este processo.

Após esta análise, importa responder então à questão:

– **Qual a melhor opção para uma empresa que quer manter a atividade, mas reestruturar o seu passivo?**

Atendendo às particularidades de cada um dos regimes disponíveis, a resposta a esta questão irá importar sempre uma análise casuística, não apenas à situação atual da empresa, mas também ao universo dos seus credores e à forma ambicionada para a sua continuidade por via de uma reestruturação, designadamente em termos de efeitos pretendidos e de *timings*.

Como vimos, apesar dos regimes terem alguns pontos em comum entre eles, são diferentes os critérios de aplicabilidade, os requisitos para o seu sucesso, a sua duração e os efeitos e benefícios que se pretendem obter. Em termos genéricos, é fácil concluir que os procedimentos que concedem uma maior autonomia e liberdade à empresa devedora – e, por conseguinte, um menor risco de insucesso – são também aqueles cujos efeitos e benefícios são mais limitativos. Assim, nos pontos extremados teremos o RERE *versus* o Processo de Insolvência.

A título meramente exemplificativo: se uma empresa se encontra numa situação de insolvência atual em decorrência comprovada da crise gerada pela pandemia da COVID-19, tendo apenas o apoio de uma minoria dos seus credores para a reestruturação do seu passivo, a melhor solução talvez possa ser a de optar por um RERE. No entanto, esta solução só fará sentido se essa minoria de credores for suficiente para a sua recuperação, já que, desde logo, o RERE não terá a virtualidade de suspender os processos judiciais para cobrança de dívidas, nem aqueles em que tenha sido requerida a sua declaração de insolvência, que sejam ou tenham sido instaurados por credores que não subscrevam o acordo de reestruturação, o que poderá obstar à eficácia da sua reestruturação.

De igual forma, se essa mesma empresa julgar ser capaz de obter o apoio de uma grande maioria dos seus credores (correspondentes a, pelo menos, dois terços dos créditos não subordinados), mas recear não o conseguir e pretender evitar o risco da insolvência (existente no caso de não aprovação e/ou homologação de um PER), o RERE poderá ser também a melhor opção – já que, após a confirmação da obtenção dessa maioria, a devedora poderá iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação, o qual terá efeito *cramdown* em relação aos credores não aderentes ao RERE.

Se, uma vez mais, a empresa se encontra numa situação de insolvência atual em decorrência comprovada da crise gerada pela pandemia COVID-19, mas ainda é suscetível de viabilização, e é capaz de reunir o consenso de pelo menos (à cautela) metade dos seus credores, sendo imperioso a conclusão célere de um processo de reestruturação e que vincule todos os seus credores, o PEVE poderá ser a solução mais adequada.

Num outro exemplo: tendo sido requerida (mas ainda não declarada) a insolvência de uma empresa por um seu credor minoritário (por esta se encontrar numa situação de insolvência atual em decorrência da crise pandémica), mas sendo esta capaz de reunir a maioria necessária de credores para encetar negociações extrajudiciais que visem a reestruturação do seu passivo, designadamente de forma mais célere do que o que poderia implicar um cenário de plano de insolvência, pode aquela dar início a um PER (ou mesmo a um PEVE, caso o acordo de viabilização já se encontre em fase avançada de negociação, atendendo ao risco da iminente declaração de insolvência),

com vista a suspender o Processo de Insolvência. A opção pelo PER pode ainda significar a concessão de uma dupla oportunidade para a recuperação da empresa: caso o PER termine sem a aprovação e homologação de um plano e a devedora venha a ser declarada insolvente, poderá esta vir ainda a tentar fazer aprovar um novo plano de recuperação (agora no âmbito do Processo de Insolvência).

Os exemplos poderiam, efetivamente, ser múltiplos e diversos. Caberá, pois, à empresa, aos membros do seu órgão de administração, em colaboração com os técnicos competentes, proceder à análise que se impõe e que precederá a tomada da decisão. A avaliação dos riscos inerentes a cada um dos regimes disponíveis e a devida ponderação de todos os fatores envolventes serão fundamentais para o sucesso da futura pretendida reestruturação.

O PROCESSO EXTRAORDINÁRIO DE VIABILIZAÇÃO DE EMPRESAS:

UMA BREVE ANÁLISE DOS PRINCIPAIS
ASPETOS FISCAIS

Dinis Tracana

Mestrado em Direito Fiscal Europeu (FDUL)
Adv. LL.M. in International Taxation
(Leiden University)
Associado sénior PLMJ na área de Fiscal

João Rodrigues

Mestre em Ciências Jurídico-Forenses (FDUC)
Mestre em Direito Fiscal (FDUCP)
Advogado-Estagário PLMJ na área de Fiscal

1. Introdução

O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) foi recentemente introduzido no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, constituindo mais uma das diversas medidas que têm vindo a ser adotadas para mitigar o impacto económico e financeiro da pandemia causada pela COVID-19.

O PEVE tem como objetivo a obtenção célere da homologação judicial de um acordo de viabilização celebrado extrajudicialmente entre a empresa e os seus credores, i.e., é um processo judicial de natureza extraordinária e urgente¹ (*fast track*) de homologação de um acordo de reestruturação financeira entre a empresa e os seus credores.

A natureza deste processo apresenta, assim, diferenças relevantes quando comparado com os outros meios judiciais e extrajudiciais existentes, como seja o caso do Processo de Insolvência, do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas² (RERE), do Processo Especial de Revitalização³ (PER) e do Processo Especial para Acordo de Pagamento⁴ (PEAP)⁵. Salientamos, em todo o caso, que a principal diferença – em particular, quando comparando com o regime do PER – prende-se com o âmbito subjetivo de aplicação, i.e., o PEVE será apenas aplicável a empresas em situação económica difícil ou em situação de insolvência (imminente ou atual) em virtude da pandemia da COVID-19.

À semelhança do que se verifica com os regimes já existentes, o regime do PEVE prevê a aplicação de um conjunto de regras fiscais específicas, cuja finalidade é remover os obstáculos de natureza tributária à sua aplicação.

Neste artigo, analisar-se-á o regime fiscal aplicável às empresas e credores subscritores do acordo de viabilização homologado judicialmente com recurso ao PEVE.

2. Breve enquadramento do regime do PEVE

Conforme referido, o PEVE foi recentemente criado pela Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, correspondendo

à concretização de uma das medidas previstas no Programa de Estabilização Económica e Social.

Face ao seu objetivo específico de mitigação do impacto económico e financeiro da pandemia causada pela COVID-19, o PEVE assume a natureza de processo extraordinário e temporário, estando a sua vigência limitada até 31 de dezembro de 2021⁶.

Esse mesmo objetivo parece estar, também, subjacente aos requisitos de aplicabilidade do PEVE às empresas⁷, exigindo-se o cumprimento das seguintes condições:

- a. A empresa deve estar numa situação económica difícil ou situação de insolvência (imminente ou atual) em virtude da pandemia da doença COVID-19;
- b. A empresa deve ser suscetível de viabilização;
- c. A empresa não pode ter pendentes PER ou PEAP à data da apresentação do acordo de viabilização; e
- d. O ativo da empresa deve ser superior ao seu passivo, com referência a 31 de dezembro de 2019⁸.

Sem prejuízo do disposto, o regime do PEVE pode aplicar-se também a qualquer micro ou pequena empresa⁹ que não tivesse, em 31 de dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo, desde que estejam preenchidas as seguintes condições:

- a. A empresa não pode ter pendente um processo de insolvência, PER ou PEAP;
- b. A empresa recebeu um auxílio de emergência no âmbito do quadro temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio à economia, no atual contexto de pandemia e o mesmo não tenha sido reembolsado nos termos legais; e
- c. A empresa está abrangida por um plano de reestruturação no quadro das medidas de auxílio estatal.

1 Assumindo prioridade sobre a tramitação e julgamento de processo de insolvência, de processo especial de revitalização e de processo especial para acordo de pagamento, conforme referido no n.º 6 do artigo 6.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

2 Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

3 Artigos 17.º-A a 17.º-J do CIRE.

4 Artigos 222.º-A a 222.º-J do CIRE.

5 Salientando a natureza híbrida do PEVE e identificando algumas das principais diferenças face aos regimes já existentes, cfr. Catarina Guedes de Carvalho, "Portugal's Extraordinary Business Viability Process", in *INSOL Europe, Eurofenix Winter 2020-21*, pp. 36-37.

6 Notamos, contudo, que o próprio legislador previu a possibilidade de a vigência deste regime ser prorrogada por Decreto-Lei, conforme referido no n.º 2 do artigo 18.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

7 O regime do PEVE define o conceito de empresa como "toda a organização de capital e trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica, independentemente da natureza jurídica do seu titular".

8 Segundo o n.º 3 do artigo 3.º do CIRE, a avaliação do ativo e passivo de uma empresa deve reger-se pelas seguintes regras: (i) consideram-se no ativo e no passivo da empresa os elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor; (ii) no caso de o devedor ser titular de uma empresa, a valorização baseia-se numa perspetiva de continuidade ou de liquidação, consoante o que se afigure mais provável, mas em qualquer caso com exclusão da rubrica de *trespasse*; e (iii) não se incluem no passivo dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do ativo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores dos devedores.

9 Conforme aceção dada pelo artigo 1.º do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007.

Por último, encontra-se ainda prevista a aplicação do PEVE a um terceiro conjunto de empresas que não apresentem um ativo superior ao passivo. Para tanto, devem estar cumpridas as seguintes condições:

- a. As empresas devem ter regularizado a sua situação com recurso ao disposto no n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de março, ou seja, que tenham recorrido ao RERE nos termos aí previstos; e
- b. Tenham procedido ao depósito tempestivo do acordo de reestruturação.

Quando aplicável, o PEVE obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra a empresa¹⁰ e impede a empresa de praticar atos de especial relevo. O PEVE permite, para além do mais, a aplicação de um conjunto de regras fiscais especiais aplicáveis quer à empresa sujeita a PEVE, quer aos credores dessa empresa.

3. Regime fiscal aplicável no âmbito do PEVE

O regime fiscal aplicável no âmbito do PEVE vem previsto nos artigos 13.º e 14.º da referida Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, os quais estipulam um conjunto de normas diretamente aplicáveis, assim como várias remissões legais para as regras fiscais previstas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), no Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) e no Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de fevereiro que regula o regime aplicável aos créditos da Segurança Social.

Salienta-se, no entanto, que os benefícios fiscais previstos nos artigos 268.º a 270.º do CIRE são aplicáveis às partes subscritoras do acordo de viabilização¹¹, e apenas quando o acordo homologado compreenda a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado¹².

Nas secções seguintes deste artigo serão brevemente analisadas as regras fiscais aplicáveis no âmbito do PEVE. Para efeitos desta análise, serão consideradas primeiramente as normas aplicáveis à empresa devedora, sujeita ao PEVE, e posteriormente, as normas aplicáveis aos credores da empresa.

3.1. Regime fiscal aplicável à empresa devedora

3.1.1. Manutenção do reporte de prejuízos fiscais

Nos termos do artigo 52.º, n.º 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (Código do IRC), os prejuízos fiscais apurados num período de tributação podem ser deduzidos aos lucros tributáveis durante os 5 períodos de tributação posteriores¹³.

A dedução dos prejuízos fiscais apurados em períodos de tributação anteriores está, no entanto, limitada ao montante correspondente a 70% do respetivo lucro tributável do exercício. Deste modo, serão sempre sujeitos a IRC 30% dos lucros tributáveis apurados em determinado período de tributação, independentemente dos prejuízos apurados e reportados de anos anteriores.

Os prejuízos reportados de anos anteriores, e que não tenham sido consumidos na sua totalidade, podem ser deduzidos nos períodos de tributação seguintes, dentro das limitações temporais referidas.

A Lei do Orçamento do Estado Suplementar para 2020, aprovada pela Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho, veio introduzir um regime especial de dedução de prejuízos fiscais apurados por sujeitos passivos de IRC¹⁴ nos períodos de tributação de 2020 e 2021, nos termos do qual:

- i. O período de dedução de prejuízos fiscais aumenta de 5 para 12 anos;
- ii. Os prejuízos fiscais apurados em 2020 e 2021 podem ser deduzidos até 80% do lucro tributável (o que constitui um aumento de 10% face ao valor máximo dedutível, nos termos do regime geral); e
- iii. A contagem do prazo de reporte de prejuízos fiscais vigente no primeiro dia do período de tributação de 2020 (i.e., prejuízos fiscais apurados nos períodos de tributação de 2019 e anteriores que sejam dedutíveis no período de tributação de 2020) fica suspensa por dois anos (períodos de tributação de 2020 e 2021).

¹⁰ Cfr. artigo 8.º, n.º 1 alínea a) da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

¹¹ A este respeito, importa recordar que a decisão de homologação vincula a empresa, os credores subscritores do acordo, os credores constantes da relação de credores, mesmo que não tenham participado na negociação extrajudicial, e os credores que declarem aderir ao acordo homologado e cuja adesão seja aceite pela empresa, nos termos do n.º 9 do artigo 9.º e do n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro. Neste sentido, a letra do n.º 1 do artigo 14.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro parece excluir a aplicação dos benefícios previstos nos artigos 268.º a 270.º do CIRE aos credores que, ainda que vinculados ao acordo homologado judicialmente, não o tenham subscrito.

Para uma análise detalhada desta extensão da eficácia do acordo, cfr. Catarina Serra, "O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020", in *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 2061 e ss.

¹² Mediante autorização da Autoridade Tributária e Aduaneira, os benefícios previstos nos artigos 268.º a 270.º do CIRE podem ser aplicados mesmo que o acordo homologado compreenda a reestruturação de créditos correspondentes a menos de 30% do total do passivo não subordinado.

¹³ Este período é aumentado de 5 para 12 anos quando estejam em causa micro, pequenas e médias empresas que exerçam, diretamente e a título principal, uma atividade económica de natureza agrícola, comercial ou industrial.

¹⁴ Este regime especial é aplicável a sujeitos passivos que exerçam, diretamente e a título principal, uma atividade económica de natureza agrícola, comercial ou industrial, independentemente da sua qualificação como micro, pequena ou média empresa (cfr. artigo 11.º, n.º 1 da Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho).

Tabela 1: Dedutibilidade de regime de prejuízos fiscais

Exercício	Regime Geral		Limite material (% do lucro tributável)	Regime Especial		Limite material (% do lucro tributável)	
	Limite temporal (períodos)	Caducidade		Limite temporal (períodos)	Caducidade		
2014	12	2026	70%	1	2028	70%	
2015	12	2027		12	2029		
2016	12	2028		12	2030		
2017	5	2022		5	2024		
2018	5	2023		5	2025		
2019	5	2024		5	2026		
2020	5	2025		12	2032		
2021	5	2026		12	2033		
							80%

A dedutibilidade dos prejuízos fiscais está, no entanto, sujeita à aplicação de regras anti-abuso, as quais têm como finalidade evitar a sua transmissão artificial (as denominadas *anti-loss trafficking rules*).

Neste sentido, o n.º 8 do artigo 52.º do Código do IRC determina que os prejuízos fiscais reportados caducam, i.e., que não podem mais ser deduzidos, quando "*à data do termo do período de tributação em que é efetuada a dedução, (...) em relação àquele a que respeitam os prejuízos, se verificou a alteração da titularidade de mais de 50 % do capital social ou da maioria dos direitos de voto*" (sublinhado pelos autores).

Não obstante, tendo em consideração a finalidade daquela norma, as limitações à dedutibilidade dos prejuízos não são aplicáveis quando as alterações na titularidade do capital social ou dos direitos de voto resultem, entre outros: (i) da passagem da titularidade do capital social ou dos direitos de voto de direta para indireta, de indireta para direta, ou entre sociedades cuja maioria do capital social ou dos direitos de voto seja detida, direta ou indiretamente, por uma mesma entidade; (ii) de operações de reorganização societária enquadradas no regime da fiscalidade neutral; ou (iii) o adquirente detenha de forma ininterrupta, direta ou indiretamente, mais de 20% do capital social ou da maioria dos direitos de votos da sociedade desde o início de período a que respeitam os prejuízos.

Para além do mais, o n.º 12 do artigo 52.º do Código do IRC consagra, ainda, uma *cláusula de exceção residual*, nos termos da qual a manutenção dos prejuízos fiscais pode ser aceite pela Autoridade Tributária e Aduaneira em casos de reconhecido interesse económico. A manutenção dos prejuízos fiscais deve ser requerida pelo próprio sujeito passivo de IRC e fica dependente da análise discricionária da administração fiscal. Salienta-se, ainda, que não estão previstos quaisquer prazos máximos para a pronúncia da Autoridade Tributária e Aduaneira, o que frequentemente

causa situações de grande incerteza quanto à dedutibilidade dos prejuízos apurados nos períodos de tributação anteriores.

Com o objetivo de evitar uma análise casuística pela Autoridade Tributária e Aduaneira de todos os casos em que se verifique uma alteração de mais de 50% do capital social ou dos direitos de voto, o n.º 4 do artigo 14.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro determina que se presume que o acordo de viabilização submetido pelas partes no âmbito do PEVE se reveste de reconhecido interesse económico para efeitos do disposto no n.º 12 do artigo 52.º do Código do IRC¹⁵.

Neste sentido, consideramos que a manutenção dos prejuízos fiscais apurados por empresas sujeitas ao PEVE tem aplicação automática, não ficando sujeita à apresentação de qualquer requerimento à Autoridade Tributária e Aduaneira.

3.1.2. Benefícios fiscais em sede de IRC

Os planos de reestruturação financeira da empresa sujeita ao PEVE podem, entre outras medidas, prever a entrega de bens e direitos aos credores a título de dação em cumprimento das obrigações. Numa perspetiva fiscal, estas transmissões de bens e direitos constituem uma transmissão onerosa (i.e., assimilada a uma venda de ativos) e devem ser valorizadas a valor de mercado¹⁶. Consequentemente, podem dar lugar ao apuramento de rendimentos, ganhos¹⁷ ou variações patrimoniais positivas¹⁸ (não refletidas no resultado líquido contabilístico) a incluir na determinação da matéria coletável da empresa, podendo assim gerar imposto a pagar.

Para além do mais, a empresa e os credores podem também acordar na redução ou eliminação de determinadas dívidas (perdão de dívida ou *debt waiver*). Neste tipo de situações, a eliminação deste passivo resulta numa variação patrimonial positiva não refletida no resultado líquido do exercício que será, também, relevante na determinação da matéria coletável de IRC da empresa devedora.

O artigo 268.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE, aplicável *ex vi* artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, prevê expressamente a isenção de tributação destes rendimentos, ganhos ou variações patrimoniais positivas ao nível da empresa devedora.

¹⁵ Encontra-se uma presunção similar no âmbito do RERE, cfr. n.º 5 do artigo 27.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

¹⁶ Cfr. artigos 46.º, n.º 3 e 64.º, n.º 1 do Código do IRC.

¹⁷ Cfr. artigo 20.º, n.º 1, alínea h) do Código do IRC.

¹⁸ Cfr. artigo 21.º do Código do IRC.

3.1.3. Benefícios fiscais em sede de Imposto do Selo

O artigo 269.º do CIRE aplicável *ex vi* artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, prevê um conjunto de isenções de Imposto do Selo a atos ou operações especificamente previstas no acordo de viabilização.

Nos termos do referido artigo 269.º do CIRE consideram-se, assim, isentos de Imposto do Selo:

- i. As modificações dos prazos de vencimento ou das taxas de juro dos créditos sobre a insolvência¹⁹.

As modificações dos prazos de vencimento e, nalguns casos, das taxas de juros dos créditos podem qualificar-se como uma novação do crédito²⁰ – ficando, assim, sujeitas a Imposto do Selo sobre o valor do capital mutuado, até uma taxa máxima de 0,60%. Quando tais modificações estejam expressamente previstas no acordo de viabilização, consideram-se isentas de Imposto do Selo, não onerando assim a empresa devedora.

Salientamos, em qualquer caso, que a Autoridade Tributária e Aduaneira tem entendido que, nos casos de modificação dos prazos de vencimento, apenas se verifica uma novação do crédito sujeita a Imposto do Selo quando o novo prazo comece a contar-se após o termo do prazo estabelecido inicialmente, i.e., quando o novo prazo constitua um aditamento com produção de efeitos “*ex nunc*”.

- ii. A realização de operações de financiamento.

A obtenção de financiamento através da concessão de crédito está sujeita a Imposto do Selo, sendo aplicável uma taxa máxima de 0,60% (para financiamentos com prazo igual ou superior a 5 anos)²¹.

No entanto, quando esteja em causa uma operação de financiamento prevista no acordo de viabilização, será aplicável uma isenção de Imposto do Selo, nos termos do artigo 269.º, alínea e) do CIRE.

- iii. A emissão de letras ou livranças.

A emissão de letras e livranças está sujeita a Imposto do Selo, à taxa de 0,50% sobre o respetivo valor²². O artigo 269.º, alínea f) do CIRE prevê, no entanto, a aplicação de uma isenção de Imposto do Selo quando

estejam em causa letras ou livranças cuja emissão esteja prevista no acordo de viabilização.

- iv. A constituição ou prorrogação de garantias.

A constituição de garantias, ou a sua prorrogação, está sujeita a Imposto do Selo, sendo aplicável uma taxa máxima de 0,60% (para garantias com prazo igual ou superior a 5 anos)²³. As garantias consideram-se, no entanto, excluídas de tributação quando sejam materialmente acessórias e simultâneas de outros factos sujeitos a Imposto do Selo (e.g.: financiamento).

O artigo 269.º, alínea g) do CIRE prevê a aplicação de uma isenção de Imposto do Selo à constituição ou prorrogação de garantias, tal como previsto no acordo de viabilização.

3.1.4. Pagamento em prestações dos créditos tributários e contributivos

Os artigos 196.º e 199.º do CPPT (para os créditos da Autoridade Tributária e Aduaneira) e os artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de fevereiro (para os créditos da Segurança Social), determinam que os créditos tributários e contributivos exigíveis em processo executivo podem ser pagos em prestações mediante a apresentação de garantia idónea.

Para além do mais, o artigo 196.º do CPPT permite também o pagamento em prestações dos créditos tributários sempre que o plano de pagamento esteja: (i) num plano de recuperação no âmbito de processo de insolvência ou de PER; ou (ii) no acordo sujeito ao RERE, e desde que demonstrada a imprescindibilidade da medida. Salienta-se, também, que nesta situação não é exigível a apresentação de quaisquer garantias adicionais.

O artigo 13.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro veio confirmar que as dívidas tributárias e contributivas da empresa devedora, identificadas no acordo de viabilização sujeito a PEVE, podem ser pagas em prestações, nos termos gerais previstos na legislação citada. Porém, estabeleceu-se que a dispensa de apresentação de garantia prevista nos n.ºs 13 e 14 do artigo 199.º do CPPT é também aplicável aos créditos contributivos (no que constitui uma exceção face ao regime resultante dos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de fevereiro).

19 *Vide* Despacho P 2015001291 – IVE n.º 8848, de 30/07/2015, disponível em <http://www.taxfile.pt>, com despacho concordante da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira. Relativamente ao impacto da prorrogação de prazos no âmbito das moratórias aplicáveis na situação de pandemia, *vide* Circular n.º 6/2020, emitida pelo Gabinete do Diretor Geral, de 07.04.2020, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt>.

20 Notamos que a mera alteração das taxas de juro, em si mesmas, não constituem uma novação do crédito, nem deve ser considerada um ato sujeito a Imposto do Selo. Entendemos, assim, que apenas num cenário de capitalização dos juros em dívida estaríamos perante uma verdadeira concessão de crédito.

21 Cfr. verba 17.1 da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS). Ficam, assim, excluídas de Imposto do Selo as operações de financiamento com recurso a capitais próprios ou através de títulos de dívida (e.g.: obrigações, papel comercial, etc).

22 Cfr. verbas 23.1 e 23.2 da TGIS.

23 Cfr. verba 10.1 da TGIS.

Não obstante o regime previsto na Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro ter salvaguardado o caráter indisponível dos créditos tributários e contributivos²⁴, o artigo 13.º, n.º 3 consagra a redução da taxa dos juros de mora, nos seguintes termos:

- a. Redução de 25% em planos prestacionais de 73 a 150 prestações mensais;
- b. Redução de 50% em planos prestacionais de 37 a 72 prestações mensais;
- c. Redução de 75% em planos prestacionais até 36 prestações mensais; e
- d. Totalidade de juros de mora vencidos, desde que a dívida se mostre paga nos 30 dias seguintes à homologação do acordo.

À semelhança de outros regimes, os pagamentos das prestações são imputados, em primeiro lugar, ao montante do capital em dívida, seguindo-se, de forma sucessiva, os juros compensatórios, os juros de mora e os encargos.

3.2. Regime fiscal aplicável aos credores

3.2.1. Regime aplicável aos créditos incobráveis em sede de IRC

Os créditos incobráveis podem ser reconhecidos como gastos ou perdas do período de tributação quando não tenha sido admitida perda por imparidade ou esta se mostre insuficiente²⁵:

- a. Em processo de insolvência, quando a mesma tenha caráter limitado, se verifique o encerramento do processo de insolvência por insuficiência de bens ou após a realização do rateio final, do qual resulte o não pagamento definitivo do crédito;
- b. Na sentença de homologação do plano de insolvência ou do plano de recuperação de um PER, seja previsto o não pagamento definitivo do crédito; ou
- c. Tenha sido celebrado e depositado na Conservatória do Registo Comercial acordo sujeito ao RERE que cumpra com o disposto no n.º 3 do artigo 27.º do RERE e do qual resulte o não pagamento definitivo do crédito.

Nos termos do n.º 5 do artigo 14.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, será aplicável o mesmo regime, i.e., poderão ser reconhecidos como gastos, os créditos cujo

não pagamento definitivo resulte do acordo de viabilização homologado judicialmente.

Para efeitos do reconhecimento do crédito incobrável como gasto, será ainda necessário que o acordo de viabilização seja acompanhado de declaração emitida por Revisor Oficial de Contas certificando que o acordo compreende a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado do devedor e que, em virtude desse acordo, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada, nomeadamente por aumento da proporção do ativo sobre o passivo, e os capitais próprios da empresa são superiores ao capital social²⁶.

3.2.2. Regime aplicável aos créditos incobráveis em sede de IVA

O artigo 78.º-A do Código do IVA determina a dedutibilidade do IVA respeitante a créditos de cobrança duvidosa ou a créditos considerados incobráveis. Para estes efeitos, consideram-se créditos incobráveis:

- a. O crédito que esteja em mora há mais de 12 meses, desde que existam provas objetivas de imparidade e de terem sido efetuadas diligências para o seu recebimento; ou
- b. O crédito que esteja em mora há mais de 6 meses, desde que o seu valor não seja superior a € 750 (com IVA incluído) e o devedor seja particular ou sujeito passivo que realize exclusivamente operações isentas que não confirmam direito à dedução.

Para além do mais, em linha com o regime previsto no Código do IRC, consideram-se também créditos incobráveis, e por isso, passíveis de regularização em sede de IVA, os créditos cujo não pagamento definitivo esteja previsto ou resulte de um processo de insolvência, de um PER ou de um RERE²⁷.

Porém, e contrariamente ao expressamente previsto em sede de IRC, o regime previsto na Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, não determina que os créditos previstos no acordo de viabilização sujeito a PEVE se qualifiquem como créditos incobráveis para efeitos de IVA.

Nesse sentido, a regularização do IVA liquidado e entregue ao Estado relativo a créditos incluídos no acordo de viabilização sujeito a PEVE fica dependente do cumprimento das regras gerais.

²⁴ Cfr. artigo 13.º, n.º 2 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro. Em sentido similar, veja-se também o disposto no artigo 30.º, n.ºs 2 e 3 da Lei Geral Tributária.

²⁵ Cfr. artigo 41.º, n.º 1 do Código do IRC.

²⁶ Cfr. artigo 14.º, n.º 3 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro.

²⁷ Cfr. artigo 78.º-A, n.º 4 do Código do IVA.

3.2.3. Dedutibilidade das perdas realizadas com os perdões de dívida

Uma operação de perdão de dívida (total ou parcial) constitui uma redução do ativo do credor, gerando assim um gasto ou uma perda na sua esfera. A dedutibilidade desta perda, para efeitos de IRC, não deverá ser geralmente aceite, na medida em que não terá sido suportada para “obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC”²⁸.

Não obstante, o n.º 3 do artigo 268.º ex vi artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro prevê expressamente a dedutibilidade dessa perda quando respeite a créditos que tenham sido objeto de redução ao abrigo de acordo de viabilização homologado no âmbito do PEVE.

3.2.4. Benefícios fiscais em sede de IMT

O artigo 270.º, n.º 1 do CIRE, aplicável ex vi artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, determina que estão isentas de IMT²⁹, desde que previstas no acordo de viabilização homologado no âmbito do PEVE, as seguintes transmissões de bens imóveis:

- a. As que se destinem à constituição de nova sociedade ou sociedades e à realização do seu capital;
- b. As que se destinem à realização do aumento do capital da sociedade devedora; e
- c. As que decorram da dação em cumprimento de bens da empresa e da cessão de bens aos credores.

Para além do mais, o n.º 2 do artigo 270.º do CIRE determina que estão ainda isentos de IMT “os atos de venda, permuta ou cessão da empresa ou de estabelecimentos desta” integrados no âmbito do acordo de viabilização.

A Autoridade Tributária e Aduaneira interpretava o artigo 270.º, n.º 2 do CIRE de forma restritiva, propugnando que a isenção era apenas aplicável a bens imóveis que estivessem integrados na universalidade da empresa ou

estabelecimento vendidos, permutados ou cedidos no âmbito do plano de insolvência ou de pagamentos ou da liquidação da empresa insolvente³⁰.

Porém, o STA veio esclarecer, através de acórdão unânime de jurisprudência³¹, que a referida isenção de IMT aplica-se “*não apenas às vendas ou permutas de empresas ou estabelecimentos enquanto universalidade de bens, mas também às vendas e permutas de imóveis (enquanto elementos do seu ativo), desde que enquadradas no âmbito de um plano de insolvência ou de pagamento, ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente*”, ou previstos no acordo de viabilização sujeito ao PEVE.

Na sequência do citado Ac. do STA, a Autoridade Tributária e Aduaneira procedeu à reformulação do seu anterior entendimento através da Circular n.º 4/2017, na qual se refere que “*a aplicação dos benefícios fiscais previstos no n.º 2 do artigo 270.º do CIRE não depende da coisa vendida, permutada ou cedida abranger a universalidade da empresa insolvente ou um seu estabelecimento*” (sublinhado dos autores)³².

3.2.5. Benefícios fiscais em sede de Imposto do Selo

Conforme referido anteriormente, o artigo 269.º do CIRE aplicável ex vi artigo 14.º, n.º 1 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro prevê um conjunto de isenções de Imposto do Selo. Nos termos deste artigo, consideram-se isentos de Imposto do Selo:

- i. O trespasse ou a cessão da exploração de estabelecimentos da empresa.

Os trespases de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola³³ estão sujeitos a Imposto do Selo à taxa de 5%, a qual incide sobre o valor pago ou atribuído a título de preço³⁴. Porém, quando tais trespases estejam previstos no acordo de viabilização, os credores beneficiam de uma isenção de Imposto do Selo, nos termos do artigo 269.º, alínea e) do CIRE.

28 Cfr. exigido pelo artigo 23.º, n.º 1 do Código do IRC.

29 Tais transmissões de bens estão, em regra, sujeitas a tributação em sede de IMT a uma taxa máxima de 7,5%.

30 Tal entendimento resultava, desde logo, da Circular n.º 10/2015, emitida pelo Gabinete do Diretor Geral, de 09.09.2015, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt>. A jurisprudência salientava a redação pouco clara da norma, mas vinha já aceitando a aplicação da isenção a transmissões isoladas de imóveis. Neste sentido, *vide*, a título exemplificativo os Acs. do STA de 03.07.2013, processo n.º 0765/13 (relatora Fernanda Maçãs) e de 30.05.2012, processo n.º 0949/11 (relatora Isabel Marques da Silva), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

31 Neste sentido, *vide* Ac. do STA n.º 3/2017 de 29.05.2017, processo n.º 1521/15 (relatora Dulce Manuel da Conceição Neto), disponível em <https://www.dre.pt>.

32 Cfr. Circular 4/2017, da Direção de Serviços do IMT, do IS, do IUC e das Contribuições Especiais (DSIMT), de 10.02.2017, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt>.

33 As posições da Autoridade Tributária e Aduaneira no que respeita ao tipo de operações que se qualifiquem como trespasse não têm sido, infelizmente, coerentes.

Na Informação Vinculativa n.º 2019000598 – IVE n.º 15548, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt>, com despacho concordante de 01.07.2019, da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, entendeu-se que os elementos transmitidos no âmbito de uma fusão por incorporação constituíam um trespasse sujeito a Imposto do Selo, sendo desconsiderada a Diretiva 2008/7/CE do Conselho, de 12 de fevereiro de 2008, relativa aos impostos indiretos que incidem sobre as reuniões de capitais.

Diferentemente, na Informação Vinculativa n.º 2019000262 – IVE n.º 15143, disponível em <https://info.portaldasfinancas.gov.pt>, com despacho concordante de 10.04.2019, da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira, concluiu-se que uma operação de cisão-fusão não poderia estar sujeita a Imposto do Selo, sob pena de violação do disposto na referida Diretiva 2008/7/CE.

34 Cfr. verba 27.1 da TGIS.

ii. A dação em cumprimento de bens da empresa e a cessão de bens aos credores.

A dação em cumprimento de bens da empresa ou a cessão desses bens aos credores pode originar, como referido anteriormente, rendimentos, ganhos ou variações patrimoniais sujeitas a IRC.

Para além do mais, pode ainda ser devido Imposto do Selo pelos credores quando esses bens constituam bens imóveis – caso em que tal transmissão estaria sujeita a Imposto do Selo à taxa de 0,8%³⁵. O artigo 269.º, alínea *d*) do CIRE determina, no entanto, a aplicabilidade de uma isenção quando estas transmissões estejam previstas no acordo de viabilização.

O âmbito de aplicação desta isenção está, no entanto, limitada à transmissão de bens do ativo da empresa³⁶, seja através de venda, permuta ou cessão, não se aplicando assim à transmissão da universalidade do estabelecimento³⁷.

Para além do mais, a isenção não será também aplicável à transmissão de bens imóveis que não integrem o ativo da empresa transmitente, mas sim o ativo do locatário financeiro imobiliário, i.e., em casos de leasing imobiliário³⁸.

4. Conclusões

O PEVE é um processo judicial de natureza extraordinária e urgente (*fast track*) de homologação de um acordo de reestruturação financeira entre a empresa e os seus credores. Substancialmente, o PEVE apresenta tremendas semelhanças com o PER, distinguindo-se principalmente pelo seu âmbito subjetivo de aplicação, na medida em que o PEVE será apenas aplicável a empresas em situação económica difícil ou em situação de insolvência (imminente ou atual) em virtude da pandemia da COVID-19.

O regime fiscal aplicável no âmbito do PEVE é substancialmente similar às regras tributárias aplicáveis no âmbito dos processos de insolvência, do PER, do PEAP ou do RERE. Em qualquer caso, gostaríamos de salientar os seguintes aspetos:

- Quando se verifique uma alteração de mais de 50% do capital social ou dos direitos de voto da empresa sujeita ao PEVE, o n.º 4 do artigo 14.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro determina que se presume que o

acordo de viabilização submetido pelas partes se reveste de reconhecido interesse económico para efeitos do disposto no n.º 12 do artigo 52.º do Código do IRC. Consequentemente, não será necessário apresentar um requerimento à Autoridade Tributária e Aduaneira solicitando a manutenção dos prejuízos fiscais.

- As dívidas tributárias e contributivas da empresa devedora, identificadas no acordo de viabilização sujeito a PEVE, podem ser pagas em prestações, nos termos gerais previstos na legislação aplicável. No entanto, determina-se que a dispensa de apresentação de garantia prevista nos n.ºs 13 e 14 do artigo 199.º do CPPT é também aplicável aos créditos contributivos (no que constitui uma exceção face ao regime resultante dos artigos 13.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 42/2001).
- Quando seja aplicável um plano de pagamentos das dívidas tributária e contributivas, a Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, consagra a redução da taxa dos juros de mora, nos seguintes termos:
 - Redução de 25% em planos prestacionais de 73 a 150 prestações mensais;
 - Redução de 50% em planos prestacionais de 37 a 72 prestações mensais;
 - Redução de 75% em planos prestacionais até 36 prestações mensais; e
 - Totalidade de juros de mora vencidos, desde que a dívida se mostre paga nos 30 dias seguintes à homologação do acordo.
- Contrariamente ao enquadramento adotado em sede de IRC, os créditos identificados no acordo de viabilização homologado judicialmente não se consideram automaticamente créditos incobráveis. Neste sentido, a regularização do IVA liquidado e entregue ao Estado, ainda que não pago pela empresa devedora, apenas será possível nos termos gerais.

35 Cfr. verba 1.1. da TGIS.

36 Conforme resulta do Parecer n.º 166, da Direção de Serviços Jurídicos e do Contencioso, Direção Geral dos Impostos, DSIMT, emitido no âmbito do processo n.º 634/2008, a 16.07.2008, disponível em www.notarios.pt.

37 Em qualquer caso, nesta situação seria aplicável a isenção prevista no artigo 269.º, alínea *e*) do CIRE.

38 Neste sentido, *vide* o já citado Parecer n.º 166, da Direção de Serviços Jurídicos e do Contencioso, Direção Geral dos Impostos, DSIMT, emitido no âmbito do processo n.º 634/2008, a 16.07.2008.

A LATITUDE DO EFEITO COMINATÓRIO PREVISTO NA FASE DE VERIFICAÇÃO DE CRÉDITOS NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA E NO PER

Francisco da Cunha Matos

Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas (FDUC)

Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais (FDUC)

Associado PLMJ na área de Resolução de Litígios

1. A inexistência de impugnações à lista de credores reconhecidos e a ausência de resposta à impugnação – qual a consequência jurídico-processual?

O atual período de excecionalidade pandémica¹ é propício à reflexão não só sobre o impacto que a situação de emergência sanitária repercute no agravamento de uma crise económico-financeira sem precedentes (motivada pela quebra abrupta da procura – confinamento profilático dos cidadãos – e pela suspensão generalizada da atividade das empresas²) e as soluções de *lege ferenda* que o Direito da Insolvência poderá oferecer para a reestruturação das empresas em dificuldades económicas³, mas também para clarificar procedimentos e preceitos normativos jurídico-processuais sobre os quais resultem dúvidas interpretativas que se estribam em entraves à celeridade operacional essencial à recuperação e / ou liquidação das empresas.

É comprometidos com esta segunda intenção que nos propomos analisar a controvertida questão da latitude do efeito cominatório consagrado na fase de verificação de créditos previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) sobre a consequência jurídico-processual da não apresentação de impugnação e da ausência de resposta às impugnações à lista de credores reconhecidos⁴ (no processo de insolvência – artigos 130.º, n.º 3 e 131.º, n.º 3 do CIRE) ou à lista provisória de créditos (no âmbito do Processo Especial de Revitalização [PER] – artigo 17.º-D, n.ºs 3 e 4 do CIRE).

É evidente que as soluções normativas do CIRE obedecem, em primeira linha, a preocupações de celeridade processual, orientando-se inequivocamente no sentido da desjudicialização, subtraindo ao tribunal matérias cuja apreciação tradicionalmente lhe eram cometidas. Assim, as citadas normas do CIRE são notórias manifestações do princípio do cominatório, sobre as quais se suscita larga controvérsia doutrinal e jurisprudencial, inexistindo consenso quanto à amplitude dos poderes que, nesta sede, podem ser exercidos pelo juiz.

Pelo que, neste ensejo, analisamos as diversas tendências interpretativas (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre a latitude do efeito cominatório na fase de verificação de créditos no processo de insolvência, destrinchando a tese

do efeito cominatório pleno (ponto 2.1.) da tese do efeito cominatório semipleno (ponto 2.2.), como também no âmbito do PER, expondo as posições da inadmissibilidade da resposta à impugnação à lista provisória de créditos (ponto 3.1.), da possibilidade do tribunal permitir a produção de prova necessária e adequada à conformação da lista (ponto 3.2.) e da aplicação ao PER do contraditório consagrado nos artigos 131.º a 140.º do CIRE (ponto 3.3.), concluindo com a identificação da solução jurídico-processual de orientação doutrinal e jurisprudencial maioritária (ponto 4.).

2. O efeito cominatório na fase de verificação de créditos no processo de insolvência

A fase de verificação de créditos inicia-se, conforme resulta do exposto no artigo 128.º do CIRE, com a reclamação de créditos. Tendo os credores reclamado os seus créditos, cumpre ao administrador da insolvência elaborar a lista dos créditos reconhecidos e não reconhecidos, nos termos previstos no artigo 129.º do CIRE, sendo estas suscetíveis de impugnação, de acordo com o consagrado no artigo 130.º do CIRE.

Para o que releva à presente análise, dispõe o artigo 130.º, n.º 3 do CIRE que “*Se não houver impugnações, é de imediato proferida sentença de verificação e graduação de créditos em que, salvo o caso de erro manifesto, se homologa a lista de credores reconhecidos elaborada pelo administrador da insolvência e se graduam os créditos em atenção ao que consta dessa lista*”.

Por seu turno, o artigo 131.º, n.º 3 do CIRE estabelece que “*A resposta [à impugnação da lista de credores reconhecidos] deve ser apresentada dentro dos 10 dias subsequentes ao termo do prazo referido no artigo anterior ou à notificação ao titular do crédito objeto da impugnação, consoante o caso, sob pena de a impugnação ser julgada procedente*”.

A interpretação dos dois citados normativos encontra-se inter-relacionada uma vez que se tratam de duas expressões do princípio do cominatório, encontrando-se a cominação do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE em estreita conexão

1 Encontramo-nos na vigência do Decreto Lei n.º 3-F/2021, de 26 de fevereiro, que regulamentou o Decreto do Presidente da República n.º 21-A/2021, de 25 de fevereiro, que determinou a prorrogação do estado de emergência até 16 de março de 2021.

2 Nuno Líbano Monteiro e Francisco da Cunha Matos, “A preponderância da reestruturação das empresas no «novo normal»”, in *Vida Judiciária*, 2020, pp. 19-20.

3 Francisco da Cunha Matos, “Portugal: The urgency of a company’s recovery after the Covid-19 crisis” in *Eurofenix*, Summer Edition, 2020, p. 36 e Catarina Serra, “Covid-19/ para uma legislação para a crise das empresas em tempos de «crise total»”, disponível em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/03/covid-19-para-ua-legislacao-para-a-cri-se-das-empresas-em-tempos-de-cri-se-total/>. Com especial referência à situação de capitalização da banca, em manifesto contraste com o sucedido na crise económico-financeira de 2007-2009, veja-se Francisco da Cunha Matos, “El necesario cambio de paradigma de la cultura bancaria: Un banco de servicio en la Nueva Normalidad – una reflexión ibérica” in *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Ano n.º 39, n.º 160, Madrid, Aranzadi, 2020, pp. 195-216.

4 A redação da norma faz transparecer erroneamente que apenas a lista de créditos reconhecidos é impugnável quando, segundo a doutrina dominante, também a lista de créditos não reconhecidos o pode ser (Luís Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 8.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 242 e Salvador da Costa, “O Concurso de Credores no Processo de Insolvência” in *Revista do CEJ*, Vol. IV, 2016, p. 106).

com os fundamentos dogmáticos da sindicância do *erro manifesto*⁵ ressalvada pelo artigo 130.º, n.º 3 do CIRE.

Não se verificando consenso jurisprudencial nem doutrinal quanto à amplitude dos poderes do tribunal, opõem-se duas teses: (i) a tese do efeito cominatório pleno, que defende uma interpretação literal dos preceitos, restringindo a intervenção oficiosa do juiz aos casos em que a lista apresentada pelo administrador da insolvência revele um erro – manifesto ou aparente – de facto ou de direito na qualificação e / ou quantificação dos créditos e, bem assim, na ausência de resposta à impugnação à lista de credores reconhecidos, deveria o tribunal julgar a impugnação automaticamente procedente, abstendo-se de quaisquer indagações oficiosas tendentes a confirmar a natureza, montante e qualidade dos créditos em apreço; e (ii) a tese do efeito cominatório semipleno, que pugna pelo exercício pelo juiz dos seus poderes inquisitórios, enquanto garante da legalidade, devendo acautelar uma correta verificação e graduação dos créditos, com respeito pelos pressupostos formais e substanciais.

2.1. A tese do efeito cominatório pleno – a interpretação literal dos preceitos legais

A tese do efeito cominatório pleno sustenta que (i) se não houver impugnações à lista de credores reconhecidos, o tribunal homologará imediatamente a lista elaborada pelo administrador da insolvência, exceto aquando de erro manifesto (artigo 130.º, n.º 3 do CIRE) e (ii) se não houver resposta às impugnações à lista de credores reconhecidos, o tribunal determinará a alteração à lista de credores reconhecidos nos termos referidos pelo impugnante, considerando provados os factos expostos na impugnação, julgando-a procedente (artigo 131.º, n.º 3 do CIRE).

Do entendimento assim desenhado, verifica-se a prevalência do princípio da autorresponsabilização dos interessados que, não cumprindo o ónus legal que sobre eles impende (a apresentação de impugnação no primeiro caso e de

resposta no segundo), suportariam as consequências desvantajosas⁶.

Neste sentido, faz-se apelo ao disposto no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de agosto, que alterou a redação original⁷ do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE, no qual o legislador fez consignar expressamente que “*Quanto às reclamações de créditos, esclarece-se que todas as impugnações das reclamações de créditos serão imediatamente consideradas procedentes quando às mesmas não seja oposta qualquer resposta, assim obviando a eventuais dúvidas que a anterior redação pudesse suscitar*”.

A enunciada interpretação assenta numa lógica de desconsideração das reclamações e na qual a impugnação da lista de credores reconhecidos seria a peça introdutória, vinculando o juiz no reconhecimento do crédito pelo facto de não ter sido apresentada resposta à impugnação.

A jurisprudência que acolhe esta tese salienta que o legislador – ao prever expressamente que as impugnações serão imediatamente consideradas procedentes – não poderá ter deixado de querer implementar o efeito cominatório pleno à falta de resposta, sendo a revelia operante, e não apenas um efeito cominatório semipleno que, em geral, conduz apenas à admissão dos factos alegados na impugnação⁸. Com efeito, o não conhecimento pelo tribunal da falta de resposta à impugnação efetuada por um credor sobre a qualificação de que o seu crédito merecera na lista de credores reconhecidos e a omissão de declaração desse efeito cominatório e inerente requalificação do crédito reconhecido constituem omissão de pronúncia determinante da nulidade da sentença de verificação e graduação de créditos⁹.

Admitindo a tese legal do efeito cominatório pleno e a propósito do exposto no artigo 130.º, n.º 3 do CIRE, Maria José Costeira refere que o juiz perde qualquer possibilidade de controlar a veracidade e legalidade da lista, já que em nenhum lugar se estabelece o dever de o administrador da insolvência juntar aos autos as reclamações de créditos

5 Refere Luís M. Martins que “*Será o erro que resulta da análise da lista de créditos apresentada pelo Administrador Judicial quando esta revele, de forma evidente, erros na graduação, natureza e montantes bem como aqueles que embora não resultem da leitura da lista, decorrem dos demais elementos existentes nos autos ordenando o juiz as devidas correções. Exemplo, quando na sentença de insolvência o tribunal dá como provada a existência de um crédito de determinado valor e o administrador judicial reconhece um crédito de valor diferente*” (Luís M. Martins, *Processo de Insolvência Anotado e Comentado*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 382). No mesmo sentido, veja-se o Ac. TRC de 25.02.2014, processo n.º 902/12.1TBACB-B.C1 (relatora Catarina Gonçalves), disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual se decidiu que “*O erro manifesto a que alude a norma citada - e que obsta à homologação da lista - não corresponde apenas ao erro que é evidenciado pelo próprio teor da lista, abrangendo também o erro que possa ser constatado através de outros elementos que já constam do processo, bem como o erro que, apesar de estar ainda evidenciado, é indiciado pelos elementos que constam dos autos*”.

6 Sobre a noção e as consequências desvantajosas decorrentes do incumprimento de ónus legais veja-se Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 80-83.

7 A anterior redação do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE determinava que: “*3 - A resposta deve ser apresentada dentro dos 10 dias subsequentes ao termo do prazo referido no artigo anterior ou à notificação ao titular do crédito objeto da impugnação, consoante o caso*” (Silva Lopes, “CIRE Anotado – artigo 1.º a 148.º”, disponível em <https://silvalopesadvogados.com/cire-anotado-1-148/> e Carla Jobling e Luís Figueira, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa Anotado*, julho 2014, disponível em http://www.advogados-carlajobling.pt/codigosanotados/CIRE_CodigoDaInsolvencia_sm_v1.pdf).

8 Neste sentido, decidiu o Ac. TRE de 03.05.2012, processo n.º 733/09.6TBABT-R.E1 (relator Mata Ribeiro), disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual se decidiu que “*A impugnação, à Lista de credores reconhecidos, efetuada por qualquer dos credores deve ser considerado de imediato procedente, caso sobre ela não incida resposta do Administrador da Insolvência ou de qualquer outro interessado, por força do disposto no artigo 131.º, n.º 3 do CIRE*”.

9 Ac. TRP de 26.11.2013, processo n.º 710/11.7TJPRT-C.P1 (relator Rui Moreira), disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual se decidiu que “*Ora, como já se referiu, quanto à questão que é objeto deste recurso só pode reconhecer-se razão ao apelante. A falta de resposta sobre a impugnação que deduziu quanto à não classificação de parte do crédito que reclamara como garantido, mas apenas comum, tem efeito cominatório pleno, nos termos do n.º 3 do artigo 131.º do CIRE*”.

(artigos 132.º e 133.º do CIRE), o que impede o tribunal de aferir se a lista enferma de erro grosseiro¹⁰.

Embora criticando o regime adotado pelo legislador quanto ao artigo 131.º, n.º 3 do CIRE, Mariana França Gouveia reconhece no preceito normativo o efeito cominatório pleno, referindo que *“como comentário a esta norma, deve em primeiro lugar, estranhar-se a consagração de um efeito cominatório pleno. Sabe-se que o CIRE, enquanto projeto, continha diversas normas restaurando o efeito cominatório pleno, efeito que foi eliminado, por considerado inconstitucional, do Código de Processo Civil na reforma de 95/96. Estas normas, criticadas pela doutrina desapareceram do texto final do Código da Insolvência, tendo sido substituídas pela regra geral da admissão (...). Mais uma vez, o objetivo parece ser o de aliviar o trabalho do juiz – se não há impugnações homologa-se a lista; se há, mas não há respostas «homologa-se» as impugnações. Este raciocínio é de admissibilidade discutível e suporta dificilmente as teias da constitucionalidade. E não falamos tão-só do direito de defesa que estará em causa quanto a credores prejudicados pelas não respostas, mas também do princípio constitucional da reserva da função jurisdicional, nos termos do qual cabe ao tribunal resolver litígios entre as partes de acordo com o direito”*¹¹.

Também neste sentido, pronuncia-se Filipa Cotta entendendo que *“Não obstante a supra referida cautela do legislador, não estamos de acordo com a solução da lei, uma vez que não nos parece razoável e defensável do ponto de vista da segurança jurídica que o credor que haja reclamado o seu crédito, tendo o mesmo sido reconhecido, venha a ver a sua pretensão (anteriormente reclamada e reconhecida) desconsiderada, apenas por não ter respondido à impugnação”*¹².

Maria do Rosário Epifânio salienta que a lei impõe um ónus, *“pois a omissão de uma resposta confere imediata procedência à impugnação, por força da parte final do n.º 3 do art. 131.º”*¹³.

Assim, a tese do efeito cominatório pleno – que resulta da interpretação literal das normas dos artigos 130.º, n.º 3 e 131.º, n.º 3 do CIRE – reduz a função jurisdicional de

verificação dos créditos e homologação da lista de credores reconhecidos a uma mera formalidade¹⁴.

2.2. A tese do efeito cominatório semipleno – Os poderes inquisitórios do juiz e o princípio constitucional da reserva jurisdicional no horizonte das especificidades da fase de verificação de créditos

Apesar de o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de agosto (aqui citado¹⁵) procurar esclarecer que as impugnações à lista de credores serão imediatamente consideradas procedentes quando às mesmas não for oposta resposta – legitimando a tese do efeito cominatório pleno – Luís Carvalho Fernandes e João Labareda consideram que o artigo 131.º, n.º 3 do CIRE não é suficientemente transparente quanto às consequências da falta de resposta à impugnação¹⁶.

Os Autores entendem que à falta de resposta à impugnação devem ser aplicadas as regras do processo declarativo e que *“em geral, os factos alegados na impugnação não serão tomados em conta na seleção da matéria de facto assente e na fixação da base instrutória, a não ser que se verifiquem as circunstâncias que excepcionam esse efeito cominatório”*¹⁷. Assim, o disposto no artigo 131.º, n.º 3 do CIRE não dispensa, portanto – continua a não dispensar mesmo depois da alteração do Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de agosto – o juiz de desenvolver a típica atividade jurisdicional tendente a verificar os créditos, não devendo associar-se à falta de resposta à impugnação da lista de credores reconhecidos um efeito cominatório pleno.

A mesma ideia é formulada pelos citados Autores, ainda mais explicitamente, a propósito do artigo 130.º, n.º 3 do CIRE, propondo que *“deve interpretar-se em termos amplos o conceito de erro manifesto, não podendo o juiz abster-se de verificar a conformidade substancial e formal dos títulos de crédito constantes da lista que vai homologar, para o que pode solicitar ao administrador da insolvência os elementos de que necessite”*¹⁸.

10 Maria José Costeira, “Novo direito da insolvência” in *Themis*, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005, p. 31.

11 Mariana França Gouveia, “Verificação do passivo” in *Themis*, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 158-159. Em manifesta concordância com a posição citada veja-se Luís Menezes Leitão, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 204-205.

12 Nuno Líbano Monteiro e Paulo Farinha Alves (Coord.), *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, PLMJ – Sociedade de Advogados, Coimbra, Almedina, 2012, p. 241.

13 Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 277.

14 Tese criticamente apresentada no Ac. STJ de 05.12.2019, processo n.º 650/12.2TBCLD-B.S1 (relatora Catarina Serra), disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual se refere que o juiz nunca pode abster-se à conformidade substancial e formal dos títulos dos créditos listados.

15 Veja-se 2.1. *supra*.

16 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 530-531.

17 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 531.

18 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 528-529. Em sentido muito próximo, Maria José Costeira, “A insolvência de pessoas coletivas. Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, in *Julgar*, n.º 18, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 161-173. Na jurisprudência, destacam-se o Ac. STJ de 25.11.2008, processo n.º 08A3102 (relator Silva Salazar) e o Ac. STJ de 30.09.2014, processo n.º 3045/12.4TBVLG-B.P1.S1 (relatora Ana Paula Boullart), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

Ou seja, mesmo na hipótese prevista no artigo 130.º, n.º 3 do CIRE (na qual não se verificam impugnações à lista de credores) o juiz deve não só proceder à apreciação dos créditos antes de declarar o seu reconhecimento, como também impor que a comissão de credores emita um parecer sobre os créditos, prevenindo os riscos de (eventual) reconhecimento “cego”¹⁹ assegurando que os créditos incluídos na lista de credores (examinados e previamente reconhecidos pelo administrador da insolvência) não serão definitivamente reconhecidos em caso de erro manifesto, nos termos do disposto nos artigos 130.º, n.º 3 e 136.º, n.º 1 do CIRE.

No mesmo sentido, e num esforço para mitigar as consequências da interpretação literal do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE, Soveral Martins refere que se trata de um regime merecedor de “*cuidadosa leitura*”, essencialmente por dois motivos, pois: (i) o apenso de verificação de créditos não inclui as reclamações de créditos que tenham sido apresentadas, assim dificultando a identificação de erros manifestos que não sejam apenas erros internos, lapsos de escrita ou de lógica e (ii) na graduação de créditos não deveria o juiz ficar limitado pelo que consta na lista apresentada pelo administrador da insolvência²⁰.

Como tal, Soveral Martins sugere que “*Talvez a norma ainda possa ser lida como significando que é conferida ao juiz a possibilidade de apenas homologar a lista de credores reconhecidos e graduar os créditos, nos termos ali expostos, mas que também poderá não o fazer quando entenda que essa é a maneira adequada de proceder*”²¹.

Conforme solução preconizada por Salvador da Costa a respeito do poder-dever de sindicância previsto pelo artigo 130.º, n.º 3 do CIRE, o “*desfecho do concurso de credores deve ser o que resultar dos factos assentes e da lei aplicável, propendemos a considerar que se o juiz, pela análise da lista, suspeitar de que o administrador da insolvência incorreu em erro manifesto de facto ou de direito no plano dos direitos de crédito ou das respetivas garantias, deve diligenciar no sentido da pertinente correção. No caso de se tratar de erro formal que deva ser corrigido e não afete os direitos das partes pode logo ser corrigido sem afetar a imediata prolação da sentença homologatória. Tratando-se de erro substancial cuja correção implique atividade processual significativa, deve o juiz diferir a*

prolação da sentença, ouvir as partes e o administrador da insolvência sobre a matéria, e determinar, se for caso disso, a elaboração pelo último de nova lista”²².

Assim, a tese do efeito cominatório semipleno defende que, no caso de falta de resposta à impugnação à lista de credores reconhecidos, os factos alegados na impugnação devem ser admitidos, mas não pode o crédito deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Constata-se, por um lado, que as especificidades processuais do procedimento de verificação e graduação de créditos²³ que tramita por apenso ao processo de insolvência impõem uma consideração consentânea do âmbito e / ou dos efeitos do princípio do dispositivo, dos ónus de alegação e de prova dos factos constitutivos dos direitos a que cada credor se arroga, considerando o poder de o administrador da insolvência reconhecer créditos não reclamados, (apenas) se deve ter plenamente em funcionamento na fase dos articulados de impugnação à lista de credores reconhecidos e de resposta à impugnação, na subsequente atividade de instrução para produção das provas caso os termos do litígio assim o determinem, sem prejuízo da consideração oficiosa de todas as circunstâncias relevantes para a sua apreciação, nos termos do disposto nos artigos 5.º, 411.º e 412.º do Código de Processo Civil (CPC)²⁴.

Se assim não fosse, qualquer cidadão que se arrogasse na titularidade de um direito de crédito sem dispor de título válido conseguiria ver a sua pretensão acolhida por mero efeito da inércia dos contrainteressados²⁵. Constituir-se-ia um crédito onde só existia uma ficção, o que seria, segundo a presente posição doutrinal, um resultado perverso à racionalidade do preceito e à realização do direito, pois, o valor formal da celeridade pode prevalecer sobre valores substanciais como o apuramento da verdade e da justiça material.

Por outro lado, a tese do efeito cominatório semipleno entende que a interpretação literal do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE é dificilmente sustentável no plano constitucional na medida em que o efeito cominatório pleno seria suscetível de violar o acesso ao direito e à tutela jurisdicional (artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa).

19 Ac. STJ de 23.10.2018, processo n.º 650/12.2TBCLD-B.C1.S1 (relatora Catarina Serra), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

20 Alexandre Soveral Martins, *Um curso de Direito da Insolvência*, 2.ª Edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 292-293.

21 Alexandre Soveral Martins, *Um curso...*, 2.ª Edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2016, p. 293.

22 Salvador da Costa, *O Concurso de Credores*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 338.

23 Desde logo o caráter instrumental da sentença de insolvência, da relação entre os autos principais e os seus apensos (por exemplo, de apreensão de bens e de liquidação), mas também as especificidades processuais que decorrem do facto de o ato processual que instaura o apenso de verificação e graduação de créditos corresponder à lista de créditos reconhecidos, sendo de equivalente importância à de uma petição inicial (no processo declarativo).

24 Interpretação consentânea com o exposto no artigo 136.º, n.º 5 do CIRE, no qual se determina que só “*se consideram ainda reconhecidos os demais créditos que possam sê-lo em face dos elementos de prova contidos nos autos*”.

25 Note-se, ainda, que é plausível que a inércia dos contrainteressados se deve à convicção de que a resposta à impugnação seria redundante face aos motivos justificativos do não reconhecimento expostos pelo administrador da insolvência, de acordo com o artigo 129.º, n.º 3 do CIRE. Aliás, no quadro normativo atual, é defensável que exista mesmo um dever de abstenção da prática de atos em certas circunstâncias (quando os atos sejam processualmente inúteis) à luz do dever de gestão processual que a lei atribui ao juiz mas para cuja realização as partes devem contribuir.

Com efeito, a salvaguarda do princípio da reserva jurisdicional na realização do direito e da justiça²⁶ – através da composição dos conflitos de interesses de harmonia com o direito vigente –, não se compatibiliza com decisões judiciais cujo sentido seja exclusiva e positivamente determinado por efeito de osmose com a pretensão plasmada no dispositivo do petitório de um dos sujeitos do litígio; a figura do efeito cominatório pleno ou condenação de preceito, traduzido na imediata condenação no pedido com suporte na ficcionada aceitação por ausência de oposição da parte contrária, abandonada pelo legislador processual civil na reforma de 1995/96.

Nas palavras de Catarina Serra: “*Evidentemente, não basta aos credores, para serem satisfeitos, manifestarem a sua pretensão, é preciso que esta seja uma pretensão juridicamente protegida*”²⁷. No mesmo sentido, de uma tutela jurisdicional efetiva dos interesses em confronto no processo de insolvência (desta feita, pela confirmação dos poderes-deveres do juiz na sindicância da legalidade do procedimento de venda realizada pelo administrador da insolvência), decidiu o Ac. STJ de 15.02.2018, processo n.º 4488/11.6TBLRA-M.C1.S1 (relator Henrique Araújo), que: “*Não é de aceitar a interpretação segundo a qual a celeridade, a desburocratização, a desjudicialização e os amplos poderes do administrador da insolvência, no incidente de liquidação da massa, conduzem à exclusão do papel imparcial e soberano do juiz, relegando-o para um papel secundário de mero controlo, sob pena de se desistir do princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva para o direito infringido, desconsiderando a possibilidade de imediata atuação do julgador*”²⁸.

A jurisprudência tem vindo a confluir na interpretação do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE no sentido da compatibilização do âmbito por ele previsto com a regra do cominatório simplificado, ou seja, circunscrito apenas à confissão dos factos e já não do pedido, solução que encontra arrimo no regime regra previsto pelo artigo 574.º, n.ºs 1 e 2 do CPC, aplicável *ex vi* artigo 17.º, n.º 1 do CIRE.

Refere o recente Ac. TRL de 24.11.2020, processo n.º 27885/16.6T8LSB.A.L1-1 (relatora Amélia Sofia Rebelo), que “*Assim, para além dos factos invocados na impugnação que, por ausência de resposta, se imponham considerar confessados (sem prejuízo dos que apenas pela via documental possam ser julgados demonstrados), nos casos em que os termos da impugnação e elementos probatórios que acompanham evidenciam inconsistências e / ou contradições na matéria de facto alegada, e / ou erro na aplicação do direito aos factos, e culminam na formulação*

*de pedido que se traduz em resultado / efeito jurídico não consentido pela lei, ainda que tal impugnação não seja objeto de resposta, impõe-se o exercício do poder-dever de sindicância judicial, à laia do que sucede com a sindicância do erro manifesto na lista de créditos ressalvado pelo art. 130.º, n.º 3 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e que, em obediência ao princípio da coerência lógico-normativa do sistema jurídico, se deverá estender ao art. 131.º, n.º 3”*²⁹.

Propondo semelhante solução jurídico-processual, o Ac. TRP de 27.01.2020, processo n.º 741/16.0T8VNG.L.P1 (relator Augusto de Carvalho), decidiu, em sede de aplicação do artigo 131.º, n.º 3 do CIRE, pelo igual tratamento processual que “*se impõe através da sindicância da viabilidade jurídico-legal do resultado da procedência da impugnação deduzida à lista de créditos, ainda que não tenha sido objeto de resposta por qualquer interessado. Ponto assente é prevenir / obstar ao risco de reconhecimento ‘cego’ dos créditos (que concorrem entre si à máxima satisfação de cada um pelas forças, por regra escassas, da massa insolvente) através do exercício efetivo de uma atividade jurisdicional mínima consubstanciada no poder-dever de consideração e apreciação dos elementos disponíveis nos autos que, obviamente, incluem os aportados pelos próprios credores reclamantes e / ou impugnantes*”³⁰.

Pelo exposto, verifica-se que a tese que interpreta os artigos 130.º, n.º 3 e 131.º, n.º 3 do CIRE atribuindo-lhe a consequência jurídico-processual do efeito cominatório simplificado motiva-se (i) na exigência da mobilização dos poderes do inquisitório do tribunal pelas especificidades processuais do procedimento de verificação e graduação de créditos e (ii) no cumprimento do princípio constitucional da reserva jurisdicional efetiva na realização do direito e da justiça.

3. O efeito cominatório na fase de verificação de créditos no PER

Relativamente ao PER, dispõe o artigo 17.º-D, n.º 3 do CIRE que “*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 e dispondo, em seguida, o juiz de idêntico prazo para decidir sobre as impugnações formuladas*”, estabelecendo o n.º 4 do mesmo artigo que “*Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva*”.

26 Sobre as dimensões dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, veja-se J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2021.

27 Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2019, p. 269.

28 Ac. STJ de 15.02.2018, processo n.º 4488/11.6TBLRA-M.C1.S1 (relator Henrique Araújo), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

29 Ac. TRL de 24.11.2020, processo n.º 27885/16.6T8LSB.A.L1-1 (relatora Amélia Sofia Rebelo), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

30 Ac. TRP de 27.01.2020, processo n.º 741/16.0T8VNG.L.P1 (relator Augusto de Carvalho). No mesmo sentido veja-se o Ac. TRE de 08.03.2018, processo n.º 104/14.2T8MMN-C. E1 (relatora Maria João Sousa e Faro), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

Neste âmbito, a decisão sobre as impugnações da lista provisória de créditos suscita três questões que importa analisar: (i) se o juiz pode admitir que o credor cujo crédito foi impugnado responda à impugnação e que sejam produzidos quaisquer meios de prova³¹; (ii) qual o grau de convicção que se exige ao juiz para decidir sobre as impugnações, nomeadamente se decide com base em prova efetiva ou em prova sumária³²; e (iii) se a decisão sobre as impugnações produz efeitos fora do PER. Estas três questões estão interligadas, pelo que serão objeto de uma análise conjunta.

Muito embora seja difícil elencar, entre as várias posições vertidas na doutrina, verdadeiras correntes de pensamento seguidas por mais do que um Autor, com Nuno Gundar da Cruz, identificamos e analisamos (nos pontos *infra*) três tendências de opinião³³.

3.1. Inadmissibilidade de resposta à impugnação à lista provisória de credores

A primeira tendência de opinião expõe que a decisão sobre as impugnações da lista provisória de créditos não produz efeitos fora do PER, servindo, apenas, para aferição da base de cálculo das maiorias necessárias para a aprovação do plano de recuperação. Tendo por referência este pressuposto, esta linha de pensamento proclama que a decisão sobre as impugnações de créditos se baseia numa análise perfunctória pelo juiz dos factos e do direito, a qual não é compatível com um contraditório amplo e, em princípio, com a produção de prova que não seja documental.

Assim, segundo Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, no PER não há lugar a resposta às impugnações³⁴. Por outro lado, para estes Autores, em sede de decisão sobre as impugnações, não podem ser produzidos outros meios de prova que não a documental. Motivam este regime pela circunstância de, tal como sucedia no Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência ("CPEREF"), a reclamação dos créditos se dirigir primacialmente à determinação do universo dos créditos e respetivos titulares e à

delimitação de quem pode participar nas negociações e no procedimento de aprovação do acordo recuperatório e na eventual oposição ao mesmo. Por esta via, estabelece-se, igualmente, a base de cálculo das maiorias necessárias para a aprovação do plano de recuperação³⁵.

Concluem, nesta medida, os citados Autores, que não se vê obstáculo a que, não tendo a decisão sobre a impugnação no PER sido precedida da observância das garantias próprias da discussão em processo civil, designadamente em razão da limitação da produção e apreciação de provas, a questão possa vir a ser resolvida em sede de outro processo, que, diversamente do PER, tenha por objetivo prioritário e fundamental a definição da situação jurídica controvertida. Pelo que, considerando as finalidades do PER e a necessidade de lhe assegurar eficácia, para Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, o entendimento correto é o de que a impugnação de créditos e as subsequentes avaliação e decisão judiciais só podem ser suportadas em prova documental, tendo aquela decisão judicial caráter definitivo apenas nos termos e para os efeitos do PER³⁶.

Por seu turno, para Fátima Reis Silva, tendo presente a natureza e a função das impugnações e da sua decisão, não é viável que o juiz ordene mais do que um contraditório muito limitado³⁷. Afastada está para esta Autora, a possibilidade de produção de prova testemunhal, de perícias, ou de depoimento ou declarações de parte, por não se enquadrarem nas características do PER³⁸. Para fundar esta posição, Fátima Reis Silva explica que o juiz se limita a decidir as impugnações, não sendo proferida uma sentença de verificação e graduação de créditos, servindo a lista de base para o cálculo do quórum deliberativo. Assim, a relevância da decisão sobre as impugnações restringe-se ao PER, o que permite privilegiar a celeridade e cumprir o prazo de cinco dias (ou, pelo menos, próximo disso), previsto no artigo 17.º-D, n.º 3 do CIRE³⁹.

Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis entendem que no PER não existe um efetivo contraditório relativamente aos créditos reclamados, porque não se prevê a possibilidade de deduzir resposta às impugnações⁴⁰. Pelo

31 Maria do Rosário Epifânio refere que a lei é muito pouco clara quanto aos meios de que o juiz dispõe para decidir as impugnações (Maria do Rosário Epifânio, "O Processo Especial de Revitalização", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos e J. M. Coutinho de Abreu (Coord.), Coimbra, Almedina, 2012, p. 260).

32 Sobre os conceitos de prova efetiva e prova sumária, veja-se Isabel Celeste Fonseca, *Processo temporalmente justo e urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 767 e ss.

33 Nuno Miguel Gundar da Cruz, *Os poderes do juiz no âmbito do Processo Especial de Revitalização*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2015, pp. 28-39.

34 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 158.

35 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda realçam que, se é certo que a homologação do acordo é vinculativa para os credores que não hajam participado nas negociações, o que inclui aqueles que nem sequer reclamaram o seu crédito, não pode olvidar-se, por um lado, que este regime só atinge quem não participa ou reclama por motivo que lhe seja imputável, e, por outro, que, decidida uma impugnação em sede de PER, a questão não fica definitiva e irreversivelmente arrumada, pelo que pode ser retomada noutra sede. Isto é, a lista só é definitiva nos termos e para os efeitos do PER (Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 159).

36 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 159.

37 Fátima Reis Silva, *Processo Especial de Revitalização – Notas práticas e jurisprudência recente*, Porto, Porto Editora, 2014, p. 41.

38 Fátima Reis Silva, *Processo Especial de Revitalização...*, Porto, Porto Editora, 2014, p. 46.

39 Fátima Reis Silva, *Processo Especial de Revitalização...*, Porto, Porto Editora, 2014, p. 45.

40 Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 78.

que uma tão forte limitação ao exercício do contraditório é incompatível com a formação do caso julgado sobre as partes interessadas. A decisão sobre as impugnações visa exclusivamente computar o *quórum* de maioria e deliberação da decisão de aprovação do plano, sendo meramente acessória desta⁴¹, em razão da especificidade processual do PER que não se destina à heterocomposição de litígios sobre a existência, a natureza ou a amplitude de créditos. Concluindo, pois, estes Autores, que a decisão sobre a reclamação de créditos é meramente incidental, não constituindo, nos termos do n.º 2 do atual artigo 91.º do CPC, caso julgado fora do respetivo processo⁴².

Para João Aveiro Pereira, o juiz decide sobre as impugnações formuladas, o que significa que, por princípio, não há direito de resposta às impugnações, até porque o prazo de cinco dias não permite alargar o debate contraditório⁴³. Segundo este Autor, atenta a natureza urgente do processo, o que importa, nesta fase, é estabelecer um *quorum* deliberativo. Aliás, tratando-se de um procedimento iminente comercial, nem interessa aprofundar muito o debate sobre reclamações e impugnações, pois tudo o que se relaciona com os créditos poderá ser resolvido por acordo durante as negociações e, se a final sobrevier a insolvência, então sim, seguir-se-á o processado de verificação de créditos previsto no artigo 128.º e ss. do CIRE⁴⁴.

Muito próximo da posição de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, também Maria do Rosário Epifânio considera que a reclamação de créditos em sede de PER vale exclusivamente para efeitos do PER, não gozando de força de caso julgado material. Não há, por outro lado, para esta Autora, lugar a resposta às impugnações, devendo o juiz decidir com base em prova documental⁴⁵.

No mesmo sentido, embora crítico do regime legal em apreço, para Rui Dias da Silva, o legislador truncou, de forma injustificada, o direito ao contraditório de todos aqueles que vejam os seus créditos impugnados, aos quais nada é permitido após a impugnação à lista provisória, pois que a lei determina que, imediatamente a seguir ao decurso do prazo de cinco dias úteis para as impugnações, o juiz

logo decida quanto às mesmas, em idêntico prazo. Esta limitação imposta aos credores reclamantes de deduzirem resposta às impugnações desvirtua o princípio da igualdade processual das partes, e obnubila o direito ao contraditório⁴⁶.

Assim, acompanhando esta tendência de opinião, o Ac. TRP de 20.10.2015, processo n.º 749/14.0TBFUN-A.L1-7 (relatora Maria da Conceição Saavedra), decidiu que a diferença de tratamento entre o processo de insolvência e o PER (ambos urgentes), justifica-se pela singularidade e particular simplicidade do PER que não se compadece com as averiguações demoradas no apuramento com vista à graduação de créditos em processo de insolvência e que não desprotege necessariamente o reclamante que veja o seu crédito não reconhecido. Conclui o aresto que "*Tendo em conta a especial natureza do processo especial de revitalização, não está prevista no seu âmbito a resposta às impugnações formuladas à lista provisória de créditos por qualquer interessado que assumira posição contrária, contrariamente ao que se sucede no processo de insolvência*"⁴⁷.

Na mesma senda, o Ac. TRC de 21.10.2014, processo n.º 2081/13.8TBPBL-A.C1 (relatora Sílvia Pires), decidiu que, tendo em consideração a natureza urgente do PER, é inviável ao tribunal ordenar mais do que um contraditório muito limitado. Afirma-se, também, neste aresto, que a decisão sobre as impugnações no PER decide apenas sobre a admissibilidade dos créditos e não sobre a sua verificação e graduação, pelo que a lista definitiva não tem qualquer efeito de caso julgado⁴⁸.

Quanto aos meios de prova a apreciar pelo juiz, o Ac. TRC de 20.06.2014, processo n.º 3106/13.2TBVISA.C1 (relator Artur Dias), entendeu que a decisão sobre a reclamação de créditos é incompatível com a produção de prova que não seja meramente documental, sendo as impugnações decididas em função dos documentos apresentados e da posição que acerca deles seja tomada, no caso de não se lograr alcançar acordo na tentativa de conciliação, dada a especificidade do PER, designadamente o seu caráter de urgência e os curtos prazos consignados na lei⁴⁹.

41 Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 79.

42 Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 79.

43 João Aveiro Pereira, "A revitalização económica dos devedores", in *O Direito*, n.º 145, I-II, 2013, p. 41.

44 João Aveiro Pereira acentua, todavia, que, embora não seja admitido um contraditório mais alargado, a aplicação subsidiária do CPC postula o cumprimento do princípio do juiz ativo, não obstante a natureza urgente, célere e simples do PER. De harmonia com este princípio, compete ao juiz realizar ou ordenar, mesmo *ex officio*, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer (artigo 6.º do CPC). De resto, ao abrigo do princípio da cooperação, o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes (atual artigo 7.º, n.º 2 do CPC) (João Aveiro Pereira, "A revitalização económica...", in *O Direito*, n.º 145, I-II, 2013, p. 41).

45 Maria do Rosário Epifânio, *O Processo Especial de Revitalização*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 49-50.

46 Rui Dias da Silva, *O Processo Especial de Revitalização – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Viseu, Edições Esgotadas, 2012, p. 41.

47 Não obstante, a mesma decisão admite que "*Para além disso, parece evidente que não estando legalmente prevista a resposta à impugnação, há-de o juiz ser especialmente prudente na decisão a proferir, podendo convidar o reclamante a pronunciar-se, se tal se afigurar necessário – diligência aqui sem qualquer justificação, como vimos, atento o fundamento da decisão proferida*" (Ac. TRL de 20.10.2015, processo n.º 749/14.0TBFUN-A.L1-7 [relatora Maria da Conceição Saavedra], disponível em <http://www.dgsi.pt>).

48 Ac. TRC de 21.10.2014, processo n.º 2081/13.8TBPBL-A.C1 (relatora Sílvia Pires), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

49 Ac. TRC de 20.06.2014, processo n.º 3106/13.2TBVISA.C1 (relator Artur Dias), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

3.2. Determinação oficiosa da prova necessária e adequada à conformação da lista provisória de créditos

A segunda tendência de opinião *supra* enunciada considera que o juiz deve admitir a produção da prova necessária e adequada à conformação da lista de créditos ao universo de credores, pelo que, existindo lista definitiva, ela produz efeitos fora do PER, não podendo os créditos voltar a ser apreciados em processo de insolvência.

Rita Mota Soares considera que o juiz deve conceder o contraditório e produzir a prova necessária, não sendo exigível o cumprimento do prazo de cinco dias, o qual é manifestamente desajustado à prolação da decisão de mérito. Se assim for, a decisão faz caso julgado, não podendo o crédito ser reclamado novamente na insolvência subsequente. Contudo, se tal implicar uma dilação inoportuna do prazo, para esta Autora, é preferível proceder à produção de uma prova mais incipiente, que auxilie o juiz na computação dos créditos, nos termos do atual n.º 5 do artigo 17.º-F do CIRE. Neste último caso, as diligências que impliquem maior delonga, serão efetuadas na insolvência subsequente ou, quando tal não suceda, em ação declarativa própria⁵⁰.

Acompanhando a referida linha de pensamento, Catarina Serra reconhece que no PER não existe, em princípio, a fase de resposta às impugnações⁵¹. Contudo, o juiz deve conceder e ordenar, mesmo oficiosamente, a produção da prova necessária e adequada à conformação da lista de créditos ao universo real, sendo admissível, além da prova documental, a prova testemunhal e até, se for caso disso, a prova pericial, estando em causa o cumprimento do princípio do juiz ativo⁵².

Orientação mais próxima das posições de Catarina Serra e Rita Mota Soares foi, no entanto, adotada pelo Ac. TRL de 20.02.2014, processo n.º 1390/13.0TBTV-D-A.L1-6 (relatora Fátima Galante), que considerou que, perante uma lista definitiva de créditos que transitou do PER para o processo de insolvência, não parece defensável que possa ainda ser sujeita a impugnação, quando sobre ela recaiu uma decisão já transitada. Segundo esta decisão

da Relação de Lisboa, interpretar a apresentação da lista de credores reconhecidos e não reconhecidos no processo de insolvência, quando este suceda ao PER, como uma lista *ex novo*, que não teria de respeitar aquela primeira, equivaleria a fazer letra morta da segunda parte do n.º 7, do artigo 17.º-G, e, no fundo, permitiria ao administrador da insolvência fazer aquilo que se veda aos credores, ou seja, alterar os créditos e ou a sua natureza, fixados definitivamente⁵³. De acordo com este aresto, ainda que o prazo para proferir decisão seja exíguo, isso não pode significar que estamos perante uma decisão tomada com base em cognição sumária, à maneira das decisões das providências cautelares⁵⁴.

3.3. Verificação do contraditório previsto nos artigos 131.º a 140.º do CIRE

A terceira tendência de opinião é a proposta por Luís M. Martins, o qual considera que, havendo impugnação da lista provisória de créditos, abre-se um incidente de natureza declarativa dentro do PER, que culminará na prolação de uma sentença de verificação e graduação de créditos⁵⁵.

Sendo uma posição praticamente isolada na doutrina, Luís M. Martins considera que, embora a lei não preveja o direito de resposta às impugnações⁵⁶, a realidade é que, havendo impugnação da lista provisória de créditos, impõe-se a produção de prova sobre os factos articulados pelo reclamante, nos termos do disposto nos artigos 131.º a 140.º do CIRE.

Esta posição tem residual colhimento na jurisprudência, destacando-se o Ac. TRP de 27.02.2014, processo n.º 208/13.9TBCHV.P1 (relatora Judite Pires), no qual se decidiu que “A lei não regulamenta de forma específica impugnação pelos credores da lista provisória de créditos para o processo especial de revitalização. Na falta de regulamentação própria, a impugnação da lista provisória deve processar-se segundo as regras previstas para a impugnação dos créditos no processo de insolvência, designadamente as dos artigos 130.º e 131.º do CIRE”⁵⁷.

50 Rita Mota Soares, “As consequências da não aprovação do plano de recuperação”, in *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Catarina Serra (Coord.), Coimbra, Almedina, 2014, pp. 111-113.

51 Catarina Serra, “Tópicos para uma discussão sobre o Processo Especial de Revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)”, in *Ab Instantia*, Ano II, n.º 4, 2014, p. 80.

52 Na opinião de Catarina Serra, não é por nem sempre ser adequado elaborar a lista definitiva – nomeadamente quando tal não é viável no prazo das negociações – que deve recusar-se, por princípio, a tentativa de uma elaboração cuidada e enveredar-se sistematicamente por uma forma de verificação abreviada ou sumária dos créditos. Para esta Autora, existindo lista definitiva, ela produz efeitos fora do PER, não podendo os créditos voltar a ser apreciados em processo de insolvência (Catarina Serra, “Tópicos para uma discussão...”, in *Ab Instantia*, Ano II, n.º 4, 2014, p. 81).

53 Em sentido próximo do proposto por Catarina Serra e Rita Mota Soares decidiu o Ac. TRC de 17.06.2014, processo n.º 728/13.5TBSCD-A.C1 (relator Fernando Monteiro), disponível em <http://www.dgsi.pt>, que o processo de listagem de créditos, previsto no artigo 17.º-D, diferencia-se do processo de verificação e graduação de créditos, relativo ao processo de insolvência, por razões da celeridade do PER e do objetivo daquela listagem (essencialmente, a definição do quórum deliberativo neste processo).

54 Ac. TRL de 20.02.2014, processo n.º 1390/13.0TBTV-D-A.L1-6 (relatora Fátima Galante), disponível em <http://www.dgsi.pt>. No mesmo sentido, veja-se o Ac. TRL de 09.05.2013, processo n.º 2134/12.0TBCLD-B.L1-2 (relatora Ondina Carmo Alves), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

55 Luís M. Martins, *Recuperação de pessoas singulares*, Vol. I, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 41.

56 No entanto, Luís M. Martins considera que se aplica ao PER o artigo 130.º do CIRE (Luís M. Martins, *Recuperação de...*, Vol. I, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 107).

57 Ac. TRP de 27.02.2014, processo n.º 208/13.9TBCHV.P1 (relatora Judite Pires), disponível em <http://www.dgsi.pt>, reconhecendo-se como possível fundamento da impugnação “a indevida inclusão ou exclusão de créditos ou na incorreção do montante ou da qualidade dos créditos reconhecidos, como dispõe o n.º 1 do art. 130.º do CIRE”.

4. Considerações finais

Chegados a este momento, importa identificar quais nos parecem ser as posições dominantes na doutrina e na jurisprudência quanto à latitude do efeito cominatório previsto na fase de verificação de créditos no processo de insolvência e no PER.

Assim, no que respeita ao processo de insolvência, concluímos que é prevalecente a teoria do efeito cominatório semipleno, que defende uma interpretação ampla dos artigos 130.º, n.º 3 e 131.º, n.º 3 do CIRE, no sentido de não se dispensar o juiz – nem em caso de *erro manifesto*, nem inexistindo respostas à impugnação à lista de credores reconhecidos – do controlo da legalidade (nomeadamente, quanto à natureza, montante e qualidade) dos créditos listados a homologar, assim salvaguardando-se o princípio constitucional da reserva jurisdicional de realização do direito e da justiça e evitando a tomada de decisões judiciais meramente formais, exclusiva e positivamente determinadas por efeito de osmose com a pretensão plasmada no dispositivo do petitório de um dos sujeitos do litígio.

Quanto ao PER, a solução jurídico-processual maioritariamente preconizada pela doutrina e jurisprudência é aquela que interpreta o artigo 17.º-D, n.º 3 do CIRE no sentido de que é inadmissível a resposta às impugnações à lista provisória de créditos, em razão das características específicas de celeridade e desjudicialização do PER face ao processo de insolvência.

O PRAZO DE CADUCIDADE DA RESOLUÇÃO EM BENEFÍCIO DA MASSA INSOLVENTE

COMENTÁRIO A PROPÓSITO DO
ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 15.12.2020

Gabriela de Mendonça Santos

Associada PLMJ Faro

Rita Calafate

Associada PLMJ Faro

1. Introdução

Numa perspetiva jurisprudencial mais recente, foi proferido, no passado dia 15.12.2020, Ac. pelo STJ¹, no âmbito de recurso de revista excepcional², o qual, em detrimento do entendimento de que dever-se-á atender ao momento em que o administrador da insolvência toma conhecimento do ato a resolver, entendeu que releva o momento em que o administrador da insolvência toma conhecimento do conteúdo do ato e dos pressupostos necessários para fundamentar a existência do direito de resolução para o efeito de contagem do prazo de caducidade³ imposto pelo artigo 123.º n.º 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

Antes de uma análise aprofundada sobre a *ratio* da aludida disposição legal, passamos a transcrever o conteúdo do referido preceito legal que determina que “A *resolução [em benefício da massa insolvente] pode ser efetuada pelo administrador da insolvência por carta registada com aviso de recepção nos seis meses⁴ seguintes ao conhecimento do ato, mas nunca depois de decorridos dois anos sobre a data da declaração de insolvência*”.

Nos termos daquele Ac., o STJ afastou uma interpretação da norma legal de forma literal ao considerar que o prazo de caducidade “*conta-se a partir do momento em que o administrador da insolvência toma conhecimento do conteúdo do acto e dos pressupostos necessários para fundamentar a existência do direito (potestativo) de resolução*”.

O Ac. refere que, na circunstância de serem decretadas sucessivas declarações de insolvência, ao abrigo da qual ou das quais foi operada a resolução com conhecimento dos factos e fundamentos instrumentais para o exercício do direito, entretanto e ulteriormente revogada, o prazo de seis meses deve contar-se a partir da data da declaração judicial de insolvência a que faz referência a última resolução em benefício da massa insolvente. Note-se que essa declaração de insolvência, depois de transitada em julgado, é o pressuposto originário e insuperável da resolução, como efeito dessa declaração, ainda que não automático e dependente da atuação do administrador da insolvência.

Acrescenta o STJ ao determinar que “*tendo sido revogada a anterior resolução, na qual constavam os negócios a resolver e os requisitos de fundamentação dessa resolução, o direito do administrador repristina-se aquando da nova sentença de declaração de insolvência e, uma vez havendo coincidência dos actos e fundamentos, sujeita-se ao prazo de caducidade de 6 meses a partir da ocorrência do seu pressuposto de base – a declaração de insolvência*”.

Ressalva, porém, que não é esse o caso se, após a declaração de insolvência, existirem circunstâncias supervenientes que alterem esses fundamentos de resolução e o administrador da insolvência, no exercício da diligência exigível, prevista nos termos do artigo 59.º, n.º 1, 2.ª parte do CIRE, tiver procedido a uma investigação imposta por mudanças processuais e/ou substantivas e que a *final* determinam a necessidade de apresentação de diferente fundamentação resolutive, sendo que é a partir do conhecimento de tais circunstâncias supervenientes que deve passar-se a contar o aludido prazo de seis meses.

A interpretação da norma que foi levada a cabo no caso *sub judice* não merece crítica, tendo em conta as circunstâncias de facto que lhe estão associadas. Contudo, a generalização de tal interpretação poderá suscitar problemas ou conflitos interpretativos relativamente a diferentes valores e princípios não só inerentes ao processo de insolvência, como em relação ao sistema jurídico na sua globalidade.

Ao interpretar-se o requisito do momento do conhecimento do ato, fazendo-se acrescentar um requisito adicional, e que não consta da letra da lei (i.e. para além do elemento cognitivo do momento do conhecimento do ato propriamente dito, por parte do administrador da insolvência, acresce um segundo elemento cognitivo-subjetivo⁵), poderão surgir problemáticas que põem em causa a natureza urgente inerente ao processo de insolvência e a segurança jurídica dos negócios celebrados.

2. A perspetiva literal do artigo 123.º do CIRE e a sua interpretação cognitivo-subjetivista

Como sabemos, o processo de insolvência é um procedimento de cariz urgente – devendo, conseqüentemente, os seus procedimentos ser céleres, atenta a finalidade máxima da satisfação dos credores da insolvência – mas

1 Ac. STJ de 15.12.2020, processo n.º 2925/13.4TBLLI-I.E1.S1 (relator Ricardo Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

2 Cujo objeto era o de “*saber a que se refere o «conhecimento do ato» referido no art. 123º, 1, do CIRE para efeitos de contagem do prazo de seis meses como prazo-limite da resolução de actos em benefício da massa insolvente pelo administrador da insolvência*”.

3 Embora resulte da epígrafe da disposição legal em apreço a indicação de “*prescrição de direito*”, o entendimento jurisprudencial e doutrinário maioritário tem vindo a perfilhar o entendimento que se trata de um verdadeiro / “genuíno” prazo de caducidade para o exercício do direito de resolução – Cfr. Ac. STJ 18.10.2016, processo n.º 7/13.8TBFZZ-G.E1.S1 (relator Júlio Gomes), disponível em <http://www.dgsi.pt>; Luís Fernandes e João Iabareda, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2018, p. 510.

4 Veja-se que o antigo regime legal previa o prazo de apenas três meses, nos termos do artigo 156.º, n.º 3 do Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF).

5 Que é o conhecimento dos contornos e pressupostos do ato, nomeadamente a ciência das circunstâncias que determinaram pela conclusão da efetiva prejudicialidade do negócio em relação à massa insolvente e aos credores da insolvência e de outros requisitos essenciais que têm de estar cumpridos.

será esta urgência suficiente para que se interprete a lei de uma forma literal, contando-se o prazo a partir do conhecimento do ato, sem que haja possibilidade de expandir o início do prazo para o momento em que, levadas a cabo as averiguações necessárias, se verifique que se o ato é ou não prejudicial à massa insolvente?

Em primeiro lugar, veja-se o disposto no artigo 120.º, n.º 1 do CIRE que determina que “*podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo*”, acrescentando o seu n.º 2 que “*consideram-se prejudiciais à massa os atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência*”.

Se por um lado se poderá considerar que o administrador da insolvência poderia usufruir de tal prazo para que levasse a cabo todas as diligências necessárias para aferir a prejudicialidade do ato em causa⁶, ainda assim será exagerado que se lhe imponha um dever de indagar por todas e quaisquer circunstâncias e pressupostos dos atos praticados pelo devedor e que podem ter como consequência a resolução em benefício da massa insolvente – não querendo com isto admitir a possibilidade de o administrador da insolvência passar a assumir uma posição não diligente quanto às investigações em apreço⁷.

Com efeito, há que ter em mente que o prejuízo nem sempre se consegue apurar pela mera aparência lesiva do ato e existem situações que requerem necessariamente indagações mais desenvolvidas para conhecer da efetiva prejudicialidade e outras razões ponderosas para a possível resolução de determinado ato⁸. Entre as quais, a necessidade de averiguação da má-fé do terceiro⁹ e a necessidade de prejudicialidade do ato¹⁰, no âmbito da resolução prevista nos termos do artigo 120.º do CIRE, bem como na situação prevista na alínea h), do n.º 1 do artigo 121.º do CIRE¹¹ de resolução incondicional¹².

Nos casos em que tais pressupostos essenciais à resolução não possam ser descortinados no imediato e com o conhecimento puro pelo administrador da insolvência da existência do ato, nem durante o período dos seis meses após o conhecimento do ato, questionemo-nos: deverá o administrador da insolvência resignar-se com o término do prazo sem resolver o ato ou, por outro lado, resolvê-lo sem suporte essencial para o efeito?

Somos da opinião que nenhuma das soluções será admissível. Caso se adotasse o entendimento de que o administrador da insolvência pode resolver em benefício da massa no prazo de seis meses a contar do mero conhecimento do ato¹³, poderia ser considerado que o administrador da insolvência seria detentor de uma liberdade resolutive, sendo até ponderada como uma espécie de poder discricionário, que o levaria a resoluções de atos em qualquer altura (sob forma de uma resolução cega quanto à existência e conhecimento da causa resolutive), dentro daquele prazo de seis meses, o que vai em desencontro dos princípios de segurança jurídica e da estabilidade dos negócios jurídicos¹⁴.

Conforme já aludimos *supra*, a forma de aferir a efetiva prejudicialidade de determinado ato incorpora variáveis que podem depender do efetivo desenrolar do processo de insolvência e/ou de um necessário estudo do circunstancialismo inerente aos negócios praticados pelo insolvente, em data anterior à declaração de insolvência, e que podem ter repercussões no âmbito daquele processo.

A jurisprudência da 6.ª Seção do STJ (secção com competência exclusiva sobre a matéria aqui em apreço¹⁵) tem adotado de forma quase unânime a orientação de que o artigo 123.º, n.º 1 do CIRE deve ser interpretado no sentido de que o termo inicial do prazo de caducidade apenas começa no momento em que o administrador da insolvência tenha conhecimento dos pressupostos que podem fundamentar a resolução¹⁶.

6 Na opinião de Fernando Gravato Morais, o administrador da insolvência vê recair sobre si um verdadeiro dever de conhecimento e de apreciação dos atos, sendo que a fixação do prazo de seis meses para efeitos de resolução em benefício da massa insolvente tem de ser cumprida, a fim de se pôr termo à incerteza quanto ao destino dos atos em causa. Cfr. Fernando Gravato Morais, *Resolução em benefício da massa insolvente*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 159.

7 Ac. STJ de 18.10.2016, processo n.º 7/13.8TBFZZ-G.E1.S1 (relator Júlio Gomes), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

8 Ac. TRC de 14.11.2017, processo n.º 1686/15.7T8LRA-C.C1 (relator Vítor Amaral), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

9 Por aplicação do artigo 120.º, n.º 4 do CIRE, ainda que esta se presuma nos casos em que tenha participado no ato ou dele tenha beneficiado pessoa especialmente relacionada com o insolvente.

10 Por aplicação do artigo 120.º, n.º 1 do CIRE, ainda que certos atos se presumam prejudiciais à massa sem admissão de prova em contrário, nos termos do artigo 120.º, n.º 3 do CIRE.

11 Que determina a necessidade de averiguação de ato a título oneroso realizado pelo insolvente dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da contraparte.

12 Veja-se que nos casos de resolução incondicional previstos nos termos do artigo 121.º do CIRE, a prejudicialidade é presumida, nos termos do artigo 120.º, n.º 3 do CIRE e não há necessidade de prova da má-fé do terceiro que teve intervenção no ato a ser alvo de resolução.

13 Ac. TRG de 10.04.2014, processo 738/12.0TBFAF-J.G1 (relator Espinheira Baltar) e o Ac. TRP de 12.05.2014, processo 3324/10.5TBSTS-F.P1 (relator Manuel Domingos Fernandes), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

14 Ac. STJ de 05.05.2020, processo n.º 668/16.6T8ACB.AC.C1.S1 (relator Pinto de Almeida), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

15 Por via do Provimento n.º 15/2014 do Presidente do STJ.

16 Ac. STJ de 27.10.2016, processo n.º 653/13.0TBGCG-F.G1.S1 (relator Pinto de Almeida); Ac. STJ de 18.09.2018, processo n.º 195/14.6TYVNG-E.P1.S1 (relator José Rainho); Ac. STJ de 01.08.2019, processo n.º 7313/12.7TBMAI-G.P1.S1 (relator José Rainho), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

Veja-se o Ac. STJ de 27.10.2016, que determina que *"o processo de insolvência é urgente, os seus procedimentos devem ser céleres, uma vez que o interesse dos credores, e do próprio devedor, podem ser severamente prejudicados se não for acautelada a massa insolvente que é garantia, quantas vezes debilitada, da satisfação dos direitos dos credores. (...). Tal não justifica que se proceda a interpretação literal da lei, fazendo contar o termo inicial do prazo previsto no art.123º, nº1, do CIRE apenas do conhecimento do acto, não deixando margem para que o AI [administrador da insolvência] averigue, e possa avaliar, se o acto praticado no 'período suspeito' é prejudicial à massa (...)"*¹⁷.

Embora resulte da letra da lei a menção ao "conhecimento do ato", como um conhecimento simples e puro, é necessário interpretar-se por aplicação do artigo 9.º do Código Civil (CC), qual foi a intenção do legislador subjacente à criação da disposição legal que determina a possibilidade de – cumulativamente – se recorrer às condicionantes temporais e subjetivas para a possibilidade de lançar mão do mecanismo de resolução em benefício da massa.

Veja-se o Ac. STJ de 18.10.2016, que determina que, por via da aplicação do artigo 9.º, n.º 3 do CC, no que *"(...) se refere à presunção do legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (...), entende-se que a referência ao conhecimento do ato implica o conhecimento da plenitude do mesmo em tudo o que ele releva para efeitos de resolução do contrato"*^{18, 19}.

Neste sentido, somos da opinião – em consonância com a jurisprudência maioritária²⁰ – que o elemento literal do artigo 123.º, n.º 1 do CIRE não determina a exclusão da possibilidade de – aliado ao conhecimento simples e puro do ato – levar-se em consideração, para efeitos de cumprimento do prazo de caducidade, as circunstâncias e pressupostos que levam à consideração da aplicação do regime de resolução em benefício da massa²¹.

Aliás, veja-se que os elementos essenciais que fundamentam a decisão de resolução, nos termos acima expostos, devem constar da declaração de resolução, sob pena de, posteriormente, em sede de ação de impugnação da resolução apresentada contra a massa insolvente, nos termos do artigo 125.º do CIRE, não poderem ser apresentados pelo administrador da insolvência, aquando da apresentação de contestação, novos fundamentos para

preencher o requisito da prejudicialidade²² – uma vez que se trata de uma ação de simples apreciação negativa, em que o impugnante pretende obter unicamente a declaração de inexistência de resolução e dos seus efeitos jurídicos, cabendo a este a alegação de factos que impeçam a efetivação da resolução e que rebata os pressupostos apresentados pelo administrador da insolvência aquando da declaração de resolução.

Isto poderá refletir-se numa consequência nefasta para a massa insolvente (e consequentemente para os credores da insolvência) na medida em que, a decisão a ser proferida a *final* na ação de impugnação, poderá não lhe ser favorável, uma vez que o administrador da insolvência não conseguiu demonstrar, em sede própria – leia-se a declaração de resolução –, que o ato alvo de resolução era resolvido por prejudicar a massa insolvente, por cumprimento dos pressupostos necessários.

Com efeito, e tendo em conta que a letra da lei não o exclui e a interpretação hermenêutico-teleológica do regime leva em consideração a necessidade de apresentação do circunstancialismo essencial que determinou a resolução em benefício da massa na declaração da mesma (sob pena de não o poder fazer em momento posterior), parece-nos que o legislador quis prever que o prazo previsto no artigo 123.º, n.º 1 do CIRE fosse analisado sob uma perspetiva cognitivo-subjetivista, atenta a necessidade de apresentação de fundamentação essencial pelo administrador da insolvência no ato de declaração de resolução.

Além disso, vejamos que, como decorre da parte final daquela disposição legal, o cumprimento do elemento cognitivo-subjetivo está balizado temporalmente – independentemente da altura em que as circunstâncias e fundamentos da resolução são conhecidas pelo administrador da insolvência, não podem ser invocadas, para efeitos de declaração de resolução, decorridos dois anos sobre a declaração de insolvência.

De salientar ainda que, não obstante o administrador da insolvência poder usufruir de seis meses após o conhecimento dos pressupostos da resolução, em boa verdade, e tal como decorre do artigo 59.º n.º 1 do CIRE, este está sempre sob o crivo da necessidade de manutenção de um comportamento, ao longo do processo, que seja compatível com a natureza do processo de insolvência, sendo necessário que desempenhe de forma diligente,

17 Ac. STJ de 27.10.2016, processo n.º 3158/11.0TJVNF-H.G1.S1 (relator Fonseca Ramos), disponível em www.dgsi.pt.

18 Ac. STJ de 18.10.2016, processo n.º 7/13.8TBFZZ-G.E1.S1 (relator Júlio Gomes), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

19 Pressuposição que advém da redação do artigo 329.º do CC determina que *"o prazo de caducidade, se a lei não previr outra data, começa a correr no momento em que o direito puder ser legalmente exercido"*, o que pressupõe que estejamos perante o momento em que se puder exercer um direito e, neste caso, apenas se poderá exercer a resolução de forma válida quando estiverem cumpridos os pressupostos para o efeito.

20 Ac. STJ de 05.05.2020, processo n.º 668/16.6T8ACB.AC.C1.S1 (relator Pinto de Almeida), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

21 Em sentido contrário, veja-se o Ac. TRP de 12.05.2014, processo n.º 3324/10.5TBSTS-F.P1 (relator Manuel Domingos Fernandes), disponível em <http://www.dgsi.pt>, que defende que, a ter sido o pensamento do legislador prever que o início do prazo apenas se contasse com o conhecimento dos pressupostos essenciais e contornos do ato, teria feito tal menção no texto da lei atentos os efeitos que tal previsão teria para as partes intervenientes nesses atos. Na opinião do Relator, não se poderá perfilhar pela existência de um determinado pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, nos termos do artigo 9.º, n.º 2 do CC.

22 Em sentido concordante, Ana Prata, Morais Carvalho e Rui Simões, *CIRE Anotado*, Almedina, 2013, p. 360.

ordenada e criteriosa as suas funções, sob pena de lhe poder vir a ser imputada responsabilidade pelos danos causados aos credores da insolvência e/ou ao devedor.

3. A perspetiva cognitivo-subjetiva do artigo 123.º do CIRE: decorrências e riscos

Ao contrário do que resulta da interpretação literal, com a aplicação da interpretação cognitivo-subjetivista o momento relevante para o início da contagem do prazo de caducidade, previsto nos termos do artigo 123.º, n.º 1 do CIRE, **é o conhecimento integral ou absoluto** (ao invés do conhecimento simples e puro) dos circunstancialismos e pressupostos a ser alvo de resolução.

A primeira problemática que somos chamados a assinalar, relativa ao início da contagem do prazo nos termos *supra*, prende-se com o facto de caber ao administrador da insolvência decidir qual o momento em concreto é que – no seu entender – está alcançado o conhecimento do circunstancialismo que leva ao reconhecimento de que um determinado ato é prejudicial à massa insolvente e aos credores da insolvência. Esta circunstância determina que o início da contagem do prazo depende – única e exclusivamente – de um elemento subjetivo e que apenas é conhecido pelo administrador da insolvência, sem que possa ser alvo – pelo menos, inicialmente – de escrutínio por parte de terceiros.

Além disso, e se o administrador da insolvência prorrogar as suas averiguações de forma injustificada por assumir que dispõe de um prazo que apenas se inicia após o conhecimento total dos elementos essenciais à resolução, as partes que tiveram intervenção no ato (e que o podem ver resolvido, por via da declaração de resolução) confrontam-se com uma verdadeira insegurança em relação à (não) manutenção do ato, passando a estar assoberbados pela incerteza de qual será a decisão do administrador da insolvência, que poderá ser tomada até dois anos após a declaração de insolvência – ao que acresce que o ato poderá ter sido praticado até dois anos antes da declaração de insolvência.

Isto pode levar a situações em que negócios possam ser resolvidos quatro anos depois da sua celebração – desconsiderando os casos das sucessivas declarações de insolvência e vicissitudes associadas, como foi o caso do Ac. em apreço e em que o STJ considerou que o prazo de caducidade de seis meses começou a ser contado a partir da última declaração de insolvência, uma vez que não existiam novos pressupostos essenciais que fundamentassem de forma diferente a resolução.

Assim, e caso existissem circunstâncias supervenientes que alterassem os fundamentos de resolução, o administrador da insolvência passaria a ver o prazo de seis meses iniciar a sua contagem após ter conhecimento de tal circunstancialismo.

Nesta senda, veja-se que o processo de insolvência, tendo em conta a necessidade de cumprimento dos dois elementos cognitivos para efeitos de contagem de prazo para resolução em benefício da massa insolvente (sendo o momento do conhecimento dos pressupostos essenciais da resolução puramente subjetivo, como vimos) – e que podem representar um grande hiato temporal – poderá ser visto como um processo que gerará uma incerteza junto dos titulares dos direitos adquiridos pela via dos negócios alegadamente resolúveis por poderem ser vistos como prejudiciais à massa insolvente e, também e consequentemente, à satisfação dos credores da insolvência.

Na verdade, a aferição em concreto dos contornos da resolução conforme parece exigir a orientação pugnada pelo Ac. do STJ em referência, que nos leva à ideia da possibilidade de conhecimento dos pressupostos que possibilitam a resolução em benefício da massa apenas serem passíveis de verificação em momento posterior ao apuramento dos bens que compõem a massa insolvente e depois de listados os créditos. Isto porque, a consciência da prejudicialidade pode ficar relegada para um momento avançado do processo de insolvência o que gera riscos de imprevisibilidade e insegurança para os intervenientes diretos e indiretos no âmbito do processo de insolvência.

Para além disso, e ainda na ótica da efetiva prejudicialidade do negócio, este é um conceito que, conforme já se referiu, depende de tantas variáveis que este prazo de caducidade poderá sempre ser justificado de forma mais ou menos ampla em face da aferição em concreto deste pressuposto, sem prejuízo de sobre o administrador da insolvência recair sempre a obrigação prevista nos termos do artigo 59.º, n.º 1 do CIRE, que determina a necessidade de um comportamento criterioso e ordenado.

4. Conclusão

Tendo em conta o *supra* exposto, e analisadas as decorrências da aplicação do artigo 123.º, n.º 1 do CIRE numa perspetiva cognitivo-subjetivista, acompanhamos o entendimento que tem vindo a ser perfilhado pela jurisprudência superior, no sentido de que o prazo de caducidade ocorre passados seis meses do conhecimento dos pressupostos essenciais de resolução, tendo em conta que esta é a melhor solução para se salvaguardar que a declaração de resolução está munida com a identificação das condicionantes essenciais para o efeito, quando não é possível identificar que o ato é lesivo e pode ser resolvido nos termos dos artigos 120.º ou 121.º do CIRE, no prazo de seis meses após o conhecimento puro do ato.

Embora se identificasse como risco a existência de insegurança jurídica dos terceiros intervenientes dos atos que poderiam ser alvos de resolução, não deve tal argumento proceder para se tomar como entendimento que o termo inicial do prazo de seis meses conta-se a partir do conhecimento puro do ato. Isto porque, a declaração de resolução nunca pode ocorrer decorridos dois anos sobre a data da declaração da insolvência e, além disso, o terceiro interveniente que vê o seu ato resolvido tem a sua posição devidamente tutelada nos termos do processo de insolvência uma vez que o artigo 126.º, n.º 5 do CIRE determina que o valor a restituir corresponde a dívida da massa insolvente e/ou dívida da insolvência²³.

Além disso, ressalva-se a possibilidade de se vir a demonstrar junto do processo de insolvência que o administrador da insolvência não cumpriu com os pressupostos de conduta previstos pelo artigo 59.º, n.º 1 do CIRE, mediante alegação e demonstração de que o administrador da insolvência não atuou com a diligência de investigação e indagação exigíveis para efeitos da descoberta e análise dos pressupostos essenciais para a resolução, caso em que se deve contar o prazo desde o momento em que o administrador deveria ter conhecido aqueles pressupostos²⁴.

²³ Dívida da massa insolvente na medida do respetivo enriquecimento à data da declaração da insolvência e dívida da insolvência quanto ao eventual remanescente.

²⁴ Ac. STJ de 27.10.2016, processo n.º 653/13.0TBBGC-F.G1.S1 (relator Pinto de Almeida), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

O *LEGAL FINANCE* E A EMPRESA EM CRISE

Iñaki Carrera

Doutorando em Direito (Carlos III de Madrid)
Mestre em Direito (FDUCP)
Associado sénior PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Sara Alves Lourenço

LL.M. em Globalização e Direito – Direito Comercial
e Societário (*University of Maastricht*)
Advogada-Estagiária PLMJ na área
de Resolução de Litígios

1. Introdução

O *legal finance* (ou *Litigation Funding* ou *Third Party Funding*) é um modelo de negócio que procura transformar ativos contingentes (ou *legal assets*) em ativos com impacto positivo nos balanços das empresas, trazendo liquidez para o financiado. Estes *legal assets* podem ser (i) direitos litigiosos, i.e., direitos cuja existência é questionada ou cujo cumprimento exige o recurso a tribunais¹; e (ii) sentenças judiciais ou arbitrais não cumpridas².

A referida “transformação” opera-se através de (i) financiamento; de (ii) monetização; e de (iii) *recoveries*. No financiamento os financiadores assumem (sem recurso) os custos decorrentes de litígios, recebendo em contrapartida parte dos direitos que possam vir a resultar do desfecho favorável. Na monetização, pretende-se antecipar às empresas, numa base sem recurso, parte dos direitos que poderão advir do desfecho favorável de determinado litígio. Nas *recoveries* o financiador pode financiar os custos associados à execução da sentença em troca de uma parte do resultado, ou monetizar os direitos económicos resultantes da sentença, ou simplesmente adquiri-los.

O que se disse torna-se mais premente tendo em conta os efeitos económicos provocados pela atual situação pandémica. A COVID-19 veio afetar consideravelmente a tesouraria das empresas, incrementando, de igual forma, os casos (e o risco) de insolvências, fraudes, incumprimento contratual e de violação de direitos.

A nível internacional estamos a assistir a um aumento das empresas que procuram urgentemente a proteção dos regimes insolvenciais com vista a ganharem algum espaço de manobra enquanto enfrentam desafios financeiros inesperados causados pelo impacto da COVID-19³. É, aliás, precisamente na sequência desta conjuntura que o legislador veio introduzir no nosso ordenamento

jurídico o Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE), processo judicial temporário, de natureza extraordinária e urgente, destinado exclusivamente a empresas que se encontrem em situação económica difícil ou de insolvência, iminente ou atual, em virtude da COVID-19, que visa a homologação pelo tribunal de um acordo alcançado extrajudicialmente entre a empresa e os seus credores⁴. A inserção deste mecanismo no nosso ordenamento jurídico espelha a dificuldade que as empresas atualmente enfrentam em satisfazer o interesse dos seus credores.

Daí que se antecipe que em 2021⁵ o recurso ao *legal finance*, particularmente no âmbito da insolvência e da recuperação de empresas, irá crescer exponencialmente para fazer face à incerteza económica provocada pela pandemia^{6, 7}. A este propósito, veja-se inclusive que a génese do *legal finance* na Austrália reside no apoio aos créditos de insolvência⁸.

Poucos são os negócios ou empresas à “prova de pandemia” e dado o estado global e interativo dos negócios nos tempos hodiernos, a insolvência de uma empresa poderá ter efeito “bola de neve” na respetiva cadeia de fornecedores, credores e restantes partes da cadeia de fornecimento que alimenta o negócio.

O recurso ao *legal finance* surge como uma janela de oportunidade para evitar este ciclo vicioso de insolvências e maximizar a satisfação dos credores das empresas em crise, uma vez que permite às empresas obterem liquidez imediata e gerir o fluxo de caixa através da descoberta de *legal assets* rentáveis⁹. Trata-se de uma alternativa efetiva de financiamento (para empresas) e de investimento (para financiadores)¹⁰, introduzindo soluções de financiamento e de monetização de ativos (até então) “adormecidos” nos balanços das empresas^{11, 12, 13}.

1 Na terminologia do artigo 579.º, n.º 3, do Código Civil “Diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado”.

2 Iñaki Carrera e Pedro Menezes Cardoso, “Legal Finance como instrumento de corporate finance”, in *Jornal Económico*, 2020, disponível em <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/legal-finance-como-instrumento-de-corporate-finance-675522>.

3 Elizabeth Fisher e Connor Murphy, “Roundtable: Insolvency experts review trends in offshore jurisdictions”, in *Burford Quarterly*, n.º 4, 2020, disponível em <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/offshore-insolvency-roundtable-issue-4-quarterly-2020/>.

4 Perguntas e respostas sobre o PEVE, República Portuguesa, Justiça, disponível em <https://www.portugal.gov.pt>.

5 Designadamente a partir do momento em que os apoios estatais findarem (cfr. John Freund, “Insolvency Claims in 2021”, in *Litigation Finance Journal*, 2021, disponível em <https://litigationfinancejournal.com/insolvency-claims-in-2021/>).

6 Burford, *2020 Legal Finance Report: A survey of In-house and law firm lawyers*, 2020, pp. 21 e 39, disponível em <https://www.burfordcapital.com/insights/insights-container/2020-legal-finance-report/>.

7 John Freund, “What’s Ahead in 2021 for Litigation Funding”, in *Litigation Finance journal*, 2021, disponível em <https://litigationfinancejournal.com/whats-ahead-in-2021-for-litigation-funding/>.

8 Christopher Hedges, Jhon Peysner and Angus Nurse, “Litigation Funding: Status and Issues”, in *Legal Research Paper Series, Paper n.º 49*, University of Oxford, julho 2012, p. 48.

9 Burford, *The Burford Quarterly – a Review of legal finance*, n.º 1, 2021, p. 7, disponível em https://www.burfordcapital.com/media/2021/bq23-burford-quarterly-2021-01.pdf?utm_source=landing&utm_medium=button&utm_campaign=BQ202101.

10 Iñaki Carrera, “O financiamento do direito litigioso como opção de gestão: em particular os non-recourse funding agreements”, in *RDS*, n.º 4, 2018, p. 694.

11 Iñaki Carrera e Pedro Menezes Cardoso, “Legal Finance como instrumento...”, in *Jornal Económico*, 2020, disponível em <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/legal-finance-como-instrumento-de-corporate-finance-675522>.

12 Sanjay Desai, *COVID-19: Litigation Funding Opportunities in a Pandemic*, 2020, disponível em <https://www.marsh.com/uk/insights/research/covid-19-litigation-funding-opportunities-in-pandemic.html>.

13 John Freund, “Insolvency Claims...”, in *Litigation Finance Journal*, 2021, disponível em <https://litigationfinancejournal.com/insolvency-claims-in-2021/>.

Acresce que o titular de um *legal asset*, para além de não precisar de mobilizar capitais próprios para fazer face aos custos processuais, pode gerir o capital obtido através do financiamento da forma que entender ser mais rentável para a sua empresa¹⁴. Portanto, o *legal finance* mais não é do que uma forma especializada de *corporate finance*^{15, 16}.

Nos processos de insolvência cabe ao administrador da insolvência, com vista à satisfação dos interesses dos credores, maximizar, por um lado, os ativos da empresa e, por outro e se possível, a recuperação da mesma¹⁷. E poderá fazê-lo recorrendo ao *legal finance*¹⁸.

Em suma, poder-se-á afirmar com um elevado grau de certeza que o *legal finance* consubstancia um mecanismo que pode e deve ser utilizado por forma a ultrapassar os efeitos da recessão económica provocada pela atual pandemia, mormente no plano da insolvência, conforme desenvolveremos de seguida¹⁹.

2. Legal Finance

Conforme referido, o *legal finance* pretende transformar os *legal assets* em ativos com impacto positivo nos balanços das empresas através do (i) financiamento; (ii) monetização; e (iii) *recoveries*.

(i) Financiamento do direito litigioso²⁰

O financiamento do direito litigioso opera por via de um contrato entre um terceiro e o titular do direito litigioso que se compromete a pagar os custos do litígio do titular do direito recebendo em contrapartida uma percentagem (que normalmente rondará os 30%) do montante pecuniário resultante do eventual vencimento da causa. O financiador é reembolsado e remunerado se e na medida em que a parte financiada tiver sucesso na causa. Caso o pedido da parte seja indeferido, o financiador nada receberá – nem o reembolso do capital disponibilizado, nem qualquer retribuição por esse investimento²¹.

Esta vertente do *legal finance* tem sido tipicamente utilizada *on a single case basis*, onde são financiados os custos associados a um único litígio judicial ou arbitral (honorários de advogados, de árbitros, custas judiciais, etc.) em troca de uma percentagem dos direitos económicos resultantes do eventual vencimento da causa.

Contudo, de forma a reduzir o risco destes financiamentos *on a single case basis*, os financiadores têm recorrido ao financiamento por portfólio. No financiamento por portfólio, os financiadores combinam, num único investimento, litígios com diferentes riscos e compensam uns com os outros, fazendo com que o *pricing* seja mais baixo. No portfólio existe uma espécie de "*cross-collateralization*", i.e., as perdas de um caso compensam-se com a vitória de outro²². O financiamento através de portfólios permite maior flexibilidade, com custos mais reduzidos pois o risco está diversificado nos diferentes direitos litigiosos financiados, sendo até benéfico (em termos de distribuição do risco) haver um leque diversificado de causas objeto do financiamento. Os financiadores conseguem, por um lado, reduzir o risco do seu portfólio e os financiados conseguem, por outro, financiamento que, de forma isolada, possivelmente não obteriam²³.

São múltiplos os benefícios de recorrer a este modelo de financiamento. Saliente-se, desde logo a flexibilidade na utilização do capital, bem como a redução do risco global. Se, por exemplo, se verificar que um assunto justifica mais despesas do que o esperado, a empresa ou sociedade é livre de utilizar o capital de um investimento em portfólio para esse caso, em vez do primeiro onde estava inicialmente alocado esse capital. *É um modelo que se afigura de extrema utilidade* para empresas com elevada litigância. O financiamento *não só reduz a exposição e o risco, como também liberta capital que pode ser utilizado para necessidades urgentes* – como a contratação ou o reinvestimento no negócio²⁴.

14 Iñaki Carrera, "O financiamento do direito litigioso como opção de gestão...", in *RDS*, n.º 4, 2018, p. 691.

15 Iñaki Carrera, "O financiamento do direito litigioso como opção de gestão...", in *RDS*, n.º 4, 2018, p. 695.

16 "Um dos maiores equívocos sobre o financiamento é que ele é motivado pela necessidade ou carência financeira. Isso pode ter sido o caso em tempos, mas hoje em dia trata-se igualmente de gerir o risco e os P&Ls. Há muito poucos CFOs que não deixariam de aproveitar a possibilidade de retirar os custos legais do balanço se lhes fosse dada a opção", cfr. Vannin Capital, "Litigation finance in the realm of bankruptcy," in *Conversation series*, n.º VIII, junho 2018, p. 6.

17 Cfr. Ponto 13.º do preâmbulo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ("CIRE"): "Uma lei da insolvência é tanto melhor quanto mais contribuir para maximizar ex post o valor do património do devedor".

18 Burford, *2020 Legal Finance Report...*, 2020, p. 5.

19 "Generally speaking, the overall trend is that stakeholders, insolvency practitioners and the courts see legal finance as an important tool for insolvency litigation. Clearly, litigation finance is a growing area and it will continue to grow in the future", cfr. Ian Lambert em Elizabeth Fisher e Connor Murphy, "Roundtable: Insolvency experts review...", *Burford Quarterly*, n.º 4, 2020.

20 Geralmente, quando se fala de *Third Party Funding* (TPF) refere-se a este tipo de financiamento, por ser a forma típica utilizada para o financiamento de um litígio.

21 Iñaki Carrera, "O financiamento do direito litigioso como opção de gestão...", in *RDS*, n.º 4, 2018, p. 691.

22 Iñaki Carrera, "O financiamento do direito litigioso como opção de gestão...", in *RDS*, n.º 4, 2018, p. 702.

23 Iñaki Carrera, "O financiamento do direito litigioso como opção de gestão...", in *RDS*, n.º 4, 2018, p. 702.

24 Burford, *Legal Finance 101, An introduction to using third-party litigation finance to unlock legal asset value*, 2020, p. 29, disponível em <https://www.burfordcapital.com/media/1689/legal-finance-101-web.pdf>.

(ii) Monetização

A monetização traduz-se na possibilidade de os financiados anteciparem, numa base sem recurso, parte dos direitos (económicos) que poderão advir do desfecho favorável de determinado litígio, permitindo, desta forma, que as empresas obtenham liquidez pela monetização desses ativos²⁵.

São múltiplos os benefícios da monetização. Por um lado, permite um fluxo imediato de dinheiro, precisamente quando este é mais necessário; por outro, permite às empresas acederem ao capital imediatamente, em vez de esperarem que os casos sejam resolvidos; e, no mais, mitiga a exposição da empresa ao risco²⁶.

Este produto figura como uma solução inovadora capaz de aliviar de forma imediata o sufoco financeiro pelo qual esteja a passar a empresa financiada, porquanto torna o *legal asset* lucrativo *per se*, ainda que o desfecho da causa seja desfavorável.

A empresa financiada geralmente utiliza o capital que obteve através da monetização do direito litigioso para fazer face aos custos judiciais, despesas com honorários dos advogados, peritos, e, em geral, todos os encargos decorrentes da propositura de uma ação²⁷.

(iii) Recoveries

Ganhar a causa não é necessariamente sinónimo do cumprimento do direito. Com efeito, não raras as vezes as sentenças não são cumpridas pela parte vencida, carecendo, portanto, de ser executadas.

Também neste campo pode o *legal finance* servir como instrumento de financiamento com vista à execução destas sentenças. Falamos, aqui, das *recoveries*, enquanto produto do *legal finance*, onde o financiador fornece capital para fazer face aos custos associados à execução da sentença em troca de uma parte do resultado²⁸.

Para além do financiamento da execução de sentenças, podem ainda os financiadores monetizar os direitos

económicos resultantes da sentença, ou simplesmente adquiri-los²⁹.

As empresas, em geral, recorrem a este produto do *legal finance* quando preferem ter o dinheiro imediatamente disponível. Apesar de o retorno ser menor comparativamente com os restantes produtos do *legal finance*, este produto pode, ainda assim, ser benéfico para os credores³⁰.

Em suma, os financiadores não só podem financiar a execução de sentenças, como também antecipar parte dos direitos delas resultantes a um preço mais reduzido, atendendo a redução do risco associado³¹.

3. *Legal Finance*, Insolvência, PER e PEVE

O recurso ao *legal finance* pode apresentar-se como um desafio no plano do nosso direito constituído pois, conforme já referido, não encontra amparo legal expresso.

O processo de insolvência, quando não se afigure possível a satisfação dos credores por via de um plano de insolvência que se baseie, nomeadamente, na recuperação da empresa, tem por finalidade a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores (artigo 1.º, n.º 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ("CIRE")).

Já o PER tem como finalidade permitir a uma empresa que esteja numa situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente, mas que ainda seja passível de ser recuperada, negociar com os credores com vista a um acordo que leve à revitalização daquela (artigo 17.º-A, n.º 1 do CIRE).

Com efeito, o administrador da insolvência deve providenciar pela conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à continuação da exploração da empresa³², por forma a maximizar o valor da massa insolvente, com vista à satisfação do interesse dos credores. Os credores verão os seus créditos satisfeitos tanto mais depressa quanta maior for a liquidez que o administrador da insolvência obtenha.

25 Iñaki Carrera e Pedro Menezes Cardoso, "Legal Finance como instrumento...", in *Jornal Económico*, 2020, disponível em <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/legal-finance-como-instrumento-de-corporate-finance-675522>.

26 John Freund, "The Effective use of Monetization", in *Litigation Finance Journal*, 2020, disponível em <https://litigationfinancejournal.com/the-effective-use-of-monetization/>.

27 John Freund, "Everything You Ever Wanted To Know About Litigation Finance", in *Litigation Finance Journal*, 2017, disponível em <https://litigationfinancejournal.com/litfin101/everything-ever-wanted-know-litigation-finance/>.

28 Sanjay Desai, *COVID-19: Litigation Funding Opportunities...*, 2020, disponível em <https://www.marsh.com/uk/insights/research/covid-19-litigation-funding-opportunities-in-pandemic.html>.

29 Sanjay Desai, *COVID-19: Litigation Funding Opportunities...*, 2020, disponível em <https://www.marsh.com/uk/insights/research/covid-19-litigation-funding-opportunities-in-pandemic.html>.

30 Vannin Capital, *Insolvency today*, dezembro 2011.

31 Sanjay Desai, *COVID-19: Litigation Funding Opportunities...*, 2020, disponível em <https://www.marsh.com/uk/insights/research/covid-19-litigation-funding-opportunities-in-pandemic.html>.

32 Artigo 55.º, n.º 1, alínea b) do CIRE.

Tradicionalmente, a rentabilização dos ativos das empresas é feita por via de *cost-saving measures*, i.e., medidas de poupança, onde a empresa tenta ter o mínimo de custos possível dentro da sua própria estrutura organizativa³³.

Para além disso, quando uma empresa se encontra em crise os seus administradores tendem a concentrar-se na prossecução da atividade empresarial, e não na eventual propositura de ações judiciais ou arbitrais, porquanto esta assunção de risco poder-se-ia revelar prejudicial à recuperação da empresa. Por um lado, é difícil persuadir os credores a investirem ainda mais num momento em que a empresa já atravessa dificuldades financeiras. Por outro, os administradores da insolvência e os credores, atendendo à longa duração da ação e à incerteza do vencimento de causa, sentem-se desencorajados à sua propositura³⁴.

No entanto, nenhuma destas circunstâncias devia figurar como um impedimento à maximização do valor da massa. Com efeito, os custos associados à propositura e duração de uma ação judicial ou arbitral podem ser financiados através do recurso ao *legal finance*³⁵.

O aparecimento do *legal finance* trouxe, em particular aos administradores da insolvência, uma alternativa à adoção das referidas *cost-saving measures*, através da possibilidade de recorrerem a financiamento externo com o propósito de maximizar os ativos da empresa, enquanto mecanismo gerador de liquidez imediata.

Através do *legal finance* os custos associados aos honorários dos advogados e encargos judiciais são suportados pelo financiador, o que permite ao financiado – neste caso, a massa insolvente – a propositura de ações desprovida de risco e custos. Pois para além de o fundo financiador suportar os custos da propositura da ação, fá-lo-á numa base sem recurso, transferindo o risco de insucesso da ação da esfera do financiado para a esfera do financiador³⁶.

O *legal finance* pode ser utilizado no âmbito da insolvência para financiar qualquer tipo de ação que crie uma oportunidade de recuperação significativa para a massa insolvente³⁷. Este financiamento afigurar-se-á especialmente

atrativo nas ações de alto valor e de baixo risco. O financiamento dos litígios, neste contexto, maximiza o capital da massa insolvente, permitindo, assim, uma recuperação mais rápida e mais eficiente para os credores, que não conseguiria ser obtida de outra forma^{38, 39}.

Os financiadores de litígios podem fornecer capital à massa insolvente quer comprando diretamente o(s) crédito(s), quer comprando o direito de financiar e gerir o(s) crédito(s)⁴⁰. Neste particular, cumpre aferir-se da admissibilidade de utilização deste mecanismo por parte do administrador da insolvência no âmbito de um Processo de Insolvência e do administrador judicial provisório, no âmbito do PER e do PEVE. Poderão recorrer a este mecanismo *ex officio* ou carecerá, por outro lado, a sua utilização de uma autorização do Juiz?

Antes de procedermos à análise desta questão no nosso ordenamento jurídico, vejamos alguma jurisprudência internacional sobre o tema.

Há um leque muito restrito de jurisprudência sobre o financiamento de litígios em insolvência. No entanto, há que destacar duas decisões de 2017⁴¹ e 2018⁴² do *Grand Court of the Cayman Islands*, nas quais o Tribunal aprovou acordos de financiamento de litígios comerciais com terceiros, abrindo caminho para o Ac. do *Grand Court of the Cayman Islands* em dezembro de 2018 que aprovou um pedido de autorização de um liquidatário para celebrar um acordo de financiamento de litígios com um financiador (*In re Platinum Partners Value Arbitrage Fund L.P.*)^{43, 44, 45}.

Destas decisões parece resultar a necessidade de autorização do tribunal para a celebração deste tipo de contratos entre o litigante e o terceiro financiador. Para além disso, esta autorização parece, ainda, estar dependente da verificação cumulativa de um conjunto de requisitos – conforme resulta claro da jurisprudência das *Cayman Islands* –, nomeadamente, o administrador da insolvência demonstre: (i) que é no melhor interesse dos credores; (ii) que não há financiamento alternativo disponível dos credores; (iii) que os termos são adequados à situação; e (iv) que o financiamento representa a melhor opção para conseguir uma recuperação para os credores. Um caso

33 Burford, *Legal Finance 101, An introduction to using third-party litigation finance...*, 2020, p. 34.

34 Vannin Capital, *Insolvency...*, dezembro 2011.

35 Vannin Capital, *Insolvency...*, dezembro 2011.

36 Vannin Capital, *Insolvency...*, dezembro 2011.

37 Vannin Capital, "Litigation finance in the...", in *Conversation series*, n.º XI, outubro 2018, p. 2.

38 Vannin Capital, "Litigation finance in the...", in *Conversation series*, n.º XI, outubro 2018, p. 1.

39 Elizabeth Fisher e Connor Murphy, "Roundtable: Insolvency experts review...", *Burford Quarterly*, n.º 4, 2020.

40 Vannin Capital, "Litigation finance in the...", in *Conversation series*, n.º XI, outubro 2018, p. 2.

41 *Unreported*, Grand Ct, 23 November 2017.

42 *Unreported*, Grand Ct, 13 December 2018.

43 Burford, *The Burford Quarterly...*, n.º 1, 2021, p. 19.

44 *In Re: 16-12925-scc Platinum Partners Value Arbitrage Fund L.P. and Platinum Partners Value Arbitrage Intermediate Fun*, disponível em [In Re: 16-12925-scc Platinum Partners Value Arbitrage Fund L.P. and Platinum Partners Value Arbitrage Intermediate Fun | Southern District of New York | United States Bankruptcy Court \(uscourts.gov\)](https://www.uscourts.gov/cases/16-12925-scc-platinum-partners-value-arbitrage-fund-l-p-and-platinum-partners-value-arbitrage-intermediate-fun).

45 Elizabeth Fisher e Connor Murphy, "Roundtable: Insolvency experts review...", *Burford Quarterly*, n.º 4, 2020.

extremamente demonstrativo do enorme potencial que o *legal finance* pode ter numa situação de insolvência é o caso do *Québec inc. v. Callidus Capital Corp., 2020 SCC 10*⁴⁶. A 8 de maio de 2020, o Supremo Tribunal do Canadá proferiu um acórdão que versou, entre outras questões, sobre a questão da admissibilidade de recurso ao *legal finance*. A *Bluberi Gaming Technologies Inc*, tentou obter financiamento por parte de um terceiro para intentar uma ação de aproximadamente 200 milhões de dólares contra um seu credor privilegiado, a *Callidus Capital Corporation*.

O Supremo Tribunal do Canadá deparou-se com a questão de saber se o recurso ao *legal finance* pela empresa insolvente carecia da aprovação prévia do credor para executar o acordo de financiamento à luz da lei canadiana. Ressalve-se que o acordo de financiamento já teria sido previamente aprovado pelo tribunal que homologou o plano da insolvência.

O Supremo Tribunal acabou por decidir favoravelmente à empresa insolvente, confirmando a validade do acordo de financiamento sem a necessidade da aprovação dos credores anteriores. No mais, a decisão reforça a discricionariedade dada ao tribunal de insolvência para aprovar este tipo de acordos, desde que estes sejam justificados e não prejudiquem a posição dos credores no processo de insolvência, de acordo com a lei aplicável.

O tribunal conclui que o *legal finance* é um instrumento muito útil para empresas em processos de insolvência ou com dificuldades financeiras, uma vez que ajuda a rentabilizar os ativos litigiosos parados nos balanços das empresas e permite a apresentação de processos judiciais complexos e dispendiosos, com elevada probabilidade de sucesso, sem comprometer o capital da empresa e em benefício dos credores⁴⁷.

Feita esta breve referência à jurisprudência internacional, cumpre aferir – agora no contexto nacional – da possibilidade de o administrador judicial celebrar contratos de financiamento do litígio com terceiros no âmbito de um Processo de Insolvência, de um PER, ou de um PEVE.

Versar-nos-emos, primeiramente, sobre o regime legal atual e se dele resulta alguma obrigação quanto à necessidade de o administrador judicial obter uma autorização do juiz para a celebração dos referidos contratos.

No que diz respeito à insolvência, resulta do exposto *supra* que é propósito das funções do administrador da insolvência tirar o máximo partido do património do devedor por forma a ter liquidez suficiente para satisfazer os interesses dos credores. Incumbe-lhe, portanto, uma obrigação de maximizar a rentabilidade do património do insolvente. Sucede, porém, que a atividade do administrador da insolvência está sujeita à fiscalização pelo juiz e comissão de

credores, esta última se existir, e aos pedidos de informação da assembleia de credores – cfr. artigos 58.º, 68.º e 79.º do CIRE, respetivamente.

Para além disto, pode, em determinadas circunstâncias, a atuação do administrador da insolvência estar dependente de parecer favorável da comissão de credores (veja-se, a título exemplificativo, os artigos 157.º e 161.º do CIRE). Em especial, em relação ao artigo 161.º do CIRE, poder-se-ia colocar a questão de saber se a utilização de *legal finance* consubstanciaria um “*ato jurídico que assumo especial relevo*”, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do referido preceito.

Para tal, cumpre clarificar o sentido e alcance deste conceito: o que são atos de especial relevo?

Resulta, desde logo, do n.º 2 do artigo 161.º do CIRE que na qualificação de um ato como de especial relevo atende-se (i) aos riscos envolvidos e às suas repercussões sobre a tramitação ulterior do processo, (ii) às perspetivas de satisfação dos credores da insolvência e (iii) à suscetibilidade de recuperação da empresa.

Já o n.º 3 do mesmo preceito consagra uma enumeração meramente exemplificativa de atos de especial relevo. Entre os mesmos, destaque-se o preceituado na alínea *g*) que prevê que será considerado ato de especial relevo a alienação de qualquer bem da empresa por preço igual ou superior a EUR 10.000,00 e que represente, pelo menos, 10% do valor da massa insolvente, tal como existente à data da declaração da insolvência, salvo se se tratar de bens do ativo circulante ou for fácil a sua substituição por outro da mesma natureza.

Também a jurisprudência tem vindo a densificar e preencher este conceito. Destaque-se, em especial o Ac. TRC de 09.05.2017, processo n.º 1735/16.1T8CBR-C.C1 (relator Filipe Ramos), disponível em www.dgsi.pt:

“À luz do referido preceito, terá especial relevo quer um ato relativamente ao qual se preencham os *índices do n.º 2, quer um ato que se apresente como análogo àqueles que estão enunciados no n.º 3 - tanto dos índices, quanto dos casos expressamente previstos (lista, meramente enunciativa, de situações que se classificam como tal), resulta que terão especial relevo atos que influenciem decisivamente o processo de insolvência, quer porque têm especial impacto na massa insolvente, quer porque repercutem efeitos no conjunto das dívidas da insolvência. Relativamente ao consentimento, diz-nos n.º 4 do art.º 161º que elementos devem ser comunicados pelo AI à comissão de credores e ao devedor quando aquele tenha a intenção de efetuar alienações, que constituam atos de especial relevo, desde que a modalidade da venda seja a negociação particular.*

46 Silvia Ochoa, *The Supreme Court of Canada Endorses The Use Of Litigation Funding In Insolvency Proceedings*, 2020, disponível em <https://pla-spain.com/en/the-supreme-court-of-canada-endorses-the-use-of-litigation-funding-in-insolvency-proceedings/>.

47 Silvia Ochoa, *The Supreme Court of Canada...*, 2020.

*Só na negociação particular é possível informar os elementos essenciais do negócio à comissão ou à assembleia de credores para que seja prestado consentimento, porquanto constitui o único tipo de **venda em que o preço e outras condições são suscetíveis de fixação bilateral por AI e adquirente.***

A escolha pelo AI de uma qualquer modalidade de venda em que a fixação dos respetivos elementos dependa do acordo que ele possa estabelecer com o potencial adquirente impõe a submissão dessa venda ao regime do art.º 161º, n.º 4.” (destaque sublinhado nossos)

Regressando ao tema que nos ocupa e atendendo ao exposto *supra*, poderá defender-se que a subsunção ao conceito de ato de especial relevo carece de uma análise casuística.

Assim, poderá haver quem defenda que o recurso ao *legal finance* poderá configurar um ato de especial relevo, atendendo-se sobretudo ao limiar estabelecido na alínea g), do n.º 3 do artigo 161.º (sê-lo-á qualquer “alienação de qualquer bem da empresa por preço igual ou superior a (euro) 10000 e que represente, pelo menos, 10% do valor da massa insolvente”). Nesta eventualidade, a utilização de *legal finance* carece do consentimento da comissão de credores, ou, se esta não existir, da assembleia de credores.

Por outro lado, poderá haver quem defenda que a utilização de *legal finance* não preenche o conceito de ato de especial relevo. Nestes casos, poderá o administrador da insolvência utilizar o *legal finance* sem necessidade de consentimento prévio da comissão de credores ou dos credores.

O mesmo será aplicável, *mutatis mutandis*, ao PER e PEVE, na medida em que, na eventualidade do recurso ao *legal finance* ser subsumível ao conceito de atos patrimoniais de especial relevo, a devedora fica impedida de celebrar tal acordo sem a prévia autorização por parte do administrador judicial provisório, nos termos do disposto no artigo 17.º-E, n.º 2 do CIRE^{48, 49}.

Em suma, a utilização de *legal finance* afigura-se extremamente benéfica para os credores e profissionais da área da insolvência. Por um lado, permite a propositura de ações judiciais ou arbitrais que, de outra forma, não seriam prosseguidas. Os administradores da insolvência são menos propensos a optar pela prossecução de ações potencialmente valiosas quando o capital é escasso e a predisposição dos credores é baixa, mormente atendendo à falta de recursos para gerir o elevado custo e a duração

incerta do litígio. O financiamento do litígio proporciona uma alternativa interessante para abordar estas preocupações, e reduz a exposição ao risco a fim de encorajar o litígio dos créditos⁵⁰. No mais, o capital resultante do recurso a estes produtos pode ser alocado à satisfação dos credores e à recuperação da empresa em crise, permitindo recuperações e revitalizações que, de outra forma, não poderiam ser alcançadas^{51, 52}.

4. Três casos práticos

Neste ponto, apresentaremos três exemplos práticos do recurso ao *legal finance* no âmbito de processos de insolvência. Trata-se de casos em que o administrador judicial recorreu ao financiamento dos *legal assets* da empresa em crise, por forma a rentabilizar os seus ativos, maximizando o valor da massa. Todos estes casos têm a entidade financiadora em comum: a Burford⁵³.

(i) Financiamento através portfólio de empresa insolvente

Trata-se de um caso em que o administrador judicial de uma empresa insolvente celebrou um acordo de financiamento por portfólio com vista ao auxílio na gestão dos seus *legal assets*.

Este portfólio envolvia uma multiplicidade de ações todas elas com causas de pedir distintas e em diferentes fases processuais, o que permitiu delinear-se, conjuntamente com os advogados e administrador da empresa insolvente, uma estratégia de alocação do capital investido, por forma a maximizar a sua rentabilidade.

Essa estratégia de “alocação orçamental do financiamento” alocou o capital a cobrir as despesas com os honorários dos advogados e custas judiciais e delineou-se uma hierarquia prioritária dos casos que deviam ou não ser prosseguidos judicialmente, prossequindo aqueles onde se afigurava maiores perspetivas de rentabilidade.

Após a distribuição do capital investido, os advogados concentraram os seus esforços em alocar o remanescente do investimento numa ação de reivindicação da propriedade, chegando a um acordo, cujo resultado permitiu pagar o retorno do financiador e retirar a empresa de uma situação de insolvência⁵⁴.

48 Perguntas e respostas sobre o PEVE, República Portuguesa, Justiça, disponível em <https://www.portugal.gov.pt>.

49 Elisabete Assunção, “O Despacho Liminar”, in *Insolvência e processo especial de revitalização*, Gabriela Cunha Rodrigues, Laurinda Gemas e Margarida Paz (Org.), Coleção Formação Contínua, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 15, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Insolvencia_Revitalizacao.pdf.

50 Vannin Capital, “Litigation finance in the...”, in *Conversation Series*, n.º XI, outubro 2018, p. 3.

51 Burford, *The Burford Quarterly...*, n.º 1, 2021, p. 12.

52 Burford, *The Burford Quarterly ...*, n.º 1, 2021, p. 20.

53 <https://www.burfordcapital.com/>.

54 Burford, *Legal Finance 101, An introduction to using third-party litigation finance...*, 2020, p. 12.

(ii) Caso Rocky Waters

Um outro exemplo versa sobre a reestruturação e insolvência da empresa *Rocky Waters* – empresa detentora de ativos em fase pré-litigiosa no valor de 80 milhões de dólares.

A *Rocky Waters* foi desaconselhada a prosseguir para a fase litigiosa, alegando que iria ser prejudicial para a reestruturação e reorganização daquela, uma vez que iria demorar pelo menos dois anos até que obtivesse o montante dos danos e era pouco provável que se chegasse a acordo antes da fase de recurso. Ora, através da monetização de 25% da ação (ou seja, 20 milhões de dólares) permitiu à *Rocky Waters* obter liquidez de forma imediata para satisfazer os interesses dos seus credores e pagar as custas judiciais.

O financiamento foi disponibilizado numa base *non-recourse* na contrapartida de reaver o seu investimento acrescido de uma percentagem pré-definida dos direitos económicos que resultassem do ganho da causa. Dada a urgente necessidade de liquidez, o administrador da insolvência apresentou ao juiz o contrato de financiamento como parte do plano de reestruturação da *Rocky Waters*, plano esse aprovado pelo juiz.

Passados três anos, a *Rocky Waters* obteve ganho de causa, tendo devolvido o investimento feito acrescido da percentagem de direitos económicos acordada no plano, sobrando um lucro de 65 milhões de dólares para a empresa outrora insolvente⁵⁵.

(iii) Caso Petersen

O caso *Petersen Energia v. Republic of Argentina* versa sobre a nacionalização das ações públicas da YPF, uma empresa petrolífera Argentina, em 2012⁵⁶. O Grupo *Petersen*, uma empresa Espanhola detida por Argentinos, detinha uma participação de 25% sobre a YPF, que fora expropriada pelo governo Argentino em 2012.

Em virtude desta expropriação, o grupo *Petersen* deixou de conseguir pagar os seus empréstimos com os dividendos da YPF, entrando em liquidação⁵⁷.

Em cumprimento do plano de liquidação, o administrador da insolvência da *Petersen* celebrou um acordo de financiamento com a *Prospect Investments LLC (Prospect)*, uma sociedade de responsabilidade limitada sita em Delaware

e detida a 100% pela *Burford*, nos termos do qual esta forneceu um financiamento inicial de 20 milhões de dólares numa base *non-recourse*, ficando acordado que todos os custos judiciais seriam suportados pela *Burford*^{58, 59, 60}.

Em 2015, no seguimento desse financiamento, o grupo *Petersen* instaurou uma ação judicial contra a Argentina e a YPF no *Southern District of New York (SDNY)*. Este processo é visto como o mais importante litígio em curso contra a Argentina da última década, com danos estimados entre 3 e 10 mil milhões de dólares⁶¹.

5. Conclusão

O recurso aos tribunais acarreta custos significativos que poderão tornar-se num obstáculo à resolução célere e justa dos litígios e, em última instância, ao acesso à justiça. Para além disto, a pandemia veio afetar consideravelmente a tesouraria das empresas, ao mesmo tempo que incrementou os casos (e o risco) de insolvências, fraudes, incumprimento contratual e de violação de direitos.

O *legal finance* permite transformar ativos contingentes em ativos com impacto positivo nos balanços das empresas, trazendo liquidez para o financiado de forma expedita e sem grande risco. São vários os produtos de *legal finance* disponíveis, salientando-se, de entre os que melhor se adequam aos casos sobre os quais este artigo versa, o financiamento de litígios, em especial (i) por portfólio, (ii) a monetização, (iii) as *recoveries*.

Em especial, no caso de o financiado ser uma empresa em crise, ressalve-se esta possibilidade à disposição do administrador judicial de recorrer ao *legal finance* por forma a maximizar o valor dos ativos da empresa.

A amostra jurisprudencial que versa sobre casos em que tenha havido recurso ao *legal finance* é, ainda, escassa. Todavia, antecipamos que esta tendência se vá inverter por duas razões. Primeiro, porque o conhecimento da existência destes mecanismos de financiamento e das vantagens a si subjacente está a difundir-se rapidamente, *máxime* a transferência do risco da esfera do financiado para o financiador. Por outro lado, a pandemia assolou o nosso quotidiano há cerca de um ano e já se começa a ver um crescente recurso a este mecanismo.

55 Burford, *Legal Finance 101, An introduction to using third-party litigation finance...*, 2020, p. 23.

56 King & Spalding, *Petersen Energia Secures Rejection of Argentina's Motion to Dismiss Once Again*, 2020, disponível em <https://www.kslaw.com/news-and-insights/petersen-energia-secures-rejection-of-argentinass-motion-to-dismiss-once-again>.

57 John Dizard, *Burford faces klong wait over \$1bn Argentina claim*, Financial Times, 2020, disponível em <https://www.ft.com/content/6debcc05-e368-44b2-bb99-618b7bc0a618>.

58 Supreme Court of the United States, *Argentina Republic v. Petersen Energia Inversora S.A.U. and Petersen Energia, S.A.U.*, p. 87, disponível em https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/18/18-581/68663/20181031180348829_Petersen%20Cert%20Petition.pdf.

59 Hardman & Co., *Burford Capital – Petersen appeals to investors*, 2019, disponível em <https://www.hardmanandco.com/wp-content/uploads/2019/07/Burford-Capital-9-July-2019.pdf>.

60 Loretta A. Preska, *Petersen Energia Inversora, A.A.U. v. Argentine Republic*, 2016, disponível em <https://www.leagle.com/decision/infcco20161027963>.

61 King & Spalding, *Petersen Energia Secures Rejection of Argentina's Motion to Dismiss Once Again*, 2020.

A DIRETIVA (UE) 2019/1023

TRANSPOSIÇÃO À VISTA?

João Tiago Morais Antunes

Mestre em Direito Civil (FDUCP)
Docente de Direito Privado (FDUCP)
Sócio PLMJ na área de Resolução de Litígios

Petra Carreira

LL.M. em Transações Internacionais
Associada sénior PLMJ na área
de Resolução de Litígios

1. Enquadramento

No dia 20 de junho de 2019, foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE L 172, 20.06.2019) a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições ("Diretiva 2019/1023" ou "Diretiva"). A Diretiva prevê, ainda, medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, alterando em conformidade a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência).

A Diretiva 2019/1023 tem como fonte inspiradora a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, elaborada pela Comissão Europeia em 2016.

Composta por 101 considerandos e 36 artigos, a Diretiva entrou em vigor no ordenamento jurídico da União Europeia vinte dias após a sua publicação, em 16 de julho de 2019, e representa o primeiro instrumento jurídico de harmonização (*harmonised minimum restructuring standard*) das legislações dos Estados-Membros sobre reestruturação e insolvência.

Ao contrário do que sucede com os regulamentos comunitários, as diretivas não produzem efeitos imediatos no ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros da União Europeia. Como tal, a Diretiva 2019/1023 deve ser objeto de transposição para o direito nacional de cada um dos Estados-Membros. O prazo de transposição termina no dia 17 de julho de 2021, podendo ser prorrogado pelo período máximo de um ano.

Portugal ainda não transpôs a Diretiva 2019/1023 para o ordenamento jurídico nacional, tendo notificado a Comissão Europeia da necessidade de prorrogação do prazo até 17 de julho de 2022 para transposição da Diretiva¹.

2. Objetivo

A Diretiva 2019/1023 visa mitigar as diferenças entre as legislações e processos de reestruturação preventiva, de insolvência, de perdão de dívidas e de inibições dos Estados-Membros, bem como aumentar a eficácia dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas de empresas e de empresários, com vista à redução da sua duração temporal e custos. Assim se prevê contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e para o exercício da livre circulação de capitais e da liberdade de estabelecimento.

3. Objeto e âmbito de aplicação

A Diretiva 2019/1023 dispõe sobre:

- i. Os regimes de reestruturação preventiva à disposição dos devedores com dificuldades financeiras, caso exista a probabilidade de insolvência, destinados a evitá-la e a garantir a viabilidade do devedor;
- ii. Os processos conducentes a um perdão de dívidas contraídas por empresários insolventes; e
- iii. As medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas.

A Diretiva não se aplica, nos termos aí previstos, aos processos respeitantes a devedores que sejam empresas de seguro ou de resseguro, instituições de crédito, empresas de investimento ou organismos de investimento coletivo, contrapartes centrais, centrais de valores mobiliários, algumas instituições financeiras e organismos públicos – estes últimos, tal como definidos pelo direito nacional da cada Estado-Membro.

A Diretiva 2019/1023 também não se aplica às pessoas singulares que não sejam empresários, mas os Estados-Membros podem estender-lhes a aplicação dos processos conducentes a um perdão das dívidas.

Os Estados-Membros podem, também, estabelecer que (i) créditos atuais e futuros de atuais ou antigos trabalhadores, (ii) créditos alimentares decorrentes de uma relação familiar, parentesco, casamento ou afinidade ou (iii) créditos que decorram da responsabilidade delitual do devedor sejam excluídos ou não afetados pelos regimes de reestruturação preventiva previstos pela Diretiva 2019/1023.

4. Regimes de reestruturação preventiva

No que respeita aos regimes de reestruturação preventiva (*preventive restructuring frameworks*), são estabelecidas regras quanto (i) à disponibilização de regimes de reestruturação preventiva, (ii) às negociações dos planos de reestruturação preventiva, (iii) aos planos de reestruturação, (iv) à proteção do novo financiamento, do financiamento intercalar e de outras transações relacionadas com a reestruturação e, ainda, (v) às obrigações dos administradores no caso de existência de uma probabilidade de insolvência.

1 Fonte: INSOL Europe – <https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency> (consultado pela última vez no dia 8 de abril de 2021).

(i) Disponibilização dos regimes de reestruturação preventiva

Os Estados-Membros deverão assegurar que, caso exista uma probabilidade de insolvência (*likelihood of insolvency*), deve existir um regime de reestruturação preventiva que permita ao devedor evitar a insolvência e garantir a sua viabilidade, e assim proteger os postos de trabalho, preservar conhecimentos especializados e competências (*know-how*) e manter a atividade empresarial.

O regime de reestruturação preventiva previsto ao abrigo da Diretiva 2019/1023 pode ser constituído por um ou mais processos, medidas ou disposições, alguns dos quais podem ser adotados por via extrajudicial, sem prejuízo de quaisquer outros regimes de reestruturação previstos no direito nacional. Assim, os Estados-Membros podem estabelecer disposições que limitem a intervenção de uma autoridade judicial ou administrativa num regime de reestruturação aos casos em que seja necessária e proporcionada, desde que salvaguardados os direitos de todas as partes afetadas e/ou partes interessadas pertinentes.

Por regra, os regimes de reestruturação preventiva ao abrigo da Diretiva 2019/1023 serão iniciados a pedido do devedor, mas os Estados-Membros poderão prever que sejam iniciados a pedido dos credores e dos representantes dos trabalhadores, mediante acordo do devedor.

Os Estados-membros poderão, também, limitar o número de vezes em que, dentro de certo período temporal, os devedores podem ter acesso a um regime de reestruturação preventiva.

(ii) Facilitação das negociações dos planos de reestruturação preventiva

Os Estados-Membros deverão assegurar que os devedores que adiram aos processos de reestruturação preventiva mantêm o controlo – pelo menos, parcial – dos seus ativos e do exercício corrente da sua atividade (*debtor in possession*).

Em caso de necessidade, a nomeação de um profissional no domínio da reestruturação por uma autoridade judicial ou administrativa deve ser determinada casuisticamente, sem prejuízo de certos casos em que os Estados-Membros podem/devem exigir a nomeação obrigatória de um profissional para dar assistência ao devedor e aos credores no domínio da reestruturação.

Os devedores que recorram a regimes de reestruturação preventiva deverão poder beneficiar de um período de suspensão das medidas de execução (*restructuring moratorium/standstill period*) para apoiar as negociações

do plano de reestruturação, que deverá ter a duração máxima de quatro meses, suscetível de prorrogação ou nova suspensão até uma duração total de dozes meses.

A possibilidade de suspensão das medidas de execução pode ser geral, abrangendo todos os credores, ou pode ser limitada, abrangendo um ou mais credores a título individual ou categorias de credores, incluindo os créditos garantidos e os créditos preferenciais.

Os Estados-Membros devem estabelecer regras que impeçam os credores aos quais se aplica a suspensão das medidas de execução de se recusarem a cumprir ou de resolverem, anteciparem ou, de qualquer outra forma, alterarem contratos executórios essenciais² (*essential executory contracts*) em prejuízo do devedor, relativamente a dívidas constituídas antes da suspensão, pela circunstância de o devedor não as ter pago. Podem ser adotadas regras semelhantes relativamente a contratos executórios não essenciais.

De igual modo, os credores não devem ser autorizados a recusar a cumprir, resolver, antecipar ou, por qualquer via, alterar contratos executórios em prejuízo do devedor, através de uma cláusula contratual que preveja tais medidas, apenas por motivo de pedido de abertura/início de um processo de reestruturação preventiva, pedido de suspensão das medidas de execução ou concessão de uma suspensão das medidas de execução (cláusulas *ipso facto*).

O termo da suspensão de medidas de execução sem a adoção de um plano de reestruturação não deve dar origem, *per se*, à abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, salvo se, à luz do direito nacional dos Estados-Membros, estiverem preenchidas as restantes condições para a abertura do referido processo.

(iii) Planos de reestruturação

A Diretiva 2019/1023 prevê que os planos de reestruturação devem incluir um conteúdo mínimo de informações. Entre outras, uma exposição de motivos que explicita as razões pelas quais há uma perspetiva razoável de o plano evitar a insolvência do devedor e garantir a viabilidade da empresa, incluindo as condições prévias necessárias para o êxito do plano.

O devedor deverá ter sempre o direito de apresentar um plano de reestruturação para adoção pelos credores e outros afetados pelo plano. Sem prejuízo, os Estados-Membros podem prever a apresentação de planos de reestruturação por credores e profissionais no domínio da reestruturação, incluindo as condições para que tal possa suceder.

2 Contratos necessários à continuação do exercício corrente da atividade da empresa.

A Diretiva não obriga a que o plano de reestruturação seja sempre confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa para ser vinculativo, salvo em determinados casos aí previstos, tais como (i) planos que afetem os créditos ou interesses das partes afetadas discordantes (*cross-class cram-down*), (ii) que prevejam um novo financiamento ou (iii) que impliquem a perda de mais de 25% da mão de obra, se essa perda for permitida ao abrigo do direito nacional. Porém, os Estados-Membros podem prever que as autoridades judiciais ou administrativas possam recusar-se a confirmar um plano de reestruturação, caso este não apresente perspectivas, fundadas e razoáveis, de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa.

As partes afetadas pelo plano de reestruturação têm direito de voto na adoção do plano; as partes não afetadas pelo plano não têm direito de voto. Não obstante, os Estados-Membros podem excluir o direito de voto de outros intervenientes elencados de forma taxativa na Diretiva, como é o caso de (i) quaisquer partes relacionadas com o devedor ou com a sua empresa, que configurem um conflito de interesses nos termos do direito nacional ou (ii) os detentores de participações (*equity holders*) – caso em que os Estados-Membros devem assegurar que estes não possam desrazoavelmente impedir, nem levantar obstáculos à adoção, confirmação ou execução de um plano de reestruturação.

Os Estados-Membros devem, ainda, assegurar que os credores e outros afetados pelo plano ("partes afetadas") sejam tratados em categorias distintas, em função da existência de suficientes interesses comuns. No mínimo, para efeitos da adoção de um plano de reestruturação, deve distinguir-se entre credores garantidos e credores não garantidos (*secured and unsecured creditors*). Os créditos dos trabalhadores podem ser autonomizados pelos Estados-Membros numa categoria própria distinta.

O plano de reestruturação deverá considerar-se aprovado se obtiver voto favorável de uma maioria de créditos, interesses ou partes afetadas em cada uma das categorias criadas/previstas. Os Estados-Membros deverão estabelecer as maiorias exigidas para a adoção do plano de reestruturação, mas estas não podem ser superiores a 75% do montante dos créditos, interesses ou partes afetadas em cada categoria.

Se o plano de reestruturação não for aprovado pelas categorias votantes, pode ainda vir a 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 (*cross-class cram-down*), desde que o plano de reestruturação respeite, no mínimo, as condições previstas para o efeito na Diretiva. Em todo o caso, num cenário de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores, deve garantir-se que as categorias votantes

discordantes de credores afetados recebam um tratamento, pelo menos, tão favorável como o de qualquer outra categoria do mesmo grau e, bem assim, mais favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior.

Por regra, um recurso de uma decisão de confirmação de um plano de reestruturação tomada por uma autoridade judicial não tem efeitos suspensivos sobre a execução do plano, mas os Estados-Membros podem estabelecer que as autoridades judiciais possam suspender a execução do plano de reestruturação ou parte deste, se tal for necessário e adequado para salvaguardar os interesses de uma das partes.

(iv) Proteção dos financiamentos e outras transações relacionadas com a reestruturação

O novo financiamento (*new financing*) e o financiamento intercalar (*interim financing*) devem ser devidamente protegidos, bem como as transações que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a negociação de um plano de reestruturação (*other restructuring related transactions*). Para tal, em caso de insolvência posterior do devedor, estabelece-se, entre outros, que (i) o novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução, (ii) que os prestadores do novo financiamento ou do financiamento intercalar possam ter direito a prioridade no pagamento em relação a outros credores que, de outro modo, teriam créditos iguais ou superiores e, outrossim, (iii) que as transações necessárias para a negociação de um plano de reestruturação não sejam declaradas nulas, anuláveis ou insuscetíveis de execução com o fundamento de que são prejudiciais para o conjunto dos credores.

(v) Obrigações dos administradores

A Diretiva estabelece, também, um elenco mínimo de obrigações que impendem sobre os administradores do devedor (*duties of directors*) quando exista uma probabilidade de insolvência. Assim, os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham, no mínimo, em conta os seguintes aspetos:

- i. Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas;
- ii. A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e
- iii. A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.

5. Perdão de dívidas e inibições

No que concerne ao perdão de dívidas e inibições (*discharge of debt and disqualifications*), a Diretiva 2019/1023 dispõe sobre (i) o acesso ao perdão, (ii) prazos, (iii) período de inibição, (iv) relações e processo de dívidas pessoais e profissionais e (v) derrogações pelos Estados-Membros.

Os Estados-Membros devem, desde logo, assegurar que os empresários insolventes tenham acesso, pelo menos, a um processo conducente ao perdão total da dívida, ainda que este tenha como condição a cessação prévia da atividade às quais as dívidas estejam associadas.

Os Estados-Membros devem estabelecer um período após o qual os empresários insolventes podem beneficiar de um perdão total das suas dívidas (*discharge period*), não superior a três anos, contados o mais tardar a partir: (i) da data da confirmação judicial ou administrativa de um processo que inclua um plano de reembolso, (ii) da data de início da execução desse plano, ou (iii) no caso de outro processo, da data da decisão da autoridade judicial de abertura do processo ou da data da fixação da massa insolvente do empresário.

Os Estados-Membros podem, ainda, prever que o perdão total da dívida não prejudique a continuação de um processo de insolvência que implique a liquidação e distribuição dos ativos do empresário que faziam parte da massa insolvente desse empresário na data de termo do prazo para o perdão.

As inibições de acesso a uma atividade comercial, industrial ou artesanal, ou profissional por conta própria, ou do seu exercício, pelo empresário insolvente, em virtude da sua situação de insolvência, devem deixar de produzir efeitos o mais tardar no termo do prazo do perdão.

Se, de acordo com o direito nacional, o empresário insolvente tiver agido de forma desonesta ou de má-fé para com os credores e/ou outras partes interessadas quando contraiu as dívidas, durante o processo de insolvência ou durante o reembolso das dívidas, pode ser recusado, limitado ou revogado o acesso ao perdão de dívidas, ou serem previstos prazos mais longos para obter um perdão total da dívida ou períodos de inibição (*disqualification periods*) mais prolongados.

Os Estados-Membros podem excluir determinadas categorias de dívida do perdão da dívida, restringir o acesso ao perdão da dívida, ou, ainda, fixar um prazo para o perdão mais prolongado, caso essas exclusões, restrições ou prolongamentos de prazos sejam devidamente justificados – o que se verifica, por exemplo, no caso das dívidas garantidas, das dívidas decorrentes da responsabilidade delitual ou das dívidas contraídas após a apresentação do pedido de abertura de um processo conducente a um perdão de dívida ou após a abertura de tal processo.

6. Medidas tendentes a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas

A este respeito, a Diretiva 2019/1023 dispõe que:

- i. Os membros das autoridades judiciais e administrativas que trabalham com processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas (“profissionais”) deverão receber formação adequada e possuir os conhecimentos especializados necessários às suas responsabilidades;
- ii. Os processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas devem ser tratados de forma eficiente, a fim de garantir a celeridade do tratamento dos mesmos;
- iii. As condições de elegibilidade e o processo de nomeação, destituição e renúncia dos profissionais devem ser claros, transparentes e justos;
- iv. A nomeação de um profissional para um processo determinado, inclusive para os processos com elementos transfronteiriços, deve ter em devida consideração a experiência, os conhecimentos especializados do profissional e as características específicas do processo;
- v. A fim de evitar conflitos de interesse, os devedores e os credores devem ter a possibilidade de se oporem à seleção ou nomeação do profissional ou de solicitar a sua substituição;
- vi. Devem ser estabelecidos mecanismos de supervisão e regulação adequados para assegurar que o trabalho dos profissionais seja objeto de supervisão efetiva, tendo em vista assegurar que os serviços sejam prestados de forma eficaz e competente e que, relativamente às partes envolvidas, sejam prestados de modo imparcial e independente. Esses mecanismos devem igualmente prever medidas com vista à responsabilização dos profissionais que não cumpram as suas obrigações.

7. Utilização de meios de comunicação eletrónicos

A Diretiva 2019/1023 prevê, por outro lado, medidas quanto às autoridades judiciais e administrativas, aos profissionais e à utilização de meios de comunicação eletrónicos, com vista a melhorar a eficiência nos processos relativos à reestruturação, insolvência e perdão de dívidas.

As partes no processo, os profissionais e a autoridade judicial ou administrativa deverão estar aptos a realizar, utilizando meios de comunicação eletrónicos, inclusive em situações transfronteiriças, pelo menos as seguintes ações: (i) reclamações de créditos, (ii) apresentação de planos de reestruturação ou de reembolso, (iii) notificação de credores e (iv) apresentação de contestações e interposição de recursos.

8. Alerta precoce e acesso às informações

The sooner the better – as circunstâncias suscetíveis de dar origem a uma probabilidade de insolvência e que permitam avisar os devedores da necessidade de tomarem medidas adequadas devem ser conhecidas sem demora. De igual modo, os devedores devem ter acesso a um ou mais instrumentos de alerta precoce (*early warning*) claros e transparentes que permitam detetar aquelas circunstâncias.

Assim, os Estados-Membros podem utilizar tecnologias informáticas adequadas para as notificações necessárias e para a comunicação em linha (por exemplo, num sítio *web* ou numa página *web* para o efeito).

Nos termos da Diretiva, deverão ser adotados vários instrumentos de alerta precoce, tais como: (i) mecanismos de alerta caso o devedor não tenha efetuado certos tipos de pagamento (por exemplo, pagamento de impostos ou de contribuições para a Segurança Social), (ii) serviços de aconselhamento prestados por organizações públicas ou privadas e (iii) incentivos para que terceiros que tenham informações pertinentes sobre o devedor, como os contabilistas e as autoridades fiscais ou de segurança social, possam sinalizar uma evolução negativa do devedor.

Ademais, os Estados-Membros deverão assegurar o acesso dos devedores e dos representantes dos trabalhadores a informações pertinentes e atualizadas sobre a disponibilidade de instrumentos e de procedimentos e medidas relativas à reestruturação e ao perdão de dívidas.

9. Acompanhamento dos processos pelos Estados-Membros

A Diretiva 2019/1023 estabelece, por último, regras sobre o acompanhamento dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas. Neste sentido, os Estados-Membros deverão recolher e agregar, anualmente, a nível nacional, dados sobre:

- i. Processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, desagregados por cada tipo de processo;
- ii. O número de devedores que foram sujeitos a processos de reestruturação ou de insolvência e a quem, nos três anos anteriores à apresentação do pedido de abertura ou à abertura de tais processos, foi confirmado um plano de reestruturação ao abrigo de um anterior processo de reestruturação;
- iii. O custo médio de cada tipo de processo;

- iv. As taxas médias de recuperação relativas a credores garantidos e não garantidos e, se for caso disso, a outros credores, separadamente;
- v. O número de empresários que, depois de sujeitos a um processo, tenham criado uma empresa;
- vi. O número de perdas de postos de trabalho associadas a processos de reestruturação ou de insolvência.

A Comissão Europeia publica, no seu sítio *web*, de forma acessível e fácil de consultar, os dados comunicados pelos Estados-Membros até 31 de dezembro do ano civil subsequente ao ano a que respeitam os dados recolhidos.

10. Reexame periódico e eventuais medidas suplementares

Até 17 de julho de 2026 (i.e. até cinco anos após o prazo-limite para transposição da Diretiva para o direito nacional de cada Estado-Membro), e, seguidamente, de cinco em cinco anos, a Comissão Europeia deve apresentar um relatório sobre a aplicação e o impacto da Diretiva 2019/2013, bem como, se for caso disso, uma proposta legislativa em que pondere a tomada de medidas adicionais com vista à consolidação e harmonização do regime jurídico de reestruturação, de insolvência e de perdão de dívidas.

11. Transposição para o direito interno

Conforme referido supra, até 17 de julho de 2021, os Estados-Membros deverão adotar e publicar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva, com exceção das disposições necessárias para dar cumprimento às medidas relativas à utilização de meios eletrónicos. Estas deverão ser adotadas e publicadas até 17 de julho de 2024, no caso das reclamações de créditos, apresentação de planos de reestruturação ou de reembolso e notificações de credores, e até 17 de julho de 2026, no caso da apresentação de contestações e interposição de recursos.

O prazo para transposição da Diretiva poderá ser prorrogado pelo período máximo de um ano para os Estados-Membros que tenham "particular dificuldade" na aplicação da Diretiva. A necessidade de recorrer a esta faculdade de prorrogação do prazo teria de ter sido notificada à Comissão Europeia até 17 de janeiro de 2021³.

Os Estados-Membros deverão comunicar imediatamente à Comissão o texto das disposições de direito interno adotadas em cumprimento da Diretiva 2019/1023.

³ Conforme referido supra, Portugal recorreu a esta faculdade, tendo notificado a Comissão Europeia da necessidade de prorrogação do prazo até 17 de julho de 2022 para transposição da Diretiva.

12. Apreciação crítica

O Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência, tem por objetivo melhorar a tramitação eficiente e eficaz dos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços, mas não cuida de harmonizar as legislações e os processos nos Estados-Membros da União Europeia, especialmente no que diz respeito a instrumentos de reestruturação preventiva de empresas. Na verdade, a Diretiva 2019/1023 constitui o primeiro passo do legislador europeu para harmonizar os diferentes regimes jurídicos de recuperação e insolvência dos Estados-Membros.

Os propósitos assumidos pela Diretiva são, por si só, suficientes para torná-la num instrumento jurídico importante em matéria de reestruturação preventiva e de insolvência no seio de União Europeia. Aliás, o processo legislativo iniciado há vários anos no seio da União Europeia foi uma iniciativa bem-aventurada, que, através da visada harmonização da legislação relativa a insolvência e reestruturação de empresas nos vários Estados-Membros, poderá dar origem a um resultado potencializador. Isto porque, desde logo, a harmonização se traduz em transparência, segurança jurídica e previsibilidade; estas, por sua vez, traduzem-se em confiança; e a confiança traduz-se, a mais ou menos breve trecho, em investimento, empreendedorismo e criação de riqueza.

Também a intenção assumida pela Diretiva é positiva e as soluções parecem ser acertadas: o legislador europeu pretendeu evitar a liquidação e promover a recuperação de empresas ainda viáveis, evitando a destruição de riqueza, de *know-how* e de postos de trabalho, tentando extrair e maximizar valor em benefício dos credores, designadamente, face ao que receberiam em caso de liquidação dos ativos da empresa ou na ausência de reestruturação.

A tónica foi colocada na recuperação, na continuação da atividade de empresas ainda viáveis, na reestruturação precoce, na (re)criação de valor e na “segunda oportunidade”/recomeço (*fresh start*), sem perder de vista a honestidade, a boa-fé e a transparência na condução dos negócios, nem sempre sinónimos de prosperidade.

A Diretiva pode bem constituir o primeiro passo para uma mudança de mentalidade – na Europa, em geral, e em Portugal, em particular –, quanto à má consideração de uma empresa ou de um empresário insolvente; incutir uma cultura de “segunda oportunidade” (*second chance*) merecida poderá ser um ponto de viragem quanto a uma visão ainda estigmatizante e fatalista da insolvência e também um importante contributo para o enraizamento da ideia de que só não há risco de insucesso num negócio quando não há negócio.

Analisada a Diretiva, não nos saltam à vista quaisquer princípios ou soluções de partida que mereçam apreensão ou reparo:

- i. Assegurar uma reestruturação preventiva, eficaz e precoce de devedores viáveis que atravessam dificuldades financeiras, com os inerentes ganhos em termos de manutenção de postos de trabalho, *know-how* e extração de valor será, sem dúvida, benéfico para a economia no seu todo e contribuirá, seguramente, para evitar que os mecanismos de reestruturação já existentes em Portugal sejam reduzidos a antecâmaras do processo de insolvência;
- ii. Estabelecer mecanismos de perdão de dívidas que, quando justificados, contribuem para uma melhor avaliação dos riscos inerentes à sua contração e potenciam a readaptação e a recuperação de empresários insolventes ou sobreendividados pode contribuir para relançar a economia, com inerentes ganhos também a nível social;
- iii. A previsão de um período de *fresh start* de até três anos – que implicará o encurtamento do período de cinco anos atualmente previsto em Portugal – imprimirá dinamização à economia, sobretudo porque, não obstante assumirem natureza urgente, os processos de insolvência são muito demorados e de duração incerta em Portugal;
- iv. A introdução da regra do *debtor in possession* nos processos de insolvência em moldes semelhantes aos consagrados há muito em ordenamentos jurídicos de *common law*, ao atribuir ao devedor o controlo dos seus ativos, bem como a oportunidade de acompanhar de forma efetiva o exercício corrente da sua atividade, favorecerá a responsabilidade, a manutenção do negócio (afinal, é o devedor que melhor o conhece) e poderá representar um contributo substancial para que este possa ser gerido no melhor interesse dos credores;
- v. A criação de categorias de credores e o estabelecimento de regras relativas a direitos de voto, ainda que deixadas, de forma ampla, à discricionariedade dos Estados-Membros, favorece o tratamento equitativo dos credores e o respeito pelas distintas naturezas dos seus créditos. No entanto, há que prestar atenção às maiorias que irão ser previstas em cada Estado-Membro, quer para efeitos de vinculação de credores discordantes, quer para o posicionamento daqueles como fóruns para reestruturações transfronteiriças (por via do estabelecimento de maiorias menos exigentes e, bem assim, das regras já existentes quanto ao reconhecimento e execução de decisões proferidas em processos desta natureza);
- vi. A suspensão dos processos de execução em curso contra o devedor constitui uma bolha de oxigénio que encoraja o estabelecimento de negociações tendentes à estabilização e à recuperação da empresa e contribui para a preservação do património da empresa durante o tempo em que aquelas perdurarem;

- vii. O estabelecimento de mecanismos que impeçam a resolução, antecipação ou alteração de contratos essenciais à atividade do devedor durante o período das negociações ou por mero efeito da abertura de processos de reestruturação, permitem que a empresa preserve contratos essenciais à manutenção da sua atividade enquanto estabelece negociações tendentes à sua reestruturação;
- viii. A proteção e a atribuição de prioridade de pagamento àqueles que investem na empresa na iminência ou no decurso da insolvência, e de quem a financia, no contexto de uma reestruturação preventiva (*new money*), pode ser determinante para a tomada de decisão por um investidor;
- ix. A criação de instrumentos de alerta que permitam atuar mais cedo só poderão garantir mais eficácia aos mecanismos de reestruturação ou, pelo menos, garantir uma liquidação mais eficiente, mais ordenada e da qual se possa extrair maior valor e até (re) estabelecer negócio.

É certo que se trata de uma diretiva, cujo propósito de harmonização não é tão incisivo ou ambicioso como o de um regulamento comunitário, mas a maior parte das medidas previstas na Diretiva 2019/1023 são de transposição obrigatória para o ordenamento jurídico interno dos Estados-Membros. Aliás, será muito interessante avaliar *a posteriori* qual o acervo legislativo adotado por cada Estado-Membro para dar cumprimento à Diretiva e como é que esta será equilibrada com o direito interno de cada ordenamento jurídico, tanto nas suas disposições obrigatórias como naquelas que foram deixadas à discricionariedade dos Estados-Membros⁴.

Muitos dos objetivos e soluções jurídicas preconizados pela Diretiva já são uma realidade na legislação portuguesa. No entanto, há espaço para que o legislador nacional aproveite o ensejo da necessidade próxima de transposição da Diretiva para refinar as soluções já existentes e aprimorar/acomodar o direito interno aos processos e mecanismos previstos na Diretiva.

É certo que a Diretiva não terá a virtualidade de resolver muitos dos problemas e ineficiências que afetam a legislação e a prática relativa à insolvência e à recuperação de empresas em Portugal, mas há que não perder de vista o contexto económico-social e financeiro em que nos encontramos: quando a Diretiva foi publicada, em junho de 2019, nada fazia prever a atual situação pandémica provocada pela doença da COVID-19, com o conseqüente impacto na atividade económica, ao qual Portugal não está imune.

Assim, a necessidade de a Diretiva ter de ser transposta para o ordenamento jurídico português poderá constituir uma importante alavancagem na adoção de medidas para prevenir ou, pelo menos, atenuar, de forma precoce, os impactos da situação pandémica na economia nacional, quer por efeito da redução de atividade e da receita, quer por via da provável dificuldade/impossibilidade dos empresários portugueses em cumprirem as suas obrigações. As medidas tomadas até este momento, incluindo o estabelecimento de diversas moratórias e a criação do Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas, são transitórias e não serão suficientes.

Como se referiu, o prazo para transposição da Diretiva poderá ser prorrogado pelo período máximo de um ano (ou seja, até 17 de julho de 2022) para os Estados-Membros que enfrentem "particular dificuldade" na aplicação da Diretiva e tenham notificado a Comissão Europeia da necessidade de recorrer a esta faculdade de prorrogação de prazo até 17 de janeiro de 2021. Portugal manifestou à Comissão Europeia a necessidade de prorrogar o prazo de transposição da Diretiva, pelo que a Diretiva deverá ser transposta para o ordenamento jurídico português até 17 de julho de 2022.

Resta esperar que o legislador português, aguçado pelo difícil contexto económico atual e pós-pandemia, consiga aproveitar a oportunidade e (re)consagrar de forma efetiva os vários vetores da Diretiva no direito nacional.

Nos processos de reestruturação e insolvência, por norma, age-se tarde e demora-se muito – o que, inevitavelmente, dificulta a recuperação e reduz espaço para novas oportunidades, particularmente num país cujo tecido empresarial é maioritariamente composto por pequenas e médias empresas e que é, por isso, dotado de uma capacidade de resiliência mais limitada. Desta vez, porque atravessamos tempos muito atípicos, tentemos fazer diferente e mais cedo. E, sobretudo, melhor.

⁴ Apenas a Alemanha e a Grécia já transpuseram integralmente a Diretiva para os seus ordenamentos jurídicos nacionais. Além de Portugal, também a Irlanda, a Itália e a Eslováquia notificaram a Comissão Europeia da necessidade de prorrogação do prazo até 17 de julho de 2022 para transposição da Diretiva. Fonte: INSOL Europe – <https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency> (consultado pela última vez no dia 8 de abril de 2021).

O PRINCÍPIO *NO CREDITOR WORSE OFF* NA RESOLUÇÃO BANCÁRIA

Joaquim Shearman de Macedo

Pós-Graduado em Arbitragem Interna
e Internacional (FDUNL)

Sócio Coordenador PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Margarida Ferraz de Oliveira

Mestre em Direito e Gestão (FDUCP)

Associada PLMJ na área
de Resolução de Litígios

No Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) encontra-se hoje estabelecido o quadro legal da resolução bancária, à luz (desejavelmente) da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014¹ (Diretiva da Reestruturação e Resolução Bancária ou DRRB). A DRRB veio introduzir na legislação europeia o regime aplicável à reestruturação e resolução de instituições de crédito e sociedades financeiras. Em particular, quanto à resolução bancária, adotou como princípio base o de que a resolução apenas ocorrerá quando a autoridade nacional competente – em Portugal, o Banco de Portugal – determine que uma instituição de crédito em risco ou em situação de insolvência não pode socorrer-se de um processo normal de insolvência sem lesar o interesse público e causar instabilidade financeira. Assim, a transposição operada pelo legislador português, que se iniciou em agosto de 2014, foi, e é ainda hoje, do maior interesse, em particular, no que respeita ao instituto da resolução bancária – pelas sucessivas versões do RGICSF que foram publicadas, bem como pela confusão que se instalou no ordenamento jurídico nacional para a sua implementação. Este artigo focar-se-á na análise, em concreto, da implementação do princípio do *no creditor worse off* no ordenamento jurídico português, no âmbito da transposição da DRRB.

A DRRB dispõe que “*Os acionistas da instituição objeto de resolução são os primeiros a suportar perdas*”², implicando, a título de exemplo, que a autoridade de resolução nacional pode decidir transferir as ações ou a totalidade ou parte dos ativos da instituição de crédito em resolução para um comprador privado sem o consentimento dos acionistas. Já “*os credores da instituição objeto de resolução suportam perdas a seguir aos acionistas em conformidade com a ordem de prioridade dos créditos no quadro dos processos normais de insolvência*”³, o que significa, também por exemplo, que a autoridade de resolução nacional pode determinar que apenas alguns passivos⁴ são transferidos da instituição de crédito resolvida para uma nova instituição de crédito (comumente conhecida como o “banco bom”). No entanto, existem duas importantes exceções: (i) os depósitos cobertos por um sistema de garantia são inteiramente protegidos; e (ii) nenhum credor deve suportar perdas mais elevadas do que as que teria suportado se a instituição de crédito no seu todo tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência em vez de objeto de uma medida

de resolução. Esta segunda exceção é conhecida como o princípio do “*no creditor worse off*” (o “princípio NCWO”) – um princípio que remonta ao princípio do tratamento igualitário dos credores⁵ consagrado já no Direito Romano (*par conditio creditorum*), assumido pelo código civil português⁶ e pedra angular do princípio da responsabilidade patrimonial e, por consequência, dos regimes falimentares.

A fim de assegurar o respeito pelo princípio *no creditor worse off*, a DRRB⁷ obriga a que os Estados-Membros assegurem a realização de uma avaliação por pessoa independente, depois da medida (ou medidas) de resolução produzirem efeitos. A avaliação deve determinar se os acionistas e os credores da instituição de crédito objeto de resolução teriam recebido um tratamento mais favorável se a instituição tivesse entrado em processo normal de insolvência. O objetivo da referida avaliação é, então, o de determinar se o tratamento dos credores resultante da medida de resolução os vai (ou não) colocar, no mínimo, na mesma situação em que estariam se fossem tratados ao abrigo de um processo normal de insolvência e qual a diferença (caso exista) entre o tratamento resultante de cada um dos regimes. Em consequência, os Estados-Membros estão obrigados a assegurar que, se a avaliação concluir que um credor incorrerá em perdas maiores do que aquelas em que incorreria numa liquidação ao abrigo de um processo normal de insolvência, então, esse credor terá direito ao pagamento da diferença pelos mecanismos de financiamento da resolução⁸. Veja-se, no entanto, o que ficou previsto no RGICSF com a transposição da DRRB para o ordenamento jurídico português...

Portugal implementou o princípio *no creditor worse off*, com a transposição da DRRB para o RGICSF. De acordo com a redação original dos artigos 145.º-B, 145.º-F e 145.º-H do RGICSF, que entrou em vigor em agosto de 2014⁹, os credores cujos créditos não tivessem sido transferidos para outra instituição de crédito tinham direito ao pagamento da diferença do Fundo de Resolução se, após liquidação da instituição de crédito resolvida, se concluísse que os credores teriam recebido um tratamento mais favorável caso a instituição de crédito tivesse sido liquidada no âmbito de um processo normal de insolvência. Mais, o RGICSF em vigor nessa altura determinava que a avaliação independente tinha de ser levada a cabo aquando do término da liquidação da instituição de crédito, tendo em consideração o montante estimado que cada classe

1 Cfr. Jornal Oficial da União Europeia, L 173, 12 de junho de 2014, p. 190.

2 Cfr. artigo 34.º, n.º 1, alínea a) da DRRB.

3 Cfr. artigo 34.º, n.º 1, alínea b) da DRRB.

4 Respeitando as condições previstas na DRRB para a determinação desses passivos.

5 Armindo Ribeiro Mendes, “A resolução e outros mecanismos de intervenção em instituições de crédito à luz da Constituição”, in III Congresso de Direito da Insolvência, Catarina Serra (Org.), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 23-60 (49).

6 Cfr. artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil (“CC”).

7 Cfr. artigo 74.º da DRRB.

8 Cfr. artigo 75.º da DRRB.

9 Cfr. Decreto-Lei n.º 114-A/2014, de 1 de agosto.

de credores teria recebido num processo normal de insolvência, de acordo com a sua prioridade.

Os artigos originalmente dispunham o seguinte:

"Artigo 145.º -B

[...]

1 — *Na aplicação de medidas de resolução, tendo em conta as finalidades das medidas de resolução estabelecidas no artigo anterior, procura assegurar -se que:*

a) Os acionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;

b) Os credores da instituição de crédito assumem de seguida, e em condições equitativas, os restantes prejuízos da instituição em causa, de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores;

c) Nenhum credor da instituição de crédito pode assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação.

2 — [...].

3 — *Caso se verifique, no encerramento da liquidação da instituição de crédito objeto da medida de resolução, que os credores dessa instituição cujos créditos não tenham sido transferidos para outra instituição de crédito ou para um banco de transição assumiram um prejuízo superior ao montante estimado, nos termos da avaliação prevista no n.º 6 do artigo 145.º-F e no n.º 4 do artigo 145.º-H, que assumiriam caso a instituição tivesse entrado em processo de liquidação em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução, têm os credores direito a receber essa Fundo de Resolução. ..."*

"Artigo 145.º -F

[...]

6 — *Para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 145.º -B, a avaliação a que se refere o número anterior inclui também uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução."*

No Preâmbulo desse mesmo Decreto-Lei de agosto de 2014, o legislador português mencionou que estes novos artigos tinham como missão salvaguardar os interesses legítimos dos clientes da instituição de crédito, nomeadamente no que respeita aos seus depositantes. Todavia, o legislador português desviou-se dos requisitos europeus. A DRRB previa à data e prevê ainda que a avaliação seja feita assim que possível após a(s) medida(s) de resolução tenha(m) produzido efeitos, ao passo que o RGICSF, no seu texto original, adiou essa mesma avaliação para o fim da liquidação. Esta é uma profunda e significativa diferença, tendo em consideração que seguramente passarão largos anos, mesmo décadas, entre a implementação de uma medida de resolução e o término do processo de liquidação da instituição bancária resolvida. De acordo com a lei portuguesa, os credores teriam, então, de esperar um longuíssimo período de tempo até poderem finalmente reclamar os respetivos montantes ao Fundo de Resolução.

É bastante duvidoso que, em agosto de 2014, e de acordo com as normas de Direito, o Estado Português pudesse ter incluído esta alteração no RGICSF. Nesta altura, a DRRB já estava em vigor e, na verdade, o período previsto para a sua transposição ainda não tinha expirado, pelo que não existiria àquela data qualquer razão justificativa de uma transposição apressada (e parcial) da DRRB que não a emergência do famigerado caso do colapso do Banco Espírito Santo. Como é sabido, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹⁰, mesmo durante o período de transposição previsto numa diretiva, os Estados-Membros visados pela mesma devem abster-se de adotar quaisquer medidas capazes de comprometer seriamente a realização dos fins da diretiva.

Entretanto, em março de 2015¹¹, o legislador português voltou a alterar o RGICSF¹². Desde essa data, e desta feita em (maior) conformidade com a DRRB, o RGICSF prevê que (i) o Banco de Portugal se encontra obrigado a nomear uma entidade independente para levar a cabo a avaliação, imediatamente após a medida de resolução (ou medidas de resolução) ter produzido efeitos e que (ii) o Banco de Portugal tem ainda de fixar um prazo máximo razoável para que aquela entidade complete a avaliação. Esta nova lei está mais em linha com a DRRB, prevendo o seguinte:

"Artigo 145.º -D

1 — *Na aplicação de medidas de resolução, para prossecução das finalidades previstas no artigo anterior:*

a) Os acionistas da instituição de crédito objeto de resolução suportam prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;

¹⁰ Cfr. Ac. TJUE de 26.05.2011, C-165/09 a C-167/09, *Reports of Judgments and Decisions*, 2011, p. I-04599.

¹¹ Após outras duas alterações que aqui não se abordarão - em 24 de outubro de 2014 e em 24 de fevereiro de 2015.

¹² Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março.

b) Os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportam de seguida, e em condições equitativas, os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a graduação dos seus créditos;

c) Nenhum acionista ou credor da instituição de crédito objeto de resolução pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação;

d) Os depositantes não suportam prejuízos relativamente aos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos nos termos do disposto no artigo 166.º. ...”

"Artigo 145.º-H

[...]

14 — Para efeitos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 145.º -D, imediatamente após a produção de efeitos da medida de resolução, o Banco de Portugal designa uma entidade independente, a expensas da instituição de crédito objeto de resolução, para, em prazo razoável a fixar por aquele, avaliar se, caso não tivesse sido aplicada a medida de resolução e a instituição de crédito objeto de resolução entrasse em liquidação no momento em que aquela foi aplicada, os acionistas e os credores da instituição de crédito objeto de resolução, bem como o Fundo de Garantia de Depósitos e o Fundo de Garantia do Crédito de Agrícola Mútuo, nos casos em que o Banco de Portugal determine a sua intervenção nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 167.º-B ou nos termos do disposto no artigo 15.º -B do Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 126/2008, de 21 de julho, 211 -A/2008, de 3 de novembro, 162/2009, de 20 de julho, 119/2011, de 26 de dezembro, e 31 -A/2012, de 10 de fevereiro, respetivamente, suportariam um prejuízo inferior ao que suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução, determinando essa avaliação:

a) Os prejuízos que os acionistas e os credores, bem como o Fundo de Garantia de Depósitos e o Fundo de Garantia do Crédito de Agrícola Mútuo, teriam suportado se a instituição de crédito objeto de resolução tivesse entrado em liquidação;

b) Os prejuízos que os acionistas e os credores, bem como o Fundo de Garantia de Depósitos e o Fundo de Garantia do Crédito de Agrícola Mútuo, efetivamente suportaram em consequência da aplicação da medida de resolução à instituição de crédito objeto de resolução;

e

c) A diferença entre os prejuízos a que se refere a alínea a) e os prejuízos suportados a que se refere a alínea anterior.”

De acordo com o artigo 26.º, as novas disposições¹³ entraram em vigor no dia seguinte ao da sua publicação. A lei não contém qualquer disposição transitória relativa à sua aplicação no tempo. Assim, a regra sobre a aplicação da lei (em particular, das normas processuais) no tempo é a mesma que vale na teoria geral do Direito: a lei nova é de aplicação imediata após a sua entrada em vigor¹⁴, mesmo quanto aos processos pendentes¹⁵. Isto significa que a nova lei, em linha com a Diretiva Europeia, se aplica a qualquer resolução bancária que se tenha iniciado antes de março de 2015 e cuja resolução não esteja ainda completa.

De facto, qualquer outra interpretação iria com toda a probabilidade gerar responsabilidade por parte do Estado Português por quaisquer danos resultantes da deficiente transposição operada em agosto de 2014, e que acima se identificou. Conforme tem entendido a jurisprudência europeia do TJUE, os Estados-Membros estão obrigados a transpor as diretivas para os seus ordenamentos jurídicos nacionais dentro do período prescrito para o efeito. Se incumprirem essa obrigação, as pessoas que sofram perdas pela errada ou inexistente implementação na lei nacional poderão reclamar os danos junto do Estado-membro, quando as regras previstas na diretiva tenham por objeto conferir direitos aos particulares, se houver uma violação suficientemente caracterizada e se existir um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado-membro em questão e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas¹⁶.

13 Cfr. Ac. TJUE de 08.10.1996, C-178/94 et al., *Reports of Judgments and Decisions*, 1996, p. I-04845.

14 "(...) a lei não dispõe só para o futuro, dispõe também quanto ao presente. Automaticamente abrange situações que se verifiquem no momento da sua entrada em vigor." Cfr. José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 551.

15 A lei processual ou adjetiva é de aplicação imediata, mas não retroativa. Cfr. artigo 12.º do CC.

"[A] nova lei processual deve aplicar-se imediatamente, não apenas às ações que venham a instaurar-se após a sua entrada em vigor, mas a todos os actos a realizar futuramente, mesmo que tais actos se integrem em ações pendentes, ou seja, em causas anteriormente postas em juízo", cfr. Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 1985, p. 47.

16 Cfr. artigo 15.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro e, por exemplo, os Acs. do TJ das CE de 19 de novembro de 1991, Francovich e o., C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, n.º 35; de 5 de março de 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame, C-46/93 e C 48/93, ECLI:EU:C: 1996:79, n.º 31.

Cfr. Ac. TJUE de 05.03.1996, Brasserie du pêcheur e Factortame, C-46/93 e C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, n.ºs 32 e 33.

PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO E DESPEDIMENTO COLETIVO:

DOIS PROCEDIMENTOS INCONCILIÁVEIS?

Madalena Perestrelo de Oliveira

Doutorada em Ciências Jurídicas (FDUL)
Professora Auxiliar Convidada (FDUL)
Investigadora do Centro de Investigação
de Direito Privado (CIDP)
Consultora PLMJ

Pedro Rosa

Curso de Extensão Universitária em Direito
do Trabalho e da Segurança Social (FDUNL)
Mestre em Direito & Gestão (FDUC)
Associado sénior PLMJ na área de Laboral

1. Delimitação do problema

O Processo Especial de Revitalização (PER), introduzido na legislação insolvencial em 2012, pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, surge como “*um processo pré-insolvencial, cuja maior vantagem é a possibilidade de o devedor (qualquer devedor) obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente*”¹.

É frequente a empresa prolongar, para lá do razoável, a situação de dificuldade económica. Se, em geral, somente após o decurso de trinta dias sobre a impossibilidade de cumprir as suas obrigações vencidas [artigos 18.º, n.ºs 1, 3 e 3.º, n.º 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)], fica esta obrigada a apresentar-se à insolvência, em contexto de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19 esse dever foi inclusivamente suspenso, ainda que de forma temporária e excecional², sem que se exija, ao contrário do que acontece na Alemanha³, que a situação de insolvência seja resultado da pandemia.

Este lapso temporal ou, em contexto de pandemia, a suspensão do dever de apresentação à insolvência pode implicar, para a empresa, uma perda significativa, ou mesmo total, das garantias patrimoniais, para além de poder importar a sua entrada numa situação de insolvência irreversível, retirando-lhe a característica da recuperabilidade⁴. O PER pretende obviar a esta situação, através da criação de um processo especial para os devedores que se encontrem em *situação económica difícil* — dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, *v.g.*, por falta de liquidez ou não obtenção de crédito (artigo 17.º-B) — ou de *insolvência meramente iminente*. Nestes casos, sendo ainda possível a recuperação, poderá o devedor estabelecer negociações com os credores de modo a concluir um acordo conducente à revitalização (artigo 17.º-A, n.º 1).

O regime, aparentemente inovador, encontra a sua base noutros ordenamentos jurídicos, como o espanhol e o alemão. A grande especificidade – mas não única – da solução portuguesa é a inserção sistemática e cronológica deste mecanismo: em Portugal, o PER é prévio ao processo de insolvência e autónomo face aos tradicionais instrumentos de recuperação, ao contrário do que acontece em Espanha e na Alemanha, onde existem regimes similares, mas integrados no próprio processo⁵.

A introdução deste regime, com vista à recuperação de empresas em situação económica difícil, ocorreu num contexto de exacerbada crise económica: a alteração do direito insolvencial português resultou do compromisso assumido no Memorando de Entendimento celebrado com a “Troika”⁶ e foi operada em conformidade com o “Memorando de enquadramento das propostas de alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”⁷, com o objetivo essencial de reorientar o código para a promoção da recuperação, privilegiando-se a manutenção do devedor no giro comercial⁸. O reconhecimento de que a situação económica do país exigia soluções dirigidas a evitar a liquidação de agentes económicos resultou numa (pelo menos aparente) reorientação do CIRE para a revitalização e para o plano de insolvência, preferencialmente de recuperação, contanto que esta seja possível⁹.

Se em 2012 a crise económica que se vivia reclamava a introdução de uma ferramenta simplificada de reestruturação e recuperação de empresas, também hoje, em ambiente de crise provocada pela pandemia COVID-19, este procedimento deve ser chamado a ocupar um lugar de destaque.

Qualquer reestruturação empresarial em contexto económico difícil terá certamente como propósito um redimensionamento das responsabilidades financeiras do devedor, seja por via da obtenção de um alívio no passivo

1 Catarina Serra, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Coimbra, 2012, pp. 175 e 176. Sobre o PER cfr. Luís Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 10.ª Edição, Coimbra, 2021, pp. 379 e ss.; Adelaide Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, Lisboa, 2017; Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª Edição, Coimbra, 2021; Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 7.ª Edição (reimpr.), Coimbra, 2020, pp. 41 e ss.

2 Cf. artigo 6.º-E/7, a), da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março (na sua mais recente alteração introduzida pela Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril).

3 Na Alemanha, de acordo com o § 1 da *COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz* (COVInsAG), o dever de apresentação à insolvência encontra-se suspenso em resultado da pandemia COVID-19, caso (i) a situação de insolvência resulte da situação epidemiológica e se (ii) a empresa for recuperável. Neste ordenamento jurídico, salienta-se que é suficiente a concausalidade, i.e., basta que pandemia seja uma das causas da situação de insolvência para que exista suspensão do dever, não se requerendo que seja o único fator que a ela conduziu. A pandemia e as suas consequências têm de ser uma parte substancial, ainda que não a única, da situação de insolvência, pelo que, em geral, um mero agravamento da situação de insolvência em resultado da pandemia não é suficiente para se considerar suspenso o dever de apresentação à insolvência. Neste sentido e, em geral, sobre as alterações à legislação insolvencial alemã no contexto da COVID-19, cf. Alexandra Schluck-Amend: „Änderungen im Insolvenzrecht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz“, NZI 2020, pp. 289-293 (p. 290).

4 Neste sentido, cfr. Pedro Pidwell, *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra, 2011, p. 22.

5 Sobre os regimes de recuperação de empresas nestes ordenamentos, cfr. Madalena Perestrelo de Oliveira, *Limites da autonomia dos credores na recuperação da empresa insolvente*, Coimbra, 2013.

6 Banco Central Europeu, Comissão Europeia e Fundo Monetário Internacional. O compromisso era no sentido de se alterar o regime até no sentido de se modificar o regime até dezembro de 2011.

7 De 31 de agosto de 2011. Cfr. Catarina Serra, “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa — primeiras impressões”, in *DSR*, Ano 4, Vol. 7, março 2012, pp. 97-132 (98).

8 Cfr. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de dezembro de 2011, onde se pode ler que cada agente que desaparece do mercado representa um custo para a economia, trazendo consigo desemprego, extinção de oportunidades comerciais e um generalizado empobrecimento do tecido económico português, dificilmente recuperável com o surgimento de novas empresas.

9 Neste sentido, cfr. Madalena Perestrelo de Oliveira, *Limites da autonomia...*, pp. 22 ss.

existente, seja pela redução dos gastos correntes, *maxime* pela diminuição dos trabalhadores da empresa.

O atual contexto, bem como o consequente súbito e inesperado congelamento ou quebra da procura, reclama uma redução de custos das empresas, ao mesmo tempo que deixa descobrir uma crise no dimensionamento dos seus recursos humanos, que se vêem com uma estrutura excessiva face à procura que registam. Neste contexto, torna-se inevitável um crescente número de despedimentos e deixa-se antever que o PER e o despedimento coletivo andarão certamente de “mãos dadas” nos próximos tempos, exigindo-se um esforço – nem sempre linear – de harmonização dos dois institutos.

2. A difícil harmonização dos institutos: entre a negociação do plano e o princípio da irrenunciabilidade salarial

I.

Mais do que nunca, há que assegurar que o PER surge como ferramenta operacional de recuperação de empresas e não apenas como procedimento que, na prática, não atinge o objetivo a que se propõe, fruto de dificuldades de compatibilização da legislação insolvential com as normas estruturantes de outros ramos do direito.

Procura-se um delicado equilíbrio entre a manutenção das garantias dos créditos laborais e o respeito pelo procedimento do PER, ao mesmo tempo que se pretende evitar interpretações excessivamente formalistas que, na prática, inviabilizem a recuperação empresarial. Exige-se do intérprete-aplicador um esforço de concatenação do sistema externo, que torne o processo especial de revitalização num procedimento verdadeiramente operativo.

Repare-se que:

- i. Por um lado, os despedimentos obrigam o empregador a suportar o integral pagamento aos trabalhadores das compensações devidas nos termos da lei até à data da cessação do contrato, além de que obrigam a antecipar, também para essa data, vários créditos laborais emergentes da execução do contrato, como os correspondentes a férias, formação e subsídios de férias e de Natal quer vencidos quer em formação, **sob pena de ilicitude do próprio despedimento**,

nos termos do artigo 383.º, alínea c), do Código do Trabalho (CT);

- ii. Por outro lado, o pagamento de um valor avultado de compensações e créditos laborais aos trabalhadores, num pagamento único e integral, é suscetível de comprometer o próprio fim do PER. Ou seja, pode ser contraproducente para a recuperação da empresa, sendo, por isso, natural que se pretenda reestruturar estes créditos.

Colocam-se, por isso, num primeiro momento, duas questões: pode o crédito devido pela cessação do contrato de trabalho ser modificado em sede de PER? Essa modificação pode implicar que o empregador não pague os montantes devidos até ao momento da cessação do vínculo laboral?

II.

A questão surge na medida em que “apesar de não haver norma expressa que o impeça tem-se admitido que o trabalhador não pode renunciar previamente à sua retribuição, nem a parte dela”¹⁰. “O sistema laboral é construído sob a perspetiva da (tendencial) irrenunciabilidade, irredutibilidade e indisponibilidade dos créditos laborais”¹¹, o que jogaria contra a possibilidade de este crédito ser negociado em sede de processo de recuperação.

Porém, tem-se entendido que esses princípios não são absolutos e que “cessando a subordinação jurídica, o trabalhador deixa de estar numa situação de dependência que justifica a tutela por via destas limitações”¹², pelo que nada impede, por exemplo, que no acordo de cessação seja contratada uma remissão de dívida na qual o trabalhador renuncie a créditos salariais. Ou seja, o próprio sistema de direito do trabalho admite a renúncia ao crédito laboral no momento da cessação do vínculo, pelo que também no direito insolvential esta possibilidade deve ser admitida. Mais: a jurisprudência tem vindo a admitir que essa renúncia pode ocorrer em momento anterior à cessação do contrato de trabalho, desde que em negociações tendentes ao seu fim¹³.

Embora os créditos laborais beneficiem de tutela constitucional (artigo 59.º da Constituição da República Portuguesa), os trabalhadores são tratados, pelo CIRE, como uma categoria de credores como qualquer outra. O sistema falimentar não considera “o interesse dos trabalhadores na conservação dos postos de trabalho, os trabalhadores não têm possibilidade de participar nos

¹⁰ Pedro Romano Martinez, *Direito do trabalho*, 5.ª Edição, Coimbra, 2010, p. 652.

¹¹ Ana Ribeiro Costa, “Os créditos laborais no processo especial de revitalização: breves notas e inquietações”, in *VI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, pp. 66-90 (p. 79).

¹² Pedro Romano Martinez, *Direito do...*, 5.ª Edição, Coimbra, 2010, p. 652.

¹³ Ac. STJ de 13.07.2010, processo n.º 3293/03.9TTLSB.L1-4 (relatora paula sá fernandes), disponível em <http://www.dgsi.pt>: “III - O contrato de “remissão abdicativa” tem plena aplicação no domínio das relações laborais, designadamente quando as partes se dispõem a negociar a cessação do vínculo pois, nessa fase, já não colhe o princípio da indisponibilidade dos créditos laborais, que se circunscreve ao período de vigência do contrato de trabalho.”

processos, nem diretamente, nem através da comissão de trabalhadores"¹⁴. Não existem, por isso, motivos para limitar a negociação por parte dos trabalhadores, em sede de PER, da compensação devida em caso de despedimento, nomeadamente abdicando parcialmente da sua antiguidade ou negociando reduções dos montantes que lhes seriam devidos por imposição do regime laboral.

Esta posição já foi confirmada pela jurisprudência. Veja-se o Ac. TRP de 27.01.2015¹⁵, no qual se afirma que não existe violação do princípio da irredutibilidade salarial no caso de alterações operadas a este tipo de créditos em sede de PER.

Entendemos, portanto, que devem ser afastadas as reticências manifestadas por alguns Autores sobre a irredutibilidade salarial e a irrenunciabilidade de direitos creditórios laborais que em todo caso, recorde-se, apenas existiriam na pendência do contrato de trabalho. Apesar da tensão existente com o regime laboral, o sistema insolvencial impõe o tratamento dos trabalhadores nos mesmos termos que os restantes credores, pelo que não existem obstáculos à reestruturação de créditos laborais no plano de recuperação.

III.

Quanto ao momento em que deve ser paga a compensação devida aos trabalhadores, o CT admite uma contração dos direitos pecuniários dos trabalhadores no caso de a empresa se encontrar numa situação económica frágil. Com efeito, o artigo 363.º, n.º 5 do CT determina que:

"O pagamento da compensação dos créditos vencidos e dos exigíveis por efeito da cessação do contrato de trabalho deve ser efectuado até ao termo do prazo de aviso prévio, salvo em situação prevista no artigo 347.º ou regulada em legislação especial sobre recuperação de empresas e reestruturação de sectores económicos".

A jurisprudência, como não poderia deixar de ser, tem esclarecido que o facto de a empresa se encontrar em PER se inclui entre as situações em que esta se considera liberta da necessidade de pagar integralmente a compensação devida até à data da cessação dos contratos de trabalho:

*"Não se nos suscitam dúvidas quanto a enquadrar, em abstrato, nesta segunda exceção à regra geral do n.º 5 do artigo 363.º, o processo especial de revitalização (PER) (...)."*¹⁶

Não existem, pois, obstáculos a que, em sede de PER, seja diferido o pagamento da compensação devida em caso de cessação do contrato de trabalho.

IV.

Porém, como recentemente esclareceu a Relação de Lisboa¹⁷, para que esse deferimento seja lícito o despedimento coletivo tem de ser *promovido ou realizado* no contexto de um processo de insolvência, de recuperação de empresas ou de reestruturação de sectores económicos. Considerou o Tribunal que:

"Para se verificar a excepção ínsita na parte final do artigo 383.º, alínea c) do Código do Trabalho, dispensando a exigência de colocar à disposição do trabalhador alvo de um despedimento colectivo a totalidade dos montantes em dívida até ao termo do prazo de aviso prévio, não basta que a empregadora se tenha submetido a um processo especial de revitalização, sendo ainda necessário que o despedimento colectivo seja decidido no âmbito desse processo e se mostre previsto no plano de recuperação proposto."

Não é, pois, suficiente a existência de um plano de recuperação aprovado e homologado em sede de PER no qual se contemple o pagamento faseado dos créditos resultantes do despedimento coletivo. Exige-se que o despedimento seja promovido ou realizado no âmbito do PER.

V.

A modificação do crédito laboral deve assegurar, em qualquer caso, o respeito pelo princípio da igualdade entre credores. Importa confirmar que o prejuízo sentido pelos trabalhadores é legítimo num quadro de ponderação de interesses, tendente à recuperação da empresa. Os trabalhadores não são imunes às vicissitudes económicas da empresa nem à sua luta pela sobrevivência enquanto entidade coletiva, estando naturalmente interessados, coletivamente e como *stakeholders*, na manutenção do máximo de postos de trabalho possível o que implicará, muitas vezes, a inevitabilidade de queda de alguns postos de trabalho em favor da recuperação da empresa e preservação dos postos possíveis. Porém, a recuperação empresarial não pode ser feita em prejuízo da dignidade dos trabalhadores sacrificados, nem ao arrepio dos direitos que lhes são legalmente reconhecidos. Aliás, a importância do crédito salarial é expressamente reconhecida na lei por via da concessão de privilégios creditórios, o que assume maior e particular relevância no direito falimentar. Por isso, não podem os trabalhadores ser afetados de forma desproporcional em comparação com outros credores. O plano de recuperação que contenha uma discriminação *"profundamente injusta dos trabalhadores em relação a*

¹⁴ Catarina Serra, *A crise da empresa, os trabalhadores e a falência*, in RDES, n.ºs 3-4, 2001, pp. 439-440, a propósito do CPEREF, mas transponível para o domínio do CIRE.

¹⁵ Ac. TRP de 27.01.2015, processo n.º 375/13.1TYVNG.P1 (relator Francisco Matos), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁶ Ac. STJ de 26.02.2020, processo n.º 2477/15.0T8FNC.L2-4 (relatora maria josé costa Pinto), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁷ Ac. STJ de 26.02.2020, processo n.º 2477/15.0T8FNC.L2-4 (relatora maria josé costa Pinto), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

outros credores, consubstancia uma violação grave (...) do princípio da igualdade”¹⁸. Não deve, pois, ser homologado um plano de recuperação que preveja um “regime de regularização dos créditos privilegiados dos trabalhadores mais desfavorável do que o previsto para os restantes credores”, sem qualquer justificação objetiva de “fácil e generalizada compreensão”¹⁹.

O que se escreveu apenas orienta os termos em que podem ser afetados os créditos dos trabalhadores sem depor contra a sua modificabilidade. Como explica o STJ²⁰:

“O princípio da igualdade dos credores “par conditio creditorum” não confere, aos que deles beneficiam, um direito absoluto, pese embora a natureza muito peculiar do crédito salarial que visa remunerar a força do trabalho, muitas vezes único bem de quem trabalha. Este direito de crédito pode sofrer afrouxamento ou restrição como decorre do texto constitucional que o contempla, a par do princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade e da proibição de arbítrio coenvolvidos na legalidade do exercício de direitos e deveres, como é apanágio do estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana — art. 1.º da Lei Fundamental. (...) Ponderando que o PER tem como fim primordial a recuperação da empresa, a derrogação do princípio da igualdade dos credores é legítima num quadro de ponderação de interesses — o interesse individual por contraposição ao colectivo — se este se situar num patamar material e fundamentamente superior em função dos direitos que devem ser salvaguardados, atendendo à sua relevância pública.”

Ora, os créditos privilegiados podem ser modificados, sem necessidade de consentimento dos credores abrangidos, desde que a afetação conste do plano, aprovado e homologado. O artigo 197.º do CIRE não exige adesão dos credores privilegiados ao plano para verem os seus direitos afetados, o que é confirmado pela comparação do regime vigente com o artigo 62.º, n.º 1 do revogado Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), de acordo com o qual os direitos do credor beneficiário de garantia apenas podiam ser atingidos na medida consentida. Aliás, “numa perspectiva de adequada ponderação de interesses, tendo em conta os fins que as leis falimentares visam, seria desproporcional que o processo especial de revitalização fosse inviabilizado

pelo facto de um dos credores, por não ter visto contemplado o seu crédito na plenitude das garantias que o exornam, pudesse conduzir à não homologação do plano de recuperação de uma empresa”²¹.

Dito de outra forma, o regime insolvencial tem de promover soluções que permitam salvaguardar a manutenção de um número expressivo de postos de trabalho, em alternativa à liquidação da empresa e colocação na situação de desemprego de todos os trabalhadores²².

Para tal, importa assegurar que os trabalhadores não estão a ser desproporcionalmente sacrificados face a outros credores sem que existam razões justificativas para tal.

VI.

Por outro lado, pode ser pedida ao juiz a recusa de homologação do plano caso o requerente demonstre em termos plausíveis que a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que a que interviria na ausência de qualquer plano (artigo 216.º, n.º 1, alínea a), ex vi artigo 17.º-F, n.º 5 do CIRE). Para a aferição da previsível situação menos favorável para o trabalhador resultante da existência do plano de revitalização não relevam os benefícios que, com a inexistência de plano e consequente liquidação do património do devedor, lhe adviriam com o recebimento de prestações do Fundo de Garantia Salarial²³. Na medida em que este aspeto não assume relevância, dificilmente um trabalhador poderá invocar este motivo para não homologação do plano.

Pelo contrário, sendo o PER um procedimento tendente a evitar a situação de insolvência, será tendencialmente difícil demonstrar que os trabalhadores se encontrariam numa situação relativa mais favorável caso a empresa mantivesse o seu curso em direção à expectável falência, já que, com esse desfecho, os créditos dos trabalhadores dificilmente estariam melhor salvaguardados.

VII.

Admitindo-se, em sede de PER, a modificação do crédito devido em virtude da cessação do contrato de trabalho, há quem alerte para o risco de o plano de recuperação ser considerado ilícito caso seja convencionado um prazo de diferimento do pagamento superior a seis meses após a cessação do contrato²⁴. Findo esse período, o trabalhador deixa de poder impugnar o despedimento coletivo com

18 Ac. TRL de 09.07.2015, processo n.º 14 539/15.0T8LSB-B.L1-2 (relator Olindo Galdes), disponível em <http://www.dgsi.pt>. No caso analisado pelo Ac., previa-se pagamentos de 100% de outros credores, nomeadamente de instituições financeiras (com um período de carência de dois anos), ao passo que os trabalhadores apenas seriam pagos a 50%, ainda que beneficiando de um período de carência mais curto (de um ano). No entanto, considerou o tribunal que, atenta “a importância que o salário representa para os trabalhadores, muitas vezes a sua única fonte de rendimento e do seu agregado familiar” a aprovação do plano nestes termos viola de forma grave o princípio da igualdade, pelo que julgou legal (confirmando a decisão recorrida) a recusa de homologação do plano de recuperação.

19 Ac. TRL de 09.07.2015, processo n.º 14 539/15.0T8LSB-B.L1-2 (relator Olindo Galdes), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

20 Ac. STJ de 25.03.2014, processo n.º 6148/12.1TBRRG.G1.S1 (relator fonseca ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

21 Ac. STJ de 25.03.2014, processo n.º 6148/12.1TBRRG.G1.S1 (relator fonseca ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

22 Ac. TRG de 18.06.2013, processo n.º 743/12.6TBVVD.G1 (relatora Rosa Tching), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

23 Ac. TRP de 27.01.2015, processo n.º 375/13.1TYVNG.P1 (relator Francisco Matos), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

24 Neste sentido, cfr. Ana Ribeiro Costa, “Os créditos laborais...”, in *VI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, pp. 80 e 84.

base na sua ilicitude por não pagamento da compensação (artigo 388.º, n.º 2 do CT), o que justificaria uma limitação do período de diferimento admissível.

Julgamos, no entanto, que, após a cessação do vínculo laboral, o sistema insolvencial não distingue entre os credores-trabalhadores e os restantes credores, o que permite a negociação de um plano de pagamentos sem qualquer limitação quanto ao prazo de diferimento para o cumprimento da obrigação. É, de resto, o próprio CT que admite um pagamento diferido — sem qualquer limitação temporal — se isso resultar do regime insolvencial (artigo 363.º, n.º 5 do CT), admitindo, pois, uma fragilização da proteção dos trabalhadores nesta sede em favor do valor da recuperação da empresa. A partir do momento em que os termos desse pagamento estão negociados, votados e homologados, havendo um incumprimento do plano, os trabalhadores devem ser tratados como qualquer outro credor. Se a legislação laboral não viu necessidade de ressaltar esta situação, não deve o regime insolvencial bloquear a possibilidade de diferimento do pagamento para além dos seis meses após a cessação do contrato.

3. A participação dos trabalhadores no PER: tensão com o momento da constituição do crédito por cessação do vínculo laboral

I.

Ficando assente que, harmonizando-se os princípios do sistema laboral e insolvencial, o crédito resultante da cessação de vínculo laboral pode ser afetado em PER, coloca-se um problema adicional: embora o plano de recuperação, relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferida a decisão de nomeação do administrador judicial provisório, vincule os credores que não hajam reclamado os seus créditos ou participado nas negociações, (artigo 17.º-F, n.º 10 do CIRE), o plano não é oponível a créditos constituídos em momento posterior à sua aprovação²⁵.

Desta forma, pareceria que o devedor em situação económica difícil que pretenda encetar um despedimento coletivo e reestruturar os créditos laborais daí resultantes teria de fazer cessar os contratos de trabalho antes de se iniciar o PER, de forma a assegurar que os créditos já estivessem constituídos no momento da nomeação do administrador judicial provisório. Porém, como já escrevemos *supra*, essa hipótese afigura-se problemática na medida em que o devedor em situação económica difícil teria de pagar a compensação antes da negociação do plano

de recuperação, sob pena de ilicitude do despedimento, o que representa um encargo que o devedor fragilizado não está em condições de suportar. Acresce que esperar pelo decurso do procedimento de despedimento coletivo pode, na prática, inviabilizar a revitalização da empresa. A título de exemplo, quanto mais tempo a empresa estiver sem se submeter ao PER, mais tempo fica sem proteção contra ataques ao seu património, i.e., sem beneficiar do efeito *stand still* previsto no artigo 17.º-E, que corresponde a um “escudo protetor” que confere ao devedor o espaço necessário para levar a cabo a sua recuperação (“*call the dogs off*”²⁶).

Por outro lado, a jurisprudência entende que os créditos salariais não podem ser afetados pelo plano aprovado caso os trabalhadores não tenham participado nesse procedimento, o que limita a possibilidade de o despedimento ser previsto no próprio plano de recuperação. À mesma conclusão têm chegado os tribunais caso o despedimento coletivo esteja previsto no PER, mas apenas venha a ser efetivado após a sua aprovação:

- a. *“Salvo o caso dos recorridos terem sido admitidos como credores no PER, em que podiam participar nos termos do pagamento dos seus créditos, directamente, ou sujeitar-se às deliberações dos credores participantes que fossem homologadas em plano, e no suposto já de que nessa data tivessem cessado os seus contratos e por isso tivessem adquirido plena liberdade para renunciarem parcialmente aos seus créditos ou lhes admitirem moratórias ou dilações de prazo de pagamento, a disciplina a aplicar na interpretação do artigo 363º nº 5 parte final do Código do Trabalho (...) não pode, a nosso ver, ser invocada com a largueza que a Recorrente lhe atribui.”*²⁷
- b. Em sede de providência cautelar de suspensão de despedimento, o tribunal salientou que o plano não é oponível aos credores que nele não participaram. No caso, *a)* o despedimento coletivo ocorreu depois do início do PER, pelo que o tribunal considerou que nada nos artigos 34.º e ss. do Código do Processo de Trabalho permitia fundamentar a suspensão da providência cautelar e *b)* o empregador ofereceu-se para pagar apenas parte do valor devido a título de compensação²⁸.

II.

Assim, nos casos em que o despedimento coletivo e o PER sejam ferramentas necessárias e instrumentais para a reestruturação e recuperação da empresa, questiona-se de que forma é possível garantir que:

25 Nesse sentido, Ac. TRP de 17.12.2014, processo n.º 487/14.4TTVFR-A.P1 (relator Eduardo Petersen Silva), disponível em <http://www.dgsi.pt>

26 Cfr. Vanessa Finch, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, 2.ª Edição, Cambridge, 2009, p. 365.

27 Ac. TRP de 17.12.2014, processo n.º 487/14.4TTVFR-A.P1 (relator Eduardo Petersen Silva), disponível em <http://www.dgsi.pt>. Neste caso, o despedimento foi feito depois de aprovado e homologado o plano de revitalização, pelo que os trabalhadores, não sendo, ainda, credores não participaram no processo. O tribunal decidiu, como não podia deixar de ser, no sentido de que o plano não é oponível a esses trabalhadores, pelo que o despedimento seria ilícito.

28 Ac. TRE de 17.12.2014, processo n.º 336/13.0TTSTR.E1 (relator José Feteira), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

- i. Os créditos dos trabalhadores são afetados pelo plano de recuperação sem que isso conduza à ilicitude do despedimento?; e
- ii. Os trabalhadores que ainda não foram alvo do despedimento participam nas negociações do plano de recuperação que pretende impactá-los?

A resposta a estas questões exige uma delicada compatibilização dos regimes insolvential e laboral, que assegure a recuperação do devedor em situação económica difícil sem fazer perigar as garantias dos créditos laborais.

4. Credores habilitados a participar no Processo Especial de Revitalização

Para o escopo da nossa análise, importa lembrar quando e em que condições se permite a participação dos credores na negociação do plano de recuperação.

Como é sabido, o PER inicia-se pela manifestação de vontade da empresa e de credor ou credores que, não estando especialmente relacionados com a empresa, sejam titulares, pelo menos, de 10% de créditos não subordinados. Pode, ainda, iniciar-se pela apresentação, pelo devedor, de acordo extrajudicial de recuperação (artigos 17.º-C, n.º 1 e 17.º-I, n.º 1 do CIRE).

O princípio da universalidade determina que o administrador judicial provisório deve incluir na lista provisória de créditos todos aqueles que tenham sido reclamados e de que tenha conhecimento²⁹. Apenas podem votar o plano de recuperação os credores cujos créditos sejam reconhecidos na lista definitiva (ou na lista provisória, caso a definitiva ainda não exista)³⁰. Os créditos salariais não reconhecidos na lista de créditos não podem ser afetados pelo plano de recuperação.

Nos termos do artigo 17.º-D, n.º 1 do CIRE:

"1 - Logo que seja notificada do despacho a que se refere o n.º 4 do artigo anterior, a empresa comunica, de imediato e por meio de carta registada, a todos os seus credores que não hajam subscrito a declaração mencionada no n.º 1 do mesmo preceito, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando-os a participar, caso assim o entendam, nas negociações em curso e informando que a documentação a que se refere o n.º 1 do artigo 24.º e a proposta de plano se encontram patentes na secretaria do tribunal, para consulta."

Ou seja, apenas podem participar nas negociações com vista à revitalização da empresa os trabalhadores cujos créditos estejam constituídos à data da nomeação do administrador judicial provisório.

Este momento é a "pedra de toque" da coordenação entre os dois regimes. A partir do início do PER a empresa encontra-se em processo de recuperação, para efeitos do artigo 363.º, n.º 5 do CT, admitindo-se, pois, a licitude do despedimento mesmo sem integral pagamento da compensação devida até ao momento da cessação do vínculo laboral. Por outro lado, é este o momento que determinará que trabalhadores são credores da empresa e podem, portanto, participar na negociação do plano. Após a aprovação da lista de credores, inicia-se um prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez e por um mês (artigo 17.º-D, n.º 5 do CIRE). Atual e transitoriamente, a requerimento fundamentado da empresa e do administrador judicial provisório, o juiz pode conceder nova prorrogação do prazo para conclusão das negociações encetadas com vista à aprovação de plano de recuperação adaptado ao contexto da doença COVID-19, por uma só vez e por um mês adicional (artigo 2.º da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro).

5. O Procedimento de Despedimento Coletivo

Vejamos, agora, em traços gerais o procedimento de despedimento coletivo.

Para o que aqui releva, o despedimento coletivo é animado por uma fase inicial de comunicação aos representantes dos trabalhadores ou, na sua ausência, aos trabalhadores potencialmente abrangidos pela decisão de despedimento, a que se segue (caso seja constituída uma comissão representativa dos trabalhadores) uma fase de informações e negociação (artigos 360.º e 361.º do CT).

Esta fase de informações e negociação envolve os trabalhadores e/ou seus representantes e o empregador numa tentativa de mitigar os efeitos do despedimento coletivo e procurar alternativas à efetiva extinção do vínculo com os trabalhadores, como as previstas nas alíneas a) a d), do n.º 1 do artigo 361.º do CT, que vão desde a suspensão dos contratos à reforma antecipada ou pré-reforma.

No entanto, na prática, bastantes vezes esta fase de negociações acaba por se revestir de maior pragmatismo. Os trabalhadores procuram, essencialmente, escalpelizar os motivos invocados para o despedimento, obter informações sobre o mesmo, requerer outras informações de natureza prática (como datas previstas para o decurso

²⁹ Assim, Catarina Serra, *O Processo Especial de Revitalização na jurisprudência*, 2.ª Edição, Coimbra, 2017, p. 68.

³⁰ Cfr. Catarina Serra, *O Processo...*, 2.ª Edição, Coimbra, 2017, p. 78; Ana Ribeiro Costa, "Os créditos laborais...", in *VI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, p. 80.

do mesmo, os seus direitos, entre outras) e, talvez mais importante, tentar negociar os valores indemnizatórios.

Será importante apontar que, embora o artigo 361.º, n.º 1 do CT refira que a fase de informações e negociação decorre nos 5 dias posteriores ao envio da comunicação inicial ou do envio da informação obrigatória à Comissão Representativa dos Trabalhadores, este prazo, na maioria das vezes, não é cumprido, sendo que, por vezes, nem a primeira reunião ocorre em tal horizonte temporal. Porém, o não cumprimento do prazo não constitui causa de ilicitude do despedimento; estas encontram-se taxativamente previstas nos artigos 381.º e 383.º do CT, pelo que não sobrevêm consequências relevantes pelo facto de não ser respeitado este prazo.

A esta fase seguem-se as comunicações de decisões finais sobre a medida a aplicar, nos termos do artigo 363.º do CT, às quais se segue o decurso de um prazo de pré-aviso dependente da antiguidade do trabalhador na empresa nos termos do artigo 363.º, n.º 1 do CT.

6. Proposta de coordenação de regimes

I.

Cumpramos-nos sobre a possibilidade de o plano de recuperação prever a realização de um despedimento coletivo e a correspondente reestruturação dos créditos laborais dos trabalhadores a despedir, incluindo as respetivas indemnizações.

Há quem defenda que *“desde que os créditos laborais sejam reconhecidos na lista de credores, quer por reconhecimento do próprio devedor na petição inicial do processo especial de revitalização, quer por reclamação do trabalhador, permitindo, portanto, que o trabalhador participe nas negociações e vote o desfecho do plano, (...) [é] razoável que os mesmos sejam englobados e afetados pelo plano de recuperação do devedor”*³¹.

Porém, como lembrou, recentemente, a Relação de Lisboa:

“(...) o que releva no âmbito do PER e vincula os credores são os créditos existentes à data e não quaisquer eventuais créditos futuros. É relativamente àqueles — e não a estes — que se estabelecem negociações com os credores então existentes no processo de recuperação, com vista a permitir um acordo que permita a revitalização da empresa, não tendo o plano quaisquer efeitos sobre eventuais créditos futuros que poderão ser objecto de apreciação e decisão judicial, em conformidade com o princípio fundamental de

*acesso ao direito e aos tribunais previsto no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa”*³²

Se o despedimento coletivo ainda não foi iniciado à data da reclamação de créditos e da nomeação do administrador judicial provisório, os trabalhadores não são ainda credores. Os créditos laborais resultantes da cessação do contrato apenas se constituem com a decisão final do despedimento. Não vemos, por isso, como poderiam esses créditos ser reconhecidos pelo devedor ou reclamados pelos trabalhadores. Nem podem ser qualificados como créditos sob condição suspensiva porque ainda não existiu qualquer comportamento do empregador tendente a iniciar o processo de despedimento coletivo. São meros créditos potenciais, pelo que não existe fundamento legal para que sejam reconhecidos no PER.

De acordo com os princípios de direito laboral, se o despedimento coletivo for tramitado antes do PER não pode existir diferimento da compensação devida aos trabalhadores, sob pena de ilicitude do despedimento (artigos 383.º, alínea c) e 363.º, n.º 5 do CT). Porém, nos termos do regime insolvencial, se o despedimento coletivo for decidido após a nomeação do administrador judicial provisório, o plano não será oponível aos trabalhadores, que não puderam participar nas negociações e votar o plano.

Será, assim, necessário compatibilizar, por um lado, a necessidade de o despedimento coletivo ser decidido no âmbito do PER e, por outro lado, a exigência de os créditos laborais se encontrarem constituídos à data da nomeação do administrador judicial provisório. A harmonização não é simples, mas passa por garantir a adequada representação dos trabalhadores nas negociações do plano de recuperação, sem que seja frustrada a sua participação no procedimento de despedimento coletivo.

II.

A representação dos trabalhadores no procedimento de despedimento coletivo e no PER não é despicienda ou de menor relevância. Nesse sentido jogam imperativos sociais — lembre-se a natureza alimentar do crédito em causa —, mas também a possibilidade de o valor económico agregado dos seus créditos e potenciais compensações poder ter uma dimensão relevante no âmbito da reestruturação, nomeadamente por assumir relevância na aprovação do plano de recuperação. Assim será principalmente quando os trabalhadores consigam consensualizar-se para agirem de forma coordenada, acentuando o peso da sua posição comum no âmbito do PER.

No âmbito do despedimento coletivo, o legislador reconhece a legitimidade da Comissão de Trabalhadores, da Comissão intersindical ou das Comissões Sindicais para intervir no procedimento de despedimento em representação dos

31 Ana Ribeiro Costa, “Os créditos laborais...”, in *VI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, p. 84.

32 Ac. STJ de 26.02.2020, processo n.º 2477/15.0T8FNC.L2-4 (relatora maria josé costa Pinto), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

trabalhadores (artigo 360.º, n.º 1 do CT). Na ausência daquelas estruturas, reconhece-se ainda a possibilidade de os trabalhadores se fazerem representar por uma Comissão Representativa de Trabalhadores a indicar por si (artigo 360.º, n.º 3 do CT).

Porém, o lugar próprio para ser negociado o despedimento coletivo não é o PER. O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor em situação económica difícil ou insolvência iminente estabelecer negociações com os seus credores de modo a concluir um acordo conducente à sua revitalização. Não se pretende, no âmbito do PER, decidir um despedimento coletivo, o que apenas atrasaria o processo, que se pretende o mais célere possível. Aliás, as referidas estruturas que representam o interesse dos trabalhadores não participam no PER: não existe norma legal que as habilite a tal, nem são dotadas de personalidade judiciária.

Isto não significa que, nos termos gerais, os trabalhadores não possam ser representados no PER de forma coletiva, ganhando com isso peso relativo na solução final. Podem, por exemplo, escolher serem representados por mandatário comum, algo que será facilitado se ao se iniciarem as negociações do PER já estiver, como entendemos que deverá estar, delimitado o universo preciso de trabalhadores potencialmente abrangidos pelo despedimento.

III.

Aqui chegados, resta-nos propor uma solução de compatibilização dos procedimentos em causa, assegurando que a posição dos trabalhadores não é prejudicada em prol da recuperação empresarial, nem que a revitalização do devedor é inviabilizada em virtude de soluções formalistas.

Da análise conjugada do procedimento do despedimento coletivo e do PER resulta que ambos se caracterizam por uma fase de negociações de importância inegável. Entendemos que é nesta fase que deve ser encontrada a harmonização de regimes: os dois procedimentos podem coincidir sem que se coloque em causa os valores e interesses em jogo, nem os princípios legais e direitos basilares em presença.

Com efeito, na fase de negociações do despedimento coletivo ainda não se encontram constituídos os créditos dos trabalhadores, mas já se verificou um comportamento do devedor que, pelo menos perfunctoriamente, delimitou o universo de potenciais credores, ficando a sua efetiva constituição em suspenso até à decisão final.

Veja-se que na comunicação inicial o empregador já terá indicado aos trabalhadores:

- a. Os motivos invocados para o despedimento coletivo;
- b. O quadro de pessoal da empresa;
- c. Os critérios para a seleção dos trabalhadores a despedir;
- d. O número de trabalhadores a despedir;
- e. O número de trabalhadores e categorias abrangidas;
- f. O período de tempo no decurso do qual se pretende efetuar o despedimento;
- g. O método de cálculo da compensação pelo despedimento.

Ora, após esta comunicação inicial os trabalhadores estarão munidos de toda a informação necessária a exercerem os seus direitos e a, querendo, fazer-se representar e negociar o despedimento, bem como a fazer-se representar e participar nas negociações do PER que venha a ser iniciado.

Na comunicação inicial do despedimento o empregador deve veicular aos trabalhadores que: (i) o procedimento de despedimento decorrerá par a par com um PER que se iniciará em breve; e (ii) que a negociação dos créditos laborais e compensação do despedimento, assim como a sua eventual reestruturação, decorrerá também no âmbito das negociações do plano, na fase prevista no artigo 17.º-D, n.ºs 5 a 9 do CIRE. Será, pois, este o momento em que o empregador deve avançar com o PER. A partir deste momento, para efeitos de participação nas negociações do plano de recuperação, a posição dos trabalhadores é equivalente à de um credor sob condição suspensiva, podendo, por isso, reclamar os seus créditos, pelo valor nominal³³.

Em sentido semelhante, escreve Catarina Serra que:

*"Para estes efeitos, é conveniente – insiste-se – que, imediatamente antes ou depois do início do PER, o empregador manifeste aos trabalhadores a sua intenção de proceder ao despedimento coletivo e de regular os créditos devidos no plano de recuperação."*³⁴

Considerando a complexidade da comunicação inicial de despedimento coletivo, em particular, os elementos que devem ser divulgados aos trabalhadores, crê-se que a comunicação inicial de intenção de despedimento deverá sempre ser realizada antes do requerimento inicial do PER.

³³ No sentido de que os créditos dos trabalhadores após a comunicação inicial de despedimento coletivo, ainda que não vencidos, estariam constituídos (sob condição suspensiva) para efeitos de reclamação dos mesmos no PER, cfr. Catarina Serra, "PER, Processos e Créditos Laborais – Uma análise tridimensional (jurisprudência, novíssimo Direito da Insolvência e projetado Direito europeu)", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, 2017, p. 172.

³⁴ Catarina Serra, "PER, Processos...", in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, 2017, p. 172.

Assim, merece-nos algumas reservas o Ac. STJ de 31.05.2016³⁵:

"4.6. Por outro lado, as AA. já tinham reclamado outros créditos na pendência deste PER, que lhes foram reconhecidos. Portanto, não desconheciam que era através desse processo que os seus créditos devem e podem ser pagos.

Esse conhecimento foi-lhes dado também pela própria Ré que teve o cuidado de lhes comunicar, com antecedência, e em pleno PER (...) a razão pela qual iria proceder ao despedimento das AA. Mais: resulta do teor de tais comunicações que a Ré teve o cuidado de salientar que "será liquidada a V. Exc^a a compensação que lhe é devida pelo despedimento colectivo (...), de forma constante do plano de recuperação", nos seguintes termos: "Pagamento da totalidade da dívida em 60 prestações mensais, iguais e sucessivas, vencendo-se a primeira no último dia útil do mês seguinte àquele em que se verificar o trânsito em julgado da sentença homologatória do plano de recuperação."

Ora, tendo as AA. conhecimento da existência do PER, se não concordavam com o valor e o referido método de pagamento deviam ter reclamado no âmbito do processo especial de revitalização em curso.

Sendo certo que desde a data em que tomaram conhecimento de tais factos – em Agosto de 2014 – até à data da sentença de homologação do PER – em 7 de Janeiro de 2015 – decorreu tempo suficiente para tal."

No caso aí vertente, as trabalhadoras não conheciam os termos do despedimento nem mesmo a decisão quanto ao seu despedimento em tempo de, sopesando os créditos emergentes desse mesmo despedimento, participarem nas negociações do plano. Aí, as trabalhadoras em causa reclamaram apenas créditos laborais já vencidos à data do início do processo, uma vez que a decisão de despedimento coletivo apenas lhes foi comunicada após o termo do prazo para a reclamação de créditos.

Nesta medida, reforça-se, a comunicação aos trabalhadores deve ocorrer antes do início do PER, de modo a que estes possam negociar e votar o plano de recuperação

conscientes da sua situação e com o devido peso dos créditos de que são titulares (ainda que não se encontrem plenamente constituídos).

Face aos valores e interesses em jogo, julgamos que os trabalhadores abrangidos por uma comunicação de despedimento coletivo devem ser equiparados a credores sob condição suspensiva³⁶. Permite-se, assim, a participação dos trabalhadores nas negociações do plano de recuperação, obviando o obstáculo apontado na jurisprudência de os créditos não estarem constituídos à data da elaboração da lista de credores. Ainda que seja discutido, admite-se que estes créditos sejam atendidos no processo e abrangidos pelo plano. Não existe qualquer elemento interpretativo da lei que aponte em sentido contrário³⁷ e a doutrina (ainda que com vozes divergentes³⁸) tem aceite esta posição³⁹. Julgamos que sendo a condição suspensiva prevista e determinada pelo plano de recuperação, não há motivos para não aceitar o pagamento destes créditos nos termos do plano.

Conclui-se, portanto, que a melhor solução para congregar o procedimento de despedimento coletivo e um processo de PER, tendo em vista a proteção das empresas e o interesse coletivo na manutenção da sua função económica e social num período particularmente complexo, será:

- a. O devedor inicia o processo de despedimento coletivo, cuja comunicação inicial prepara e delimita o universo de trabalhadores abrangidos pela cessação do vínculo. Neste momento ficam identificados os potenciais credores que deverão participar nas negociações do plano;
- b. Devedor inicia o PER após a comunicação inicial, ao mesmo tempo que se inicia a fase de informações e negociação do despedimento coletivo;
- c. Com a petição inicial, o devedor, para além da relação de todos os credores e da restante documentação exigida nos termos do artigo 24.º do CIRE, apresenta documentação comprovativa do início do processo de despedimento coletivo, com indicação dos trabalhadores potencialmente abrangidos pela cessação do vínculo laboral, sendo o montante do seu crédito indicado pelo seu valor nominal;

35 Ac. STJ de 31.05.2016, processo n.º 7976/14.9T8SNT.L1.S1 (relatora Ana Luísa Galdes), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

36 Defendendo que estes créditos devem ser qualificados como créditos sob condição suspensiva, cfr. Catarina Serra, "O processo especial de revitalização e os trabalhadores — um grupo especial de sujeitos ou apenas mais uns credores?", in *Julgar*, n.º 31, 2017, p. 43.

37 Repare-se que o artigo 17.º-F, n.º 10, não depõe contra a solução que defendemos em texto. Esta norma determina a oponibilidade do plano de recuperação a credores que não hajam reclamado os créditos nem participado nas negociações, relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferida a decisão de nomeação do administrador judicial provisório. Da norma extrai-se a intenção clara do legislador no sentido de assegurar a viabilização do plano de recuperação, que não poderá ser colocado em causa por credores não reclamantes/votantes. A solução que defendemos em texto procura o mesmo objetivo: a recuperação da empresa admitindo a participação dos trabalhadores abrangidos pela comunicação inicial de despedimento coletivo, ainda que formalmente o seu crédito não esteja constituído. Garante-se, assim, que no plano de recuperação pode ser votada a reestruturação do crédito (a constituir) resultante do despedimento coletivo. A equiparação da situação destes trabalhadores à dos credores sob condição suspensiva assegura a harmonização da solução defendida com o sistema insolvencial.

38 Salazar Casanova e Sequeira Dinis, *PER: o Processo Especial de Revitalização*, Coimbra, 2014, p. 58.

39 Catarina Serra, "O processo...", in *Julgar*, n.º 31, 2017, p. 43; Fátima Reis Silva, *Processo especial de revitalização. Notas práticas e jurisprudência recente*, Porto, 2014, p. 47; Ana Ribeiro Costa, "Os créditos laborais...", in *VI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, pp. 66-90.

- d. Segue-se o reconhecimento dos trabalhadores a abranger pelo despedimento como equiparados a credores sob condição suspensiva;
- e. Condução das fases de negociação de ambos os procedimentos em simultâneo. Na medida em que nem Comissão de Trabalhadores (artigo 361.º do CT), nem o serviço competente do ministério responsável pela área laboral (artigo 362.º, n.º 1 do CT) intervêm no PER (não são credores, nem têm personalidade judiciária), haverá que assegurar que os direitos dos trabalhadores não ficam frustrados pelo facto de estarem inseridos num PER: bastará assegurar que as negociações correm normalmente, em paralelo com as negociações do plano, de forma a que seja possível conciliar as duas. Acresce que uma vez que o regime da cessação do contrato de trabalho é imperativo (artigo 339.º do CT), é essencial assegurar-se que nenhuma parte do procedimento de despedimento coletivo fica prejudicada ⁴⁰;
- f. Aprovação do plano de recuperação que pode reestruturar todos os créditos, incluindo os laborais, desde que respeitados os princípios falimentares, nomeadamente o princípio da igualdade entre credores.

Por outro lado, na medida em que o plano de recuperação apenas é oponível aos trabalhadores que tenham tido a hipótese de participar nas negociações e votar o plano, consideramos que uma adequada interpretação do sistema insolvencial e laboral determina a possibilidade de os trabalhadores abrangidos por uma comunicação de despedimento coletivo participarem no PER nos mesmos termos em que é admitida a participação de credores sob condição suspensiva.

Assim se alcança uma adequada tutela dos créditos laborais em contexto de recuperação do devedor em situação económica difícil, munindo o intérprete aplicador das ferramentas necessárias para ultrapassar a crise da empresa.

7. Reflexão final

A crise económica resultante da pandemia COVID-19 veio recordar a importância de assegurar a existência de procedimentos que promovam a revitalização de devedores recuperáveis e fez surgir novas oportunidades para testar a efetividade de procedimentos como o PER, bem como a sua articulação com outros ramos do direito. A harmonização do regime do PER e do despedimento coletivo surge como questão particularmente sensível, que convoca um esforço para assegurar a proteção dos trabalhadores num momento em que estes carecem de particular tutela, sem que isso signifique um bloqueio da possibilidade de recuperação empresarial.

O ensaio de harmonização de regimes que encetámos permitiu-nos concluir, por um lado, que os créditos laborais não são irredutíveis ou inatingíveis em processo de reestruturação, admitindo-se o diferimento do pagamento da compensação devida aos trabalhadores em caso de despedimento, sem que este seja considerado ilícito (artigo 363.º, n.º 5, *in fine* do CT).

⁴⁰ Aliás, ao abrigo do revogado CPREF, a propósito dos efeitos da falência, dizia-se expressamente que “aos trabalhadores do falido aplica-se, quanto à manutenção dos seus contratos após a declaração de falência, o regime geral da cessação do contrato de trabalho” (artigo 172.º).

TRANSMISSÃO DE ESTABELECIMENTOS NO PER

ADMISSIBILIDADE DO TRESPASSE
(EM ESPECIAL, O SANEAMENTO
POR TRANSMISSÃO), FUSÃO E CISÃO

Manuel Sequeira

Mestrado em Direito Comercial (FDUL)
Associado sénior PLMJ na área de *Corporate*,
M&A e *Private Equity*

Margarida Canas Correia

A frequentar o Mestrado Forense (FDUCP)
Advogada-Estagiária PLMJ na área
de Resolução de Litígios

1. Introdução

Os planos de recuperação homologados no âmbito de um processo de insolvência ou de um processo especial de revitalização (PER) constituem alguns dos mecanismos mais comuns e eficazes ao dispor das empresas para a sua recuperação, através da adoção de medidas resultantes das negociações com os seus credores. Para facilidade de distinção, designaremos por “plano de recuperação” o que é negociado num processo de insolvência e por “plano de revitalização” o que é negociado num PER.

Os procedimentos de negociação, aprovação e homologação destes planos, bem como as regras quanto às providências suscetíveis de neles serem adotadas, encontram-se previstos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)¹. O legislador regulou com detalhe o plano de recuperação, nos artigos 192.º a 222.º, tendo optado por regular o plano de revitalização, essencialmente, por remissão para as regras daquele, com exceção do especialmente regulado nos artigos 17.º-A a 17.º-J.

O conceito de empresa referido no artigo 5.º do CIRE abrange o estabelecimento comercial, muitas vezes com ele coincidindo². Quando existe uma empresa (ou um estabelecimento) economicamente viável compreendida no património de uma devedora³ que se encontra num processo de recuperação (PER ou insolvência), essa devedora pode negociar com os seus credores a transmissão dessa empresa a um terceiro, para que este a recupere,

explore e, com os rendimentos auferidos dessa atividade, satisfaça os créditos dos credores daquela.

Não sendo objeto deste estudo o regime das diversas formas de transmissão de estabelecimentos, dada a extensão e complexidade do tema, serão feitas apenas umas notas gerais a propósito do respetivo regime da transmissão e dos interesses em causa. Serão abordadas especialmente três formas de transmissão de estabelecimentos admissíveis: (i) o trespasse (*asset deal*), que o CIRE designa de “saneamento por transmissão” quando é enquadrado no processo de insolvência e a transmissão do estabelecimento é feita para nova(s) entidade(s) constituída(s) no âmbito do processo, (ii) a fusão, e (iii) a cisão⁴.

No âmbito das referidas operações, para além de estabelecimentos, podem também ser transmitidas participações sociais de subsidiárias e filiais que componham o património da devedora, que podem, por sua vez, ser titulares de estabelecimentos próprios, ocorrendo, neste caso, uma venda indireta de um ou mais estabelecimentos – negócios conhecidos por *share deals*. Nestes negócios, ocorre a transferência para o adquirente, não da titularidade jurídica da empresa, mas da titularidade económica, visto que o transmissário adquire o controlo do “estabelecimento” e não a propriedade sobre este (que pertence à sociedade adquirida). Por essa razão, a sua equiparação à transmissão direta de estabelecimentos tem suscitado dúvidas na doutrina⁵. Apesar de o *share deal* paradigmático corresponder à aquisição de uma

1 Todas as referências a artigos cuja proveniência não seja identificada dirão respeito ao CIRE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, na redação atualmente em vigor.

2 Ac. do TRG de 12.07.2011, proferido no âmbito do processo n.º 503/10.9TBPTL-H.G1 (relatado por Conceição Buchó), e disponível em <http://www.dgsi.pt>, onde foi referido que “De acordo com o disposto no art. 5º do CIRE, considera-se empresa «... toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica», noção esta muito próxima da referida por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Curso de Direito Comercial, Vol. I, 3ª edição, p. 234, que considera que «... a empresa ou estabelecimento comercial (em sentido objectivo) é uma unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade comercial”. Temos, assim, que à noção de empresa, consagrada no mencionado normativo legal, subjaz a existência de uma organização de meios (de capital e de trabalho), em suma, um património autónomo visando a prossecução de uma actividade económica (comercial ou industrial), isto é, um património autónomo afecto ao desenvolvimento ou exercício dessa actividade e por forma a permitir uma ligação estável e directa (ou, até, exclusiva) entre esses dois elementos – organização de capital e de trabalho (património) e exercício de actividade económica”. Pedro de Albuquerque, “Declaração da situação de insolvência”, in *O Direito*, Ano 137, Vol. III, 2005, pp. 514 e 515 destaca que “[n]ão se exige, pois, nem a comercialidade, nem o profissionalismo ou o seu carácter continuado. Também não se mostra necessária a existência de um intuito lucrativo, cabendo, portanto no conceito, entre outras, unidades de autoconsumo ou de fim altruístico”.

3 Utilizaremos “devedora” por termos em vista a situação em que as empresas ou estabelecimentos são detidos por uma sociedade, deixando de parte as situações em que o devedor é uma pessoa singular agente económico.

4 Sobre as diferenças subjacentes a estas operações de reorganização societária, José Engrácia Antunes, «A empresa como objeto de negócios – “Asset Deals” versus “Share Deals”», in *ROA*, n.º 68, 2008, pp. 715-793. Destaque-se, contudo, o artigo 124.º do CSC, que estabelece os ativos e passivos destacáveis por cisão-simples, e que determina que, para além das participações sociais, podem ser transferidos bens da sociedade a cindir “de modo a formarem uma unidade económica”. Este artigo levanta várias questões, que não cumpre esclarecer aqui, desde logo, saber se a disposição se aplica à cisão-fusão, bem como se as participações sociais detidas pela sociedade a cindir apenas podem ser transmitidas a sociedades gestoras de participações sociais. Sem prejuízo, consideramos ser de responder afirmativamente à primeira questão (uma vez que é a *ratio* do instituto da cisão) e negativamente à segunda (na medida em que não são apenas as sociedades gestoras de participações sociais que podem ser titulares de participações sociais, devendo apenas assumir essa natureza quando o objeto da sociedade adquirente se limita à gestão de participações sociais). Sobre este tema, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, pp. 455 e ss.

5 António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, “Compra e venda da empresa: a venda de participações sociais como venda de empresa (“share deal”)”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra Editora, pp. 690 e ss., Alexandre Soveral Martins, “Transmissão da empresa societária: Algumas notas” in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 432 a 435 e José Engrácia Antunes, “A empresa como objecto...”, in *ROA*, n.º 68, 2008, p. 726, que chama a atenção para este aspeto, concluindo que a transmissão de quotas e ações de uma sociedade “não pode ser equiparada em absoluto” à transmissão da empresa que é detida por essa sociedade, pois “têm por objecto a transmissão de frações de capital social, e não do património da sociedade” – a titularidade da empresa permanece na sociedade na qual estava integrada, embora constitua a causa negocial da aquisição de participações sociais. Os sócios não possuem qualquer direito real sobre a empresa, mas uma posição jurídica complexa sobre a sociedade, fundada na sua participação social. Daí que os “*share deals*” também sejam designados por “*aquisições indiretas*”.

participação social de controlo⁶, outros negócios permitem ao participante adquiri-lo, são exemplos disso a fusão e a cisão, bem como os aumentos de capital reservados⁷.

Atendendo às dúvidas que se têm colocado na doutrina (e na prática profissional), o propósito deste estudo é discutir a admissibilidade e âmbito da transmissão de estabelecimentos como medida de recuperação a ser adotada no âmbito de um plano de revitalização num PER em especial através do *trespasse*, (incluindo o saneamento por transmissão), da fusão e da cisão. Tendo em conta a complexidade do tema, trataremos apenas de operações nacionais, excluindo as transfronteiriças, pelas particularidades que apresentam.

A transmissão de estabelecimentos é uma medida adequada à recuperação de uma empresa no âmbito de planos de recuperação e revitalização, pois permite fazer um *ring fencing* a um conjunto de ativos e passivos, agrupados no estabelecimento transmitido, dos restantes ativos e passivos da devedora. Apesar de estes planos poderem contemplar, *inter alia*, providências específicas sobre sociedades comerciais⁸, nenhuma referência expressa é feita, nas regras que regulam os planos, às operações de fusão e cisão como mecanismos de reestruturação societária. Por outro lado, o saneamento por transmissão apenas é expressamente regulado no âmbito do plano de insolvência, designadamente, nos termos do artigo 199.º, para que o regime do PER não remete expressamente. Tal tem levantado dúvidas quanto à possibilidade de se prever estas operações em planos de revitalização, questão a que procuraremos responder.

Finalmente, concluindo-se pela admissibilidade da inclusão das operações referidas nos planos de revitalização, procuraremos também, ao longo do presente estudo, fazer um conjunto de recomendações para garantir a compatibilização do regime substantivo com o regime processual previsto para o PER.

2. O diferente enquadramento do plano de recuperação (na insolvência) e do plano de revitalização (PER)

O legislador regulou o plano de insolvência, nos artigos 192.º a 222.º, aquando da primeira versão do CIRE, aprovada em 2004, tendo-se inspirado no *Insolvenzplan* alemão, previsto na *Insolvenzordnung*⁹ de 1994, no *Chapter 11 do Bankruptcy Code* de 1978 e nas providências de recuperação previstas no Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF)¹⁰. A regulação prevista inclui regras quanto aos princípios, conteúdo do plano, não admissão da proposta, votação, publicidade, homologação, cumprimento, execução e fiscalização do plano de recuperação.

O plano de recuperação – nome atribuído pelo próprio legislador ao plano de insolvência que preveja a recuperação da insolvente no n.º 3 do artigo 192.º – é apresentado no âmbito de um processo de insolvência, destinando-se a regular a recuperação da insolvente, a sua responsabilidade depois de findo o processo e a satisfação dos interesses dos seus credores. Este plano pode ser iniciado pela própria insolvente ou desencadeado compulsivamente por um terceiro (neste caso, o plano sendo apresentado apenas após a declaração da insolvência).

No processo de insolvência, tipicamente¹¹, a insolvente perde os poderes de administração e disposição do seu património (designado por massa insolvente), que são, por sua vez, atribuídos ao administrador da insolvência nomeado no processo (artigos 81.º a 84.º). Assim se compreende que a legitimidade para a apresentação da proposta de um plano pertença à insolvente, ao administrador da insolvência, a qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvente, bem como a qualquer credor ou grupo de credores, que represente, pelo menos, um quinto dos créditos não subordinados, reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos ou, na falta desta, na estimativa do juiz, como prescreve o artigo 193.º.

O plano de revitalização, introduzido no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, tem um enquadramento diverso. No caso do PER, é a devedora que voluntariamente se submete ao processo

6 José Engrácia Antunes, "A empresa como objecto...", in *ROA*, n.º 68, 2008, pp. 724-725 afirma que "[o] primordial instrumento da transmissão empresarial indireta é, sem sombra de dúvida, a compra e venda de participações sociais de controlo, ou, mais genericamente, a transmissão de frações do capital social (partes, quotas, ações), suscetíveis de atribuir ao seu titular um poder jurídico de controlo sobre a sociedade comercial detentora da empresa (...)". No mesmo sentido, Ricardo Costa, "O Novo Regime do Arrendamento Urbano e os Negócios sobre a Empresa", in *AAVV, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 511, destacando que "[s]abe-se que hoje praticamente não se trespassam empresas. Antes se transmitem as participações de domínio ou de controlo das sociedades que exploram as empresas".

7 José Engrácia Antunes, "A empresa como objecto...", in *ROA*, n.º 68, 2008, pp. 715-793.

8 Artigo 198.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

9 Lei de Insolvência alemã, de 5 de outubro de 1994, sucessivamente alterada.

10 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril. Teremos em atenção a redação resultante do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de março, a última antes de ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março.

11 Salvo nos casos em que a insolvente tenha solicitado a manutenção da administração da massa insolvente, apresentando simultaneamente ou comprometendo-se a apresentar um plano de recuperação (artigo 224.º).

(o impulso depende, em qualquer caso, da devedora¹²), com o objetivo de tentar a sua recuperação, através da adoção de medidas societárias e providências sobre o seu passivo resultantes das negociações com os seus credores. Após o início do processo, a devedora mantém plenos poderes de administração e disposição sobre os bens que integram o seu património¹³.

O legislador optou por regular o plano de revitalização, essencialmente, por remissão para as disposições do plano de insolvência. Essa remissão não foi apenas genérica para as regras previstas no título IX do CIRE, mas também, especificamente, para as regras relativas a quatro aspetos concretos do plano de recuperação, a ser aplicáveis “com as necessárias adaptações”: (i) conteúdo do plano, remetendo expressamente para os artigos 194.º a 197.º e 198.º, n.º 1, (ii) votação, aplicando-se o disposto no artigo 211.º, (iii) homologação, remetendo, em concreto, para os artigos 215.º e 216.º e (iv) incumprimento, por remissão direta para o artigo 218.º, n.º 1.

Como destaca Catarina Serra, “[a] semelhança entre o plano de insolvência e o plano de recuperação do PER não é uma semelhança absoluta em todos os aspetos. Existem pontos em que os respetivos regimes divergem – e divergem justificadamente. Sobressai a circunstância de, no plano de insolvência, a situação em que se encontra a empresa (a insolvência) – ser objeto de declaração judicial. A panóplia de efeitos que tal sentença desencadeia, afetando, designadamente, os direitos dos credores, não é um aspeto que tenha pouca importância ou que possa ser desvalorizado”¹⁴.

3. Admissibilidade do trespasse no PER

3.1. Fundamento, *ratio* e âmbito da admissão do trespasse no processo de insolvência

A definição de estabelecimento comercial tem sido discutida na doutrina ao longo dos últimos anos. Defende-se que o estabelecimento comercial é o “conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas¹⁵ devidamente organizado para a prática do comércio”, o que “corresponde, grosso modo, a uma ideia de empresa¹⁶, sem o elemento humano e de direcção”¹⁷, integrando-a e dela se diferenciando por ser uma “unidade económica global funcionalmente afecta a cada uma das suas actividades”¹⁸.

No âmbito do plano de insolvência, a transmissão de empresas/estabelecimentos é referida pelo legislador no CIRE, pelo menos, três vezes. No artigo 195.º, encontra-se mencionada a transmissão da empresa, na alínea b) e na alínea c), referindo-se esta última ao saneamento por transmissão com a manutenção da atividade da empresa na titularidade de um terceiro. No artigo 199.º, regulam-se os casos em que “o plano de insolvência preveja a constituição de uma ou mais sociedades (...) destinadas à exploração de um ou mais estabelecimentos adquiridos à massa insolvente (...)”, determinando-se que, quando assim for, o plano “contém, em anexo, os estatutos da nova ou novas sociedades e provê quanto ao preenchimento dos órgãos sociais”¹⁹ (designado por “saneamento por transmissão”). Ao contrário do que se possa pensar, o artigo 199.º não se destina, pelo menos de forma direta, a regular esta medida no âmbito do plano, mas tão-só a determinar os elementos mínimos que dele devam constar²⁰. É então da conjugação destes preceitos, aos quais acresce, em termos gerais, o artigo 192.º, que se retira a admissibilidade da transmissão de empresas/estabelecimentos como medida de recuperação a contemplar num plano de recuperação ou revitalização.

12 Embora dependa do acordo de certos credores para o seu início, conforme resulta do artigo 17.º-C, n.º 1.

13 Com exceção da prática de atos de especial relevo, a qual carece de autorização do administrador judicial provisório (AJP) que for nomeado no início do processo (artigo 17.º-E, n.º 2).

14 Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 365, referindo que “os aspetos que aproximam o plano de insolvência e o plano de recuperação do PER são mais numerosos e mais determinantes do que aqueles que os afastam. Não obstante os diferentes graus de intervenção judicial, o plano de insolvência não diverge fundamentalmente do plano visado no PER, ao nível da natureza, da tramitação e dos efeitos. Implicam ambos, numa palavra, a abertura de negociações entre a empresa e os credores com vista à celebração de um contrato que se imponha ao máximo número de credores”.

15 As coisas incorpóreas são relativas às posições jurídicas, nomeadamente direitos resultantes de contratos. Pergunta-se se nas coisas incorpóreas se incluem direitos de créditos não apreendidos para a massa. Sobre o assunto, no âmbito do processo de insolvência, José Lebre de Freitas, “Legitimidade do insolvente para fazer valer direitos de crédito não apreendidos para a massa”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Vol. III, 2011, pp. 619-630, que conclui que a declaração da insolvência determina apenas a inoponibilidade à massa insolvente dos atos posteriormente praticados pelo insolvente, mas não determina uma situação de ilegitimidade ou indisponibilidade em sentido próprio.

16 Como observa Orlando de Carvalho, *Crítério e Estrutura do Estabelecimento comercial I – O Problema da Empresa como Objecto de negócios*, Atlântida, 1967, p. 297, “há que admitir os contrastes profundos que, do ponto de vista da função, da localização, da duração, da irradiação, da composição ou da vinculação, dividem as formas de estabelecimento que se discutem na fenomenologia dos negócios”.

17 Segundo António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, 2012, p. 329, sobram então os elementos material e de organização. O primeiro corresponde a coisas corpóreas, móveis ou imóveis, bem como a bens incorpóreos. Já o segundo elemento pretende demonstrar que os elementos materiais, não se encontram meramente reunidos, mas estão articulados de modo a permitir o desenvolvimento de uma atividade económica e produtiva.

18 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação complementar*, Quid Juris, 2015, p. 539, em anotação ao artigo 162.º.

19 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência e transmissão de empresa” in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 143 refere que, “[p]or outras palavras, o caso previsto no artigo 199.º é apenas um caso particular da medida referida em geral no artigo 195.º (e permitida genericamente pelo disposto no artigo 192.º) e é para ele, e apenas para ele, que se contém uma previsão especial”.

20 Apesar disso, não significa que desse artigo não se possam retirar “efeitos preceptivos laterais ou indiretos”, como destaca Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 143.

O saneamento por transmissão contempla a operação de transmissão da empresa/estabelecimento a um terceiro para que este, através da manutenção da sua atividade, pague aos credores da devedora com os rendimentos futuros gerados por aquela. Assim, constitui uma medida alternativa à potencial liquidação da empresa no processo de insolvência, e tem por efeito que parte (ou a totalidade) da massa insolvente (património que constitui a garantia geral dos credores, de acordo com o artigo 601.º do Código Civil) passe a ser detida e gerida pelo adquirente, de acordo com o que for estabelecido no plano de recuperação e nos estatutos. Optando pelo saneamento por transmissão, os credores abdicam de uma potencial liquidação supletiva, realizando um “investimento comum”, por acreditarem ser essa a melhor forma de satisfazer os seus interesses, atendendo à viabilidade económica do(s) estabelecimento(s) que integram a massa insolvente.

Apesar de o legislador, no artigo 199.º²¹, apenas se referir à aquisição de estabelecimentos à massa insolvente por parte de uma ou mais sociedades constituídas no âmbito do processo e especialmente para esse efeito, o artigo 195.º não deixa dúvidas sobre a possibilidade de se transmitir a empresa a um terceiro, ainda que não constituído por efeito do plano, desde que este dê o seu expresso acordo (n.º 2 do artigo 192.º)²². Como acima se evidenciou, o artigo 199.º apenas prevê um conjunto de elementos que devem integrar o plano num caso particular – o da transmissão para uma sociedade constituída por força do plano – e não a obrigatoriedade de a transmissão do estabelecimento ocorrer para uma sociedade constituída no processo.

A coletividade social da sociedade, para a qual se transmite o estabelecimento ao abrigo do saneamento por transmissão, pode ser composta – consentaneamente

com o que acaba de se expor – não só pelos credores e a devedora²³, mas também por terceiros interessados²⁴. Ao abrigo do CPEREF, era necessária a aquiescência da assembleia de credores para que pudesse participar na sociedade quem não fosse credor desta²⁵, no entanto, hoje bastará a sua inclusão no plano a aprovar pelos credores, do qual conste, expressamente, o seu consentimento à participação, aos estatutos e à nomeação dos membros dos órgãos sociais (n.º 2 do artigo 192.º)²⁶.

3.2. Fundamento e requisitos de admissibilidade no PER

Apesar do diverso enquadramento da negociação entre a devedora e os seus credores para a aprovação de um plano de recuperação e de um plano de revitalização, a previsão de um trespasse (e de um saneamento por transmissão), a ser admissível, tem, num e noutro, exatamente o mesmo objetivo. Pretende-se a recuperação da empresa, através da continuação da prossecução da sua atividade, com a utilização dos *cash-flows* futuros para satisfazer os credores que, de outra forma, veriam os seus interesses satisfeitos de forma menos eficaz. Parece, assim, haver fundamento para se questionar a possibilidade de a devedora e os seus credores acordarem um saneamento por transmissão, como medida de revitalização num PER, independentemente de o legislador não ter expressamente incluído o artigo 199.º do CIRE na remissão que o n.º 7 do artigo 17.º-F faz para as regras relativas ao conteúdo do plano de insolvência. Assim, para tomarmos posição sobre este tema, cabe em primeiro lugar verificar se o saneamento por transmissão se encontra, apesar disso, excluído daquela remissão²⁷.

21 O artigo 199.º do CIRE constitui o sucedâneo da reconstituição empresarial prevista nos artigos 78.º e ss. do CPEREF, que era o meio de recuperação da empresa insolvente ou em situação económica difícil, mediante a qual se constituía uma ou mais sociedades destinadas à exploração de um ou mais estabelecimentos da devedora pelos credores e/ou terceiros, como destacam Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, pp. 732-733 e Rui Simões, “Aquisição de empresas Insolventes”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, p. 390. Esta medida podia ser adotada mediante acordo de credores e interessados que abrangesse, pelo menos, 30% da totalidade dos créditos existentes sobre a devedora, ficando aberta à adesão pelos demais credores até ao momento da sua deliberação. Assim, a homologação daquela providência, por sentença transitada em julgado, tinha os efeitos que se descreviam no n.º 4 do artigo 79.º do CPEREF, ou seja, a constituição de nova(s) sociedade(s) e a aquisição por esta(s) de todos os bens e direitos da devedora abrangidos pelo acordo, com os respetivos ónus e garantias, assim como a assunção das obrigações da devedora em que ela houvesse de suceder por força do acordo e das partes, posições contratuais e demais situações jurídicas transmitidas. Relativamente aos credores, estes veriam os seus créditos modificados de acordo com o estabelecido na providência, sendo, os que assim o aceitassem, submetidos ainda à medida designada de *debt-for-equity swap* – i.e. veriam os seus créditos convertidos em participações sociais na(s) nova(s) sociedade(s).

22 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 143 e Luís Carvalho Fernandes, “Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in *RDES*, Ano XLV, n.ºs 1, 2 e 3, 2004, p. 18.

23 A participação da devedora parece de estranhar, na medida em que, encontrando-se insolvente, não disporá de património para, com ele, integrar a sociedade. No entanto, essa hipótese é, pelo menos em teoria, equacionável – caso em que a entrada no capital social da nova sociedade seria realizada com o pouco património que ainda lhe restasse, abdicando os credores da respetiva porção da sua garantia patrimonial.

24 Neste sentido, Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 733; Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, pp. 148-149, e Rui Simões, “Aquisição de empresas...”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, p. 390. Note-se, ademais, que esta possibilidade era expressamente prevista pelo Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de julho, que criou o “processo de recuperação de empresas em situação de falência”, que dispunha, no seu n.º 1, que “[n]a constituição da sociedade entrarão os credores que subscrevem o acordo e podem participar outras pessoas”. Mas mais se diga que, os terceiros sempre poderiam, em qualquer caso, adquirir os créditos sobre a devedora, antes ou depois da declaração da insolvência, com vista à conversão dos seus créditos na sociedade para a qual se transmitisse o estabelecimento, por forma a adquirir o controlo da sociedade.

25 O que estava de acordo com o que era exigido pelo artigo 79.º, n.º 1, da qual João Labareda, “Providências de recuperação de empresas”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. IX, Tomo 2, 1995, p. 92, retirava um entendimento ainda mais vasto: “obsta a que os sócios tenham a faculdade de alienar as suas participações por acto voluntário entre vivos, salvo quando estejam já integralmente satisfeitas as obrigações assumidas pela nova sociedade perante credores não aderentes, em conformidade com o artigo 82.º”.

26 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 149.

27 Como refere Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 367, “(...) insista-se na ideia de que a aplicação de normas diversas das que compõem a disciplina própria sempre obriga à observância de determinados cuidados. O intérprete deve sempre, primeiro, certificar-se de que as normas aplicadas não contrariam o regime especialmente disposto e o que dele decorre e, depois, proceder às adaptações devidas”.

Como já se referiu, a transmissão de estabelecimentos é mencionada, para além do artigo 199.º, também no artigo 195.º. Este último integra a remissão expressa do legislador no n.º 7 do artigo 17.º-F, o que significa, desde logo, que não se excluiu por completo a transmissão de estabelecimentos do plano de revitalização. Por outro lado, a remissão específica do legislador é precedida de uma remissão genérica para o Título IX do CIRE²⁸, o que significa que, verdadeiramente, o artigo 199.º não é excluído da remissão. A técnica do legislador parece ter sido a de evidenciar que existem determinadas regras que fazem parte do “ADN” dos planos de recuperação (*lato sensu*), para as quais remeteu expressamente. No entanto, atendendo a que a sociedade sujeita a PER não se encontra insolvente²⁹, foi conferido um maior espaço de liberdade ao juiz no momento da homologação do plano de revitalização, especialmente no que naqueles preceitos não se encontra expressamente referido, na medida em que a remissão lhe é especialmente dirigida.

Parece ser assim de concluir que o trespasse e o saneamento por transmissão não se encontram expressamente excluídos do plano de revitalização, pelo que, só com fundamento em que tal medida contrariaria o regime e natureza do PER, seria possível afastar a sua admissibilidade. Porém, atendendo à sua adequação como medida de recuperação, parece-nos ser de concluir pela sua admissibilidade nos planos de revitalização adotados no PER.

Impõe-se, no entanto, adaptar o regime do trespasse (e do saneamento por transmissão) à natureza do PER – o próprio legislador refere esta necessidade nas várias remissões para o regime do plano de insolvência (e.g. artigos 17.º-A, n.º 3 e 17.º-F, n.º 7).

Nesta medida, parece-nos essencial determinar se a natureza do PER se compadece com a situação em que a devedora transmite, por meio de um trespasse, o seu único estabelecimento, o que a deixará sem património relevante, podendo inclusivamente culminar com a sua dissolução em sede de homologação, à semelhança do que sucede no âmbito da insolvência³⁰. A resposta depende do entendimento que se tenha sobre “recuperação” no

processo de insolvência e no PER: visa-se a recuperação de “empresas” ou a “recuperação de entidades jurídicas”?

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, o legislador referiu-se várias vezes à “recuperação da empresa”³¹, destacando que com o novo CIRE “cessa ainda o carácter taxativo das medidas de recuperação da empresa tal como constante do CPEREF. O conteúdo do plano de insolvência é livremente fixado pelos credores, limitando-se o juiz, quando atue oficiosamente, a um controlo da legalidade, com vista à respectiva homologação. Não deixam de indicar-se, em todo o caso, algumas das medidas que o plano pode adotar, regulando-se com mais detalhe certas providências de recuperação específicas de sociedades comerciais, dado o relevo por estas assumido na actividade económica e empresarial”. Por outro lado, também destacou o legislador que no CIRE “(...) previnem-se os casos de legislação que preveja a caducidade de autorizações para o exercício de actividades em resultado de falência do respectivo titular, esclarecendo que a mera declaração de insolvência pode não envolver a referida caducidade, assim permitindo a eventual aprovação de plano de insolvência que preveja a recuperação da empresa sem alteração do respectivo titular”, o que significa que poderá haver recuperação da empresa com alteração do respetivo titular. O legislador demonstrava a sua preocupação com a “recuperação da empresa” e não tanto de uma pessoa, singular ou coletiva.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII³², que deu origem à Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que introduziu em Portugal o PER, o legislador evidenciava a sua preocupação em privilegiar “sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial”. O artigo 17.º-A, por sua vez, estabelecia, na sua versão originária, que “o processo especial de revitalização destina[va]-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização” (sublinhado nosso). Também na Resolução do Conselho de Ministros

28 A este propósito, escreve Fátima Reis Silva, “Paralelismos e diferenças entre o PER e o processo de insolvência – o plano de recuperação”, in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, Almedina, 2016, p. 139 que “[p]arece-me ser muito clara a intenção do legislador do PER de remissão para todo o Título IX do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e não apenas para as regras de aprovação e homologação – se fosse esse o caso a remissão teria sido feita apenas para o Capítulo II do Título IX”.

29 Ainda a propósito da redação do artigo 17.º-F, anterior às alterações trazidas pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, a qual previa, nos termos do seu n.º 5, a remissão para (apenas) os artigos 215.º e 216.º, concluiu o STJ, no seu Ac. de 25.11.2014, processo n.º 414/13.6TYLSB.L1.S1 (relatora Ana Paula Boularot), disponível em <http://www.dgsi.pt>, que “[a] unidade do sistema jurídico, impõe que as leis se interpretem umas às outras, o que no caso em apreço conduz à asserção de que não contendo as regras específicas relativas ao PER – constantes dos artigos 17º-A a 17º-I, qualquer dispositivo específico de onde deflua quais os itens a observar aquando da elaboração do «plano» e remetendo aquele normativo, para o Título IX, respeitante ao «Plano de Insolvência», embora se destacando o que preceituam os artigos 215º e 216º, igualmente insertos naquele Título, mas não descartando a aplicação de todos os outros que o enformam, parece não se poder concluir que as regras respeitantes àquele plano insolvencial não tenham aplicação no PER”.

No mesmo sentido se pronunciou o TRC, no Ac. de 03.06.2014, processo n.º 281/13.0TBOHP-A.C1 (relatora Catarina Gonçalves): “(...) o art. 17º-F, nº 5, do CIRE determina que o juiz, na decisão a proferir sobre a homologação ou não do plano de recuperação, deve aplicar, com as necessárias adaptações, as regras vigentes em matéria de aprovação e homologação do plano de insolvência previstas no título IX, importando notar que, nesse título IX, estão incluídas as normas referentes ao conteúdo do plano, bem como o art. 217º supra citado”. Ainda, nos mesmos termos, o Ac. STJ de 05.12.2013, processo n.º 2088/12.2TBFAF-B.G1 (relatora Helena Melo). Todos os Acs. estão disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

30 Referindo o efeito automático da extinção da sociedade, previsto no artigo 78.º, n.º 2, no âmbito do acordo de credores do CPEREF antes da revisão de 1998, o Ac. Tribunal Constitucional n.º 317/97, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>. Com a revisão de 1998, aquele artigo passou a prever a extinção para os casos em que abrangesse o património todo do devedor insolvente.

31 Parágrafos 7, 9, 13, 32 e 52 do Preâmbulo.

32 Proposta de Lei 39/XII/1, disponível em www.parlamento.pt.

n.º 43/2011, de 25 de outubro, houve uma preocupação com os devedores. Não obstante as várias referências à “recuperação da empresa”, o legislador estabeleceu os “Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores”, numa clara preocupação com a recuperação das pessoas (singulares e coletivas?) e não apenas com as empresas que integrem os seus patrimónios. Na aplicação destas regras, surgiram posições diferentes na doutrina³³ e na jurisprudência³⁴ sobre se o PER estaria ao dispor de pessoas singulares que não fossem titulares de uma empresa.

O CIRE foi então alterado pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, aprovado no âmbito do “Programa Capitalizar”³⁵, em que o legislador expressava os seus objetivos: “[a] postou-se na credibilização do processo especial de revitalização (PER) enquanto instrumento de recuperação, reforçou-se a transparência e a credibilização do regime e desenhou-se um PER dirigido às empresas, sem abandonar o formato para as pessoas singulares não titulares de empresa ou comerciantes”. O PER deixou de estar ao dispor de pessoas singulares não empresários ou agentes económicos, passando a estar apenas ao dispor de “empresas”³⁶. Esta alteração trouxe um impacto significativo no CIRE, porque a noção de empresa do artigo 5.º deixou de

ser totalmente compatível com todas as regras previstas no Código. Se de facto é possível a transmissão da empresa³⁷ (na definição do artigo 5.º) como forma de recuperação no âmbito do processo de insolvência (alínea c), do n.º 2 do artigo 195.º), a maioria das normas do PER passaram agora a dispor que é a empresa (e não o “titular da empresa”, conforme referido na alínea b), do n.º 2 do artigo 195.º) a realizar um conjunto de atos: uma leitura pelos artigos 17.º-A e seguintes rapidamente demonstra que será à “empresa” que incumbe manifestar a vontade de iniciar o PER, apresentar a proposta de plano de revitalização, comunicar aos credores, entre outros, tudo condutas que se esperaria que o legislador colocasse ao dispor do “titular da empresa” e não da “empresa” em si. Portanto, a partir de 2017, “empresa” passou a significar também o “titular da empresa”³⁸, cabendo ao intérprete-aplicador apurar qual o significado mais adequado a cada preceito. Apesar de nos parecer uma questão complexa e até controversa, entendemos que se alterou também o paradigma do CIRE, preocupando-se mais o legislador no âmbito do PER com a “empresa” e não tanto com o seu titular (até porque o PER deixou de estar disponível para as pessoas singulares não titulares de empresas³⁹).

33 Na doutrina, começaram por sustentar a tese da inaplicabilidade do PER às pessoas singulares Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 140, e Paulo Olavo Cunha, “Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades” in *II Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2014, pp. 220-221. No entanto, a maioria da doutrina, pronunciava-se em sentido contrário, designadamente Catarina Serra, “Processo especial de revitalização – contributos para um ‘rectificação’”, in *ROA*, II/III, 2012, pp. 715 e ss.; Isabel Alexandre, “Efeitos processuais nas ações declarativas”, in *Revista de Direito Comercial*, 2017, pp. 235-236; Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização, Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra Editora, 2014, pp. 13-14 e Paulo de Tarso Domingues, “O processo especial da revitalização aplicado às sociedades comerciais”, in *I Colóquio do Direito da Insolvência de Santo Tirso* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2014, pp. 14 e ss.

34 Nos primeiros anos em que o PER foi aplicado, era consensual que este se aplicava a qualquer devedor, independentemente da sua natureza. Neste sentido vejam-se, por exemplo, o Ac. TRP de 15.11.2012, processo n.º 1457/12.2TJPT (relator José Amaral), o Ac. TRP de 14.05.2013, processo n.º 1172/12.7TBMNC.P1 (relator Vieira e Cunha) e o Ac. TRP de 01.12.2014, processo n.º 503/14.0TBVFR.P1 (relator Caimoto Jácome). Todos os Acs. encontram-se disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

No entanto, a partir de 2015, começaram a surgir na jurisprudência decisões contraditórias. Como explicou Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 377, “por mais do que uma vez, chegaram a ser proferidas, no mesmo dia e no mesmo tribunal, decisões em sentido oposto”, evidenciando, para o efeito, o Ac. TRE de 10.09.2015, processo n.º 979/15.8TBSTR.E1 (relator Abrantes Mendes) e os Acs. do mesmo tribunal proferidos no mesmo dia no âmbito dos processos n.ºs 531/15.8TBSTR.E1, (relator Sílvio Sousa) e 1234/15.9T8STR.E1 (relatora Elisabete Valente) e, por outro lado, os Acs. proferidos pelo mesmo tribunal, no dia 09.07.2015, no âmbito dos processos n.ºs 718/15.3TBSTR.E1 (relator Silva Rato) e 1518/14.3TBSTR.E1 (relatora Conceição Ferreira). Começou mais tarde, então, a cristalizar-se a jurisprudência da aplicabilidade do PER somente a empresários. A este propósito e a título meramente exemplificativo, o Ac. STJ de 27.10.2016, processo n.º 381/16.4T8STR.E1.S1 (relator Fernando do Vale), o Ac. do mesmo tribunal de 18.10.2016, proferido no âmbito do processo n.º 65/16.3T8STR.E1.S1 e relatado por Júlio Vieira Gomes) e o Ac. do mesmo tribunal de 21.6.2016, processo n.º 3377/15.0T8STR.E1.S1 (relatora Ana Paula Boularot). Para mais Acs. neste sentido, vejam-se todos os elencados por Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 377-378, nota 685. Todos os Acs. encontram-se disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

35 Aprovado através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto, enquanto programa estratégico de apoio à capitalização das empresas, à retoma do investimento e ao relançamento da economia, com o objetivo de promover estruturas financeiras mais equilibradas, reduzindo os passivos das empresas economicamente viáveis, ainda que com níveis excessivos de endividamento, bem como de melhorar as condições de acesso ao financiamento das micro, pequenas e médias empresas.

36 O artigo 1.º, n.ºs 2 e 3 do CIRE passou a estabelecer a dicotomia, nos seguintes termos: “2 – Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, a empresa pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I. 3 – Tratando-se de devedor de qualquer outra natureza em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, este pode requerer ao tribunal processo especial para acordo de pagamento, previsto nos artigos 222.º-A a 222.º-I”.

37 Ou de várias empresas, pois o património do devedor pode ser composto por mais do que uma.

38 Por outras palavras, Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 376-382, notando a dicotomia entre “empresa (objeto)” e a “empresa [que] passa a ser um sujeito”, em especial na p. 381.

39 Conforme destacado pelo Ac. STJ de 30.04.2019, processo n.º 2636/17.1T8SNT.L2.S2 (relator Raimundo Queirós), “E se dúvidas existiam, a situação ficou clarificada, no sentido da interpretação supra referida, com a publicação do DL n.º 79/2017 de 30 de Junho. (...) Assim, no que respeita à questão de a pessoa singular não comerciante e/ou sem empresa estar ou não integrada no âmbito de aplicação do PER, a alteração legislativa veio restringir esse âmbito subjectivo de aplicação, consagrando literalmente que é a “empresa” o núcleo dessa aplicação – apenas devedores titulares (da propriedade e/ou exploração) de empresa, comercial ou não (tendo em conta o art. 5.º do CIRE, que só refere “actividade económica”; logo, comerciantes ou não, pois as atividades podem ser jurídico-mercantis ou não, desde que empresários naquele sentido), que estejam em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente. O que reforça a posição que adoptamos, no sentido de que este específico procedimento se aplica apenas às empresas ou a pessoas singulares agentes económicos e não também a pessoas singulares *tout court*”. No mesmo sentido, pronunciaram-se os Acs. TRG de 17.12.2018, processo n.º 2844/18.8T8VCT.G1 (relatora Eugénia Cunha) e de 23.11.2017, processo n.º 206/17.3T8VRL.G1 (relatora Raquel Baptista Tavares) e o Ac. TRC de 02.08.2017, processo n.º 1535/17.1T8CBR.C1 (relator Fernando Monteiro). Todos os Acs. encontram-se disponíveis em <http://www.dgsi.pt>. Entre a doutrina, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, Almedina, 2018, p. 337, refere que “[a]o processo especial de revitalização apenas podem recorrer as empresas, independentemente de serem pessoas singulares ou coletivas”; Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 2019, p. 414, explicando “[e]m consequência desta alteração legislativa, podemos agora afirmar “com segurança”, por um lado, pela positiva, que o PER se aplica a qualquer empresa (titulada por pessoa singular, por pessoa coletiva ou que integra um património autónomo – art. 2.º, n.º 1), e, por outro lado, pela negativa, que o PER não se aplica a quem não tiver o estatuto de empresa” e, ainda, Diana Trindade, “O Processo Especial de Revitalização – Análise Crítica da Reforma e o Desígnio da Recuperação”, in *Estudos de Direito da Insolvência*, Vol. II, Almedina, 2019, pp. 71-72, que também concorda que “[o] PER não se aplica a pessoas singulares que não sejam comerciantes, nem exerçam uma atividade económica empresarial. A ideia de recuperabilidade tem sido associada à existência de uma empresa e à qualidade de empresário”.

Deste modo, tendemos a admitir que o trespasse poderá operar relativamente ao único estabelecimento compreendido no património da devedora. Partindo do elemento literal, veja-se que, não só o legislador se refere à “*recuperação da empresa*” como finalidade última do PER (e não da devedora ou do seu titular), nos termos do n.º 1 do artigo 17.º-A, como, inclusivamente, se absteve de usar – uma única vez – entre os artigos 17.º-A e 17.º-J, a palavra “*devedora*”. Mas, mais importante do que qualquer argumento literal, é aquele que se pode retirar do fim e natureza do próprio PER que, como se sabe, passa pelo primado da recuperação, tida como a melhor solução para os interesses de todos os sujeitos envolvidos e da própria economia⁴⁰. A nosso ver, é a prossecução e salvaguarda destes interesses que deve orientar a admissibilidade ou inadmissibilidade de qualquer medida que venha a ser contemplada num plano de revitalização. Como tal, num cenário em que se conclua que a melhor salvaguarda e prossecução destes interesses passará pela recuperação da empresa, ainda que desligada da recuperação da devedora⁴¹, deve ser admissível seguir esse caminho, quer por via da liquidação da devedora após a transmissão da empresa, quer por via da adoção de providências (e.g. alteração do objeto social) que lhe permitam a prossecução de outras atividades após o encerramento do processo. Até porque, como destacou Catarina Serra⁴², “[q]uem exerce aquela atividade económica (a empresa) não se extingue por haver liquidação nem sobrevive necessariamente por haver recuperação. Para a empresa, em contrapartida, a recuperação é a única forma de assegurar a sobrevivência ou continuidade. A empresa e só a empresa é, portanto, suscetível de recuperação”.

3.3. Regime jurídico da transmissão

Sendo prevista a transmissão de estabelecimentos no plano de revitalização, esta fica sujeita ao regime substitutivo previsto nas regras gerais, com as adaptações que resultem do regime jurídico aplicável à reestruturação. Como tal, iremos de seguida analisar a forma da transmissão, o seu objeto (destacando a transmissão de ativos, passivos e outras posições jurídicas que englobam o estabelecimento), a contrapartida a pagar pela aquisição do estabelecimento, a qualidade e o sujeito que o irá adquirir, bem como, a composição do seu capital social, terminando com as limitações gerais de um plano de revitalização que contemple um trespasse (incluindo o saneamento por transmissão).

3.3.1. Forma da transmissão

A previsão da transmissão de estabelecimentos, nos termos descritos, opera por trespasse, um negócio jurídico de transmissão unitária e definitiva⁴³ da propriedade de um estabelecimento⁴⁴ da esfera de um sujeito para outro e que pode operar através de diversas figuras jurídicas negociais. Estamos perante uma “*transmissão do estabelecimento quando pelo contrato se atribuem ao adquirente as faculdades de disposição e de decisão sobre os elementos corpóreos e incorpóreos da empresa*”⁴⁵. Desta forma, o regime jurídico aplicável à transmissão é aquele que resulta do negócio jurídico transmissório que lhe está subjacente⁴⁶, operando, em qualquer caso, a transmissão unitária dos elementos que compõem o estabelecimento⁴⁷.

40 Relembre-se o contexto em que foi aprovado o PER, vertido desde logo no primeiro parágrafo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2012, de 3 de fevereiro, do que resulta que “[u]m dos principais objetivos de política económica do XIX Governo Constitucional consiste na criação de apoios e incentivos à reestruturação e revitalização do tecido empresarial, dadas as externalidades positivas que promove, como sejam a criação de postos de trabalho, o crescimento das exportações, o fomento do desenvolvimento regional, em particular das regiões mais carecidas, o dinamismo das entidades da economia social, bem como o contributo para a estabilização do sistema de segurança social”.

41 Contra este entendimento, parece ir Paulo Olavo Cunha, “A recuperação de sociedades no contexto de PER e da insolvência: âmbito e especificidades resultantes da recuperação da situação de crise da Empresa”, in *Revista de Direito da Insolvência*, Ano 0, Almedina, 2016, pp. 110, que entende que “[n]o PER, a empresa continua necessariamente sob o controlo do devedor, pelo que os interesses deste não são despendidos, diversamente do que pode suceder no plano de insolvência, em que a empresa pode continuar nas mãos do devedor, mas pode também mudar de dono, passando para o controlo de um terceiro”.

42 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 319-320, embora nunca se pronunciando concretamente sobre o tema em análise, não parece excluir a nossa proposta quando destaca na nota 601 que “[i]sto é mais visível no caso das pessoas singulares, mas não seixa de ser verdadeiro nos casos restantes, como por exemplo, das sociedades comerciais. A liquidação patrimonial (para que o processo de insolvência propende) não extingue imediatamente a sociedade e a recuperação da empresa não garante a sobrevivência da sociedade (a sobrevivência da empresa pode ser assegurada através da sua transmissão para outra sociedade)”.

43 Neste sentido, José Engrácia Antunes, “A empresa como objecto...”, in *ROA*, n.º 68, 2008, pp. 718-719: “O trespasse pode ser genericamente definido como o negócio de transmissão a título definitivo da propriedade de uma empresa. São duas as suas notas distintivas essenciais. Duma banda, trata-se de um negócio que tem por objecto directo a empresa enquanto organização unitária de meios produtivos. (...) Doutra banda, trata-se de um negócio de transmissão a título definitivo da empresa”. Na mesma linha, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade. As empresas no Direito*, Coleção Teses, Almedina, 1996, p. 325 e Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2020, p. 333.

44 No âmbito de um trespasse, o estabelecimento transmitido não necessita de ser um estabelecimento comercial. Neste sentido, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade...*, Coleção Teses, Almedina, 1996, p. 324 e Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito...*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2020, p. 332, que referem que “[n]ada impede, dentro do âmbito da autonomia privada – artigo 405.º do CC – que sejam trespasados estabelecimentos não mercantis entre não comerciantes ou fora o exercício do comércio, caso em que o trespasse será civil”. Recorde-se, no entanto, que também a natureza jurídica do estabelecimento comercial tem sido muito discutida pela doutrina. Sobre o assunto, vide, entre outros, Fernando Olavo, *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra Editora, 1964, pp. 171-182. Barbosa de Magalhães, *Do estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, Edições Ática, 1951, pp. 77-131, e António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito...*, Almedina, 2012, pp. 338 e ss. Contudo, note-se que, no âmbito do PER e do processo de insolvência, devido, designadamente, ao disposto no artigo 5.º, o mais comum será que o estabelecimento transferido seja comercial, o que não prejudicará a transmissão de outros estabelecimentos (civis) cumulativamente.

45 António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, “Compra e venda...”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra Editora, p. 703.

46 Podendo, assim, ter a natureza jurídica de uma compra e venda, de uma cessão, de uma dação em pagamento, de um contrato de sociedade, de uma doação ou de outras figuras, como destacam Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade...*, Coleção Teses, Almedina, 1996, p. 326; Fernando Gravato Morais, *Alienação e oneração de Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 80 e ss. e António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, 4.ª Edição, Almedina, 2016, p. 343.

47 O que sucede, mesmo que para a transferência de alguns desses elementos seja necessário o consentimento de terceiros. Assim, António Menezes Cordeiro, *Direito...*, 4.ª Edição, Almedina, 2016, p. 341, destacando que “[...] não deixa de haver transmissão unitária pelo facto de, para a perfeita transferência de alguns dos elementos envolvidos, se exigir o consentimento de terceiro. É o que vimos suceder com o passivo, com os contratos de prestação recíprocos e é o que sucede, como veremos, com a própria firma. O trespasse de estabelecimento que tudo englobe continua a fazer-se por um único negócio, com todas as facilidades que isso envolve.”

Apesar de não ser expressamente regulado, este é um negócio oneroso que é socialmente típico – a regulação do “*tipo social do trespasse encontra-se nos usos e costumes do tráfego. É direito consuetudinário*”⁴⁸.

Assim, quando enquadrado num plano de revitalização e porque este é objeto de sentença homologatória, a transmissão do estabelecimento e todos os seus elementos, ocorre por efeito imediato da sentença que “*confere eficácia a quaisquer atos ou negócios jurídicos previstos no plano (...), independentemente da forma legal prevista*” (artigo 217.º, n.º 2, aplicável *ex vi* do artigo 17.º-F, n.º 7⁴⁹). A isto acresce o disposto na alínea a), do n.º 3 do mesmo preceito que determina que a sentença “*constitui título bastante para: a) a constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que deva adquirir, bem como para a realização dos respetivos registos*”.

3.3.2. Objeto da transmissão

O objeto da transmissão prevista no plano é o estabelecimento, com todos os elementos que este englobe. Existe uma ampla liberdade na definição dos elementos que são transmitidos no âmbito do trespasse⁵⁰. No silêncio das partes, terá lugar a transmissão de todos os elementos empresariais na disposição do trespasante que integrem

o património que constitui o estabelecimento (entre os quais se destacam os ativos, passivos e posições jurídicas) e, neste sentido, os elementos que compõem o exercício da atividade do estabelecimento⁵¹.

Tem sido defendido, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que “*a generalidade dos créditos e débitos da empresa, permanecem, salvo convenção em contrário, com o alienante*”⁵², não obstante a possibilidade de se acordar expressamente a sua transmissão, assegurando-se os consentimentos exigidos para o efeito. Pelo que, o melhor será a devedora e os credores discriminarem no plano os ativos que pretendem que sejam transmitidos.

Podem a devedora e os seus credores selecionar os ativos transferidos ou excluir certos ativos, desde que com isso não se descaracterize a unidade económica transmitida. Pode, inclusivamente, a empresa/estabelecimento ser dividida em vários estabelecimentos⁵³. Isto sem prejuízo da admissibilidade da transmissão de ativos (e.g. em dação em pagamento), já fora do contexto do trespasse (e do saneamento por transmissão)⁵⁴.

48 Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito...*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2020, p. 333. No mesmo sentido, Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos, “O direito da aquisição de empresas: uma introdução”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, pp. 54 e ss., embora reconhecendo que o trespasse tem vindo a perder relevância no paradigma da aquisição de empresas, dando antes lugar, com o desenvolvimento do mercado, designadamente, às ofertas públicas de aquisição e fusões, que têm vindo a ocupar o seu lugar. Além desses negócios, como já referimos, também os *share deals* ocupam, nos dias de hoje, uma relevância incontornável.

49 A propósito da nova redação do artigo 17.º-F, que alargou a remissão para as regras do plano de insolvência, agora contida no n.º 7 daquele preceito, pronuncia-se Rui Pinto, em “A execução do aval – algumas notas com ilustração jurisprudencial”, in *Revista Julgar*, 12.06.2019, disponível em <http://julgar.pt>, concluindo pela aplicabilidade do artigo 217.º – preceito não incluído na remissão específica do n.º 7 do artigo 17.º-F – ao plano de revitalização. Com a mesma conclusão, e citando este último Autor, o Ac. TRP de 14.05.2020, processo n.º 1775/18.6T8LOU-A.P1 (relator Francisco Mota Vieira). Toda a jurisprudência aqui citada, encontra-se disponível em <http://www.dgsi.pt>.

50 António Menezes Cordeiro, *Direito...*, 4.ª Edição, Almedina, 2016, p. 343 refere que “[p]or certo que as partes, ao abrigo da sua autonomia privada, poderão, do estabelecimento, retirar os elementos que entenderem. O trespasse não deixará de ser até ao limite de o conjunto transmitido ficar de tal modo descaracterizado que já não possa considerar-se um “estabelecimento” em condições de funcionar”. Também Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 12.ª Edição, Almedina, 2019, p. 297 destaca que “[n]um concreto negócio de trespasse, gozam as partes de liberdade para excluir da transmissão alguns elementos do estabelecimento”. Ainda no mesmo sentido, Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito...*, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2020, p. 334.

51 Destacam-se os enumerados por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade...*, Coleção Teses, Almedina, 1996, p. 329 a título de exemplo, “*máquinas, utensílios, matérias-primas, mercadorias, inventos patenteados, modelos de utilidade, desenhos ou modelos*” e, segundo o Autor, “*quando não se faça menção à transmissão do prédio e não se conclua, por interpretação do negócio, que ele foi excluído, deve concluir-se que a propriedade do mesmo foi (naturalmente) transmitida*”. É, no entanto, de destacar que o trespasse que tenha por efeito a transferência da propriedade do imóvel onde o estabelecimento comercial está instalado, carece do averbamento da inscrição do prédio no registo predial, por força do artigo 101.º, n.º 1, alínea g) do Código do Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho.

52 Neste sentido, entre outros, José Engrácia Antunes, “A empresa como objecto...”, in *ROA*, n.º 68, 2008, p. 759, e Fernando Gravato Morais, *Alienação e oneração...*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 305-308, referindo que “[o]s créditos do trespasante ligados à exploração da empresa mas cujos objetos não sejam meios do estabelecimento não devem considerar-se, dissemos já, elementos ou meios empresariais. Todavia, podem ser transmitidos com o estabelecimento, desde que trespasante e trespasário nisso concordem. (...) Os contratos (*rectius*, posições contratuais do trespasante) ligados à exploração da empresa, mas cujos objetos (imediatos) não sejam elementos do estabelecimento, também não devem ser considerados, recorde-se, elementos ou meios empresariais. Mas podem igualmente ser transmitidos (...). Contudo, tais posições contratuais e débitos não fazem parte, em regra, de qualquer dos âmbitos de entrega, nem sequer do âmbito convencional – pois (ainda em regra) a respetiva transmissão exige a intervenção de terceiros (...). É o que resulta das normas legais. Assim para os contratos, e ressalvadas as hipóteses previstas na lei, valem as regras dos arts. 424.º e ss. do CCiv. (...)”.

No âmbito da jurisprudência, veja-se o entendimento do STJ no Ac.de 03.07.2018, processo n.º 172/12.1TBCT.G1.S2 (relator Fonseca Ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt>, onde se afirma que “[i]mporta, pese embora a afinidade, que a medida de recuperação insolvencial tem com o trespasse do estabelecimento comercial, sendo o CIRE omissivo quanto à transmissibilidade dos créditos, não acolher acriticamente o regime do art. 577º do CC relativo à cessão de créditos, para exigir como requisito de validade da cessão do estabelecimento comercial a menção expressa da cedência dos créditos e débitos ligados à exploração do estabelecimento”.

53 Considerando que o estabelecimento pode ser alienado de forma fracionada, Pedro Pidwell, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 208, que recorda que a alienação fracionada era expressamente prevista no artigo 86.º, n.º 1 do CPREF. Também Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 145 destaca que “[m]as isto não impede divisões, nos casos em que a empresa, sendo embora uma, é divisível em várias empresas (ramos), nem impede soluções mistas que assentem na transmissão unitária da empresa”.

54 Paralelamente, podem ser também transferidos para o terceiro outros ativos que não englobem o estabelecimento, na medida em que se trate de uma providência suscetível de ser adotada no plano. Contudo, uma vez que esses ativos não integram a unidade económica do estabelecimento, deverá ficar contemplada no plano a contrapartida paga pela sua transmissão, separadamente da que é referida para a transmissão do estabelecimento.

Já relativamente ao passivo da devedora⁵⁵, a sua transmissão no âmbito do trespasse dependerá sempre do consentimento do respetivo credor, conforme determina o regime da transmissão singular de dívidas – a transmissão “só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado” (artigo 595.º, n.º 2 do Código Civil). A este propósito, escreve António Menezes Cordeiro⁵⁶, que “[p]erante um trespasse de âmbito máximo, que englobe, pois, o passivo, teremos de distinguir os seus efeitos internos dos externos. Quanto aos internos, o trespasário adquirente fica adstrito, perante o trespasante, a pagar aos terceiros o que este lhes devia. Quanto aos externos: o alienante só ficará liberto se os terceiros, nos termos aplicáveis à assunção de dívidas e à cessão da posição contratual, o exonerarem ou derem acordo bastante”.

Contudo, uma vez que o plano de revitalização depende da aprovação dos credores no âmbito de um processo híbrido⁵⁷ e universal⁵⁸, questiona-se se pode ser dispensado o consentimento daqueles credores que são abrangidos pelo plano, mesmo que votando contra a sua aprovação⁵⁹, quer para a transmissão de dívidas, quer para o efeito liberatório da devedora, criando-se um regime diverso do regime geral. Parece ter sido mesmo esse o objetivo do legislador: dispensar o consentimento dos credores quanto à transmissão de dívidas, mas não quanto ao efeito liberatório dessa transmissão. Neste âmbito, prevê o n.º 2 do artigo 202.º que “a dação de bens em pagamento dos créditos sobre a insolvência, a conversão destes em

capital ou a transmissão das correspondentes dívidas com efeitos liberatórios para o antigo devedor depende da anuência dos titulares dos créditos em causa”, excluindo apenas, nos termos do n.º 3 daquele preceito, “o caso em que a dação em pagamento⁶⁰ de créditos comuns ou subordinados tenha por objeto créditos sobre a nova sociedade ou sociedades decorrentes da aquisição de estabelecimentos à massa”.

Resulta assim destes preceitos que: (i) a transmissão das dívidas sem efeitos liberatórios não carece do consentimento dos credores, mas apenas da entidade que irá adquirir o(s) estabelecimento(s)⁶¹, (ii) o consentimento dos credores para o efeito liberatório da transmissão das dívidas só poderá ser dispensado no caso dos credores comuns e subordinados (operando a atribuição de um crédito sobre a entidade adquirente) e, a contrario, (iii) esse efeito liberatório da transmissão das dívidas é essencial no caso dos créditos garantidos e privilegiados⁶². Portanto, caso a devedora e os seus credores acordem, no plano de revitalização, a transmissão (total ou parcial) do passivo relativo ao estabelecimento transmitido (acompanhando-o), poderão definir que essa transmissão terá efeitos liberatórios para a devedora, desde que assegurado o consentimento dos credores desses créditos. Se assim for, a homologação do plano terá como efeito a exoneração da devedora e dos seus responsáveis legais de todas as dívidas transferidas por meio desta medida de saneamento, nos termos da alínea a), do n.º 3 do artigo 217.º, às quais se somarão as que resultem do cumprimento do plano, nos termos da alínea c) do artigo

55 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade...*, Coleção Teses, Almedina, 1996, p. 336: “Avanço já o princípio: tais contratos (rectius, posições contratuais), créditos e débitos não cabem em regra no âmbito natural da entrega”. Também Fernando Gravato Morais, *Alienação e oneração...*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 309 refere que “[m]ais debatida (...) tem sido a transmissão singular de dívidas (ou, mais latamente, a responsabilização ou co-responsabilização do trespasário pelas dívidas relativas ao estabelecimento anteriores ao trespasse). (...) Os trabalhos preparatórios dos atuais CCom. e CCiv. registam propostas especificamente dirigidas à tutela dos credores do trespasante, mas nenhuma delas obteve consagração legal. São pois aplicáveis as regras gerais do direito Civil. (...) Por conseguinte, ainda que num escrito se diga (como às vezes se diz) que o estabelecimento é trespasado “com todo o seu ativo e passivo”, esse facto, por si só, não significa assunção pelo trespasário das dívidas do trespasante relativas ao estabelecimento; a transmissão dos débitos exige o consentimento dos credores”.

56 António Menezes Cordeiro, *Direito...*, 4.ª Edição, Almedina, 2016, p. 343.

57 Segundo Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 359, “[s]ão híbridos porque combinam, em rigor, uma fase informal (ou negocial) e uma fase formal (judicial), acumulando, portanto, as vantagens de uma e de outra. A sua função económica é evitar ou reduzir as resistências e os bloqueios sem as despesas associadas à abertura e/ou ao curso de um processo de insolvência, o que é alcançado através da substituição da regra do consentimento individual, típica dos contratos, pela regra do consentimento coletivo, característica dos processos tradicionais”. No mesmo sentido, Fátima Reis Silva, “Paralelismos e diferenças...”, in *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, Almedina, 2016, pp. 135- e 136.

58 O caráter universal do PER resulta, desde logo, do artigo 17.º-D, n.ºs 1 e 2, que determina que a empresa comunica, de imediato e por meio de carta registada, a todos os seus credores, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando-os a participar, caso assim o entendam, nas negociações, devendo os credores apresentar as respetivas reclamações de crédito. Além disso, o artigo n.º 10 do artigo 17.º-F dispõe que “a decisão de homologação vincula a empresa e os credores, mesmo que não hajam reclamado os seus créditos ou participado nas negociações, relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferida a decisão prevista no n.º 4 do artigo 17.º-C (...)”. Por essa razão, afirma Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 453 que “[o] principal efeito da decisão de homologação é que o plano de recuperação homologado vincula a empresa e os credores mesmo que não hajam reclamado os seus créditos ou participado nas negociações. O plano de recuperação converte-se, assim, num instrumento contratual atípico, dotado de características que não estão ao alcance da autonomia privada – num contrato com “eficácia reforçada”. É a lei que opera esta transformação: ela restringe a liberdade individual e subordina-a à vontade coletiva ou da maioria ou, por outras palavras, substitui a regra do consentimento individual, típica dos contratos, pela regra do consentimento coletivo”.

59 Não se colocam dúvidas quanto aos credores que votem favoravelmente o plano, já que o consentimento destes se considera tacitamente prestado em virtude da remissão que a parte final do n.º 2 do artigo 202.º faz para a parte final do n.º 2 do artigo 194.º. Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 744.

60 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 743, referindo que “a hipótese prevista no n.º 3 e excecionada do regime do n.º 2 não substancia uma verdadeira dação de bens, mas antes a assunção ou transmissão singular de dívidas – figura que, aliás, o n.º 2 também expressamente contempla”.

61 Neste sentido, em concreto sobre o saneamento por transmissão no processo de insolvência, Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 151, destaca que “(...) não parece que as dívidas constituídas na exploração, sendo débitos puros, possam passar naturalmente com o estabelecimento – isto é, sem o assentimento de quem os adquire”.

62 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 674.

197.⁶³, assim contribuindo a medida para o saneamento do passivo da devedora. Caso não exista consentimento para a liberação da devedora, existirá a transmissão do passivo para o adquirente do(s) estabelecimento(s), mas a devedora “*responde[rá] solidariamente com o novo obrigado*”.

Assim sendo, a possibilidade de *cherry picking* (dentro dos limites legais) é uma das características deste modelo de transmissão de empresas, por contraposição à transmissão indireta – onde, fora casos excepcionais, não existem mutações no património da sociedade transmitida, mas tão só a alteração do titular do seu capital. No entanto, e como bem evidenciam Carvalho Fernandes e João Labareda, “[h]á, porém, que garantir que o recurso ao saneamento por transmissão não pode comportar-se como um meio de enriquecimento de alguns credores nem de empobrecimento de outros, do devedor ou dos seus associados”⁶⁴. Poderá, nessa medida, e como já referido, regular-se a transmissibilidade de parte ou da totalidade do passivo, desde que, em todo o caso, fique assegurado o respeito pelo princípio da igualdade dos credores, a que se refere o artigo 194.^o, bem como, os demais limites legalmente estabelecidos, que abordaremos adiante.

Finalmente, quanto às posições contratuais, demais situações jurídicas e outros direitos atribuídos por títulos de entidades públicas ou privadas (e.g. licenças de atividade) que sejam detidos pela empresa, na ausência de regra expressa do CIRE nesse sentido, a transmissão do estabelecimento no PER apenas implicará a transmissão simultânea de todas essas posições jurídicas e direitos quando houver consentimento das contrapartes e concedentes ou nos casos legalmente estabelecidos⁶⁵. No caso das posições contratuais, vigora o regime do artigo 424.^o do CC, sendo necessário, para as demais situações

jurídicas – designadamente as decorrentes da atribuição de licenças e outros títulos – analisar o regime aplicável e o seu carácter *intuitus personae*. A este respeito, recorde-se que o plano de revitalização se enquadra num processo urgente com vista à recuperação da empresa, permitindo o legislador a sua transmissão como forma de recuperação, o que poderia levar o intérprete/aplicador a procurar na *ratio* do regime um fundamento para a não aplicação da norma. Contudo, como já foi destacado, “*não se vê motivo para que, pelo recurso a um plano de insolvência perspetivado apenas como meio de satisfação dos interesses dos credores e alternativa à liquidação universal dos bens do insolvente, se pudesse alterar indiscriminadamente a posição de contrapartes ou outros terceiros com aqueles relacionados, que não podiam ser unilateralmente atingidos nem sequer no desenvolvimento normal dos procedimentos de liquidação*”⁶⁶.

3.3.3. Contrapartida da transmissão

O estabelecimento deverá ser adquirido mediante o pagamento de uma contrapartida, que o legislador estabeleceu, no artigo 199.^o, dever ser “*adequada*”. Tipicamente, o pagamento da contrapartida pelo adquirente do estabelecimento será realizado com a homologação do plano, no entanto, os credores podem aceitar, ao abrigo da autonomia privada, que o pagamento seja realizado noutros termos, de acordo com o que for estabelecido entre as partes.

A exigência da adequação visa, naturalmente, a proteção dos credores, especialmente daqueles cujos créditos não acompanham a transmissão do estabelecimento para o terceiro⁶⁷. No âmbito da insolvência, Pedro Pidwell nota que a concretização deste conceito indeterminado estará facilitada na maioria dos casos, porquanto a contrapartida

63 No âmbito do processo de insolvência, Assunção Cristas, “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, in *Themis, Novo Direito da Insolvência – Edição Especial*, 2005, pp. 131-150, bem como o Ac. STJ de 01.07.2014, processo n.º 504/10.7TCGMR.S1 (relator Hélder Roque), disponível em <http://www.dgsi.pt>, em que se refere que «[d]ispõe, por outro lado, o artigo 197.º, c), que «na ausência de estatuição expressa em sentido diverso constante do plano de insolvência, o cumprimento do plano exonera o devedor e os responsáveis legais da totalidade das dívidas da insolvência remanescentes”, sendo certo que, uma vez encerrado o processo, “cessam todos os efeitos que resultam da declaração de insolvência, recuperando, designadamente, o devedor o direito de disposição dos seus bens e a livre gestão dos seus negócios, sem prejuízo dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa e do disposto no artigo seguinte”, atento o estipulado pelo artigo 233.º, n.º 1, a), ambos do CIRE. (...) Assim, as pessoas singulares e as pessoas coletivas responsáveis pelas dívidas ficarão libertas do que, após integral execução do plano de insolvência, não tiver sido pago, neste âmbito, desde que o plano não estipule, expressamente, a sua responsabilidade pelas dívidas que não forem abrangidas pelo plano».

64 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 734 e Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 150.

65 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 151, explica, a propósito do saneamento por transmissão no plano de insolvência, que “[v]alem assim, por exemplo as regras (...) de transmissão de posições contratuais – mas em certos casos, haverá que obter consentimento e, quanto aos créditos dos credores da insolvência, eles podem ser transmitidos para terceiro”. Também Rui Simões, “Aquisição de empresas...”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, p. 394, destaca que “[a] transmissão de estabelecimento tem por efeito legal a transmissão simultânea de determinados vínculos contratuais, entre os quais os vínculos laborais e arrendamento (artigos 285.º e seguintes do Código do Trabalho e artigo 1112.º do CC)”. Por outras palavras, salvo oposição, os trabalhadores afetos à atividade desenvolvida pelo estabelecimento em causa, que, por força dos artigos 285.º a 287.º do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na redação em vigor (CT), transitam com a transmissão do estabelecimento. Por outro lado, o Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10 de dezembro, na redação em vigor, prevê no seu artigo 31.º, n.º 8 que “salvo estipulação em contrário, o direito obtido por meio de licença de exploração não pode ser alienado sem consentimento escrito do titular do direito”. É então necessário que a devedora analise os seus contratos à procura de cláusulas de *change of control* para determinar a que contrapartes e concedentes precisa de solicitar a respetiva autorização para a transmissão.

66 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 734. Os Autores argumentam ainda, neste sentido, a não inclusão do n.º 2 do artigo 181.º do Anteprojeto (que correspondia ao atual artigo 199.º) na versão final do CIRE e que prescrevia expressamente a atribuição ao adquirente de todas as posições jurídicas e demais situações jurídicas da devedora, independentemente do acordo de terceiros.

67 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 150, destacando que “[t]erá que haver correspondência entre o valor da empresa transmitida e o sacrifício patrimonial”.

está “*intimamente relacionada com o valor económico do estabelecimento*”⁶⁸ em questão, e este é relativamente fácil de determinar, uma vez que, em sede de inventários (art. 153.º), deverá ter sido avaliado para efeito da apreensão”⁶⁹.

Sucede que, no âmbito do PER, não existe a realização de inventários, pelo que será sempre aconselhável que a transmissão do estabelecimento seja acompanhada de uma avaliação levada a cabo por entidades independentes, solicitada pela devedora – designadamente, com vista a transmitir uma ideia de credibilidade do seu plano – ou pelos credores, com descrição dos “*valores de continuidade*”⁷⁰ dos elementos empresariais (por contraposição aos “*valores de liquidação*”), para que os credores possam verificar a adequação da contrapartida no momento da aprovação do plano. Note-se ainda que, na definição da contrapartida, deverá ser considerada a subtração do valor dos créditos sobre a devedora que sejam cedidos à nova sociedade ou a terceiro, bem como, o valor das dívidas que permaneçam na devedora⁷¹.

Embora a transmissão da empresa se dê no âmbito do PER, em que a devedora está sujeita a princípios de transparência e boa-fé⁷², existe sempre alguma assimetria informativa – ainda que inferior à que é típica na aquisição de empresas no mercado⁷³ e fora de processos judiciais –, pelo que, não pode deixar de se recomendar que o terceiro adquirente da empresa/estabelecimento (que, note-se, poderá nem ser um credor) realize a sua *due diligence*⁷⁴.

3.3.4. Sujeito adquirente do estabelecimento e composição do capital social da nova sociedade

Quanto ao adquirente do estabelecimento, já nos pronunciámos pela posição de que o estabelecimento tanto pode ser transferido para uma entidade constituída no âmbito do processo, como para um terceiro (que poderá ser um credor, um sócio ou mesmo uma entidade que não seja de qualquer forma parte no processo, nem tenha qualquer relação com a devedora).

Parece clara a necessidade de o terceiro adquirente assumir a obrigação de continuar a explorar os estabelecimentos comerciais adquiridos, pelo menos, até que se encontrem pagos todos os créditos que acompanharam o respetivo estabelecimento e foram abrangidos e reestruturados no PER⁷⁵. Afinal, o plano tem em vista a revitalização da empresa e, se não fosse para se manter a atividade e a exploração do(s) estabelecimento(s) transmitido(s), a devedora optaria por liquidar a sociedade, nos termos dos mecanismos societários gerais ou, preenchidos os requisitos, apresentar-se-ia à insolvência. Outro entendimento, não se coadunaria, sequer, com o fim daquela medida com a qual se prevê o pagamento dos credores à custa dos rendimentos futuros gerados pela atividade, nem, portanto, com o elemento literal da alínea c), do n.º 2 do artigo 195.º.

Importa ainda sublinhar, para os casos do saneamento por transmissão, em que a transmissão do(s) estabelecimento(s) opera para uma nova sociedade constituída *ad hoc*, a possibilidade de conversão de créditos em capital estabelecida na lei. Embora seja duvidosa, ou pelo menos limitada, a possibilidade de os credores converterem diretamente os seus créditos em capital da nova sociedade⁷⁶, nada impede que se estipule que os credores entrem para o capital social da nova sociedade com os créditos que detêm sobre a devedora. A este propósito, referem

68 Segundo José Engrácia Antunes, “A empresa como objecto...”, in *ROA*, n.º 68, 2008, p. 771, nota 121, o valor da empresa constitui “*resultado de um processo de avaliação económica da empresa*”, por contraposição ao preço da empresa, que constitui o “*resultado do compromisso atingido entre o comprador e o vendedor*”. No mesmo sentido, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito...*, Vol. I, 12.ª Edição, Almedina, 2019, p. 345.

69 Pedro Pidwell, *O Processo de Insolvência e a Recuperação...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 207 e 208, nota 932.

70 Repare-se que já destacava Pedro Sousa Macedo, *Manual de Direito das Falências*, Vol. II, Almedina, 1968, p. 520, que o conjunto de valores que integram a massa falida que compõem uma empresa economicamente viável, têm um valor superior ao valor individual de cada elemento que o compõe. O mesmo se aplicará ao património da devedora no âmbito do PER.

71 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito...*, Vol. I, 12.ª Edição, Almedina, 2019, p. 345, na nota de pé de página n.º 347.

72 Cfr. Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011: “*Segundo Princípio. – Durante todo o procedimento, as partes devem actuar de boa-fé, na busca de uma solução construtiva que satisfaça todos os envolvidos. (...) Sétimo princípio – O devedor deve adoptar uma postura de absoluta transparência durante o período de suspensão, partilhando toda a informação relevante sobre a sua situação, nomeadamente a respeitante aos seus activos, passivos, transacções comerciais e previsões da evolução do negócio. Oitavo princípio – Toda a informação partilhada pelo devedor, incluindo as propostas que efectue, deve ser transmitida a todos os credores envolvidos e reconhecida por estes como confidencial, não podendo ser usada para outros fins, excepto se estiver publicamente disponível.*”

73 Que é destacada por José Engrácia Antunes, “A empresa como objecto...”, in *ROA*, n.º 68, 2008, pp. 752 e ss. e Catarina Monteiro Pires, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas. Problemas e Litígios*, Almedina, 2018, pp. 26 e 27.

74 Sobre estas, vide Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos, “O direito da aquisição de empresas...”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, pp. 26 e ss.

75 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 143: “*O saneamento obtém-se (obter-se-á) indiretamente, por via do papel do terceiro, e nas mãos deste, na medida em que a transmissão pressupõe a continuidade da empresa*”.

76 Designadamente, porque tal pode interferir com a exata formação do capital social daquela. Neste sentido, Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, pp. 733-734 e Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, pp. 150-151, reconhecendo este último Autor que esta medida “*implica maior reflexão (...)*”. Apesar daquela consideração, este Autor argumenta, na p. 147, “*(...) se a nova sociedade se considera imediatamente constituída com a providência homologada (...) a aquisição da qualidade de sócio dá-se, também, nesse momento e os créditos cuja conversão em participações na nova sociedade seja prevista extinguem-se também aí*”.

Carvalho Fernandes e João Labareda que “[p]ode, sem dúvida, a realização do capital por parte dos sócios que sejam credores ser concretizada através da transmissão, para a nova sociedade, de créditos detidos sobre a insolvente[/devedora], valendo como entrada em espécie”⁷⁷. Nesta medida, poderá depois a nova sociedade utilizar, parcial ou totalmente, esses créditos para satisfazer a contrapartida devida à devedora nos termos do artigo 199.º⁷⁸ – o que, no fundo, terá o mesmo efeito.

Decorre, no entanto, quer do regime do artigo 837.º do CC, quer do disposto no n.º 2 do artigo 202.º⁷⁹, que tal mecanismo não possa ser, pelo menos por via de regra, imposto aos credores. Como expõe Filipe Cassiano dos Santos, “[n]enhum credor pode ser obrigado a participar, mas também nenhum credor pode impor a sua participação”⁸⁰.

No entanto, existem casos em que a participação no capital social da nova sociedade, através da conversão dos créditos em capital da nova sociedade, poderá ser imposta a determinados credores. Resulta do n.º 1 do artigo 203.º que “não carece de consentimento dos respectivos titulares a conversão de créditos comuns ou subordinados em capital da sociedade insolvente ou de uma nova sociedade” na qual se verifiquem os requisitos elencados nas alíneas a) a d) do mencionado preceito, visando-se com isto a facilitação da adoção da providência do *debt-for-equity swap* e assim garantindo a participação dos credores na atividade da nova sociedade, constituindo-os sócios daquela⁸¹. Assim, o consentimento dos credores poderá ser dispensado quando no plano que contemple o trespasse se preveja (a) a conversão de créditos comuns e/ou subordinados em capital da nova sociedade ou, ainda, (b) a extinção de créditos comuns e/ou subordinados por contrapartida da atribuição de opções de compra de participações representativas do capital social da nova sociedade, quando esta veja as suas ações admitidas a mercado regulamentado

e se torne, conseqüentemente, uma sociedade aberta⁸², nos termos do artigo 204.º. Ou seja, para a dispensa do consentimento dos titulares dos créditos, nestes casos de conversão e extinção de créditos comuns e subordinados, exige-se, no artigo 203.º do CIRE, que, como consequência do plano, (i) a sociedade emitente revista a forma de sociedade anónima, e que (ii) dos respetivos estatutos (a) não constem restrições à transmissibilidade de ações, (b) conste a obrigatoriedade de ser requerida a admissão imediata das ações à cotação em mercado regulamentado (ou logo que verificados os requisitos exigidos) e (c) conste a insusceptibilidade – enquanto a sociedade mantiver a qualidade de sociedade aberta – da alteração às exigências agora enunciadas, exceto se tomadas por unanimidade. Trata-se de condições cumulativas, criando, assim, o legislador uma situação em que o consentimento é dispensado quando o crédito seja convertido em capital de uma sociedade com determinadas características, cujas ações se tornem líquidas e facilmente transmissíveis. Esta exigência tem por *ratio* garantir que o credor, forçado a adquirir participações sociais de uma sociedade, as consegue vender num mercado com liquidez suficiente para não ficar “preso” à qualidade de sócio, conseguindo “alcançar o seu objectivo de ser realizado o valor de mercado do seu crédito, assim evitando ver-se enleado em quaisquer compromissos de carácter societário”⁸³.

Nos casos em que a adquirente do estabelecimento é constituída *ad hoc*, a sua constituição dá-se por efeito da homologação – para este entendimento, recorde-se que o artigo 199.º impõe que o plano de revitalização contenha, em anexo, os estatutos da sociedade e preveja o preenchimento dos órgãos sociais, por forma a equiparar o plano – que, para que produza os seus efeitos, depende da aprovação dos credores e da homologação do juiz⁸⁴, nos termos do artigo 17.º-F – ao contrato de sociedade. Assim, inicialmente, o património da nova sociedade, será constituído pelos bens com que os credores e terceiros

77 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 734 e Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 151. As entradas em espécie deverão ser realizadas mediante emissão das declarações da sua transmissão e a correspondente verificação do valor destas por ROC designado no plano em cumprimento do artigo 28.º do CSC e terão, no entendimento de Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 151, “o valor que resultar não do valor nominal ou sequer reconhecido, mas da avaliação por um ROC (que ponderará naturalmente as possibilidades de recebimento)”.

78 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 734 e Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 151, que esclarece que “a sociedade terá sempre que pagar a justa contrapartida – a qual (...) pode ser paga com esses créditos”.

79 Outrora, correspondeu ao artigo 55.º do CPREF, na versão originária, tendo sido alterado pelo já referido Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro, onde passou a estar regulado nos artigos 79.º, n.º 1 e 2, 81.º, n.º 1, 91.º, 93.º, n.º 1 e 111.º.

80 Filipe Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 149.

81 Segundo Catarina Serra, “Emendas à (lei de insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, Ano 4, Vol. VII, Março 2012, p. 119, esta foi uma das novas medidas que a ESUG utilizou para facilitar a adoção do plano de insolvência, reforçando o envolvimento dos sócios nas negociações tendentes à recuperação da empresa. Como explica a Autora, na p. 120, nota 51, o *debt-for-equity swap* oferece a vantagem imediata de o ativo se tornar superior ao passivo, “passando o balanço a registar uma redução nos encargos com o passivo e simultaneamente um aumento no montante do capital social, o que favorece, entre outras coisas, a liquidez da empresa e a concessão de crédito”.

82 Sobre o conceito de sociedade aberta, vide António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, 2.ª Edição, Almedina, 2007, pp. 609 e ss. e António Pereira de Almeida, “Sociedades Abertas”, in *Instituto dos Valores Mobiliários, Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. XI, Coimbra Editora, 2006, pp. 9-49. A esta será aplicável o Código dos Valores Mobiliários, e outra legislação complementar a estas aplicáveis, com as excepções que são prescritas no artigo 205.º do CIRE, com vista a tornar o regime mais oneroso, promovendo a recuperação da nova sociedade – destacamos, naturalmente, pela oneração que iria constituir para o sócio controlador que surgisse do plano, a dispensa da obrigação de lançamento de uma OPA universal.

83 Rui Simões, “Aquisição de empresas...”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, p. 384.

84 Cassiano dos Santos, “Plano de insolvência...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 146.

entrem para a nova sociedade⁸⁵, no cumprimento das suas obrigações de entrada, vindo posteriormente a sociedade, por efeito do plano, a adquirir o(s) estabelecimento(s) à devedora. Apesar de as entradas poderem ter um valor superior ao da participação nominal correspondentemente atribuída ao sócio – é a designada entrada acima do par –, não poderão ter um valor inferior, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 25.º do CSC⁸⁶. Nos casos em que os credores entrem para o capital da nova sociedade com os créditos que detêm sobre a devedora, a aquisição do estabelecimento poderá ter a especificidade de esta nova sociedade ser constituída com as obrigações que se encontravam na esfera jurídica da devedora e que, por sua vez, integram o seu património.

Uma vez que, em geral, ao plano de revitalização não podem ser apostas condições suspensivas, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 201.º (aplicável ao PER por força do artigo 17.º-F, n.º 7), não pode a realização das entradas ser diferida nos termos do artigo 26.º do CSC⁸⁷. O que, de resto, resulta expressamente do n.º 2 do artigo 201.º, que estabelece que a subscrição das participações e a realização integral das entradas deverá ocorrer previamente à homologação do plano, em PER junto do AJP, assim se garantindo que a constituição da nova sociedade tem efeito com a sentença que homologa o plano, em momento imediatamente anterior ao processo aquisitivo do estabelecimento.

Por se destacar parte da atividade e património da devedora para um terceiro (constituído, ou não, especialmente para esse efeito), a aprovação da transmissão dos estabelecimentos através de um plano de revitalização deve, nestes casos, ser aprovada pelos credores. Assim, ainda que apenas mediante o exercício do voto (e pedidos de não homologação do plano), todos os credores terão uma palavra a dizer quanto à constituição da nova sociedade, uma vez que (i) parte deles ficarão credores da adquirente (quando os seus créditos integrem o estabelecimento transmitido), pelo que, a segurança do seu

crédito poderá ser alterada, e (ii) outra parte, verá parte do património da sua devedora transmitido, deixando de enquadrar a garantia geral dos seus créditos.

Ao aprovarem um plano, que afeta todos os credores, mesmo aqueles que tenham votado contra, como resulta do artigo 17.º-F, n.º 10, os credores dão conjuntamente a sua aprovação à transmissão do estabelecimento. O plano será, portanto, segundo a maioria exigível dos credores, a melhor forma de satisfazer os seus interesses, sendo a recuperação da devedora (*rectius*, da sua empresa) um empreendimento comum.

3.3.5. As limitações gerais do plano de revitalização que preveja um trespasse (e um saneamento por transmissão)

Sem prejuízo de tudo o que se expôs, e apesar de a devedora dispor, em conjunto com os seus credores, de um amplo espaço de liberdade na definição do conteúdo do plano de revitalização, recorde-se que, também no PER, estes se encontram limitados pelas regras previstas no CIRE para a adoção de planos de recuperação.

Desde logo, no artigo 215.º do CIRE encontra-se prevista a não homologação oficiosa, em que o juiz, como guardião da legalidade⁸⁸, assegura que o plano está de acordo com as regras para ele estabelecidas⁸⁹. Mas, como ressalta do referido preceito, para a não homologação oficiosa, não basta uma qualquer violação dessas normas. O Código exige que seja uma violação não negligenciável⁹⁰, ficando a dúvida sobre se esta exigência é relativa à violação das normas procedimentais ou se também tem aplicação quanto à violação das normas de conteúdo, embora “o modo como o artigo se encontra elaborado inculca a ideia de que ambos os tipos de vício suportam o mesmo tratamento”⁹¹.

Para além do controlo judicial oficioso do plano de revitalização, há que ter ainda em conta a não homologação a pedido dos interessados (artigo 216.º do CIRE)⁹², através

85 António Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2011, p. 511.

86 Esta questão deverá ser tida especialmente em conta quando os credores decidam participar diretamente na devedora (e não da nova sociedade) porquanto, uma vez que a devedora está em situação económica difícil ou insolvência meramente iminente, não terá património para satisfazer os seus créditos, pelo que, desta forma, normalmente, terá de se fazer uma redução do valor absoluto do crédito para determinar o valor da participação social nesse momento, mantendo-se, no entanto, o valor relativo em relação ao conjunto dos créditos. Para um exemplo concreto, vide Paulo Câmara, *Constituição de Sociedades Comerciais através do Acordo de Credores*, Relatório apresentado na Disciplina de Direito Comercial na FDUL, 1992/1993, p. 33.

87 Embora o n.º 2 do artigo 201.º apenas se refira expressamente à realização das “entradas em dinheiro”, também a realização das entradas em espécie deverá ser realizada antes da homologação. Trata-se de uma regra imperativa que os credores não poderão derogar no plano de insolvência, porquanto a *ratio* reside na proteção dos credores desta futura sociedade, os seus futuros adquirentes e o público em geral. António Menezes Cordeiro, *Direito das...*, Vol. I, 3.ª Edição, Almedina, 2011, p. 642.

88 Catarina Serra, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma introdução*, Almedina, 2010, p. 130 e Eduardo Santos Júnior, “O plano de insolvência. Algumas notas”, in *O Direito*, n.º 138, Vol. III, 2006, p. 135. Tal acontecia principalmente no âmbito do CPEREF, onde no artigo 56.º a não homologação oficiosa era a única modalidade de não homologação do plano.

89 O juiz deve, pois, recusar-se a homologar o plano, oficiosamente, no caso de não se terem verificado as condições suspensivas do plano ou outros atos ou medidas que devam, de acordo com o disposto no artigo 201.º do CIRE, preceder a homologação do plano. A não verificação tem lugar quando estas não tenham surgido dentro de um prazo razoável estabelecido para o efeito pelo juiz. É necessário alertar, desde logo, para a discricionariedade do poder do juiz de determinar este prazo, ao abrigo do dever de gestão processual (artigo 6.º do CPC).

90 Destacando este aspeto, Pedro Pidwell, *O Processo de Insolvência e a Recuperação...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 135.

91 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 712, em anotação ao artigo 215.º.

92 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, em anotação ao artigo 216.º e Pedro Pidwell, *O Processo de Insolvência e a Recuperação...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 279 e ss.

de um requerimento dirigido ao juiz⁹³, simultaneamente à votação do plano de revitalização, podendo os credores minoritários utilizar este último reduto para proteger a sua posição. Se não manifestar a sua oposição, o credor deixa de estar em situação legítima de o fazer, restando-lhe esperar que o juiz *ex officio* (ou a pedido de qualquer outro interessado), recuse a homologação. Para o efeito, tem o credor de fazer uma demonstração em termos plausíveis⁹⁴, de um de dois possíveis argumentos: (i) a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que aquela que lhe caberia se nenhum plano fosse aprovado – trata-se do “*best interest of creditors test*” ou “*no creditor worse off*”⁹⁵ – ou (ii) o plano proporciona a algum credor um valor económico superior ao montante nominal dos seus créditos sobre a insolvência, acrescido do valor das eventuais contribuições que ele deva prestar. Contudo, na prática, os pedidos de não homologação apresentados pelos credores assentam em diversos argumentos, que não apenas os referidos no artigo 216.º, designadamente procurando persuadir o juiz de que existiram violações não negligenciáveis de regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao conteúdo do plano.

4. Admissibilidade da fusão e cisão no PER

4.1. Fundamento, *ratio* e âmbito da inadmissibilidade da fusão no processo de insolvência. Aplicação do preceito à cisão

Surgiu na doutrina a questão da possibilidade de inclusão da fusão e da cisão num plano de recuperação, designadamente, por via da alínea c), do n.º 2 do artigo 198.º do CIRE, que consagra a suscetibilidade de se preverem no plano alterações ao contrato social⁹⁶.

É unanimemente reconhecido, nos dias de hoje, que “[e]xiste atipicidade quanto às concretas medidas de recuperação que podem constar do respetivo plano”⁹⁷ – o que

constituiu uma das grandes novidades do CIRE, relativamente ao CPREF⁹⁸, e que é logo evidenciado no Considerando 9 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o CIRE (“*cessa ainda o carácter taxativo das medidas de recuperação da empresa tal como constante do CPREF*”).

O artigo 198.º, n.º 2 prevê um conjunto de providências específicas sobre sociedades comerciais, que poderia entender-se taxativo. No entanto, uma leitura atenta do preceito denota que também não foi o objetivo do legislador estabelecer limitações às providências sobre sociedades. A utilização da conjunção adversativa “porém” demonstra que o legislador pretendia estabelecer uma ideia contrária à prevista no n.º 1, que proíbe, em geral, o condicionamento do plano à adoção e execução de medidas que consubstanciem meros atos de disposição do património pelos órgãos sociais competentes. Portanto, após prever essa proibição no n.º 1, o legislador optou por fazer uma exemplificação, para esclarecimento quanto à possibilidade da adoção dessas medidas. Mas – repare-se – a escolha dessas providências concretas não foi aleatória, nem com o objetivo de proibir outras: ela foi sim, para o legislador, nos termos dos n.ºs 3 a 6 do referido preceito, poder estabelecer os requisitos e limitações à adoção das medidas que concretamente foram listadas pelo legislador nessas disposições.

Na verdade, recorde-se que, sendo estas normas dirigidas à generalidade dos cidadãos (e não a entidades públicas ou outras dotadas de *ius imperium*), elas devem ser interpretadas ao abrigo do princípio da legalidade ampla e não do princípio da legalidade estrita⁹⁹. Como tal, no âmbito dos planos de recuperação devem poder ser adotadas quaisquer providências sobre sociedades que não sejam proibidas pelo CIRE ou cuja natureza não seja incompatível com a recuperação da empresa ou com o circunstancialismo que rodeia a previsão dessas medidas – este corresponde ao entendimento que tem sido

93 Apesar de não se encontrar prevista no CPREF, nada impedia os credores de requerer ao juiz para, ao abrigo do artigo 56.º, n.º 2, daquele Código, não aprovar a providência de recuperação, destacam Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, em anotação ao artigo 216.º

94 A lei alemã estabelece, como critério, que o credor seja presumivelmente colocado em situação de desvantagem, exigindo posteriormente, na secção (2) do parágrafo § 251 que ele demonstre satisfatoriamente ao tribunal essa situação de desvantagem sob a regulação provinda do plano.

95 O princípio *no creditor worse off* corresponde à designação utilizada no âmbito das normas europeias do Mecanismo Único de Resolução, determinando que os credores não podem incorrer em perdas maiores do que as que teriam incorrido se, em alternativa à adoção de uma medida de resolução, a instituição tivesse sido imediatamente liquidada. Sobre este princípio, André Figueiredo e Manuel Sequeira, “Medidas de Resolução Bancária – *bail-in* e *governance* da instituição de crédito sujeita a resolução”, in *RDS*, Ano VIII, n.º 3, pp. 515-562, em especial, pp. 554 e ss.

96 Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas do plano de recuperação de sociedades”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 132 e Flávia Canastro, “As Providências Específicas de Recuperação das Sociedades Comerciais – Uma leitura da problemática à luz do Direito Insolvencial e do Direito Societário”, in *Estudos de Direito da Insolvência* (Coord. Maria do Rosário Epifânio), Vol. II, Almedina, 2019, p. 149, nota 49.

97 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 329. No mesmo sentido, vejam-se Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 714; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito...*, Vol. I, 12.ª Edição, Almedina, 2019, p. 350; Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 116; Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito...*, Almedina, 2019, p. 294; Paulo de Tarso Domingues, “O CIRE e a recuperação das sociedades comerciais em crise”, in *Coleção Estudos*, n.º 1, Instituto do Conhecimento AB, 2013, p. 36 e Alexandre Soveral Martins, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, p. 399.

98 No CPREF vigorava o princípio da tipicidade, estando os credores limitados às providências elencadas no artigo 4.º.

99 Seguimos assim o caminho que João Labareda, “Providências de recuperação...”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. IX, Tomo 2, 1995, p. 92, quando afirma que “[o] respeito do princípio da legalidade (...) impõe que, em tudo quanto não esteja contemplado na lei, haja lugar à aplicação das regras gerais que regem a constituição das sociedades segundo as suas categorias e tipos”, sem esquecer a diretriz fornecida pelo legislador: a exaltação do princípio da autonomia privada, logo no artigo 1.º do CIRE, como princípio orientador do processo de insolvência.

acolhido pela doutrina. A este propósito, entre outros, João Labareda e Carvalho Fernandes¹⁰⁰, em anotação ao artigo 198.º, escrevem que “[e]m linha com a opção assumida nos art.ºs 195.º e 196.º, também se exprime aqui a regra da liberdade de estipulação do conteúdo do plano”, em conformidade com o referido.

Assim, a questão da admissibilidade da consagração da fusão e cisão como providências de um plano de recuperação (insolvência) coloca-se, essencialmente, em torno do disposto no n.º 3 do artigo 97.º do CSC, que proíbe a fusão de sociedades “a partir da data da petição de apresentação à insolvência ou do pedido de declaração desta”¹⁰¹. A interpretação do mencionado preceito levanta inúmeras questões. Desde logo, (i) a de saber se tal proibição se aplica a toda e qualquer sociedade sujeita a um processo de insolvência, ou se, por outro lado, se deve proceder a uma interpretação restritiva por forma a excluir do seu âmbito as sociedades que, embora sujeitas a um processo de insolvência, aí prevejam a sua recuperação através da aprovação e homologação de um plano, nos termos do n.º 3 do artigo 192.º do CIRE e, por outro lado, (ii) a de saber se tal proibição é aplicável à cisão por força do artigo 120.º do CSC. Vejamos, então, cada uma delas.

A maioria da doutrina que se tem pronunciado sobre este tema não equaciona a distinção referida em (i) do parágrafo anterior, aquando da interpretação do n.º 3 do artigo 97.º do CSC. A sua maioria¹⁰², convocando o elemento literal daquela disposição, nela inclui toda e qualquer sociedade que se tenha apresentado à insolvência ou cuja insolvência tenha sido requerida por um dos seus credores e, portanto, também aqueles casos em que o processo de insolvência

se destine à recuperação da empresa por via da aprovação e homologação de um plano. Destacam-se, no entanto, as posições assumidas por Engrácia Antunes e Paulo Olavo Cunha que, embora com fundamentos diferentes, admitem a inclusão destas operações como medidas de reestruturação societária num plano de insolvência. Engrácia Antunes sustenta a referida admissibilidade no facto de a fusão e cisão aí consagradas se distinguirem das reguladas no CSC “em virtude da circunstância de serem operações de reorganização da superestrutura societária decididas por terceiros (credores) e não pelos próprios órgãos sociais, “máxime”, os sócios”¹⁰³. Por sua vez, Paulo Olavo Cunha, entende que “[o] que o art. 97.º, n.º 3 do CSC – aplicável ex vi art. 120.º - proíbe é que a fusão (ou cisão) seja objeto de deliberação pelos sócios depois de declarada a insolvência, mas não que essa operação ocorra por efeito da determinação do plano (de insolvência)”¹⁰⁴.

A nosso ver, esta distinção é muito relevante. Partindo do elemento literal (considerado inultrapassável pela mencionada doutrina), refira-se que o CSC, designadamente o seu artigo 97.º, n.º 3, é anterior quer ao CIRE, quer ao CPEREF¹⁰⁵, tendo sido aprovado numa altura em que apesar de começarem a existir “sinais do acolhimento da conceção de falência-saneamento”¹⁰⁶, esta não tinha ainda encontrado “a sua máxima expressão”¹⁰⁷, o que apenas aconteceu com a consagração do CPEREF em 1993. Além disso, o n.º 3 do artigo 97.º do CSC apenas foi alterado uma vez, em 2006¹⁰⁸, numa altura em que, apesar de o CIRE já prever a existência de um plano de insolvência, este, porque ainda numa fase incipiente, era estranho à vertente recuperatória a que se refere, nos dias de hoje, o n.º 3 do artigo 192.º, aditado apenas mais tarde pela

100 Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, pp. 725-726. No mesmo sentido, Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 329 a 331, Alexandre Soveral Martins, *Um Curso...*, Almedina, 2015, p. 414, Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 117; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito...*, Vol. I, 12.ª Edição, Almedina, 2019, p. 350 e Paulo de Tarso Domingues, “O CIRE e a recuperação...”, in *Coleção Estudos*, n.º 1, Instituto do Conhecimento AB, 2013, p. 36.

101 A atual redação do artigo 97.º, n.º 3 do CSC resulta do Decreto-Lei n.º 76/2006, de 29 de março. A redação anterior era a primitiva de 1986, que estabelecia o seguinte: “3 – Não é permitido a uma sociedade fundir-se a partir do requerimento para apresentação à falência e convocação de credores, previsto no artigo 1140.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, e do requerimento de declaração de falência ou da participação, previstos no artigo 1177.º do mesmo Código”. A norma do CSC teve origem nos artigos 3.º, n.º 2 e 4.º, n.º 2 da Terceira Diretiva do Conselho (78/855/CEE), de 9 de outubro de 1978, que determinavam o seguinte: «2. A legislação de um Estado-Membro pode prever que [no caso do artigo 3.º, a “fusão mediante incorporação”] [e no caso do artigo 4.º, “a fusão mediante a constituição de uma nova sociedade”] possa igualmente ser efectuada quando uma ou várias das sociedades incorporadas se encontrem em liquidação, desde que esta possibilidade seja dada apenas às sociedades que não tenham ainda iniciado a partilha dos activos entre os seus accionistas». Esta diretiva foi revogada pela Diretiva 2011/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, mantendo nos seus artigos 3.º, n.º 2 e 4.º, n.º 2 a mesma diretriz. Hoje, encontra-se em vigor a Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, que, no que respeita às fusões e cisões nacionais, determina no artigo 87.º, n.º 3 (aplicável à cisão, por remissão do artigo 137.º, n.º 4) o seguinte: “3. Os Estados-Membros podem não aplicar o presente capítulo caso uma ou várias das sociedades que são incorporadas ou que se extinguem sejam objeto de um processo de insolvência, de concordata, ou de um processo análogo”. Estas disposições não sofreram qualquer alteração no âmbito das três alterações que aguardam o decurso do prazo para a transposição pelos Estados-Membros.

102 Paulo de Tarso Domingues, “O CIRE e a recuperação...”, in *Coleção Estudos*, n.º 1, Instituto do Conhecimento AB, 2013, p. 36, Flávia Canastro, “As Providências Específicas...”, in *Estudos de Direito da Insolvência* (Coord. Maria do Rosário Epifânio), Vol. II, Almedina, 2019, pp. 38-39, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 165, e Alexandre Soveral Martins, *Um Curso...*, Almedina, 2015, p. 415..

103 José Engrácia Antunes, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2013, p. 429, nota 949. Sobre este tema, atente-se ainda ao que afirma Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 131, nota 50, apesar de concluir pela inadmissibilidade: “a proibição do art. 97.º, n.º 3 é dificilmente contornável, embora possa admitir interpretação restrita, no sentido de não ser aplicável às decisões de terceiros”.

104 Paulo Olavo Cunha, “A recuperação de sociedades...”, in *Revista de Direito da Insolvência*, Ano 0, Almedina, 2016, p. 116.

105 Na redação inicial do CSC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, constava já o n.º 3 do artigo 97.º, em que se previa que “[n]ão é permitido a uma sociedade fundir-se a partir do requerimento para apresentação à falência e convocação de credores, previsto no artigo 1140.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, e do requerimento de declaração de falência ou da participação, previstos no artigo 1177.º do mesmo Código”, tendo sido o CPEREF aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, tendo vindo posteriormente a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março que aprovou o CIRE.

106 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 27.

107 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 27.

108 Pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

Lei n.º 16/2012, de 20 de abril¹⁰⁹, como parte do conjunto de medidas que compunham o “Programa Revitalizar” aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2012, de 3 de fevereiro, e que aditou igualmente o regime do PER ao CIRE.

Na verdade, a fusão, enquanto medida de concentração de empresas que potencia a maximização dos meios disponíveis para o desenvolvimento de uma determinada atividade, poderá ter – e certamente terá, na maioria dos casos – como efeito tornar viável uma empresa¹¹⁰ que não o era até então. Assim, a fusão de sociedades poderá ser uma medida adequada ao saneamento de uma sociedade insolvente, permitindo aos seus credores o aumento da probabilidade e eficácia na satisfação dos seus créditos, designadamente, face a um cenário alternativo de liquidação.

Subjacente à proibição consagrada no n.º 3 do artigo 97.º do CSC parece ter estado a intenção do legislador de evitar, através destas operações, arrastar sociedades economicamente estáveis para a insolvência, responsabilizando-as pelas dívidas da devedora com o consequente prejuízo dos seus credores¹¹¹ – que passariam a repartir a garantia geral dos seus créditos, sem o correspondente aumento patrimonial ou desenvoltura para os satisfazer. Contudo, a *ratio* deste preceito não será posta em causa, quando no âmbito do processo de insolvência se aprove e homologue um plano tendo em vista a recuperação da empresa, através de medidas de rentabilização dos meios de que disponha, acompanhadas de providências sobre o seu passivo. Nestes casos, os próprios credores da sociedade que com a devedora se funda podem até

vir a beneficiar de um aumento qualitativo da garantia geral dos seus créditos. Acresce, por outro lado, que o processo de insolvência português é, como já se referiu e resulta, entre outros, dos artigos 1.º e 192.º, um processo *favor creditoris*¹¹², que atribui aos credores uma ampla liberdade para escolherem as providências mediante as quais pretendem ver satisfeitos os seus créditos¹¹³.

Por fim, a transparência vertida no processo de insolvência e no respetivo plano de recuperação, no âmbito do qual os credores tomam conhecimento dos ativos que compõem o património da devedora e do seu universo de credores, favorece a adoção destas medidas de reestruturação de sociedades, para o que contribui ainda o controlo de legalidade pelo juiz do plano de recuperação, e consequentemente das operações de fusão ou cisão aí consagradas, por via da homologação.

Não vemos, pelo exposto, impedimento à interpretação restritiva do n.º 3 do artigo 97.º do CSC, tendo em vista a possibilidade de consagração de tais medidas de reestruturação societária no âmbito de um plano de recuperação a aprovar em processo de insolvência, quando as mesmas se mostrem as mais adequadas para a satisfação dos interesses dos credores e nisso aqueles estejam de acordo.

A referida proibição é ainda mais discutível no âmbito da cisão. Nesse sentido se nota que a aplicabilidade de tal proibição à cisão não recolhe a unanimidade da doutrina – como praticamente sucede no caso da fusão – destacando-se, neste campo, já quem se pronuncie pela sua admissibilidade¹¹⁴, ainda que contra a doutrina maioritária¹¹⁵.

109 Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito...*, Almedina, 2019, nota que “a finalidade assumida pelo Código foi alterada, registando-se um regresso ao passado”, reconhecendo, no entanto, à semelhança do que faz Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 30-31, a falta de concretização daquela finalidade ao longo do CIRE. A este propósito, refere Catarina Serra que tal alteração “sugere que a recuperação da empresa deve (voltar a) ser prioritária. Mas a alteração não é acompanhada de nenhuma modificação substancial da disciplina que, designadamente, transforme o plano de insolvência na solução mais imediata, mais fácil ou mais apetecível para os credores, que continuam a ter o poder de tomar todas as decisões fundamentais”.

110 Como detalha Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 132, embora “a operação de fusão não ocorre necessariamente num contexto de crescimento, podendo significar apenas o reconhecimento de que diversas sociedades pertencentes à(s) mesma(s) entidade(s) já não têm interesse em subsistir autonomamente”, “a fusão encontra-se normalmente associada a uma operação de concentração económica e à inerente maximização dos fatores produtivos envolvidos, isto é, a fusão é a forma de, num certo setor de atividade, podermos conglobar esforços para, através da junção dos ativos e dos meios ao dispor de mais do que uma sociedade, prosseguirmos, mais eficazmente, a realização de uma dada atividade social. No quadro da reestruturação de uma empresa, e considerando apenas o Código da Insolvência, seria teoricamente possível chegar à conclusão que a viabilidade e recuperação de uma empresa insolvente poderia passar pela sua fusão com outra empresa”.

111 Flávia Canastro, “As Providências Específicas...”, in *Estudos de Direito da Insolvência* (Coord. Maria do Rosário Epifânio), Vol. II, Almedina, 2019, pp. 113 e ss., p. 152 e Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 132.

112 A satisfação dos credores é o fim último do processo de insolvência e, consequentemente, do plano. O legislador teve o cuidado de o esclarecer inúmeras vezes no Preâmbulo do CIRE, onde se lê “3 – O objetivo precípuo de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores. (...) 6 – (...) A primazia que efetivamente existe, não é demais reiterá-lo, é a da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respetivos créditos, em condições de igualdade”.

113 Como já se referiu, essa liberdade veio a ser bastante ampliada no CIRE, designadamente, quando comparada com a concedida ao abrigo do CPREF. Atente-se a esse propósito ao que dispõem os parágrafos 6 e 9 do Preâmbulo, respetivamente, “6 – (...) Fugindo da errónea ideia afirmada na atual lei, quanto à suposta prevalência da via da recuperação da empresa, o modelo adotado pelo novo Código explicita, assim, desde o seu início, que é sempre a vontade dos credores que comanda o processo.” e “9 – Cessa o caráter taxativo das medidas de recuperação da empresa tal como constante do CPREF. O conteúdo do plano de insolvência é livremente fixado pelos credores, limitando-se o juiz, quando atue oficiosamente, a um controlo de legalidade, com vista à respetiva homologação. Não deixam de indicar-se, em todo o caso, algumas das medidas que o plano pode adotar, regulando-se com mais detalhe certas providências de recuperação específicas de sociedades comerciais, dado o relevo por estas assumido na atividade económica e empresarial”. Ainda neste âmbito, Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 29 refere que “[c]omo se assume no Relatório do Diploma Preambular que o aprovou (...), o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas tem um pendôr claramente liberal: por força da insolvência, os credores convertem-se em proprietários económicos da empresa e devem prevalecer os mecanismos próprios de regulação do mercado”.

114 Para além de José Engrácia Antunes, *Direito das Sociedades...*, Almedina, 2013, p. 429, nota 949, concorda, relativamente à cisão, Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas...”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 133.

115 Neste sentido, embora sem fundamentar, pronunciam-se Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 477, nota 1; Alexandre Soveral Martins, *Um Curso...*, Almedina, 2015, p. 415; Paulo de Tarso Domingues, “O CIRE e a recuperação...”, in *Coleção Estudos*, n.º 1, Instituto do Conhecimento AB, 2013, pp. 38-39, e Flávia Canastro, “As Providências Específicas...”, in *Estudos de Direito da Insolvência* (Coord. Maria do Rosário Epifânio), Vol. II, Almedina, 2019, pp. 113 e ss., p. 154, embora esta Autora “[n]ão ignorando as vantagens que estas operações possam trazer”.

Valem aqui, também, as considerações que realizámos a propósito da suscetibilidade destas medidas para potenciarem a recuperação de sociedades¹¹⁶. A estas, acresce que a aplicabilidade do artigo 97.º do CSC à cisão depende de um juízo de adaptabilidade que se faça em virtude da sua *ratio*¹¹⁷, que – quanto a nós – não está neste caso verificado, na medida em que a cisão se traduz “apenas” num destaque de património e não obrigatoriamente na incorporação de duas (ou mais) entidades jurídicas. Note-se, em primeiro lugar, que a *ratio* comumente apontada pela doutrina ao n.º 3 do artigo 97.º do CSC¹¹⁸, apenas encontraria razão de ser no caso da cisão-fusão, pois, apenas nesses casos, haveria que ponderar a suscetibilidade de tal medida prejudicar os credores da sociedade que se fundisse com o património destacado da devedora. Todavia, ao contrário do que sucede no caso da fusão, na cisão-fusão apenas parte do património da sociedade insolvente é fundido com outra sociedade ou património igualmente destacado para esse efeito – parte essa cujo rácio de solvabilidade pode em nada estar relacionado com o rácio da devedora globalmente considerado.

Além disso, não se compreende por que razão o legislador permitiria o destaque de patrimónios por via de trespasse e saneamento por transmissão para terceiros, mas o excluísse através da cisão. Bem sabemos que o trespasse e o saneamento por transmissão implicam o pagamento de uma contrapartida adequada à devedora, mas tal efeito pode na cisão ser acautelado mediante dação em pagamento das ações que sejam atribuídas no âmbito da relação de troca estabelecida, tudo com o acordo e/ou consentimento dos diversos sujeitos envolvidos que sejam legalmente exigidos.

Adicionalmente, no caso da cisão, a *ratio* que a doutrina atribui ao n.º 3 do artigo 97.º do CSC é integralmente acautelada por via do regime da solidariedade consagrado no artigo 122.º do CSC¹¹⁹, que garante a intocabilidade do nível de proteção, quer dos credores da sociedade insolvente, quer dos credores da sociedade que eventualmente se funda com o património cindido daquela.

Conclui-se, assim, pela admissibilidade da previsão destas medidas de reestruturação societária no plano de insolvência que preveja a recuperação da empresa – no caso

da fusão, por via da interpretação restritiva do n.º 3 do artigo 97.º do CSC –, sempre e quando os interesses dos credores (i.e. a suscetibilidade e eficácia na recuperação dos seus créditos, enquanto fim último do processo de insolvência) o justificarem.

4.2. Não aplicabilidade do artigo 97.º, n.º 3 do CSC aos planos de revitalização

Após se ter procurado analisar as razões subjacentes ao n.º 3 do artigo 97.º do CSC e sua aplicabilidade no âmbito do processo de insolvência, propomo-nos agora a averiguar se aquelas razões se verificam no contexto do PER – ou se existem quaisquer outros fundamentos que vedem o acesso a essas providências pela devedora –, por forma a ponderar a admissibilidade da previsão de tais medidas agora no âmbito do PER e/ou do plano de revitalização.

O argumento literal levaria imediatamente a excluir do âmbito da proibição contida no n.º 3 do artigo 97.º do CSC a sociedade sujeita a PER, uma vez que aquela não se encontra insolvente. Esta é uma garantia que é dada aos credores logo no início do processo, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo 17.º-A, que determina que, com o requerimento inicial, a empresa deve juntar “*declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou revisor oficial de contas (...) atestando que não se encontra em situação de insolvência atual*”.

Ainda assim, e apesar de ser um processo híbrido e universal, em que todos os credores da devedora são convidados a participar nas negociações de um plano conducente à sua revitalização (artigo 17.º-D, n.º 1), o PER acaba por conter várias limitações à realização de operações de fusão e cisão durante a sua tramitação, já que, durante esta, se vão consubstanciando situações jurídicas destinadas à preparação da recuperação da empresa. Entre outras, durante o processo desenvolve-se, pelo menos desejavelmente, (i) a definição do universo de credores e respetivo valor e natureza dos seus créditos (artigo 17.º-D, n.ºs 2 a 4), (ii) o conhecimento do património da devedora, bem como os ativos que o compõem e que são suscetíveis de contribuir para a sua recuperação¹²⁰, e (iii) a criação de um ambiente de transparência e boa-fé entre

116 Também a cisão, enquanto medida de reorganização do património da devedora é suscetível de potenciar a rentabilização de empresas contidas no seu património, quer seja pelo simples destacamento de parte da sua atividade (cisão simples), quer seja através da sua posterior fusão com outro património igualmente destacado para o efeito (cisão-fusão). Vale neste último caso, em especial, tudo o que se expôs quanto à agregação de meios disponíveis com vista à maximização das suas potencialidades.

117 Este juízo não é isento de dificuldades, como o reconhece Diogo Costa Gonçalves, Código das Sociedades Comerciais Anotado – Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais (Decreto-Lei) (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, pp. 575-576, quando afirma que “[a] existência de tal remissão (...) tem a espinhosa dificuldade de concretizar as “necessárias adaptações” do regime da fusão para a cisão, o que resulta em alguma incerteza quanto à normatividade aplicável. (...) Para tanto não é mais do que possível formular um critério hermenêutico: o regime da fusão não se aplica sempre que a *ratio* dos preceitos em causa não proceda ante a natureza da cisão”.

118 Apontámos já acima que, como refere Paulo Olavo Cunha, “Providências específicas..”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2013, p. 132, “a lei pretende evitar que os credores de uma empresa se vejam os seus créditos contaminados pelas dívidas da empresa (insolvente) a fusionar (ou fundir) com a sua”.

119 Veremos melhor, adiante, em que termos.

120 Alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º aplicável ao PER *ex vi* da alínea b), do n.º 3 do artigo 17.º-C.

a devedora e os seus credores¹²¹, que nos parece incompatível com uma medida com um impacto tão significativo sobre a devedora, os seus acionistas e o seu património, durante este período, alterando, de um momento para o outro e sem o consentimento dos credores, os pressupostos sobre os quais assentava a base das negociações para a recuperação.

Acresce que, não obstante o PER ser “apenas” um processo pré-insolvencial, e apesar de os órgãos sociais da devedora manterem praticamente a plenitude dos seus poderes¹²² e os acionistas a generalidade dos poderes inerentes ao seu *status socii* (em particular os poderes políticos), é vedada à devedora a prática de atos de especial relevo sem prévia autorização do AJP, da qual sempre dependeriam as operações de fusão e cisão¹²³.

Por outro lado, poderia ainda questionar-se se o efeito *stand still*¹²⁴, que resulta do n.º 1 do artigo 17.º-E¹²⁵, poderia também constituir um entrave ao exercício dos direitos dos credores, previstos nos artigos 101.º-A e 101.º-B do CSC, na medida em que lhes é vedada a interposição de ações para cobrança de dívidas – apesar de tendermos a considerar que esta ação não reveste necessariamente essa natureza¹²⁶.

Finalmente, conforme já se destacou, ao contrário de um processo de insolvência, o PER é um processo voluntário, que só pode ser iniciado pelo devedor, podendo este desistir do processo a qualquer momento, sem consequências, até ao termo do prazo para as negociações¹²⁷.

Por estas razões, consideramos ser de aplicar analogicamente ao PER o disposto no artigo 97.º, n.º 3 do CSC (no caso da cisão, por remissão do artigo 120.º), limitando desta forma as operações de fusão e cisão de empresa sujeita a este processo, mas apenas no caso em que não se encontrem previstas no âmbito de um plano de revitalização, que passaremos, de seguida, a analisar.

Com efeito, a limitação sustentada perde a sua razão de ser quando a previsão da operação de fusão ou cisão seja integrada num plano de revitalização. A favor deste entendimento, valem as razões que acima se apresentaram a propósito da suscetibilidade e adequação destas operações para recuperar a devedora – aqui ampliadas por a recuperação ser prosseguida ainda numa fase prévia e preventiva da declaração de insolvência¹²⁸ –, bem como, as relativas à transparência destes processos e controlo jurisdicional da legalidade do seu procedimento e conteúdo, que favorecem a execução destas operações de reestruturação. Acresce o argumento literal (valorizado pela doutrina), para podermos concluir que, sendo a fusão e cisão, em abstrato, providências adequadas a permitir a recuperação da empresa, na ausência de regra expressa que proíba a sua realização no âmbito de planos de revitalização negociados no PER, não se vislumbram razões para aplicar analogicamente o disposto no n.º 3 do artigo 97.º do CSC a esses casos. Resta, contudo, verificar se os procedimentos previstos na lei (em especial no CSC) para estas operações é compatível com a tramitação do PER.

Sem prejuízo do que até agora se referiu, e embora já tenha sido escrito que “[u]ma das matérias mais complexas

121 Vejam-se, a este propósito os Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, designadamente, os seguintes: “Segundo princípio – Durante todo o procedimento, as partes devem actuar de boa-fé, na busca de uma solução construtiva que satisfaça todos os envolvidos.” e “Sexto princípio – Durante o período de suspensão, o devedor compromete-se a não praticar qualquer acto que prejudique os direitos e as garantias dos credores (conjuntamente ou a título individual), ou que, de algum modo, afecte negativamente as perspectivas dos credores de verem pagos os seus créditos, em comparação com a sua situação no início do período de suspensão”.

122 Como notam Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização...*, Coimbra Editora, 2014, p. 109, “note-se que se interfere do texto legal que, ao invés do que sucede em via de regra no processo de insolvência (...), o devedor, no caso do PER não ficará despojado dos seus poderes de administração e de disposição do seu património para a generalidade dos atos. (...) Este entendimento encontra-se em perfeita consonância com a natureza do PER. No caso do PER, não há, por definição (...) situação de insolvência atual, pelo que não existem motivos para que o devedor fique, em geral e necessariamente privado da generalidade dos seus poderes de administração e de disposição de bens”.

123 Do n.º 2 do artigo 161.º, aplicável ao PER ex vi do n.º 2 do artigo 17.º-E, resulta que “[n]a qualificação de um ato como de especial relevo atende-se aos riscos envolvidos e às suas repercussões sobre a tramitação ulterior do processo, às perspetivas de satisfação dos credores da insolvência e à suscetibilidade de recuperação da empresa”, além disso, o n.º 3 do mencionado preceito, através da utilização do advérbio “designadamente” no prómio esclarece, sem margem para dúvidas o carácter enunciativo da enumeração. Neste sentido, Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, em anotação ao artigo 161.º.

124 Sobre este efeito vejam-se, entre outros, Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 395-402, e Isabel Alexandre, “Efeitos processuais da abertura do processo de revitalização”, in *II Congresso de Direito da Insolvência* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2014, pp. 235 e ss., e Soraia Filipa Pereira Cardoso, *Processo Especial de Revitalização – O efeito de Stand Still*, relatório de estágio realizado com vista à obtenção de grau de mestre pela FDUNL, 2015, p. 38, que afirma que «[a] denominação destes efeitos como stand still, que poderá ser traduzido como “efeito paralisador”, é uma forma de expressar os efeitos decorrentes do art. 17.º-E, n.º 1, sobre o direito de ação dos credores. Assim, este período corresponde à atribuição legal de um “período de graça” ao devedor para que este possa negociar sem ser interrompido por “ações de cobrança de dívidas” que impediriam a sua recuperação».

125 A este propósito, referem Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização...*, Coimbra Editora, 2014, p. 109, que “os credores convocados para participar no PER, que podem ser atingidos pelos efeitos previstos no n.º 1 do artigo 17.º-E do CIRE (paralisação de ações de cobrança de dívidas), devem ser protegidos. Isto é, deve assegurar-se que o PER não é utilizado como um esquema para, através da suspensão de ações pendentes ou da inibição da apresentação de novas ações, o devedor reunir as condições necessárias para dissipar o seu património livre e tranquilamente.”

126 A dívida é ainda mais forte nos casos em que o crédito seja já exigível e o tribunal imponha o seu pagamento em virtude da oposição exercida pelo credor nos termos dos artigos 101.º-A e 101.º-B do CSC e 1059.º do CPC.

127 A este respeito, note-se que conclusões nos casos de conclusão do termo das negociações sem aprovação de um plano ou nos casos de não homologação do plano de revitalização, deve o AJP pronunciar-se sobre o estado de solvência ou insolvência da sociedade sujeita a PER e que, caso se conclua pela insolvência da mesma, requeira a sua declaração (por remissão do n.º 8 do artigo 17.º-F para os n.ºs 2 a 4 e 6 e 7 do artigo 17.º-G do CIRE).

128 Tal resulta do próprio fim do PER e, em concreto, do n.º 1 do artigo 17.º-A, que estabelece que o processo se destina às empresas suscetíveis de recuperação, e é expressamente evidenciado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2012 de 3 de março, que criou o “Programa Revitalizar”, no âmbito do qual se veio a aditar, através da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, ao CIRE, o regime do PER com o objetivo de recuperar as empresas afetadas pela crise através de “um conjunto de medidas tendentes a otimizar a sua gestão, a reconfigurar adequadamente o seu modelo de negócio e, finalmente, a proceder à sua reestruturação financeira mediante instrumentos de financiamento de médio e longo prazo, bem como através de formas eficazes de apoio ao fundo de maneiço”.

do ponto de vista prático é o da aplicação analógica ao PER das normas que preveem providências específicas de sociedades, ou seja, da norma do artigo 198.º e ainda das normas dos artigos 199.º a 205.º¹²⁹, é consensual que o artigo 198.º não se aplica ao PER, com exceção do seu n.º 1¹³⁰. Conforme já destacado, tal deve-se a, contrariamente ao que sucede no processo de insolvência, no âmbito do PER os sócios não perderem quaisquer direitos políticos inerentes à sua participação social, pelo que, nos casos em que as operações careçam da aprovação da coletividade dos sócios (como é o caso da fusão e cisão, nos termos dos artigos 100.º, n.º 2 e 120.º do CSC) será necessária a deliberação da assembleia geral para a previsão das operações de fusão e cisão num plano de revitalização¹³¹. Assim sendo, a não aplicabilidade dos restantes n.ºs do artigo 198.º não prejudica a liberdade das providências sobre sociedades a inserir num plano de revitalização, mas tão só a liberdade de adotar essas providências, sem o consentimento dos sócios da devedora (e do respeito das regras societárias estabelecidas para cada uma dessas medidas).

4.3. Breve apresentação das modalidades e processos de fusão e cisão

Não integrando os regimes jurídicos da fusão e da cisão o objeto do presente estudo, importa fazer uma breve referência às suas modalidades e aos seus procedimentos, para facilitar a análise da sua potencial compatibilidade com o regime do PER.

O regime da fusão encontra-se previsto nos artigos 97.º a 117.º-L do CSC, destinando-se ao agrupamento de patrimónios e sócios de duas ou mais sociedades, constituindo o instrumento de concentração empresarial primária por excelência¹³². A fusão pode operar por uma de duas modalidades, que têm em comum o facto de determinarem a extinção de uma ou mais sociedades intervenientes, a transmissão da universalidade do

património das sociedades extintas para outras (incluindo aquelas que resultam da fusão) e, por fim, a integração dos sócios das sociedades extintas nestas últimas¹³³. São estes, portanto, os elementos caracterizadores da fusão, independentemente da sua modalidade. A fusão pode operar por *incorporação* ou *absorção* de uma sociedade (incorporada) noutra (incorporante), para a qual se transmite a universalidade do ativo e passivo da primeira, contra a atribuição de participações sociais na sociedade incorporante aos sócios da incorporada¹³⁴. Por outro lado, pode também operar pela *constituição de uma nova sociedade*, modalidade em que todas as sociedades inicialmente intervenientes na fusão (sociedades fundidas) se extinguem, transmitindo a totalidade dos seus ativos e passivos para uma sociedade constituída para o efeito e cujas participações sociais são atribuídas aos sócios das sociedades fundidas¹³⁵.

O regime das cisões é regulado nos artigos 118.º a 129.º do CSC, sendo delineado por remissão para o regime da fusão, por força do artigo 120.º do CSC, que determina que “é aplicável à cisão de sociedades, com as necessárias adaptações, o disposto relativamente à fusão”. Como tal, na ausência de regulação expressa, o regime da fusão será subsidiariamente aplicável à cisão, com ressalva das necessárias adaptações. Sendo delineada como a operação inversa, mas simétrica da fusão¹³⁶, a cisão é uma forma de desconcentração de empresas. No entanto, atendendo a algumas das suas modalidades¹³⁷, que em seguida melhor se evidenciarão, não pode afastar-se a sua suscetibilidade de constituir ainda, à semelhança da fusão, um mecanismo de concentração empresarial¹³⁸. Tal como sucede na fusão, também a cisão pode operar através de várias modalidades, que têm todas elas em comum o facto de operarem a divisão e correspondente transmissão de parte ou da totalidade do património de uma sociedade, que se designa cindida, para uma ou mais sociedades, contra a atribuição de participações sociais na sociedade resultante da cisão aos sócios da sociedade cindida.

129 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 365, nota 670.

130 Madalena Perestrelo de Oliveira, *Limites da Autonomia dos Credores na Recuperação da Empresa Insolvente*, Almedina, 2013, pp. 53-55; Paulo Olavo Cunha, “A recuperação de sociedades...”, in *Revista de Direito da Insolvência*, Ano 0, Almedina, 2016, pp. 177-119; Paulo de Tarso Domingues, “O processo especial de revitalização aplicado...”, in *I Colóquio do Direito da Insolvência de Santo Tirso* (Coord. Catarina Serra), Almedina, 2014, pp. 117-119 e Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 365.

131 Como reconhece Paulo Olavo Cunha, “A recuperação de sociedades...”, in *Revista de Direito da Insolvência*, Ano 0, Almedina, 2016, p. 118, “(...) o legislador poderia ter abrangido no PER o disposto no art. 198.º, mas não o fez, porque entre os planos de recuperação e de insolvência vai uma distância considerável. As providências específicas aplicáveis às empresas insolventes e que se projetam sobre a sua estrutura societária são excecionais e como tal só na situação excecional, de insolvência declarada, podem ser determinadas sem o acordo daqueles a quem, numa situação de normalidade, caberia deliberar as modificações estruturais: os sócios da empresa devedora. Estes podem, o âmbito do PER, ser chamados às negociações que conduzem ao plano de recuperação, o que, diga-se, não é habitual. Se tal acontecer podem assegurar a viabilização das medidas específicas de recuperação da sociedade”.

132 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 159 e Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 437.

133 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 161.

134 Alínea a), do n.º 4 do artigo 97.º do CSC.

135 Alínea b), do n.º 4 do artigo 97.º do CSC.

136 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 461.

137 Referimo-nos aqui às modalidades da cisão-fusão.

138 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 461, e Joana Vasconcelos, *A Cisão de Sociedades*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2001.

Na *cisão-simples*, a sociedade cindida, mantendo a sua existência, destaca parte do seu património, com o qual se constitui uma ou mais novas sociedades. Assim se percebe que, implicando sempre a manutenção da existência jurídica da sociedade cindida, a *cisão-simples* é sempre uma *cisão parcial*¹³⁹. Pelo contrário, na *cisão-dissolução*, como o próprio nome indica, a sociedade cindida extingue-se, repartindo a totalidade do seu património em duas ou mais sociedades constituídas para o efeito (sendo sempre, por isso, uma *cisão-total*¹⁴⁰). Por fim, existe a designada *cisão-fusão* que implica, posteriormente à operação de *cisão*, operada por uma das modalidades anteriormente referidas, uma incorporação do património destacado numa entidade já existente. A *cisão-fusão* será assim, parcial ou total, conforme a fusão seja precedida de uma *cisão-simples* ou de uma *cisão-dissolução*. Temos, portanto, as seguintes modalidades de *cisão-fusão*: (i) a *cisão-total-fusão*, mediante a qual a sociedade cindida se extingue incorporando o seu património em, pelo menos, duas sociedades já constituídas (*cisão-total-fusão por incorporação*), que sejam constituídas para esse efeito (*cisão-total-fusão por constituição de nova sociedade*) ou, ainda, uma conjugação de ambas (*cisão-total-fusão por incorporação e constituição de nova sociedade ou mista*), e (ii) a *cisão-parcial-fusão*, em que a sociedade cindida destaca apenas parte do seu património, fundindo-o por incorporação, por constituição de nova sociedade ou ambas (tal como a *cisão-total-fusão*).

Sintetizam-se, em seguida, os principais passos dos processos societários de fusão e *cisão* para uma melhor compreensão da compatibilização destes regimes com o do PER:

Processo de Fusão	Processo de Cisão ¹⁴¹
(i) Elaboração e aprovação ¹⁴² do projeto de fusão ¹⁴³ pelos órgãos de administração das sociedades intervenientes (artigo 98.º do CSC);	(i) Elaboração e aprovação do projeto de <i>cisão</i> ¹⁴⁴ pelo órgão de administração da(s) sociedade(s) interveniente(s) (artigo 119.º do CSC);
(ii) Fiscalização do projeto de fusão e seus anexos pelos órgãos de fiscalização das sociedades intervenientes e ROC independente para emissão de parecer (quando aplicável) ¹⁴⁵ (artigo 99.º do CSC);	(ii) Fiscalização do projeto de <i>cisão</i> e seus anexos pelo(s) órgão(s) de fiscalização da(s) sociedade(s) interveniente(s) e ROC independente para emissão de parecer (quando aplicável) (artigo 99.º do CSC ex vi do 120.º do CSC);
(iii) Registo do projeto de fusão por cada uma das sociedades participantes e publicação (artigos 100.º, n.ºs 1 e 5 do CSC e 3.º, n.º 1, alínea p) e 70.º, n.º 1, alínea a) do Código do Registo Comercial (CRCom ¹⁴⁶);	(iii) Registo do projeto de <i>cisão</i> pela(s) sociedade(s) participante(s) e publicação (artigos 100.º, n.ºs 1 e 5 ex vi do 120.º, ambos do CSC e 3.º, n.º 1, alínea p) e 70.º, n.º 1, alínea a) do CRCom);
(iv) Aprovação da fusão pelas assembleias gerais das sociedades intervenientes ^{147, 148} (n.ºs 2 a 4 e 6 do artigo 100.º do CSC);	(iv) Aprovação da <i>cisão</i> pela(s) assembleia(s) geral(ais) da(s) sociedade(s) interveniente(s) (n.ºs 2 a 4 e 6 do artigo 100.º ex vi do 120.º, ambos do CSC);
(v) (Eventual) Oposição judicial dos credores ¹⁴⁹ (artigos 101.º-A a 101.º-D do CSC);	(v) (Eventual) Oposição judicial dos credores (artigos 101.º-A a 101.º-D ex vi do 120.º do CSC);
(vi) Registo definitivo da fusão ¹⁵⁰ (artigos 111.º do CSC e 3.º, n.º 1, alínea r), 15.º, n.º 1 e 70.º do CRCom).	(vi) Registo definitivo da <i>cisão</i> (artigos 111.º ex vi do 120.º do CSC e 3.º, n.º 1, alínea r) e 15.º, n.º 1 e 70.º do CRCom).

139 Alínea a), do artigo 118.º do CSC.

140 Alínea b), do artigo 118.º do CSC.

141 Aplicam-se à *cisão* as considerações tecidas a propósito das maiorias necessárias para a aprovação do projeto pelas administrações das sociedades envolvidas, da sua fiscalização, da sua aprovação pelas assembleias gerais das sociedades intervenientes, da oposição de credores, bem como, do registo e publicação, quer do projeto, quer o definitivo.

142 O projeto de fusão tem, em princípio, de ser aprovado pela maioria dos seus membros (artigo 261.º do CSC para o caso das sociedades por quotas, e artigos 406.º, alínea m), 410.º, n.º 7, 431.º, n.º 3 e 433.º, n.º 1 do CSC para as sociedades anónimas).

143 Do projeto de fusão devem constar, para além de todos os elementos especificamente elencados no n.º 1 do artigo 98.º do CSC, todos aqueles que se mostrem "necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada", "quer do ponto de vista económico, quer do ponto de vista jurídico", esclarece Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 187.

144 O legislador optou por regular o conteúdo mínimo e obrigatório do projeto de *cisão* expressamente, ao contrário do que fez com a sua tramitação, regulada essencialmente por remissão do artigo 120.º do CSC para o regime da fusão. Com efeito, relativamente ao artigo 98.º do CSC, as novidades são apenas no que toca às alíneas d) e p) do artigo 119.º do CSC que impõe, respetivamente, a enumeração dos bens a transmitir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade e respetivos valores e a atribuição da posição jurídica de empregador.

145 Do artigo 99.º do CSC, resulta que todas as sociedades intervenientes na fusão que tenham órgão de fiscalização devem submeter-lhe o projeto de fusão para que este o analise e sobre ele emita o seu parecer (n.º 1 do mencionado preceito). Adicionalmente, o órgão de administração de cada uma das sociedades intervenientes deve, caso não se acorde a dispensa nos termos e para os efeitos do n.º 6 deste preceito, submeter o projeto de fusão a um ROC ou Sociedade de ROC independente de todas as intervenientes – que pode, se assim o desejarem, ser o mesmo para todas elas – para que igualmente se pronuncie sobre o projeto (n.ºs 2 e 3 do mencionado preceito).

146 Código do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro, na redação em vigor.

147 A deliberação de aprovação do projeto de fusão pode ser tomada em assembleia convocada, mas também, quando as circunstâncias o permitam, em assembleia universal ou unanimemente por escrito (n.º 6 do artigo 100.º do CSC). No primeiro caso, impõe-se que a assembleia seja convocada depois de efetuado o registo e com a antecedência mínima de um mês (n.º 2 do mencionado preceito). De acordo com o disposto no artigo 103.º, n.º 1 do CSC, a deliberação é tomada, na falta de disposição especial, nos termos prescritos para a alteração do contrato de sociedade.

148 A aprovação da fusão não é exigível no caso de fusão por incorporação de sociedade detida pelo menos a 90% por outra, desde que verificados os requisitos previstos no n.º 3 do artigo 116.º do CSC, nem nos casos a que se refere o artigo 117.º-I, n.º 3 do CSC relativos às fusões transfronteiriças, que dispensa, no caso de fusão por incorporação de sociedade totalmente pertencente a outra, em qualquer caso, a aprovação da assembleia geral das sociedades incorporadas e, quando verificados os mencionados requisitos do n.º 3 do artigo 116.º do CSC, também a da sociedade incorporante.

149 Qualquer credor cujo crédito seja anterior à publicação do registo do projeto de fusão e tenha solicitado a sua satisfação ou prestação de garantia adequada à devedora há pelo menos 15 dias, pode, independentemente do montante do seu crédito, deduzir oposição judicial à fusão, no prazo de um mês após a publicação do projeto de fusão, em ação de processo especial previsto no artigo 1059.º do CSC.

150 Esclarece o artigo 67.º-A, n.º 1 do CRCom que o registo relevante para a produção dos efeitos a que se refere o artigo 112.º do CSC é o efetuado na sociedade incorporante ou na nova sociedade constituída, determinando os mesmos a promoção oficiosa do registo nas sociedades incorporadas ou fundidas.

4.4. Proposta de compatibilização de interesses e regimes

Tanto a operação de fusão, como a de cisão poderão decorrer durante o decurso do PER (ficando os seus efeitos a aguardar a sentença de homologação do plano) ou ser iniciadas apenas após a aprovação e homologação do plano¹⁵¹. Neste último caso, a concatenação dos regimes é fácil de realizar, na medida em que as operações de fusão ou cisão já têm lugar numa fase adiantada do PER, ocorrendo em sucedâneo. Adiante analisaremos estes casos com maior detalhe.

Tal não significa que certos atos preparatórios daquelas operações não possam decorrer até à homologação do plano de revitalização. O PER é um processo urgente¹⁵², devido à situação económica difícil (ou de insolvência iminente) em que a devedora se encontra, pelo que é perfeitamente justificável que os atos instrumentais e preparatórios das medidas de recuperação a serem negociadas (e que vão ser incluídas num plano a sujeitar a aprovação pelos credores) sejam praticados durante esse processo de negociação, procurando acelerar a operação e demonstrando o comprometimento da devedora com o plano a apresentar. Não obstante, a prática desses atos depende de não existir violação das regras que regulam o PER¹⁵³ e que não existam violações dos direitos e interesses de cada um dos participantes no PER e dos restantes *stakeholders* da devedora.

Neste momento, iremos abordar justamente essas situações, em que o processo de fusão/cisão decorre durante o decurso do PER. Como referido, a situação crítica da devedora sujeita a PER pode muitas vezes reclamar urgência ou poderá justificar que os atos preparatórios e instrumentais das operações de fusão ou cisão decorram durante o PER, designadamente, e como vimos, até à homologação do plano de revitalização. Nestes casos, as operações de fusão e cisão previstas no plano passam a ser eficazes com a sentença de homologação, nos termos do artigo 217.º, n.º 2 do CIRE, sendo aquela título bastante para o registo definitivo da operação. Contudo, para esse efeito, será necessário garantir a compatibilização dos

procedimentos e regimes da fusão/cisão e do PER¹⁵⁴ – tarefa que se apresenta como especialmente desafiante, considerando a tutela conferida por cada um dos regimes em análise àqueles cujos interesses são potencialmente prejudicados¹⁵⁵. Neste contexto, é preciso garantir que os interesses protegidos pelos regimes da fusão e da cisão, por um lado, e do PER, por outro, não são postos em causa, mas mais, que a proteção conferida por um dos regimes não inviabiliza o sucesso do outro.

Questão que imediatamente surge é a da compatibilização dos *timings* da fusão e da cisão com os do PER¹⁵⁶, atendendo à tramitação rígida e aos prazos tendencialmente curtos que caracterizam a celeridade do PER¹⁵⁷ e os prazos previstos no CSC para a viabilização ou (potencial) inviabilização das operações de fusão/cisão, pelos acionistas e credores das sociedades participantes. É necessário assegurar a verificação de todas as condições para que a sentença homologatória possa conferir eficácia às operações previstas no plano de revitalização, caso contrário, o juiz decidirá pela não homologação, por força do disposto no n.º 1 do artigo 201.º (que proíbe a aposição de condições suspensivas ao plano) e do artigo 215.º.

Um momento-chave na articulação destes *timings* é a publicação do projeto de fusão ou cisão¹⁵⁸, uma vez que é a partir desse momento que começa a correr o prazo de que dispõem os credores das sociedades participantes para se oporem à fusão/cisão¹⁵⁹, e que se convocam as assembleias gerais das sociedades envolvidas para deliberar sobre aquelas operações. Tratando-se estas operações de medidas de reestruturação contempladas no plano de revitalização, a publicação do seu projeto em momento anterior às negociações, na maioria das vezes, inviabilizaria a aprovação do plano de revitalização pelos credores da devedora que, nessa medida, se veriam impossibilitados de negociar os seus termos durante o período estipulado para esse efeito. Deste modo, a publicação deverá ocorrer em momento em que os seus termos foram já negociados entre a devedora e os seus credores, portanto, necessariamente durante ou no fim do período de negociações do plano de revitalização (artigo 17.º-D, n.º 2 do CIRE).

151 Quanto à implementação das operações e o recurso de não homologação procedente, remetemos para o capítulo 4.6.

152 Como resulta do artigo 9.º do CIRE.

153 A aprovação de um projeto de fusão ou de cisão, sujeito à aprovação de um plano de revitalização ou a ser implementado após a homologação do plano, pelo órgão de gestão de uma sociedade em PER, não será um ato de especial relevo dependente da autorização do AJP, na medida em que não tem qualquer impacto no património da devedora, sem a homologação do plano e autorização dos sócios da devedora.

154 Como o implicará também a sua previsão no âmbito de um plano de insolvência a aprovar e homologar num processo de insolvência, cuja admissibilidade genericamente sufragámos. No entanto, por se afastar do tema objeto do nosso estudo, tal compatibilização não será por nós, neste texto, abordada.

155 Referimo-nos aos interesses das sociedades participantes na fusão ou cisão, seus credores, sócios e outros *stakeholders* – interesses que serão, cada um deles e autonomamente, objeto da nossa análise, adiante.

156 Questão que, como se verá, é meramente instrumental da especial problemática que determinou a existência daqueles procedimentos e *timings*: permitir aos acionistas, credores e outros *stakeholders*, o exercício dos seus direitos, garantindo a sua proteção.

157 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 353, destaca que “[a] celeridade é a característica mais visível do PER”.

158 Juntamento com a respetiva aprovação pelos órgãos de administração de cada uma das sociedades participantes (artigo 98.º, n.º 1 do CSC e artigo 119.º do CSC), respetivos órgãos de fiscalização quando existam (artigo 99.º, n.º 1 do CSC, aplicável à cisão por força do artigo 120.º do CSC), bem como, por ROC quando não dispensados (artigo 99.º, n.º 2 do CSC, aplicável à cisão, também, *ex vi* do artigo 120.º do CSC).

159 Dispõe o artigo 101.º-A do CSC que os credores das sociedades participantes cujos créditos sejam anteriores a essa publicação podem deduzir oposição judicial no prazo de um mês contado da publicação do registo do projeto.

Por outro lado, é essencial assegurar que a operação foi aprovada pelas assembleias gerais das sociedades participantes ou que, pelo menos, existem condições e acordo para que tal suceda¹⁶⁰. Portanto, devem respeitar-se os prazos previstos nos artigos 100.º, n.º 1 e 101.º-A do CSC para os interessados exercerem os respetivos direitos¹⁶¹, sob pena de o juiz não homologar o plano de revitalização por considerar que este está sujeito a condições suspensivas. É exatamente para estes casos que a proposta que apresentamos de seguida terá maior interesse.

PER do art. 17.º-C do CIRE

#	Timing	Ato / Formalidade
A	-	Apresentação do requerimento a que se refere o n.º 3 do artigo 17.º-C.
B	Imediatamente (tipicamente 3 dias após A)	Designação do AJP (n.º 4 do artigo 17.º-C).
C	20 dias após B	Apresentação das reclamações de créditos (1.ª parte do n.º 2 do artigo 17.º-D).
D	5 dias após C	Elaboração da lista provisória de créditos pelo AJP (parte final do n.º 2 do artigo 17.º-D) e sua publicação no portal Citius (n.º 3 do artigo 17.º-D).
E	5 dias úteis após D	Impugnação da lista provisória de créditos (n.º 3 do artigo 17.º-D). Conversão da lista provisória de créditos em definitiva, no caso de inexistirem impugnações à lista provisória de créditos (n.º 4 do artigo 17.º-D).
F	5 dias úteis após E	Decisão do juiz sobre as impugnações (n.ºs 3 e 4 do artigo 17.º-D).
G	2 meses após E	Negociações (n.º 5 do artigo 17.º-D).
H	1 mês após G	Eventual extensão das negociações ¹⁶² (n.º 5 do artigo 17.º-D).
I	Antes de J	Aprovação do projeto de fusão ou cisão pelas administrações das sociedades participantes na fusão ou cisão.

#	Timing	Ato / Formalidade
		Depósito da versão final do plano de revitalização (n.º 1 do artigo 17.º-F).
J	Até último dia de G ou H	Registo do projeto de fusão ou cisão (artigos 100.º, n.º 1 e 120.º do CSC). Convocatória das assembleias gerais das sociedades participantes na fusão ou cisão (artigos 100.º, n.º 2 e 120.º do CSC).
K	5 dias após J	Credores comentam a versão final do plano de revitalização (n.º 2 do artigo 17.º-F). Depósito da versão final do plano de revitalização (n.º 2 do artigo 17.º-F).
L	5 dias após K	(Sendo necessárias alterações ao projeto de fusão ou cisão em virtude dos comentários dos credores) cancelamento do registo do projeto de fusão ou cisão referido no Ponto J e registo de novo projeto de fusão ou cisão nos mesmos termos. (Sendo necessárias alterações ao projeto de fusão ou cisão em virtude dos comentários dos credores) nova convocatória das assembleias gerais das sociedades participantes na fusão ou cisão (artigos 100.º, n.º 2 e 120.º do CSC).
M	15 dias antes de P	Prazo para credores cujas dívidas foram constituídas após B interelarem a devedora (parte final do artigo 101.º-A do CSC).
N	10 dias após L	Votação e pedidos de não homologação do plano de revitalização (n.º 3 do artigo 17.º-F).
O	10 dias após N	Prazo para homologação do plano de revitalização (artigo 17.º-F, n.º 7) ¹⁶³ .
P	1 mês após J ou L ¹⁶⁴	Aprovação da fusão ou cisão pelas assembleias gerais das sociedades participantes (artigos 100.º, n.º 2, 102.º, 103.º e 120.º do CSC). Termo do prazo para os credores cujas dívidas foram constituídas após B deduzirem oposição judicial à fusão ou cisão (artigo 101.º-A e 120.º do CSC).
Q	Após P	Homologação do plano de revitalização pelo juiz ao abrigo do dever de gestão processual ¹⁶⁵ (n.º 7 do artigo 17.º-F) ¹⁶⁶ .
R	Imediatamente após R	Registo da fusão ou cisão (artigos 111.º e 120.º do CSC).
S	15 dias após Q	Termo do prazo para interposição de recurso da sentença que homologou o plano de revitalização (n.º 1 do artigo 638.º do Código de Processo Civil [“CPC”], aplicável por força dos artigos 17.º, n.º 1 e 17.º-A, n.º 3).

160 A este respeito, recorde-se que, apesar da letra do n.º 2 do artigo 100.º do CSC parecer impor a realização de uma assembleia geral “decorrido, pelo menos, um mês sobre a data da convocatória”, os sócios podem sempre realizar deliberações unânimes por escrito, bem como assembleias gerais universais (com dispensa dos requisitos do artigo 54.º do CSC), conforme (embora desnecessariamente) esclarece o n.º 6 desse mesmo preceito.

161 E também do artigo 101.º-C do CSC, quando existam credores obrigacionistas, que dispõe, no seu n.º 1 que “O disposto nos artigos 101.º-A e 101.º-B é aplicável aos credores obrigacionistas com as alterações estabelecidas nos números seguintes”. Os direitos dos credores obrigacionista são previstos e assegurados pela referida mencionada Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (codificação), designadamente, nos termos do seu artigo 100.º, no que respeita à fusão, e nos termos do artigo 146.º, no que respeita à cisão. Dada a complexidade do tema, preferimos não o tratar no âmbito do presente texto, sob pena de o tornar demasiado denso.

162 Atendendo ao contexto económico desencadeado pela pandemia do vírus Covid-19, foi aprovada a Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, na qual se prevê, no seu artigo 2.º, a possibilidade de, “a requerimento fundado da empresa ou do devedor, consoante os casos, e do administrador judicial provisório, o juiz poder conceder nova prorrogação do prazo para a conclusão das negociações encetadas com vista à aprovação de plano de recuperação (...) por uma só vez e por um mês, além da prevista no n.º 5 do artigo 17.º-D”. Tal significa que, excepcional e transitariamente, estas negociações podem prolongar-se por um período de até 4 meses.

163 Tendo em conta as regras de contagem dos prazos processuais pode suceder que o prazo para homologação do plano a que se refere o n.º 7 do artigo 17.º-F termine antes dos atos aludidos no Ponto P da tabela. Nesse caso, e ao abrigo do dever de gestão processual, o juiz deverá aguardar a conclusão desses atos e homologar o plano de revitalização, sendo caso disso, apenas posteriormente. Esta posição está, aliás, em linha com a aplicação genérica do título XI referida no n.º 7 do artigo 17.º-F. Repare-se que o artigo 214.º do CIRE determina que, no âmbito do processo de insolvência, “[a] sentença de homologação do plano de insolvência só pode ser proferida decorridos pelo menos 10 dias sobre a data da respectiva aprovação”. No âmbito do PER, o legislador procurou encurtar este prazo, mas quando seja necessário estendê-lo para aguardar a verificação de uma condição suspensiva localizada no tempo, deve o juiz aguardar pela potencial verificação da condição.

164 Consoante tenha, ou não, sido necessário incorporar os comentários dos credores no projeto de fusão ou cisão e, consequentemente, tenha sido necessário registar e publicar novo projeto de fusão ou cisão e convocar, novamente, as assembleias gerais das sociedades participantes.

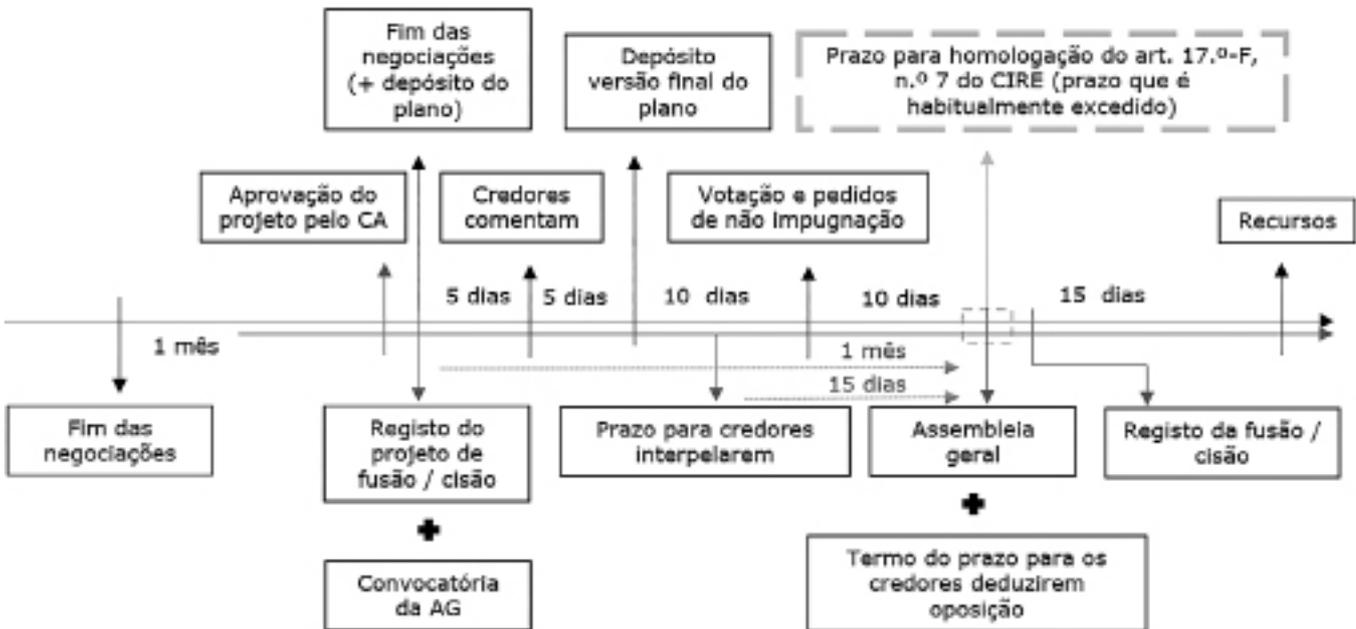
165 Artigo 6.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artigos 17.º, n.º 1 e 17.º-A, n.º 3 do CIRE.

166 Poderá, ou não, coincidir com o Ponto M da tabela – conforme detalharemos adiante.

Transmissão de estabelecimentos no PER

Admissibilidade do trespasse (em especial, o saneamento por transmissão), fusão e cisão

Para facilidade de leitura, apresenta-se na *figura 1*. a sequência proposta dos atos:



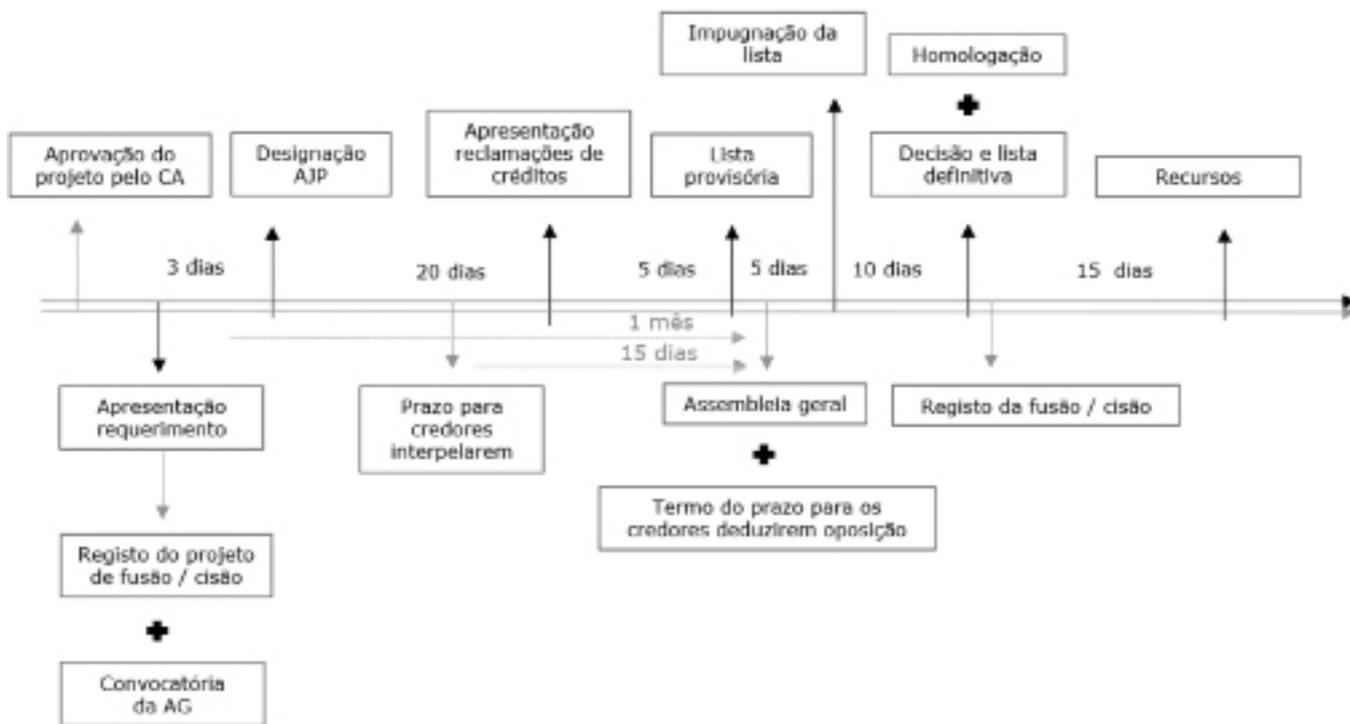
PER do art. 17.º-I do CIRE

#	Tempo	Ato / Formalidade
A	-	Aprovação do projeto de fusão ou cisão pelas administrações das sociedades participantes na fusão ou cisão.
B	Após A	Apresentação do requerimento a que se refere o n.º 1 do artigo 17.º-I. Registo do projeto de fusão ou cisão (artigos 100.º, n.º 1 e 120.º do CSC). Convocatória das assembleias gerais das sociedades participantes na fusão ou cisão (artigos 100.º, n.º 2 e 120.º do CSC).
C	(tipicamente) 3 dias após B	Designação AJP (n.º 2 do artigo 17.º-I).
D	20 dias após C	Apresentação das reclamações de créditos (primeira parte do n.º 2 do artigo 17.º-D ex vi do n.º 3 do artigo 17.º-I).
E	5 dias após D	Elaboração da lista provisória de créditos pelo AJP (parte final do n.º 2 do artigo 17.º-D ex vi do n.º 3 do artigo 17.º-I) e sua publicação no portal Citius (alínea b), do n.º 2 do artigo 17.º-I e n.º 3 do artigo 17.º-D ex vi do n.º 3 do artigo 17.º-I).
F	5 dias úteis após E	Impugnação da lista provisória de créditos (n.º 3 do artigo 17.º-D ex vi do n.º 3 do artigo 17.º-I). Conversão da lista provisória de créditos em definitiva, no caso de inexistirem impugnações à lista provisória de créditos (n.º 4 do artigo 17.º-D).

#	Tempo	Ato / Formalidade
G	1 mês após B	Aprovação da fusão ou cisão pelas assembleias gerais das sociedades participantes (artigos 100.º, n.º 2, 102.º, 103.º e 120.º do CSC). Termo do prazo para os credores cujas dívidas foram constituídas após C deduzirem oposição judicial à fusão ou cisão (artigo 101.º-A e 120.º do CSC).
H	5 dias úteis após F	Decisão do juiz sobre as impugnações ou (inexistindo) conversão da lista provisória de créditos em definitiva (n.ºs 3 e 4 do artigo 17.º-D ex vi do n.º 3 do artigo 17.º-I).
I	10 dias após F ou H ¹⁶⁷	Prazo para homologação (n.º 4 do artigo 17.º-I).
J	Imediatamente após I	Registo da fusão ou cisão (artigos 111.º e 120.º do CSC).
K	15 dias após I	Termo do prazo para interposição de recurso da sentença que homologou o plano de revitalização (n.º 1 do artigo 638.º do CPC aplicável por força do artigo 17.º-A, n.º 3).

¹⁶⁷ Consoante existam ou não impugnações à lista provisória de créditos, respetivamente. No caso do PER do 17.º-I o prazo para a homologação do plano, nos termos do 4 do artigo 17.º-I, conta-se da conversão da lista de créditos em definitiva.

Para facilidade de leitura, apresenta-se na *figura 2.* a sequência proposta dos atos:



A compatibilização proposta funcionará na medida em que se garanta que ficam assegurados os interesses (i) das sociedades participantes, (ii) dos credores, (iii) dos sócios das sociedades participantes, e (iv) dos restantes *stakeholders*. Analisaremos sumariamente cada um destes interesses de seguida.

4.4.1. Proteção dos interesses das sociedades participantes

Apesar da querela doutrinária sobre o “interesse da sociedade”¹⁶⁸, facilmente se compreende que, independentemente da posição adotada, os interesses das sociedades participantes são devidamente acautelados na proposta realizada. Desde logo, os projetos de fusão/cisão são aprovados pelos órgãos de administração de todas as sociedades participantes¹⁶⁹, sendo ainda sujeitos aos pareceres dos órgãos de fiscalização e dos revisores oficiais de contas (quando aplicável)¹⁷⁰. Por outro lado, a operação é aprovada nas respetivas assembleias gerais¹⁷¹, nos casos em que não seja dispensada¹⁷².

Especificamente quanto aos interesses da sociedade devedora, recorde-se que a operação se destina à recuperação da sua empresa no âmbito do PER, pelo que, em coordenação com as demais providências adotadas no plano de revitalização, tendencialmente e com toda a probabilidade, a empresa sairá do processo numa situação financeira melhor do que a que tinha quando a sua titular se submeteu ao PER. Isso mesmo é também acautelado pelo juiz, que analisa e homologa o plano de revitalização e que tem ainda em conta os comentários de terceiros – no caso, dos credores – na sua análise e decisão.

A questão é mais discutível quando as operações tenham por efeito a extinção da titular da empresa, designadamente na fusão por incorporação em que a devedora é incorporada, na fusão por *constituição de uma nova sociedade*, bem como nos casos de cisão-dissolução. Contudo, note-se que este tema não constitui um entrave à realização das operações fora do PER, por outro lado, valem aqui as considerações realizadas em 3.2, acerca da admissibilidade do *trespasse* quando a devedora apenas tenha um estabelecimento.

168 Sintetizando as posições assumidas pela doutrina a propósito desta querela doutrinária, Ricardo Costa e Gabriela Figueiredo Dias, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. I, Almedina, 2017, p. 729, em anotação ao artigo 64.º do CSC.

169 Artigos 98.º, 119.º, 261.º (sociedades por quotas) e 406.º, alínea m), 410.º, n.º 7, 431.º, n.º 3 e 433.º, n.º 1 (sociedades anónimas), todos do CSC.

170 Artigos 99.º e 120.º do CSC.

171 Artigos 100.º, nºs 2 a 4 e 6 e 120.º do CSC

172 Referimo-nos aos casos já evidenciados de fusão por incorporação de sociedade detida pelo menos a 90% por outra, desde que verificado os requisitos previstos no n.º 3 do artigo 116.º do CSC e de fusões transfronteiriças por incorporação de sociedade totalmente pertencente a outra, a que se refere o n.º 3 do artigo 117.º-I do CSC, que dispensa em qualquer caso, a aprovação da assembleia geral das sociedades incorporadas e, quando verificados os mencionados requisitos do n.º 3 do artigo 116.º do CSC, também a da sociedade incorporante.

Quanto às outras sociedades (que não a devedora) que eventualmente participem na operação, também os seus interesses são integralmente protegidos, quer seja em virtude dos trâmites legalmente estabelecidos no CSC para estas operações – e que são inteiramente respeitados, conforme se evidenciou, com a participação dos seus administradores/gerentes, sócios, trabalhadores e credores –, como, pelo facto de se fundirem ou cindirem com uma sociedade que foi previamente reestruturada num plano de revitalização, assim se assegurando que a sua situação financeira não é prejudicada em resultado da operação projetada.

4.4.2. Proteção dos interesses dos credores das sociedades participantes

A proteção dos credores é um dos aspetos essenciais dos regimes da fusão e da cisão (assim como, naturalmente, no do PER). Nestas operações, a proteção dos credores é assegurada *a priori*, através do direito de consulta dos documentos relacionados com as operações¹⁷³, sendo-lhes, além disso, permitido deduzir oposição judicial¹⁷⁴. Na operação de cisão, a proteção dos credores é ainda assegurada *a posteriori* através do regime de responsabilidade solidária das sociedades cindida e incorporante prevista nos artigos 122.º e 126.º, n.º 2 do CSC.

Fora do PER, os credores tomam conhecimento da operação projetada a partir do momento em que o projeto de fusão ou cisão é registado e publicado¹⁷⁵. A partir desse momento, os credores ficam com o direito de interpelar as sociedades participantes para o cumprimento dos seus créditos, caso não o tivessem feito há menos de 15 dias e, no caso de não serem pagos, deduzir oposição judicial à operação projetada, no prazo de 30 dias desde a publicação do projeto, com fundamento no prejuízo que daí advenha para a realização dos seus direitos, com efeitos impeditivos do registo definitivo da operação¹⁷⁶. No âmbito da nossa proposta para realização da operação no decurso do PER, os credores tomam conhecimento da operação projetada, pelo menos, com o depósito do plano de revitalização (e posteriormente com a publicação do projeto, nos termos gerais).

A previsão de uma operação desta natureza num plano depende da possibilidade de, no âmbito do PER, os credores das sociedades intervenientes fazerem valer os seus direitos em, pelo menos, igualdade de circunstâncias. Esta análise é simplificada no caso da cisão-simples, na medida em que o espectro de preocupações, neste campo, fica limitado aos credores da devedora, dos quais grande parte¹⁷⁷ – como adiante justificaremos – estará vinculado aos termos do PER, em virtude do seu caráter universal. Já nos casos de fusão ou cisão-fusão, impor-se-á a articulação do PER com a eventual oposição de credores que nada têm que ver com aquele e que, como tal, exercerão os seus direitos relativos às operações de fusão/cisão fora daquele.

Assim, os credores da devedora devem ser classificados de forma bipartida: (i) os credores cujos créditos foram constituídos até ao despacho de nomeação do AJP (despacho a que se refere o n.º 4 do artigo 17.º-C) e (ii) aqueles cujos créditos foram constituídos após o termo daquele momento.

Os primeiros, por se encontrarem sujeitos ao PER, encontram-se impedidos de recorrer aos direitos previstos nos artigos 101.º-A e 101.º-B do CSC, pois, se o registo do projeto de fusão/cisão tiver lugar no momento em que é depositada a versão final do plano de revitalização ou da eventual versão que incorpore os comentários dos credores, estes terão à sua disposição, no âmbito do PER, os mecanismos necessários a garantir a sua oposição ao projeto de fusão ou cisão, designadamente os seguintes meios processuais: (i) apresentar os seus comentários à versão inicial do plano (apenas no PER do artigo 17.º-C), (ii) votar contra a aprovação do plano de revitalização, (iii) solicitar a não homologação do plano de revitalização, e (iv) interpor recurso da sentença de homologação do plano de revitalização.

Note-se que o fundamento para a oposição judicial à fusão ou cisão seria o prejuízo que dessa operação resultaria para a realização dos direitos do credor opoente¹⁷⁸, que, pela solução apresentada não fica prejudicada, tendo em conta os critérios espelhados nas alíneas a) e b), do n.º 1 do artigo 216.º do CIRE que subjazem ao juízo realizado

173 Artigos 100.º n.º 3 e 101.º do CSC, aplicável à cisão *ex vi* do artigo 120.º.

174 Artigos 101.º-A e 101.º-B do CSC, aplicável à cisão *ex vi* do artigo 120.º. A este propósito, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, pp. 224-231 e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, pp. 453-462.

175 Artigos 100.º, n.ºs 1 e 5 (e 120.º do CSC), 3.º, n.º 1, alínea p) e 70.º, n.º 1, alínea a) do CRCom. Como esclarece Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 445, "a publicação oficiosa do registo do projeto de fusão constitui aviso de credores e contém a menção de que estes se podem opor à fusão nos termos do 101.º-A".

176 Artigo 101.º-B do CSC. Note-se, como faz Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 460, que "[s]e atendermos ao efeito constitutivo do registo (112.º), o verdadeiro efeito da oposição de credores é impedir a próprio fusão das sociedades participantes". *Mais se diga que "[o] efeito da oposição ocorre ope legis. O oponente não requer a suspensão da fusão nem o impedimento da sua inscrição definitiva no registo. Tão pouco o tribunal profere qualquer decisão nesse sentido"*. No mesmo sentido, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 229.

177 Aqueles cujos créditos se tenham constituído até à data da nomeação do AJP, nos termos do n.º 4 do artigo 17.º-C, por força do n.º 10 do artigo 17.º-F.

178 Artigo 101.º-A do CSC. Sobre o tema, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 217 refere que "[a] existência de prejuízo para a satisfação dos créditos constitui o fundamento único da oposição judicial à fusão. (...) Da fusão [e da cisão, acrescentamos nós] derivará um prejuízo para o credor se, em resultado dela, diminuir a probabilidade concreta de obter a realização dos seus direitos, em face do património unificado da sociedade resultante. A apreciação da existência de prejuízo passará pela avaliação da probabilidade de a nova massa patrimonial (...) poder satisfazer todos os débitos". Também assim, Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 457.

pelo juiz na sentença de homologação do plano – i.e. o *best interest of the creditors test*¹⁷⁹ e a igualdade de credores¹⁸⁰. Bem vistas as coisas, o único argumento suscetível de ser invocado pelos credores para se oporem judicialmente ao projeto de fusão ou cisão é o do princípio do *best interest of the creditors test*, pelo que, na realidade, os credores ficarão mais protegidos no âmbito do PER.

Acresce que os efeitos da oposição deduzida nos termos do artigo 1059.º do CPC são os de impedir o registo definitivo (e respetiva eficácia da operação)¹⁸¹, o que fica plenamente assegurado com a solução proposta, na medida em que, encontrando-se a sociedade em PER, a cisão ou fusão só poderá ser definitivamente registada depois da sentença de homologação¹⁸², i.e. depois de analisado o *best interest of the creditors test*. Caso o plano não seja homologado, a sociedade não poderá registar a operação pretendida. Em termos práticos, tal é assegurado por na certidão de matrícula da devedora se encontrar registada a nomeação do AJP (denotando que esta se encontra em PER), pelo que a Conservatória do Registo Comercial irá sempre solicitar a sentença de homologação do plano de revitalização para realizar este registo.

Permitir a estes credores o exercício do direito de oposição fora do PER, reclamando a adoção de uma das medidas referidas no n.º 1 do artigo 101.º-B do CSC – designadamente, a prestação de caução, a satisfação do crédito ou a prestação de caução fixada por acordo ou decisão judicial –, por forma a fazer cessar o seu efeito impeditivo, colocaria a devedora numa situação de impasse que – cremos – é incompatível com a natureza do PER. Com efeito, o recurso àquelas medidas consubstanciaria uma evidente violação do princípio da igualdade dos credores, que vigora no âmbito daquele processo¹⁸³. Assim, tal possibilidade atribuiria aos credores uma desproporcional arma para fazerem valer os seus interesses, muito além daquilo que é desejável, quer no âmbito do PER, quer no âmbito das operações de fusão e cisão. Tal consubstanciaria, além

disso, uma conduta abusiva a do credor que, não tendo requerido a não homologação do plano de revitalização onde se previsse a fusão ou cisão da sociedade devedora com fundamento em violação do princípio do *best interest of the creditors test*, viesse, mais tarde, opor-se à fusão ou cisão com esse fundamento. E mais se diga: homologado um plano de revitalização e indeferidos os pedidos de não homologação com aquele fundamento, seria defensável que a decisão que viesse posteriormente a pronunciar-se sobre a oposição de um credor ao projeto de fusão e cisão com fundamento no prejuízo para a satisfação do seu crédito viola o caso julgado ali formado.

Quanto aos credores cujos créditos foram constituídos após o despacho de nomeação do AJP, não podendo estes participar no processo, em virtude de não serem parte interessada¹⁸⁴ e não existindo mecanismo processual que lhes garanta o exercício dos seus direitos no âmbito daquele processo, impõe-se que o possam fazer nos termos gerais previstos para a oposição à fusão ou à cisão. Como tal, a estes credores devem ser garantidos os mecanismos de proteção previstos nos artigos 101.º-A e 101.º-B do CSC – i.e. a concessão do prazo de 1 mês contado da publicação do registo do projeto de fusão para a dedução de oposição judicial, sendo apreciada nos termos do artigo 1059.º CPC.

No entanto, mesmo que deduzidas em tempo, as oposições dos credores que não são abrangidos no PER não estariam, com muita probabilidade, decididas no momento da homologação do plano de revitalização, sendo como tal, impeditivas do registo definitivo da fusão ou da cisão, mesmo que previstas num plano de revitalização judicialmente homologado. No entanto, estes créditos não se encontram vinculados ao disposto no plano de revitalização, não vendo, por isso, os seus créditos reestruturados. Assim, tendo sido deduzida oposição judicial à fusão/cisão por estes credores, para obstar ao efeito impeditivo daquela, e assim proceder ao registo definitivo

179 A propósito deste princípio, vejam-se, entre outros, os Acs. STJ de 11.11.2020, processo n.º 672/16.4T8CBR.P1.S1 (relatora Catarina Serra); de 18.01.2018, processo n.º 18084/15.5T8LSB.L1.S2 (relator Roque Nogueira); de 29.07.2017, processo n.º 3499/16.0T8VIS.S1 (relatora Ana Paula Boularot); 03.03.2015, processo n.º 1480/13.0TYLS.L1.S1 (relator João Camilo); o Ac. TRP de 10.09.2019, processo n.º 433/19.9T8AMT.P1.9 (relatora Ana Lucinda Cabral); o Ac. TRL de 15.10.2019, processo n.º 3855/18.9T8VFX.L1-1 (relatora Isabel Fonseca); os Acs. TRC de 26.02.2019, processo n.º 3601/17.4T8LRA-C.C1 (relator Emídio Santos) e 09.05.2017, processo n.º 1006/15.0T8LRA-D.C1 (relator António Carvalho Martins); os Acs. TRG de 08.07.2020, processo n.º 4359/19.8T8VNF.G1 (relator António Figueiredo de Almeida); de 22.06.2017, processo n.º 311/16.3T8VLN (relatora Maria Amália Santos) e de 05.11.2015, processo n.º 657/14.5T8BRG.G1 (relator Jorge Teixeira) e os Acs. TRE de 22.02.2018, processo n.º 841/16.7T8ELV.E1 (relatora Ana Margarida Leite) e de 11.05.2017, processo n.º 1973/16.7T8STR.E1 (relator Manuel Bargado), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

180 A propósito deste princípio, vejam-se, entre outros, os Ac. STJ de 07.02.2017, processo n.º 5512/15.9T8CBR.C1.S1 (relator Nuno Cameira) e de 14.02.2016, processo n.º 1515/14.9T8FUN-B.L1.S1 (relator Fonseca Ramos); o Ac. TRP de 10.09.2019, processo n.º 433/19.9T8AMT.P1 (relatora Ana Lucinda Cabral); o Ac. TRL de 24.01.2017, processo n.º 1248/16.1T8BRR.L1-7 (relatora Maria da Assunção Raimundo); os Acs. TRC de 27.06.2017, processo n.º 8389/16.3T8CBR.C1 (relatora Ilsaías Pádua); de 09.05.2017, processo n.º 1006/15.0T8LRA-D.C1 (relator António Carvalho Martins); de 18.10.2016, processo n.º 905/15.4T8FND-B.C1 (relator Fernando Monteiro) e de 17.03.2015, processo n.º 338/13.7T8OFR-A.C1 (relator Henrique Antunes) e os Acs. TRE de 17.01.2019, processo n.º 718/18.1T8STR.E1 (relator Rui Machado e Moura); de 22.02.2018, processo n.º 841/16.7T8ELV.E1 (relatora Ana Margarida Leite) e de 26.01.2017, processo n.º 630/15.6T8OLH.E1 (relator Mata Ribeiro), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

181 Recorde-se, a este propósito, o que acima se destacou a propósito do efeito constitutivo do registo, nos termos do artigo 112.º do CSC e o impedimento da própria operação (e não apenas do registo).

182 Por força do artigo 217.º, cujo n.º 2 dispõe que “A sentença homologatória confere eficácia a quaisquer actos ou negócios jurídicos previstos no plano de insolvência” e, cuja alínea a) do n.º 3 dispõe, por sua vez, que “A sentença homologatória constitui, designadamente, título bastante para: A constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que deva adquirir, bem como para a realização dos respectivos registos”. A este propósito, escrevem Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, Quid Juris, 2015, p. 791, em anotação ao artigo 217.º: “Embora a questão não possa considerar-se totalmente isenta de dúvidas (...), temos para nós que a sentença homologatória constitui, em rigor, a condição legal de eficácia das alterações que, todavia, têm a sua fonte constitutiva no próprio plano, nascendo com a aprovação dos credores deliberada por maioria adequada”.

183 Por muito que a oposição deduzida nos termos do artigo 1059.º do CPC não consubstancie uma ação para cobrança de dívidas contra a empresa *stricto sensu* (pois destina-se em primeira linha, a impedir o registo de uma operação), a propositura desta oposição pelos credores abrangidos pelo PER contraria o espírito do efeito *stand-still* do artigo 17.º-E, n.º 1 do CIRE, na medida em que têm os mecanismos do PER ao seu dispor.

184 Na medida em que os seus créditos não ficam sujeitos ao disposto no plano de revitalização, nos termos do artigo n.º 10 do artigo 17.º-F.

da operação projetada, a devedora terá que recorrer a uma das medidas previstas no n.º 1 do artigo 101.º-B do CSC. Possibilidade que não levanta – como sucedia no caso dos credores abrangidos pelo plano de revitalização – qualquer questão relativa à igualdade dos credores, mas que deve, em qualquer caso, por razões de transparência e boa-fé para com todos os credores, ficar devidamente prevista e acutelada no plano de revitalização.

Para além dos credores da devedora sujeita a PER, é necessário considerar os direitos e interesses dos credores das demais sociedades participantes na operação de fusão ou cisão-fusão. A solução preconizada quanto aos credores cujos créditos foram constituídos após o termo do prazo para a reclamação de créditos no âmbito do PER é a mesma para estes credores.

No caso da operação de cisão, a tutela dos credores é ainda, como evidenciámos, garantida *a posteriori* através do regime de solidariedade previsto nos artigos 122.º e 126.º, n.º 2 do CSC¹⁸⁵ e que beneficia, quer os credores da devedora, quer os credores da sociedade que com parte do seu património se funda, quando esteja em causa uma cisão-fusão.

No que respeita aos credores da devedora, e começando pelos credores cujos créditos sejam transmitidos para a sociedade resultante da cisão, estes verão os seus direitos acutelados por força do n.º 1 do artigo 122.º que dispõe que a sociedade cindida responde solidariamente pelas dívidas que, por força da cisão, sejam atribuídas à sociedade resultante da fusão. Também os credores cujos créditos permaneçam na devedora vêm os seus direitos assegurados, neste caso, pelo disposto no n.º 2 daquele preceito, que estabelece que a sociedade resultante da cisão responde solidariamente pelas dívidas da cindida,

até ao valor dos ativos transmitidos para aquelas. Com efeito, “o perigo de redução do acervo patrimonial que garante a satisfação das dívidas da sociedade cindida fica salvaguardado com a reconstituição da unidade do património cindido”¹⁸⁶.

Por outro lado, também os credores das sociedades participantes que se fundam com parte do património da devedora vêm os seus direitos assegurados, em primeiro lugar, nos mesmos termos que o vêm os credores da devedora cujos créditos foram transmitidos – como acima se expôs – e, em segundo lugar, na medida em que, a responsabilidade da sociedade resultante da cisão pelas dívidas da devedora é limitada, por força do n.º 2 do artigo 122.º do CSC, ao montante das entradas recebidas¹⁸⁷ – pelo que, esta nova sociedade só verá a sua responsabilidade aumentada na exata medida em que vir o seu património alargado.

4.4.3. Proteção dos interesses dos outros stakeholders

As operações aqui projetadas têm ainda de salvaguardar a proteção dos outros *stakeholders* da devedora e demais sociedades participantes nestas operações, dos quais os trabalhadores assumem um papel de destaque.

Na medida em que a fusão e a cisão consubstanciam transmissões de estabelecimentos que se caracterizam como unidade(s) económica(s)¹⁸⁸, os interesses dos trabalhadores são cabalmente protegidos no âmbito do PER, por força do disposto no artigo 285.º, n.º 1 do CT¹⁸⁹, que determina que a posição do empregador nos contratos de trabalho se transmite (*ope legis*)¹⁹⁰ para o adquirente do(s) estabelecimento(s), sendo que os trabalhadores “mantêm

185 Estes preceitos encontram-se em linha com a Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades (codificação), da qual resulta, nos termos do artigo 146.º, com a epígrafe “Proteção dos interesses dos credores das sociedades participantes na cisão; responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias”, no seu n.º 3, que “na medida em que o credor da sociedade para a qual a respetiva obrigação foi transferida, em conformidade com o projeto de cisão, não tenha obtido satisfação do seu crédito, as sociedades beneficiárias respondem solidariamente por esta obrigação. Os Estados-Membros podem limitar esta responsabilidade ao ativo líquido atribuído a cada uma das outras sociedades, diversas daquela para a qual a obrigação foi transferida”, estabelecendo depois, no n.º 6, que “Os Estados-Membros podem estabelecer que as sociedades beneficiárias respondam solidariamente pelas obrigações da sociedade cindida”.

186 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 431. Na mesma linha, Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, pp. 579-580.

187 Discute-se na doutrina, quanto ao disposto no artigo 122.º, n.º 2 do CSC, se o limite da responsabilidade diz respeito ao valor de todo o ativo ou apenas ao ativo líquido. Neste último sentido, pronuncia-se Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, em anotação ao artigo 122.º, apontando, para esse efeito, o disposto no n.º 3 do artigo 137.º da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, já alterada, que permite aos Estados-Membros “determinar que esta responsabilidade solidária seja limitada ao ativo líquido atribuído a cada sociedade beneficiária”, bem como algumas legislações estrangeiras como a espanhola e francesa. Sobre o tema, José Costa Pinto, “A cisão de sociedades e o regime da responsabilidade da beneficiária por dívidas da sociedade cindida”, in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 31, 2012, pp. 112-116 (com menções a jurisprudência), bem como Diogo Costa Gonçalves, “O regime da responsabilidade por dívidas em casos de cisão simples múltipla – Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2004”, in *ROA*, n.º 68, II/III, 2008, pp. 1015-1049. Não sendo este o momento apropriado para tomarmos posição definitiva sobre o tema, sempre se dirá que o facto de a cisão estabelecer uma divisão do património, fazendo uma realocação de ativo e passivo, parece apontar no sentido de que a responsabilidade da sociedade incorporante pelas dívidas da cindida apenas diz respeito ao ativo líquido (sem prejuízo da responsabilidade quanto ao passivo transferido, ou seja, por si incorporado).

188 A última alteração legislativa neste âmbito, introduzida pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março, veio consignar expressamente um conceito de unidade económica para este efeito (que, até então, emergia da jurisprudência nacional e europeia), que resulta do n.º 5 do mencionado preceito: “[c]onsidera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória”.

189 Bem como do artigo 3.º da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, que dispõe, no primeiro parágrafo do n.º 1: “Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário”. Sobre o conceito aqui adotado, Pedro Furtado Martins, “Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho”, in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, pp. 215-219.

190 Havendo, no entanto, que proceder às comunicações à Autoridade para as Condições de Trabalho, a que se referem os n.ºs 8 e 9 do artigo 285.º do CT.

todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios adquiridos"¹⁹¹ (n.º 3 do referido artigo 285.º).

Na perspetiva laboral, a transmissão de estabelecimentos tem sido interpretada de forma bastante ampla¹⁹², nela cabendo qualquer forma de transmissão abordada neste estudo. Tal significa que, em princípio, com a fusão ou cisão, a transmissão do(s) estabelecimento(s) será acompanhada de todos os trabalhadores cujo núcleo essencial de funções se encontrasse afeto à unidade económica transmitida no momento da transferência¹⁹³. No entanto, o legislador criou um procedimento de informação¹⁹⁴ e eventual negociação¹⁹⁵ que devem, necessariamente, ser observados¹⁹⁶.

Em qualquer caso, o trabalhador cuja transmissão do contrato de trabalho esteja enquadrada na transmissão da unidade económica, pode opor-se à transmissão "quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança", o que determinará, quando verificados aqueles requisitos, a manutenção do vínculo com o transmitente, nos termos do artigo 286.º-A do CT. Atendendo a que estas operações se encontram previstas no âmbito de um plano de revitalização homologado no PER, sujeito aos apertados requisitos para a homologação já referidos, deverão ser raros os casos de oposição por parte dos trabalhadores. Fora a especificidade associada à transmissão do contrato

de trabalho, a previsão destas operações no âmbito do PER não parece suscitar outras especificidades que cumpra aqui evidenciar¹⁹⁷.

Para além dos trabalhadores, podem convocar-se os interesses de outros *stakeholders*, designadamente, fornecedores e clientes. Quanto aos primeiros, refira-se apenas que os seus créditos eventualmente existentes, são tratados e salvaguardados nos termos expostos para a generalidade dos credores. No que respeita aos clientes, não se vê, também, como poderão sair prejudicados com as medidas aqui adotadas. Aliás, dependendo do tipo de relações comerciais que a devedora e as demais sociedades participantes nestas operações estabeleçam, consoante a sua atividade, estes *stakeholders* podem até sair beneficiados, designadamente, pela maior robustez financeira e pela imagem de vitalidade que estas medidas conferirão à devedora e/ou aos seus estabelecimentos.

4.4.4. Proteção dos interesses dos sócios das sociedades participantes

Há, ainda, que acautelar os interesses dos sócios das sociedades participantes nestas operações, salvaguardados pelos regimes da fusão e cisão, através (i) das especificidades impostas à convocatória da assembleia geral de aprovação da fusão e da cisão¹⁹⁸, (ii) das maiorias e consentimentos exigidos para estas operações¹⁹⁹, e (iii) da consagração do regime do eventual direito de exoneração dos sócios²⁰⁰. Vejamos, então, se estas salvaguardas são colocadas em causa no âmbito da proposta que se apresenta.

191 Como destaca Pedro Furtado Martins, "Efeitos da aquisição...", in *Aquisição de empresas* (Coord. Paulo Câmara), Coimbra Editora, 2011, p. 213, "[o] princípio base em que assenta o regime laboral da transmissão de unidades é o da inocuidade da transmissão quanto à posição dos trabalhadores que nele exercem a atividade laboral, em resultado quer da continuidade das posições contratuais quer da manutenção dos efeitos dos instrumentos de regulamentação coletiva aplicáveis às relações de trabalho em causa". A este propósito, Ac. TRC de 10.07.2020, processo n.º 3071/18.0T8CBR.C1 (relator Ramalho Pinto), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

192 O alargado âmbito do regime de proteção que é conferido por esta via aos trabalhadores resulta, desde logo, do elemento literal – é o próprio preceito que inclui a transmissão "a qualquer título" – que é depois, inclusivamente, alargado pelo n.º 2. A este propósito, esclarece Pedro Furtado Martins, "Efeitos da aquisição...", in *Aquisição de empresas*, Coimbra Editora, 2011, p. 214, que "[a] pesar de não se indicar qual o conteúdo do conceito de transmissão, existe um largo consenso no sentido de entender que cabem aí todas as situações que envolvam a passagem para outra pessoa jurídica da titularidade da unidade económica ou do direito de exploração da mesma. Incluem-se, portanto, a generalidade dos atos jurídicos através dos quais se pode efetivar a transmissão, como por exemplo: (...) a fusão e a cisão de sociedades". Ainda neste sentido, Ac. TRP de 23.11.2020, processo n.º 3098/19.4T8MTS.P1 (relatora Teresa Sá Lopes); Ac. TRC de 10.07.2020, processo n.º 3071/18.0T8CBR.C1 (relator Ramalho Pinto); Ac. TRE de 16.03.2017, processo n.º 480/14.7T8STB.E1 (relator Baptista Coelho) e Ac. TRC de 23.02.2017, processo n.º 1335/13.8TTCBR.C1 (relator Ramalho Pinto), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

193 À semelhança do que acontece com os restantes elementos que compõe determinada unidade económica, pode convencionar-se que alguns contratos de trabalho não sejam cedidos à sociedade incorporante no âmbito da operação, desde que, claro está, essa exclusão não descaracterize a unidade económica enquanto tal. No entanto, esta exclusão não pode ser ilícita, sob pena de se aplicar o disposto nos n.ºs 10 a 12 do artigo 285.º do CT.

194 Da conjugação dos n.ºs 1 a 3 do artigo 286.º do CT, resulta que todas as sociedades envolvidas na operação de fusão ou cisão devem informar, por escrito, antes da transmissão e em tempo útil, os seus trabalhadores da data e motivos da transmissão, suas consequências jurídicas, económicas e sociais para os trabalhadores e medidas projetadas em relação a estes (e.g. a alteração do local, horário e organização do tempo de trabalho ou de funções), bem como sobre o conteúdo do contrato entre as sociedades intervenientes, sem prejuízo dos deveres de confidencialidade (artigos 412.º e 413.º do CT).

195 As sociedades intervenientes na operação devem, ainda, quando aplicável, consultar os representantes dos trabalhadores antes da transmissão, com vista à obtenção de um acordo sobre as medidas que pretendam aplicar aos trabalhadores na sequência da transmissão (n. os 4 a 7 do artigo 286.º do CT). Não havendo lugar a qualquer destas medidas, tal, deve ser comunicado no momento da prestação de informações a que se referem os n.ºs 1 a 3 do artigo 286.º do CT, assim se dispensado a fase de consulta e negociação. Neste sentido, pronunciou-se o Ac. TRG de 07.05.2020, processo n.º 5670/18.0T8BRG-A.G1 (relator Antero da Veiga), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

196 Note-se, no entanto, que, como reconheceu o Ac. TRC de 18.05.2018, processo n.º 646/17.8T8CTB.C2 (relatora Paula Maria Roberto), disponível em <http://www.dgsi.pt>: "O artº 286º do C.T. estabelece o dever de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores ou destes, nomeadamente sobre a data e motivos da transmissão e suas consequências; no entanto, o seu incumprimento constitui apenas contraordenação leve (nº 5 do mesmo normativo), não consubstanciando qualquer elemento constitutivo da validade ou eficácia da transmissão da empresa".

197 Destaca-se que o transmitente responde solidariamente pelos créditos do trabalhador emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, bem como, pelos encargos sociais correspondentes, vencidos até à data da transmissão, cessão ou reversão, durante os dois anos subsequentes a esta (artigo 285.º, n.º 6 do CT). Embora este regime de solidariedade já decorra do regime da fusão (na medida em que a devedora se extingue) e do disposto no n.º 1 do artigo 122.º do CSC para os casos de cisão, este regime confere uma proteção acrescida aos trabalhadores no caso do trespasses.

198 Artigos 100.º e 120.º do CSC.

199 Artigos 103.º e 120.º do CSC.

200 Artigo 105.º do CSC.

Começando pelas maiorias e consentimentos exigidos para as operações de fusão/cisão, destacamos que o acordo extrajudicial de revitalização do artigo 17.º-I não apresenta especificidades face ao que atrás se referiu.

Quanto às especificidades impostas à convocatória da assembleia geral de aprovação da fusão e cisão, os artigos 100.º, n.º 1 e 120.º do CSC impõem que entre a convocatória e a respetiva deliberação da assembleia geral medeie, pelo menos, o prazo de 1 mês e que a convocatória refira expressamente a possibilidade de o projeto e documentação anexa poderem ser consultados na sede de cada sociedade participante (artigo 100.º, n.º 3, aplicável à cisão *ex vi* do artigo 120.º do CSC). A articulação destes dois preceitos leva-nos a concluir que, com a sua consagração, o legislador teve a intenção de assegurar o direito à informação dos sócios²⁰¹, facultando-lhes pleno conhecimento da operação visada para, com isso, poderem formular o sentido do seu voto naquela assembleia geral. A este respeito se diga que, apesar da letra do n.º 2 do artigo 100.º do CSC parecer impor a realização de uma assembleia geral “*decorrido, pelo menos, um mês sobre a data da convocatória*”, os sócios podem sempre realizar deliberações unânimes por escrito, bem como assembleias gerais universais (com dispensa dos requisitos do artigo 54.º do CSC), conforme (embora desnecessariamente) esclarece o n.º 6 desse mesmo preceito. Assim, o regime do PER apenas suscitará dificuldades nos casos em que os sócios das sociedades participantes não estejam todos de acordo quanto à sua aprovação. Com efeito, nos casos em que a operação visada recolha a unanimidade dos sócios da devedora e – nos casos da fusão ou cisão-fusão – dos sócios das demais sociedades participantes na operação, não se antecipam quaisquer questões a este respeito. Por outro lado, nos casos em que tal não suceda – i.e. nos casos em que existam sócios cujo sentido de voto é desconhecido ou contrário ao da sua aprovação –, impõe-se que a deliberação que aprove a fusão ou a cisão seja tomada em assembleia geral convocada, respeitando-se o prazo de 1 mês imposto pelos artigos 100.º, n.º 1 e 120.º do CSC. É exatamente nestes casos que haverá que atender ao que em seguida se expõe.

Sendo a fusão/cisão deliberada em assembleia geral convocada, vimos que se deverá proceder à sua convocatória simultaneamente com o depósito do plano (nos termos do n.º 1 do artigo 17.º-F) e registo e publicação do projeto de fusão ou cisão (nos termos e para os efeitos dos artigos 100.º, n.º 1 e 120.º ambos do CSC)²⁰².

Entre o fim das negociações e o correspondente depósito da versão do plano de revitalização, a que se refere o n.º 1 do artigo 17.º-F, e o prazo para a homologação do plano pelo juiz (n.º 7 do mesmo preceito), contam-se dois prazos de 5 dias (n.º 2 do artigo 17.º-F), seguidos de dois prazos de 10 dias (n.º 3 e 7 do artigo 17.º-F) – cuja contagem não se iniciará, pelo menos necessariamente, imediatamente com o termo do prazo anterior²⁰³. Tal significa que o decorrer destes prazos, muito provavelmente, se estenderá por um período superior a 30 dias, especialmente tendo em conta o n.º 2 do artigo 138.º do CPC²⁰⁴, aplicável *ex vi* do artigo 17.º, n.º 1. Tal significa que, com muita probabilidade, o termo do prazo para a homologação do plano de revitalização a que se refere o n.º 7 do artigo 17.º-F ocorrerá posteriormente ao termo do prazo contínuo de 1 mês para a realização da assembleia geral de aprovação da cisão ou fusão (n.º 2 do artigo 100.º do CSC) e para o termo do prazo da oposição dos credores (artigo 101.º-A do CSC).

No entanto, mesmo nos casos em que tal não sucedesse, estando já convocada a assembleia geral e a correr (e a terminar) o prazo para a oposição dos credores, e sendo tal facto levado ao conhecimento do juiz, consideramos que o juiz deverá, ao abrigo do dever de gestão processual (artigo 6.º do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 17.º, n.º 1 do CIRE), aguardar pelo termo destes prazos, privilegiando uma decisão de mérito e substancial. Atendendo à impossibilidade de se apor condições suspensivas ao plano, nos termos do artigo 201.º *ex vi* do n.º 7 do artigo 17.º-F²⁰⁵ e por as condições estarem na iminência de se verificar (ou de não se verificarem), essa será a decisão mais eficiente para satisfação dos credores e a recuperação da empresa, fim último do PER²⁰⁶.

201 O direito “*a obter informações sobre a vida da sociedade*” constitui um dos direitos conferidos aos sócios no artigo 21.º do CSC, designadamente, na sua alínea c). Como refere Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, pp. 217-218, “[*q*]uanto aos sócios, o direito de consulta disciplinado no art. 101.º, 1, corresponde a um dos três modos pelos quais se manifesta legalmente o direito à informação dos sócios. A disponibilização aos sócios dos documentos respeitantes à fusão planeada visa facultar-lhes as informações preparatórias da deliberação de fusão e, assim, a formação da respetiva vontade nela”.

202 Ponto J da nossa proposta enunciada.

203 Basta ter em conta que, (i) o primeiro prazo de 5 dias a que se refere o n.º 2 do artigo 17.º-F, apenas se começa a contar com a publicação da versão prevista no n.º 1 no portal *Citius*, (ii) o primeiro prazo de 10 dias também começa a contar, apenas, da publicação no portal *Citius* da versão do plano a que se refere o n.º 2 do artigo 17.º-F e, por fim, (iii) o segundo prazo de 10 dias, a que se refere o n.º 7 do artigo 17.º-F, apenas se começa a contar da “*reção da documentação mencionada nos números anteriores*”.

204 Este preceito determina que “[*q*]uando o prazo para a prática do ato processual terminar em dia em que os tribunais estiverem encerrados, transfere-se o seu termo para o 1.º dia útil seguinte”.

205 Como explica Flávia Canastro, “As Providências Específicas...”, in *Estudos de Direito da Insolvência* (Coord. Maria do Rosário Epifânio), Vol. II, Almedina, 2019, p. 129, nota 69, “*o que o legislador pretendeu neste caso, terá sido acautelar os interesses dos credores, evitando que a eficácia do plano ficasse submetida à verificação de determinadas circunstâncias que pudesse colocar em risco a viabilidade e execução do plano*”.

206 Para este entendimento, pode contribuir, ainda, o pormenor de o prazo para a homologação do plano de recuperação aprovado no âmbito de um processo de insolvência, nos termos do artigo 214.º do CIRE, iniciar-se, não imediatamente após a aprovação, mas apenas após, pelo menos, decorridos que sejam 10 dias desde a aprovação, bem como, a constatação de que o prazo de homologação do n.º 7 do artigo 17.º-F ser, muitas vezes, excedido.

Findo o prazo de 5 dias para os credores alegarem nos autos o que tiverem por conveniente (n.º 2 do artigo 17.º-F) quanto ao plano depositado ao abrigo do n.º 1 do artigo 17.º-F, pode vir a ser necessário o depósito de um novo projeto de fusão ou cisão, por forma a atender aos comentários adicionais dos credores. Idealmente, a devedora deve desenvolver todos os esforços, durante o período de negociações, para acautelar todos os potenciais comentários que possam surgir nessa fase, assim evitando o depósito de um novo projeto de fusão/cisão. No entanto, dependerá também dos credores a realização dos comentários atempadamente, pelo que poderão surgir casos que justifiquem o depósito de uma nova versão daqueles projetos. Nesses casos, iniciar-se-á a partir desse momento a contagem de um novo prazo para a oposição dos credores e deverá ser novamente convocada a assembleia geral para aprovação da fusão ou cisão, agora com base no novo projeto registado. Valerá nestes casos, também, o que se acabou de expor a propósito do dever de gestão processual que incumbe ao juiz.

Quanto ao último ponto suscitado, i.e. quanto ao eventual direito de exoneração dos sócios das sociedades participantes na fusão ou cisão, deve atender-se ao artigo 105.º do CSC (aplicável por força do artigo 120.º do CSC²⁰⁷), que regula o exercício desse direito pelos sócios que votem contra a fusão ou cisão. Pode acontecer que a lei ou o contrato de sociedade atribuam um direito de exoneração aos sócios que votem contra a fusão/cisão, sendo hoje praticamente unânime na doutrina que o artigo 105.º do CSC não atribui, *per se*, um direito de exoneração aos sócios²⁰⁸. Quando exista, o sócio tem direito a exigir, no prazo de um mês contado da data da deliberação, que a sociedade adquira ou faça adquirir (ou amortize²⁰⁹) a sua participação social. Quando assim for, se nada estiver estipulado nos estatutos, a contrapartida é determinada, com referência ao momento da deliberação de fusão/cisão, por um revisor oficial de contas designado por mútuo acordo ou, na falta deste, por um revisor oficial de contas independente designado pela respetiva Ordem, a solicitação de qualquer dos interessados, sendo lícito a qualquer das partes requerer uma segunda avaliação judicial (artigo 105.º, n.ºs 2 e 3 do artigo 1068.º do CPC).

Sendo o prazo para o exercício do direito de exoneração o de um mês a contar da deliberação, o exercício desse

direito poderá ocorrer antes ou depois do registo definitivo da fusão ou da cisão. Portanto, tal direito poderá ser exercido contra a sociedade de que o exonerando era sócio ou, após a fusão e a cisão terem produzido efeitos, contra a sociedade resultante da fusão/cisão. Tal significa que se o sócio exercer este direito antes de registada a fusão ou a cisão, a obrigação de adquirir, fazer adquirir ou amortizar a sua participação social vai constituir-se ainda na esfera da sociedade em cuja assembleia geral votou. No entanto, e porque o exercício deste direito não se confunde com a efetivação da exoneração, caso a contrapartida não tenha ainda sido satisfeita, essa obrigação transmitir-se-á para a sociedade resultante da fusão ou cisão por força da alínea a) do artigo 112.º do CSC²¹⁰.

No entanto, tendo em conta o momento da deliberação (que, na proposta apresentada, é necessariamente anterior à homologação do plano, por exigência do artigo 201.º do CIRE), deverá existir pouca discussão quanto ao valor da participação, que deverá ser tendencialmente bastante baixo, atendendo à situação económica difícil (ou mesmo de insolvência iminente) da devedora. Repare-se que o sócio não beneficiará, no cálculo da contrapartida, dos efeitos da homologação do plano de revitalização, uma vez que o cálculo da contrapartida é realizado por referência ao momento da deliberação (artigo 105.º do CSC). Pode até acontecer que não lhe venha a ser atribuída qualquer participação social, em função da deterioração da situação económica da devedora durante o processo. Esta situação é suscetível de paralelismo com a prevista pelo legislador nos termos da alínea a), do n.º 2 e n.º 3 do artigo 198.º do CSC, que prescreve a possibilidade da redução do capital da devedora a zero quando “*for de presumir que, em liquidação integral do património da sociedade, não subsistiria qualquer remanescente a distribuir pelos sócios*”²¹¹. Assim, por identidade de razão, será de concluir que, nos casos em que o valor da participação social dos sócios seja nulo, não constituirá qualquer “expropriação” e, nesse caso, o tema do direito de exoneração nem sequer se coloca.

Ultrapassadas estas ressalvas, reconhece-se que subsistirão casos em que um sócio que tenha votado contra a fusão ou cisão venha a exercer o seu direito de exoneração e tenha efetivamente direito a uma contrapartida. Tendo em conta a imperatividade do artigo 105.º do

207 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 274.

208 Neste sentido, entre muitos, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 274; Vera Cristina Antunes Costa Da Silva Maçãs, “Fusão e cisão de sociedades”, in *RDS*, Vol. II n.ºs 1/2, 2010, pp. 412-413; João Espírito Santo, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil português*, Almedina, 2014, pp. 508 e 524, Raul Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 1990, p. 145; Jorge Pinto Furtado, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, 2001, p. 500; Em sentido contrário, Guilherme Garrido Gaspar, “A Tutela dos Acionistas Minoritários na Fusão de Sociedades Anónimas”, in *RDS*, Ano IV, n.º 2, 2012, p. 425.

209 João Espírito Santo e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...*, António Menezes Cordeiro (Coord.), 3.ª Edição, Almedina, 2020, p. 486, “[a] pesar de o 105.º/1, no enunciado dos meios técnicos de obtenção da exoneração, se limitar à aquisição da participação, pela própria sociedade ou por outrem, nada impede, contudo, que ao invés da aquisição, a sociedade cumpra a sua obrigação mediante amortização da participação social em causa, quanto aos tipos societários que comportam esse instituto”. Neste sentido, Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, pp. 275-276.

210 João Espírito Santo e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 488. No mesmo sentido dispõe o artigo 7.º, n.º 7 do Decreto-Lei 2/2005, de 4 de janeiro que estabelece o regime jurídico da sociedade anónima europeia.

211 Paulo de Tarso Domingues, “O CIRE e a recuperação...”, in *Coleção Estudos*, n.º 1, Instituto do Conhecimento AB, 2013, pp. 41 -42.

CSC²¹², questiona-se se poderão os termos do direito de exoneração vir a ser regulados no plano de revitalização – designadamente, no que respeita às condições do pagamento da contrapartida, tendo, designadamente em conta que o artigo 105.º do CSC não fixa qualquer prazo para que a sociedade adquira, faça adquirir ou amortize a participação social do sócio, embora a doutrina sugira a aplicação do prazo de 30 dias a que se refere o n.º 4 do artigo 240.º do CSC²¹³.

Algumas considerações devem ser feitas a este respeito. Note-se que, exercido o direito de exoneração por parte do sócio – e consoante o faça antes ou depois do registo da fusão ou da cisão –, este ficará titular de um crédito, correspondente ao valor da contrapartida determinado nos termos do n.º 2 do artigo 105.º do CSC, sobre a sociedade na qual participava ou sobre a sociedade resultante da fusão/cisão. Tal crédito, mesmo que de valor residual, porque necessariamente constituído depois do despacho a que se refere o n.º 4 do artigo 17.º-D, não estará sujeito ao disposto no plano de recuperação²¹⁴, pelo que, dificilmente se encontraria fundamento para, sem o seu consentimento (n.º 2 do artigo 202.º) submeter os direitos daquele credor ao disposto no plano de revitalização. Por outro lado, permitir o exercício daquele direito nos termos constantes do CSC, consubstanciaria uma afronta para aqueles credores que, vendo os seus créditos reestruturados (quer quanto ao seu montante, quer quanto à forma e *timing* do seu pagamento) veriam um sócio – titular de créditos sobre a sociedade tipicamente qualificados como subordinados e cuja participação apenas lhes confere o direito ao produto da potencial liquidação da sociedade – ser pago com preferência *sobre* os seus créditos. Como tal, é um ónus dos credores e da devedora negociar com os sócios da devedora a aprovação da fusão/cisão²¹⁵, por forma a antecipar se algum sócio pretende exonerar-se e, nesse caso, assegurar que em caso de exercício do direito de exoneração, os sócios aceitam que o plano regule o pagamento do valor da contrapartida correspondente à sua participação.

Finalmente, recorde-se que os sócios minoritários da sociedade que votem negativamente as operações de fusão e cisão podem tentar impedir o registo da operação, designadamente através de providências cautelares para suspender a execução de deliberações sociais, acompanhadas da ação principal conexa para obter a declaração de invalidade da deliberação (alegando razões processuais ou substantivas²¹⁶ – artigos 56.º e seguintes do CSC e artigos 380.º a 382.º do CPC). Ao ser notificado da providência cautelar, o órgão de gestão da sociedade tem o dever de não executar a deliberação até à sua decisão (artigo 381.º, n.º 3 do CPC)²¹⁷. Caberá à devedora garantir que todas estas questões são dirimidas previamente ao prazo de homologação ter decorrido (ou num prazo razoável após o prazo para homologação ter terminado, mas curto e compatível com a natureza urgente do PER), dando conhecimento da sua evolução ao tribunal e aos credores durante o período de homologação, sob pena de o juiz não homologar o seu plano de revitalização, em virtude da existência de condições suspensivas quanto à realização da fusão e da cisão, cujos efeitos se pretenda que ocorram imediatamente com a homologação.

4.4.5. Articulação com o regime de homologação de acordos judiciais de recuperação de empresas nos termos do artigo 17.º-I

O legislador prevê a homologação de acordos extrajudiciais de recuperação de empresas (artigo 17.º-I) a que a devedora tenha chegado com uma maioria qualificada dos seus credores – i.e. a maioria referida no artigo 17.º-F, n.º 5 – conferindo-lhes os efeitos universais subjacentes ao PER e já aqui evidenciados. Como explica Catarina Serra, “[t]rata-se, assim, rigorosamente, de um dispositivo legal do tipo *fast-track-court-approval-procedures*, que permite à empresa requerer o suprimento judicial de um acordo de recuperação”²¹⁸.

212 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 274, referindo que “[s]e o pacto social expressamente atribuir aos sócios descontentes com a fusão o direito a exonerarem-se, o art. 105.º regulamenta as condições e os termos do respetivo exercício. A norma é imperativa, não podendo ser contrariada pelo contrato social que preveja o direito de exoneração em caso de fusão, sob pena de nulidade”. Também João Espírito Santo e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, pp. 485-486 destacam que “[a] norma tem, portanto, caráter injuntivo quanto à determinação da referida titularidade (...). A norma do 105.º/1, tem igualmente caráter injuntivo quanto à fonte não legal do direito de exoneração que admite, o contrato sociedade, o que produz a nulidade da deliberação social que o atribua”.

213 Neste sentido, Raúl Ventura, *Fusão, cisão, transformação de sociedades*, pp. 143-144; João Espírito Santo e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 489 e João Espírito Santo, *Exoneração do sócio no direito societário-mercantil...*, Almedina, 2014, p. 953. Este entendimento é reforçado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 4 de janeiro, que estabelece um prazo de 30 dias para o efeito (artigo 7.º, n.º 5).

214 Artigo 17.º-F, n.º 10.

215 Como destaca Paulo Olavo Cunha, “A recuperação de sociedades...”, in *Revista de Direito da Insolvência*, Ano 0, Almedina, 2016, p. 118, a participação dos sócios no contexto da recuperação, pelo menos nessa qualidade (uma vez que muitas vezes os sócios são também os administradores ou gerentes da devedora), é um fenómeno que não é habitual no contexto da reestruturação.

216 Sobre a providência cautelar de suspensão de deliberações sociais, vejam-se os seguintes Acs. que apreciam a concessão da referida providência em casos em que está em causa, precisamente, a exclusão de um sócio: Ac. TRP de 14.07.2020, processo n.º 2253/20.9T8VNG.P1 (relator Pedro Damião da Cunha); do TRC de 02.04.2019, processo n.º 8510/18.7T8CBR.C1 (relator Barateiro Martins) e do TRE de 14.06.2012, processo n.º 1472/10.0TBLGS.E2 (relator José Lúcio), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>. Na doutrina, entre outros, Paulo Olavo Cunha, *Deliberações sociais – Formação e impugnação*, Almedina, 2020, pp. 222 e 256-258; Paulo Olavo Cunha, *Impugnação de Deliberações Sociais*, Almedina, 2015, pp. 201-204; Alexandre Soveral Martins, *Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais: Alguns problemas*, disponível em <https://portal.oa.pt>; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. I, Almedina, 2017, pp. 691-709 e Rui Pinto Duarte, “O procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais (e na só sociais...) e o novo Código de Processo Civil”, in *DSR*, Ano 5, Vol. 10, 2013, pp. 13-37.

217 Neste sentido, Paulo Olavo Cunha, *Deliberações sociais – Formação...*, Almedina, 2020, p. 259, afirma que “[d]esse modo, os administradores ou gerentes, tendo tido formalmente conhecimento, pela citação, da suspensão requerida, devem abster-se de executar a deliberação social em causa, sob pena de os atos praticados serem nulos e de incorrerem em responsabilidade inerente à prática de ato ilícito”, bem como Rui Pinto Duarte, “O procedimento cautelar de suspensão...”, in *DSR*, Ano 5, Vol. 10, 2013, p. 23. No âmbito da jurisprudência, os Acs. TRC de 18.03.2014, processo n.º 922/11.3TBPL.C1 (relator José Avelino Gonçalves) e de 08.11.2011, processo n.º 158/10.0T2AVR-A.C2 (relator Carvalho Martins), ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

218 Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 480.

Estando o regime deste processo essencialmente regulado por remissão para os artigos 17.º-A a 17.º-H²¹⁹, a generalidade das considerações tecidas até ao momento têm aqui aplicação, sem necessidade de as repetir. Em qualquer caso, para efeitos do presente estudo, merece destaque a concatenação dos prazos para a aprovação dos projetos de fusão e cisão pela assembleia geral das sociedades participantes (n.º 2 do artigo 100.º do CSC), bem como, do prazo de oposição dos credores das sociedades participantes naqueles operações (artigo 101.º-A do CSC), com o prazo para a homologação do acordo extrajudicial de revitalização (n.º 4 do artigo 17.º-I) estar aqui facilitada, como resulta da figura 2. apresentada no título 4.4 acima. Tal deve-se a que, desde a apresentação do requerimento a que se refere o n.º 1 do artigo 17.º-I (simultaneamente com o registo do projeto de fusão ou cisão) até ao momento da homologação decorrerão mais de 40 dias, pelo que no termo desse prazo já se terão pronunciado os sócios, credores (que não sejam abrangidos pelo PER) e outros *stakeholders*.

4.4.6. Produção de efeitos: o registo definitivo da fusão/cisão e a homologação do plano de revitalização

Como se sabe, os principais efeitos da fusão²²⁰, que se produzem com a sua inscrição definitiva no registo comercial²²¹, são, como resulta do artigo 112.º do CSC, a extinção das sociedades incorporadas (no caso de fusão por incorporação) ou sociedades fundidas (no caso de fusão por constituição de nova sociedade), a transmissão de todo o ativo e passivo para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade constituída pela fusão e a integração dos sócios das sociedades extintas na sociedade incorporante ou na nova sociedade²²². No caso da cisão, os principais efeitos são o destaque de todo (no caso da cisão-dissolução) ou parte (no caso da cisão-fusão²²³) do património da sociedade cindida (podendo esta extinguir-se ou não) para o património de uma terceira entidade (que pode ou não ser constituída em resultado da operação), com a atribuição de participações sociais aos sócios da cindida.

A articulação dos regimes da fusão e da cisão com o regime do PER proposta garante que, no momento em que o juiz profere a sentença de homologação do plano de revitalização (artigo 201.º, aplicável por remissão do n.º 7 do artigo 17.º-F), as condições para a realização da fusão ou cisão projetada se encontram reunidas. Como temos vindo a evidenciar, a partir da decisão de homologação, todos os efeitos²²⁴ do plano de revitalização se produzem de imediato (designadamente as providências sobre o passivo da devedora), nos termos da parte final do n.º 4 do artigo 17.º do CIRE, ficando a devedora, a sua empresa e os seus credores com créditos constituídos até à data da designação do AJP, vinculados ao plano. No entanto, no caso das operações de fusão e cisão, o mencionado artigo 112.º do CSC (aplicável à cisão *ex vi* do artigo 120.º do CSC) determina que só a partir do registo definitivo, se produzirão os seus efeitos, o que não poderá ser descurado neste caso.

Como compatibilizar estes dois preceitos?

Recorde-se que existem outros *stakeholders* nas operações de fusão ou cisão, para além dos vinculados ao plano – designadamente os acionistas e credores da devedora, cujos créditos tenham sido constituídos posteriormente à data do despacho de designação do AJP, bem como os sócios, credores e *stakeholders* das demais sociedades participantes na operação. Estes sujeitos, por não participarem no PER, não podem ser abrangidos pela sentença de homologação do plano de revitalização (pelo menos, sem o seu consentimento) e, como tal, aos efeitos resultantes dessa sentença. Por esta razão – e, pelo menos, em relação a estes – impõe-se a consideração de que a operação de fusão ou cisão, ainda que prevista no plano de revitalização, só produzirá os seus efeitos nos termos dos artigos 112.º e 120.º do CSC, sacrificando-se o disposto na parte final do n.º 4 do artigo 17.º-F, apenas, no que respeita a este aspeto. Contudo, os demais efeitos previstos pelo plano de recuperação operarão, normalmente, com a homologação do plano de revitalização, nos termos expostos. Portanto, atendendo à letra do n.º 4 do artigo 17.º-F, a melhor forma de compatibilizar os regimes passará por entender que todos os efeitos que não dependerem do registo da operação projetada (fusão/cisão) produzem-se imediatamente com a sentença de homologação do plano,

219 Veja-se, a remissão no caso da nomeação do AJP (nos termos do n.º 2 do artigo 17.º-I), no caso da reclamação de créditos, elaboração da lista provisória e prazo de negociações (nos termos do n.º 3 do artigo 17.º-I), no caso da homologação (nos termos dos nos 4, 5 e 6 do artigo 17.º-I) e, ainda, no que respeita aos efeitos previstos no artigo 17.º-E, bem como, às garantias do artigo 17.º-H (como prevê o n.º 6 do artigo 17.º-I).

220 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 319: “Os efeitos da fusão produzem-se *ex lege* por efeito do registo (constitutivo) e simultaneamente”, p. 464.

221 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 319, e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 500.

222 Elda Marques, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu), Vol. II, Almedina, 2015, p. 289 e Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, pp. 501-506.

223 Diogo Costa Gonçalves, *Código das Sociedades Comerciais...* (Coord. António Menezes Cordeiro), Almedina, 2020, p. 577 também o evidencia, quando afirma que “[o]s efeitos da cisão são previstos no 112.º. No caso da cisão parcial não se verifica o efeito extintivo da sociedade cindida. A transmissão de direitos e obrigações circunscreve-se aos elementos dos ativos e passivos destacados”.

224 A este propósito, esclarece Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 456-457 que “[d]iz-se no art. 17.º-F, que havendo aprovação unânime do plano e intervindo todos os credores, o plano é imediatamente remetido ao processo para homologação, produzindo tal plano, em caso de homologação, de imediato, os seus efeitos. Apesar da restrição formal do alcance da norma, deve entender-se que a regra é a da produção imediata dos efeitos do plano em todos os casos, isto é, mesmo não havendo aprovação unânime do plano nem intervindo todos os credores. Isto por três motivos: o caráter geral da norma, a inexistência de razões para a sua restrição e, por fim, a semelhança com o disposto no art. 217.º, n.º 5, relativamente ao plano de insolvência.”

designadamente os que tenham efeitos sobre o passivo da devedora. Tal significará que o plano de revitalização deverá ser cuidadosamente preparado, uma vez que o projeto de fusão e cisão deverá já contemplar a situação reditícia da devedora decorrente da aprovação do plano. Com o registo da operação, produzem-se os restantes efeitos da sentença, designadamente a transmissão do património nos termos previstos. Quando for a devedora a sociedade incorporante, receberá o património, consolidando-se os seus efeitos definitivamente, quando a devedora for sociedade incorporada/cindida, o seu património será destacado e transmitido a um terceiro, já com os efeitos da reestruturação prevista no plano. Nesse momento serão também atribuídas as participações sociais da sociedade incorporante (ou nova sociedade) aos sócios da devedora.

No entanto, note-se que, apesar de os efeitos do plano de revitalização se produzirem imediatamente com a sentença de homologação (independentemente de recurso, nos termos do n.º 5 do artigo 217.º), quando esta seja sujeita a recurso, tal decisão terá um carácter provisório até ao seu trânsito em julgado, pelo que caberá à devedora ponderar se pretende realizar imediatamente o registo da fusão ou cisão (nos termos dos artigos 111.º e 120.º do CSC) e iniciar a respetiva execução, ou se preferirá aguardar pelo trânsito em julgado da sentença de homologação do plano. A produção de efeitos e consolidação de situações jurídicas decorrentes do PER é meramente provisória, sendo difícil de conciliar com as situações tendencialmente irreversíveis²²⁵ que o registo tipicamente confere. Contudo, esta situação não é desconhecida no Direito da Insolvência. Repare-se que, no âmbito do processo de insolvência, em que, como vimos, existe igual autonomia para adoção de providências sobre sociedades comerciais (mas, neste caso, sem consentimento dos sócios da insolvente), o artigo 217.º do CSC determina que a sentença constitui título bastante para promover todos os registos necessário (logo, desde a constituição de nova sociedade, à transmissão de bens imóveis e móveis sujeitos a registo, alterações ao contrato de sociedade, alteração dos membros dos órgãos sociais, entre outros). Esta norma é também aplicável ao PER, nos termos do artigo 17.º-F, n.º 7 do CIRE²²⁶.

Assim, as potenciais consequências da tendencial irreversibilidade da fusão ou cisão (que pode inclusivamente levar à extinção da devedora), num cenário em que, sendo objeto de recurso, a sentença que homologou o plano de revitalização venha a ser revogada, determinam que a Conservatória do Registo Comercial proceda apenas ao

registo provisório da fusão ou cisão (nos termos permitidos pelos artigos 48.º, n.º 2, 49.º e 52.º do CReCom), e que a conversão desse registo em definitivo tenha apenas lugar depois do trânsito em julgado da sentença. Com efeito, não podem ser indiferentes as óbvias dificuldades de reverter, na prática, os efeitos decorrentes deste tipo de operações – designadamente, a necessidade de reverter a transmissão das participações sociais, de eventuais imóveis e respetivos registos que tenham sido transmitidos, posições contratuais (incluindo de contratos de trabalho), licenças, entre outros –, o que geraria, desde o registo da fusão ou cisão até ao trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de revitalização, uma situação de insegurança jurídica que se crê insustentável.

Muito embora se reconheça os igualmente adversos efeitos que o retardamento da execução do plano de revitalização²²⁷ – especialmente tendo em conta a situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente em que a devedora se encontra – esta parece ser a solução mais compatível com o sistema jurídico, servindo as restantes providências previstas no plano (em especial as com incidência sobre o passivo da devedora) como uma “boia de salvação” para que esta aguente até ao trânsito em julgado da sentença de homologação do plano de revitalização.

4.4.7. Plano de revitalização que preveja operações de cisão/fusão cuja implementação ocorra após a homologação do plano

Conforme previamente se escreveu no início do capítulo 4.4, a operação de fusão e cisão poderá, também, ser iniciada apenas após a aprovação e homologação do plano. Nestes casos, a concatenação dos regimes será mais fácil de realizar, na medida em que as operações de fusão ou cisão têm lugar numa fase já posterior ao próprio PER, ocorrendo em sucedâneo.

Quanto a estes casos, são de evidenciar as vantagens que decorrerão para a devedora advenientes de a operação de fusão ou cisão ter sido prevista no plano de revitalização – que nos parecem ser, pelo menos, duas. Em primeiro lugar, o controlo judicial do plano de revitalização e, conseqüentemente, da operação de fusão ou cisão nele inserida, conferir-lhe-á uma segurança adicional na implementação das respetivas medidas. Com efeito, a dificuldade para requerer a invalidade dos atos em execução de sentença judicial será acrescida, limitando

²²⁵ É possível encontrar um paralelo com esta questão naquela, que foi já amplamente discutida pela doutrina, de saber em que momento se produz o efeito previsto na parte final dos n.ºs 1 e 6 do artigo 17.º-E do CIRE – a saber: a extinção das ações para cobrança de dívidas e processo de insolvência suspensos. A este propósito defende Catarina Serra, *Lições...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 458 que “[n]ão pode perder-se de vista que, se a sentença for revogada, as ações suspensas devem poder retomar o seu curso sem quaisquer condicionamentos”. Neste sentido, Nuno Salazar Casanova e David Sequeira Dinis, *PER – O Processo Especial de Revitalização...*, Coimbra Editora, 2014, pp. 108-109.

²²⁶ Os registos de sentenças e despachos proferidos no PER, bem como quaisquer atos previstos no plano de revitalização têm carácter urgente, por força do disposto no artigo 9.º do CIRE, aplicável *ex vi* do artigo 17.º-A, n.º 3.

²²⁷ Que, note-se, são minorados pelo facto de, por um lado, tratando-se de processo urgente, nos termos do n.º 3 do artigo 17.º-A, o prazo de recurso ser de, apenas 15 dias, nos termos do n.º 1 do artigo 638.º do CPC e, por outro lado, pelo facto de haver, em princípio, apenas um grau de recurso, como previsto pelo n.º 1 do artigo 14.º, aplicável por força, também, do n.º 3 do artigo 17.º-A.

a impugnabilidade destas medidas à violação de trâmites processualmente estabelecidos, incumprimento do plano de revitalização acordado e alteração dos pressupostos que motivaram a aprovação da operação no âmbito do PER. Em segundo lugar, uma vez que se encontram vinculados ao plano de revitalização aprovado e homologado (artigo 17.º-F, n.º 10), os credores cujos créditos sejam anteriores ao despacho de nomeação do AJP, verão, necessariamente, o exercício do seu direito de oposição à fusão ou à cisão limitado – nos termos já acima evidenciados –, na medida em que o fundamento para a oposição já foi sujeito a apreciação judicial²²⁸.

Apesar da maior facilidade na coordenação de regimes, destaca-se que, nos casos em que a operação de cisão ou fusão seja uma medida essencial do plano, a devedora deverá prever uma medida de reestruturação alternativa (e.g. um *trespasse*, incluindo o saneamento por transmissão, ou outra que garanta efeitos similares ao pretendido com a operação) ou, pelo menos, prever uma medida como as acabadas de referir como sendo possível de ser adotada no âmbito e durante a execução do plano (para que seja sujeita a aprovação pelos credores, que aceitarão esse risco se aprovarem o plano). Caso não o faça, a devedora deve assegurar que todas as condições para a implementação da operação projetada se verificam no momento da homologação do plano, na medida em que, caso contrário, o juiz decidirá pela sua não homologação, por força do disposto no n.º 1 do artigo 201.º, que proíbe a aposição de condições suspensivas ao plano, articulado com o artigo 215.º. Para que não existam condições suspensivas no plano é, então, essencial que o projeto de fusão ou cisão tenha sido, antes, aprovado pelos órgãos sociais exigidos pelo regime da fusão e cisão ou que, pelo menos, a sua aprovação tenha sido garantida.

A este respeito, destaque-se que a incerteza sobre a oposição pelos credores cujos créditos se tenham constituído já na decorrência do PER não constitui uma condição suspensiva que impeça a homologação do plano de revitalização. Com efeito, o direito de oposição dos credores da devedora cujos créditos se constituíram até à data do despacho de nomeação do AJP, puderam exercer – nos termos já expostos – o direito de se oporem a estas medidas. Por outro lado, os demais credores da devedora, bem como os credores das outras sociedades que com a devedora participem na fusão ou na cisão, poderão exercer o seu direito de oposição nos termos do disposto nos artigos 101.º-A e 101.º-B do CSC, os quais – como igualmente se explicou – não obstam verdadeiramente ao registo definitivo daquelas operações, na medida em que se reputa como possível o recurso a qualquer uma das medidas previstas no n.º 1 do artigo 101.º-B do CSC.

5. Conclusões

A transmissão de estabelecimentos é muito comum no mercado nacional e pode, entre outras formas, ser realizada através de *trespasse*, fusão ou cisão.

O *trespasse* é um negócio jurídico (regulado, essencialmente, pelas regras do negócio que seja adotado para a transmissão e pelas regras da autonomia privada) nos termos do qual se transmite um ou mais estabelecimentos. Esse negócio não é, de per se, sujeito à publicidade conferida por registo (sendo-o, apenas, quanto aos bens que sejam sujeitos a registo e que sejam objeto da transmissão). Por outro lado, a aprovação da sua realização dependerá da intervenção dos órgãos sociais que tenham competência para a realização desse negócio, podendo inclusivamente acontecer que não seja necessária a intervenção dos sócios para que este seja celebrado. Fora do PER, aos credores e restantes *stakeholders* são, essencialmente, atribuídas medidas de proteção *ex post*, ou seja, após a celebração do negócio.

Já a cisão e a fusão são operações de reestruturação societária, sujeitas a procedimentos legais, cujas disposições normativas regulam tanto o seu desenvolvimento, como o seu conteúdo. Têm um regime de publicidade próprio, sendo sujeitas a registo, de que depende a produção dos seus efeitos. Por outro lado, a realização destas operações carece (salvo algumas exceções) da intervenção de todos os órgãos sociais das sociedades participantes, podendo – em alguns casos – originar a extinção de algumas das sociedades participantes. Aos credores e restantes *stakeholders* são atribuídas medidas de proteção *ex ante*, sendo necessária pelo menos a inexistência da sua oposição.

Procurou-se demonstrar que a transmissão de estabelecimentos, através das operações referidas, é tipicamente uma medida idónea para o saneamento de uma empresa e que a sua finalidade e regras são compatíveis com a sua previsão num plano de revitalização no âmbito de um PER. A inclusão de um *trespasse*, bem como de operações de fusão ou cisão no âmbito de um plano de revitalização, não só é juridicamente admissível ao abrigo do quadro normativo em vigor, como os procedimentos legais previstos no ordenamento jurídico permitem a sua compatibilização com as regras tendencialmente rígidas do PER, sem, contudo, prejudicar os interesses dos sujeitos envolvidos nessas operações (sociedades participantes, credores, acionistas das sociedades participantes e outros *stakeholders*), uma vez que lhes são atribuídas medidas de proteção *ex-ante* durante todo processo. Defendeu-se ainda a admissibilidade da transmissão do único estabelecimento compreendido no património da devedora, ainda

²²⁸ Debruçámo-nos já largamente sobre este tema, pelo que, por essa razão, remetemos para o já referido. Deixe-se, no entanto, em qualquer caso, aqui a nota de que a apreciação que o juiz faz do plano de revitalização nos termos do PER, com observância do disposto nos artigos 215.º e 216.º, em concreto da alínea b), do n.º 1 do artigo 216.º que estabelece o princípio do *best interest of creditors test*, corresponde ao fundamento eventualmente alegado pelos credores para se oporem a uma fusão ou cisão, nos termos dos artigos 101.º-A e 120.º do CSC.

Transmissão de estabelecimentos no PER

Admissibilidade do trespasse (em especial, o saneamento por transmissão), fusão e cisão

que tal implique a sua posterior liquidação e dissolução, na medida em que a finalidade do PER – a recuperação da “*empresa*” – é salvaguardada, ainda que com a extinção do “*titular da empresa*”.

Contudo, a previsão de uma medida de transmissão de estabelecimentos no plano de revitalização deve ser feita com máxima cautela, atendendo à complexidade dos regimes e interesses envolvidos, garantindo o máximo de transparência e possibilitando o exercício de direitos legalmente previstos a favor de todos os intervenientes e afetados pela operação, pois, caso exista alguma violação não negligenciável de regras procedimentais do PER ou das normas aplicáveis ao conteúdo do plano de revitalização, bem como o desrespeito pelos princípios da igualdade dos credores ou do *best interest of creditors test*, existirão fundamentos para a não homologação do plano aprovado.

Aguardamos as novidades que o legislador nacional trará para o Direito da Insolvência, decorrentes da Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019²²⁹, 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. Embora muitas das disposições nacionais já estejam de acordo com o previsto na Diretiva, trata-se de uma boa oportunidade para o legislador repensar o enquadramento jurídico dos planos de recuperação e dos planos de revitalização, atendendo à experiência acumulada.

²²⁹ O prazo para a transposição da referida diretiva é, nos termos do n.º 1 seu artigo 34.º, 17 de julho de 2021. Não obstante, o n.º 2 do referido preceito prevê a possibilidade de este prazo ser prorrogado pelo máximo de 1 ano para os Estados-Membros que tenham “*particular dificuldade na aplicação da presente diretiva*”. De acordo com informação da INSOL Europe, em <https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency>, Portugal manifestou à Comissão Europeia a necessidade de prorrogação deste prazo, pelo que é exetável que a transposição da diretiva venha a ocorrer até 17 de julho de 2022.

TEM O DEVEDOR A FACULDADE DE IMPOR A RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL NO QUADRO DE PROCESSOS PRÉ-INSOLVENCIAIS E INSOLVENCIAIS?

Nuno Miguel Lourenço

Pós-Graduado em Arbitragem (FDUNL)
Associado coordenador PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Mariana Nunes Martins

LL.M. em *International Commercial Law*
(*University College of London*)

Associada PLMJ na área de Resolução de Litígios

1. Introdução: relevância do tema e delimitação da discussão

O artigo 1.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), na versão decorrente do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, estabelecia que “[o] processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”. O regime falimentar, evidenciado neste artigo 1.º, apontava para uma forma única de processo, cujo objetivo fundamental e último era o da liquidação do património do devedor para satisfação dos credores. Ainda que se admitisse a aprovação de um plano de insolvência funcionalizado à recuperação da empresa, a recuperação do devedor não constituía o traço principal do regime do CIRE.

Com a alteração introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, o artigo 1.º do CIRE passou a dispor, no seu n.º 1, que “o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”. Com esta alteração, o legislador manteve a relevância primordial da satisfação dos credores, porém imprimiu maior preponderância à recuperação da empresa em detrimento da sua liquidação¹. Acompanhamos, aqui, Catarina Serra², que entende que, na sequência da alteração legislativa acima evidenciada, “(...) a recuperação da empresa [passou a ser] prioritária e [] a liquidação [] subsidiária ou residual (só deve[ndo] realizar-se se a recuperação não fo[r] possível)”.

Foi, também, pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que o (então, novo) paradigma da recuperação das empresas ganhou novo fôlego, desta feita com a criação do PER, destinado ao devedor que “se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação” (cfr. artigo 17.º-A, n.º 1 do CIRE).

A política de fomento da recuperação das empresas subjacente a estas alterações legislativas viria, pouco depois, a ser complementada com a criação do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE), através do Decreto-Lei n.º 178/2012, de 03 de agosto, o qual constituía um procedimento extrajudicial simplificado de recuperação de empresas.

Porém, aqueles dois mecanismos continuavam a ser insuficientes para responder aos níveis de endividamento do tecido empresarial português³, pelo que, na sequência da aprovação do “Programa Capitalizar”, foram introduzidas alterações relevantes no PER (através do Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho), foi criado para os devedores não empresários um processo paralelo ao PER, denominado Processo Especial para Acordo de Pagamentos (o PEAP, previsto nos artigos 222.º-A a 222.º-J do CIRE) e foi criado o RERE (através da Lei n.º 8/2018, de 02 de março, que assim revogou o SIREVE)..

Mais recentemente, e em resposta à crise pandémica do SARS-COV-2, o legislador criou o denominado PEVE (através da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, que estará em vigor, salvo eventual prorrogação, até 31.12.2021).

O escopo e regime de todos estes mecanismos – uns judicializados (caso do processo de insolvência), outros híbridos ou menos judicializados (como são o PER, o PEAP e o PEVE) e outros, ainda, extrajudiciais (como o RERE, exceto quando há intervenção judicial, caso em que poderá ser considerado híbrido)⁴ – constituem evidências da primazia dada pelo legislador à recuperação das empresas em detrimento da sua liquidação.

Neste contexto, e numa perspetiva de garantia da continuidade e da viabilidade económica dos devedores, a renegociação dos contratos anteriormente celebrados será, na grande maioria das vezes, determinante para alcançar aquele objetivo. É precisamente por esta razão que releva perceber se, e em que medida é que, o devedor pode impor aos seus credores a renegociação dos contratos, questão que se coloca com particular acuidade no plano dos processos pré-insolvenciais, na medida em visam a recuperação das empresas economicamente viáveis e têm, na sua génese e como finalidade, a celebração de acordos de reestruturação, que, por sua vez, terão como

1 Cfr. Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Edição, 2015, p. 70, que afirmam estarmos perante “(...) um novo panorama, que se pode sintetizar nos seguintes termos: se o devedor está em situação económica difícil ou de insolvência iminente, mas se considera recuperável, é-lhe lícito recorrer ao processo de revitalização; se já se verifica uma situação de insolvência efetiva, caracterizada em conformidade com o artigo 3.º, então é do processo de insolvência que deve lançar-se mão”. Madalena Perestrelo de Oliveira, *Limites da Autonomia dos Credores na Recuperação da Empresa Insolvente*, 2013, p. 19, afirma que “[o] reconhecimento de que a situação económica do país exigia soluções dirigidas a evitar a liquidação de agentes económicos resultou, como melhor veremos, numa (pelo menos aparente) reorientação do CIRE para a revitalização e para o plano de insolvência, preferencialmente de recuperação, conquanto que esta seja possível”. Paralelamente, José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de Renegociar no âmbito Pré-Insolvencial*, 2017, p. 68, conclui estarmos perante uma “(...) clara preferência pela recuperação sobre a liquidação de ter sido criado um novo processo que visa, precisamente, a recuperação das empresas viáveis, prevalecendo – agora como antes – o interesse dos credores num grau máximo”.

2 Cfr. Catarina Serra, “Entre o princípio e os princípios da recuperação de empresas (um work in progress)”, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, 2014, p. 79.

3 Como veio a ser expressamente assumido na Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto.

4 Cfr. Catarina Serra, “Entre o princípio...”, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, 2014, pp. 73-74.

componente fundamental a renegociação dos contratos anteriormente celebrados.

Assim sendo, através do presente texto, pretende-se responder à questão de saber se o insolvente, em processo de insolvência, ou o devedor, no âmbito do processo especial de revitalização ou do regime extrajudicial de recuperação de empresas⁵, tem a faculdade de impor aos credores, no âmbito daqueles processos, a *renegociação de contratos*, e se, por contraponto, se pode afirmar a existência de um dever de renegociação da parte dos credores, e em que termos.

Antes de avançar, impõe-se, no entanto, a delimitação do âmbito de discussão. Quando nos referimos a *dever de renegociação*, falamos do (eventual) dever de estabelecer negociações com o devedor. Estão em causa situações diversas daquelas em que, com base na lei ou em negócio jurídico prévio, seja possível impor ao credor uma determinada modificação no programa contratual – como sucederá, por exemplo, perante um contrato-promessa ou a verificação do circunstancialismo previsto no artigo 437.º do Código Civil (CC). De fora ficarão, também, as situações em que as partes se vinculam à renegociação do contrato, designadamente quando o contrato contenha uma *hardship clause* por via da qual as partes assumem voluntariamente a obrigação de promover ativamente um acordo perante a verificação de um determinado circunstancialismo previsto pelas partes como fundamento de renegociação.

Circunscrevendo a discussão àquele âmbito, o que se procurará determinar – ou, mais realisticamente, problematizar – é se é possível equacionar, no âmbito de um processo insolvencial ou pré-insolvencial, a existência de um dever de renegociação, em termos tais que a recusa da renegociação e, num segundo momento, a inviabilização da chegada a acordo por parte dos credores, possa configurar um ato ilícito, passível de gerar uma obrigação de indemnização.

2. O instituto da alteração das circunstâncias como fundamento do dever de renegociar?

Resulta do artigo 405.º, n.º 1 do CC que “[d]entro dos limites da lei, as partes têm a liberdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. Este artigo consagra o princípio da liberdade contratual, segundo o qual cada um é livre na

determinação dos sujeitos com quem quer contratar, do objeto do contrato e dos instrumentos para a celebração do contrato. Como reverso da liberdade que cada parte assume de contratar, a primeira parte do n.º 1 do artigo 406.º do CC determina que “[o] contrato deve ser pontualmente cumprido”, o que corresponde a uma consagração do princípio *pacta sunt servanda*⁶.

O princípio segundo o qual os contratos devem ser cumpridos – tal qual consta do acima citado artigo – encontra limitações, de que é exemplo a ocorrência de uma alteração anormal das circunstâncias nas quais as partes fundaram a decisão de contratar, nos termos do disposto no artigo 437.º do CC. Verificado o circunstancialismo previsto nesse artigo, a parte afetada por uma alteração anormal das circunstâncias tem o direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade, assim se permitindo, por essa via, obviar à rigidez excessiva para que seríamos remetidos caso se absolutizasse o princípio *pacta sunt servanda*.

Nesse quadro será possível equacionar a existência de um direito, *ex lege*, a um *determinado contrato modificado*. No entanto, para além da hipótese do recurso estrito às possibilidades contempladas neste mecanismo – para nele fundar a resolução ou a modificação equitativa do contrato –, tem vindo a ser discutido o cabimento do surgimento de uma obrigação *ex lege* de renegociação perante uma situação de alteração das circunstâncias, na aceção do artigo 437.º do CC. Ainda que com amplitude, contornos e fundamentos não completamente coincidentes, parte da doutrina nacional mostra-se favorável a tal posicionamento.

Neste sentido e considerando especificamente o problema no quadro de situações pré-insolvenciais, Nuno Manuel Pinto de Oliveira⁷ considera que a situação económica difícil ou a situação de insolvência eminente do devedor por causa que a este não seja imputável *pode* configurar uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, no sentido do artigo 437.º, n.º 1 do CC, e que, em caso afirmativo, os credores terão um dever de estabelecer negociações com o devedor destinadas à sua recuperação.

Concordamos com a conclusão alcançada e o fundamento apontado pelo notado Autor no sentido de que a verificação de uma situação que consubstancia alteração das circunstâncias para efeitos do artigo 437.º do CC pode dar causa ao surgimento de um dever de renegociar em processos pré-insolvenciais não culposos. De facto, em abstrato, nada justifica excluir à partida que a situação económica difícil ou a situação de insolvência iminente

⁵ Esta análise não versará, portanto, sobre o *especialíssimo* PER previsto no artigo 17.º-I, cujo acordo de reestruturação é convencionado entre o devedor e os credores em momento prévio à submissão do processo em Tribunal, pelo que qualquer negociação entre credores e devedor é anterior à submissão do PER, razão pela qual o tema da imposição do dever de renegociação não se coloca. Pela mesma razão, o PEVE também não irá ser objeto desta análise, uma vez que se inicia, também, com a apresentação em Tribunal de um acordo previamente convencionado entre o devedor e os credores.

⁶ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2020, versão e-book, capítulo A.25.

⁷ Cfr. Nuno Manuel Pinto de Oliveira, “Entre Código da Insolvência e ‘Princípios orientadores’: Um dever de (re)negociação?”, in *ROA*, Ano 72, 2012, p. 678.

do devedor possa ser determinada por situações factuais que possam consubstanciar uma alteração anormal das circunstâncias para efeitos do disposto no artigo 437.º do CC. E, sendo esse esse o caso, até por maioria de razão terá sentido o surgimento de um dever de renegociação, que privilegia soluções consensualizadas numa situação em que a parte afetada poderia, inclusivamente, impor a modificação do contrato (ainda que apenas por via judicial, segundo certo entendimento⁸). Importa assinalar, novamente, que não está aqui em causa o surgimento de um dever de alcançar um efetivo (novo) acordo contratual, mas, tão-somente, o dever de renegociar – de as partes encetarem esforços sérios com vista a alcançar tal acordo – o que significa que a parte contratante vinculada a tal dever o cumprirá caso adote uma conduta compatível com os deveres de conduta que se lhe imponham, mesmo que não seja firmado nenhum novo acordo.

O problema estará, naturalmente, e como é usual no quadro das discussões relativas à alteração das circunstâncias, em saber quando é que estes requisitos estão verificados – dado o carácter geral e indeterminado dos elementos que integram a previsão da norma e a fluidez, senão conceptual, seguramente interpretativa de tais requisitos. A este problema adiciona-se o carácter subsidiário e residual do instituto⁹.

Estes e outros aspetos foram assinalados por Mariana Fontes da Costa¹⁰, que, não obstante se mostrar favorável, ainda que em termos circunscritos, à aceitação e reconhecimento da existência de uma obrigação de renegociar com fonte legal, como consequência de uma alteração superveniente das circunstâncias juridicamente relevante, assinala, no entanto, a existência de dificuldades associadas a tal reconhecimento. Para além de razões de política legislativa – relacionadas com os custos de transação coenvolvidos no reconhecimento de um dever desta natureza e do perigo de condutas oportunistas –, a referida Autora faz ainda referência ao aspeto a que acima se aludiu, ou seja, à circunstância de a “*aceitação de uma obrigação legal de renegociar [se] depara[r] ainda com elevadas dificuldades na avaliação do seu (in)cumprimento e com a incerteza associada na determinação das sanções associadas ao seu desrespeito*”¹¹.

Na sequência da ponderação dessas dificuldades, a referida Autora conclui que, conquanto exista “*margem de autonomia para uma obrigação legal de renegociação em sede de alteração superveniente das circunstâncias*”, tal reconhecimento apenas poderá operar em termos muito restritos¹² e que tal obrigação “*não deve ser reconhecida em termos gerais, mas apenas dentro dos estritos limites casuísticos inerentes à densificação de um dever acessório de conduta emergente da boa fé e ponderado com as exigências de certeza e segurança do tráfego jurídico*”¹³. Concretizando, refere que, quando a parte perante quem foi solicitada a abertura do processo de renegociação admite a abertura do processo – ou seja, adere voluntariamente ao processo de renegociação com o referido fundamento –, fica subordinada ao dever de encetar esforços sérios com vista a procurar alcançar o acordo de modificação do contrato. Diferentemente, se se recusa, saber se a adoção de tal posicionamento é ou não passível de censura, depende da “*ponderação entre o dever acessório de colaboração entre as partes por um lado e a natureza excepcional do instituto da alteração superveniente das circunstâncias e o direito a beneficiar de proteção do ordenamento jurídico na imposição coerciva da disciplina contratual por outro*”¹⁴. No quadro dessa averiguação, assumirá especial relevância saber se (i) a contraparte dispunha de toda a informação necessária para poder concluir, com relativa segurança, pela verificação do circunstancialismo a que alude o artigo 437.º do CC e se (ii) a modificação do contrato é possível e adequada à salvaguarda do interesse da parte lesada e da contraparte¹⁵.

Sem prejuízo da adesão, em tese, a este posicionamento, equacionando estes problemas no quadro específico das situações pré-insolvenciais, não é facilmente apreensível que o devedor, no seio daqueles processos, possa impor aos seus credores um dever de renegociação fundado no mecanismo da alteração das circunstâncias, vistos, precisamente, os contornos e pressupostos daquele instituto.

Com efeito, surgirá desde logo a dificuldade de concluir que a situação económica difícil ou a situação de insolvência meramente iminente encontra a sua causa numa alteração (anormal) das circunstâncias em que as partes

8 A respeito deste tema, vide, por todos, Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, in *O Direito*, Ano 145, Vols. I-II, 2013, pp. 186-188.

9 Com efeito, o instituto da alteração das circunstâncias reveste carácter subsidiário, apenas podendo ser convocado na ausência de disposições que permitam distribuir adequadamente os riscos do contrato (pretendidos salvaguardar por aquele instituto). É neste sentido que aponta Catarina Monteiro Pires (*Impossibilidade da Prestação*, 2020, pp. 428-429), quando refere que “[a] norma do artigo 437.º apresenta-se duplamente condicionada na sua convocação perante um caso concreto, dado que reveste um carácter subsidiário e, também, supletivo. Assim sendo, o referido regime jurídico não só será preterido se for possível convocar outras normas jurídicas suscetíveis de induzir uma determinada distribuição dos riscos contratuais, nomeadamente outras disposições normativas relativas ao direito das perturbações da prestação”. Em sentido paralelo, Rui Mascarenhas Ataíde, “O Direito dos contratos privados face à presente crise pandémica. Alguns problemas, em especial, a impossibilidade económica temporária”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXI, 2020, número I, p. 693, segundo o qual “(...) a disciplina da alteração de circunstâncias conhece carácter subsidiário em relação às regras de distribuição do risco vertidas no regime da impossibilidade. Não é por isso possível proceder à sua aplicação quando a variação registada se inclui na álea do contrato, impondo um exercício jurídico delicado que consiste em averiguar se o risco inerente a cada contrato foi ou não ultrapassado por uma dada alteração de circunstâncias”.

10 Cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da alteração superveniente das circunstâncias*, Almedina, 2019, pp. 474-486.

11 Cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da alteração...*, Almedina, 2019, p. 479.

12 Cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da alteração...*, Almedina, 2019, p. 486.

13 Cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da alteração...*, Almedina, 2019, p. 483.

14 Cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da alteração...*, Almedina, 2019, p. 483.

15 Cfr. Mariana Fontes da Costa, *Da alteração...*, Almedina, 2019, p. 484.

fundaram a decisão de contratar relevante para efeitos do disposto no artigo 437.º do CC. É que apenas em situações limite¹⁶ será líquida a verificação de um tal pressuposto. Não obstante esta questão extravasar o âmbito estrito da presente discussão, tome-se por exemplo a crise financeira que se sentiu em Portugal com particular acuidade a partir de 2011. Se é certo que parte da doutrina se pronunciou em sentido favorável à configuração da crise financeira como uma alteração das circunstâncias juridicamente relevante para efeitos daquele regime¹⁷, o posicionamento da jurisprudência foi mais limitado. Com efeito, sem prejuízo da não exclusão liminar da configuração da crise como uma alteração anormal das circunstâncias, o sentido maioritário das decisões dos tribunais superiores foi o de que, “só por si[,] as crises financeiras não podem ser consideradas circunstâncias anormais, que escapam à regra, totalmente imprevisíveis, [] antes [correspondendo a] situações cíclicas e repetidas no tempo”¹⁸, pelo que a verificação de uma crise “não é, por si só, suficiente para que se possa recorrer, sem mais, ao instituto da alteração anormal das circunstâncias previsto no art. 437.º do CC, sendo antes necessário que haja uma correlação directa, que seja factualmente demonstrada, entre a crise económica geral e a actividade económica concreta de determinado agente económico”¹⁹. Oportunamente, surgirão decisões relativamente a este tema enquadrado na crise pandémica do SARS-COV-2.

Não obstante o reconhecimento destas dificuldades, assim como o reconhecimento de que apenas em situações circunscritas este critério relevará, o ponto a reter aqui é que a verificação do circunstancialismo previsto no artigo 437.º do CC tem o potencial de funcionar como critério de identificação das situações nas quais, perante uma situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente, se justificará a imposição de um dever de renegociação²⁰. Dever esse que se imporá – ainda que

nos termos muitíssimo limitados acima delimitados – com base no direito geral dos contratos, e, nessa medida, não com base (ou não apenas) nas regras específicas que se impõem no quadro dos processos insolvenciais e pré-insolvenciais.

3. O tendencial afastamento do dever de renegociação no quadro do processo de insolvência

Tendencialmente é excluída a discussão em torno da existência de um dever de renegociação em cenários de insolvência efetiva do devedor.

Percebe-se o raciocínio subjacente à centralização da discussão sobre o dever de renegociação dos contratos aos processos pré-insolvenciais. É que como refere José Manuel Gonçalves Machado²¹ “[n]ão é [] razoável que se imponha aos credores o dever de estabelecer negociações com o devedor quando este esteja objetivamente insuscetível de recuperação”. Porém, será esta exclusão evidente no caso de o processo de insolvência implicar a elaboração de um plano de recuperação?

O CIRE dedica 16 artigos à enunciação dos efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso, constando do artigo 102.º o princípio geral relativamente a negócios não cumpridos e dos artigos 103.º a 118.º a concretização dos efeitos da declaração de insolvência relativamente a vários tipos contratuais. Em nenhum daqueles artigos se impõe um dever de renegociação dos contratos, e, em qualquer caso, o artigo 119.º do CIRE estabelece a imperatividade do disposto naqueles artigos.

A imperatividade dos efeitos da insolvência nos negócios em curso não justifica, em nossa opinião, a exclusão do

16 Veja-se o exemplo de uma guerra – exemplo máximo de situação potencialmente fundamentadora de uma alteração das circunstâncias em situações particulares – cujos efeitos particulares se poderão repercutir numa redução drástica na procura de produtos vendidos ou serviços prestados por uma empresa. Em tal situação particular, a empresa ver-se-á confrontada com uma situação económica difícil ou uma situação de insolvência iminente cuja causa será a alteração das circunstâncias decorrente da guerra e cujo efeito será a apresentação da empresa a mecanismos pré-insolvenciais.

17 Cfr., por exemplo, Nuno Manuel Pinto de Oliveira, “Entre Código da Insolvência (...), in *ROA*, Ano 72, 2012, p. 678. Em sentido concordante, cfr. Manuel Carneiro da Frada, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, 2010, p. 690.

18 Ac. TRC de 05.11.2013, processo n.º 1167/10.5TBACB-E.C1 (relator José Avelino Gonçalves), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

19 Ac. STJ de 30.03.2014, processo n.º 1320/11.4TVLSB.L1.S1 (relator João Trindade), disponível em <http://www.dgsi.pt>. Em sentido próximo, veja-se, por exemplo, o Ac. TRL de 18.09.2014, processo n.º 400/14.9YRLSB.L1-2 (relatora Ondina Carmo Alves), disponível em <http://www.dgsi.pt>, no qual se afirmou o seguinte a respeito deste tema: “Não obstante a crise económico-financeira possa criar desequilíbrios económicos susceptíveis de provocarem alterações anormais das circunstâncias, nem todos os incumprimentos em tempos de crise se ficam a dever a essa alteração das circunstâncias, pelo que a doutrina da resolução ou modificação dos contratos ínsita no n.º 1 do artigo 437.º do Código Civil, implica a demonstração factual da correlação entre a crise económico-financeira, anormal e inesperada, e o não cumprimento do contrato. O exercício do direito dos autores, exigindo dos réus o estrito cumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais, a que estes se vincularam, livremente e com perfeito conhecimento da situação da sociedade que eles próprios controlavam, sendo já previsível a possibilidade de uma retração económico-financeira, perante a conjuntura económica e financeira vigente e não tendo resultado uma grave alteração do equilíbrio contratual, o exercício desse direito não excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito.”

20 Catarina Monteiro Pires também parece pronunciar-se em sentido favorável à existência de um dever de as partes “procurarem negociar de acordo com determinados padrões éticos, um desfecho consensual para a alteração das circunstâncias”, com base no princípio da boa-fé na execução dos contratos, consagrado no artigo 762.º, n.º 2, do CC – cfr. Catarina Monteiro Pires, “Efeitos...”, in *O Direito*, Ano 145, Vols. I-II, 2013, p. 204. Em concreto, refere o seguinte: “[N]o nosso entendimento, no direito português nem a alteração das circunstâncias opera ipso iure, nem à parte afetada assiste um «crédito» à modificação do contrato. Também não existe um dever de acordar ou de concluir certo contrato, nem uma adstrição das partes a atingir um determinado resultado quanto ao conteúdo contratual. Porém, pode resultar já das exigências da boa-fé (cf. artigo 762.º, n.º 2) a necessidade de as partes procurarem negociar de acordo com determinados padrões éticos, um desfecho consensual para a alteração das circunstâncias. Nesta hipótese, estará em causa um dever de participação no processo de renegociação, isto é, uma vinculação relativa a um «processo» ou procedimento de negociação. Não sendo possível o acordo entre as partes, só a equidade, cujo julgamento reclama a intervenção do tribunal, poderá operar a conversão de um direito de conteúdo variável num crédito determinado a certo contrato modificado.”

21 Cfr. José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de...*, 2017, p. 20.

dever de renegociação dos contratos – até porque o n.º 1 daquele artigo 119.º do CIRE apenas sanciona com a nulidade a convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas previstas naqueles 16 artigos, não já a renegociação contratual que ocorra em sede de processo de insolvência.

Não obstante, neste contexto, importa ter em conta o princípio geral, consagrado no artigo 102.º do CIRE, segundo o qual o cumprimento dos contratos fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela respetiva execução ou recusar o seu cumprimento, sem prejuízo de a parte contrária poder fixar ao administrador um prazo razoável para que o mesmo exerça a respetiva opção, findo o qual se considera recusado o cumprimento, o que, por sua vez, despoleta eventuais compensações ou restituições. Ou seja, aqui é claro que o CIRE não impõe qualquer dever – seja ao devedor, seja aos credores – de renegociar os contratos na sequência da declaração de insolvência. E mais longe foi ao concretizar – densificando – os concretos efeitos da declaração da insolvência nos contratos pré-existentis: seja no sentido da suspensão, do prosseguimento ou da cessação da relação contratual, seja quanto às eventuais compensações ou restituições a que haja lugar.

A conclusão alcançada anteriormente não parece poder ser alterada em função da apresentação, pelo devedor insolvente, de um plano de recuperação nos termos do n.º 3 do artigo 192.º do CIRE: é que mesmo nessa hipótese, em que verdadeiramente o plano se destina a “*prover à recuperação do devedor*” (nas palavras do legislador), não desaparecem os efeitos da declaração da insolvência nos contratos e o legislador também não aponta qualquer caminho no sentido de fazer surgir na esfera do devedor ou dos credores qualquer dever de renegociação dos contratos.

Mais: para a apresentação de plano de reestruturação em sede de insolvência não se encontra, sequer, previsto qualquer período de negociações entre os credores e o devedor, ao contrário do que sucede no quadro do PER e do RERE, que, por definição, contemplam fases de negociações e de adesão ao plano proposto. Diferentemente, no processo de insolvência, o devedor poderá apresentar uma proposta de plano de reestruturação (artigo 192.º, n.º 3 do CIRE), a qual, depois de admitida pelo Tribunal,

será (i) objeto de pronúncia pela comissão de credores, se existir, e pelo administrador da insolvência²² (artigo 208.º do CIRE) e (ii) objeto de votação na assembleia de discussão e votação da proposta de plano (artigo 209.º do CIRE). Daqui não se extrai como necessária a existência de qualquer negociação prévia à apresentação de uma proposta de plano de reestruturação – até porque tal proposta pode ser apresentada por qualquer credor ou grupo de credores, conquanto para tal tenha(m) legitimidade de harmonia com o artigo 193.º do CIRE.

Com isto não se pretende excluir – naturalmente – que devedor e credores possam, *motu proprio*, encetar negociações destinadas à renegociação dos contratos: o que não parece é que sobre tais sujeitos impenda qualquer efetivo dever de os renegociar, e esse é o tema central que aqui nos traz.

4. O dever de renegociação no quadro dos processos pré-insolvenciais: PER²³ e RERE

4.1. O primado da recuperação (Princípios Orientadores) como fundamento do dever de renegociar?

Como tivemos oportunidade de destacar anteriormente, as alterações legislativas que foram introduzidas pelo legislador, num primeiro momento, no CIRE, e, num segundo momento, nos mecanismos de recuperação das empresas, vêm sedimentando a preponderância da recuperação do tecido empresarial em detrimento da (anterior orientação no sentido da) liquidação do ativo para satisfação dos credores²⁴.

A crise do *subprime*, que se iniciou em finais de 2007 e que atingiu o tecido empresarial português com maior intensidade a partir de 2011, serviu de fundamento às alterações legislativas profundas que foram introduzidas no CIRE e imprimiu novo fôlego à necessidade de o legislador capacitar as empresas ainda viáveis com mecanismos que lhes permitissem recuperar, ao invés de simplesmente se apresentarem à insolvência, com a consequente liquidação do ativo e distribuição do seu produto pelos credores.

Um dos principais marcos daquela viragem legislativa resulta do Memorando de Entendimento²⁵, em cujos pontos

²² Isto no pressuposto de a proposta ser apresentada pelo próprio devedor, caso contrário também este é notificado para se pronunciar sobre o teor.

²³ Não será aqui considerado o tema da imposição de modificações contratuais *ex parte*, centrando-se a análise na indagação da existência de um dever de estabelecer negociações com o devedor. Desde logo, porquanto os créditos resultantes de contratos bilaterais em que as contraprestações, recíprocas e sinalagmáticas, ainda não tenham sido cumpridas, não podem ser afetados pelo plano de recuperação, sem o acordo da contraparte. A tal acresce que, por aplicação do disposto no artigo 17.º-F, n.º 10, do CIRE, a decisão de homologação apenas vincula a empresa e os credores relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferida a decisão de nomeação do administrador judicial provisório.

²⁴ Neste sentido, Inês Magalhães Dias, *Recuperação e revitalização de grupos de sociedades*, 2020, p. 58, que afirma que “[u]m reflexo da influência do princípio do primado da recuperação é o art. 1.º, n.º 1 do CIRE, norma que privilegia a recuperação de empresas que se encontrem em situação de insuficiência patrimonial em detrimento da sua liquidação (...)”.

²⁵ Referimo-nos ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, celebrado a 17 de maio de 2011, entre o Estado Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, na sua versão traduzida disponível em [Biblioteca Infoeuropa - Registo bibliográfico - Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de Política Económica : \[Portugal\] : 17 de Maio de 2011 = Portugal: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality \(eurocid.pt\)](#).

2.17 e 2.18 foi previsto que “2.17. [a] fim de melhor facilitar a recuperação efectiva de empresas viáveis, o Código de Insolvência será alterado até ao fim de Novembro de 2011, [] para, entre outras, introduzir uma maior rapidez nos procedimentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação. 2.18. [p]rincípios gerais de reestruturação voluntária extra judicial, em conformidade com boas práticas internacionais”.

Em cumprimento das obrigações assumidas naquele Memorando de Entendimento, na Resolução de Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro, foram aprovados “os Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, [] enquanto instrumento de adesão voluntária destinado a promover a eficácia dos procedimentos extrajudiciais de recuperação de devedores”. Através deste instrumento legislativo²⁶ foram consagrados onze Princípios Orientadores, que têm um inegável papel concretizador e de densificação do princípio da boa-fé no quadro das relações entre o devedor em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente²⁷, concretizando, em parte, os deveres de conduta – designadamente, deveres de cooperação, lealdade e informação – que corporizam o dever de atuação em linha com o princípio da boa-fé no âmbito dos processos pré-insolvenciais, tanto do lado do devedor como do lado dos credores.

Assim é que, logo o *primeiro princípio* se refere a “negociações entre o devedor e os credores envolvidos, tendo em vista obter um acordo que permita a efetiva recuperação do devedor”, a que parece subjazer a imposição, ao devedor e aos credores, da adoção de uma conduta ativa de promoção das negociações, numa lógica colaborativa, funcionalizada à obtenção de um acordo que permita a efetiva recuperação do devedor. No mesmo sentido vai o *segundo princípio*, que, por seu turno, convoca um dever de atuação de boa-fé de todas as partes durante o procedimento tendente à obtenção de uma solução construtiva. Porém, na nossa opinião, o que estes princípios impõem é uma atuação das partes de acordo com a boa-fé, funcionalizada à obtenção de soluções construtivas e à efetiva recuperação do devedor, o que não nos parece levar pressuposto um (necessariamente anterior) dever de participação na renegociação e, muito menos, a obtenção de um determinado resultado. Aliás, a circunstância de um determinado credor entender que não se encontram reunidas as condições para encetar qualquer negociação com o devedor nunca poderia, *per se*, considerar-se como atuação contrária aos ditames da boa-fé.

Do *quarto princípio* consta que “os credores envolvidos devem cooperar entre si e com o devedor de modo a

concederem a este um período de tempo suficiente (mas limitado) para obter e partilhar toda a informação relevante e para elaborar e apresentar propostas para resolver os seus problemas financeiros”. Novamente, sem prejuízo das coordenadas fornecidas sobre o que configurará uma atuação conforme à boa-fé no processo de renegociação, designadamente as concessões que, em princípio, deverão ser feitas pelos credores, daqui não se poderá, também, extrair a imposição de um dever de renegociar.

Nos *quinto* e *sexto princípios* determina-se que os credores não devem agir judicialmente contra o devedor, devendo ainda abster-se da prática de atos que possam prejudicar os direitos e garantias de algum credor ou afetar as suas perspetivas de verem pagos os seus créditos. Vêm estes princípios concretizar parte dos deveres de lealdade que se impõem neste âmbito, uma vez iniciado o processo de renegociação. Porém, em nossa opinião, também estes dois *princípios* não são de molde a impor qualquer dever de renegociação. Casos haverá, certamente, em que a circunstância de um concreto credor de relevo obstar à negociação de um acordo de reestruturação com o devedor poderá implicar o infortúnio dos demais credores, mas nem por isso se imporá qualquer dever de renegociação.

No *nono princípio* consagra-se que as propostas apresentadas por cada credor devem refletir a lei vigente e a posição relativa de cada credor. Aqui não se impõe que cada credor apresente a sua própria proposta; também aqui se não diz que cada credor terá de apreciar criticamente (ou não) cada proposta que seja apresentada; como também nada é dito quanto a um dever de renegociação imposto.

Analizados os *Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores*, não obstante as regras resultantes daqueles Princípios Orientadores deverem ser cumpridas tanto no PER (*cf.* artigo 17.º-D, n.º 10) como no RERE (*cf.* artigo 5.º da Lei n.º 8/2018, de 02 de março) e sem prejuízo da assinalada valia destes Princípios enquanto instrumento de concretização do princípio da boa-fé, consideramos que os mesmos não impõem (ou não nos parecem impor) um efetivo dever de renegociação aos credores, que continuam livres de aderir aos processos de renegociação. Aliás, em tais princípios não raras vezes é feita referência a “*credores envolvidos*”, expressão que desde logo parece significar que o legislador assume que nem todos os credores se “envolvam” na renegociação de acordos do devedor e, como tal, na reestruturação da empresa devedora. Assim, parece-nos que aquelas regras apenas assumirão relevância *a posteriori*, enquanto diretrizes que ajudam a conformar os termos em que tais renegociações devem decorrer, não sendo possível,

26 Desconsideraremos, nesta análise, o caráter mais ou menos vinculativo da Resolução de Conselho de Ministros à luz do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa. Para uma análise detalhada da questão, vejam-se, entre outros, José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de...*, 2017, pp. 229-236 e Nuno Manuel Pinto de Oliveira, “Entre Código da Insolvência...”, in *ROA*, Ano 72, 2012, pp. 684-686.

27 *Cfr.* Nuno Manuel Pinto de Oliveira, “Entre Código da Insolvência...”, in *ROA*, Ano 72, 2012, p. 680. Em sentido próximo, António Menezes Cordeiro, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil” in *RDS*, Vol. 5, n.º 3, 2013, p. 533, conclui nos seguintes termos: “O essencial destes princípios corresponde a concretizações da boa-fé, na dupla dimensão da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.”.

no entanto, neles fundar nem a vinculação dos credores à participação no processo, nem, por maioria de razão, a vinculação à chegada a uma solução de renegociação (muito menos ainda uma solução renegociada concreta).

4.2. As normas do PER e do RERE como fundamento do dever de (participação no processo) de renegociação

Afastada, em nossa opinião, a imposição de um dever de renegociação com base nos Princípios Orientadores, resta-nos analisar os artigos 17.º-A a 17.º-H do CIRE, assim como as normas aplicáveis ao RERE, tentando deles extrair algum indício de que o legislador pretendeu, de facto, *impor* aos credores a participação na renegociação de acordos de reestruturação nos processos pré-insolvenciais.

O artigo 17.º-D, n.º 1 do CIRE, determina que “[l]ogo que seja notificado do despacho a que se refere o n.º 4 do artigo anterior, a empresa comunica, de imediato e por meio de carta registada, a todos os seus credores que não hajam subscrito a declaração mencionada no n.º 1 do mesmo preceito, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando-os a participar, caso assim o entendam, nas negociações em curso (...)”. Em face deste artigo, parece medianamente claro que os credores são convidados, pelo devedor, a participar nas negociações tendentes à recuperação do devedor que iniciou o PER, não havendo, porém, qualquer imposição aos credores para, independentemente da sua vontade, participarem nas negociações.

Mais claro, ainda, é o n.º 7 do mesmo artigo, que determina que “[o]s credores que decidam participar nas negociações em curso declaram-no à empresa por meio de carta registada, podendo fazê-lo durante todo o tempo em que perdurarem as negociações (...)”. Este normativo é claro no sentido de não impor um dever geral de participação na renegociação a todos os credores. Diferentemente, determina-se que cada credor pode livremente optar por participar nas negociações tendentes à recuperação do devedor ou não; e, caso entenda não participar, nenhuma consequência daí se poderá extrair, conquanto se mantenha presente que “a homologação do acordo é vinculativa para os credores que não hajam participado nas negociações”²⁸ relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferida a decisão de nomeação do administrador judicial provisório, conforme resulta do n.º 10 do artigo 17.º-F do CIRE.

Assim, e em face do exposto, temos por certo que a apresentação do devedor ao PER não impõe a todos os credores um dever de participação na renegociação, impendendo, na verdade, esse dever apenas sobre aqueles credores que, nos termos do artigo 17.º-D, n.º 7 do CIRE,

hajam declarado ao devedor a sua decisão de participação nas negociações, pois é o que decorre expressamente do regime do PER. Esta opinião não parece, porém, ser a acolhida por José Manuel Gonçalves Machado²⁹, para quem, no PER, “[b]asta que a empresa e um dos credores apresentem uma declaração em tribunal para que os restantes credores (depois de ter sido proferido o despacho de nomeação de administrador judicial provisório, e após terem sido convidados a participar nas negociações) fiquem obrigados ope legis a aderir ao processo negocial. [...] a adesão não corresponde a uma concessão dos credores mas a uma «ordem» imposta pela lei”. No entanto, considerando o teor do artigo 17.º-D, n.º 7 do CIRE, em que o legislador faculta a cada um dos credores do devedor a possibilidade de participar, ou não, nas negociações, sem que aparentemente dali resulte um comando que imponha a efetiva participação, somos da opinião de que estaremos, ainda, perante uma faculdade concedida a cada credor, cuja escolha é sempre livre e, em princípio, isenta de consequências jurídicas.

No que concerne ao RERE, a resposta quanto à imposição aos credores do dever de renegociar consta, desde logo, do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2018, de 02 de março, que estabelece que “[o] RERE regula os termos e os efeitos das negociações e do acordo de reestruturação que seja alcançado entre um devedor e um ou mais dos seus credores, na medida em que os participantes manifestem, expressa e unanimemente, a vontade de submeter as negociações ou o acordo de reestruturação ao regime previsto na presente lei”.

No mesmo sentido aponta a natureza voluntária do RERE estabelecida no artigo 4.º, em cujo n.º 2 se determina que “[a] participação nas negociações e no acordo de reestruturação é livre, podendo o devedor para o efeito convocar todos ou apenas alguns dos seus credores, segundo o que considerar mais apropriado a alcançar o acordo de reestruturação, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 7.º”.

E mais ainda o n.º 5 do artigo 7.º da mesma Lei n.º 8/2018, de 02 de março, segundo o qual “[e]nquanto decorrerem as negociações, qualquer credor do devedor pode, a todo o tempo, aderir ao protocolo de negociação, através de uma declaração de adesão”.

Considerando as normas acima mencionadas, temos também por certo que no RERE não é imposto a todos os credores um dever de participar na renegociação, impendendo, na verdade, esse dever apenas sobre aqueles credores que, nos termos do artigo 7.º, n.º 5 da Lei n.º 8/2018, de 02 de março, hajam aderido às negociações, sem prejuízo do disposto no artigo 10.º, n.º 1 da mesma Lei n.º 8/2018, de 02 de março.

²⁸ Cfr. Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, 2015, p. 155.

²⁹ Cfr. José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de...*, 2017, pp. 283-284.

4.3. A adesão às negociações como fundamento do dever de renegociar

Como contraponto das conclusões alcançadas no capítulo anterior, haverá agora que questionar se, aderindo os credores às negociações tendentes à recuperação do devedor, tal implica que sobre os credores aderentes recaia uma obrigação de renegociação e em que termos. Aqui, a questão central é se é possível configurar um preciso dever de chegada a uma solução de renegociação ou se, diferentemente, o comportamento dos credores uma vez iniciado o processo de renegociação apenas é conformado por deveres de conduta sem teor precativo imediato e de conteúdo variável. Também aqui, para maior facilidade, seguiremos de perto as regras aplicáveis do PER e do RERE, e desconsiderar-se-á a possibilidade de eventual imposição – via convencional – de regras mais exigentes às negociações encetadas entre a empresa e os credores – isto tanto no âmbito do PER (artigo 17.º-D, n.º 8 do CIRE) como no âmbito do RERE (em função do teor do protocolo de negociação e da eventual adoção de um código de conduta, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, *in fine*, da Lei n.º 8/2012).

O artigo 17.º-D, n.º 10 do CIRE, vem determinar que as negociações entre o devedor e os seus credores (entendidos, estes, como os credores aderentes e não a generalidade dos credores do devedor) se regem pelos “*princípios orientadores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro*”. Estes Princípios Orientadores correspondem àqueles já anteriormente analisados e dos quais se extraem regras de conduta impostas a tais credores. Mas como vimos já, somos da opinião de que aqueles *princípios* não são de molde a, por si só, impor a renegociação contratual. De todo o modo, também como já se viu, os referidos *princípios* concretizam as regras de conduta que deverão ser observadas no contexto da renegociação enquanto decorrência do princípio da boa-fé, impondo a cooperação dos credores para com o devedor e atuação de acordo com a boa-fé (também entre devedor e credores). Sem prejuízo do conteúdo destes deveres ser, por natureza, fluído e indeterminado – o que torna difícil identificar e determinar se tais deveres foram ou não violados –, perante a violação evidente e flagrante de tais deveres, os credores poderão ser responsabilizados pelos danos causados.

De um outro ponto de vista, poderá ser igualmente relevante a rutura das negociações, podendo inclusivamente o credor ser responsabilizado pela rutura abrupta das negociações. Neste contexto, é particularmente relevante o conteúdo da declaração proferida pelo credor e comunicada ao devedor, nos precisos termos do dito artigo 17.º-D, n.º 7 do CIRE. Se o credor, podendo optar por

participar, ou não, nas negociações, declara, perante o devedor, aceitar participar naquelas negociações tendentes à recuperação do devedor, o credor vincula-se perante o devedor (e também perante os demais credores) à prática de atos que sejam conformes com aquela sua declaração. Assim, se o credor que declarou pretender participar nas negociações destinadas à recuperação do devedor decide, sem causa que o justifique, cessar aquelas negociações, poderá ser responsável pelos prejuízos que cause ao devedor (ou eventualmente, também aos demais credores).

Para além dessas situações, e agora equacionando o cenário de não ser alcançado acordo fora das situações a que se refere o n.º 1 do artigo 17.º-G do CIRE, não excluimos, também, que seja convocado o regime da *culpa in contrahendo* previsto no artigo 227.º do CC, conforme entende José Manuel Gonçalves Machado³⁰, para quem se “*justifica [] o recurso ao regime da culpa in contrahendo para imputar a responsabilidade a quem no decurso do processo negocial não tiver procedido aos deveres procedimentais [] e com isso tenha causado culposamente danos a outrem*”.

O problema que aqui se coloca tem que ver com a circunstância de o artigo 227.º do CC impor que a rutura seja ilícita, e de, tendencialmente, se entender que apenas assim será em situações muito limitadas. Como referem Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos³¹, “*[a] liberdade de decidir pela não conclusão do contrato constitui a regra geral e só excepcionalmente sofre limitações. [] Deve, por isso, haver uma particular cautela na qualificação como ilícita da rutura das negociações. A rutura só poderá ser qualificada como ilícita se for feita com má fé, com violação dos deveres de honestidade e de seriedade, com desconsideração dos padrões de relacionamento sério na contratação*”. Ou seja, em princípio, a conclusão do contrato – ou, aqui, o acordo no sentido da sua modificação – é livre e a interrupção das negociações apenas será ilícita “*se a parte desistente tiver, com a sua conduta, originado, na contraparte, uma confiança justificada de que, com segurança, se iria concluir um contrato: a interrupção injustificada das negociações conduz à cic*”³².

Ora, projetando estas considerações no contexto específico da não chegada a acordo no quadro de um processo (re) negocial em PER, sem prejuízo de ser admissível em tese o surgimento de uma obrigação de contratar *ex bona fide* passível de desencadear a responsabilização dos credores nos termos que se acabam de descrever, o ponto aqui é que, em princípio (embora isto dependa, sempre, do concreto teor da comunicação enviada), com a adesão do credor às negociações tendentes à recuperação do devedor, o credor não se vinculará à celebração de um

30 Cfr. José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de...*, 2017, pp. 306-307.

31 Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, 9.ª Edição, 2019, p. 496.

32 Cfr. António Menezes Cordeiro, “O princípio...”, in *RDS*, Vol. 5, n.º 3, 2013, p. 510.

acordo de reestruturação (e, muito menos, à celebração de um acordo de reestruturação num determinado sentido concreto), apenas se comprometerá a renegociar. Mais: a participação dos credores nas negociações não limita o sentido do seu voto, pelo menos considerando que de acordo com o n.º 3 do artigo 17.º-F do CIRE, após a publicação do acordo de reestruturação no portal *Citius* os credores terão 10 dias para proceder à respetiva votação.

Não excluímos, porém, que em concretas situações, e dependendo das negociações entre credores e devedor, se possa alcançar a conclusão diversa. Tal questão poder-se-á colocar, por hipótese, numa situação em que, em sede de negociações, um credor, cuja representatividade no seio do total de créditos do devedor seja relevante, haja manifestado um forte comprometimento no sentido da votação favorável de um acordo, assim criando no devedor a expectativa de que aquele concreto acordo (com o voto antecipável daquele credor relevante) não carecia ser sujeito a qualquer alteração. O voto desfavorável daquele credor ao acordo de reestruturação objeto de votação – o mesmo que criou no devedor a expectativa forte da respetiva aprovação – poderá (i) configurar um comportamento ilícito, caso a frustração da renegociação surja em contraponto à criação, na contraparte, da confiança justificada da aprovação do acordo, (ii) comportamento esse que, em teoria, pode determinar danos na esfera jurídica do devedor – designadamente enquanto consequência da impossibilidade de o devedor recorrer a outro PER no prazo de dois anos (à luz do artigo 17.º-G, n.º 6 do CIRE).

Tais problemáticas quanto à efetiva responsabilização do credor que cessa as negociações são agravados se considerarmos que os credores podem, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º-G do CIRE, “*conclu[ir] antecipadamente não ser possível alcançar acordo*”, caso em que o PER é encerrado. Sendo certo que o legislador ali se refere à maioria dos credores, nada obsta a que apenas um (ainda que não representando a maioria), conclua antecipadamente não ser possível alcançar acordo de reestruturação. Veja-se, nesse sentido, que Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda³³ parecem acolher aquela hipótese, ao sustentarem que será “(...) *também adequado o envio de múltiplas comunicações de diferentes credores interessados*”, manifestando ser inviável a aprovação do acordo de reestruturação proposto.

No quadro do RERE, a questão colocar-se-á generalizadamente nos mesmos termos. Com efeito, uma vez iniciadas as negociações, apenas em situações-limite – em que se possa falar de uma interrupção ou frustração injustificada do processo de negociação dentro dos quadros da *culpa in contrahendo* – se poderá considerar que a não celebração de um acordo de reestruturação configurará um ato ilícito. Fora isso, os credores participantes estarão “apenas”

vinculados à participação nas negociações (artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro) e, por outro lado, adstritos ao princípio da boa-fé, designadamente aos Princípios Orientadores, por efeito do disposto no artigo 5.º da Lei n.º 8/2012, de 21 de fevereiro.

Assim, portanto, sem prejuízo da eventual responsabilização dos credores pela violação de tais regras de conduta e dos compromissos assumidos em sede de protocolo de negociação, os credores apenas se vincularão à participação de boa-fé das negociações, sendo que o artigo 10.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2012 inclusivamente dispõe que, sem prejuízo de os credores não se poderem “*desvincular [] dos compromissos [] assumidos [no protocolo de negociação] antes de decorrido o prazo máximo previsto para as negociações*”, podem “*cessar a participação ativa das mesmas*”. O que, não obstante o carácter aparentemente contraditório com algumas das coordenadas que se extraem dos Princípios Orientadores, é, em todo o caso, uma coordenada clara no sentido da não vinculação – sem mais – à obtenção de qualquer acordo.

5. Conclusões

Face ao exposto, parece certo que apenas em termos muito limitados se poderá falar num dever de renegociação no quadro dos processos pré-insolvenciais, e isto independentemente da aceção que se lhe dê – quer no sentido de existência de um dever de participação no processo de renegociação, quer no sentido da existência de um dever de conclusão de um acordo no quadro de um processo de renegociação.

Sem prejuízo de não ser de excluir liminarmente o surgimento de um dever legal de renegociação na sequência da *alteração das circunstâncias*, tal apenas sucederá em casos muitíssimo limitados (e uma vez ultrapassado o problema prévio da identificação de uma tal situação), e, mesmo assim, nem por isso se poderá afirmar, sem mais, que a não conclusão de um acordo tenha por subjacente uma conduta ilícita.

Fora isso, a imposição da adesão ao processo negocial não terá cabimento na generalidade dos casos; e, num segundo momento, mesmo que os credores adiram ao processo de renegociação, sendo certo que partes se encontram vinculadas a deveres de conduta impostos pelo princípio da boa-fé, que assumirão conformação e intensidade diversas em função das circunstâncias, tem-se que apenas em circunstâncias muito restritas será possível configurar como ilícita a não conclusão de um acordo nesse âmbito.

33 Cfr. Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência...*, 3.ª Edição, 2015, p. 176.

A LEGITIMIDADE DO INSOLVENTE PARA INTENTAR OU PROSSEGUIR COM UMA AÇÃO JUDICIAL À MARGEM DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA E DA MASSA INSOLVENTE

Rita Samoreno Gomes

Sócia coordenadora PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Rute Marques

Associada coordenadora PLMJ na área
de Resolução de Litígios

A lei começa por parecer clara: a declaração da insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente — que, salvo disposição em contrário, abrange os previstos no artigo 46.º do CIRE —, e os quais passam a competir ao administrador da insolvência (artigo 81.º, n.º 1 do CIRE)¹.

Em consequência, o administrador da insolvência assume a representação do insolvente para todos os *efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência* (artigo 81.º, n.º 4 do CIRE), perdendo o insolvente a correspondente legitimidade processual². E por essa razão, o administrador da insolvência substitui o insolvente em todas as ações pendentes em que se apreciem *questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente*, intentadas contra o insolvente ou contra terceiros mas cujo resultado possa influenciar o valor da massa, bem como em todas as ações de *natureza exclusivamente patrimonial* que hajam sido intentadas pelo insolvente (artigo 85.º, n.ºs 1 e 3 do CIRE). A substituição do insolvente pelo administrador da insolvência em todas as ações patrimoniais em que o primeiro seja autor ou réu dá-se por força da lei (isto é, do mencionado artigo 85.º), operando de forma automática (isto é, sem necessidade de habilitação) e sem qualquer dependência do acordo da parte contrária.

Não nos deteremos no presente artigo — não é esse o nosso foco — sobre a natureza jurídica da privação do poder de administração e disposição de bens que recai sobre o insolvente por força da declaração da insolvência. Parece-nos, aliás, que à presente data tal questão se encontra já tratada de forma relativamente sedimentada, parecendo ser maioritária a corrente que entende que tal privação não consubstancia um problema ou manifestação de incapacidade de exercício, ou de incapacidade judiciária, mas sim de *indisponibilidade relativa* do insolvente³, a ser suprida por uma substituição na sua representação processual.

O foco do presente artigo é, antes, avaliar o alcance com que tem sido entendida essa mesma privação. Ou seja, procurar perceber, sobretudo “aos olhos” da jurisprudência, onde acaba a limitação dos direitos do insolvente sobre os seus bens — e a conseqüente necessidade de representação e substituição em juízo pelo administrador da insolvência — e onde começa a legitimidade do próprio insolvente para, por si só e à margem da insolvência (isto é do administrador da insolvência e da massa insolvente) fazer valer tais bens e direitos, nomeadamente em juízo.

Adiantando-nos, parece que poderemos começar por afirmar que, ao referir-se aos *“bens compreendidos na massa insolvente”*, o artigo 81.º, n.º 1 do CIRE permite, *a contrario*, que o insolvente continue a administrar e a dispor de bens não compreendidos na massa insolvente, não sofrendo qualquer limitação de exercício de direitos relativamente aos mesmos. Já o n.º 4 do mesmo preceito, ao referir-se aos *“efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência”*, deixará também de fora da limitação aos poderes do insolvente as matérias de natureza pessoal em geral, bem como as matérias patrimoniais estranhas à insolvência⁴. Acresce ainda que, de acordo com o n.º 5 do preceito, a representação pelo administrador da insolvência também não se estende, em princípio, à intervenção do insolvente no âmbito do próprio processo de insolvência, seus incidentes e apensos. Assim, quanto a uns e outros — isto é, quanto a bens não compreendidos na massa insolvente, a matérias de natureza pessoal e a matérias patrimoniais estranhas à insolvência, e à intervenção no próprio processo de insolvência — o insolvente conservará os seus poderes de administração e de disposição, sem qualquer necessidade de representação ou de substituição em juízo pelo administrador da insolvência.

Parece-nos, porém, que a jurisprudência tem ido mais longe.

Ancorando-se na razão de ser e na finalidade da limitação imposta pelo artigo 81.º do CIRE aos poderes de administração e de disposição de bens pelo insolvente — proteção dos interesses dos credores e salvaguarda da satisfação dos respetivos créditos — alguma jurisprudência tem defendido que tal limitação só deverá operar relativamente a atos do insolvente que, de alguma forma, possam comprometer o respetivo património em prejuízo dos seus credores. Ao insolvente será assim reconhecida legitimidade para praticar atos, incluindo em juízo, que possam importar o aumento ou valorização da massa insolvente. Como exemplo desta corrente jurisprudencial julgamos ser relevante salientar as seguintes decisões dos tribunais superiores:

Ac. TRL de 12.05.2005⁵:

Entendeu-se neste aresto que os autores, já declarados falidos à data da propositura da ação, podiam (*rectius*, dispunham de capacidade judiciária ativa⁶ para) intentar uma ação para anulação de uma procuração e de um contrato de compra e venda de um imóvel, que só a dita procuração possibilitou, com a conseqüente reintegração do

1 Ao insolvente fica, inclusive, interdita a cessão de rendimentos ou a alienação de bens futuros suscetíveis de penhora, qualquer que seja a sua natureza e mesmo tratando-se de rendimentos que obtenha ou de bens que adquira posteriormente ao encerramento do processo (artigo 81.º, n.º 2 do CIRE).

2 Neste sentido, Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 2019, p. 190.

3 Veja-se, a este propósito, José Lebre de Freitas, “Legitimidade do insolvente para fazer valer direitos de crédito não apreendidos para a massa”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 619-623. Veja-se também Maria do Rosário Epifânio, *Manual...*, Almedina, 2019, pp. 128-134.

4 Neste sentido, José Lebre de Freitas, “Legitimidade...”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 625, nota de rodapé 19. Veja-se igualmente Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Edição, Quid Juris, 2015, p. 426 (n.º 2 da anotação ao artigo 85.º).

5 Ac. TRL de 12.05.2005, processo n.º 906/2005-6 (relatora Fernanda Isabel Pereira), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

6 Neste aresto a questão da limitação aos poderes do falido para administrar e dispor dos seus bens foi tratada como uma questão de incapacidade judiciária, solução que, como já vimos, tem sido afastada pela corrente doutrinária e jurisprudencial maioritárias.

imóvel no seu património. Considerou-se que tal atividade só poderia trazer vantagens para os seus credores, os quais, caso a ação procedesse, teriam mais possibilidades de satisfação dos seus créditos, não envolvendo qualquer diminuição do património dos falidos. No entender do Tribunal, tal ação versava, portanto, sobre matéria de natureza patrimonial estranha à falência, encontrando-se, por isso, afastada das limitações impostas ao falido pelo artigo 147.º, n.ºs 1 e 2 do CPEREF⁷.

Ac. STJ de 07.11.2017⁸:

no acórdão em apreço discutia-se a questão de saber se os autores insolventes estavam legalmente inibidos de propor e fazer seguir uma ação na qual peticionavam a declaração de nulidade da sub-rogação invocada pelos primeiros réus na insolvência como fundamento de parte do seu crédito, a extinção do crédito condicional aí reclamado pelos mesmos e a redução do crédito também reclamado na insolvência pelo segundo réu. Entendeu o Supremo Tribunal que tal pretensão dos autores se encontrava direcionada a defender a redução do volume da dívida no confronto unicamente dos credores réus e, nessa medida, consubstanciava uma pretensão destinada a beneficiar os insolventes e os demais credores. Assim, e não se traduzindo os efeitos visados pelos autores na ação em algo suscetível de comprometer o seu património em detrimento dos interesses gerais da massa insolvente, considerou-se inexistir razão para aplicação do artigo 81.º do CIRE e, por conseguinte, para representação (substituição) dos autores por parte da administradora da insolvência.

Ac. STJ de 10.12.2019⁹:

a questão que aqui se colocava era a de saber se o autor insolvente podia propor uma ação visando obter o pagamento dos seus honorários como mandatário judicial. Entendeu o Supremo Tribunal, também neste caso, que visando a ação a obtenção do pagamento de um alegado crédito do insolvente, podendo por isso aumentar o respetivo património, não estando em causa qualquer atividade do insolvente que pudesse colocar em causa a salvaguarda do seu património em detrimento dos credores, inexistia qualquer razão para aplicação do artigo 81.º do CIRE, não carecendo o autor, por conseguinte, de ser representado (em substituição) por parte do administrador da insolvência.

Ac. STJ de 14.07.2020¹⁰:

a autora, sociedade comercial, peticionava que fosse julgada verificada uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes haviam fundado a decisão de celebrar os contratos de mútuo e de abertura de crédito dos autos e que, em consequência, fosse determinada a sua modificação, mediante, *inter alia*, a transmissão ao réu do direito de propriedade sobre um imóvel hipotecado e o pagamento pelo réu, à autora e aos seus credores, de diversas quantias. Durante a pendência da ação a autora foi declarada insolvente, tendo o imóvel em questão sido apreendido para a massa insolvente. Substituída nos autos pelo administrador da insolvência, as partes — réu e administrador da insolvência — viriam a celebrar transação, nos termos da qual, o administrador da insolvência desistiu do pedido inicialmente formulado. Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, na sequência dos recursos interpostos pela autora da decisão homologatória da transação celebrada, que os termos da atuação do administrador da insolvência — ao celebrar uma transação judicial nos termos da qual desistiu do pedido — foram de molde a concluir que o mesmo manifestou desinteresse pela ação (não obstante se ter feito substituir à insolvente), não pretendendo prosseguir com a mesma, o que equivalia a considerar que o bem — o eventual crédito que pudesse resultar do provimento da ação — não integrava a massa insolvente (embora no futuro a pudesse vir a integrar) para o efeito de a ação poder prosseguir com a autora, nos termos do artigo 81.º do CIRE. Conclui-se, então, no aresto em apreço, que “*Não estando o crédito reclamado na presente acção incluído na massa insolvente para os efeitos do art. 81.º do CIRE, a insolvente deve poder prosseguir com a acção, sem que o administrador da insolvência a substitua.*” e que “*Tal solução resulta do facto de: i) na presente acção se visar a obtenção do reconhecimento e pagamento de um alegado crédito do insolvente (considerando os vários pedidos formulados), havendo a possibilidade de, em caso de sucesso, aumentar o respectivo património; ii) não estando em causa qualquer actividade do devedor (insolvente) que possa colocar em causa a salvaguarda do seu património em detrimento dos credores (não se reconhece procedente o argumento da recorrida no sentido que do prosseguimento da acção pode resultar um aumento do passivo da insolvente), inexistente razão para uma interpretação do art. 81.º do CIRE correspondente à que foi efectuada pelo tribunal recorrido, nem para considerar aplicável, nos termos em que o foi, o art. 85.º, n.º 3, do CIRE, com a latitude interpretativa que o foi.*”

⁷ Estabelecia o n.º 1 do artigo 147.º do CPEREF que “*A declaração de falência priva imediatamente o falido, por si ou, no caso de sociedade ou pessoa colectiva, pelos órgãos que o representem, da administração e do poder de disposição dos seus bens presentes ou futuros, os quais passam a integrar a massa falida, sujeita à administração e poder de disposição do liquidatário judicial.* O n.º 2 do preceito, por sua vez, determinava que “*O liquidatário judicial assume a representação do falido para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessam à falência.*” Tais disposições correspondem ao que atualmente dispõem os n.ºs 1 e 4 do artigo 81.º do CIRE.

⁸ Ac. STJ de 07.11.2017, processo n.º 497/14.1TBVLG.S1 (relator José Rainho), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁹ Ac. STJ de 10.12.2019, processo n.º 5324/07.3TVLSB-A.L1.S1 (relatora Graça Amaral), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁰ Ac. STJ de 14.07.2020, processo n.º 1110/13.0TVLSB.L1.S1.S2 (relatora Fátima Gomes), disponível em <https://blook.pt> e em <http://www.dgsi.pt>.

As decisões acima elencadas deixam patente, como acima se adiantou, uma certa corrente jurisprudencial dos tribunais superiores que, chamada a pronunciar-se sobre a privação do insolvente quanto aos poderes de administrar e de dispor dos seus bens, limita tal privação à finalidade que serve¹¹, não a considerando extensível ou aplicável a atos que possam valorizar ou aumentar o seu património e, portanto, potenciar a satisfação dos credores no âmbito da liquidação. Lebre de Freitas fala, a este propósito, num “*critério do benefício da massa insolvente*”, considerando haver uma ideia geral orientadora no sentido de que o exercício pelo insolvente dos seus direitos se encontra limitado na estrita medida em que dele possa resultar prejuízo para a massa insolvente (por diminuição do seu ativo ou acréscimo do seu passivo), pelo que tal limitação deixará de funcionar quanto a atos que, longe de agravarem a situação da massa insolvente, a possam valorizar¹². Nestes casos, o insolvente conservará, portanto, a sua legitimidade ativa.

Impõe-se perguntar, porém, se guiando-se pela *ratio* do artigo 81.º do CIRE, tal entendimento não acaba por colidir com a própria letra da lei. Ou, pelo menos, se não levanta dificuldades acrescidas na sua interpretação e aplicação.

O primeiro ponto que nos merece observação prende-se com a circunstância de, em algumas das decisões jurisprudenciais, as ações judiciais tendentes ao aumento ou valorização da massa insolvente — para as quais o insolvente conservaria a sua legitimidade ativa — serem concebidas pelos tribunais superiores como reportando-se, ou tendo por objeto, *bens não integrantes da massa insolvente* (veja-se, por exemplo, o Ac. STJ de 14.07.2020) ou *matéria de natureza patrimonial estranha à insolvência* (neste caso, o mencionado Ac. TRL de 12.05.2005), assim as subtraindo, portanto, à previsão (e às limitações) do artigo 81.º do CIRE. Porém, sendo pacífico, como o parece ser nos arestos citados, que qualquer resultado patrimonial favorável ao insolvente no âmbito de tais ações reverterá para a massa insolvente, poderemos perguntar se não será de certa forma contraditório sustentar que aí estejam em causa “*bens não integrantes da massa insolvente*” — os quais, nos termos do artigo 46.º do CIRE, abrangem quer os bens compreendidos no património do insolvente à data da declaração de insolvência, quer os que o insolvente adquira na pendência do processo — ou “*matéria patrimonial estranha à insolvência*”. Poderá questionar-se, nessa medida, se não estaremos, ao invés, perante verdadeiras “*matérias de natureza patrimonial relacionadas com a insolvência*”, ou seja, relacionadas com a massa insolvente — esse parece, aliás, ter sido o entendimento

sufragado pelo STJ no Ac. de 10.12.2019, acima mencionado¹³. E admitindo-se que nesses casos estarão em causa matérias relacionadas com o património insolvente — e passíveis de virem a integrar a massa insolvente durante a pendência do processo —, esta corrente jurisprudencial poderá ser difícil de articular com a letra dos artigos 46.º, 81.º e 85.º do CIRE e com o próprio carácter universal da insolvência, com a própria *ratio*, a própria finalidade, do artigo 81.º, n.º 1 do CIRE — que, crê-se, visa defender quer a conservação dos atuais bens do insolvente, quer a conservação dos bens que possam vir a integrar o seu património no futuro — ou até mesmo com o âmbito das funções acometidas pela lei ao administrador da insolvência, entre as quais se conta, desde logo, a de prover à conservação e frutificação dos direitos do insolvente (cfr. artigo 55.º, n.º 1, alínea b) do CIRE).

Outro conjunto de questões se levanta relativamente ao “mecanismo” de substituição do insolvente pelo administrador da insolvência, ao abrigo do artigo 85.º do CIRE. Com efeito, e como o deixam patente os Acórdãos acima mencionados, os tribunais superiores têm vindo a decidir pela legitimidade do insolvente para intentar ou prosseguir ações judiciais das quais possa resultar a valorização ou aumento do património sem que, em algum momento, o administrador da insolvência se tenha substituído ou tenha, de alguma forma, intervindo no processo judicial em curso. Entende-se, como já se referiu, que havendo a possibilidade de aumento do património do insolvente, o insolvente dispõe de legitimidade para intentar e fazer prosseguir a ação, não carecendo de representação (substituição) pelo administrador da insolvência. Tal significa, portanto, que estando em causa um ato (uma ação judicial) que possa importar a possibilidade de aumento e valorização do património, o mesmo é permitido ao insolvente, sem qualquer necessidade de “consulta prévia” do administrador da insolvência. Pergunta-se se, nesse caso, não estará a permitir-se ao insolvente um amplo conjunto de atos nos quais o administrador da insolvência poderia até ter interesse ou que, no decurso do processo de insolvência, poderia equacionar vir a praticar. Ou, colocando a questão de outra forma, se ao admitir-se que o insolvente proponha uma ação tendente à valorização do património sem que para isso seja previamente consultado o administrador da insolvência, se não estaremos a permitir ao insolvente definir, *a contrario*, aqueles que são os interesses da insolvência, subtraindo-os à esfera de atuação do administrador da insolvência?

Na doutrina, Lebre de Freitas parece admitir a possibilidade de o administrador da insolvência poder optar entre

11 Isto é, à proteção dos interesses dos credores e salvaguarda da satisfação dos respetivos créditos.

12 José Lebre de Freitas, “Legitimidade...”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 628-629.

13 Entendeu-se, em tal aresto, que a inibição processual que afeta o insolvente não é extensível às matérias de natureza pessoal, às patrimoniais estranhas à insolvência, bem como as que, relacionadas com o património insolvente, visem a valorização ou aumento do mesmo — que se considerou ser então o caso.

No mesmo sentido parece entender também José Lebre de Freitas, “Legitimidade...”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, p. 630, ao referir que “(...) os efeitos favoráveis ao insolvente, e consequentemente à massa insolvente, que resultem do negócio ou da sentença, são adquiridos pela massa, sempre que estejam em causa direitos que não sejam estranhos à insolvência” (sublinhado nosso).

substituir-se ou não ao insolvente em tais ações judiciais, ao referir que se o administrador da insolvência não se substituir ao insolvente na ação¹⁴, designadamente por entender que a mesma não tem interesse para a massa insolvente ou que a substituição irá, com grave possibilidade, para ela acarretar encargos em vez de benefícios, o autor será livre de se manter como autor¹⁵. Parecerá pressupor, portanto, que ao administrador da insolvência é concedida pelo menos a possibilidade de avaliar a necessidade e o interesse da substituição, podendo, em função da mesma, optar por se substituir ou por não se substituir ao insolvente.

Não obstante, em face do artigo 85.º do CIRE, que determina a substituição legal e automática do insolvente pelo administrador da insolvência¹⁶, poder-se-á questionar se o administrador da insolvência tem efetivamente uma opção de não se substituir ao insolvente, seja por não acreditar no desfecho da ação, seja por entender que dela resultará mais encargos do que benefícios, seja por qualquer outro motivo. Como se referiu, a substituição do insolvente pelo administrador da insolvência é uma decorrência e imposição da lei, operando de forma automática, pelo que poderá perguntar-se se, a essa luz, o administrador da insolvência não terá de se substituir necessariamente ao insolvente, independentemente daquela que entenda ser a viabilidade, a oportunidade ou interesse da ação. E se, a ser esse o caso, e não acreditando o administrador da insolvência na viabilidade da ação ou nela não tendo interesse, não caberá dar-lhe o destino que melhor entender dentro dos meios processuais disponíveis, como sejam, a desistência da instância, a desistência do pedido ou a celebração de transação judicial.

E aceitando-se que o administrador da insolvência terá, obrigatoriamente, de se substituir ao insolvente nas ações em curso — por tal substituição ocorrer automaticamente e por força da lei —, poderá perguntar-se também se a desistência da instância, a desistência do pedido ou a celebração de uma transação (ou, pelo menos, estes dois últimos casos) não serão elas próprias uma manifestação do poder de disposição e de administração de bens reconhecido ao administrador da insolvência? Ou seja, e dando um exemplo, se tendo-se substituído ao insolvente numa ação em curso e pretendendo desistir do pedido o administrador da insolvência estará a afastar o objeto da ação da massa insolvente¹⁷ ou, ao invés, estará a exercer os poderes de administração e de disposição sobre o mesmo, ao abrigo do artigo 81.º do CIRE?

Veja-se o caso do Ac. de 14.07.2020, acima referido — em que o administrador da insolvência havia, precisamente, substituído a insolvente —, onde o Supremo Tribunal de Justiça entendeu que a transação judicial celebrada pelo administrador da insolvência (na qual, *inter alia*, desistiu do pedido) deveria ser entendida como uma manifestação da falta de interesse do administrador da insolvência no objeto da ação, o que equivalia a considerar que o bem (o eventual crédito que pudesse resultar do provimento da ação) não integrava a massa insolvente — e que nessa medida, portanto, a insolvente não carecia de representação (substituição), podendo prosseguir com a ação à margem do processo de insolvência. Mais uma vez se poderá questionar, portanto, se tal transação judicial não poderia/deveria ser entendida ao invés, como uma manifestação do poder de administração e de disposição de bens que se encontra acometido ao administrador da insolvência pelo artigo 81.º do CIRE?

É que, como sabemos, podem ser variados os motivos que levam as partes — *in casu*, o administrador da insolvência em representação da massa insolvente — a uma transação judicial ou até mesmo a uma desistência do pedido: poderá ser o facto de não acreditar no desfecho da ação, ou o receio de que dela resulte mais encargos para a massa do que benefícios, mas poderá ser também o resultado de uma estratégia global ou mais ampla do administrador da insolvência (como sabemos, não são raros os casos em que a desistência do pedido resulta de acordos extrajudiciais mais amplos, que vão além do objeto da ação). A ser este o cenário, não poderá estar a permitir-se ao insolvente a prática de um ato que colide e põe em causa a administração da massa insolvente pelo administrador da insolvência?

Veja-se que no caso do Ac. de 14.07.2020 havia a particularidade, a dificuldade acrescida, de o insolvente peticionar que fosse declarada a transmissão a favor do réu de um imóvel que se encontrava apreendido à ordem da massa insolvente, tornando mais difícil sustentar-se, parece-nos, que tal ação não versava sobre bens compreendidos na massa insolvente — que nela não era discutida uma questão relativa a bens compreendidos na massa insolvente (artigo 85.º, n.ºs 1 e 3 do CIRE) — ou que o prosseguimento da ação pelo insolvente não é suscetível de pôr em causa ou de colidir com os interesses da massa insolvente e com a sua administração pelo administrador da massa. Poderá perguntar-se, neste caso, se ao permitir ao insolvente prosseguir uma ação judicial que, a ser julgada procedente, implicará a subtração de um imóvel da massa insolvente não estaremos efetivamente a reconhecer-lhe poderes

14 Seja numa ação pendente, seja em ação posterior à declaração de insolvência que a esta interessem.

15 José Lebre de Freitas, "Legitimidade...", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 625-627.

16 Tal substituição do insolvente pelo administrador da insolvência ocorre mesmo no âmbito de ações cuja apensação ao processo de insolvência não seja requerida, com fundamento na conveniência para os fins do processo, pelo administrador da insolvência.

17 Neste sentido, José Lebre de Freitas, "Legitimidade...", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 625-627. No mesmo sentido, o Ac. STJ de 14.07.2020, processo n.º 1110/13.0TVLSB.L1.S1.S2 (relatora Fátima Gomes), disponível em <http://www.dgsi.pt>, que acima se mencionou.

de administração de um bem integrante da massa, em plena contradição com o disposto no artigo 81.º, n.º 1 do CIRE. E mesmo num cenário em que o pedido do autor insolvente, globalmente considerado, fosse de valor superior ao do imóvel (ou seja, que compensasse a subtração desse imóvel da massa insolvente), poder-se-ia perguntar se não seria ao administrador da insolvência que caberia fazer essa avaliação?

No âmbito do tema do presente artigo, a posição e as funções acometidas ao administrador da insolvência pela lei visam, em primeira linha, impedir que o insolvente exerça direitos que possam colidir com os interesses da massa insolvente. E tais interesses são, devem ser, definidos pelo administrador da insolvência e não pelo insolvente — neste sentido, o Ac. TRE de 07.12.2017¹⁸, onde se decidiu, precisamente com base em tal pressuposto, que os insolventes não podiam, em substituição do administrador da insolvência, propor uma ação cuja consequência seria, inclusive, a integração de um bem na massa insolvente.

Como se sinaliza no Ac. TRC de 07.09.2010¹⁹, deverá ter-se em vista que, com o regime dos artigos 81.º e 85.º do CIRE, pretendeu o legislador assegurar uma efetiva tutela concursal, protegendo a integridade da massa insolvente, e sendo que essa tutela passa pela construção de uma garantia de que, decretada a insolvência, todas as atuações que possam influenciar o valor da massa, designadamente as que se materializem em processos judiciais, sejam referenciadas ao administrador da insolvência e passem por este, e não pelo próprio insolvente. Caso contrário, será o insolvente quem estará a administrar a massa insolvente e não o administrador da insolvência.

Em face do que se deixou dito, será de assinalar que o reconhecimento ao insolvente de legitimidade para intentar e prosseguir ações judiciais que, em abstrato, possam valorizar ou implicar o aumento da massa insolvente — sem qualquer intervenção ou consulta prévia do administrador da insolvência — poderá, ainda assim, acabar por colidir com a administração da massa insolvente pelo administrador da insolvência e com os próprios interesses da mesma e dos seus credores, assim acabando por pôr em causa a finalidade última do regime dos artigos 81.º e 85.º do CIRE (a partir da qual a corrente jurisprudencial parte e com base na qual se sustenta).

Uma última nota para questionar se a possibilidade de o insolvente intentar/prosseguir uma ação judicial de natureza patrimonial e com relevância para a massa não poderá ser equacionada também sob o prisma do interesse em agir. Tal análise foi levada a cabo, por exemplo, no Ac. do TRL de 22.03.2017²⁰, onde se entendeu que uma trabalhadora declarada insolvente, não podendo dispor da parte da sua retribuição que era suscetível de ser apreendida para a massa insolvente, carecia de legitimidade processual para demandar a sua empregadora com vista a que fosse condenada a pagar-lhe a quantia correspondente, pois que nessa parte não tinha um interesse direto, tal como exigido pelo artigo 30.º do Código de Processo Civil, mas somente um interesse indireto (na medida em que o aumento do ativo da massa insolvente levaria ao aumento da cobertura do passivo). Poderá questionar-se, porém, se nalguns casos não existirá um verdadeiro interesse direto do insolvente, nomeadamente quando o resultado favorável da ação possa ser de molde a pôr termo à própria situação de insolvência.

Creemos poder concluir, desta nossa breve análise, que a jurisprudência — servindo-se do tal “*critério do benefício da massa insolvente*” a que se refere Lebre de Freitas — tem vindo a reconhecer com alguma amplitude a legitimidade (processual e substantiva) do insolvente para, por si só, fazer valer bens e direitos em juízo, intentando ou fazendo prosseguir ações judiciais à margem do administrador da insolvência e da massa insolvente. Tal entendimento não é, porém, como se viu, isento de dificuldades, podendo questionar-se, inclusive, a sua congruência ou articulação com a própria letra da lei insolvencial e respetivos princípios orientadores²¹. Poderá até questionar-se, em última análise, se numa tentativa de potenciar a finalidade última do processo de insolvência — a satisfação dos credores —, tal entendimento jurisprudencial não acaba por pôr em causa essa mesma finalidade, abrindo a porta ao insolvente para a prática de atos suscetíveis de colidir com a administração e os interesses da massa insolvente tal como definidos pelo administrador da insolvência, atos esses que, afinal, a lei pretendeu subtrair-lhe.

18 Ac. TRE de 07.12.2017, processo n.º 2868/16.0T8FAR.E1 (relator Paulo Amaral), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

19 Ac. TRC de 07.09.2010, processo n.º 1093/09.0TBTMR.C1 (relator Teles Pereira), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

20 Ac. TRL de 22.03.2017, processo n.º 2501/15.7T8CSC.L1-4 (relator Alves Duarte), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

21 Nomeadamente, com os artigos 46.º, 81.º e 85.º do CIRE e com o carácter universal da insolvência, como acima se disse.

DA NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO PERANTE UMA ALTERAÇÃO ANORMAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS:

O CAMINHO PARA UMA SOLUÇÃO

Rita Folhadela

Associada sénior PLMJ na área
de Resolução de Litígios

Carolina Inverno Branco

Mestre em Direito Forense e Arbitragem
(FDUNL)

Advogada-Estagiária PLMJ na área
de *Corporate, M&A e Private Equity*

1. Introdução

O Direito da Insolvência pode ser definido como a disciplina jurídica tendente a prevenir e/ou a resolver a situação de insolvência (ainda que iminente) de um devedor, com especial atenção nos seus interesses e dos seus credores.

Embora disponha de autonomia legislativa ou sistemática, estando a sua regulação prevista no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), a verdade é que essa circunstância não é passível de conferir uma independência científica absoluta ao Direito da Insolvência. Com efeito, apesar de dispor de uma certa autonomia, designadamente, em termos doutrinários, é inegável que existe uma continuidade entre o Direito da Insolvência e os demais ramos do Direito Privado, em particular, com o Direito Civil¹.

Importa ainda salientar que o Direito da Insolvência tem sofrido uma alteração do seu paradigma – tendo passado de um mero objetivo de liquidação do património do devedor e de satisfação dos interesses dos seus credores, através da execução universal do seu património –, para uma lógica de antecipação e de recuperação da sua situação de (pré)insolvência, mediante soluções consensuais e negociadas com os seus credores que se destinem a promover a sua revitalização.

Ou seja: o fim primordial do direito insolvencial passou a ser o da recuperação do devedor, tendo sido relegado para segundo plano o seu fim liquidatário. O Direito da Insolvência tem vindo a adotar um cariz mais preventivo², ganhando especial relevância os instrumentos de recuperação dos devedores, em particular, os planos de recuperação.

Isso mesmo resulta da alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, ao artigo 1.º, n.º 1 do CIRE que passou a estabelecer que o *“processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.”*³.

Por regra, os planos de recuperação têm períodos de execução temporal relativamente longos (de vários anos), pelo que é possível que os devedores se vejam confrontados com uma alteração anormal e substancial das circunstâncias em que tais planos foram elaborados, e que afetam a sua capacidade de cumprir pontualmente as medidas aí previstas, o que poderá acarretar o incumprimento das obrigações assumidas nos planos, comprometendo seriamente (ou até irremediavelmente) o objetivo que presidiu à sua elaboração: a recuperação do devedor.

É neste contexto e perante a atual conjuntura económico-financeira provocada pela pandemia COVID-19, que faz sentido equacionar qual a possível aplicabilidade (e impacto) que um dos institutos basilares do Direito Civil – o regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias – poderá ter no Direito de Insolvência.

Por outras palavras: será possível perante uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar no âmbito de um plano de recuperação convocar o regime do artigo 437.º do Código Civil (CC) para obter a modificação do plano? É viável ou necessário recorrer a tal instituto? Ou estabelece o CIRE mecanismos próprios para promover modificações dos planos de recuperação que se encontram em curso?

Para responder a estas questões será necessário analisar: (i) a natureza jurídica dos planos de recuperação, (ii) os mecanismos previstos no CIRE que permitem alterar planos de recuperação em curso e, finalmente, (iii) se é necessário (e possível) convocar o regime da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias previsto no CC para alterar os planos em execução.

Neste contexto, cumpre, desde já, esclarecer que apenas nos cingiremos à análise de planos de recuperação que versem sobre empresas.

Com efeito, embora o Direito da Insolvência se aplique a pessoas titulares (ou não) de empresas é possível identificar no CIRE dois tipos planos de recuperação que se destinam a promover a recuperação de empresas: os que são adotados no âmbito de um processo especial de revitalização⁴ (“planos de revitalização”) e os que são adotados no âmbito de um processo de insolvência

1 Sobre a caracterização e autonomia relativa do Direito da Insolvência, bem como a sua ligação com os demais ramos do Direito Privado, veja-se Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 17-21.

2 Catarina Serra, *Lições de...*, Almedina, 2019, pp. 48-49.

3 O anterior artigo 1.º, n.º 1 do CIRE estabelecia que *“O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente.”* Com a alteração introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril pretendeu-se claramente estabelecer como orientação primordial do Direito da Insolvência a recuperação do devedor, devendo a liquidação ser a solução de recurso. No entanto, acompanhamos as críticas de grande parte da doutrina de que esta alteração foi insuficiente, atendendo a que não houve mais nenhuma modificação do regime insolvencial, designadamente, que tornasse os planos de recuperação mais atrativos para os credores (cfr. nesse sentido, a título de exemplo, Catarina Serra, *Lições de...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 30).

4 O processo especial de revitalização (PER) destina-se a permitir à empresa que comprovadamente se encontre numa situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os seus credores de modo a concluir com estes um acordo conducente à sua revitalização. Este processo foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, estando atualmente regulado nos artigos 17.º-A a 17.º-J do CIRE.

("planos de recuperação (insolvência)")⁵, os quais, por facilidade de leitura serão, conjuntamente, designados por plano(s) de recuperação.

2. Natureza jurídica dos planos de recuperação: entre o contrato e a sentença

Em termos simplistas, os planos de recuperação podem ser definidos como os acordos alcançados entre os devedores e os seus credores, tendo em atenção a satisfação dos interesses destes últimos e nos quais se estabelecem diversas medidas tendentes a obter a recuperação dos devedores e continuação da sua atividade económica (ainda que em termos diferenciados), por oposição ao encerramento da sua atividade e liquidação do respetivo património.

Como é referido pela doutrina "*Com exceção de algumas (poucas) particularidades, o plano de insolvência com finalidade de recuperação assemelha-se ao plano de recuperação do PER*"⁶, havendo questões que se podem pôr em termos idênticos para ambos os planos⁷.

Estes planos de recuperação assentam num modelo de auto-composição dos interesses dos credores e do devedor que, ao abrigo do princípio da liberdade contratual⁸ e da autonomia privada, definem diversas medidas e obrigações que têm de ser cumpridas pelo devedor⁹, acordo esse que posteriormente é sujeito a um controlo jurisdicional.

A referência à natureza negocial dos planos de recuperação é comum e amplamente aceite na doutrina e na jurisprudência¹⁰, aproximando estes instrumentos de um contrato, ainda que subordinado a um interesse coletivo

de satisfação dos interesses dos credores e de recuperação da empresa.

No entanto, a eficácia das medidas negociadas e aprovadas pelos credores presentes nos planos de recuperação, depende sempre da sua homologação pelo tribunal. A sentença de homologação é, pois, indispensável para a produção de efeitos do plano *inter partes*, mas também perante todos os credores que não tenham tido intervenção no processo de reestruturação do devedor¹¹, assim se conferindo uma eficácia e oponibilidade universal ao plano.

A homologação dos planos de recuperação não é, contudo, automática, tendo o tribunal de assegurar que cumprem a lei e os princípios basilares do Direito da Insolvência (como o princípio da igualdade dos credores ou do *no creditor worse off*), podendo recusar a sua homologação oficiosamente¹².

Neste contexto, não podemos deixar de salientar que apesar de o juiz dever fazer uma ponderação entre o interesse da recuperação (presente no plano de recuperação aprovado pelos credores) e os que se encontram subjacentes às normas jurídicas que possam ter sido violadas pelo seu conteúdo, procurando, sempre que possível, dar prevalência ao primeiro (i.e., homologando o respetivo plano), a verdade é que, na prática, este entendimento não tem sido adotado pelos tribunais portugueses, o que tem contribuído para minorar o carácter consensual dos processos de recuperação e o empenho dos credores nas negociações.

Com efeito, são cada vez mais os exemplos de decisões oficiosas de não homologação de planos de recuperação aprovados pelos credores, por violação de princípios gerais (em particular, por violação da repartição do esforço

5 No processo de insolvência podem também ser adotados planos de liquidação, em termos diferentes dos que se encontram previstos no regime legal. No entanto, para efeito do presente artigo, teremos apenas em atenção os planos adotados em processos de insolvência nos quais se prevê a manutenção em atividade das empresas – os planos de recuperação (cfr. artigo 192.º, n.º 3 do CIRE).

6 Cfr. Catarina Serra, *Lições de...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 328.

7 Como refere Catarina Serra as questões relacionadas com a homologação (cfr. artigos 215.º e 216.º do CIRE), efeitos da homologação sobre os créditos tributários e quanto às garantias prestadas por terceiros (cfr. artigo 217.º do CIRE) e disciplina do incumprimento do plano (cfr. artigo 218.º do CIRE) colocam-se em termos semelhantes, podendo ser discutidas em conjunto quanto a ambos os planos de recuperação – cfr. Catarina Serra, *Lições de...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 328 e 329.

8 Note-se que no âmbito de um processo de insolvência os credores têm, inclusivamente, a opção de negociar um plano de recuperação mesmo quando não está preenchida a condição de aplicação das medidas de recuperação – a viabilidade da empresa – o que enfatiza a autonomia privada e liberdade contratual existente neste tipo de processos.

9 O Direito da Insolvência confere uma ampla liberdade ao devedor e aos seus credores para definirem quais as medidas que devem ser adotadas, negociações essas que ocorrem ao abrigo da autonomia privada dos diversos intervenientes processuais. Contudo, no artigo 196.º do CIRE são identificadas as medidas com incidência no passivo e que são as mais comuns neste tipo de planos (como o perdão ou redução do valor dos créditos; a modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro; a constituição de garantias; e a cessão de bens aos credores). Para além disso, o artigo 198.º do CIRE estabelece ainda uma série de medidas específicas para os casos em que o devedor tem uma empresa, tais como: (i) a redução do capital social (incluindo para zero, caso essa redução seja realizada no âmbito da chamada "operação-harmónio"); (ii) o aumento do capital social, nomeadamente mediante a conversão de créditos em participações sociais (*debt-for-equity swap*); (iii) a alteração dos estatutos da sociedade; (iv) a transformação de tipo social; (v) a alteração dos órgãos sociais; e (vi) a exclusão de sócios.

10 Cfr., entre outros, Ac. TRL de 07.12.2018, processo n.º 70/18.5T8RGR-A.L1-1 (relatora Rosário Gonçalves): "(...) o PER assume uma feição de natureza negocial e extrajudicial, entre os credores e o devedor, mediante a direcção e coordenação do AJP, com o objectivo inequívoco de permitir a saúde económica da empresa, ou seja, revitalizando-a"; Ac. TRG de 20.07.2014, processo n.º 3617/13.0TBBERG.G1 (relator Jorge Teixeira); Ac. TRC de 18.02.2020, processo n.º 1369/19.9T8LRA.C1 (relator Arlindo Oliveira), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

11 Cfr. artigos 17.º-F, n.º 10 e 217.º do CIRE.

12 Nos termos do artigo 215.º do CIRE aplicável aos planos de recuperação, o juiz recusa oficiosamente a homologação "no caso de violação não negligenciável de regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo, qualquer que seja a sua natureza, e ainda quando, no prazo razoável que estabeleça, não se verificarem as condições suspensivas do plano ou não sejam praticados os atos ou executadas as medidas que devam preceder a homologação". Enquadram-se nestes casos as situações de lesões de normas e valores de tal modo graves que, mesmo quando ponderadas por referência ao princípio da recuperação, não podem ser ignoradas pelo juiz. Um dos fundamentos utilizados com mais frequência para justificar a não homologação dos planos de recuperação diz respeito à violação do princípio da igualdade (cfr. artigo 194.º CIRE), sendo o entendimento geral que uma diferenciação ostensiva e não justificada de tratamento de créditos no plano de recuperação constitui uma violação não negligenciável e, consequentemente, um fundamento para a não homologação oficiosa. Sobre o tema cfr. Catarina Serra, *Lições de...*, Almedina, 2018, pp. 474-475.

da recuperação pelas diferentes classes de credores, conceito que foi criado pela jurisprudência), cuja densificação e concretização deveria ser deixada à disposição dos credores e do devedor (que, por definição, estão mais aptos para apreciar a necessidade e justeza das medidas propostas no plano).

Esta jurisprudência tem contribuído para retirar a autonomia dos intervenientes nas negociações (ou até mesmo o interesse em fazê-lo, já que bastará ao credor alegar que ocorre uma violação desses princípios para evitar a homologação do plano, inviabilizando com isso a recuperação do devedor sem ter que ter participado ativamente nas negociações, sugerindo medidas alternativas às apresentadas), conferindo cada vez mais uma natureza judicial ao PER e acentuando-a no processo de insolvência, o que não se crê ter sido o objetivo do legislador¹³.

Conclui-se, assim, que a natureza consensual dos planos de recuperação não é absoluta, já que é necessária uma aprovação judicial do seu conteúdo, através de uma sentença homologatória, que, por sua vez, é o que confere uma natureza especial a estes instrumentos negociais que assumem um carácter híbrido: negocial e jurisdicional.

3. Do incumprimento dos planos de recuperação e suas consequências

Ainda antes de se analisar a possibilidade de alterar os planos de recuperação que se encontram em curso, importa fazer uma breve análise sobre o regime do seu incumprimento e das suas consequências para o devedor.

O incumprimento dos planos de recuperação (insolvência) encontra-se previsto no artigo 218.º, n.º 1 do CIRE, norma supletiva, que poderá ser afastada pelas partes, e que é também aplicável aos planos de revitalização por força da remissão efetuada no artigo 17.º-F, n.º 12 do CIRE.

A aplicação a ambos os planos de recuperação faz sentido, atendendo às suas afinidades, nomeadamente, no que respeita ao seu objeto: a recuperação do devedor, por meio de uma tutela ponderada dos interesses dos

sujeitos envolvidos na sua viabilização, em particular, dos seus credores.

Na alínea a) do n.º 1 do artigo 218.º do CIRE prevê-se que, caso o devedor não cumpra a prestação em que se constituiu em mora, acrescida dos respetivos juros de mora, no prazo de 15 dias após interpelação escrita pelo credor, a moratória e o perdão que se encontre prevista no plano de recuperação (insolvência) relativa a esses créditos fica sem efeito. Trata-se evidentemente de uma situação de eficácia relativa do incumprimento, que ocorre entre o devedor e *aquela* credor relativamente aos créditos de que este último seja titular.

No entanto, por força do preceituado na alínea f) do artigo 20.º, n.º 1 do CIRE¹⁴, o credor da obrigação definitivamente incumprida poderá requerer a declaração de insolvência do devedor, caso em que, se for bem sucedido, o plano de recuperação (insolvência) se tem por definitivamente incumprido perante todos os credores do devedor (cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 218.º do CIRE).

Pelo facto de existir uma remissão expressa dos planos de revitalização para o disposto no n.º 1 do artigo 218.º do CIRE, poder-se-á colocar a questão de saber se, em caso de incumprimento definitivo de uma obrigação prevista num plano de revitalização nos termos da alínea a), o credor poderá recorrer, por analogia, à aplicação da alínea f) do artigo 20.º, n.º 1 do CIRE, como um facto índice para requerer a declaração de insolvência do devedor. Não ignoramos que a aplicação desta alínea levanta desde logo a questão de ter de existir uma decisão judicial que reconheça os créditos em causa (cfr. artigo 218.º, n.º 2 do CIRE), o que, considerando a tramitação dos processos especiais de revitalização, muitas vezes não se verifica.

No entanto, e de acordo com o defendido na jurisprudência¹⁵, entendemos que tal não é possível.

Tem também sido entendido que, caso o incumprimento (relativo) do plano seja de uma obrigação relevante¹⁶ que permita aferir que o devedor se encontra impossibilitado de atingir o objetivo da recuperação previsto no plano em curso, os demais credores poderão, também eles, resolver

13 O PER é um processo de cariz híbrido, mas de pendor claramente extrajudicial, a que as empresas que se encontrem em situação económica difícil ou de insolvência iminente voluntariamente se submetem, para tentar alcançar, através de negociações encetadas com os seus credores, a sua recuperação. As empresas mantêm a maior parte dos poderes e ampla liberdade de autonomia, pelo que ainda se torna mais difícil de compreender este tipo de decisões de não homologação oficiosa, principalmente se tivermos em atenção que a consequência (a maior parte das vezes) poderá ser a subsequente insolvência do devedor (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8 do CIRE).

14 Este artigo estabelece que "A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos: f) Incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos, nas condições previstas na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 218.º";

15 Cfr., entre outros, Ac. TRE de 04.06.2020, processo n.º 2727/19.4T8STR.E1 (relator Tomé de carvalho), em que o Tribunal afirma perentoriamente que "O incumprimento do plano de revitalização não integra o facto-índice da alínea f) do n.º 1 do artigo 20.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas."; Ac. TRG de 19.04.2018, processo n. 3714/17.2T8VNF.G1 (relator Helena Melo), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

16 Com efeito, embora os planos de recuperação consagrem diversas obrigações, de natureza e dimensão distintas, a verdade é que existe uma interdependência entre elas, já que todas se destinam à realização do mesmo fim – a recuperação do devedor – o qual, em determinados casos, poderá ficar totalmente comprometido.

o plano^{17, 18}, raciocínio que consideramos ser extensível a ambos os planos de recuperação.

Neste tipo de situações, os credores poderão requerer a declaração de insolvência do devedor ao abrigo do alínea *f*) do n.º 1 do artigo 20.º do CIRE, quando se trate de um incumprimento de um plano de recuperação (insolvência), ou, ao abrigo da alínea *b*) do mesmo n.º, em caso de incumprimento de um plano de revitalização¹⁹.

Já na alínea *b*) do artigo 218.º, n.º 1 do CIRE prevê-se que, se o devedor for declarado insolvente num novo processo, a moratória e/ou perdão acordados no âmbito do plano de recuperação (insolvência) ficam sem efeito relativamente a todos os créditos objeto do plano.

De salientar que Maria do Rosário Epifânio estende esta solução às situações em que o devedor se submeta a um novo PER²⁰. Como teremos oportunidade de explicar *infra*, temos dúvidas quanto a tal posição desta Autora, propendendo a entender que a reconstituição dos créditos originários abrangidos pelos planos de recuperação (i.e., a perda da moratória e do perdão previstos no plano) apenas poderá ocorrer se o devedor vier a ser declarado insolvente, e não nos casos em que se apresente a (um novo) PER.

Aqui chegados, podemos concluir que o incumprimento dos planos de recuperação (insolvência) levará, a maior parte das vezes, a uma nova declaração de insolvência do devedor (e, com toda a probabilidade à sua subsequente liquidação), com reconstituição dos créditos objeto do plano, risco que não se encontra totalmente afastado nas situações de incumprimento dos planos de revitalização.

Vistas, em termos gerais, as consequências previstas no CIRE para o inadimplemento dos planos de recuperação, bem como a possibilidade destes planos serem resolvidos pelos credores, pergunta-se o que poderá fazer um devedor para evitar estes efeitos, quando é confrontado com uma situação anormal e superveniente de alteração das circunstâncias em que elaborou o plano em execução, como é o caso das consequências que se têm sentido em decorrência da pandemia da COVID-19.

4. Da possibilidade de alteração dos planos de revitalização

A aprovação e homologação de um plano de revitalização vincula a empresa e todos os credores, inclusivamente aqueles que não reclamaram os seus créditos, nem participaram nas negociações, ficando o devedor obrigado a cumprir pontualmente o plano homologado e impedido de recorrer a um novo PER pelo prazo de dois anos desde a homologação (cfr. artigo 17.º-F, n.º 13 *ab initio* do CIRE). Após o decurso deste prazo, não existe nenhum impedimento a que o devedor possa recorrer novamente a um PER.

No entanto, o legislador excecionou duas situações que podem ocorrer dentro do período temporal dos dois anos que legitimam a apresentação do devedor a um novo PER: (i) os casos de execução integral do plano de revitalização, ou (ii) quando surjam circunstâncias supervenientes alheias ao próprio plano e ao próprio devedor²¹.

Neste contexto, surge imediatamente como possível circunstância superveniente, alheia ao plano e à empresa, a pandemia COVID-19 (e a dimensão das suas consequências), um acontecimento inesperado que perturbou a ordem económica e social geral, que poderá, em certos casos, representar uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes negociaram o plano de revitalização. A pandemia levou ainda à inesperada paragem e/ou redução abrupta de grande parte da atividade económica, em termos nunca vistos na história moderna e que certamente não foram equacionados pela maior parte (senão mesmo todos) os credores e devedores.

Não temos dúvidas de que em consequência da pandemia COVID-19 e das medidas restritivas (económicas e sociais) que foram adotadas para a combater, muitas empresas sofreram prejuízos e/ou alterações substanciais da sua atividade – que, para além de não estarem no seu controlo, não eram minimamente expetáveis – que farão com que necessitem de alterar os planos de revitalização a que se encontram sujeitas, sob pena de virem a incumprir as obrigações que assumiram.

17 De salientar que o direito de resolução se estende mesmo aos credores que não votaram o plano, uma vez que a homologação judicial envolve uma expressão substitutiva da vontade dos credores não participantes, pelo que estes são partes do plano e, consequentemente, têm o direito de o resolver (cfr. Catarina Serra, *Lições de...*, 2.ª Edição, Almedina, 2021, p. 483).

18 Para além destas situações, entende-se ainda que o direito de resolução também se estende às situações em que a execução do plano se torna justificadamente insustentável e inexigível para o credor.

19 Esta alínea estabelece como facto-índice da situação de insolvência a “falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações”, o que se admite que possa ocorrer em situações de incumprimento de obrigações assumidas no âmbito de um plano de revitalização que revelem inequivocamente que o devedor caminha para a insolvência.

20 Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 7.ª Edição, Almedina, 2019, pp. 482-483.

21 Cfr. Artigo 17.º-F, n.º 13 do CIRE introduzido pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho: “É aplicável o disposto no n.º 6 do artigo seguinte, contando-se o prazo de dois anos da decisão prevista no n.º 7 do presente artigo, exceto se a empresa demonstrar, no respetivo requerimento inicial, que executou integralmente o plano ou que o requerimento de novo processo especial de revitalização é motivado por fatores alheios ao próprio plano e a alteração superveniente é alheia à empresa.”. De salientar ainda que após o trânsito da decisão de homologação do plano de revitalização, ocorre o encerramento do PER – cfr. artigo 17.º-J, n.º 1, alínea *a*) do CIRE.

Estando já generalizado o entendimento de que a pandemia da COVID-19 (e as suas consequências) constitui uma “alteração da grande base negocial”²², torna-se claro que as empresas que se encontrem sujeitas a planos de revitalização poderão recorrer novamente a um PER, em consonância com a válvula de escape que foi criada pelo legislador²³, não se antevendo grandes dificuldades na prova dos requisitos enunciados (i.e., que a submissão a novo PER é motivado por factos alheios ao plano e alteração superveniente alheia à empresa).

Inclinamo-nos a entender que, em caso de apresentação a um novo PER, e caso o plano de revitalização se encontre em cumprimento, se mantém em vigor os efeitos deste anteriormente aprovado e homologado, o que significa que os créditos a serem reclamados e reestruturados no âmbito do segundo PER terão de considerar e contemplar, entre outros efeitos, as reduções e moratórias previstas no primeiro plano de revitalização²⁴.

Com efeito, a submissão a um novo PER não pode levar à perda dos efeitos do primeiro plano, nomeadamente, da moratória e/ou do perdão previstas no primeiro plano, desde logo, porque, como se disse, não se aceita a aplicação analógica da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 218.º do CIRE (muito menos, como se dirá, neste tipo de situações excecionais).

Este preceito é claro e refere-se especificamente aos casos em que devedor seja declarado insolvente, não tendo o legislador determinado que a submissão a um novo PER faz cessar automaticamente os efeitos do plano de revitalização anterior. Isso mesmo foi já referido pelo TRP no seu Ac. de 24.10.2019²⁵: “o legislador não faz corresponder ao facto de se requerer um segundo PER qualquer consequência em termos da cessação dos efeitos do plano de recuperação aprovado em PER anterior, e que se encontrem ainda em vigor;”.

Mais, a circunstância de um devedor se submeter a um novo PER poderá indiciar que se encontra com dificuldades em cumprir com as obrigações que se encontram previstas no primeiro plano (desde logo, em virtude da alteração superveniente, anormal, que por si não havia sido antevista quando negociou o primeiro plano de revitalização

com os seus credores), mas não significa que o devedor esteja insolvente, até porque, se assim o for, o segundo PER deverá ser recusado pelo tribunal (já que apenas podem recorrer ao PER empresas que se encontrem em situação económica difícil ou de insolvência iminente, mas não, em situação de insolvência atual).

Por outras palavras: se o legislador previu expressamente que a perda da moratória e do perdão relativamente a todos os créditos objeto de um plano de recuperação só ocorre nos casos em que o devedor é declarado insolvente, não faz sentido que o devedor que não está insolvente e que por isso foi admitido a um segundo PER sofra essas mesmas consequências.

Acresce que, a crise emergente da COVID-19 tem sido enquadrada como uma “alteração da grande base negocial” que, em última análise, deve ser qualificada como uma alteração das circunstâncias subsumível ao regime previsto artigo 437.º do CC, que prevê que a parte (lesada) tem o direito de pedir a modificação do contrato de acordo com juízos de equidade, quando a exigência das obrigações que por si foram assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé.

Tendo em atenção o disposto neste instituto, parece-nos que, mesmo que se entendesse que a mera submissão a um novo PER quando o devedor se encontra a cumprir um plano de revitalização anteriormente aprovado e homologado implicaria, por si só, a perda da moratória e perdão previstos no primeiro plano (posição com que, como se disse, não se concorda), sempre se teria de considerar que, pelo menos nestes casos excecionais, de dificuldade de cumprimento por parte do devedor das obrigações que assumiu no primeiro plano de revitalização em virtude de uma alteração anormal das circunstâncias, o princípio da boa-fé determina que se salvguarde os efeitos do primeiro plano (designadamente, das reduções e moratórias aí previstas), protegendo a parte mais fraca.

A aplicação do princípio da boa-fé determina ainda uma outra consequência importante: os credores que sejam chamados ao segundo PER devem efetivamente permitir e empenhar-se em renegociar as obrigações previstas

22 A doutrina alemã distingue entre as alterações da pequena e da grande base negocial, definindo esta última como os casos em que “a alteração afecta a existência social das partes (Änderung der Sozialexistenz). Estes casos são: depreciação essencial ou desmoroamento do valor da moeda; alterações imprevisíveis da legislação; guerra; revoluções ou catástrofes naturais de alcance geral” - Heinrich Hörster, *A parte geral do Código Civil português*, reimpressão da Edição de 1992, Coimbra, 2000, pp. 577-578. Entre nós, Paulo Mota Pinto defende que a pandemia da COVID-19 – e a dimensão das suas consequências – inclui-se na denominada “grande base do negócio”, pois é um acontecimento que perturba a ordem económica e social geral – Paulo Mota Pinto, “Crise do coronavírus, base do negócio e alteração das circunstâncias”, in *A Crise do Coronavírus e o Direito Privado*, Webinar, 24.03.2020, disponível em www.youtube.com/watch?v=twcmFUX7rQE.

23 Por Ac. proferido a 06.11.2018, o STJ já veio referir que esta possibilidade apenas se aplica em situações em que o plano tenha sido homologado – “entende-se, por conseguinte, que a norma do n.º 13 do art. 17.º-F do CIRE deve ser interpretada restritivamente, aplicando-a apenas às situações em que o anterior plano de recuperação foi homologado, ou seja, como se ali constasse: “...contando-se o prazo de dois anos da decisão de homologação prevista no n.º 7 do presente artigo”.

24 Obviamente que se o devedor já tiver incumprido definitivamente as obrigações que assumiu perante um determinado credor, nos termos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 218.º do CIRE, o crédito desse credor a ser reclamado no segundo PER será já o crédito originário (i.e., sem a moratória e/ou perdão previstos no primeiro plano).

25 Ac. TRP de 29.10.2019, processo n.º 923/19.3T8AVR-A.P1 (relator Freitas Vieira), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

no primeiro plano²⁶, possibilitando que o devedor possa alcançar uma nova revitalização num contexto excecional (ao qual é alheio), não querendo, contudo, isto significar que estejam obrigados a aceitar as modificações propostas pelo devedor.

Ainda no âmbito da renegociação perante circunstâncias supervenientes, poder-se-á colocar a questão de saber se o devedor pode renegociar com um único credor e em relação a um crédito único as condições de pagamento deste?

À partida esta situação poderá pôr em causa o princípio da igualdade dos credores e da universalidade do plano. O princípio *par conditio creditorum* é um princípio geral do Direito da Insolvência que exige a repartição entre todos os credores no mesmo nível das perdas e determina que os credores devem ser tratados de forma igual na negociação, aprovação e homologação do plano.

Por sua vez, e por força do princípio da universalidade, os credores só podem exercer os seus direitos no processo e segundo os meios processuais previstos no CIRE, com o objetivo de equiparação de todos os credores, mediante um único concurso, sujeito a critérios homogéneos, assim se evitando desigualdades ou até atos de conluio, por força de posições ou sucessos processuais díspares em cada uma das ações onde as dívidas fossem apreciadas²⁷.

Entendemos, no entanto, que uma correta articulação destes princípios apenas impede o devedor de negociar unilateralmente com um dos seus credores, já no decurso de execução de um plano de recuperação, quando isso implique um incumprimento do plano. Com efeito, nada obsta a que o devedor renegoceie com um credor específico uma alteração dos termos e condições previstas no plano, se tal não suceder. Esta é a solução que melhor se coaduna com o carácter consensual e com o princípio da autonomia privada subjacente aos planos de recuperação.

Em qualquer caso, e por forma a obter uma renegociação universal das obrigações, a única solução para o devedor será submeter-se a um novo PER, indicando no requerimento as circunstâncias supervenientes que exigem uma nova reestruturação, beneficiando dos efeitos previstos no primeiro plano. Para tentar acelerar a tramitação deste segundo processo, o devedor poderá propor como administrador judicial provisório a ser nomeado, o administrador nomeado no âmbito do primeiro PER (e que, por conseguinte, terá já mais informação sobre a sua situação, conhecendo já parte dos seus credores).

Por último, importa ainda salientar que, o entendimento que vem de se referir, de manutenção dos efeitos do primeiro plano de recuperação é também aplicável, caso o devedor se submeta a um novo PER após o decurso do período de dois anos, ou quando pretenda obter a modificação de um plano de recuperação (insolvência), o que, nesta última situação pressupõe que o tribunal aceite que o devedor se apresente a PER, o que só poderá ocorrer nos casos em que não se encontre insolvente.

5. Da possibilidade de alteração dos planos de recuperação (insolvência)

Fora os casos em que o devedor que se encontra a executar um plano de recuperação (insolvência) se consiga submeter a um PER, salvaguardando assim os efeitos do plano que se encontra em execução nos termos referidos no capítulo anterior, não existe no CIRE nenhum mecanismo que lhe permita alterar o plano que se encontra em curso.

Antevemos que será mais difícil para um devedor que se encontra a executar um plano de recuperação (insolvência) conseguir, com sucesso, submeter-se a um PER – principalmente, quanto mais recente tiver sido o seu processo de insolvência – do que nos casos dos devedores que se encontrem sujeitos a planos de revitalização.

Cumprido, no entanto, salientar que o artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro (diploma que se encontra inserido no âmbito da legislação COVID-19) estabelece que “*caso o incumprimento do plano de insolvência resulte de facto posterior à data de entrada em vigor da Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril*”²⁸, **o prazo previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 218.º do CIRE só começa a contar após o termo de vigência da presente lei.**”

Esta norma versa sobre os planos de recuperação (insolvência) e tem um efeito de natureza prática muito relevante: *suspendeu* o prazo de 15 dias previsto na lei para que um credor possa transformar a mora do devedor no cumprimento de uma obrigação prevista no plano numa situação de incumprimento definitivo, o que impede o credor de recorrer ao facto índice previsto no artigo 20.º, n.º 1, alínea f) do CIRE para requerer a declaração de insolvência do devedor.

Se conjugarmos esta norma com a suspensão do dever de apresentação à insolvência do devedor²⁹, parece que o objetivo do legislador foi o de salvaguardar da insolvência

26 A obrigação de renegociação resulta do princípio geral de boa fé que rege as relações contratuais (artigo 762.º, n.º 2 do CC) o qual se aplica às relações entre o devedor e os seus credores, bem como dos Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial dos Devedores, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro, que elegem a boa fé e a cooperação como deveres basilares na recuperação de devedores. Sobre o tema cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Entre o Código da Insolvência e “princípios orientadores”: um dever de (re)negociação?”, in *ROA*, Ano 72, Vol. II/III, 2012, que afirma que “*se a causa da “situação económica difícil” ou da “situação de insolvência meramente eminente” puder qualificar-se como uma alteração das circunstâncias que constituem a base do negócio no sentido os arts. 252.º e 437.º do Código Civil, os credores terão um dever de “estabelecer negociações” com o devedor*”.

27 Ac. TRP de 06.11.2014, processo n.º 664/11.0TVPR-T.A.P1 (relator José Manuel de Araújo Barros), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

28 A Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril entrou em vigor no dia seguinte à sua publicação (artigo 7.º).

29 Conforme determinado pelo artigo 6.º-B, n.º 7, alínea a) da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, atualizado pela Lei n.º 13-B/2021, de 5 de abril.

as empresas que se encontrem ao abrigo de um plano de recuperação (insolvência). No entanto, estamos perante medidas provisórias, que não resolvem em definitivo as situações em que os devedores se encontram, já que vão precisar de renegociar as suas obrigações.

Como se referiu inicialmente, os planos de recuperação (insolvência) são homologados por sentença judicial, o que significa que são objeto de caso julgado.

Como refere Lebre de Freitas, o *"caso julgado constitui-se com referência à situação de facto existente no momento do encerramento da discussão"*, considerando, no entanto, que existem limites temporais do caso julgado, admitindo que a sentença seja alterável *"na medida em que o conteúdo da prestação seja afetado por uma alteração das circunstâncias"*³⁰.

A admissibilidade de modificação de uma sentença está expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico para vários casos, sendo um meio de ingerência numa decisão transitada em julgado. O Código de Processo Civil (CPC) admite a possibilidade de alterar a decisão final, nomeadamente, quanto às resoluções proferidas em processos de jurisdição voluntária (artigo 988.º do CPC), na condenação na prestação de alimentos (artigos 619.º, n.º 2 e 282.º do CPC), bem como no caso de condenação de *"outras prestações dependentes de circunstâncias especiais quanto à sua medida e à sua duração"* (artigo 619.º do CPC), como são as prestações periódicas³¹.

Neste contexto, cumpre salientar que as sentenças homologatórias de planos de recuperação (insolvência) versam sempre sobre um negócio, cuja autonomia persiste mesmo após ter sido proferida essa decisão³², adquirindo assim o seu caso julgado um carácter especial, pelo que se poderá colocar a questão de saber se, em vez do regime da modificação da sentença, fará mais sentido aplicar o regime do artigo 437.º do CC. Existindo uma autonomia do negócio processual abrangido por sentença, à partida, nada impede que as partes desse negócio convoquem este instituto para obter a sua modificação.

No entanto, o problema do recurso a este regime é que não atinge a sentença homologatória, já que uma eventual procedência de uma ação relativa ao negócio processual por modificação ou alteração das circunstâncias não constitui fundamento de uma ação modificativa da sentença homologatória. Isto significa que, apesar da autonomia do negócio processual, uma ação que vise a aplicação do regime do artigo 437.º do CC acaba, na prática, por ser inútil.

Contudo, entendemos que as sentenças homologatórias dos planos de recuperação podem ser abrangidas pelo regime da modificabilidade previsto no artigo 619.º, n.º 2 do CPC. Assim é que, este artigo estabelece que *"pode a sentença ser alterada desde que se modifiquem as circunstâncias que determinaram a condenação"*, o que entendemos que no caso das sentenças homologatórias de negócios processuais poderá equivaler *"às circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar"* conforme referido no artigo 437.º do CC.

Este mesmo entendimento é adotado por Isabel Alexandre, que afirma que *"[a]s 'circunstâncias que determinam a condenação' a que alude o artigo 619.º, n.º 2, do CPC, podem no caso das sentenças homologatórias de negócios processuais, equivaler às 'circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar', a que se refere o artigo 437.º, n.º 1 do CC, e ao juiz da ação modificativa pode ser lícito aplicar as regras do direito substantivo na aferição dos pressupostos da modificação da sentença e na determinação dos efeitos dessa modificação"*³³.

Isto significa que o devedor poderá requerer a modificação da sentença homologatória do plano ao abrigo do disposto no artigo 619.º, n.º 2 do CPC, invocando em termos substantivos o regime do artigo 437.º do CC, como guia na aferição da necessidade de modificação e limites desta.

Apesar de admitirmos esta possibilidade, a solução ideal passaria por uma intervenção legislativa de criação de um mecanismo claro e célere que permitisse alterar os planos de recuperação (insolvência) que se encontram em curso, através de uma renovação do processo de insolvência anterior, aproveitando grande parte dos atos e da tramitação desenvolvida no âmbito daquele. Assim o exige a especialidade e a urgência da situação, até porque uma ação modificativa da sentença homologatória apresenta algumas desvantagens processuais (basta pensar na citação de todos os credores).

Para além disso, nestes casos de necessidade de alteração dos planos de recuperação (insolvência) em curso por ocorrência de uma circunstância superveniente, anormal e imprevisível, justificar-se-ia ainda, por exemplo, excepcionar o regime do vencimento automático das obrigações do insolvente e definir-se *ab initio* que a administração da empresa fica cometida ao devedor.

Uma outra hipótese, seria a de admitir-se a submissão a PER dos devedores que pretendam alterar os planos de recuperação (insolvência) que estejam em curso, mesmo

30 José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2.º, 4.ª Edição, Almedina, 2019, p. 750.

31 José António de França Pitão e Gustavo França Pitão, *Código de Processo Civil Anotado*, Tomo I, Quid Juris, 2016, p. 712.

32 Isabel Alexandre, *Modificação do Caso Julgado Material Civil por Alteração das Circunstâncias*, Almedina, 2018, p. 389, a Autora afirma que *"a verdade é que subjacente à sentença, se encontra o negócio, cuja autonomia persiste mesmo depois do trânsito em julgado da sentença, como o comprova a possibilidade de o mesmo ser posteriormente declarado nulo ou anulado através de uma via diferente da do recurso de revisão da do recurso de revisão da própria sentença homologatória (cfr. os artigos 291.º, n.º 2, 535.º, n.º 2, alínea d), e 696.º, alínea d), do CPC)"*.

33 Isabel Alexandre, *Modificação do Caso Julgado...*, Almedina, 2018, p. 394.

nos casos em que o devedor esteja insolvente.³⁴ Trata-se obviamente de uma alteração do regime do PER, mas pensamos que a excecionalidade da situação o justifica, e que não levantaria grandes problemas, até porque já existem exemplos precedentes em que o legislador admitiu excepcionalmente que regimes pensados para empresas que se encontram em situação económica difícil ou de insolvência iminente, fossem utilizados por devedores insolventes³⁵.

6. Conclusões

Perante uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar no âmbito de um plano de recuperação negociado num processo de insolvência e posteriormente homologado, é admissível convocar o regime do artigo 437.º do CC, desde que tal seja feito em articulação com a adequada forma processual: a ação modificativa da sentença. Em virtude da natureza mista do plano (negocial e judicial), apenas assim se conseguirá obter o resultado desejado, a renegociação e modificação do plano anteriormente negociado, sem as consequências do incumprimento.

Preferível seria, contudo, que o legislador interviesse nesta matéria, criando uma solução adequada às particularidades do Direito da Insolvência.

Por outro lado, relativamente aos planos de revitalização, o CIRE estabelece mecanismos próprios para promover modificações aos planos que se encontram em curso, admitindo que o devedor se submeta a um novo PER, sem prejuízo das medidas de reestruturação acordadas no âmbito do anterior processo de revitalização.

Independentemente da solução que seja adotada ou do plano de recuperação que esteja em causa, conclui-se que é imperativo abordar o problema da alteração superveniente e anormal das circunstâncias.

Tal encontra justificação, não só, no atual paradigma do Direito da Insolvência – a recuperação –, o que obriga à procura de alternativas que respondam às necessidades dos devedores e dos próprios credores, que têm interesse na viabilidade e efetiva recuperação, como também, na própria natureza do Direito da Insolvência, um ramo de Direito Privado, em que a autonomia das partes, mesmo que aliada ao interesse público da recuperação, deve ter primazia³⁶, pelo que é necessário facilitar o acesso a mecanismos de renegociação.

Esta necessidade de caminhos inovadores, que permitam a renegociação e alteração dos planos de recuperação em curso, nunca foi tão premente como atualmente, considerando o contexto económico-social provocado pela pandemia COVID-19. Porém, qualquer solução que venha a ser adotada nesta matéria deve ser equacionada para além do contexto pandémico, permitindo que os devedores que se vejam confrontados com uma anormal alteração das circunstâncias não estejam impreterivelmente sentenciados à declaração de insolvência.

34 Neste sentido, também Miguel Pestana Vasconcelos defende a ampliação, ainda que temporária, do âmbito objetivo do PER, “*permitindo a restauração de empresas já insolventes*” (Miguel Pestana Vasconcelos, A necessidade da reforma do PER e da exoneração do passivo restante, 26 de março de 2021, disponível em https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/03/26/situacoes-excepcionais-exigem-medidas-excepcionais/#_ftn3).

35 Foi precisamente o que aconteceu com a criação do RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, cujo artigo 35.º, n.º 1, permitiu excepcionalmente a aplicação deste regime, durante um período de 18 meses, aos devedores que já se encontrassem numa situação de insolvência – “*Pelo prazo de 18 meses a contar da entrada em vigor da presente lei, podem recorrer ao RERE devedores que estejam em situação de insolvência, aferida nos termos do n.º 3 do artigo 3.º, dispensando-se nesse caso a apresentação da declaração prevista na alínea a) do n.º 2 do artigo 19.º*”. Também, a Lei n.º 75/2020, de 27/11 veio permitir aplicar o regime do RERE às empresas em situação de insolvência atual em virtude da pandemia da doença COVID-19 e criou no nosso ordenamento jurídico o PEVE - Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas – um mecanismo excepcional de reestruturação de empresas em situação de insolvência atual em virtude da pandemia da doença COVID-19 (note-se, porém, com importante diferenças face ao PER, nomeadamente, o facto de apenas vincular os credores da insolvente que adiram ao acordo).

36 Como exemplo paradigmático desta autonomia, pense-se no facto de o legislador deixar na disponibilidade dos credores a possibilidade de negociar um plano de recuperação (insolvência) mesmo quando não está verificada a condição necessária à recuperação - a viabilidade da empresa (cfr. Catarina Serra, *Lições de...*, Almedina, 2019, p. 316).

Sobre a PLMJ

Somos uma sociedade de advogados com sede em Portugal que combina a oferta de um escritório *full-service* com a maestria e competência de uma relojoaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de impossibilidades que nos leva a lugares “menos comuns” que transformam velhas certezas em novas disrupções. Há mais de 50 anos que nos pautamos por abordagens arrojadas e transformadoras que se traduzem em soluções concretas que tanto respeitam as exigências da lei como promovem uma defesa eficaz dos interesses dos nossos clientes.

Apostamos na especialização. Reunimos a experiência profissional e académica necessárias para continuarmos a ser parceiros essenciais na vida e negócios dos nossos clientes e parceiros.

Conhecermos os clientes, partilharmos os seus riscos e apoiarmos as suas decisões através da emissão de opiniões e da proposta de soluções estratégicas que lhes acrescentam valor, foi e será sempre o nosso maior compromisso.

Sobre a equipa de Restructuring

A equipa multidisciplinar de Restructuring da PLMJ tem estado ao lado de boa parte dos maiores processos de reestruturação do país dos últimos anos. A nossa equipa integra o conhecimento das diferentes áreas de especialização necessárias para a implementação completa de uma reestruturação empresarial, *out-of-court* ou perante os tribunais, no contexto de planos de revitalização, recuperação ou insolvência.

Temos uma vasta experiência na assessoria às organizações envolvidas em reestruturações societárias ou em situação de *stress* financeiro. Apoiamos as lideranças empresariais na navegação de contextos económicos adversos e assessoramos fundos de investimento nacionais e globais, gestores de ativos, obrigacionistas e outros credores em operações de aquisição e reestruturação de dívida.

A nossa equipa têm o conhecimento setorial específico e assume a missão de oferecer aos nossos clientes soluções pragmáticas e sustentáveis, que acomodam os melhores interesses do conjunto dos *stakeholders* envolvidos na reestruturação, desde o início ao fim do processo de implementação.

“Excellent technical knowledge and ability to anticipate all the problems that might arise.”

CLIENT REFERENCE FROM
CHAMBERS AND PARTNERS

+25

Prémios internacionais

Sociedade de advogados
“TOP RANKED” em Portugal

Chambers and Partners

Legal 500

IFLR 1000

Área recomendada TIER 1
Restructuring & Insolvency

IFLR 1000

Chambers Europe

KEY CONTACTS



Nuno Líbano Monteiro

Sócio sénior na área
de Resolução de Litígios

(+351) 213 197 520
nuno.libanomonteiro@plmj.pt



Joaquim Shearman de Macedo

Sócio e co-coordenador da área
de Resolução de Litígios

(+351) 213 197 509
joaquim.macedo@plmj.pt



Duarte Schmidt Lino

Sócio e co-coordenador da área
de Corporate M&A

(+351) 213 197 576
duarte.schmidtino@plmj.pt



Manuela Tavares Morais

Sócia na área de Resolução de Litígios

(+351) 213 197 525
manuela.tavaresmorais@plmj.pt



João Tiago Morais Antunes

Sócio na área de Resolução de Litígios

(+351) 210 103 749
joaotiago.moraisantunes@plmj.pt

P

L

M

J

Transformative Legal Experts