



I  
•  
J

COLÓQUIO  
**AS PME PERANTE O (NOVO)  
DIREITO DA INSOLVÊNCIA**

27 · outubro · 2017

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades do Grupo de Investigação "As PME: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade" do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto "Desafios sociais, incerteza e direito" (UID/DIR/04643/2013).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

geral@ij.uc.pt  
www.ij.fd.uc.pt  
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-46-4

DEPÓSITO LEGAL

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

© JUNHO 2018

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COORDENAÇÃO  
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS



2018

# COLÓQUIO

## AS PME'S PERANTE O (NOVO) DIREITO DA INSOLVÊNCIA

27.outubro.2017

Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA  
Desafios Sociais, Inerteza e Direito (UID/DIR/04643/2013)



Uma iniciativa do Grupo V do  
Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
*As PME's: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade/ISME's:  
Promoting Innovation, Growth and Competitiveness*

### 9.00 Receção dos participantes

#### 9.30. Abertura

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Presidente do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Doutor Coutinho de Abreu (FDUCL/Investigador Responsável do Grupo V)

### 9.45 1.º PAINEL | A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME'S: TRAÇOS FUNDAMENTAIS (PARTE 1)

Moderador(a): Doutor Casalta Nabais (FDUC)  
A (Proposta de) Diretiva «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»:

vantagens para as PME's  
Doutora Carolina Cunha (FDUC)  
O Regulamento 2015/848 e as PME's  
Doutora Catarina Serra (UM – Escola de Direito)  
Debate

#### 11.00 Pausa para café

### 11.15 2.º PAINEL | A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME'S: TRAÇOS FUNDAMENTAIS (PARTE 2)

Moderador(a): Doutora Carolina Cunha (FDUC)  
A reforma do CIRE e as PME's  
Doutor Alexandre de Soveral Martins (FDUC)  
Os trabalhadores das PME's e a reforma do direito da insolvência  
Mestre Catarina Santos (FDUC)  
Insolvência "provável" e deveres dos administradores na reestruturação empresarial: o artigo 18º da (Proposta de) Diretiva  
Doutor Ricardo Costa (FDUC)  
Debate

### 14.30 3.º PAINEL | A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME'S: PERSPETIVAS PRÁTICAS (PARTE 1)

Moderador(a): Doutor Coutinho de Abreu (FDUC)  
A reforma do direito da insolvência e as PME's: a perspetiva de uma Magistrada Judicial  
Dra. Fátima Reis Silva (Magistrada Judicial)  
A reforma do direito da insolvência e as PME's: a perspetiva de um Administrador Judicial  
Dr. Inácio Peres (Presidente da Direção da APAJ)  
Debate

#### 15.45 Pausa para café

### 16.00 4.º PAINEL | A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME'S: PERSPETIVAS PRÁTICAS (PARTE 2)

Moderador(a): Doutor Ricardo Costa (FDUC)  
A reforma do direito da insolvência e as PME's: a perspetiva de uma Advogada  
Dra. Joana Domingues (Advogada - Vieira de Almeida)  
A reforma do direito da insolvência e as PME's: a perspetiva de um Empresário  
Associação das Empresas Familiares  
Debate  
Encerramento

Acesso livre mediante inscrição prévia em [www.fd.uc.pt/eventos.html](http://www.fd.uc.pt/eventos.html)  
Certificado de presença: 10 euros  
Inscrições até 23.10.2017

Colaboração:

## PALAVRAS DE APRESENTAÇÃO

No dia 27 de outubro de 2017 teve lugar, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o Colóquio «As PME perante o (novo) direito da insolvência». Esta foi mais uma das muitas iniciativas que o Grupo v do Instituto Jurídico desta Faculdade promoveu no âmbito da linha de investigação dedicada ao tema *As PME: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade/SME's: Promoting Innovation, Growth and Competitiveness*.

A discussão das reformas do direito da insolvência (e da recuperação de empresas) justifica-se pelas muitas alterações recentemente introduzidas no CIRE e, em particular, no regime do PER, assim como pela Proposta de Diretiva «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» e pelo novo Regulamento 2015/848 sobre insolvências «transfronteiriças». Desta forma se abriu, mais uma vez, a Faculdade de Direito à discussão das novidades que, nacional e internacionalmente, vão surgindo no plano legislativo, doutrinal e jurisprudencial.

É devida uma palavra de agradecimento aos que assistiram e debateram os temas das intervenções. Como também é merecido um «obrigado» dirigido aos oradores e, em particular, aos que, não sendo docentes da Faculdade de Direito, vieram partilhar o seu saber e a sua experiência: referimo-nos à Sra. Desembargadora Dra. Fátima Reis Silva, à Sra. Doutora Catarina Serra (Professora da Universidade do Minho), à Sra. Dra. Joana Domingues (Advogada), ao Sr. Dr. Inácio Peres (Administrador Judicial, Advogado e Presidente da Direção da APAJ), à Sra. Dra. Marina de Sá Borges (Secretária Geral da Associação de Empresas Familiares) e à Sra. Dra. Andreia Teixeira (que interveio na qualidade de associada daquela última entidade).

Coimbra, 5 de janeiro de 2018.

O Investigador Responsável do Grupo v  
J. M. Coutinho de Abreu

O Coordenador do Colóquio  
Alexandre de Soveral Martins

## Siglas

<b>art./arts.</b>	artigo/artigos
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<b>cit.</b>	citado(a)
<b>coord.</b>	coordenação
CP	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e da Falência (revogado)
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
DSR	Direito das Sociedades em Revista
<b>esp.</b>	especial
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
L	Lei
<b>loc.</b>	local
<b>ob.</b>	obra
PEAP/PEPAP	Processo Especial para Acordo de Pagamento
PER	Processo Especial de Revitalização
PERSI	Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento
PME	Pequena(s) e Média(s) Empresa(s)
<b>por ex.</b>	por exemplo
RDI	Revista de Direito da Insolvência
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RERE	Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas

<b>SIREVE</b>	Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (revogado)
<b>ss.</b>	seguintes
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional

# A (PROPOSTA DE) DIRETIVA “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”

VANTAGENS PARA AS PME<sup>1</sup>

*Carolina Cunha*

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

## 1. Delimitação do tema

### 1.1. O que são PME?

Apesar do comprimento do título que o programa me atribuiu, o objecto da minha intervenção é aparentemente simples: *delimitar as vantagens que a Proposta de Directiva traz para as PME*. Mas tal simplicidade é apenas aparente. Vejamos.

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde, com pequenas alterações, à conferência que proferi no Colóquio “As PME’s perante o novo direito da insolvência”, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Coimbra no dia 27 de Outubro de 2017 — o que explica o seu carácter sintético e o estilo predominantemente coloquial.

Começando pela *noção de PME*, podemos tentar reduzir a complexidade (*i.e.*, a dificuldade em definir *quando* é que uma empresa é pequena ou média) socorrendo-nos da *noção operativa em termos de direito europeu* — mais concretamente, da Recomendação da Comissão de 6 de Maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (2003/361/CE), as quais, segundo dados da Comissão, representam perto de 99% do tecido empresarial europeu.

Esta começa por definir *empresa* como “qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma actividade económica” (art. 1.º), para depois avançar com dois critérios cruzados (um deles, alternativo) que permitem identificar a categoria das *micro, pequenas e médias empresas*: as que empregam “menos de 250 pessoas” e “cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros” ou “cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros” (art. 2.º). A partir daqui, a mesma norma define *pequena empresa* como “uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros” e *microempresa* como aquela que “emprega menos de dez pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede dois milhões de euros”.

Ora, muitas das vantagens trazidas pela Proposta para as empresas são *gerais*, isto é, *não dependem da qualificação* como pequena ou média, revelando-se *insensíveis ao factor dimensão*; dependem unicamente do facto de estarmos perante uma empresa em sentido amplo. Embora também seja possível apontar certas vantagens que são *específicas das* ou *assumem particular significado para* as PME — algumas assinaladas pelos trabalhos preparatórios da Proposta, outras não. Vou procurar fazer um “levantamento” de ambos os tipos de vantagens, com particular enfoque nas segundas.

Outra dificuldade diz respeito ao facto de a *noção de PME* extraída da Recomendação acima citada não ter em conta *o estatuto do titular da empresa*, ou seja, não dar relevo à circunstância de estar em causa uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva (a “forma jurídica” do exercício da actividade económica é irrelevante). Mas a Proposta fá-lo: um dos três conjuntos de

medidas que consagra — a chamada *segunda oportunidade* — é aplicável apenas a “empresários sobre-endividados”, que são definidos como *peessoas singulares* que exerçam “uma actividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional e cuja incapacidade para pagar dívidas na respetiva data de vencimento seja mais do que temporária” (art. 2.º, 13 da Proposta de Directiva).

Daqui decorre que, por exemplo, quando uma pessoa singular constitui uma *sociedade unipessoal por quotas* para explorar uma empresa, o regime da segunda oportunidade não terá aplicação *directa* à sociedade. Dir-se-á que não tem que ter, porque, ao contrário das pessoas singulares, as sociedades *extinguem-se* como efeito normal do (encerramento) processo de insolvência, logo não faz sentido que beneficiem do mecanismo da extinção das dívidas decorrido um certo prazo. Mas a verdade é que a pessoa singular/sócio único acaba amiúde, por sofrer um *efeito de ricochete* por via das *garantias pessoais que prestou às dívidas da sociedade* e que, quantas vezes, desencadeiam a sua própria insolvência. O mesmo vale para os diversos sócios de uma pequena sociedade-PME. Voltarei a este ponto mais adiante, designando estes sujeitos por “empresários híbridos”.

### 1.2. PME devedoras ou PME credoras?

Entrando no âmbito da Proposta de Directiva — ou, se quisermos, no quadro geral de uma *situação de insolvência em sentido amplo* (abrangendo os estados pré-insolvenciais), encontramos mais uma dificuldade: a PME tanto pode surgir nas vestes de *devedor em dificuldades*, como na posição de *credor de um tal devedor*. É fácil de ver que os seus *interesses* serão diferentes, diria até, opostos, em cada uma das situações — o que vai obrigar a uma *análise diferenciada* da Proposta, de modo a identificar as vantagens desde cada uma das perspetivas.

Nota-se, aliás, que as soluções da Proposta de Directiva procuram alcançar um certo equilíbrio entre ambos os quadrantes — no seio do objectivo principal e mais alargado de assegurar o bom funcionamento do mercado único e uma efetiva União dos Mercados de Capitais.



### 1.3. Qual o ponto de partida para a apreciação das vantagens?

Segundo o dicionário, a afirmação de uma vantagem supõe a verificação de “um benefício em relação a algo ou alguém”. O mesmo é dizer que se torna necessário um *ponto de referência*, um *status quo ante* a partir do qual formulamos esse juízo.

Sucedem que a Proposta de Directiva tem como pano de fundo uma realidade muito heterogénea, evidenciada pelos relatórios preliminares que descrevem a situação nos vários Estados-Membros. Ora, a análise que importa fazer não se move no abstracto; *tomará como horizonte concreto o ordenamento jurídico português*, de modo a identificar o que a futura Directiva *traz ou pode trazer como vantagem às PME portuguesas*, sem esquecer soluções que podem (desde esse mesmo ponto de vista) acarretar desvantagens, ou aquelas cuja avaliação dependerá da posição (devedora ou credora) que a PME assumirá.

### 1.4. Qual o tipo de uniformização pretendido pela Proposta de Directiva?

O que me conduz à última dificuldade: o *tipo de uniformização* pretendido pela Proposta de Directiva.

É sabido que, quanto ao *objecto*, a Proposta de Directiva apenas abrange *três núcleos ou matérias* — reestruturação preventiva, concessão de uma segunda oportunidade e medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos.

Já quanto à técnica legislativa, optou o legislador europeu pelo estabelecimento de *mínimos obrigatórios* a partir dos quais se consiga uma *plataforma de harmonização*. Ou seja, mesmo que a Proposta de Directiva não obrigue a ir mais além, a verdade é que, em alguns casos, *o legislador português já atingiu ou até ultrapassou o patamar exigível*, pelo que o regime europeu não traz, em concreto, qualquer vantagem (embora em outros Estados-Membros o juízo possa ser bem diferente). Irei, por conseguinte, ter particularmente em conta as soluções da Pro-

posta de Directiva que constituem uma *novidade* e que vão, por força da necessária transposição, *afectar o nosso direito futuro*.

Mas a Proposta de Directiva consagra, ainda, um conjunto de medidas que os Estados-Membros poderão *adoptar facultativamente*. Quanto a estas, *mesmo* que possam consubstanciar *objectivamente* uma vantagem em face do direito português constituído, *não é certo que venham a ser acolhidas pelo legislador nacional*. Ainda assim, darei conta de todas aquelas cuja adopção pode trazer vantagens às PME nacionais.

## 2. A vantagem da própria harmonização

Como se salienta na Exposição de Motivos da Proposta de Directiva, os custos da divergência dos quadros jurídicos em matéria de insolvência podem ser particularmente elevados para as PME credoras, as quais “podem preferir abdicar de créditos transfronteiriços pela simples razão de que é demasiado oneroso reclamá-los e cobrá-los se tiverem de recorrer a assistência jurídica a nível local”.

Embora tenha dúvidas de que baste a uniformização de alguns quadros jurídicos para dispensar em absoluto o recurso à assistência jurídica local, o regime da Proposta de Directiva facilitará, sem dúvida, a actuação dos credores transfronteiriços — sobretudo através de medidas como a possibilidade de reclamar créditos ou de votar por *meios electrónicos*

## 3. Reestruturação preventiva

Partindo dos dados estatísticos de que actualmente, na UE, metade das empresas não sobrevive mais de 5 anos, e de que 43% dos europeus não criariam uma empresa devido ao receio do insucesso, a Proposta de Directiva pretende combater a “tendência para encaminhar empresas viáveis com dificuldades financeiras para a liquidação, em detrimento de uma reestruturação atempada”, desenvolvendo “uma cultura de recuperação, em vez de liquidação, das empresas”.

Aposta, pois, fortemente naquilo a que chama *reestruturação preventiva*: medidas que permitam “aos devedores com dificuldades financeiras, caso exista uma probabilidade de insolvência, reestruturar as suas dívidas ou empresa, restabelecer a sua viabilidade e evitar a insolvência” (art. 4.º, 1)<sup>2</sup>.

### 3.1. A empresa viável

Mas, naturalmente, a reestruturação preventiva só faz sentido para as *empresas que são viáveis*, pelo que a fundamentação da Proposta também reconhece a *necessidade simétrica* “de encaminhar as empresas sem possibilidade de sobrevivência para uma *liquidação rápida*”.

A dificuldade é o crivo a aplicar para distinguir ambas as situações: *como identificar as empresas viáveis*? Sobre este aspecto, a Proposta de Directiva diz pouco.

O Considerando 17 revela que “o teste de viabilidade *não deve* constituir uma condição prévia para iniciar negociações e conceder uma suspensão das medidas de execução. Ao invés, a *viabilidade* de uma empresa deve, na maior parte dos casos, ser determinada mediante uma *avaliação levada a cabo pelos credores afetados* que, por maioria, concordarem ajustar os valores dos seus créditos”. Quer isto dizer que *fica na mão dos credores “decidir”, através do voto, quando é que uma empresa é viável*. O que pode não conduzir, note-se, exactamente e sempre ao objectivo visado pelo legislador europeu, já que a motivação dos credores para recuperar ou liquidar pode ser afectada por diversos factores não coincidentes com a estrita viabilidade da empresa (*v.g.*, o tipo de crédito ou a estrutura das garantias de que é dotado, a sua própria necessidade de liquidez, etc.).

Todavia, na fase subsequente do procedimento de reestruturação, a viabilidade da empresa já surge como *autónoma fundamentação e crivo da decisão judicial de homologação*. Na verdade, o conteúdo do plano de reestruturação submetido a homologação deve, desde logo, incluir “um parecer ou uma declaração fundamentada da pessoa responsável pela apresentação do plano

de reestruturação *explicando as razões da viabilidade da empresa e de que forma deverá a execução do plano proposto evitar a insolvência do devedor e restabelecer a sua viabilidade a longo prazo*” (art. 8.º, 1, *g*). E à autoridade judicial (ou administrativa) deve ser conferido o *poder de rejeitar* “a confirmação de um plano de reestruturação *caso* este não apresente perspectivas justificadas de evitar a insolvência do devedor e *garantir a viabilidade da empresa*” (art. 10.º, 3). Portanto, *mesmo* que tal plano haja sido aprovado pela maioria dos credores, que assim “atestaram”, nos termos acima expostos, a “viabilidade” da empresa...

Analisemos, agora, as vantagens que a Proposta de Directiva traz para as PME em reestruturação.

### 3.2. Manutenção pelo devedor do o controlo total parcial dos seus activos e do exercício corrente da sua atividade (art. 5.º)

Trata-se certamente de uma medida importante para as PME devedoras, dado que a *cessação da actividade* ou *perda total de controlo* sobre ela durante o processo de reestruturação poderia ser dramático para a subsistência da empresa.

Mas uma solução semelhante já resulta do art. 17.º-E, 2 a 5, do CIRE, que permite a manutenção de um controlo pelo menos parcial.

### 3.3. Suspensão das medidas de execução (art. 6.º)

Também esta medida é favorável para as PME devedoras, mas também ela já se encontra consagrada entre nós no art. 17.º-E, 1, do CIRE.

A novidade é que na Proposta de Directiva se *isentam da suspensão os créditos dos trabalhadores*, “exceto se e na medida em que os Estados-Membros garantam por outros meios o pagamento desses créditos com um nível de protecção adequado” (art. 6.º, 3).

No que respeita a medidas facultativas, são de registar potenciais vantagens para as PME credoras, a quem a suspensão da cobrança de créditos pode prejudicar consideravelmente. Assim, prevê-se a possibilidade de Estados-Membros optarem por uma

<sup>2</sup> Todas as normas citadas sem indicação de proveniência se reportam à Proposta de Directiva.

*suspensão que não seja geral, mas limitada “a um ou mais credores a título individual”* (art. 6.º, 2). Aliás, a Proposta de Directiva *não obriga inexoravelmente* os Estados-Membros a consagrar a suspensão, mas apenas “se e na medida em que tal *seja necessário* para apoiar as negociações do plano de reestruturação” (art. 6.º, 1).

Igualmente relevante é a obrigação de os Estados-Membros assegurarem que autoridade judicial (ou administrativa) possa *revogar a suspensão, “no todo ou em parte”,* a pedido do administrador judicial *ou* dos credores, verificadas certas condições (art. 6.º, 8), e a previsão de que “um credor ou uma única categoria de credores” que “seja ou possa ser injustamente prejudicada pela suspensão das medidas de execução” possa *requerer* à autoridade judicial (ou administrativa) “a não concessão ou a revogação daquela suspensão” *em relação a si* (art. 6.º, 9).

A Proposta de Directiva também estabelece para os Estados-Membros a obrigação de *limitar a duração da suspensão das medidas de execução* “a um período máximo não superior a *quatro meses*” (art. 6.º, 4), embora esse período possa ser *alargado* por decisão das autoridades (judiciais ou administrativas), quer através de *prorrogação*, quer de *nova suspensão* (art. 8.º, 5), mas isto apenas *se* provados certos requisitos (nomeadamente, a verificação de progressos significativos nas negociações - art. 6.º, 5, *b*) e sempre com o *limite máximo de doze meses*.

Confrontando com o regime CIRE (art. 17.º-E, 1), é patente que actualmente não há idêntica limitação expressa, mas sempre se dirá que, na medida em que *a duração da suspensão das acções de cobrança de dívidas acompanha a duração do PER*, e esta já se encontra *espartilhada* pelo art. 17.º-D, 5 do CIRE, *se* todos os prazos forem respeitados a suspensão das acções de cobrança não se estenderá por mais de quatro meses. Todavia, como é sabido, uma coisa é a teoria, outra é a prática.

### **3.4. Medidas relacionadas com os contratos em curso (art. 7.º, 4 e 5)**

A Proposta de Directiva contempla regime especial para uma (aparentemente) estranha categoria de contratos: os “*contratos executórios*”. Pela definição ficamos a saber que se trata simplesmente de *contratos em execução*: “contratos celebrados entre o

devedor e um ou mais credores, ao abrigo dos quais as partes *têm ainda obrigações a cumprir* no momento em que é decidida a suspensão das medidas de execução” (art. 2.º, 5).

Ora, naquilo que será uma vantagem importante para as PME devedoras, a Proposta impõe aos Estados-Membros que assegurem que os *credores abrangidos pela suspensão “não possam recusar-se a cumprir ou resolver, antecipar ou alterar, seja de que maneira for”* esses contratos “em prejuízo do devedor, por dívidas existentes antes da suspensão” (art. 7.º, 4). Parece que se pretende, nestas circunstâncias, *vedar o recurso a mecanismos legalmente previstos de reacção* à não observância do programa *contratual* — como sejam a excepção de não cumprimento, a resolução por incumprimento, ou vencimento antecipado.

A Proposta de Directiva prevê, contudo, que os Estados-Membros “possam *limitar* a aplicação desta disposição aos *contratos essenciais e necessários* para a continuação do exercício corrente da atividade da empresa” — o que nos leva a perguntar *se* basta o disposto no actual n.º 8 do art. 17.º-E CIRE quanto a serviços públicos essenciais para considerar transposto este comando, ou *se* haverá que lhes juntar outros contratos igualmente “essenciais e necessários”.

Porventura ainda mais importante para as PME — devido à sua proverbial falta de poder negocial perante contraentes de maior envergadura (nomeadamente, financiadores) e em face da cada vez maior generalização de estipulações com tal teor preventivo —, é a obrigação imposta aos Estados-Membros pela Proposta de Directiva de assegurar que “os credores *não possam recusar-se a cumprir ou resolver, antecipar ou alterar, seja de que maneira for*” os *contratos em execução* em prejuízo do devedor “através de uma *cláusula contratual* que preveja tais medidas”, *apenas pelo facto de o devedor ter* “iniciado negociações com vista à sua reestruturação *ou* solicitado a suspensão das medidas de execução, *ou* em virtude da decisão relativa à suspensão em si ou a qualquer evento semelhante com ela relacionado” (art. 7.º, 5).

### 3.5. Modelo de plano de reestruturação online (art. 8.º2)

Com especial valor para as PME, dado o seu *deficit* típico em termos de acesso a aconselhamento jurídico-económico especializado, surge a “obrigação de os Estados-Membros disponibilizarem *um modelo de plano de reestruturação em linha*, que contenha pelo menos as *informações* exigidas pela legislação nacional e forneça informações gerais, mas práticas, sobre a sua *utilização*, sendo concebido de modo a poder *adaptar-se* às necessidades e circunstâncias de cada processo”.

### 3.6. Possibilidade de sócios terem direito de votar planos de reestruturação (art. 12.º, 2)

Esta medida poderá ser relevante (também) para pequenas PME societárias, dada a *estreita ligação dos sócios* à vida da sociedade e à empresa societária.

É de notar que o previsto na Proposta de Directiva *vai além* da possibilidade actual de os sócios requererem a não homologação do plano de reestruturação (art. 216.º, 1, do CIRE, aplicável ao PER *ex vi* art. 17.º-F, 3). Tem, todavia, o contraponto de, em tais casos, a aprovação e homologação do plano ficarem sujeitas ao chamado mecanismo de “reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores” ou *cross-class cram-down* — quer dizer, à “confirmação por parte de uma autoridade judicial ou administrativa de um plano de reestruturação contra a discordância de uma ou mais categorias de credores afetados” (art. 2.º, 8).

### 3.7. Nomeação de peritos para assistir a autoridade judicial ou administrativa (art. 13.º, 3)

De novo, trata-se de uma medida que pode revelar-se importante para as PME que não disponham de aconselhamento jurídico-económico suficiente para fazer valer os seus legítimos interesses.

A vantagem aqui tanto pode ser para as PME credoras, como para as PME devedoras — depende dos contornos da situação,

já que está em causa o chamado *best interest of creditors test*, isto é, o *pedido de não homologação* apresentado por um credor discordante com o *fundamento* de que “fica em pior situação com o plano de reestruturação do que ficaria em caso de liquidação, quer através da liquidação fracionada quer através da venda como empresa em funcionamento” (art. 2.º, 9).

### 3.8. Regras em matéria de recursos (art. 15.º, 3 e 4)

Estas regras podem ser importantes para a PME devedora, já que, tendo o plano de reestruturação sido homologado pelo tribunal de primeira instância, se determina que o *recurso* “*não tem efeitos suspensivos* sobre a execução do plano” — é fácil de ver que ficar à espera do resultado do recurso para poder, finalmente, beneficiar do plano poderia ser complicado para a PME. Todavia, tenha-se em conta que o actual art. 14.º, 5 do CIRE, embora relativo ao processo de insolvência, já prescreve os recursos têm efeito devolutivo, e poderá ser aplicado ao PER *ex vi* art. 17.º-A, 3.

Mas as regras da Proposta de Directiva também trazem novidades sob a forma de vantagens para as PME credoras, já que *se o tribunal de recurso confirmar a homologação*, pode *concomitantemente conceder* “uma *compensação monetária* aos credores discordantes, a pagar pelo devedor ou pelos credores que tenham votado favoravelmente o plano” — compensação que pode ser crucial para uma PME discordante.

### 3.9. Protecção do novo financiamento, do financiamento intercalar e de outras transações relacionadas com a reestruturação (arts. 16.º e 17.º)

Esta medida interessa às PME sobretudo na posição de devedoras, já que estimula o financiamento e evita que em torno delas se possa formar um vazio jurídico-negocial.

Mas, face à protecção já existente no ordenamento jurídico português (cfr. arts. 17.º-H e 120.º, 6 do CIRE), a única novidade parece ser (e mesmo assim com dúvidas se não está já

abrangida pelo art. 120.º, 6 do CIRE e pela expressão negócios jurídicos celebrados “no âmbito de” processo especial de revitalização) a inclusão na protecção também de “transações realizadas para prosseguir com a negociação de um plano de reestruturação confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa *ou estreitamente relacionadas com essa negociação*” (art. 17.º-1).

#### 4. Concessão de uma segunda oportunidade

Esta medida (ou conjunto de medidas) que dá conteúdo ao Título III da Proposta de Directiva visa aplicar-se aos empresários sobre-endividados (art. 19.º, 1), ou seja e como vimos, a *personas singulares* que exerçam “uma atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional e cuja incapacidade para pagar dívidas na respectiva data de vencimento seja mais do que temporária” (art. 2.º, 13).

Não vale, portanto, para *PME societárias* — até porque, nos termos do direito português em vigor, a regra é que estas (ou mais precisamente, as sociedades) se extinguem com encerramento do processo de insolvência após rateio final - art. 234.º, 3 do CIRE.

Mas será que os *respectivos sócios* (nomeadamente, aqueles cuja insolvência seja arrastada pela da sociedade) podem beneficiar de uma segunda oportunidade? O nosso homólogo instituto da exoneração do passivo restante não exige a qualidade de empresário, e a própria Proposta de Directiva prevê a extensão da segunda oportunidade a *personas singulares sobre-endividadas* que não sejam empresários (art. 1.º, 3), logo, à partida, a resposta afigura-se positiva.

É, todavia, curioso observar que estas “*personas singulares que não são empresários*” (ou não são directamente empresários) também *não são materialmente* (embora o possam ser formalmente) *consumidores*, como a Exposição de Motivos afirma: os sujeitos contraem as dívidas que levam à sua insolvência *não* para acorrer às necessidades pessoais e familiares, *mas sim para “criar e gerir o seu negócio”*, que todavia conduzem sob a forma societária. Estão, portanto, e materialmente, *numa espécie de*

*limbo entre categorias*, embora a abrangência do regime nacional da exoneração do passivo restante aparentemente lhes forneça tutela adequada pelo simples facto de serem *personas singulares*<sup>3</sup>.

Ressalve-se, por último, que a escolha da expressão *quitação* é pouco feliz, já que está entre nós associada, na sua utilização jurídica<sup>4</sup>, à prova do pagamento feito, geralmente através documento que é entregue pelo credor ao devedor (cfr. arts. 786.º e 787.º do CCiv.); melhor — e mais harmonioso com a terminologia insolvencial — teria sido a opção pelo termo *exoneração*.

##### 4.1. Diminuição do prazo até à exoneração (art. 20.º, 1)

Constitui uma vantagem para *PME* devedora (e uma desvantagem, se for credora) a *redução da duração* daquilo a que entre nós se designa por *período de cessão do rendimento disponível*: dos actuais cinco anos, passará para três anos.

Como se lê na Exposição de Motivos “está provado que os períodos de suspensão mais curtos têm um *impacto positivo* nos consumidores e nos investidores, que conseguem assim reentrar mais rapidamente nos ciclos de consumo e de investimento” e, por esta via, “estimula o empreendedorismo”.

E o *momento* a partir do qual se começa a contar o prazo não será, como actualmente, o do despacho inicial/ encerramento do processo de insolvência (arts. 230.º, 1, e) e 239.º, 2 do CIRE), mas sim “a data em que a autoridade judicial ou administrativa *decide sobre o pedido* de abertura do processo, no caso de um processo que termine com a liquidação do ativo do empresário sobre-endividado” (art. 20.º1, *a*) — ou seja, parece que se irão contar os 3 anos da data da própria sentença de declaração de insolvência.

Só não será assim quando se verificarem certos requisitos que autorizam os Estados-Membros a fixar *prazos mais longos*, ou, até, *a impedir o acesso* à exoneração — quer estejam relacionados com o *comportamento censurável* do empresário sobre-endividado (art. 22.º, 1), quer com o facto de a *residência principal* do empresário ter ficado isenta da liquidação (art. 22.º, 2).

<sup>3</sup> Veja-se, todavia o que direi *infra*, n.º 4.3.

<sup>4</sup> Embora no dicionário comum também possa significar “acto ou efeito de quitar; remissão ou desobrigação de dívida, encargo ou obrigação” (Dicionário Priberam da Língua Portuguesa).

#### 4.2. Desjudicialização da produção do efeito extintivo (art. 20.º, 2)

Outra vantagem para PME devedora é a de que, no final do prazo, *a produção do efeito extintivo do passivo restante não necessita* (como actualmente — cfr. art. 244.º do CIRE sobre a decisão final de exoneração) *da intervenção do tribunal*: “os Estados-Membros devem assegurar que, decorrido o período de suspensão, os empresários sobre-endividados obtenham a quitação das suas dívidas *sem terem de voltar a recorrer* a uma autoridade judicial ou administrativa” (art. 20.º, 2).

#### 4.3. Interface com inibições para o exercício da actividade

No nosso sistema actual, este tipo de inibições apenas surge como *consequência da qualificação da insolvência como culposa* (cfr. art. 189.º, 2, *c*) do CIRE) e restringe-se ao *exercício do comércio* (não abrangendo qualquer outra actividade económica)<sup>5</sup> e à *ocupação de cargo de titular de órgão* de sociedade (o que pode ser importante no plano do exercício indirecto de actividade económica por pessoa singular) ou outra pessoa colectiva.

Estabelece a Proposta de Directiva como regra geral que *devem cessar os efeitos da inibição decretada no momento em que termina o prazo fixado e se dá a exoneração do passivo* (art. 21.º).

A título excepcional, podem vigorar períodos de inibição mais prolongados em dois tipos de situações. Desde logo, se houver *comportamento censurável* do empresário sobre-endividado (art. 22.º, 1) — o que cobrirá a boa parte dos casos de insolvência culposa de pessoas singulares; todavia, mais do que introduzir uma excepção que priva de relevo prático o prazo dos 3 anos, a verdade é que tal comportamento censurável *obstará à própria aplicação do instituto da segunda oportunidade*, isto caso se mantenha a nível nacional o regime que impede o sujeito cuja insolvência foi qualificada como culposa de recorrer à exoneração do passivo restante (cfr. arts. 238.º, 1, *e*) e 243.º, 1, *c*) do CIRE). A outra situação-tipo é a de o empresário sobre-en-

<sup>5</sup> Não consideramos para este efeito o exercício da “actividade” de administração de patrimónios de terceiros (al. *b*) da norma).

dividado “exercer uma profissão à qual sejam aplicáveis *regras deontológicas*” ou se “a sua inibição tiver sido imposta por um tribunal num *processo penal*” (art. 22.º, 4).

A *ratio* da limitação temporal dos efeitos das inibições, como se lê na Exposição de Motivos, prende-se com a necessidade de “incentivar a actividade empresarial”, pelo que “os empresários e os gestores de empresas *não devem ser estigmatizados* em caso de fracasso das suas iniciativas empresariais *honestas*, não devendo ser *desencorajados* de prosseguir uma actividade empresarial nem lhes devendo ser negada uma segunda oportunidade.”

O que nos pode conduzir a um pequeno-grande problema prático, no contexto do direito português vigente. Retomemos a circunstância do nosso “empresário híbrido”, *i.e.*, daquele sujeito que exerce a actividade económica *através de uma empresa societária, a cujas dívidas prestou garantias pessoais*, que vieram a ser accionadas e *determinaram a sua insolvência* (p. ex., porque se constatou em processo executivo a insuficiência de bens - art. 20.º1 *b*) CIRE). Imaginemos que pede a exoneração do passivo restante mas, em simultâneo, a sua insolvência é considerada *culposa porque se tem por preenchida* (e há vários acórdãos neste sentido), com as devidas adaptações (n.º 4 do art. 186.º), *a al. g*) do art. 186.º, 1, do CIRE: ao garantir com o seu património uma dívida societária de montante muito superior às respectivas forças terá “prosseguido no seu interesse pessoal [enquanto sócio] ou de terceiro [a sociedade cujas dívidas garantiu] uma *exploração deficitária* [do seu próprio património]”, não obstante “saber ou dever saber que esta *conduziria com grande probabilidade* a uma situação de insolvência”.

Ora, isto determinará, à luz do actual direito português, a rejeição liminar do pedido de exoneração do passivo (se houver indícios - art. 238.º, 1, *e*) do CIRE) ou a cessação antecipada do procedimento de exoneração (se a qualificação for posteriormente decretada — art. 243.º, 1, *c*), do CIRE).

Mas cabe perguntar: em face dos critérios da Proposta, não merece este sujeito uma segunda oportunidade? Nos termos do art. 22.º da Proposta de Directiva, os Estados-Membros *só podem limitar o acesso aos processos de segunda oportunidade ou exoneração* “em determinadas circunstâncias bem definidas” e

*apenas* “se tais limitações forem justificadas pelo interesse geral”, nomeadamente se empresário sobre-endividado “tiver agido de forma desonesta ou de má-fé para com os credores quando contraiu as dívidas ou durante a cobrança das mesmas”.

Tenho muitas dúvidas de que, no caso exposto, estejam preenchidos tais pressupostos — o que evidencia a necessidade de *aperfeiçoar a tutela deste sujeito*, híbrido mas tão comum, para realizar plenamente os objectivos da Proposta e futura Directiva.

## 5. Medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos

Estas medidas beneficiam naturalmente *todos* os envolvidos no processo e, inclusive, a economia em geral, mas é possível detectar algumas que assumem *significado especial* para as PME.

### 5.1. Instrumentos de alerta rápido - eficiência pré-processo (art. 3.º)

Os Estados-Membros devem assegurar “o acesso dos devedores e empresários a instrumentos de alerta rápido que *detetem* a deterioração da atividade de uma empresa e *avisem* o devedor ou o empresário da necessidade de agir com urgência” (art. 3.º, 1).

Consagra-se, portanto, uma espécie de sistema de “campanhas de alarme”, embora não resulte muito claro da Proposta exactamente em que consistem.

A Proposta de Directiva preocupa-se igualmente com a *difusão da informação* sobre estes instrumentos e sobre as alternativas do devedor, determinando a necessidade de os Estados-Membros assegurarem igualmente “o acesso dos devedores e empresários a informações pertinentes atualizadas, claras, concisas e facilmente inteligíveis” *tanto* sobre os próprios instrumentos de alerta rápido *como* sobre “os meios colocados à sua disposição com vista à sua reestruturação em tempo útil ou à obtenção da quitação da sua dívida pessoal” (art. 3.º, 1).

O facto de este sistema de alerta e informação ser *particularmente importante para as PME*, dada a carência típica de aconselhamento jurídico-económico especializado e de meios de detecção precoce, é *expressamente reconhecido* pela Proposta ao estabelecer

que o acesso a tal sistema *pode ser limitado* às pequenas e médias empresas ou aos empresários-*pesoas singulares* (art. 3.º, 3).

### 5.2. Medidas relativas a magistrados e administradores judiciais (arts. 24.º a 27.º)

Incluem-se aqui obrigações impostas ao Estados-Membros com eficácia geral benéfica para *todos* os envolvidos e, portanto, *também* para as PME, como sejam a obrigação de garantir aos *magistrados* “um nível de formação inicial e contínua consistente com as suas responsabilidades” e assegurar que “detenham a competência e a especialização necessárias para o efeito” (art. 24.º, 1 e 2), ou a obrigação de assegurar aos *administradores judiciais* “a formação inicial e contínua necessária para garantir que os seus serviços sejam prestados de forma eficaz, imparcial, independente e competente perante as partes, incentivando a adopção de códigos de conduta voluntários” (art. 25.º, 1 e 2).

Particularmente benéfica para as PME será também *alguma preocupação com os honorários* cobrados pelos profissionais no domínio da reestruturação e insolvência, devendo os Estados-Membros assegurar “que se rejam por regras que incentivem uma resolução atempada e eficiente dos processos, atentando na complexidade dos mesmos”, bem como “a existência de processos adequados que garantam a possibilidade de resolver atempadamente eventuais litígios sobre a remuneração” (art. 27.º, 2).

### 5.3. Utilização de meios de comunicação electrónicos (art. 28.º)

Trata-se de uma medida importante para as PME pela *redução de custos e de burocracia* que proporciona, mas algumas das propostas já constam da nossa lei actual.

Em todo o caso, será importante a *uniformização destes procedimentos à escala europeia* para facilitar a reclamação de créditos e a participação geral das PME em processos de insolvência e de pré-insolvência *transfronteiriços*.





# O REGULAMENTO 2015/848 E AS PME<sup>1</sup>

*Catarina Serra*

Escola de Direito da Universidade do Minho

## 1. Questões prévias

O tema sobre que me foi proposto falar é “O Regulamento 2015/848 e as PME”.

O percurso que me pareceu mais adequado para o tratamento do tema passa por enunciar três perguntas:

1. Que Regulamento é este?
2. De que se está a falar quando se fala de PME?
3. Qual é a relação (se é que alguma) entre o Regulamento e as PME?

### *1.1. O Regulamento 2015/848 (breve introdução)*

Trata-se, mais precisamente, do Regulamento (UE) n.º 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (reformula-

---

<sup>1</sup> Através deste texto expresseo o meu reconhecimento ao Senhor Doutor Jorge Coutinho de Abreu, Investigador Responsável pelo Grupo v de Investigação do Instituto Jurídico “As PME: promoção da inovação, crescimento e competitividade”. Agradeço ainda ao Senhor Doutor Alexandre de Soveral Martins, meu Colega e Amigo de há longa data, o convite que, em nome daquele Grupo, me dirigiu para participar no Colóquio.

ção)<sup>2</sup>, que é directamente aplicável em todos os Estados-membros, com excepção da Dinamarca (que se configura, para estes efeitos, como um não Estado-membro).

O Regulamento disponibiliza regras de Direito Internacional Privado, pressupondo a existência de uma insolvência transfronteiriça ou internacional, ou seja, uma situação em que o devedor tem ligações com mais do que um Estado-membro, designadamente por ter bens ou credores localizados em mais do que um Estado-membro<sup>3</sup>. Como tem sido insistentemente afirmado, uma insolvência internacional levanta problemas que não podem ser resolvidos por uma única ordem jurídica: a probabilidade de os credores propenderem para executar os bens da empresa e desmembrarem a empresa (*common pool problem*) é mais elevada quando os credores estão dispersos por todos os Estados em que a empresa tem bens<sup>4</sup>.

Pode, assim, dizer-se que o Regulamento, ao contrário da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Novembro de 2016, para a harmonização do Direito da Insolvência, tem um fim de mera harmonização processual. Não visa uniformizar a disciplina da insolvência dos Estados-membros mas sim regular a abertura e os efeitos dos processos de insolvência nas situações de insolvência internacional<sup>5</sup>. Mais

<sup>2</sup> Publicado no Jornal Oficial da União Europeia L 141 de 5 de Junho de 2015, 19-72, disponível, em português, em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=PT>>.

<sup>3</sup> “[Q]uando, quer as pessoas implicadas (devedor e credores), quer os bens em causa, quer ambos, apresentam ligações com as ordens jurídicas de dois ou mais Estados” [cfr. Maria João MACHADO, “Algumas considerações sobre a falência em Direito Internacional Privado”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 3 (1999) 78; ou *Da Falência em Direito Internacional Privado — Introdução aos seus problemas fundamentais*, Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000, 12] ou “quando, em razão das pessoas envolvidas ou dos bens abrangidos ou dos dois factores conjuntamente, apresenta contactos com diversas ordens jurídicas” (cfr. Maria Helena BRITO, “Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in *Themis, Edição Especial: Novo Direito da Insolvência*, 2005, 186).

<sup>4</sup> Cfr. Reinhard BORK, in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2016, 3.

<sup>5</sup> “Do carácter transnacional da insolvência decorre todo um conjunto de questões específicas que importa resolver antes do mais, designadamente: - a questão de saber se os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para a declaração de insolvência; - em caso afirmativo, o problema da deter-

precisamente, os processos abrangidos pelo Regulamento ficam sujeitos às regras nele contidas no que toca a cinco aspectos: tribunal competente, lei aplicável, reconhecimento das sentenças, publicidade e reclamação de créditos e, por fim, no caso de pluralidade de processos, comunicação e cooperação entre os órgãos intervenientes<sup>6</sup>.

## 1.2. As PME

### 1.2.1. Situação actual

A relevância das PME na economia global é muito grande, devendo notar-se que, segundo estudos recentes, elas representam 99% das empresas que operam na União Europeia<sup>7</sup>. Contudo, a sua identificação não é fácil.

Nesta matéria, é fundamental a Recomendação da Comissão 2003/361/CE, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas<sup>8</sup> (em vigor desde 2005). De acordo com o art. 2.º da Recomendação, são dois os factores que permitem qualificar uma empresa<sup>9</sup> (empresa autónoma<sup>10</sup>) como

minação da lei ou leis nacionais aplicáveis à insolvência; - a questão de saber se a declaração de insolvência proferida em Portugal abrange os bens localizados no estrangeiro e, inversamente, se a declaração de insolvência proferida no estrangeiro abrange os bens situados em Portugal; - ligada com a anterior, a questão dos efeitos que a decisão de insolvência proferida em Portugal produz noutros Estados e dos efeitos que a decisão proferida no estrangeiro produz em Portugal (reconhecimento de decisões estrangeiras)” [cfr. Luís de Lima PINHEIRO, “O Regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 3 (2006) 1101 e s.].

<sup>6</sup> Cfr. Kristin van ZWIETEN, in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 58-59.

<sup>7</sup> Cfr., por exemplo, AA.VV., *Rescue of Business in Insolvency Law — Instrument of the European Insolvency Institute* (July 2017), 367-368, disponível em: <[http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf)>.

<sup>8</sup> Pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?URI=CELEX%3A32003H0361>>.

<sup>9</sup> Segundo a Recomendação, empresa é qualquer entidade que, independentemente da sua forma jurídica, exerce uma actividade económica.

<sup>10</sup> Para efeitos da Recomendação, a empresa autónoma (completamente independente ou com uma ou mais parcerias minoritárias, cada uma inferior a 25%, com outras empresas) distingue-se da empresa parceira (com participações até 50%) ou associada (com participações acima de 50%).

PME: o número de efectivos e o volume de negócios ou o balanço total. De uma forma sintética, é possível dizer que, nos termos da Recomendação, as PME são as empresas que empregam menos de 250 pessoas e, simultaneamente, têm um volume de negócios anual que não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros.

Em Portugal, não obstante muito difundida na linguagem jurídica, a classificação das empresas como PME é, originariamente, uma classificação económica, que assenta na dimensão da empresa, não lhe correspondendo uma definição jurídica precisa ou unívoca. Existe um único complexo normativo onde é possível encontrar uma referência explícita à classificação — o Código do Trabalho, que, naturalmente, privilegia o critério do número de efectivos / trabalhadores. Na norma do art. 100.º, cuja epígrafe é “tipos de empresas”, diz-se que se considera “microempresa a que emprega menos de 10 trabalhadores”, “pequena empresa a que emprega de 10 a menos de 50 trabalhadores” e “média empresa a que emprega de 50 a menos de 250 trabalhadores”

Um ponto importante, a não perder de vista, é a de que grande parte das PME, se reconduz, na realidade, a empresários em nome individual.

### 1.2.2. *Perspectivas de evolução da definição de PME, em particular no quadro da insolvência*

Segundo informação disponível na respectiva página, a Comissão prepara-se para rever a definição de PME<sup>11</sup>.

Sem dados quanto ao sentido desta revisão, diga-se que, para efeitos de processos de insolvência / reestruturação, é notória a tendência para valorizar a microempresa.

Propõem, por isso, uns a extensão da classificação para MPME (Micro, Pequenas e Médias Empresas) / MSME (*Micro, Small and Medium Enterprises*)<sup>12</sup>. Outros, desvalorizando a categoria da média empresa com o argumento de que ela não exige trata-

<sup>11</sup> Cfr. <[https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition\\_en](https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/sme-definition_en)>.

<sup>12</sup> Cfr. Ronald B. DAVIS *et al.*, “The Modular Approach to Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency”, 2016, disponível em: <[http://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=fac\\_pubs](http://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=fac_pubs)>.

mento especial e pode ser considerada o paradigma ou protótipo da empresa sujeita aos processos de insolvência / reestruturação (*prototype for regular insolvency proceedings*), propõem a alteração da classificação para MPE (Micro e Pequenas Empresas) / MSE (*Micro and Small Enterprises*)<sup>13</sup>.

### 1.3. *A relação entre o Regulamento e as PME*

A filosofia *think small first* começou a ser acarinhada a certa altura, pela Comissão Europeia, tendo estado na origem de algumas iniciativas como o *Small Business Act* (2008)<sup>14</sup>, preordenado a facilitar a internacionalização das PME<sup>15</sup>.

No âmbito da insolvência, são muitas as especificidades das PME a que faria sentido atender. Tipicamente, elas são as empresas que, mais provavelmente, se defrontam com situações de manifesta insuficiência de bens. Simultaneamente, a sua ideia de negócio não é facilmente transmissível ou susceptível de alterações, existindo uma relação de dependência estreita entre a empresa e o empresário ou a família empresária, o que desincentiva os credores / investidores e diminui o interesse na sua recuperação. Esta particular vulnerabilidade das PME justificaria, por maioria de razão, a criação de um quadro de medidas específicas para elas<sup>16</sup>.

E todavia, não existe uma relação manifesta ou directa entre o Regulamento e as PME<sup>17</sup>. Não existe — repete-se — e nem tinha de existir. Como se disse, o Regulamento não contém regras de carácter substantivo mas tão-só processual. Não con-

<sup>13</sup> Cfr., por exemplo, AA.VV., *Rescue of Business in Insolvency Law*, 363 e s.

<sup>14</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões COM(2008) 394 final. Pode ser consultada, na versão em língua inglesa, em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:PT:PDF>>.

<sup>15</sup> Do catálogo de medidas dispostas pela Comissão no *Small Business Act* faziam parte propostas como a de Regulamento da Societas Privata Europæa (SPE).

<sup>16</sup> Cfr., neste sentido, Ronald B. DAVIS *et al.*, “The Modular Approach to Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency”; e AA.VV., *Rescue of Business in Insolvency Law*, 363 e s.

<sup>17</sup> Na realidade, elas tão-pouco são objecto de referência expressa na Proposta de Directiva, podendo dizer-se que o tratamento especial, a existir, decorre de uma prévia identificação das PME com o empresário em nome individual (*entrepreneur*).

tende (não acrescenta, não suprime, não altera) o quadro de instrumentos a que o devedor tem acesso segundo a lei nacional.

Por outro lado, a aplicabilidade do Regulamento depende, como também se disse, de o devedor ter ligações a mais do que Estado-membro — por outras palavras: depende de o devedor ser uma empresa com dimensão transfronteiriça. Ora, isso não é muito frequente no universo das PME, sobretudo das PME portuguesas.

Apesar de tudo, são concebíveis — e existem algumas — PME com dimensão internacional<sup>18</sup>. Vale a pena, por isso, ver, ainda que sinteticamente, as medidas dispostas no Regulamento e, depois, analisar aquelas que adquirem maior relevância para as PME.

De entre estas, destacam-se duas: quanto ao âmbito de aplicação do Regulamento (relevante para as PME enquanto devedoras) e quanto à publicidade dos processos e à reclamação de créditos (relevante para as PME enquanto credoras).

Seria com certeza interessante desenvolver ambas, mas, por imperativos de tempo, terei de me concentrar na primeira.

## 2. O Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça: Regulamento (UE) n.º 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 (reformulação)

### 2.1. Os antecedentes: o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000

O Regulamento 2015/848 não altera fundamentalmente o quadro estabelecido pelo Regulamento 1346/2000, que foi adoptado na sequência de mais de três décadas de negociações<sup>19</sup>.

Determinava-se já neste último que o tribunal competente para a abertura do processo de insolvência é o tribunal do Estado-membro onde se localiza o centro dos interesses principais

<sup>18</sup> Segundo o Memo da Comissão Europeia de 12 de Dezembro de 2012 (disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-12-969\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-969_en.htm)>), só 5% das PME europeias admitiram ter negócios em mais do que um Estado-membro. Tendo em conta que existem cerca de 20 milhões de PME, isto significa que mais de um milhão de PME têm dimensão transfronteiriça.

<sup>19</sup> As negociações começaram em 1963.

(CIP) do devedor e consagrava-se a regra de que o Direito do Estado-membro em que o processo é aberto determina todos os efeitos processuais e substantivos do processo (*lex concursus*)<sup>20</sup> e a regra de que a decisão de abertura de um processo de insolvência proferida num Estado-membro é reconhecida em todos os outros Estados-membros.

O universalismo não é absoluto e sim limitado / modificado (*modified universalism*)<sup>21</sup>. Não é fácil, de facto, contrariar a tendência (natural) para afectar os bens localizados no território de um Estado-membro à satisfação dos interesses dos credores locais e assegurar o reconhecimento de um processo aberto num Estado-membro pelos outros Estados-membros. Existe, então, a possibilidade de se abrirem processos secundários nos Estados-membros onde o devedor possua estabelecimentos, sendo os efeitos destes últimos circunscritos aos bens que aí se encontrem.

Perguntar-se-á por que razão não se foi mais longe, por que razão não se criou um processo de insolvência, único e universal, aplicável em todos os Estados-membros<sup>22</sup>. Entre outras vantagens, seria esta a solução mais adequada ao princípio *par con-*

<sup>20</sup> Como diz Luís de Lima PINHEIRO (“O Regulamento comunitário sobre insolvência”), o Regulamento articula a competência internacional com o Direito aplicável.

<sup>21</sup> Atendendo a que podem ser abertos processos territoriais e, inclusivamente, em duas situações, antes da abertura do processo principal (cfr. art. 3.º, n.º 4, do Regulamento 1346/2000), Maria Helena BRITO (“Falências internacionais”, 193 e 199) diz que as regras de competência se inspiram num princípio de “universalidade limitada”. Por seu turno, Dário Moura VICENTE [“Insolvência internacional: Direito aplicável”, *O Direito*, 138/4 (2006) 91] refere-se a uma “universalidade mitigada”. Entretanto, Luís de Lima PINHEIRO (“O Regulamento comunitário sobre insolvência”) diz que “um puro sistema universal não atende suficientemente aos interesses dos pequenos credores locais e às vantagens oferecidas por processos territoriais de insolvência em certas circunstâncias. Daí que mereça preferência um sistema misto de pendor universalista”. No estrangeiro fala-se até hoje, preferencialmente, em “*modified universalism*” — cfr., por todos, Horst EIDENMÜLLER / Kristin van ZWIETEN, “Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency”, *European Corporate Governance Institute (ECGI) — Law Working Paper* 301 (2015); *Oxford Legal Studies Research Paper* 52 (2015) 17 e 22, disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2662213>>.

<sup>22</sup> Gerard McCormack contesta as virtualidades de um processo único e, portanto, de uma tese universalista no âmbito dos processos de insolvência. Cfr. Gerard McCORMACK, “Universalism in Insolvency Proceedings and the Common Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 32/2 (2012) 325 e s.

*ditio creditorum* e simultaneamente a solução mais favorável à aplicação de soluções recuperatórias. Para encurtar a discussão, usa-se a fórmula de Bob Wessels e concentra-se a explicação numa única palavra: diversidade<sup>23</sup>.

Em 2012, quando se completaram dez anos sobre a entrada em vigor do Regulamento 1346/2000, iniciou-se um processo para a sua avaliação. Identificaram-se cinco problemas e, consequentemente, cinco áreas que necessitavam de intervenção.

O primeiro problema respeitava ao âmbito de aplicação. O Regulamento não abrangia nem os processos nacionais vocacionados para a reestruturação da empresa em momento anterior à insolvência, nem os processos que mantêm o devedor na administração dos seus bens e nem os processos de insolvência relativos às pessoas singulares.

Detectou-se, em segundo lugar, dificuldades na determinação do Estado-membro cujos órgãos são competentes para abrir o processo de insolvência. O critério do CIP não tinha uma aplicação fácil, dando aso a transferências ilegítimas e permitindo a prática do chamado *forum shopping* ou *insolvency tourism*, tanto por parte de empresas como de pessoas singulares<sup>24</sup>.

Observou-se, em terceiro lugar, problemas no tocante aos processos secundários de insolvência. A verdade é que a abertura de processos secundários pode pôr em causa uma administração eficiente do património do devedor: o administrador da insolvência do processo principal perde o controlo sobre os bens que estejam localizados noutro(s) Estado(s)-membro(s), o que, por seu turno, dificulta a venda da empresa ou dos bens como um todo. Acresce que, nos termos do Regulamento 1346/2000, os

<sup>23</sup> Cfr. Bob WESSELS, Contributing Editor, “Principles of European Insolvency Law”, disponível em: <[https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/21\\_Peillabjournal\\_appended.pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/21_Peillabjournal_appended.pdf)>. É essa também a justificação do Regulamento (cfr. considerando 11).

<sup>24</sup> Sobre o *forum shopping* cfr., entre numerosas outras referências, Wolf-Georg RINGE, “Forum Shopping under the EU Insolvency Regulation”, *European Business Organization Law Review*, 9 (2008) 579 e s., Adrian WALTERS / Anton SMITH, “‘Bankruptcy Tourism’ under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England and Wales”, *International Insolvency Review*, 19/3 (2009) 181 e s., disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1630890>>; e Marek SZYDLO, “Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law”, *European Business Organization Law Review*, 11 (2010) 253 e s.

processos secundários eram necessariamente processos liquidatórios, o que constituía um obstáculo à recuperação.

Notou-se, em quarto lugar, dificuldades relativamente à publicidade dos processos e à reclamação de créditos. Não existindo, nem nos Estados-membros em que o processo é aberto, nem nos Estados-membros em que está(ão) localizado(s) o(s) estabelecimento(s), um registo obrigatório das decisões e um sistema que permita pesquisar sobre processos de insolvência nos registos nacionais, não é possível aos juízes e aos credores (actuais e potenciais) tomar conhecimento de que foi aberto um processo noutro Estado-membro. Havia, além disto, problemas no procedimento de reclamação de créditos, principalmente na reclamação dos créditos dos pequenos credores (que são os credores com menos recursos).

Por fim, salientou-se a necessidade de regulação da insolvência de grupos de sociedades. Um grande número de casos de insolvência envolve grupos internacionais de sociedades. A ausência de normas específicas sobre a matéria reduzia as probabilidades de uma reestruturação do grupo de sociedades como um todo e podia conduzir mesmo ao seu desmembramento.

No final do ano estava disponível a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012<sup>25</sup>, contendo sugestões de alteração nas cinco

<sup>25</sup> A Proposta encontra-se disponível, em português, em <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com%282012%290744\\_/com\\_com%282012%290744\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744_/com_com%282012%290744_pt.pdf)>. O texto da Proposta foi antecedido de / divulgado simultaneamente com outros documentos: a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de Novembro de 2011, que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU (disponível, em português, em <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+VO//PT>>), a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu “Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas”, de 12 de Dezembro de 2012 (disponível, em português, em: <[http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_pt.pdf)>) e o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu, de 12 de Dezembro de 2012 (disponível, em português, em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0743:FIN:PT:PDF>>). Sobre o processo de revisão do Regulamento 1346/2000 e para uma apreciação da generalidade das alterações contidas na Proposta cfr. Catarina SERRA, “Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos

áreas apontadas<sup>26</sup>. Em 20 de Maio de 2015 era publicado o Regulamento 2015/848, que está em vigor, na generalidade, desde 26 de Junho de 2017.

## 2.2. As medidas do Regulamento 2015/848 em geral

Como se disse, o Regulamento 2015/848 assenta, fundamentalmente, no quadro estabelecido pelo Regulamento 1346/2000, não sendo numerosas as novidades nem as que existem muito impressionantes<sup>27</sup>.

Antes de mais, mantém-se a tendência para o universalismo limitado. Assume-se, no considerando 22<sup>28</sup>, que não é praticável criar um processo de insolvência de alcance universal por causa da grande diversidade das leis substantivas no que toca, designadamente, às garantias vigentes nos Estados-membros e, em especial, aos privilégios creditórios. Assim, para proteger os interesses locais, o Regulamento continua a permitir, conforme se diz no considerando 23, a abertura de processos secundários correndo paralelamente ao processo principal de insolvência, não obstante em estreita coordenação com ele.

Genuínas novidades ou novidades em sentido próprio são apenas a extensão do âmbito de aplicação do Regulamento, a criação e a interligação de registos de insolvências<sup>29</sup> e, sobre-

processos de insolvência, com especial consideração do Direito português”, in *Direito das Sociedades em Revista*, 10 (2013) 97-143.

<sup>26</sup> Diz, em contrapartida, Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ [“La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de insolvencia”, in *Anuario de Derecho Concursal*, 29 (2013) 423-424] que as modificações giram à volta de duas grandes linhas de actuação: primeiro, a reforma da configuração do processo de insolvência com elementos transfronteiriços e, segundo, aperfeiçoamentos na coordenação internacional de processos abertos em vários Estados. Segundo o autor, a intervenção compreende ainda medidas destinadas à concretização da reforma, em particular, no plano das faculdades normativas da Comissão e das obrigações dos Estados-membros.

<sup>27</sup> Cfr., neste sentido, Reinhard BORK, in Reinhard BORK / KRISTIN VAN ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 1-2 e 34.

<sup>28</sup> Doravante todos os considerandos ou normas sem mais referência se reportam ao Regulamento 2015/848.

<sup>29</sup> A criação de registos de insolvência insere-se no grupo de medidas tendentes a simplificar a disponibilização de informação aos credores e a reclamação de créditos, que são especialmente relevantes, como se disse, para as PME enquanto credoras. O que está em causa é, sinteticamente, quanto à disponibilização de informação,

tudo, a regulação da insolvência no contexto de grupos de sociedades. Os instrumentos adoptados são razoavelmente pacíficos (comunicação, cooperação e coordenação), ficando as alterações muito aquém das sugestões avançadas e discutidas em fóruns e congressos especializados ao longo do período de avaliação do Regulamento 1346/2000<sup>30</sup>.

No plano formal, diga-se que a leitura do Regulamento comporta dificuldades, já que o legislador seguiu a técnica de legislar com apoio em considerandos. Existe, de facto, um número excessivo de considerandos (oitenta e nove). Por outro lado, é neles (nalguns deles) que se encontram elementos essenciais para compreender e aplicar as regras contidas no articulado (os considerandos *reforçam, esclarecem, ilustram* ou até *complementam* as regras contidas no articulado).

## 2.3. O âmbito de aplicação do Regulamento em especial

O âmbito de aplicação do Regulamento resulta da leitura articulada do art. 1.º com o art. 2.º e com o Anexo A e é significativamente mais amplo do que antes<sup>31</sup>.

a obrigatoriedade de criação, pelos Estados-membros, de um ou mais registos electrónicos de processos de insolvência (registos de insolvências) (cfr. art. 24.º, n.º 1) e o estabelecimento, no futuro, pela Comissão, de um sistema descentralizado de tais registos (cfr. art. 25.º). Quanto à reclamação de créditos, os credores estrangeiros passam a poder reclamar os créditos no processo de insolvência por qualquer meio de comunicação admitido pela lei do Estado de abertura do processo, não sendo a representação por advogado ou outro profissional forense obrigatória (cfr. art. 53.º). Além disso, será criado um formulário-tipo para a reclamação de créditos, disponível em todas as línguas oficiais da União Europeia (cfr. art. 55.º, n.º 1). Os créditos são reclamados no prazo fixado na lei do Estado de abertura, mas, no caso de credores estrangeiros, este prazo não pode ser inferior a trinta dias após a inscrição da decisão de abertura do processo no registo de insolvências do Estado de abertura (cfr. art. 55.º, n.º 6). Atendendo a esta última regra, antevê-se a necessidade de uma interpretação correctiva do art. 36.º, n.º 1, al. j), do CIRE sempre que o processo envolva credores estrangeiros: onde se lê “[d]esigna prazo, até trinta dias, para a reclamação de créditos” deverá ler-se “[d]esigna prazo, não inferior a trinta dias a contar da publicação da abertura do processo no registo, para a reclamação de créditos”.

<sup>30</sup> Cfr., só para dois exemplos, o Congresso *The Future of the European Insolvency Regulation*, realizado em Amsterdão, no dia 28 de Abril de 2011 (textos das apresentações disponíveis em <http://www.eir-reform.eu/presentations>) e o Seminário Internacional Conjunto da INSOL Europe e do Ernst Jaeger Institute *Revision of the European Insolvency Regulation*, realizado em Leipzig no dia 14 de Setembro de 2012 (textos das apresentações disponíveis em: <http://www.insol-europe.org/events/2012-events/>).

<sup>31</sup> O âmbito de aplicação do Regulamento foi tema de estudo anterior mas

De acordo com o considerando 10, um dos objectivos do Regulamento foi, de facto, a extensão do seu âmbito de aplicação aos processos que promovem a recuperação de empresas economicamente viáveis mas que se encontram em dificuldades e que concedem uma segunda oportunidade aos empresários. O Regulamento deve, nomeadamente, estender-se aos processos que prevêm a revitalização do devedor numa fase em que existe apenas uma probabilidade de insolvência (processos pré-insolvenciais) ou que mantêm o devedor em situação de controlo total ou parcial dos seus bens e negócios (*debtor-in-possession*). Deve igualmente estender-se aos processos que prevêm o perdão ou o ajustamento das dívidas relativamente aos consumidores e trabalhadores independentes, por exemplo, através da redução do montante a pagar pelo devedor ou da prorrogação do prazo de pagamento que lhe é concedido (entre outros, procedimentos de exoneração do passivo restante). Uma vez que não implicam necessariamente a nomeação de um administrador da insolvência, estes processos deverão ser abrangidos pelo Regulamento se a sua tramitação estiver sujeita ao controlo ou à fiscalização por parte de um órgão jurisdicional, incluindo-se aqui as situações em que o órgão jurisdicional só intervém se for interposto recurso por um credor ou por outras partes interessadas (processos híbridos e *fast-track court approval*).

Cabe, antes de mais, à norma do art. 1.º, n.º 1, realizar (e manifestar) este objectivo. Aí se determina que o Regulamento é aplicável aos processos colectivos públicos de insolvência, incluindo os processos provisórios, com fundamento na lei no domínio da insolvência e nos quais, para efeitos de recuperação, ajustamento da dívida, reorganização ou liquidação: (a) o devedor é total ou parcialmente privado dos seus bens e é nomeado um administrador da insolvência<sup>32</sup>; (b) os bens e negócios do

no quadro da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012 Cfr. Catarina SERRA, “Abrindo’ o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça — Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do Regulamento na perspectiva do Direito português”, in *Para Jorge Leite — Escritos Jurídicos*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 729 e s.

<sup>32</sup> Note-se a definição contida no art. 2.º, 5), onde se apresenta o administrador da insolvência como “qualquer pessoa ou órgão cuja função, inclusive a título provisório, seja: *i*) verificar e admitir créditos reclamados em processos de insolvência, *ii*) representar o interesse coletivo dos credores, *iii*) administrar,

devedor ficam submetidos ao controlo ou à fiscalização por um órgão jurisdicional<sup>33</sup>; ou (c) uma suspensão temporária de ações executivas singulares é ordenada por um órgão jurisdicional ou por força da lei, a fim de permitir a realização de negociações entre o devedor e os seus credores, desde que o processo no qual é ordenada a suspensão preveja medidas adequadas para proteger o interesse colectivo dos credores e, caso não seja obtido acordo, seja preliminar relativamente a um dos processos referidos nas duas hipóteses anteriores. Acrescenta-se que, nos casos em que qualquer dos processos referidos possa ser iniciado em situações em que existe apenas uma probabilidade de insolvência, a sua finalidade deve ser a de evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas actividades. Por fim, determina-se que os processos referidos são enumerados no Anexo A.

Tentando dividir e classificar, dir-se-ia que a norma apresenta, na primeira parte, aquilo a que é possível chamar uma “descrição-base”, ou seja, o conjunto de características gerais dos processos sujeitos ao Regulamento. Eles devem ser, primeiro, processos colectivos, públicos, definitivos ou provisórios, ter fundamento na lei no domínio da insolvência e fim de recuperação, ajustamento da dívida, reorganização ou liquidação. Existem ainda três características adicionais ou complementares que são — sublinhe-se — alternativas entre si: ser o devedor total ou parcialmente privado dos seus bens e nomeado um administrador da insolvência, serem os bens e negócios do devedor submetidos ao controlo ou à fiscalização por um órgão jurisdicional ou ter lugar uma suspensão temporária de ações executivas singulares, ordenada por um órgão jurisdicional ou por força da lei.

Na segunda parte da norma adita-se àquelas características uma nota geral eventual: se houver mera probabilidade de in-

no todo ou em parte, os bens de que o devedor foi privado, *iv*) liquidar os bens referidos na alínea *iii*), ou *v*) supervisionar a administração dos negócios do devedor”. De acordo com a mesma norma, as pessoas e os órgãos em causa são enumerados no Anexo B.

<sup>33</sup> Note-se a definição contida no art. 2.º, 6), segundo a qual, em regra, o órgão jurisdicional é não só o órgão judicial de um Estado-membro mas também qualquer outra autoridade competente de um Estado-membro habilitada a abrir um processo de insolvência, a confirmar esta abertura ou a tomar decisões durante a tramitação do processo.

solvência, o processo deve ter o fim de evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas actividades<sup>34</sup>.

Na terceira e última parte estabelece-se, por fim, um mecanismo que permite a identificação imediata ou automática dos processos abrangidos em cada um dos Estados-membros: a enumeração no Anexo A.

O considerando 9 desempenha uma função importante para a coordenação do art. 1.º com o Anexo A. Atendendo a ele, o Anexo A é o elemento decisivo, funcionando a descrição do art. 1.º, tendencialmente, como critério para determinar se um processo é susceptível de ser incluído no Anexo A<sup>35</sup>. Por outras palavras, os processos que não sejam incluídos no Anexo A não estão sujeitos ao Regulamento ainda que preencham as condições fi-

<sup>34</sup> Diga-se que determinar com exactidão quando existe mera probabilidade de insolvência (*only a likelihood of insolvency*) e, sobretudo, saber se a situação se distingue das situações genericamente denominadas pré-insolvência (*maxime* a insolvência iminente) não é fácil, uma vez que o Regulamento não fornece uma definição. No projecto de Relatório sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Novembro de 2016, para a harmonização do Direito da Insolvência, apresentado pela Comissão dos Assuntos Jurídicos da União Europeia, em 22 de Setembro de 2017, e relatado por Angelika Niebler, propõe-se que, para os efeitos da Directiva, nomeadamente do seu art. 18.º, seja adoptada a seguinte definição: “a situation in which the debtor is not insolvent according to national law but in which there is a real and serious threat to the debtor’s future ability to pay its debts as they fall due”.

<sup>35</sup> Cfr., neste sentido, Kristin van ZWIETEN, in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 59 e 61 e s. De facto, a possibilidade da inclusão, no Anexo A, de processos não originariamente enumerados nunca poderia resultar da definição de processos de insolvência contida no art. 2.º, 4), dado que este apenas remete para a lista dos já incluídos. O facto de a definição se reconduzir a uma remissão para o Anexo A pode suscitar algumas reservas. Veja-se também, por exemplo, Jean-Luc VALLENS (“The Future of the European Regulation on Insolvency Proceedings”, in Rebecca PARRY, ed., *The Reform of International Insolvency Rules at European and National Level — Papers from the INSOL Europe Academic Forum / Milan Law School Joint Insolvency Conference, University of Milan Law School, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011*, 2011, 121), que formula a seguinte pergunta: “Is it [the definition of insolvency proceedings] a real definition? It is only mentioned in the scope of the Regulation (EIR, Art.1) but not in the provision aimed at the definitions (EIR, Art.2)”. A definição por via de remissão torna-se, contudo, mais fácil de aceitar se se tiver em conta que, como salienta Rui Pinto DUARTE (*Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coimbra: Almedina, 2000, 74), “por meio das definições legais (...) a intenção específica da lei é dar critérios de decisão, que, ao apresentar definições, a lei não pretende dizer o que os definidos são, mas sim em que circunstâncias as suas previsões se aplicam”.

xadas no art. 1.º<sup>36</sup>. Correspectivamente — pode já adiantar-se — os processos que sejam incluídos no Anexo A estão sujeitos ao Regulamento ainda que não preencham aquelas condições e só por erro tenham sido incluídos<sup>37</sup>.

Dos requisitos que, de acordo com o art. 1.º, é preciso que os processos de insolvência preencham para serem elegíveis para o Anexo A, cumpre destacar dois: que os processos sejam públicos e colectivos.

Considerando, em particular, os reflexos no Direito português, em face do requisito de que os processos sejam públicos<sup>38</sup>, deve concluir-se que estão em condições de ser abrangidos o processo de insolvência e o PER, sendo estes, aliás, os processos que estão enumerados no Anexo A, no capítulo respeitante a Portugal). Em contrapartida, fica excluído o SIREVE, uma vez que este é, como se sabe, um processo confidencial (cfr. art. 21.º-B do DL n.º 178/2012)<sup>39</sup>. A conclusão é confirmada pela leitura dos considerandos 12 e 13. No considerando 13, encontra-se, aliás, a justificação para a exclusão dos processos deste tipo. Diz-se aí que, apesar de estes processos poderem desempenhar um papel importante em alguns Estados-membros, a sua natureza confidencial impede que um credor ou um órgão jurisdic-

<sup>36</sup> Acresce que ao contrário do que acontecia no domínio do Regulamento 1346/2000, não existem no Regulamento 2015/848 regras sobre a inclusão de novos processos no Anexo A. Cfr., sobre isto, Kristin van ZWIETEN, in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 62 e s.

<sup>37</sup> Segundo Reinhard BORK (in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 24), a função desempenhada pelo Anexo A aumenta a segurança / certeza, bastando a consulta do Anexo para um Estado-membro verificar se um processo está ou não sujeito ao Regulamento. No entanto, como admite o autor, ela dá margem à inclusão de processos que não preenchem os requisitos das definições contidas nos arts. 1.º e 2.º. Note-se que esta última norma define noções essenciais à caracterização dos processos de insolvência levada a cabo pela primeira (processo colectivo, devedor não desapossado, administrador da insolvência, órgão jurisdicional, etc.).

<sup>38</sup> Sobre este requisito cfr. Kristin van ZWIETEN, in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 67.

<sup>39</sup> Também estará excluído, presumivelmente, o RERE. O art. 8.º, n.º 1, da Proposta de Lei que aprova o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas determina que o acordo de reestruturação é, em princípio, confidencial (salvo se as partes acordarem expressamente no texto do acordo em conferir-lhe publicidade, no todo ou em parte) e o art. 9.º, n.º 4, da Proposta confirma-o. Cfr. ainda o art. 20.º, n.ºs 1 e 3, da Proposta.



cional situado noutro Estado-membro tenha conhecimento da sua abertura, tornando, assim, difícil prever o reconhecimento dos seus efeitos em toda a União<sup>40</sup>.

Quanto à exigência de que os processos sejam colectivos<sup>41</sup>, ela requer maior atenção. Se se considerar apenas a definição contida no art. 2.º, 1), segundo a qual processos colectivos são “os processos de insolvência em que estão em causa todos ou *uma parte significativa dos credores* do devedor, desde que, neste último caso, os processos não afetem os créditos dos credores que neles não participam”<sup>42 43</sup>, a exigência pode causar alguma perplexidade. Como se sabe, são poucos os processos em que participam todos os credores e muitos aqueles em que, apesar disso, são afectados os créditos dos não participantes. Pense-se nos efeitos (universais) do plano de recuperação aprovado e homologado em PER.

A verdade é que a expressão “parte significativa dos credores” deve ser interpretada à luz do disposto no considerando 14<sup>44</sup>. Percebe-se, então, que aquilo que se exige é que os processos incluam os credores a quem o devedor deve “uma parte substancial

do montante das suas dívidas pendentes<sup>45</sup>”, não se impedindo que incluam apenas alguma(s) categoria(s) determinada(s) de credores, como, *expressis verbis*, a dos credores financeiros<sup>46</sup>, desde que estes representem aquela parte substancial do passivo.

Face a isto, pode concluir-se que estão excluídos os processos / instrumentos que sejam exclusivos de credores individuais, como acontece, no Reino Unido, com a *receivership*<sup>47</sup>.

Já quanto aos demais processos (aqueles em que participam os credores a quem o devedor deve uma parte substancial do montante das suas dívidas pendentes), as dúvidas não ficam ultrapassadas. A condição de que não sejam afectados os créditos dos credores que não participam não é rigorosamente compatível com a maioria dos processos ditos “híbridos”<sup>48</sup>, em que hoje se concentram (quase) todas as expectativas de recuperação em situações pré-insolvenciais<sup>49 50</sup>. Um dos maiores atractivos deste tipo de instrumentos é, justamente, a susceptibilidade de os créditos dos credores não participantes serem afectados. Estarão estes processos necessariamente fora do Regulamento?

<sup>40</sup> Advirta-se que só são confidenciais, para estes efeitos, os processos qualificados legalmente como confidenciais e não os processos confidenciais por mera vontade das partes, nada justificando que o âmbito da ressalva se estenda a estes. Tendo presente que é mais fácil atingir um consenso quando os credores são poucos (sobretudo por causa da homogeneidade ou convergência dos seus interesses económicos), é habitual o esforço para, pelo menos numa fase inicial, circunscrever certos processos à participação de apenas de alguns sujeitos (o devedor e os maiores credores), ou seja, para tornar os processos “socialmente” confidenciais. Veja-se, por exemplo, os *INSOL Principles* onde, a propósito da expressão “todos os credores relevantes” (*all relevant creditors*), utilizada no primeiro princípio e ao longo do documento, se comenta que, sendo desejável que a recuperação envolva todos os credores pois a sua cooperação é necessária, por vezes, é vantajoso reduzir o número de participantes. Mas, se é verdade que tudo se torna mais fácil quando os credores são poucos e têm interesses convergentes, só excepcionalmente se justifica que, para atingir um acordo relativamente a uma situação que afecta, pelo menos indirectamente, múltiplos sujeitos, se retire a alguns deles a possibilidade de participar.

<sup>41</sup> Para um comentário cfr. Kristin van ZWIETEN, in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 67 e s. e 98 e s.

<sup>42</sup> Itálicos nossos.

<sup>43</sup> A exigência de que os processos fossem colectivos já existia no Regulamento 1436/2000; o que não existia era uma (esta) definição.

<sup>44</sup> O que confirma, mais uma vez, que, apesar do carácter não vinculativo, os considerandos desempenham uma função essencial.

<sup>45</sup> Pendentes (*outstanding*) não significa, em princípio, vencidas, sob pena de ficarem excluídos do âmbito de aplicação do Regulamento os processos pré-insolvenciais. Cfr., neste sentido, Gabriel MOSS / Tom SMITH, in Gabriel MOSS / Ian F. FLETCHER / Stuart ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2016, 423.

<sup>46</sup> Por isso a Espanha conseguiu incluir no Anexo A do Regulamento o *procedimento de homologación de acuerdos de refinanciación*, em que participam apenas os credores financeiros (*acreedores financieros*).

<sup>47</sup> Cfr., neste sentido, Ian F. FLETCHER, in Gabriel MOSS / Ian F. FLETCHER / Stuart ISAACS, *The EU Regulation on insolvency proceedings*, 48-49.

<sup>48</sup> Os processos híbridos (*hybrid proceedings*) aliam as vantagens do ambiente negocial / extrajudicial às vantagens da aplicação da regra do consentimento colectivo (da maioria), característica dos processos judiciais de insolvência. A sua função económica é reduzir as resistências ou os bloqueios por parte de certos credores. Cfr., sobre isto, Catarina SERRA, “A contratualização da insolvência: *hybrid procedures* e *pre-packs* (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, in *II Congresso — Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, 265 e s.

<sup>49</sup> Segundo o mesmo considerando, os processos que não incluam todos os credores devem ter fim de recuperação.

<sup>50</sup> Sem que isso resolva a questão central, sempre se diz que, segundo Kristin van ZWIETEN [in Reinhard BORK / Kristin van ZWIETEN, *Commentary on the European Insolvency Regulation*, 69 (e nota 58)], a não afectação deve implicar apenas a não alteração formal dos créditos, não abrangendo as limitações processuais que atingem os credores.

Considerando os processos já incluídos no Anexo A, a resposta tem de ser negativa. No que toca a Portugal, são enumerados, como se viu, o processo de insolvência e o PER. Face ao que se expôs, não há dúvidas de que estes processos são abrangidos pelo Regulamento. E todavia, o PER é exemplo daqueles processos híbridos (afecta créditos de credores não participantes)<sup>51</sup>.

O caso português é ilustrativo do risco de desconformidades entre os processos admitidos à enumeração no Anexo A e as normas delimitadoras do âmbito de aplicação do Regulamento [art. 1.º, n.º 1, em articulação com o art. 2.º, 1)] e demonstra ou confirma a (surpreendente) insignificância prática que, no confronto com o Anexo, têm estas normas.

---

<sup>51</sup> Já se viu que, em princípio, o RERE estará excluído do âmbito de aplicação do Regulamento, atendendo a que, em regra, tem carácter confidencial. A verdade é que as partes podem acordar expressamente conferir publicidade, no todo ou em parte, ao acordo de reestruturação (cfr. art. 8.º, n.º 1, *in fine*, da Proposta de Lei que aprova o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas), o que obriga a equacionar a questão do carácter colectivo e, designadamente, a ver se a condição de que não sejam afectados os créditos dos credores que não participam se verifica. Ora, apesar de as modificações contidas no acordo de reestruturação do RERE vincularem, em regra, apenas as partes signatárias (art. 6.º, n.º 5, da Proposta), é possível estender as modificações contidas no acordo a não signatários (art. 16.º da Proposta), admitindo-se que o devedor peça a homologação judicial quando os participantes / aderentes ao acordo de reestruturação representem as maiorias do art. 17.º-I, n.º 1, do CIRE. Nesta hipótese, o RERE configura também um processo colectivo no sentido do art. 1.º, n.º 1, em articulação com o art. 2.º, 1), e o considerando 14, mas em que, tal como no PER, a condição não é rigorosamente respeitada.

# A REFORMA DO CIRE E AS PME

*Alexandre de Soveral Martins*

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Instituto Jurídico

## 1. Nota prévia

As alterações recentes introduzidas no CIRE não tornam fácil a tarefa de identificar o que pode ali ter especial interesse para as PME e, sobretudo, para as micro-empresas. Mesmo estas últimas, de acordo com a Recomendação de 6.5.2003, são definidas como as que empregam menos de 10 pessoas e têm volume de negócios anual ou balanço total anual que não excede 2 milhões de euros. No entanto, é possível encontrar na reforma do CIRE normas que, podendo abranger também a grande empresa, terão consequências mais significativas para as restantes. Uma, sob a ótica da PME devedora. Outras, da PME credora. Uma, podem ser vantajosas para a PME, enquanto outras trarão consigo desvantagens. É disso que iremos falar.

## 2. Do PER ao PEPAP, passando pela empresa, pela pessoa singular, pelo comerciante, pelo não comerciante, pelo não empresário...

A primeira grande alteração que podemos destacar diz respeito ao âmbito de aplicação do PER. O PER passou a aplicar-se

apenas à empresa, enquanto o PEPAP apenas diz respeito ao devedor que não é empresa. No entanto, a terminologia não deixa de ser equívoca. O devedor é que deveria ser visto como empresário ou não empresário. E pode ser empresário pessoa coletiva ou empresário pessoa singular.

O preâmbulo do DL 79/2017 não é uma grande ajuda. Ali se lê o seguinte: «desenhou-se um PER dirigido às empresas, sem abandonar o formato para as pessoas singulares não titulares de empresa ou comerciantes». Parece, assim, que o espírito da lei terá sido o de abranger ainda no PER as pessoas singulares titulares de empresas. E veja-se que no preâmbulo a empresa surge como algo que pode ser da titularidade de um sujeito: não aparece como o próprio sujeito. Ao contrário do que vemos suceder nos arts. 17.º-A e ss., em que parece ser desrespeitada a noção de empresa do art. 5.º, como aliás já foi posto em evidência pelo Doutor Coutinho de Abreu num outro momento. De qualquer modo, o preâmbulo só faz aumentar a confusão quando, ao lado da pessoa singular não titular de empresa, coloca também a pessoa singular não comerciante. Então, para onde vai a pessoa singular comerciante não empresária? Para o PER ou para o PEPAP? Eu diria: para o PEPAP. Que também vai abranger pessoas coletivas que não sejam empresárias: veja-se o art. 222.º-D, 11.

O que me parece certo é que as pessoas singulares empresárias podem recorrer ao PER. E essas pessoas singulares serão, muito provavelmente, titulares de PME.

### **3. A declaração de contabilista ou ROC e o requerimento de PER**

Outra grande alteração que podemos destacar diz respeito aos requisitos que o art. 17.º-A, 2, do CIRE passou a exigir para que seja apresentado o requerimento de abertura de um PER.

Como muitos saberão, com as alterações de 2017 o requerimento tem que ser acompanhado de declaração subscrita por contabilista certificado ou ROC sempre que a revisão de contas seja

legalmente exigida. Essa declaração deve atestar que o devedor não se encontra em situação de insolvência atual.

Embora eu concorde com a alteração, é inevitável pensarmos que isto poderá obrigar à realização de mais uma despesa: a que diz respeito aos honorários do contabilista ou ROC. E, evidentemente, isso terá maiores repercussões nas pequenas empresas (como o terá a necessidade de entregar a proposta de plano de recuperação e a descrição da situação patrimonial, financeira e reditícia da empresa – art. 17.º-C, 3, c)).

### **4. Os serviços públicos essenciais e as negociações no PER**

Também será certamente útil para as PME a não suspensão dos serviços públicos essenciais durante o período em que perdurarem as negociações no âmbito do PER. Com efeito, essa é uma alteração introduzida no art. 17.º-E, 8, e terá sido bem acolhida pelas empresas. Sendo certo que provavelmente serão as micro e pequenas empresas que não terão já liquidez para pagar aquelas prestações.

### **5. A PME credora e o plano de recuperação apresentado no PER**

O art. 17.º-F contém alterações de monta no que diz respeito à forma de reagir perante um plano de recuperação apresentado pela empresa devedora no PER e que, na perspetiva do credor, não deva ser homologado.

Está agora previsto no n.º 1 do art. 17.º-F que a empresa devedora tem de depositar no tribunal a versão final do plano de revitalização e que será publicada no CITIUS a indicação do depósito. De acordo com o n.º 2, qualquer credor tem então um prazo para alegar, designadamente, circunstâncias suscetíveis de levar à sua não homologação. A empresa devedora pode então alterar o plano e depositar a nova versão.

Findo o prazo para esse efeito, é publicado no CITIUS um anúncio advertindo da junção ou não junção da nova versão. A partir da publicação corre o prazo de votação de 10 dias. Este

prazo é destinado não apenas à votação, mas também à solicitação por qualquer interessado da não homologação do plano. É o que se lê no art. 17.º-F, 3. O que significa que se pode estar a solicitar a não homologação antes de se saber se o plano foi ou não aprovado. Isto pode poupar trabalho aos Senhores Juizes, mas complica a vida aos Senhores Advogados e aumentará o valor da fatura a apresentar aos clientes.

Na perspetiva das PME credoras, o que dissemos interessa porque são muitas vezes as pequenas empresas que não têm força negocial para ditar o sentido do plano que será sujeito a votação. Serão também elas que poderão querer apelar ao tribunal para que seja corrigido o que, na sua ótica, está mal. As grandes credoras já terão negociado o conteúdo do plano de recuperação.

E isto é tanto mais importante quanto o art. 17.-F, 10, estabelece 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» que nomeia o AJP.

Existe, aliás, um regime semelhante ao do art. 17.º-F, 3, no art. 222.º-F, 2, para o PEPAP. E também podemos estar aqui a falar de uma PME credora de uma entidade que não é empresária e que recorreu ao PEPAP.

As semelhanças entre o PER e o PEPAP são tão grandes que ainda ninguém deve ter percebido por que razão não se manteve apenas o PER, com adaptações pontuais consoante o devedor em causa. Mas é pena que no PER não se tenha feito a aproximação ao PEPAP no que diz respeito ao art. 222.º-G, 5. É que neste artigo abre-se a possibilidade de, formulando o AJP o pedido de insolvência, ser ainda requerida a exoneração do passivo restante. Ora, um devedor pessoa singular empresário também pode requerer a exoneração do passivo restante. É algo que não está previsto no art. 17.º-G. Isto, obviamente, pressupondo que o PER também pode ser usado por pessoas singulares empresárias. Digo pressupondo, porque temos de aguardar para ver o que os tribunais decidirão.

## 6. Citações e formulários

No art. 37.º, 4, é introduzida uma alteração que tem em vista adaptar o CIRE ao novo Regulamento 2015/848 (NR), já analisado hoje com grande profundidade pela Senhora Doutora Catarina Serra. É ali estabelecido que os credores com residência habitual, domicílio ou sede estatutária noutra Estado-Membro serão citados por carta registada, nos termos do art. 54.º do NR. E os credores de outros Estados-Membros podem ser PME. O facto de a citação ter lugar por carta registada poupa tempo e recursos na tentativa de acompanhar a situação do devedor.

Também podem ter importância para as PME, as alterações introduzidas no art. 128.º. Regula-se aí a apresentação de reclamações de créditos por credores da insolvência que não estejam patrocinados e permite-se o recurso a formulários. Tratando-se de processos a que seja aplicável o Regulamento 2015/848, o n.º 4 prevê também, por força daquele instrumento europeu, a utilização de formulários-tipo. A possibilidade de recurso a esses formulários levará a que algumas PME pensem em poupar o dinheiro que poderiam ter que gastar com honorários de advogados. Mas o barato pode sair caro.

## 7. O encerramento do processo de insolvência e a exoneração do passivo restante

A alteração mais complicada de explicar, mas que pode ter grande interesse prático, é a que respeita ao art. 233.º. Este preceito surge integrado nas normas relativas ao encerramento do processo de insolvência. O novo n.º 7 vem estabelecer que o «encerramento do processo de insolvência nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 230.º, quando existam bens ou direitos a liquidar, determina unicamente o início do período de cessão do rendimento disponível».

Trata-se, portanto, de um preceito que só pode ser compreendido se tivermos ainda em conta que está em causa um processo

de insolvência em que existe um incidente de exoneração do passivo restante. A exoneração do passivo restante apenas diz respeito, entre nós e por enquanto, a pessoas singulares. Mas essas pessoas singulares podem ser empresários: vale por dizer, podem explorar uma empresa. Se o fazem como empresários em nome individual, é muito provável que as empresas sejam pequenas, ou micro, ou nano-empresas.

Pois bem, o que resultava do art. 230.º era que o encerramento do processo de insolvência tinha lugar, pelo menos, no despacho inicial de exoneração do passivo restante.

Como é sabido, este regime suscitou muitas dúvidas relativamente aos casos em que se chegava à altura de proferir o despacho inicial referido e ainda havia bens suficientes para se continuar com ou avançar para a liquidação. Isto porque, de acordo com o art. 239.º, 2, do CIRE, o período da cessão de rendimentos ao fiduciário é subsequente ao encerramento do processo.

Tínhamos, assim, uma situação complicada. No momento de proferir o despacho inicial no incidente de exoneração do passivo restante ainda havia, no processo de insolvência, bens para liquidar e este não estava encerrado. Se o juiz cumpria o disposto no art. 230.º, 1, e), encerrava o processo de insolvência sem que neste tivesse terminado a liquidação dos bens do devedor e iniciava-se o período da cessão. Sucede, porém, que poderíamos estar a falar de bens de valor, por um lado, e de rendimentos reduzidos, por outro. Se se produzissem os restantes efeitos do encerramento do processo de insolvência previstos no art. 233.º, o devedor ficaria muito contente e os credores muito aborrecidos.

Note-se também o seguinte: o despacho inicial no incidente de exoneração do passivo restante é proferido na assembleia de apreciação do relatório ou nos 10 dias subsequentes. Isto, naturalmente, pressupondo que houve essa assembleia, pois se não houve o prazo é diferente. Tendo em conta que o art. 158.º estabelece que o começo da venda dos bens se dá após o trânsito em julgado da sentença declaratória da insolvência e depois de realizada a assembleia de apreciação do relatório, não haverá

normalmente tempo para liquidar tudo antes do despacho inicial no incidente de exoneração do passivo restante.

A jurisprudência estava dividida. No Ac. RC de 18.10.2016 (Desembargador Fonte Ramos), por exemplo, entendeu-se que o período da cessão podia ocorrer antes do encerramento e depois do despacho inicial. Na minha opinião, o Acórdão da RP de 24.1.2017 (Desembargadora Márcia Portela), consagrava a melhor solução, citando boa doutrina. Aí se entendeu que, havendo bens para liquidar na data de proferir despacho inicial, o encerramento teria lugar após rateio final (230.º, 1, a)). Só então o período da cessão começaria a contar.

Carvalho Fernandes e João Labareda<sup>1</sup> sustentaram que, havendo património a liquidar, o despacho inicial no incidente de exoneração não deveria declarar o encerramento do processo de insolvência.

Eu também defendi uma interpretação restritiva do art. 230.º, 1, e). Os argumentos eram simples. Como a Professora Catarina Serra demonstrou em obra publicada, o art. 230.º, 1, e), terá surgido por causa do regime contido no art. 248.º, em que se estabelece um diferimento do pagamento das custas na parte em que a massa insolvente e o seu rendimento disponível durante o período da cessão sejam insuficientes para o pagamento integral das próprias custas. Sublinho: a massa insolvente e o rendimento disponível nem sequer davam para pagar as custas. Porém, o n.º 6 do art. 232.º não permite encerrar o processo de insolvência por insuficiência da massa se o devedor beneficia do referido diferimento de pagamento das custas. O encerramento do processo de insolvência previsto no art. 230.º, 1, e), permitiria encerrar esse processo de insolvência no despacho inicial do incidente de exoneração. Repito: num caso em que a massa insolvente e o rendimento disponível não davam sequer para pagar as custas.

Mas se esse era o espírito do art. 230.º, 1, e), não faria sentido aplica-lo aos casos em que a massa insolvente se encontrava mais recheada; aos casos em que a situação da massa permitia avançar com a liquidação e pagar aos credores.

<sup>1</sup> *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* anotado, 3.ª ed., Lisboa: Quid Iuris, 2015, 829.

Claro que não estamos a falar das situações em que os únicos bens que surgiam eram os rendimentos da atividade do devedor. Isto porque o art. 182.º, 1, estabelece que «o encerramento da liquidação não é prejudicado pela circunstância de a atividade do devedor gerar rendimentos que acresceriam à massa». Não há, assim, o risco de o processo de insolvência se prolongar para todo o sempre (não se vai manter aberto se apenas vão surgindo esses rendimentos).

Eu dizia também, no meu *Curso de Direito da insolvência*, que poderia haver quem entendesse que, havendo bens para liquidar, a solução passaria por admitir o que eu chamei um «encerramento pequenino». Um encerramento que não produziria todos os efeitos do art. 233.º.

E a verdade é que a alteração introduzida no art. 233.º, 7, vai nesse sentido. Diz esse novo número que o «encerramento do processo de insolvência nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 230.º, quando existam bens ou direitos a liquidar, determina unicamente o início do período de cessão do rendimento disponível».

A solução agora moldada em lei carece de alguns esclarecimentos.

Antes de mais, embora no dito preceito se escreva que o encerramento no despacho inicial do incidente de exoneração determina unicamente o início do período de cessão, isso não quer dizer que, a partir daí, só se pratiquem os atos relacionados com essa cessão. A palavra «unicamente» significa apenas, a meu ver, que os outros efeitos do encerramento previstos no art. 233.º não se produzem. Como há bens a liquidar, deve proceder-se a essa liquidação no processo de insolvência.

*Mas quando é que se produzem os restantes efeitos do encerramento? Ou não se produzem? É necessário ter em conta que estarão a correr paralelamente a liquidação da massa e o incidente de exoneração do passivo restante, tendo-se também iniciado o período de cessão. Julgo, por isso, que a produção dos restantes efeitos do encerramento terá lugar em função do que suceder de um ou de outro lado.*

Além disso, o novo art. 233.º, 7, também não esclarece se, *depois da decisão de encerramento prevista no art. 230.º, 1, e)*, será ou não necessária uma outra decisão de encerramento para que se produzam os restantes efeitos do encerramento. Da sua letra parece

retirar-se que não. Mas, se assim é, a identificação do momento da produção desses restantes efeitos exige algum cuidado.

Vamos supor que foi proferido o despacho inicial no incidente de exoneração do passivo restante e que ainda havia bens ou direitos para liquidar no processo de insolvência. Podemos adiantar algumas hipóteses e as correspondentes propostas de solução.

Primeira hipótese: no processo de insolvência tem lugar o rateio final antes da decisão final de exoneração. Se no processo de insolvência forem integralmente satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência, no incidente de exoneração aplica-se o art. 243.º, 4: «O juiz, oficiosamente ou a requerimento do devedor ou do fiduciário, declara também encerrado o incidente logo que se mostrem integralmente satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência». No processo de insolvência, o rateio final deve levar à produção dos restantes efeitos do encerramento, por analogia com o disposto nos arts. 230.º, 1, a), e 233.º, 1. Se no processo de insolvência não forem integralmente satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência, o incidente de exoneração prosseguirá.

Segunda hipótese: A decisão final da exoneração tem lugar antes de terminar a liquidação no processo de insolvência. Nesse caso, a decisão final da exoneração pode levar à extinção de todos os créditos sobre a insolvência. Cessando a situação de insolvência, quando é que se produzem os restantes efeitos do encerramento? Note-se que o processo de insolvência corre para que nele tenha lugar a liquidação. A solução passará pela aplicação, por analogia, do disposto no art. 230.º, 1, c), tornando necessário o pedido de devedor? Não seria mais adequado considerar que o processo de insolvência se extingue por inutilidade superveniente da lide? Vejamos agora os casos em que há créditos que não se extinguem com a decisão final de exoneração (art. 245.º, 2). Se esses créditos existirem, a decisão de exoneração não leva à produção dos restantes efeitos do encerramento do processo de insolvência. O processo de insolvência deve prosseguir para que a liquidação tenha lugar.

A nova solução legal complica a vida do intérprete. Veio consagrar uma via que tinha sido aceite por uma parte da jurisprudência. Mas fá-lo por caminhos complicados. E, na verdade, era possível chegar ao mesmo resultado por avenidas muito mais largas. Podia-se ter alterado o regime da exoneração do passivo restante em

vez de mexer no do encerramento. Podia-se ter dito que o regime de exoneração do passivo restante seguiria determinados passos no caso de haver bens a liquidar na data do despacho inicial, e seguiria outros passos no caso de não haver. Se havia bens a liquidar, podia-se dizer, por exemplo, que a liquidação não impedia que, antes do encerramento do processo, se iniciasse o período da cessão de rendimentos ao fiduciário. Por outro lado, esclarecia-se o âmbito de aplicação do art. 230.º, 1, e). E estava tudo resolvido.



# OS TRABALHADORES DAS PME E A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA

*Catarina Gomes Santos*

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## **1. Notas introdutórias**

Endereço, em primeiro lugar, uma palavra de agradecimento ao Senhor Professor Doutor Alexandre Soveral Martins pelo honroso convite que me foi dirigido para integrar esta meritória iniciativa do Grupo v de Investigação do Instituto Jurídico da nossa Faculdade, e, assim, ter a oportunidade de partilhar o painel com alguns dos mais prestigiados cultores do Direito da Insolvência.

Quanto ao tema da minha intervenção, foi-me indicado como mote “Os trabalhadores das PME e a Reforma do Direito da Insolvência.”

A este propósito, dir-se-á que a mais recente alteração ao regime do CIRE, introduzida pelo DL n.º 79/2017, de 30 de junho, escalpelizada com assinalável clareza nas intervenções anteriores, introduz um reforço de exigência quanto à utilização de mecanismos pré-insolvenciais, máxime do PER, visando garantir uma efetiva recuperação do devedor. Diga-se que um tal objetivo se apresenta claramente favorável aos interesses dos trabalhadores,

enquanto ativos da empresa e credores da mesma. A manutenção da empresa (revitalizada) em atividade permitirá assegurar não apenas a subsistência dos postos de trabalho, como também a satisfação integral e atempada dos créditos laborais.

A minha intervenção cingir-se-á, porém, a uma breve análise da posição dos trabalhadores no âmbito do processo de insolvência, propriamente dito, pressupondo, por isso, a situação de insolvência processualmente declarada.

Dado o âmbito do Colóquio, será feita alusão, quando se justifique, às especificidades colocadas no âmbito das PME, que, como se sabe, compõem quase exclusivamente a tessitura empresarial do nosso país.

## 2. Direito da Insolvência vs. Direito do Trabalho

Direito da Insolvência e Direito do Trabalho prosseguem objetivos (potencialmente) antagónicos: a saber, a satisfação dos interesses dos credores (não necessariamente pela via da recuperação da empresa), com a desejada contenção de despesas (art. 1.º CIRE), por contraposição à continuidade dos vínculos laborais e conseqüente tendencial perpetuação dos custos associados (art. 53.º CRP), respetivamente.

O desafio é, portanto, nestas matérias em que o Direito da Insolvência se “encontra” com o Direito do Trabalho, encontrar soluções que representem um ponto de equilíbrio entre aqueles interesses contrapostos, o que nem sempre se revela fácil.

## 3. Efeitos da declaração de insolvência (do empregador) sobre os contratos de trabalho

### 3.1. Regime normativo aplicável

O CIRE apenas regula a hipótese de insolvência do trabalhador, prevendo, no respetivo art. 113.º, que o contrato de trabalho não se suspende, solução óbvia e desejável. Na verdade, a prestação de trabalho continua a ser possível e é, mesmo, de

todo o interesse (para os credores) que o insolvente continue a angariar pelos próprios meios a sua fonte de subsistência.

Não existe no CIRE qualquer norma que se refira expressamente à insolvência do empregador, pelo que, perante esta lacuna, surge a divergência em relação ao regime jurídico que ditará a solução a aplicar ao destino dos contratos de trabalho dos trabalhadores ao serviço do insolvente.

Alguma doutrina defende a aplicação do art. 111.º CIRE, referente aos contratos de prestação duradoura de serviços, resultando assim que os contratos de trabalho não se suspenderiam<sup>1</sup>, mas poderiam ser denunciados, por qualquer das partes, e, em especial, pelo administrador de insolvência em representação do empregador insolvente, nos termos do art. 108.º CIRE, ou seja, desde que respeitado um pré-aviso de 60 dias.

Contra esta solução são apontados vários argumentos críticos, designadamente:

1. Argumento literal / dogmático: o art. 111.º do CIRE refere-se ao contrato de prestação de serviços, que é um negócio jurídico completamente distinto do contrato de trabalho.
2. Argumento constitucional: a possibilidade de livre denúncia dos contratos de trabalho pelo administrador de insolvência conflitua com a proibição dos despedimentos imotivados, princípio constitucional, consagrado no art. 53.º CRP.
3. Argumento teleológico: a livre denúncia dos contratos de trabalho não promove a continuação da exploração da empresa, que constitui um dever do administrador de insolvência, nos termos do art. 55.º, n.º 1, al. b) CIRE.

Nesta sequência, o entendimento maioritário é no sentido da aplicação do art. 347.º do CT para dar resposta à questão da sorte dos contratos de trabalho em face da declaração de insolvência do empregador. Na verdade, como destaca Soveral Martins, o Código do Trabalho é posterior ao CIRE e contém norma

<sup>1</sup> Assim excepcionando o princípio geral aplicável aos negócios em curso, previsto no art. 102.º CIRE, do qual resulta a suspensão do cumprimento dos mesmos até que o administrador da insolvência decida se opta pela execução ou se recusa cumprí-los.

especial nesta matéria. O CIRE não regula, nem pretendeu regular esta matéria, que encontra, antes, previsão específica no CT.

Do n.º 1 do art. 347.º CT resulta, como princípio geral, a intangibilidade dos contratos de trabalho pela declaração de insolvência da entidade empregadora. Desta forma, a declaração de insolvência do empregador não implica direta e automaticamente a cessação dos contratos de trabalho em vigor na empresa, devendo, ao invés, o administrador de insolvência “continuar a satisfazer integralmente as obrigações para com os trabalhadores enquanto o estabelecimento não for encerrado.”

### **3.2. Os destinos possíveis da empresa e, conseqüentemente, dos contratos de trabalho**

Da leitura do art. 347.º CT — que, como se disse, entendemos ser de aplicar neste âmbito-, é possível concluir que o destino dos contratos de trabalho em vigor à data da declaração da insolvência do empregador dependerá da decisão a ser tomada quanto à empresa, pela assembleia de credores em sede de apreciação do relatório (art. 156.º, n.º 2 CIRE) ou, excecionalmente, de forma antecipada, pelo administrador de insolvência (art. 157.º CIRE).

#### *3.2.1. Manutenção em atividade*

*i).* Nesta hipótese, a satisfação dos interesses dos credores é feita através dos rendimentos gerados pelo funcionamento da empresa e, como tal, os contratos de trabalho em vigor continuarão a ser executados em condições de normalidade. E, até decisão definitiva da assembleia de credores, recai mesmo sobre o administrador da insolvência o dever de promover a “continuação da exploração da empresa”: art. 55.º, n.º 1, al. *b*) CIRE.

*ii).* Porém, o administrador da insolvência pode fazer cessar os contratos de trabalho dos trabalhadores “cuja colaboração não seja indispensável ao funcionamento da empresa” (art. 347.º, n.º 2 CT). Não se trata de uma situação de caducidade dos contratos de trabalho, na medida em que a receção da pres-

tação continua a ser possível<sup>2</sup>, apenas não se afigurando conveniente para a rentabilização da empresa... dir-se-á: é dispensável. Fala-se a este propósito, da “dispensabilidade” enquanto nova e autónoma causa de resolução do contrato de trabalho.

Não havendo critérios legais que balizem esse juízo de conveniência / inconveniência, o mesmo reveste-se, inevitavelmente, de alguma dose de discricionariedade. Assim, o administrador da insolvência decidirá tendo em conta o provável destino da empresa.

Os trabalhadores afetados por aquela decisão receberão, para além dos créditos vencidos e exigíveis por força da cessação do contrato de trabalho, a compensação prevista no art. 366.º CT para as hipóteses de despedimento coletivo<sup>3</sup>: art. 347.º, n.º 5 CT.

De acordo com o art. 347.º, n.º 3 CT, a cessação destes contratos de trabalho (dos trabalhadores “não indispensáveis”) “deve ser antecedida do procedimento previsto nos artigos 360.º e seguintes, com as necessárias adaptações”. Assim, o administrador da insolvência deverá respeitar as fases de comunicação, informação / negociação e decisão, consagradas legalmente para as hipóteses de despedimento coletivo, “com as necessárias adaptações”, exceto quando se trate de microempresas<sup>4</sup>, hipótese em que tal exigência é dispensada (art. 347.º, n.º 4 CT).

Saber quais são as “necessárias adaptações” a empreender nestes casos é uma *vexata quaestio*, com destaque para os seguintes pontos:

- Na comunicação, bastará invocar, como fundamento para a cessação dos contratos de trabalho, a situação de insolvência e a dispensabilidade dos trabalhadores em causa;
- Suprimir-se-á a fase de informações e negociação, porquanto o administrador da insolvência está impedido de agravar a situação patrimonial da empresa: art. 360.º, *f*) CT e art. 55.º, n.º 1, al. *b*) CIRE?
- Dispensa-se a obrigatoriedade da realização do pa-

<sup>2</sup> Só o encerramento total e definitivo da empresa traduz essa impossibilidade.

<sup>3</sup> E que, desde a Lei 69/2013, de 30 de agosto, corresponde a 12 (!) dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, sem prejuízo da aplicação das regras de cálculo fracionado relativamente aos contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor deste diploma, previstas nos arts. 5º e 6º da Lei 69/2013, de 30 de agosto.

<sup>4</sup> Empresas com menos de 10 trabalhadores: art. 100.º, n.º 1, al. *a*) CT.

gamento da compensação e dos créditos, vencidos e exigíveis por efeito da cessação, até ao termo do aviso prévio, exigida como condição geral de licitude do despedimento objetivo: o art. 363.º, n.º 5 CT excepciona, expressamente, os casos do art. 347.º CT.

- Parece ser de exigir, em qualquer caso, a comunicação prévia da intenção de proceder ao despedimento e, depois, a comunicação da decisão de despedimento propriamente dita, isto de modo a evitar uma rutura abrupta da relação laboral e, assim, minimizar, tanto quanto possível, os danos resultantes para o trabalhador da perda do emprego.

*iii).* O administrador da insolvência pode ainda “contratar a termo certo ou incerto os trabalhadores necessários à liquidação da massa insolvente ou à continuação da exploração da empresa”: art. 55.º, n.º 4 CIRE.

Tais contratações só poderão ser efetuadas se, por um lado, os trabalhadores da empresa não se mostrarem suficientes ou habilitados a desempenhar as tarefas em causa — considerando o já aludido dever de não agravamento da situação económica da empresa que recai sobre o administrador da insolvência (art. 55.º, n.º 1, al. *b*) CIRE) -, e, por outro, na generalidade dos casos, desde que não tenham sido anteriormente despedidos “trabalhadores dispensáveis” (art. 347.º, n.º 2 CT).

Estes contratos a prazo, celebrados *ex novo* pelo administrador da insolvência, caducarão “no momento do encerramento definitivo do estabelecimento onde os trabalhadores prestam serviço ou, salvo convenção em contrário, no da sua transmissão” (art. 55.º, n.º 4 CIRE), sendo que esta última hipótese suscita dúvidas quanto à sua conformidade com o Direito Comunitário, que afirma um princípio irrenunciável de subsistência dos vínculos laborais apesar da mudança de titularidade do estabelecimento (regra transposta pelo legislador nacional no art. 285.º CT).

### 3.2.2 Encerramento

O encerramento total e definitivo do estabelecimento determinará a caducidade de todos os contratos de trabalho em vigor, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, do empregador receber a prestação de trabalho: art. 343.º, al. *b*) CT.

Será, também nesta sede, necessário observar o procedimento previsto nos arts. 360.º e ss. CT, “com as necessárias adaptações”, exceto tratando-se de microempresas: art. 347.º, n.ºs 3 e 4 CT.

De que “adaptações” se tratará nestas hipóteses de caducidade ocasionada pelo encerramento da empresa? Entende-se que, de uma forma geral, os desvios ao procedimento aplicável ao despedimento coletivo são, nestes casos, mais significativos, quando comparados com as hipóteses de cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores “não indispensáveis ao funcionamento da empresa”, porquanto, na situação ora em análise, a empresa encerra na sua totalidade e de forma definitiva, fazendo cessar todos os contratos de trabalho em vigor (não se coloca, por isso, e desde logo, o problema da seleção dos trabalhadores afetados, porque todos verão os seus contratos de trabalho caducar com o fechar de portas da empresa).

A título de exemplo:

- Na comunicação, bastará indicar como motivo para a decisão de despedimento a situação de insolvência da empresa e a decisão de encerramento definitivo do estabelecimento;
- Não há que indicar critérios de seleção de trabalhadores a despedir, na medida em que todos serão abrangidos pela caducidade determinada pelo encerramento da empresa;
- Não tem de ser efetuado até ao termo do pré-aviso o pagamento da compensação e dos créditos vencidos e exigíveis por efeito da cessação: art. 363.º, n.º 5 CT. Parece-me não haver dúvida de que, nestes casos de caducidade dos contratos de trabalho por encerramento total e definitivo da empresa, há lugar ao pagamento da compensação prevista no art. 366.º CT, porquanto, pese embora o art. 347.º, n.º 5 CT se refira de forma expressa

apenas à compensação devida nos casos de cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores “não indispensáveis”, o art. 346.º, n.º 5 CT prevê o pagamento daquela compensação designadamente em caso de caducidade resultante da hipótese do “encerramento total e definitivo da empresa”, previsto no n.º 3 do art. 346.º CT.

- Não haverá lugar à fase de informações e negociação de medidas alternativas com a estrutura representativa dos trabalhadores (art. 361.º CT), porque tal pressupõe a continuidade da empresa, o que não se verifica nesta hipótese? Certo é que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já condenou o Estado Português pelo incumprimento da Diretiva sobre despedimentos coletivos (Dir. 98/59/CE) e propugna o entendimento segundo qual “a necessidade de consulta dos representantes dos trabalhadores na fase de informação e consulta não tem unicamente como objetivo reduzir ou evitar despedimentos coletivos, mas incide, entre outros, sobre as possibilidades de atenuar as consequências de tais despedimentos, recorrendo a medidas sociais de acompanhamento, destinadas, nomeadamente, a auxiliar a reintegração ou reconversão dos trabalhadores despedidos”.

### 3.2.3. Transmissão

Na hipótese de a empresa ser transmitida no âmbito do processo de insolvência — como ato de liquidação ou no âmbito do plano de insolvência (“saneamento por transmissão”) —, será de aplicar, quanto aos efeitos dessa transmissão nos contratos de trabalho em vigor na empresa transmitida, o regime laboral relativo à transmissão de estabelecimento, enquanto vicissitude contratual (arts. 285.º e ss. CT)<sup>5</sup>.

Nos termos do art. 285.º, n.º 1 CT, transmite-se para o adquirente do estabelecimento a posição jurídica de empregador nos contratos de trabalho em vigor, verificando-se uma sub-rogação *ex lege* do transmissário nas relações laborais do transmitente. Esta solução de intangibilidade dos contratos de trabalho pela

<sup>5</sup> Uma vez mais, o CIRE não regula a questão.

modificação da titularidade do estabelecimento compreende-se tendo em consideração o princípio da segurança no emprego, consagrado no art. 53.º CRP, que visa salvaguardar a continuidade dos vínculos laborais<sup>6</sup>.

O n.º 2 do art. 285.º CT prevê a corresponsabilização do transmitente e do transmissário, enquanto responsáveis solidários, pelas obrigações vencidas à data da transmissão, durante o ano subsequente à mesma<sup>7</sup>. Mais uma vez, o objetivo é o da proteção dos interesses dos trabalhadores que, deste modo, poderão “executar” dois patrimónios para a satisfação dos seus créditos laborais que se mostrem por liquidar.

O regime previsto no art. 286.º CT, por seu turno, referindo-se à “informação e consulta dos representantes dos trabalhadores”, deverá ser atendido nestas hipóteses de transmissão de estabelecimento no âmbito de um processo de insolvência, ainda que com adaptações, pois permitirá aos trabalhadores uma melhor consciencialização dos efeitos jurídicos, económicos e sociais da transmissão dos seus contratos de trabalho, embora, como é óbvio, não lhes assista forma de oposição à transmissão da unidade económica, decisão que dependerá da assembleia de credores e posterior homologação pelo juiz (arts. 209.º ss. CIRE).

## 4. Os créditos laborais no processo de insolvência

Neste ponto releva a posição dos trabalhadores enquanto credores da empresa declarada insolvente, isto é, como titulares

<sup>6</sup> Nas hipóteses de transmissão de estabelecimento, é amplamente discutida a existência, contornos e efeitos, do designado “direito de oposição” do trabalhador. Ocorrendo a transmissão no âmbito de um processo de insolvência, talvez resulte diminuída a relevância da questão, na medida em que, as mais das vezes, o transmitente não disporá de outro estabelecimento onde “reafectar” o trabalhador que manifeste a vontade de não “acompanhar” o estabelecimento... até pela simples razão de que, tratando-se de um empregador pessoa coletiva, este extinguir-se-á na sequência do processo de insolvência. A Lei n.º 14/2018, de 19 de março, recentemente aprovada, veio consagrar de forma expressa o direito de oposição do trabalhador (art. 286.º-A CT).

<sup>7</sup> A Lei 14/2018, de 19 de março, entretanto aprovada, alterou o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento, passando a prever-se no atual n.º 6 do art. 285.º CT a responsabilidade solidária do transmitente durante os dois anos subsequentes à transmissão.

de créditos cuja satisfação deverá ser feita no âmbito do processo de insolvência, concorrendo com os demais credores do mesmo devedor, e com recurso às forças da massa insolvente, de acordo com as notas da universalidade e da concursabilidade que marcam aquela execução coletiva.

Dada a escassez de tempo para a nossa intervenção, apenas focaremos dois dos aspetos mais relevantes a este propósito: i). a qualificação dos créditos laborais enquanto créditos sobre a insolvência ou créditos sobre a massa insolvente; e, ii). os privilégios creditórios de que os créditos laborais (que sejam considerados créditos sobre a insolvência) beneficiam.

Se o tempo o permitisse, seria de todo o interesse aludir a outros mecanismos de tutela dos créditos laborais perante uma situação de insolvência da entidade empregadora, com especial destaque para o Fundo de Garantia Salarial (cujo regime atual consta do DL n.º 59/2015, de 21 de abril) e respetiva articulação com o Fundo de Compensação de Trabalho ou Mecanismo Equivalente e com o Fundo de Garantia de Compensação de Trabalho (instituídos pela Lei 70/2013, de 30 de agosto). Ficará — assim se espera — para outra oportunidade.

#### 4.1. *Qualificação: créditos sobre a insolvência e créditos sobre a massa*

A relevância da distinção compreende-se sem dificuldade, tendo em conta que o regime dos créditos sobre a massa é manifestamente mais favorável do que o regime dos créditos sobre a insolvência: os primeiros são pagos na data do seu vencimento e previamente ao início do pagamento dos segundos (art. 172.º CIRE), os quais, por seu turno, para além de apenas satisfeitos em momento posterior (e desde que as dívidas da massa não tenham exaurido toda a liquidez disponível), terão, ainda, de ser objeto de prévia reclamação, verificação e graduação no âmbito do processo de insolvência.

Do confronto entre os dois regimes, resulta evidente que os trabalhadores terão todo o interesse em que os seus créditos sejam qualificados como créditos sobre a massa. Se é certo que, na maioria das hipóteses, a questão nem se coloca, dada a apli-

cação do critério geral (cronológico) de distinção, situações há, porém, em que tal critério pode levar a resultados iníquos e, por isso mesmo, suscitar-se a interrogação sobre a natureza dos créditos laborais: créditos sobre a massa ou créditos sobre a insolvência?

Vejamos.

##### 4.1.1. *Critério geral*

O critério geral de qualificação assume-se como um critério cronológico, tendo por referência a data da prolação da sentença que declara a insolvência do devedor<sup>8</sup>.

Deste modo, os créditos cujo fundamento se situe em momento anterior à declaração de insolvência, são considerados *créditos sobre a insolvência*: art. 47.º CIRE. Ao passo que, os créditos cujo fundamento seja posterior à data da declaração de insolvência, revestem a natureza de *créditos sobre a massa*: art. 51.º CIRE (exemplos: remuneração, despesas e dívidas resultantes da atuação do administrador de insolvência; despesas resultantes da administração, liquidação ou partilha da massa insolvente; dívidas emergentes de contratos cujo cumprimento não possa ser recusado pelo administrador de insolvência, etc.).

Este critério geral permitirá qualificar como créditos sobre a insolvência (dívidas da insolvência) os créditos laborais — quer se tratem de créditos remuneratórios, indemnizatórios ou compensatórios (isto é, emergentes da normal execução do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, respetivamente) — vencidos antes da declaração de insolvência: art. 47.º, n.º 1 CIRE.

##### 4.1.2. *Especificidades: créditos remuneratórios; créditos indemnizatórios; créditos compensatórios*

Porém, tratando-se de créditos laborais vencidos em data posterior à declaração da insolvência, a sua recondução geral à

<sup>8</sup> Trata-se, porém, de um critério algo simplista e não totalmente rigoroso, na medida em que, como adverte Catarina Serra, existem diversos créditos qualificados como créditos sobre a insolvência, não obstante serem constituídos já no decurso do processo (ex.º art. 102.º, n.º 3, als. *c*) e *d*) CIRE — créditos resultantes da recusa de cumprimento pelo administrador da insolvência).

classificação de créditos sobre a massa (dívidas da massa) pode gerar resultados materialmente iníquos, como seguidamente se procurará ilustrar. Daí que alguma doutrina, embora ainda minoritária (Catarina Serra, Júlio Gomes, Joana Costeira) defenda, ao encontro de uma tendência jurisprudencial crescente, a pertinência da distinção entre créditos remuneratórios, créditos indemnizatórios e créditos compensatórios, para efeitos da qualificação destes créditos, que se vencem depois da declaração de insolvência, como créditos sobre a massa ou créditos sobre a insolvência.

Assim, cumpre distinguir:

- a. Créditos remuneratórios, incluindo retribuições, subsídios de férias, subsídios de Natal (...), devidos aos trabalhadores cujos contratos de trabalho se mantêm em vigor depois da declaração de insolvência, continuando a servir a empresa, a “trabalhar para a massa”, e, eventualmente, os devidos aos trabalhadores contratados “*ex novo*” pelo administrador da insolvência ao abrigo do art. 55.º, n.º 4 CIRE, serão considerados créditos sobre a massa (dívidas da massa): art. 51.º, n.º 1, al. *c)*, *d)* e *e)* CIRE;
- b. Créditos indemnizatórios, resultantes de uma atuação ilícita do administrador da insolvência no que concerne à cessação dos vínculos laborais (v.g., indemnizações por despedimentos ilícitos, devido à preterição das regras procedimentais aplicáveis<sup>9</sup>), serão também considerados créditos sobre a massa (dívidas da massa), devendo merecer um tratamento preferencial por resultarem de um ato ilícito: art. 51.º, n.º 1, al. *d)* CIRE;
- c. Créditos compensatórios: referem-se à compensação devida pela cessação (lícita) dos contratos de trabalho (recorde-se, depois da declaração de insolvência), cumprindo, por seu turno, diferenciar:
  - i. A compensação devida pela caducidade dos contratos

<sup>9</sup> Já vimos que, em qualquer caso, terá de haver sempre uma comunicação prévia à comunicação da decisão de extinção do contrato, propriamente dita, de forma a minimizar os prejuízos decorrentes de uma cessação inesperada para os trabalhadores, permitindo o planeamento atempado da futura situação de desemprego.

de trabalho dos trabalhadores contratados (a prazo) pelo administrador da insolvência para a liquidação da massa insolvente ou para a exploração da empresa (art. 55.º, n.º 4 CIRE): são dívidas da massa (créditos sobre a massa), porque resultantes de atos de administração da massa — art. 51.º, n.º 1, al. *c)* CIRE;

- ii. A compensação devida pela cessação dos contratos de trabalho em consequência do encerramento do estabelecimento, decidido pela assembleia de credores (hipótese de caducidade dos vínculos laborais), ou promovida, em momento anterior, pelo administrador da insolvência, nos termos do art. 347.º, n.º 2 CT (hipótese de resolução dos contratos de trabalho “não indispensáveis”). Em relação a estes créditos, verifica-se, na doutrina e na jurisprudência, uma dualidade de entendimento: numa perspetiva maioritária na doutrina (Carvalho Fernandes, Menezes Leitão, Maria do Rosário Palma Ramalho), são considerados dívidas da massa (créditos sobre a massa), porque a cessação dos contratos de trabalho que os gera é ocasionada por um ato de administração da massa insolvente (art. 51.º, n.º 1, al. *c)* CIRE), ou por atos praticados pelo administrador da insolvência no exercício das suas funções (art. 51.º, n.º 1, al. *d)* CIRE); segundo outro entendimento, maioritário na jurisprudência e a que aderem autores como Júlio Gomes, Catarina Serra e Joana Costeira, estes créditos constituem estes créditos constituem dívidas da insolvência (créditos sobre a insolvência).

Os argumentos expendidos para sustentar a qualificação destes créditos compensatórios enquanto dívidas da insolvência revestem, a meu ver, expressão significativa, e podem sumariar-se nos seguintes pontos:

1. O fundamento destes créditos reside, em rigor, na situação de crise da empresa, que pré-existe à declaração da insolvência;
2. A serem considerados dívidas da massa, tal geraria situações de potencial desigualdade em relação a trabalhadores

da mesma empresa, por vezes, por questão de poucos dias: trabalhadores alvo de um despedimento coletivo decidido pelo empregador, agora insolvente, antes da declaração de insolvência, veriam os seus créditos compensatórios serem considerados dívidas da insolvência, ao passo que outros trabalhadores seus colegas que apenas fossem afetados pela cessação dos contratos promovida já pelo administrador da insolvência depois da declaração de insolvência, beneficiariam da qualificação das compensações devidas como dívidas da massa... Destarte, os primeiros teriam de reclamar os seus créditos no processo de insolvência e apenas seriam pagos depois dos segundos (que seriam pagos de imediato e precipuamente), e desde que ainda restassem bens na massa insolvente (pagamento de acordo com a graduação dos seus créditos — garantidos e/ ou privilegiados);

3. A teleologia das dívidas da massa é a de permitir que a empresa permaneça em funcionamento, o que não parece ser o caso destas compensações, devendo, por isso, ser feita uma interpretação restritiva do art. 51.º, n.º 1, al. d) — “dívidas resultantes da atuação do administrador da insolvência”;
4. As dívidas da massa devem assumir carácter excecional, sob pena do processo de insolvência servir apenas para satisfazer os créditos constituídos após a sua abertura, nada restando para o pagamento dos créditos da insolvência (anteriores e que, no fundo, deram origem ao processo). O princípio deve ser o da igualdade dos credores, e, como tal, as exceções devem ser isso mesmo: exceções.

Uma solução “salomónica” poderia passar por fracionar o cálculo da compensação, que, tendo por base a antiguidade do trabalhador ao serviço da empresa (art. 366.º CT), permitiria considerar como dívida da insolvência (crédito sobre a insolvência) o valor calculado por referência ao tempo de serviço decorrido até à declaração de insolvência, e como dívida da massa (crédito sobre a massa), o montante respeitante ao tempo de serviço posterior a essa data. Esta alternativa seduz pela aparência de justiça material a que permite conduzir, porém, não se

ignora as possíveis dificuldades de aplicação prática (uma parte da compensação teria de ser reclamada e aguardar a verificação, graduação e pagamento posterior, ao passo que outra parte seria paga no imediato...), num processo que se quer urgente... Além disso, esta possibilidade de “decomposição” do crédito compensatório contraria o carácter unitário do mesmo, destacado por autores como Maria do Rosário Palma Ramalho.

#### 4.2. *Privilégios creditórios dos créditos laborais: art. 333.º CT*

Os créditos laborais gozam de um tratamento preferencial perante os demais créditos, com fundamento na especial natureza da retribuição, atenta a sua função alimentar, indispensável à subsistência do próprio trabalhador e do seu agregado familiar, associada à dignidade da pessoa humana (assim se compreendendo que seja considerada um direito análogo a direitos, liberdades e garantias: art. 59.º, n.º 1, al. a) CRP).

Por assim ser, a lei laboral e a lei insolvencial consagram, em relação aos créditos laborais, uma derrogação ao princípio “*par conditio creditorum*”<sup>10</sup>: a primeira prevê, em seu favor, duas garantias especiais (um privilégio mobiliário geral e um privilégio imobiliário especial: art. 333.º, n.º 1, al. a) e b) CT) e a segunda, de harmonia com estas causas legais de preferência, classifica-os como créditos garantidos (quando beneficiem do privilégio imobiliário especial — verdadeira garantia real: art. 47.º, n.º 4, al. a), 1ª parte, CIRE), e como créditos privilegiados (quando beneficiem do privilégio mobiliário geral: art. 47.º, n.º 4, al. a), 2ª parte, CIRE).

##### 4.2.1. *Privilégio mobiliário geral: art. 333.º, n.º 1, al. a) CT*

O privilégio mobiliário geral previsto no art. 333.º, n.º 1, al. a) CT tem como âmbito a generalidade dos créditos laborais: “créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação”.

Quanto ao seu objeto, este incide sobre a globalidade dos bens móveis da empresa insolvente, logo, não incidindo sobre

<sup>10</sup> Para além de outras garantias a favor do crédito retributivo, com especial destaque para a intervenção do Fundo de Garantia Salarial: art. 336.º CT e DL 59/2015, de 21 de abril.



coisa certa e determinada, o privilégio mobiliário geral não constitui, a nosso ver, e ao encontro da posição maioritária, um direito real de garantia (não gozando, por isso, de direito de seqüela<sup>11</sup>), mas antes uma causa legítima de preferência no pagamento, em relação aos credores comuns, pelo valor dos bens sobre que incidam e que pertençam ao devedor no momento em que é feita a apreensão para a massa insolvente.

O privilégio mobiliário geral concedido aos créditos laborais pelo art. 333.º, n.º 1, al. *a*) CT cede, porém, perante o privilégio mobiliário geral previsto no art. 17.º-H, n.º 2 CIRE, em favor do credor que, no âmbito do PER, financie a atividade da empresa, disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização: art. 17.º-H, n.º 2, parte final, CIRE (“graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.”)<sup>12</sup>

Já no confronto com o privilégio mobiliário geral a favor dos créditos da Segurança Social, o privilégio mobiliário geral concedido aos créditos laborais será graduado em primeiro lugar. Esta solução resulta da articulação entre o art. 204.º, n.º 1 do Código Contributivo (que prevê a graduação do privilégio mobiliário geral a favor dos créditos da segurança social “nos termos referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 747.º do Código Civil”) e o art. 333.º, n.º 2, al. *a*) CT (que, por sua vez, consagra a graduação do privilégio mobiliário geral dos créditos laborais “antes de crédito referido no n.º 1 do art. 747.º do Código Civil”).

Perante créditos garantidos por penhor (ou penhor mercantil), os créditos laborais garantidos por privilégio mobiliário geral serão graduados depois daqueles, uma vez que o penhor é um direito real de garantia (art. 666.º, n.º 1 Código Civil), ao passo que, no entendimento maioritário, o privilégio mobiliário geral é uma simples prioridade de pagamento perante os credores comuns. Assim, no âmbito do processo de insolvência, os primeiros serão classificados como créditos garantidos (art. 47.º, n.º 4, al. *a*), 1ª parte, CIRE), e os segundos como créditos privilegiados

<sup>11</sup> Não são, por isso, oponíveis a posteriores adquirentes dos bens por eles abrangidos e cedem, designadamente, em face do penhor, hipoteca ou direito de retenção, mesmo que posteriores: art. 749.º CC (“n.º 1: O privilégio geral não vale contra terceiros, titulares de direitos que, recaindo sobre as coisas abrangidas pelo privilégio, sejam oponíveis ao exequente.”).

<sup>12</sup> Em relação ao PEPAP, cfr. o art. 222.º-H, n.º 2 CIRE, introduzido pelo DL 79/2017, de 30 de junho.

(art. 47.º, n.º 4, al. *a*), 2ª parte, CIRE), gozando aqueles de pagamento preferencial em relação a estes: arts. 174.º e 175.º CIRE.

#### 4.2.2 *Privilégio imobiliário especial: art. 333.º, n.º 1, al. b) CT*

A LSA (Lei dos Salários em Atraso), de 1986, introduziu, de forma inovadora, um privilégio imobiliário geral a favor dos créditos laborais (art. 12.º, n.º 1, al. *b*)), que suscitou dúvidas de articulação perante direitos de terceiros e até mesmo questões de (in)constitucionalidade<sup>13</sup>.

Posteriormente, no Código de Trabalho de 2003 (art. 377.º, n.º 1, al. *b*)) foi consagrado um privilégio imobiliário especial, “sobre os bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade” e, no, Código do Trabalho de 2009, manteve-se a previsão do privilégio a favor da generalidade dos créditos laborais (emergentes da execução do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação), mas com uma redação no singular, incidindo agora sobre “bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade”.

Desta alteração de redação — do plural “imóveis” para o singular “imóvel” — alguma doutrina (v.g. Joana Vasconcelos) extrai a afirmação da conceção restrita do privilégio<sup>14</sup>, assim entendendo que só beneficiará os créditos dos trabalhadores que demonstrem uma conexão direta entre o exercício das suas funções e o imóvel onerado com a garantia.

Parece, porém, dominar a interpretação ampla do privilégio imobiliário especial, mesmo na redação constante do CT de 2009, assim se entendendo que o mesmo tem como objeto todos os imóveis funcionalmente afetos à organização empresarial e que constituem o suporte físico da atividade da empresa. Neste entendimento, que se sufraga, não releva uma conexão física ou naturalística, mas sim funcional: excluem-se apenas os imóveis afetos a outra atividade empresarial do empregador insolvente e, sendo este uma pessoa singular, ao seu uso pessoal.

<sup>13</sup> Sendo que o TC excecionou este privilégio protetor dos créditos laborais do juízo de inconstitucionalidade que entendeu resultar da aplicação do art. 751.º CC aos demais privilégios imobiliários gerais: cfr. Ac. TC n.º 498/2003.

<sup>14</sup> Questão já muito discutida no âmbito da vigência do privilégio imobiliário especial previsto no CT de 2003, atenta a sua redação no plural (“bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade”).

Esta perspectiva ampla permite, assim, garantir um tratamento igualitário entre os trabalhadores de uma mesma empresa, independentemente do concreto imóvel onde aqueles prestem as suas funções. Na verdade, se se exigisse uma ligação física do trabalhador ao imóvel como condição para que aquele visse os seus créditos laborais serem pagos com preferência pelo produto da venda deste, apenas os trabalhadores que exercessem funções num imóvel propriedade da empresa seriam beneficiados com o privilégio, o qual deixaria, portanto, de fora, os trabalhadores que, por “azar”, desempenhassem a sua atividade em imóveis arrendados, ou até, aqueles trabalhadores, que, pela própria natureza das funções que exercem, não apresentem uma ligação física a um prédio de que o empregador fosse proprietário (como é o caso dos vendedores, dos teletrabalhadores, dos delegados de informação médica, etc.).<sup>15</sup>

Todos os trabalhadores estão de igual forma ligados à empresa e todos contribuem para o seu funcionamento, logo, deve ser-lhes reconhecida igual proteção, dada a igual dignidade do seu direito ao salário. Deste modo, todos os imóveis funcionalmente envolvidos na atividade da empresa, de que esta seja proprietária, devem ser objeto deste privilégio (sede, armazém, escritórios...) e este deverá garantir, em igual medida, todos os trabalhadores, independentemente do concreto local onde desempenhem as suas funções.

Os créditos laborais abrangidos pelo privilégio imobiliário especial (verdadeiro direito real de garantia) serão classificados, no âmbito do processo de insolvência, como créditos garantidos (art. 47.º, n.º 4, al. *a*), 1ª parte, CIRE), gozando de pagamento preferencial: art. 174.º CIRE. Essa preferência no pagamento respeitará “a prioridade que lhes caiba”, segundo a aplicação das regras substantivas, com destaque para o art. 751.º CC, segundo o qual “os privilégios imobiliários especiais são oponíveis a terceiros que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele e preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca ou ao direito de retenção, ainda que estas garantias sejam anteriores.”

<sup>15</sup> Nem se diga que assim se repristina a figura do privilégio geral, porquanto o círculo de imóveis abrangidos pela garantia é suscetível de delimitação, de forma objetiva.

#### 4.2.2.1 O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 8/2016: o caso das empresas de construção civil e dos imóveis destinados a revenda

O STJ, no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 8/2016, de 23.02.2016, apreciou, ainda que por referência ao art. 377.º CT de 2003, uma questão muitíssimo controvertida na jurisprudência: saber se, tratando-se de uma empresa de construção civil declarada insolvente, aquele privilégio imobiliário especial abrange também os imóveis construídos para posterior comercialização.

A decisão tomada, por maioria e com votos de vencido, foi no sentido de uniformizar jurisprudência nos seguintes termos: “Os imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização, estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no art. 377.º, n.º 1, al. *b*) do Código do Trabalho de 2003.”

Apesar de adotar a visão ampla do privilégio a que aludimos anteriormente (rejeitando a imposição de umnexo físico ou naturalístico entre o exercício das funções do trabalhador e o imóvel propriedade da empresa), o STJ decidiu afastar do âmbito do mesmo os prédios edificadas pela construtora insolvente com o intuito de posterior alinação.

Com efeito, no aresto em análise, o local de trabalho é perspectivado como o centro estável ou predominante do desenvolvimento da atividade laboral, considerando-se que não releva tanto o lugar em concreto onde as funções laborais são exercidas, mas sim a integração dos imóveis de forma permanente na empresa, isto é, a “ligação à sua estrutura estável”. Daí que todos os imóveis afetos à unidade produtiva se complementem e devam, por isso, ser abrangidos pelo privilégio... O que, porém, o STJ considerou não acontecer com os imóveis construídos para comercializar, por não integrarem a unidade produtiva de forma permanente e estável, constituindo, antes, o resultado da atividade empresarial. Assim, entendeu-se que tais imóveis não constituem o local de trabalho dos trabalhadores destas empresas, mas tão-só o local onde transitoriamente exercem funções.

A tónica dos argumentos expendidos no sentido que fez vencimento neste Acórdão foi colocada, com particular ênfase, na

consideração pelos interesses de terceiros titulares de direitos reais sobre os imóveis e que se encontram, portanto, numa posição diretamente conflituante com os interesses dos trabalhadores, credores garantidos por um direito real muitíssimo enérgico (recorde-se que, segundo o art. 751.º CC, goza de sequela em face de posteriores adquirentes do bem e prevalece sobre a consignação de rendimentos, a hipoteca e o direito de retenção, mesmo que anteriormente constituídos) e com a particularidade — não despidianda — de ter natureza “oculta” (não sujeito a registo).

Na verdade, foi dada particular atenção aos interesses dos credores hipotecários (v.g., por regra, instituições bancárias), que financiaram a atividade da empresa e a construção dos imóveis cuja inclusão no objeto do privilégio imobiliário especial a favor dos créditos laborais se discute, e bem assim dos promitentes compradores, que, tendo obtido a *traditio*, gozam do direito de retenção sobre o prédio (art. 755.º, n.º 1, al. f) CC).

Na decisão em apreço, refere-se que os créditos laborais gozam já de “suficientes meios de tutela” (v.g., o regime legal de garantias do crédito retributivo: irredutibilidade; imprescritibilidade na vigência da relação laboral; relativa impenhorabilidade; recurso ao Fundo de Garantia Salarial, etc.) e que, por isso mesmo, cumpre “salvaguardar a posição e as legítimas expectativas dos terceiros, titulares de direitos reais, normalmente preteridas no referido regime, mas que, na situação concreta analisada, se coloca com particular intensidade”, impondo-se tutelar a confiança depositada no registo, em prol da segurança jurídica, que periga com a prevalência de “garantias ocultas”, com que os terceiros que confiaram no registo não puderam contar.

Registaram-se, porém, vários votos de vencidos em relação à decisão que formou maioria. Destaco, pela profundidade e riqueza de fundamentação, o voto de vencido lavrado pela Exma. Senhora Juíza Conselheira Maria Clara Sottomayor, cuja argumentação se acompanha, com destaque para os seguintes pontos:

1. A realidade do setor da construção civil em Portugal é, por um lado, marcada pela predominância das PME, sobretudo de microempresas, sem sede própria, e cujo único ativo patrimonial são, muitas vezes, precisamente os imóveis que constrói para comercializar. Por outro lado, os salários pra-

ticados são muito baixos (próximos do salário mínimo nacional), verificando-se uma assinalável desproporção entre os créditos laborais e, em especial, os créditos hipotecários, frequentemente em confronto no processo de insolvência. A exclusão dos imóveis construídos para comercialização do âmbito do privilégio imobiliário especial previsto no art. 333.º, n.º 1, al. b) CT, converte os créditos laborais em créditos comuns (art. 47.º, n.º 4, al. c) CIRE), o que significará, as mais das vezes, inviabilizar o respetivo pagamento, porque a massa insolvente será exaurida pelos credores hipotecários, cujos créditos em nada (ou de forma muito pouco relevante) seriam afetados com a prevalência dos créditos dos trabalhadores, de valor muito mais baixo. Deste modo, aplicando a jurisprudência agora uniformizada, tal redundará na potencial frustração do objetivo protecionista do legislador em relação aos créditos laborais.

2. Quanto ao conceito de local de trabalho, de um ponto de vista funcional, o que releva é, essencialmente, a disponibilidade do trabalhador para prestar a atividade sob as ordens e direção do empregador onde este determinar, e já não assim a circunstância transitória de se achar ligado a uma obra. Assim, as funções de todos os trabalhadores das empresas de construção (carpinteiros, trolhas ou administrativos) estão igualmente ligadas à edificação de todas as obras que a empresa venha a empreender: “o local de trabalho dos trabalhadores são os imóveis para cuja construção contribuem com a sua força de trabalho e a permanência do mesmo não pode ser entendida em termos físicos ou geográficos, mas em termos funcionais.”
3. Relativamente ao conceito de empresa, deve entender-se que aqueles imóveis integram a organização empresarial, uma vez que é com o produto da respetiva venda que a empresa refinancia a sua atividade e paga aos seus credores: integram o ativo da empresa e respondem pelas dívidas da mesma.
4. A proteção conferida pelo Fundo de Garantia Salarial é manifestamente insuficiente para a satisfação dos créditos laborais (emergentes da execução do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação: art. 2.º, n.º 1 DL 59/2015), na medida em que a sua intervenção está su-

jeita a um limite temporal (créditos que se tenham vencido nos seis meses anteriores à propositura da ação de insolvência: art. 2.º, n.º 4 DL 59/2015) e quantitativo (com o “limite máximo global equivalente a seis meses de retribuição, e com o limite máximo mensal correspondente ao triplo da retribuição mínima mensal garantida”: art. 3.º, n.º 1 DL 59/2015).

5. Seria possível harmonizar situações de conflito com outros direitos reais, “numa perspetiva de concordância prática”, se, por exemplo, o administrador da insolvência indicasse para objeto do privilégio em apreço imóveis (v.g., frações autónomas) sobre os quais não recaíssem direitos reais de gozo ou de garantia de terceiros.
6. Em suma, “fazer prevalecer totalmente a segurança de alguns — os credores hipotecários-, sobre razões elementares de justiça para com outros sujeitos — os trabalhadores-, a cujos direitos o legislador conferiu um grau máximo de proteção porque ligados à sobrevivência económica e à dignidade humana, não é a metodologia adequada à resolução do conflito de interesses em causa.”

Permito-me, pois, sufragar este entendimento e a argumentação que o sustenta. Parece-me que, neste Acórdão, o STJ fez uma (re)avaliação de interesses que, salvo o devido respeito, fora já empreendida pelo legislador laboral aquando da previsão do privilégio imobiliário especial a favor dos créditos dos trabalhadores: a *ratio legis* terá sido, precisamente, a de conferir prioridade aos créditos laborais no confronto com os demais credores garantidos (v.g. hipotecários) do mesmo devedor (art. 751.º cc), atenta a particular natureza do crédito retributivo, umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana.

Termino aqui a minha intervenção, com a plena consciência de que muito ficou por dizer.

Muito obrigada pela vossa atenção.

# **INSOLVÊNCIA “PROVÁVEL” E DEVERES DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES NA REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL: O ART. 18.º DA PROPOSTA DE DIRECTIVA\***

*Ricardo Costa*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Instituto Jurídico

## **1.A Proposta de Directiva no contexto do combate à insolvência “provável” e da actuação gestória em face da “crise da empresa”**

**1.1.** Tem a data de 22 de Novembro de 2016 a Proposta da Comissão Europeia para a assunção pelo Parlamento Europeu

---

\* O presente texto corresponde a uma versão mais detalhada da conferência proferida no Colóquio, integrando os regimes jurídicos correspondentes à Lei 8/2018, de 2 de Março (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – RERE), e à Lei 6/2018, de 22 de Fevereiro (Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas).

Integra-se nas actividades do Grupo de Investigação “As PME: Promoção da Inovação, Crescimento e Competitividade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Investigador Responsável: Prof. Doutor J. M. Coutinho de Abreu), no âmbito do Projecto «Desafios sociais, incerteza e direito» (UID/DIR/04643/2013), financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

e pelo Conselho de uma Directiva que respeite “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”<sup>1</sup>. A iniciativa (anunciada no *Plano de Acção para a Criação de uma União dos Mercados de Capitais*, de 30/9/2015<sup>2</sup>, e fundada na anterior Recomendação da Comissão Europeia, de 12/3/2014, sobre “uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas”, tendo por fim “promover o espírito empresarial, o investimento e o emprego, contribuindo para a redução dos obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno”<sup>3</sup>) insere-se no escopo de *harmonização mínima e parcial* dos Estados membros da União Europeia quanto ao estabelecimento de legislação relativa à insolvência — mais concretamente, ao quadro de *instrumentos e medidas destinados a reestruturar e a recuperar em tempo útil as empresas viáveis em estado de pré-insolvência efectiva* (ou seja, *em situação de dificuldade económica e financeira com probabilidade de insolvência mas apresentando factores de viabilidade e de continuidade do exercício da sua actividade*)<sup>4</sup>. Por outro lado, a Proposta de Directiva<sup>5</sup> visa promover a recuperação de empresas que mereçam uma “segunda oportunidade” (um *novo começo*), a ser encetada e aproveitada — mediante a aplicação de regras comuns em sede de extinção das dívidas — para que se

<sup>1</sup> COM(2016) 723 final, 2016/0359 (COD).

<sup>2</sup> COM(2015) 468 final, págs. 28-29: “A convergência dos processos de insolvência e de reestruturação facilitaria uma maior segurança jurídica para os investidores transfronteiras e incentivaria a reestruturação em tempo útil das empresas que enfrentam dificuldades financeiras, mas que são viáveis. (...) A Comissão apresentará propostas legislativas no domínio da insolvência das empresas, incluindo no que respeita à sua reestruturação em tempo útil e a uma segunda oportunidade (...). Esta iniciativa visará eliminar os obstáculos mais importantes à livre circulação de capitais, inspirando-se para o efeito nos regimes nacionais mais eficientes.”

<sup>3</sup> C(2014) 1500 final; transcrição parcial do ponto 1.1.

<sup>4</sup> Deste modo, visa complementar o Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativo aos processos de insolvência transfronteiriça (in *JOUE*, de 5/6/2015, L 141, 19) — v. Proposta cit., 10. No respectivo art. 1.º, 1, 2.º parág., determina-se que «[n]os casos em que os processos referidos no presente número possam ser iniciados em situações em que existe apenas uma probabilidade de insolvência, a sua finalidade deve ser a de evitar a insolvência do devedor ou a cessação das suas actividades».

<sup>5</sup> Doravante, Proposta.

possa evitar a insolvência terminal e liquidatária-extintiva das empresas afectadas (art. 1.º, 1, 2.ª parte, CIRE).

Para esse primeiro efeito, a Proposta apresenta um núcleo ou bloco essencial constituído pela disciplina da chamada *reestruturação preventiva* e, dentro desta, dos *planos de reestruturação*, assente na sanção atempada das dificuldades, na viabilidade futura das empresas, na tutela dos interesses dos credores e na consequente prevenção (ou minimização) da insolvência (nos seus efeitos nefastos: emprego, crédito, clientela, fornecimentos, empresas conexas, etc.) — arts. 4.º e ss.<sup>6</sup>, 8.º e ss., 16.º-17.º, 18.º. O *Considerando 16*. da Proposta é elucidativo e claro: “Quanto mais cedo o devedor detetar as suas dificuldades financeiras e tomar medidas adequadas, mais elevada será a probabilidade de evitar uma insolvência iminente ou, no caso de uma empresa cuja viabilidade seja constantemente dificultada, mais ordenado e eficiente será o processo de liquidação.”

Quando se fala do *devedor-pessoa colectiva societária*, o destinatário principal dessa ambição preventiva — sem exclusão, diga-se desde já, da pronúncia dos sócios — é o órgão de administração da sociedade. Assim, é natural que, em nome da eficiência desses planos, “[a]s regras relativas ao dever de diligência dos gestores das empresas em situações próximas da insolvência desempenham (...) um papel importante no desenvolvimento de uma cultura de recuperação, em vez de liquidação das empresas, visto que promovem uma reestruturação rápida e impedem irregularidades e perdas evitáveis para os credores”<sup>7</sup>.

Logo, o *Considerando 36*. da Proposta consigna:

“importa assegurar que os administradores *não sejam dissuadidos de, na medida do razoável, tomar decisões de natureza empresarial ou assumir riscos comerciais, em especial se tal aumentar as possibilidades de reestruturação de empresas potencialmente viáveis*. Se uma empresa enfrentar dificuldades financeiras, os administradores devem tomar medidas no sentido de procurar

<sup>6</sup> Desde logo, numa espécie de anúncio de uma *prioridade do direito insolvencial*, o art. 4.º, 1: «Os Estados-Membros devem assegurar que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os devedores com dificuldades financeiras tenham acesso a um quadro de reestruturação preventiva eficaz que lhes permita reestruturar as suas dívidas ou empresa, restabelecer a sua viabilidade e evitar a insolvência.»

<sup>7</sup> Proposta cit., “Objectivo da proposta”, 6.

aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência, por exemplo, recorrendo aos instrumentos de alerta rápido, se for caso disso; protegendo o ativo da empresa, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de ativos essenciais; considerando a estrutura e as funções da empresa, a fim de analisar a sua viabilidade e reduzir as despesas; não obrigando a empresa a tipos de transações suscetíveis de ser objeto de ações de impugnação pauliana, exceto se tal se justificar do ponto de vista empresarial; prosseguindo a atividade, caso tal seja adequado para maximizar o valor da empresa em atividade; estabelecendo negociações com os credores e iniciando o processo de reestruturação preventiva. Caso o devedor esteja numa situação de insolvência iminente, importa também proteger os interesses legítimos dos credores face a decisões de gestão passíveis de afetar a constituição do património do devedor, em especial se tais decisões forem suscetíveis de diminuir o valor do património disponível para o processo de reestruturação ou para a distribuição pelos credores. Assim, é necessário que, em tais circunstâncias, os administradores se abstenham de atos deliberados ou de negligência grave que resultem em ganhos pessoais às custas das partes interessadas, tais como aceitar transações subvalorizadas ou agir no sentido de dar preferência indevida a uma ou mais partes interessadas sobre as demais. Para efeitos da presente diretiva, os administradores *devem ser pessoas responsáveis por tomar decisões relativas à gestão da empresa.*<sup>8</sup>

Assim, estes *ditames de orientação* aplicam-se com particular acuidade às *sociedades* que exploram as chamadas *pequenas e médias empresas* — tipologicamente vocacionadas, no nosso sistema, serão as sociedades por quotas (mesmo que “grandes”) e as sociedades anónimas de natureza familiar, filial-grupal e/ou fechadas<sup>9</sup> —, atenta a sua importância no contexto económico e laboral e os custos associados à extinção das organizações empresariais maio-

<sup>8</sup> Enfatizei algumas partes da transcrição.

<sup>9</sup> Ricardo COSTA, “A administração da sociedade PME e o sócio gestor”, in *O sócio gestor*, Coimbra: Almedina, 2017, 5 e ss. (= in *As pequenas e médias empresas e o Direito — Congresso Internacional*, Coimbra: Instituto Jurídico / FDUC, 2017, 362 e ss).

ritariamente dominantes. Aplicam-se, por isso, aos administradores e gerentes, *de direito e de facto*<sup>10</sup>, desses tipos de sociedades.

**1.2.** O art. 18.º da Proposta fecha justamente a disciplina relativa aos planos de reestruturação (preventiva) com uma norma *programática* sobre as *obrigações dos administradores no quadro das negociações de um plano de reestruturação preventiva*. Mais do que isso, enquanto *norma-quadro para a actuação pré-insolvencial exigível aos administradores das sociedades “em crise”*, o art. 18.º apresenta — ou procura apresentar — um verdadeiro modelo de *rules of liability* aplicável ao governo das sociedades em estado de insolvência *provável* (e tendente a prevenir uma insolvência *definitiva*). Reza assim:

«Os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham as seguintes obrigações:

- (a) Tomar medidas imediatas para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, acionistas e outras partes interessadas;
- (b) Ter em devida conta os interesses dos credores e das outras partes interessadas;
- (c) Tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência;
- (d) Evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.»

*Primo conspectu*, salta à vista um conjunto de princípios orientadores:

- i. a *necessidade de imediatismo e urgência nas medidas preventivas de insolvência e de perdas sociais*;
- ii. a *ponderação privilegiada* dos interesses dos credores e *stakeholders*;
- iii. o primado de uma *razoabilidade cautelara* nas *escolhas de gestão*, tendente à adopção de medidas (anticipatórias ou conservatórias) que *evitem a insolvência definitiva e conduzam à continuidade empresarial*;

<sup>10</sup> Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014 (reimp. 2016), 899 e ss., em esp. 910 e ss., 928-929, 930 e ss.

iv. a *inibição de condutas dolosas ou com culpa grave* de caução ou agravamento de situações tendentes à insolvência definitiva (comportamentos de *wrongful trading*)<sup>11</sup>.

**1.3.** O tratamento da actuação dos administradores e gerentes das sociedades comerciais (sobre as empresas exploradas por tais sociedades) — enquanto *regime de deveres e responsabilidades* — no período de “crise empresarial” — e de “insolvência provável” — não pode deixar de se sustentar numa composição articulada e em complementaridade recíproca do regime de direito societário e da normatividade do direito da insolvência. A razão de ser programática do art. 18.º da Proposta aspira justamente à coordenação e ao diálogo entre as regras ditadas pelos dois ramos do ordenamento, tendo por fim a *delimitação da função gestória das empresas em crise pré-insolvential* — uma das principais vertentes de um cada vez mais autónomo “direito societário da crise”.

Por um lado, temos o regime comum dos deveres dos administradores, com destaque para os deveres legais gerais — cuidado e lealdade, previstos no art. 64.º CSC. Neste âmbito, cabe ainda enfatizar os deveres legais específicos e de execução vinculada — na maior parte dos casos densificações do cuidado e lealdade exigíveis em geral — que constam do art. 186.º, 2 e 3, CIRE, e que ingressam na esfera dos administradores antes e independentemente da insolvência efectiva (pois têm perfil preventivo). Finalmente, devem ser chamados à colação o regime do art. 35.º CSC (“perda grave do capital”) e, a esse propósito ou não, as medidas societárias tradicionais de reestruturação, como sejam as modificações estatutárias sobre o capital social, a fusão, a cisão, a transformação e (se for instrumental numa conexão de sociedades) a dissolução, e outras decisões, estatutárias ou não, que possam ser instrumentais ou conexas com a recuperação (como poderão ser a exclusão de sócios, a modificação da estrutura organizatória ou da composição dos próprios órgãos sociais existentes e as previsões no pacto de autorizações dos sócios para operações de gestão).

Por outro lado, no direito insolvential (*recte*, pré-insolvential) teremos em consideração o quadro de conduta delineado

<sup>11</sup> Formulação inspirada no nosso art. 186.º, 1, CIRE (regime de “insolvência culposa”).

pelo art. 186.º, 1, CIRE, e os mecanismos/procedimentos específicos de *carácter recuperador: (judicialmente)* o processo especial de revitalização (PER, regulado pelos arts. 17.º-A e ss. do CIRE, integrados pelo DL 178/2012, de 20 de Abril)<sup>12-13</sup>; (*extrajudi-*

<sup>12</sup> Art. 17.º-A (na redacção do art. 3.º do DL 79/2017, de 30 de Junho): «1 — O processo especial de revitalização destina-se a permitir à *empresa* 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. / 2 — O processo referido no número anterior pode ser utilizado por qualquer empresa que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação e apresente declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, atestando que não se encontra em situação de insolvência atual, à luz dos critérios previstos no artigo 3.º.»; Art. 17.º-I (também na redacção do art. 3.º do DL 79/2017): «1 — O processo previsto no presente capítulo pode igualmente iniciar-se pela apresentação pela empresa de acordo extrajudicial de recuperação, assinado pela empresa e por credores que representem pelo menos a maioria de votos prevista no n.º 5 do artigo 17.º-F, acompanhado dos documentos previstos no n.º 2 do artigo 17.º-A e no n.º 1 do artigo 24.º.»

Com as alterações do DL 79/2017 (e a partir da sua entrada em vigor), os n.ºs 2 e 3 do art. 1.º do CIRE passaram a delimitar *subjectivamente* o PER como processo pré-insolvential dos devedores *exploradores de empresas* (harmonizando-se nessa altura com o SIREVE, entretanto revogado) e o novo PEAP (processo especial para acordo de pagamento) como processo pré-insolvential para os devedores (incluindo pessoas colectivas) sem exploração de empresa e com a apresentação das mesmas situações de situação económica difícil e insolvência iminente (arts. 222.º-A e ss., CIRE, aditados pelo art. 4.º do DL 79/2017).

Mais ajustado será salientar a natureza *híbrida* do PER, uma vez que é “composto por uma forte componente extrajudicial, temperada com a intervenção do juiz em momentos chave, indispensável ao carácter concursal do processo” (Maria do Rosário EPIFÂNIO, *O processo especial de revitalização*, Coimbra: Almedina, 2015, pág. 14. Para enquadrarmos o PER (nas suas duas modalidades) nos instrumentos “de segunda geração”, ordenados à recuperação das empresas em pré-insolvência com a combinação de uma fase negocial/extra-judicial e uma fase judicial, v. Catarina SERRA, “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa — primeiras impressões”, *DSR*, 7 (2012) 122-123; e, em acréscimo, “A contratualização da insolvência: *hybrid procedures* e *pre-packs* (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, 266 e ss., em esp. 268-270.

<sup>13</sup> O “plano de insolvência” em processo insolvential (arts. 192.º e ss., CIRE), nomeadamente para adopção de medidas de recuperação da empresa, inclui-se numa outra fase, em que a insolvência veio a ser requerida de acordo com o art. 3.º do CIRE; esse plano está orientado para a satisfação dos credores (art. 1.º, 1, CIRE); porém, não se aplica a «pequenas empresas», tal como delimitadas pelo art. 249.º, 1, *b*), por força do art. 250.º, sempre do CIRE, caso em que assume papel sucedâneo o «plano de pagamentos aos credores» (arts. 251.º e ss., CIRE).



*cialmente, em sentido puro*) o recente regime extrajudicial de recuperação de empresas (RERE, regulado pela Lei 8/2018, de 2 de Março)<sup>14</sup>, sucessor do sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE, regulado pelo revogado DL 178/2012, de 3 de Agosto), que mobiliza uma disciplina de “negociações” e de conclusão subsequente de um “acordo de reestruturação”, com ou sem intervenção de um “mediador de recuperação de empresas” nomeado e fiscalizado pelo IAPMEI)<sup>15, 16</sup>

## 2. A antecâmara de insolvência efectiva em face do direito português vigente

**2.1.** O âmbito de aplicação do art. 18.º implica, em primeiro lugar, a *determinação objectiva* das situações de crise empresarial: as situações de *pré-insolvência* com que se confrontam os administradores.

A crise atendível está assente num ambiente de *risco que vai para além da mera possibilidade*. O conceito operativo é o de insolvência *provável*. Neste (olhando para o regime do PER e do RERE e sem incluir conceitos adicionais) deve incluir-se:

- a *situação económica difícil*, vista como dificuldade séria para cumprir pontualmente as obrigações de exploração

<sup>14</sup> Um regime de submissão voluntária destinado a regular «os termos e os efeitos das negociações e do acordo de reestruturação que seja alcançado entre um devedor e um ou mais credores, na medida em que os participantes manifestem, expressa e unanimemente, a vontade de submeter [a esse regime] as negociações ou [melhor seria estar “e”] o acordo de reestruturação», tendo em vista «permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte» e destinando-se às entidades devedoras (necessariamente com titularidade e/ou exploração de empresa, assim parece, não obstante a equívocidade que resulta da remissão para o art. 2.º, 1, do CIRE; a própria L 8/2017 refere-se a actividade económica: cfr. art. 19.º, 1) que «estejam em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente» (arts. 2.º, 1 e 2; 3.º, 1, *a*) [exclui como entidades devedoras as «pessoas singulares que não sejam titulares de empresa»] e *b*), 3).

<sup>15</sup> V. art. 14.º, 1, L 8/2018, e arts. 2.º, 14.º, 16.º, 1, 18.º («Cabe ao mediador analisar a situação económico-financeira do devedor, aferir conjuntamente com o devedor as suas perspectivas de recuperação, auxiliar o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações a estabelecer com os seus credores relativas à mesma.»), da L 6/2018, de 22 de Fevereiro.

<sup>16</sup> Estes procedimentos estão em linha com o art. 4.º da Proposta: *Disponibilização de quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva*.

empresarial, designadamente por falta de liquidez e/ou frustração na obtenção de crédito;

- a *insolvência iminente*, compreendida como previsibilidade com verosimilhança de o devedor-sociedade não ter meios para cumprir a generalidade das suas obrigações de exploração empresarial, tanto as já vencidas como as ainda já existentes mas não vencidas (no momento do seu vencimento).<sup>17, 18</sup>

**2.2.** Em segundo lugar, é mister avançar com a *determinação temporal* do momento a partir do qual surge a obrigação *geral* de activar as medidas e/ou os procedimentos (mesmo fora do PER e do RERE e com recurso ao “instrumentário jurídico-negocial geral”<sup>19</sup>, como aquele que planeará para futuro as relações com trabalhadores e financiadores, ou a procedimento extrajudicial no âmbito da relação com instituição de crédito credora, como o que é proporcionado pelo DL 227/2012, de 25 de Outubro<sup>20</sup>) de prevenção da insolvência e do atendimento privilegiado dos interesses dos credores e demais terceiros relacionados. Isto é, delimitar a (referida na doutrina estrangeira como) verdadeira *twilight zone* em que o declínio e a patologia da crise se tornaram manifestos: a baliza temporal que se inicia com a emergência,

<sup>17</sup> V., entre outros, Carvalho FERNANDES / João LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Vol. I (Artigos 1.º a 184.º), Lisboa: Quid Juris, 2005, 71-72; Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I: *Introdução. Actos de comércio. Comerciantes. Empresas. Sinais distintivos*, 10.ª ed., Almedina: Coimbra, 2016, 139 (restrito, com menção das obrigações existentes); Paulo de Tarso DOMINGUES, “O Processo Especial de Revitalização aplicado às sociedades comerciais”, in Catarina SERRA, coord., *II Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra: Almedina, 2014, 16-17; Alexandre de Soveral MARTINS, “O P.E.R. (Processo Especial de Revitalização)”, *AB INSTANTIA — Revista do Instituto do Conhecimento AB*, 1 (2013) 19; ID., *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.ª ed. rev. actual., Coimbra: Almedina, 2016, 54 e ss. (mais amplo na insolvência iminente, abrangendo também na probabilidade as obrigações não actuais mas que “*muito provavelmente serão contraídas e se vencem durante o período de tempo a considerar*”), 511 e ss.

<sup>18</sup> Até à entrada em vigor das alterações do DL 26/2015, de 6 de Fevereiro, o SIREVE (de acordo com a versão originária do art. 2.º, 1, do DL 178/2012) também poderia ser usado para situações empresariais de insolvência actual. O RERE é também claro na exclusão: art. 3.º, 1, *b*), L 8/2018.

<sup>19</sup> Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, I, n. (828) — 336.

<sup>20</sup> Isto é, o procedimento extrajudicial de regularização de situações de incumprimento (PERSI): arts. 12.º e ss.

para conhecimento e domínio pelos administradores, dos factos e das informações que se precipitam em situação económica difícil ou insolvência iminente (*dies ad quo* de insolvência provável) e que terminará (o que se pretende impedir) com a verificação de uma insolvência *actual* (por definição irreversível), à luz dos arts. 3.º, 1 («É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.»), 18.º, 1 («O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la.») e 3 / 19.º, ou (para as sociedades aplicáveis) decorrente de *manifesta superioridade do passivo em relação ao activo*, à luz do art. 3.º, 2, sempre do CIRE (*dies ad quem* de insolvência).

A delimitação temporal da crise empresarial pré-insolvencial é fulcral para determinar um juízo de responsabilidade, uma vez que é a partir desse *dies ad quo* que surge *ex novo* um quadro *diferenciado e especificado* de deveres dos administradores, ancorado num cânone de diligência *adaptado à situação de crise*, naturalmente *tendente à adopção de uma gestão que evite a insolvência efectiva futura e a conservação e integridade da(s) empresa(s) afectada(s)*. É a partir desse momento da vida empresarial que surge a consideração de uma responsabilidade *prospectiva* dos administradores que se deverão pautar por esse quadro de deveres. É esse momento temporal e essas novas exigências de gestão (e controlo) que, seguindo a doutrina estrangeira, constituem as duas questões fulcrais do *governo da empresa em situação de crise* (*bankruptcy governance*).

É evidente que, no plano *estático de análise*, é congruente a percepção destes dois momentos de partida e de chegada. Porém, no plano *dinâmico*, é difícil e complexa a identificação substancial do *crisis point*, nomeadamente quando só uma avaliação *ex post* possibilita essa definição.

Para chegarmos à identificação do momento no qual os administradores e gerentes conhecem ou podem conhecer, de acordo com a conduta razoável exigida, as situações de insolvência iminente ou de situação económica difícil e estão em condições de fazer um juízo de prognose afirmativo sobre a evo-

lução, *em termos de perigo ou risco de default com verosimilhança*, para uma insolvência efectiva futura, podemos recorrer a um critério *subjectivo e afinado no caso concreto*. Deste modo, teremos que atender a uma análise global dos comportamentos dos administradores pré-ordenados e habilitados a controlar e a monitorizar a evolução económico-patrimonial e financeira da sociedade, tendo como fim evitar a queda numa situação irreversível de insolvência e liquidação terminal. Essa queda não acontece, por via de regra, num arco temporal restrito; é as mais das vezes o resultado final de um processo (*in progress*) de declínio inadequadamente sanado e não inflectido. Porém, saber quando a prognose exigida aos administradores se converte numa *nova exigência de gestão* em face da identificada “crise da empresa” é tarefa insegura e de escrutínio incerto.

A alternativa, na falta de um juízo relativamente seguro, está no recurso a um critério *objectivo e indiferente ao caso concreto*. Julgo que o nosso direito, através do art. 186.º, 1, CIRE, nos dá um auxiliar precioso para esse momento de partida para o quadro de conduta pré-insolvencial: *três anos antes do início do processo de insolvência (ou, se quisermos, da situação objectiva que merecerá o requerimento de insolvência efectiva)*. O preceito enquadra temporalmente a *insolvência culposa por causação ou agravamento da situação de insolvência por actuação do devedor ou dos seus administradores*. É um pressuposto temporal preciso e determinado<sup>21</sup>, ainda que dependente da insolvência efectiva (o pior cenário) se concretizar; se assim não for, resta-nos o critério *subjectivo*, ainda que dependente de uma valoração *a posteriori* sobre a capacidade de previsão de uma insolvência futura e de ponderação de um esquema orientado para a continuidade viável (ou *uma segunda oportunidade*) da empresa social.

<sup>21</sup> De acordo com Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *ROA*, (2006) 690-691, “[n]ão está em jogo um prazo de prescrição ou de caducidade de determinado direito. Há é uma *modelação temporal* da situação de *responsabilidade relevante*” (sublinhei).

### 3. O quadro de deveres e responsabilidade dos administradores de sociedades PME na crise pré-insolvential: entre a Proposta de Directiva, o CSC e o CIRE

A identificação da situação de crise terá o condão de fazer emergir o aludido *estatuto normativo especial* de deveres dos administradores de sociedades<sup>22</sup>, cuja violação e censurabilidade serão reconduzíveis à sua *responsabilidade* (arts. 72.º-79.º CSC), nomeadamente em face da sociedade. Como se verá, esse estatuto (ou parte dele, pelo menos) necessitará, em nome de uma maior certeza jurídica, de ser reflectido (na futura transposição da eventual Directiva aprovada) em previsões normativas (nomeadamente no direito positivo insolvential) que permitam dar adequada tutela aos interesses tocados pela actuação dos administradores (em complemento das previsões e dos meios previstos no direito societário).

**3.1.** Olhando para o dever legal geral de *cuidado* — enquanto “padrão abstracto de comportamento” assumido como “normação da conduta devida”<sup>23</sup> na administração *gestionária* —, assumem-se fulcrais dois planos de análise, de acordo com a individualização das suas manifestações (ou subdeveres)<sup>24</sup>. Esses dois planos visualizam as especificidades que o art. 18.º da Proposta lhe coloca.

No que toca aos deveres de *controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade*<sup>25</sup> e de *obtenção razoável de infor-*

<sup>22</sup> A uma “modulação dos deveres dos administradores em fase pré-insolvential” se refere Adelaide Menezes LEITÃO, “Contributos sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Directiva 2012/30/UE”, *RDS*, 4 (2016) 1037.

<sup>23</sup> V. por todos Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, (IDET — *Códigos* 1), 767-768.

<sup>24</sup> V. também Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, 774-775.

<sup>25</sup> Que agrego como conjugação de manifestações (subdeveres) mais concretizadas(os), a saber: “no dever de controlar, fiscalizar e inspecionar a organização e a condução da atividade da sociedade, as suas políticas, práticas, etc., seja no plano interno, seja no plano externo; (ii) no dever de se informar e de realizar

*mação (para habilitar e instruir o processo de tomada de decisão)*, o contexto específico da crise pré-insolvential traz consigo uma obrigação de conduta *cognoscitivo-preliminar*: impõe-se, numa perspectiva *ex ante*, a estruturação de um complexo de elementos e dados organizativos, administrativos, contabilísticos e patrimoniais, que, *tendo em conta a dimensão da sociedade-empresa(s)*, tenha como fim *permitir o conhecimento (acima de tudo endossocietário) de uma situação de crise (e da sua dimensão de gravidade)* e, numa perspectiva *ex post*, *levar tal situação de crise ao conhecimento aos administradores (e, depois, aos credores*<sup>26</sup> e, se for o caso, *aos próprios sócios*<sup>27</sup>). De acordo com a doutrina estrangeira, poderemos mesmo chegar, no âmbito de irradiação desses dois subdeveres de cuidado, à exigência de um dever *qualificado* de *auto-controlo da situação económica, financeira, patrimonial e organizativa da sociedade*, dirigido a uma rápida exteriorização dos sintomas da crise (por exemplo, reflectindo a liquidez da sociedade enquanto devedora) e à subsequente avaliação/decisão das iniciativas/escolhas de gestão a tomar em ordem à conservação

uma investigação sobre a atendibilidade das informações que são adquiridas e que podem ser causa de danos, seja por via dos normais sistemas de vigilância, seja por vias ocasionais (produzindo informação ou solicitando-a por sua iniciativa), assim como efetuar avaliações sequenciais dessa obtenção e análise; (iii) no dever de reagir às anomalias e irregularidades apreendidas e conhecidas” (Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, 774).

<sup>26</sup> Na relação com as instituições de crédito credoras, o DL 227/2012 impõe mesmo um dever legal específico de *alerta atempado para o risco de incumprimento das obrigações* (art. 4.º, 2).

Sobre o dever de informação dos credores sobre a situação (patrimonial e financeira) da sociedade, a cargo dos administradores, v. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, 676-677, Maria de Fátima RIBEIRO, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *1 Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, 401 e ss. (nomeadamente para os credores caracterizados como “novos”).

A propósito da tutela de “novos financiamentos” («necessários para executar um plano de reestruturação», «nele acordados» e «confirmados» judicialmente ou administrativamente) e de “financiamentos intercalares” («necessários para a continuação do funcionamento ou a sobrevivência da empresa do devedor, ou para a preservação ou valorização da mesma», na pendência de plano de reestruturação), v. os arts. 2.º, (11), (12), e 17.º da Proposta (a que pertencem as transcrições), assim como os arts. 17.º-H, 1 e 2, 120.º, 6, CIRE, e 19.º, 1 («novos financiamentos a conceder ao devedor» no acordo de reestruturação), L 8/2018 (mais vago que o detalhe dos arts. 11.º, 5 a 8, DL 178/2012).

<sup>27</sup> V. *infra*, 3.4.

empresarial (recorde-se o imediatismo convocado pelo art. 18.º, (a), da Proposta), em diálogo e cooperação com os credores e terceiros relacionados. É no cumprimento desse dever que cabe demandar aos administradores a *monitorização da compatibilidade das escolhas de gestão com o estado de solvência da empresa* e, se for caso disso, a *(re)planificação económico-financeira como método normal de reequilíbrio da sociedade-empresa*.

Este dever — com a implementação *ad hoc*, ou a complementação do que previamente exista, de um adequado *sistema informativo de controlo, monitorização e inspecção*, geralmente integrado, para as sociedades de maior escala, na organização da plataforma para cumprimento do dever de *compliance* (*Compliance-Organisations-Pflicht*) das regras, procedimentos, recomendações e normas legais conformadoras da actividade-objeto da sociedade — é particularmente delicado nas sociedades PME, nomeadamente naquelas de dimensão (humana, geográfica, estrutural) mais reduzida e de menor viabilidade de acréscimo de custos para esse efeito. Das duas uma: ou a dimensão não exige esse sistema (mais ou menos formalizado) e o dever de auto-controlo se cumpre mais informalmente (e com o *contacto privilegiado e proactivo* com os membros do órgão de fiscalização e os que tecnicamente suportam a sociedade no âmbito contabilístico-financeiro); ou a dimensão exige a formalização desse sistema e o dever de auto-controlo implica que seja montado e usufruído para instruir o processo de tomada de decisão. *Essa dimensão será nuclear para aferir o incumprimento desse dever de auto-controlo* (manifestação específica do dever de cuidado na situação de crise pré-insolvental).

No que respeita ao *dever de tomar decisões substancialmente razoáveis* (subdever crítico do dever legal geral de cuidado, direccionado à activação da autonomia e discricionariedade de julgamento dos administradores *dentro de um catálogo de alternativas possíveis e adequadas* e de acordo com a bitola do «gestor criterioso e ordenado»)<sup>28</sup> — o segundo plano de análise anunciado —, a razoabilidade *cautelar e com tutela plural* (recomendada pela conjugação da alínea (c) com as alíneas (a) e (b) do art. 18.º da Proposta) implica:

- i. a *redução da discricionariedade* no âmbito das opções de gestão, uma vez que surge pujante a vinculação a medidas tomadas com o fito de contribuir para a subsistência e evitar a insolvência definitiva, seja na (re) planificação da actividade e do projecto empresariais, seja no saneamento financeiro da sociedade;
- ii. a *conjugação em igual plano e paridade* (e não em plano hierarquicamente desigual, como manda o art. 64.º, 1, b), CSC) dos *interesses dos sócios* (interesse social) e dos *interesses dos «sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade»*. Pelo menos assim deverá ser *em regra*.<sup>29</sup> De todo o modo, não é de excluir que se deva optar por, em certas circunstâncias (por exemplo, medidas de financiamento com oneração de património social), fazer prevalecer *os interesses dos credores* em relação aos demais interesses atendíveis, uma vez que o período de crise pré-insolvental obriga os administradores à inibição/omissão de actos que, alegadamente em homenagem a interesses (perversos ou especulativos ou oportunistas) de prossecução, sem ponderação devida, de (eventual) lucro (dos sócios, portanto) e/ou de prolongamento indefensável da actividade empresarial (dos administradores), se traduzem numa, excessiva e inadmissível, translação do risco empresarial para a esfera dos credores.<sup>30, 31</sup> Ou de outros *stakeholders* diversos dos cre-

<sup>29</sup> A este propósito, Adelaide Menezes LEITÃO, “Contributos sobre a Proposta de Diretiva”, 1037, fala de uma “reconfiguração do interesse social à luz de outros interesses”.

<sup>30</sup> V. as reflexões de Maria de Fátima RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. IV, Coimbra: Almedina, 2011, 293 e ss., em esp. 296-298 (necessidade de um regime sancionatório para a actuação pré-insolvental dos administradores de sociedades e de adequados meios de tutela preventiva e reconstitutiva).

<sup>31</sup> O mesmo se aplica à convocação do dever geral de lealdade, previsto no art. 64.º, 1, b), CSC, justamente o preceito onde esse equilíbrio hierarquizado está prescrito. Isto é, quando se impõe que, em caso de conflito de interesses, os administradores considerem e intentem em exclusivo o «interesse da sociedade», com a correspectiva obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou de terceiros (por si influenciados ou dominados ou familiares) — v. Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, 777-778, 791-792 —, nesse «interesse da sociedade» devem ser privilegiados na conduta leal pré-insolvental os interesses dos credores (em paridade ou em superioridade).

<sup>28</sup> Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, 775.

dores, como será, em particular, o interesse dos trabalhadores na manutenção dos seus postos de trabalho.<sup>32-33</sup>

**3.2.** Ainda quanto a esta razoabilidade decisória, importa destacar que a crise pré-insolvental, *cuidadosamente enfrentada pelos administradores*, implica uma obrigação primária de *recurso aos procedimentos legais preventivos da insolvência* (seja quanto ao estado definitivo objectivo, seja quanto à declaração judicial de insolvência): o PER, requerido juntamente com credor ou credores nos pressupostos do art. 17.º-C, 1 e 6, CIRE, tendo em vista estabelecer negociações com os credores a fim da conclusão e aprovação de «plano de recuperação» e da sua homologação judicial (modalidade de PER dos arts. 17.º-A a 17.º-H CIRE), ou traduzido na apresentação de um «acordo extrajudicial de recuperação», subscrito pela sociedade devedora e por credores suficientes de acordo com o art. 17.º-I, 1, CIRE, e também homologado judicialmente (modalidade de PER do art. 17.º-I CIRE); o RERE, instrumentalizado através da assinatura de um “protocolo de negociação” do devedor com credores que representem, pelo menos, 15% do “passivo não subordinado”, tendo em vista estabelecer negociações (com ou sem a intervenção de um “mediador”) e obter a celebração de um “acordo de reestruturação” (obrigacional, empresarial e societária), que incide, em especial, sobre a totalidade ou uma parte dos créditos pertencentes aos credores subscritores-participantes (em esp., arts. 2.º-4.º, 6.º-8.º, 14.º-15.º, 19.º-20.º, 23.º-28.º, L 8/2018).<sup>34</sup> Desde que,

<sup>32</sup> No Parecer do Comité Económico e Social Europeu relativo à Proposta de Directiva (cfr. *JOUE*, de 30/6/2017, C209, 21 e ss.), defende-se que, neste contexto, “deveria ser interdito aos administradores reduzirem os activos da sociedade a um nível inferior ao exigido para a liquidação dos montantes devidos aos trabalhadores” (26).

<sup>33</sup> Para a defesa da sobreposição dos interesses dos credores e dos trabalhadores no âmbito da insolvência *declarada* (especialmente na elaboração do plano de insolvência), numa lógica de “descentralização do interesse social”, v. Paulo Olavo CUNHA, “A recuperação de sociedades no contexto do PER e da insolvência”, *RDI*, (2017) 102, 108-109.

<sup>34</sup> Para uma (recente) análise do RERE, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2018, 326 — um “regime de enquadramento” jurídico dos acordos extrajudiciais —, 485 e ss. — “um ónus (um ‘dever livre’)” relativo a um comportamento que “não é imposto mas proposto, importando a sua adopção pelos sujeitos a produção de efeitos que lhe são benéficos”. Para o anterior regime do SIREVE, por todos e desenvolvidamente, v. Alexandre Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 557 e ss.

necessariamente, se verifique um *requisito comum*: a *susceptibilidade de recuperação* da empresa/actividade social e, com ela, da sociedade-devedora em crise (arts. 17.º-A, 1, CIRE, expressamente; arts. 2.º, 2 (empresa com possibilidade de *sobrevivência* total ou parcial), 15.º, 1, L 8/2018, implicitamente, ainda que colocado nas mãos do juízo do devedor e dos credores aderentes ao processo negocial<sup>35</sup>).

Nesse contexto, os administradores devem, *preliminarmente* e como *obrigação de meios*, encetar um processo de negociação com o ou os credores que permitam viabilizar os planos ou os acordos de recuperação/ reestruturação, conforme tenham optado por recorrer ao PER (independentemente do credor ou credores que o requeira *ab initio*) ou ao RERE (independentemente da identificação do credor ou credores com que se pretenda negociar)<sup>36</sup>. Depois (e sem relação com o sucesso ou insucesso desse processo) devem usar de acrescida *diligência informativa e técnica*, direcionada para a captação e utilização dos dados informativos junto dos terceiros e colaboradores relevantes (credores, trabalhadores, fornecedores, contabilistas certificados, revisores oficiais de contas, Fisco, Segurança Social), e para a sustentação das medidas, instrumentos e providências de reestruturação com base em aconselhamento especializado<sup>37</sup>. Tal reflecte-se — quanto ao PER — na elaboração, em primeiro lugar, da «proposta de plano de recuperação» (com «descrição da situação

<sup>35</sup> Ao contrário do SIREVE, que assentava essa susceptibilidade na avaliação global positiva assente em indicadores contabilístico-financeiros, tal como previsto no art. 2.º do DL 178/2012, e sem qualquer controlo e decisão sobre esse requisito no requerimento de utilização do procedimento extrajudicial, que perenciam ao IAPMEI na anterior disciplina (art. 6.º do DL 178/2012).

<sup>36</sup> Aparentemente neste sentido, António Menezes CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de ‘situação económica difícil’”, in Catarina SERRA, coord., *II Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra: Almedina, 2014, 67 (conduta exigida pela boa fé, mesmo fora dos enquadramentos do PER e do SIREVE: “as partes devem manter-se informadas, perante situações de dificuldade, iniciando contactos e, até, negociações”).

Fora do PER e do RERE, destaque-se que, no âmbito da relação com as instituições de crédito credoras, ainda o DL 227/2012 exige que os administradores (representantes dos «clientes bancários») cumpram o dever de *colaboração tendo por fim a procura de soluções extrajudiciais para o cumprimento das obrigações* (art. 4.º, 2, DL 277/2012).

<sup>37</sup> V., neste âmbito, a prevenção de irregularidades contabilísticas (nomeadamente com «prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor») consignada e censurada pelo art. 186.º, 2, h), CIRE.

patrimonial, financeira e reditícia da empresa») — art. 17.º-C, 3, *c*), CIRE —, assim como da elaboração (com os credores) e apresentação para homologação judicial do «acordo extrajudicial de recuperação» (para o PER previsto no art. 17.º-I), e, depois (no PER-regra), na intervenção no processo negocial e contribuição para a conclusão do «plano de recuperação» tendente à revitalização<sup>38</sup> (arts. 17.º-D, 17.º-F, CIRE); e — quanto ao RERE — na elaboração, em primeiro lugar, do protocolo de negociação (com a sua instrução documental e o seu depósito na Conservatória do Registo Comercial), na participação negocial e na conclusão (e depósito na Conservatória do Registo Comercial) do acordo final de reestruturação (nomeadamente composto pelos «termos da reestruturação da atividade económica do devedor, do seu passivo, da sua estrutura legal, dos novos financiamentos a conceder ao devedor e das novas garantias a prestar por este», assim como «as alterações dele decorrentes para as posições jurídicas dos credores» e «modificações societárias») — arts. 6.º, 7.º, 14.º-18.º, 19.º-22.º, 26.º, L 8/2018<sup>39</sup>.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Para além de, no âmbito das negociações estabelecidas na tramitação do PER, do cumprimento do dever legal específico de *comunicação de informação correcta e pertinente aos credores e ao administrador judicial provisório*, resultante do art. 17.º-D, 6 e 11, CIRE.

<sup>39</sup> Sem esquecer a convocação do dever legal específico de *elaboração e apresentação do diagnóstico económico-financeiro que servirá de base ao acordo de reestruturação*, de acordo com o art. 15.º da L 8/2018, assim como a aplicação dos princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores, expostos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro (art. 5.º da mesma L 8/2012) — “concretizações da boa-fé, na dupla dimensão da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente”, segundo António Menezes CORDEIRO, “O princípio da boa-fé e o dever de renegociação”, 66 —, também aplicáveis no seio de um PER (art. 17.º, 10, CIRE).

Ainda quanto ao regime do RERE, merece destaque o art. 29.º da L 8/2018: «Se o acordo de reestruturação for subscrito por credores que representem as maiorias previstas no n.º 1 do artigo 17º-I do CIRE, ou a ele vierem posteriormente a aderir os credores suficientes para perfazer aquela maioria, pode o devedor iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação, devendo nesse caso acautelar que este cumpre o previsto no n.º 4 do artigo 17º-I do CIRE.»

<sup>40</sup> V., neste âmbito de actuação do dever de cuidado, Paulo Olavo CUNHA, “Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades”, in Catarina SERRA, coord., *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2014, 226 e ss., 233-234 (destaco o dever de “verdade e correcção”, o dever de “revelação” da situação económica difícil e o dever de “aconselhamento técnico especializado”). Mais amplamente, identificando deveres concretos desen-

**3.3.** A reconstrução do dever geral de cuidado na presença de uma crise pré-insolvencial, assente na *redução da discricionariedade gestória e autonomia* e na *vinculação ao interesse da conservação e da promoção do valor da empresa*, coloca a questão de saber se a responsabilidade decorrente da violação desse dever (na relação com a sociedade: arts. 72.º-77.º csc) durante esse período pode ser afastado pela causa de exclusão prevista no art. 72.º, 2 (manifestação da *business judgment rule*) — *justificação da ilicitude por cumprimento do dever jurídico mínimo e suficiente de cuidado*, o de tomar uma decisão informada e não irracional (dever *sucedâneo* do dever de tomar decisões razoáveis e adequadas), considerado no momento de avaliar a conduta do administrador no âmbito da gestão discricionária e autónoma<sup>41</sup>. Será de restringir a sua aplicação e, mesmo que o administrador tenha cumprido a sua obrigação instrutoriamente informativa da decisão, impedir que recorra ao teste da *irracionalidade* para se eximir de responsabilidade?

Julgo que não. Deve poder aplicar-se o art. 72.º, 2. Mas com duas *nuances* que se devem enfatizar.

Em primeiro lugar, compreendendo que a “actuação em termos informados” é nesse período de crise *mais exigente* — o que aumenta as possibilidades de não preenchimento do requisito legal da *informação adequada e ponderação* (enquanto verdadeiro requisito *procedimental* de aplicação do regime excludente)

tranhados de um “dever geral de prevenção da insolvência”, Catarina SERRA / José Gonçalves MACHADO, “Para uma harmonização mínima do Direito da Insolvência — Primeira abordagem à Proposta de Diretiva de 22.11.2018, com especial atenção ao seu impacto no Direito das Sociedades Comerciais”, *DSR*, 17 (2017) 163-164 (destaco o dever de “procurar aconselhamento técnico especializado logo que haja suspeitas de uma situação crítica”, o dever de “manter um registo atualizado da atividade da empresa que permita identificar uma situação [crítica]”, o dever de “agir com atenção aos interesses do coletivo dos credores e da empresa como um todo”. Para a análise da cooperação exigida ao devedor e aos credores e a sua influência na determinação de deveres de (re)negociação no âmbito do PER e do SIREVE, v. Nuno Pinto OLIVEIRA, “Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização?”, in Catarina SERRA, coord., *II Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra: Almedina, 2014, 153 e ss.

<sup>41</sup> V. Ricardo COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, in *Reformas do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2007, (IDET — *Colóquios* 3), 62 e ss., 79 e ss.; IDEM, “Artigo 64.º”, 781 e ss.

e da impossibilidade de dispensar a razoabilidade (e de alegar a não irracionalidade) como critério do mérito das decisões.

Em segundo lugar, percebendo que o *círculo da racionalidade fica mais apertado*, uma vez que a coerência, a explicação e o fundamento estão guiados pela lógica de escolhas orientadas pela conservação e saneamento da empresa e pelo impedimento preventivo da insolvência. A “racionalidade económica” e “empresarial”<sup>42</sup> admitida pela lei no *safe harbour* da administração gestonária está, na *moldura temporal da crise*, ancorada num equilíbrio (delicado e sensível) entre a inibição para o *overinvestment*, assente em operações e negócios com álea e risco excessivos e cujos resultados negativos agravarão a situação da sociedade (mediatamente, dos credores)<sup>43</sup>, e a inibição para o *underinvestment*, assente no desinteresse e aniquilamento da sociedade e cuja impossibilidade de obtenção de resultados positivos de gestão alavancará a agonia e a astenia da sociedade<sup>44</sup>. É verosímil que na ponderação deste equilíbrio — fundamentalmente centrado na decisão sobre o grau de risco *em abstracto* e fito de continuidade *em concreto* — se encontrem mais decisões possíveis como sendo qualificáveis como irracionais (desde logo por serem de grave imprudência e se colocarem ao serviço de um retardamento da insolvência efectiva). Por outras palavras, é defensável que, para aplicação do art. 72.º, 2, o teste da (ir)racionalidade seja ocupado pelo *teste da recuperação (test di risanabilità)* — dirigido à idoneidade das medidas escolhidas para permitir a reestruturação empresarial — e esse diminua o espectro de exclusão que o art. 72.º, 2, oferece.

**3.4.** Agora (cumulativamente) no plano da relação dos administradores com os sócios (segmento de *administração técnica ou organizativa*), é de defender que incide sobre tais administradores um *dever de informação dos sócios sobre a existência de uma situação de crise pré-insolvencial* (ou insolvência provável, nos

<sup>42</sup> Ricardo COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, 85.

<sup>43</sup> Catarina SERRA / José Gonçalves MACHADO, “Para uma harmonização mínima”, 163-164, sustentam, no período de crise pré-insolvencial, o dever de “não realizar operações que impliquem risco excessivo”.

<sup>44</sup> Neste sentido, v. os deveres legais específicos omissivos consagrados no art. 186.º, 2, a) e c), CIRE.

termos da Proposta) — como dever instrumental à tomada de decisões razoáveis (dever geral de cuidado) ainda no segmento da *administração gestonária*<sup>45</sup>. Uma vez adquirido esse conhecimento, instrumentalizado pela actividade instrutória que concretiza o *dever de auto-controlo pós-crise*, tal deve ser comunicado aos “titulares do capital”, pelo menos *sempre que as decisões a tomar para saneamento e recuperação da actividade empresarial impliquem, mais do que operações individuais, verdadeiras tomadas de posição estratégicas e modificações significativas sobre a estrutura organizativa e patrimonial da sociedade* (a elaboração de novos planos e linhas de valor estratégico para a gestão, a concretizar em especial através de PER ou RERE). Neste caso, o sócio será convocado para *ser gestor, a título prejudicial, atenta a natureza crítica das decisões e a influência no valor das participações sociais e da sua posição jurídica e estatuto* — considerando desde logo que passará pela pronúncia dos sócios as medidas de alteração ou reestruturação para as quais têm competência legal ou estatutária<sup>46-47</sup>.<sup>48</sup> E, neste contexto, é plausível ser *nas sociedades PME que mais se concentra a tradução desse dever de informação* — considerando o personalismo, a proximidade dos sócios com a gestão orgânica, a existência de sócios maioritários ou controladores e de comando bem definidos, etc.<sup>49</sup>

Esse dever de comunicação será em regra absorvido pela convocação ou requerimento de convocação dos sócios para reunirem em assembleia, com o apontamento de tal assunto na

<sup>45</sup> Sobre essas duas categorias da administração, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 737 e ss.

<sup>46</sup> E as suas deliberações poderão ser fonte de responsabilidade *ex arts. 72.º-79 csc*, de acordo com a aplicação do art. 80.º csc: Ricardo COSTA, “Artigo 80.º”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, (IDET — *Códigos* 1), 997 e ss., em esp. 1001-1002.

<sup>47</sup> Assim como a decisão sobre a manutenção dos administradores em exercício de funções, atento o poder de destituição que lhes assiste.

<sup>48</sup> Com entendimento diverso, v. Paulo Olavo CUNHA, “Reestruturação de sociedades e direitos dos sócios”, in Catarina SERRA, coord., *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017, 347-348.

<sup>49</sup> Este entendimento é claramente suportado pela novidade trazida pelo art. 3.º, 6, da L 8/2018 para o RERE: «Podem ser admitidos a intervir nas negociações e no acordo de reestruturação os sócios do devedor, na medida em que, em virtude da lei ou dos estatutos do devedor, seja necessária a sua intervenção ou consentimento.»

ordem do dia. Nela, se as deliberações a tomar não se fundarem em competências legais ou estatutárias ou (para as sociedades anónimas) em pedido do órgão de administração legitimado no art. 373.º, 3, CSC, teremos fundamento para a sua adopção no art. 259.º (competência legal residual sobre a gestão), para as sociedades por quotas, e na habilitação dos accionistas para assumirem competência “não escrita” ou “implícita” sobre assuntos equivalentes às decisões de alteração dos estatutos sociais<sup>50</sup>.

Este procedimento *interorgânico* e *dialéctico* não prejudica, de todo o modo, o cumprimento — até em simultâneo — do dever legal específico de os gerentes e administradores promoverem a realização de assembleia de sócios no caso de preenchimento de «perda de metade do capital» previsto no art. 35.º CSC, a fim de, nela, se informarem os sócios da situação e de estes tomarem as medidas convenientes (exemplificadas nas alíneas do n.º 3 do art. 35.º).<sup>51</sup>

**3.5.** Como já intuímos, o art. 18.º, (d), da Proposta — obrigar os administradores a «evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa» — encontra consagração no actual regime da insolvência qualificada como *culposa*: v. arts. 186.º (1 a 3, em esp.) e 189.º CIRE<sup>52</sup>.

*Brevitatis causa*, esta dá-se «quando a situação [de insolvência] tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência» (art. 186.º, 1). A lei pre-dispõe uma cláusula geral que abraça todos os *factos de actuação susceptível de produção ou agravamento de insolvência efectiva*.

No n.º 2, a lei estabelece comportamentos que constituem presunções *iuris et de iure* da existência de comportamento culposo (doloso ou com negligência grosseira e consciente no surgimento ou no agravamento do estado de insolvência — e são simultaneamente *deveres legais específicos* (particularmente

<sup>50</sup> Desenvolvidamente, entre outros locais, v. Ricardo COSTA, “A administração da sociedade PME e o sócio gestor”, 22 e ss.

<sup>51</sup> Para a articulação do art. 35.º com a situação de insolvência prevista no art. 3.º, 2, CIRE, v. Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, I, 144-145.

<sup>52</sup> V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 114 e ss.

de carácter omissivo), vinculados e sem discricionariedade na execução, *a exigir durante o período de insolvência provável*. A elas adicionaram-se presunções *iuris tantum* de «culpa grave» na actuação do administrador (isto é, comportamento não doloso mas com negligência consciente e grosseira): são as als. *a*) («*incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência*») e *b*) («*incumprido a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal*» ou «*submetê-las à devida fiscalização*» ou de «*as depositar na conservatória do registo comercial*») do n.º 3 do art. 186.º.

Por sua vez, o art. 189.º CIRE estabelece o quadro *ulterior* de efeitos (*personais* e *patrimoniais*) reservados para (nomeadamente) os administradores (de direito e de facto) identificados pela sentença como «afectados» pela insolvência qualificadamente culposa (als. *b*) a *e*) do n.º 2) do art. 189.º): inibição para «administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos»; inibição (*rectius*, incompatibilidade absoluta) para o exercício do comércio e para a «ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa», por igual período de 2 a 10 anos<sup>53</sup>; «perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos»<sup>54</sup>; «condenar as pessoas afectadas [pela qualificação, «nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas»: al. a) do n.º 2] a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos [sem dependência de pedido dos credores ou do administrador da insolvência], até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados» (“uma responsabilidade por *causação ou agravamento ilícitos* (por violação *activa ou omissiva de deveres* da esfera jussocietária da administração) e *culposos* (com dolo ou negligência consciente e grosseira) da insolvência, *subsidiária* em relação ao devedor insolvente (mas *solidária* entre os sujeitos afectados pela qualificação)

<sup>53</sup> Para o registo das inibições, v. art. 189.º, 3, CIRE.

<sup>54</sup> Excluída no incidente limitado de qualificação de insolvência: art. 191.º, 1, c), CIRE.



e, no conjunto dos sujeitos afectados, *limitada* ao montante do passivo não satisfeito”<sup>55</sup>).<sup>56</sup>

Estes efeitos funcionam verdadeiramente como um *indutor da valência do regime obrigacional e de responsabilidade por incumprimento dos deveres de conduta previstos no art. 186.º CIRE (independentes da situação e declaração de insolvência efectiva*<sup>57</sup>) e um *dissuasor de práticas de gestão que atirem a sociedade para uma insolvência que termine na solução terminal da liquidação*.

Por isso, neste regime é de notar que o art. 186.º, 2 (em comparação com o art. 186.º, 3, que reproduz apenas outros normativos para o efeito presuntivo), ajuda em muito a determinação de um conjunto de *deveres de conduta preventivos da insolvência efectiva*<sup>58</sup>, que correspondem a uma verdadeira disciplina de *governança em situação de crise pré-insolvencial* que o nosso direito oferece — em respeito pelo indicado pela Proposta.

Como se tem destacado na nossa doutrina<sup>59</sup>, a maior parte dos comportamentos/deveres que nele se descrevem corresponde a *manifestações normativas e específicas do dever de lealdade* (e, portanto, do art. 64.º, 1, b))<sup>60</sup>, pois (o incumprimento desses deveres específicos) revela que houve aproveitamento indevido de bens ou recursos da sociedade, que serão causalmente ade-

<sup>55</sup> Transcrevo o que resumi em Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 123-125.

<sup>56</sup> Um outro efeito da insolvência culposa (em incidente limitado, porém, no caso em que o tribunal verifica que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação garantida por outra via: arts. 39.º, 1, 191.º, 1, CIRE) encontra-se, uma vez requerido o «complemento da sentença», no art. 39.º, 5, CIRE («reembolso das quantias despendidas às pessoas que, em *violação dos seus deveres como administradores*, se hajam absterido de requerer a declaração de insolvência do devedor, ou o tenham feito com demora»).

<sup>57</sup> V. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o Direito das Sociedades e o Direito da Insolvência”, in Catarina SERRA, coord., *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017, 200-201.

<sup>58</sup> V. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, 698. Numa outra perspectiva, Catarina SERRA / José Gonçalves MACHADO, “Para uma harmonização mínima”, 164, defendem um dever concreto de “observar o que prescreve a lei no que respeita à insolvência e situações afins”.

<sup>59</sup> Mais recentemente: Coutinho de ABREU, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, in Catarina SERRA, coord., *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017, 187-188.

<sup>60</sup> V. Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, 789-790 e n. (96), com referências.

quados a causar ou a agravar a insolvência efectiva: als. *b), d), e), f) e g)* do art. 186.º, 2. Mas também nele se mobilizam *deveres legais específicos atinentes ao dever de cuidado* (relativo à tomada de decisões razoáveis nas als. *a)*<sup>61</sup> e *c)*). Por fim, as alíneas *h)* do n.º 2 e *b)* do n.º 3 do art. 186.º apresentam deveres legais específicos *autónomos* do período da insolvência provável<sup>62</sup>.

Assim, não podemos deixar de concluir que os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE se constituem no ordenamento jussocietário como *concretizações* do art. 64.º, 1, CSC (relevantes para uma responsabilidade perante a sociedade<sup>63</sup>), e como *normas legais de protecção*<sup>64</sup> e *impositivas de deveres jurídicos específicos* (relevantes para a responsabilidade dos administradores perante credores, sócios e outros terceiros, de acordo com os arts. 78.º e 79.º CSC).

### Bibliografia estrangeira consultada

BORK, Reinhard, “Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung”, *ZIP*, (2001) 101.

CAVALLINI, Cesare, “Amministratori e società insolvente: responsabilità e nuove frontiere della tutela (cautelare) prefallimentare”, *RS*, (2016) 178.

EIDENMÜLLER, Horst, “Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts”, *ZHR*, (2011) 11.

FERNÁNDEZ-RIO, Angel José, “La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva”, *ADConcursal*, (2017) 99.

FLEISCHER, Holger, “§ 92”, *Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-149, in Gerald SPINDLER / Eberhard STILZ, Hrsg., 3. Aufl., München: C. H. Beck, 2015, 1308.

<sup>61</sup> V. também os arts. 212.º, 1, e 227.º, 1, *a)*, CP.

<sup>62</sup> A al. *i)* (em conjugação com o art. 83.º CIRE) refere-se a uma conduta posterior à declaração de insolvência e não releva no período pré-insolvencial (com rigor, v. Rui Pinto DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, *Escritos Jurídicos Vários: 2000-2015*, Coimbra: Almedina, 2015, 741).

<sup>63</sup> Sobre a problematização doutrinária e jurisprudencial de o art. 64.º ser considerado como norma legal de protecção, ainda que reflexa ou mediatamente, de credores, sócios e outros terceiros, nomeadamente os referidos na al. *b)* do n.º 1, e utilizado como fonte de responsabilidade pelos arts. 78.º e 79.º CSC, v. Ricardo COSTA, “Artigo 64.º”, 798-799.

<sup>64</sup> V. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, 683 e ss., 694-695; Coutinho de ABREU, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, 189-190.

- GUERRERA, Fabrizio, “Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell’impresa in crisi”, in Michele VIETTI, dir.; Piergaetano MARCHETTI / Daniele U. SANTOSUOSSO, coord. scient., *La governance nelle società di capitali. A dieci anni dalla riforma*, Egea, Milano, 2013, 247.
- JAFFÉ, Michael, “Die Eigenverwaltung im System des Restrukturierungsrechts”, *ZHR*, (2011) 38.
- KLOCKNER, Stefan, “Die Aktiengesellschaft in der Insolvenz — Bestellung und Abberufung des Vortands”, *AG*, (2010) 780.
- LÉON SANZ, Francisco José, “La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia”, *ADConcursal*, (2013) 75.
- LUCIANO, Alessandro M., “La gestione della s.r.l. nella crisi pre-concorsuale”, *RS*, (2017) 405.
- MERKT, Hanno, “Compliance und Risikofrüherkennung in kleinen und mittleren Unternehmen”, *ZIP*, (2014) 170.
- MONTALENTI, Paolo, “I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi”, in Umberto TOMBARI, a cura di, *Diritto societario e crisi d’impresa*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, 35.
- NIGRO, Alessandro, “La proposta di Direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese”, *Riv. dir. comm.*, (2017) 201.
- SCHMIDT, Karsten, “Bestellung und Abberufung des Vorstands in der Insolvenz einer Aktiengesellschaft”, *AG*, (2011) 1.
- VEIL, Rüdiger, “Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht. Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung”, *ZGR*, (2008) 374.
- WILLIAMS, Richard, “What can we expect to gain from reforming the insolvent trading remedy?”, *MLR*, (2015) 55.
- ZABALETA DÍAZ, Marta, “El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales”, *ADConcursal*, (2013) 195.

# A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME

## PERSPETIVA DE UMA MAGISTRADA JUDICIAL

*Fátima Reis Silva*

Cumpre-me, em primeiro lugar, agradecer à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na pessoa do Sr. Professor Doutor Soveral Martins, o amável convite que me dirigiram e o renovado prazer de, nesta casa, vir falar sobre temas que me são caros e próximos.

### **1. Experiência pessoal**

Permitam-me um breve enquadramento.

Fui colocada no então denominado Tribunal do Comércio de Lisboa, que funcionava, auspiciosamente ou não, no edifício de um banco na Rua do Ouro, esquina com a Rua do Comércio, nos idos de 2001.

Até lá, os únicos contactos que tinha tido com processos de falência tinham sido breves e “receosos”, no estágio, em Cascais, sob o olhar atento do meu formador, onde ainda presidi a uma mão-cheia de assembleias de credores, e em Tomar, onde apenas fui titular de processos de falência em liquidação de muito razoável dimensão, testemunhos de uma crise anterior e dos seus efeitos no que outrora tinha sido um tecido empresarial respei-

tável. Lembro-me de fiações, cerâmicas e fábricas de rações e de processos de grande dimensão.

A vida levou-me para outras paragens e para vários tribunais criminais, minha vocação de sempre, desde que formulei o propósito de ser juiz. Porém, em 2001, fui para a jurisdição de comércio, confesso, ainda com o plano de voltar ao crime. Essa é outra história que aqui não relevo, mas que ilustra uma velha máxima tão bem aplicada às carreiras judiciais como às empresas e aos negócios (e à vida): a realidade ultrapassa sempre a imaginação e o melhor plano tem sempre desvios imprevisíveis, que podem ser enfrentados, contornados ou aproveitados, mas nunca ignorados.

E o que me traz aqui, o meu fator de legitimidade, a razão pela qual fui convidada para aqui estar hoje a falar convosco são 15 anos de prática intensiva de jurisdição de comércio em Lisboa, num tribunal que chegou a “mexer” metade do país em termos falimentares (e todo o país noutras matérias como a propriedade industrial ou a aplicação pública do direito da concorrência). Jurisdição que só muito recentemente deixei, mas à qual continuo ligada e continuarei, agora noutras instâncias.

Não vou maçar-vos mais com notas pessoais, pretendendo apenas dar-vos nota de um olhar que encara a história económica recente do nosso país da perspectiva do direito falimentar, e que, conquanto redutor, pode ser um contributo útil no momento em que olhamos o direito da insolvência futuro.

Vou então fazer um pequeno percurso pelo passado, prometendo, porém, chegar ao tema que me foi proposto: o futuro do ponto de vista de uma magistrada judicial.

## 2. 2001-2012

Cheguei ao tribunal em 2001, após um ciclo de crescimento económico reforçado pela adesão à então Comunidade Económica Europeia.

Existiam então processos de falência e de recuperação de empresa, processos especiais diferenciados, mas ligados por um sistema de vasos comunicantes — um processo de falência podia prosseguir como recuperação e vice-versa; um processo de recu-

peração em que se não lograsse a aprovação de um plano num determinado prazo, tornava-se um processo de falência e liquidação, de forma automática. O juízo sobre o prosseguimento de um processo como recuperação ou como falência (limitado pelo princípio do pedido) cabia ao juiz.

Era também a época em que as empresas encaravam as dívidas aos credores públicos como uma forma de financiamento — o mau funcionamento da máquina de cobrança permitia-o. Recordo-me de muitas e muitas assembleias de credores em que, entre o Estado e a Segurança Social, os credores públicos detinham de 50% a 90% dos créditos.

O processo de falência tanto se aplicava a pessoas singulares como a empresas, mas as pessoas singulares eram, com uma expressão numérica desprezível, na sua maioria, avalistas, fiadores, gerentes e administradores de sociedades devedoras e empresários em nome individual. Era muito raro o processo de falência que visasse apenas um particular com dívidas não empresariais. O processo de recuperação apenas se aplicava a empresas (os particulares tinham a concordata particular, uma espécie de plano de pagamentos de outrora) e tinha uma característica muito marcante: a inércia dos credores jogava a favor do prosseguimento do processo e da própria recuperação dos devedores. Para travar um processo de recuperação de empresas — que desde o despacho de prosseguimento suspendia todas as diligências de natureza executiva — era necessário exercer uma oposição ativa, o que era raro suceder.

Era assim, frequente que empresas se apresentassem, com alguns anos de intervalo, duas vezes a recuperação e vissem os seus planos aprovados, alguns meras variações dos primeiros, e muitas vezes após incumprimento. Problemas velhos, problemas novos...

Embora na letra da lei as medidas de recuperação fossem tipificadas, a jurisprudência de 1ª instância (a única interessada por estas matérias, então praticamente ausentes de coletâneas e bases de dados) admitia combinações de medidas e algumas variações não típicas, sempre que se demonstrasse (e o acordo dos credores era uma boa forma de o fazer) que essa era a melhor forma de recuperação para a empresa.

Os devedores, apresentando sempre os setores ligados à construção civil e ao comércio e serviços uma grande preponderância, foram variando ao sabor de “bolhas” mais ou menos

identificáveis, pelo menos no dia-a-dia do tribunal. Recordo-me de uma época de falências de pequenas empresas de informática, primeiro de hardware e mais tarde de software, das falências de empresas de trabalho temporário, aí englobando também grandes empresas, das empresas de comunicações, das empresas ligadas à construção de autoestradas, etc.

O que se notava dos processos era que não havia regras na concessão de créditos às empresas, fossem pequenas, médias ou grandes. Eram concedidos créditos avultados sem garantias ou apenas com garantias pessoais dos sócios e cônjuges, não verificados, em muitos casos.

Uma primeira alteração conjuntural dá-se quando os credores públicos, liderados pelo fisco, endurecem as suas posições e, onde antes havia indiferença, falta de resposta a pedidos de instrução de votos e abstenções, passou a haver incomunicabilidade e votos contra, de forma sistemática. Isto coincidiu com o início da reforma da máquina fiscal e, em ciclo de crescimento económico, contribuiu para a liquidação de muitas e muitas empresas com grandes passivos públicos e uma injustificada confiança na inércia destes credores.

É também neste enquadramento que surge, em 2004, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, um código totalmente orientado para a liquidação, em que a inércia dos credores passa a “jogar” contra o devedor.

Traços favoráveis à recuperação, mas não suficientes para ultrapassar a matriz do código o facto de o juízo sobre a viabilidade e recuperabilidade das empresas ser retirado ao juiz e entregue nas mãos dos credores (identificados como os donos económicos da empresa), ficando nas mãos daquele apenas o juízo de insolvência. Outra alteração de relevo o facto de as medidas de recuperação deixarem de ser um elenco fechado.

E este código é o único instrumento jurídico de liquidação e de recuperação de empresas (e de liquidação do património de particulares ou de exoneração do seu passivo restante ou de aprovação de plano de pagamentos) de que iremos dispor até 2012, ou seja, desde o termo do ciclo de crescimento, durante a estagnação e até à crise de 2008/2010 e nos piores anos que se seguiram.

Durante esse período várias mudanças ocorreram.

Mudou a composição dos universos de credores, que se democratizou e pulverizou: os devedores que, sempre por regra, deviam muito a poucos, passaram a dever muito a muitos. Deixa de haver claro predomínio dos credores institucionais e surgiam ocasionalmente “geringonças” de credores (embora ao tempo não nos tenha ocorrido chamar-lhes esse nome). Muito ocasionalmente porque a inércia e o desinteresse continuavam a ser a palavra de ordem. O Estado, por outro lado, muito mais robusto e eficiente na cobrança, passou a ser um credor que era prioritário satisfazer.

As dificuldades em aprovar um plano de recuperação cresceram, tendo-se chegado a percentagens de aprovação de 10%, num assustadoramente baixo número de planos apresentados. Em 2011, uma famosa regra introduzida no orçamento de estado varreu jurisprudência uniforme formada desde a entrada em vigor do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, e deu aos credores públicos um controlo sobre o resultado das votações que desembocou no seguinte: se o voto dos credores públicos fosse necessário para aprovação do plano, os respetivos créditos eram satisfeitos de acordo com as exigências legais (apertadas) para estes pelos devedores que tinham capacidade para tal; se o voto não fosse necessário tais exigências não eram, tendencialmente satisfeitas e seria pedida a não homologação do plano aprovado e apresentado recurso da sentença homologatória que viesse a ser proferida, deixando os devedores em suspenso num momento de grande fragilidade. Quero frisar que estou a descrever um cenário e não a fazer juízos de valor, cabendo reconhecer a legalidade estrita da atuação destes credores. O problema estava na lei e não na respetiva interpretação.

Ainda assim os tribunais, liderados pelo STJ, desenharam uma solução jurisprudencial que permitia salvar alguns dos planos aprovados, mediante uma solução de ineficácia. Reconhecendo a justeza da solução, entretanto generalizada, confesso que sou das pouco crentes na sua utilidade. Pergunto-me de que serve um plano aprovado que vincula todos os credores menos uma certa categoria que, de mãos livres, podia executar, penhorar, arrestar, etc., inviabilizando o cumprimento de um plano no dia seguinte ao da sua homologação.

Em 2012, com o programa revitalizar, surgem o PER e o SIREVE, dois instrumentos de recuperação de empresas, o primeiro de natureza híbrida e o segundo de natureza extrajudicial, acorreu-se finalmente à total inadequação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas para lidar com as consequências da crise, tendo imediatamente subido as percentagens de aprovação de planos para cerca de 50%.

Mas essa é já história recente que é amplamente conhecida.

É com o *background* que vos resumi que pretendo olhar para as futuras alterações do direito da insolvência, mantendo a atenção nas Pequenas e Médias Empresas, afinal o foco deste seminário.

Como sabem, levamos já cinco anos de experiência de instrumentos de recuperação que inclusive já deram lugar a correções e alterações motivadas, em grande parte por justas críticas ao funcionamento de algumas regras, mas com reconhecimento geral da oportunidade e utilidade dos instrumentos.

Sobre essas alterações já aqui se falou e provavelmente mais se falará.

### 3. A Proposta de Diretiva 2016/359 de 22 de novembro

Em Novembro do ano passado a Comissão publicou a proposta de diretiva 2016/0359 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.

Visa eliminar obstáculos à livre circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento, resultantes das diferenças entre as legislações e processos nacionais em matéria de reestruturação preventiva, insolvência e concessão de uma segunda oportunidade, assegurando o acesso das empresas viáveis com dificuldades financeiras a quadros jurídicos nacionais eficazes em matéria de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua atividade, a concessão de uma segunda oportunidade aos empresários honestos sobre endividados após o perdão total da dívida e depois de um período de tempo razoável, e uma maior eficácia dos processos de reestruturação, insolvência e quitação,

nomeadamente a redução da sua duração (considerando 1). É visto como percurso para a união bancária e financeira e peça essencial na redução do elevado *stock* de NPLs.

Aponta-se a morosidade dos processos de reestruturação e de liquidação, as baixas taxas de recuperação de créditos e aumento do risco que tal cria, gerando diferentes condições de acesso ao crédito, dificuldades nas questões transfronteiriças, mas não só, assumindo o objetivo de harmonização das legislações nacionais nestas matérias.

As PME são uma das preocupações do legislador comunitário que as identifica como menos capazes de suportar elevados custos de reestruturação, assinalando a necessidade de mecanismos de alerta e de modelos de planos adaptáveis.

Também pela via da dificuldade real de distinção, quanto às pessoas singulares, entre as dívidas pessoais e as dívidas de empresarialidade se dá atenção ao universo destes devedores, que muito releva no contexto das pequenas e médias empresas, compostas largamente de sociedades de capitais com vertente personalística vincada (sociedades por quotas), por sociedades unipessoais e ainda por muitos e muitos empresários em nome individual.

Pretendem-se quadros de reestruturação rápidos e precoces, que evitem a insolvência e são feitas uma série de minuciosas opções entre o catálogo de direitos e soluções disponível nos países da união europeia, algumas já nossas conhecidas e outras distantes do nosso ordenamento.

Como sabemos, um dos fitos principais desta iniciativa — o estabelecimento de um quadro jurídico para a reestruturação, pré-insolvencial e de acesso simples e rápido — já está contemplado no nosso ordenamento jurídico desde 2012 — o PER e o SIREVE são esses mecanismos, o primeiro amplamente usado, o segundo com escassa, mas eficaz utilização.

Aliás, percorrendo o elenco da proposta verificamos que o nosso direito positivo está já em certa medida em linha com algumas das previsões:

- temos já dois mecanismos enquadráveis no art. 4.º — o PER e SIREVE, este segundo em vias de ser substituído pelo RERE (Regime Extrajudicial de Recuperação

- de Empresas) que se encontra em processo legislativo; há dissonâncias que não descaracterizam os “nossos” processos nacionais: por exemplo o art. 4.º, n.º 4 da Diretiva prevê a possibilidade de os procedimentos serem iniciados a pedido, não só dos devedores, como dos credores, com o acordo dos devedores. No ordenamento jurídico português a segunda possibilidade inexistente, exceção feita à não enquadrável possibilidade de apresentação de um plano de insolvência por um grupo de credores em processo de insolvência; na prática, porém, estamos todos cientes de que se credores suficientes ou de importância suficiente fizerem saber ao devedor a sua vontade ou disponibilidade de regular a sua situação mediante um mecanismo de reestruturação, o devedor, concordando, apresentar-se-á a um dos meios existentes;
- todos os regimes referidos cumprem a previsão do art. 5.º (o devedor permanece na posse dos seus ativos);
  - os arts. 6.º e 7.º da Proposta de Diretiva (suspensão das medidas de execução e seus efeitos) são assegurados pelo menos por um dos mecanismos com uma amplitude que poderá (deverá, se esta for a redação final) ser alterada ou temperada por esta previsão. Por exemplo, a lei já prevê que, no PER, o prazo de negociações (e com ele a suspensão das medidas de execução e seus efeitos) cesse a pedido de um grupo de credores que pode chumbar ou bloquear a aprovação do plano; no entanto a possibilidade de levantamento da suspensão em relação a um credor ou a uma categoria de credores não está contemplada e não é possível no ordenamento nacional vigente.

Não vou deter-me mais sobre semelhanças e diferenças, mas vou centrar-me em três questões que me preocupam no que aí vem.

É firme a intenção europeia de legislar nesta matéria e harmonizar nesta matéria, incluindo regras processuais e regras mistas — embora deixando de lado expressamente as regras relativas às condições de abertura de processos de insolvência, a própria noção de insolvência, a graduação de créditos e as ações de impugnação pauliana.

Esta é uma proposta e está a ser discutida, pelo que não sabemos ainda quais vão ser a opção e redação finais. Mas no projeto identificam-se com facilidade linhas de força que prevejo não vão ser abandonadas ou muito alteradas.

No que toca ao conteúdo do plano (art. 8.º), verifica-se igualmente que o conteúdo de um plano está já orientado nos termos previstos, exceção feita a uma novidade que corresponde a uma das preocupações que tenho.

A alínea *d*) do n.º 1 prevê como um dos elementos do plano (sujeito a confirmação por uma autoridade judicial ou administrativa):

d) As categorias em que as partes afetadas foram agrupadas para efeitos de aprovação do plano, juntamente com uma justificação para tal agrupamento e informações sobre os valores respetivos dos credores e membros de cada categoria;

E o art. 9.º, que estabelece regras relativas à aprovação do plano estabelecendo desde logo que aos detentores de participações afetadas, ou seja, aos sócios pode ser concedido direito de voto (nos termos do art. 12.º):

2. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes afetadas sejam inseridas em categorias distintas em função dos critérios de formação de categorias. As categorias devem ser formadas de modo a que cada categoria englobe créditos ou interesses associados a direitos suficientemente semelhantes para justificar que os membros dessa categoria sejam considerados um grupo homogéneo com interesses comuns. No mínimo, para efeitos de aprovação de um plano de reestruturação, os créditos garantidos e não garantidos são inseridos em categorias distintas. Além disso, os Estados-Membros podem prever que os trabalhadores sejam inseridos numa categoria própria distinta.

3. A formação das categorias é apreciada pela autoridade judicial ou administrativa competente sempre que seja apresentado um pedido de confirmação do plano de reestruturação.

4. O plano de reestruturação considera-se aprovado pelas partes afetadas com a obtenção da maioria do montante dos respetivos créditos ou interesses em todas e cada uma das categorias. Os Estados-Membros estabelecem as maiorias exigidas para a aprovação de um plano de reestruturação, que nunca poderão ser superiores a 75 % do montante dos créditos ou interesses de cada categoria.

5. Os Estados-Membros podem estipular que a votação da aprovação de um plano de reestruturação assuma a forma de uma consulta e acordo da maioria necessária de partes afetadas de cada categoria.

6. Se a maioria necessária não for atingida numa ou mais categorias votantes discordantes, o plano poderá, não obstante, ser confirmado se cumprir os requisitos em matéria de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores, previstos no artigo 11.º.

E finalmente o artigo 11.º prevê que um plano aprovado seja vinculativo para categorias de credores discordantes preenchendo determinados requisitos, entre os quais avulta o respeito pela regra da prioridade absoluta.

Porquê toda esta preocupação com a aprovação e formação de categorias de credores? Porque este, apesar das aparências, é um mecanismo de aprovação completamente diferente do vigente entre nós, o qual entronca na experiência anterior.

Na verdade, tudo vai passar pela formação das categorias e não pela contagem “simples” de votos ou maiorias, como é feita agora.

Só sabendo quais as categorias de credores a formar — o que dependerá do caso concreto, atento o critério da homogeneidade — se saberá se o plano tem sequer hipóteses de ser aprovado, dado que a exigência vai deixar de ser a aprovação por uma maioria de credores e passará a ser a aprovação dentro de cada uma das categoria de credores (um exemplo: um credor garantido em 1.º grau; outro credor garantido sobre o mesmo bem em 2.º ou 3.º grau; se o valor do bem não for suficiente para ressarcir o primeiro, apesar de serem ambos garantidos, com o mesmo tipo de garantia e sobre o mesmo bem, em princípio não terão interesses homogêneos e não fará sentido que fiquem agrupados na mesma categoria; outro exemplo são os trabalhadores: havendo trabalhadores ao serviço e ex-trabalhadores, cujos contratos já cessaram mas cujos direitos não foram satisfeitos, a diferença de interesses entre eles conduzirá, provavelmente, à formação de duas categorias).

Diz-me a experiência que, por apresentar semelhanças com as nossas categorias de credores, qualquer que seja a concretização desta regra — que me parece ser daquelas linhas de força a

que aludia antes — vamos aqui ter dificuldades acrescidas.

Recordo-me que uma das regras do CIRE que mais custou a ser devidamente aplicada na prática foi o art. 129.º do CIRE. Isto porque a regra apresentava semelhanças (aparentes) com o antigo artigo 191.º do CPEREF e os Srs. Administradores mais resilientes apresentavam listas de créditos prováveis que notificavam, para reclamar créditos, distorcendo, assim, todo o regime de encadeado de prazos do CIRE e criando peripécias processuais totalmente evitáveis.

Além de ser um sistema que nos é totalmente estranho, a aparente semelhança com as categorias já existentes na nossa lei faz-me temer dificuldades. Uma coisa é certa, vamos ter que passar a olhar para os credores de outra forma, e indico como uma das principais atividades do juiz, no futuro, a decisão sobre a formação das categorias de credores — propostas pelos requerentes e confirmadas pelo juiz, diria eu com tempo suficiente para que se possam delinear estratégias face ao concreto plano a aprovar, ou seja, muito cedo no procedimento. Não deixaremos de ter que, de alguma forma valorar os créditos, teremos é, a crescer a essa atividade, que os agrupar para a decisão sobre aprovação em função dos votos.

O segundo assunto que me preocupa, mais ou menos pelos mesmos motivos, ou seja, porque suspeito que seja um princípio que, no final da discussão ficará e porque choca com as nossas regras e com a nossa experiência é a questão dos efeitos dos planos — regulada, entre outros, no art. 14.º.

A regra, entre nós, e exceção feita, pelas razões conhecidas, da ineficácia quanto aos credores públicos, é a de que um plano aprovado e homologado vincula todos os credores (regra geral), mesmo que não hajam reclamado créditos ou votado.

O art. 14.º da Diretiva estabelece:

1. Cabe aos Estados-Membros assegurar que os planos de reestruturação confirmados por uma autoridade judicial ou administrativa sejam vinculativos para cada uma das partes neles identificadas.
2. Os credores que não participam na aprovação de um plano de reestruturação não são por ele afetados.



Pode ser uma minha dificuldade pessoal, mas custa-me a alcançar como posso respeitar a regra da prioridade absoluta — requisito para impor o plano a categorias de credores discordantes nos termos do art. 11.º - e não vincular todos os credores de determinado devedor.

Percebo num determinado regime — temos a proposta de RERE nesse sentido, que não está vinculado a uma regra similar — mas não como regra geral para este tipo de processos.

Recordo que a Regra da Prioridade Absoluta (art. 2.º, n.º 10) tem o conteúdo que intuímos: *a obrigatoriedade de uma categoria de credores discordante ser paga na íntegra antes de uma categoria inferior poder receber qualquer distribuição ou conservar qualquer participação no âmbito do plano de reestruturação*; no fundo a nossa regra para a graduação de créditos, mas com uma diferença assinalável — o nosso processo de insolvência é uma execução universal. Podemos cometer todo o património do devedor à satisfação dos credores porque todos têm hipótese de lá estar. O PER é um procedimento universal, podemos fazer planos cometendo os recursos disponíveis porque todos têm hipótese de lá estar.

Não estou segura neste terreno, mas não posso deixar de me perguntar para que serve não afetar os credores que não participaram se se vai cometer todo o património e rendimento dos próximos anos a pagar aos outros credores?

Como posso dizer a um credor que teria, se tivesse intervindo, categoria para ser pago em primeiro lugar, e que não interveio, que não é afetado pelo plano se nada sobrar para lhe pagar?

O tema final, e minha maior preocupação, pode parecer uma preocupação egoística:

O art. 10.º, relativo à confirmação (na nossa linguagem homologação) de planos de reestruturação prescreve, no seu n.º 3:

Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades judiciais ou administrativas possam rejeitar a confirmação de um plano de reestruturação caso este não apresente perspetivas justificadas de evitar a insolvência do devedor e garantir a viabilidade da empresa.

O que temos aqui, e, mais uma vez, creio firmemente que vai ficar, é o controlo de fundo, pelo juiz, do mérito do plano enquanto instrumento de recuperação.

Na tradição jurídica portuguesa o juiz nunca fez este tipo de controlo. Nos antigos processos de recuperação de empresa o juiz avaliava a viabilidade e recuperabilidade da própria empresa e chegado a um diagnóstico de probabilidade positiva mandava avançar o processo. Só então e depois de definido o universo de votantes, se apresentava o plano que era votado e avaliado pelos credores. O juiz, na homologação, fazia o mesmo escrutínio que hoje se faz.

Recordo que o juiz no juízo de homologação faz um controlo formal e um controlo material das condições do plano e da igualdade entre credores, mas sem se imiscuir no juízo de mérito sobre as virtualidades do plano como instrumento de recuperação.

O art. 215.º do CIRE prescreve:

O juiz recusa oficiosamente a homologação do plano de insolvência aprovado em assembleia de credores 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.

O que agora se preparar para ser exigido é, além de um controlo técnico — que o plano seja apto a evitar a insolvência —, um controlo económico — que o plano garante a viabilidade da empresa.

Isto exige dos juízes uma preparação muito diferente da que hoje possuem. Mesmo recorrendo a peritos, o juiz tem que saber um mínimo destas matérias para controlar a fiabilidade das opiniões periciais, porque o juízo final é sempre dele.

Não posso deixar de recordar que, entre outras razões, por se considerar que os juízes não eram as personagens mais bem colocadas para avaliar as decisões de risco que a gestão empresarial envolve, se criou e desenvolveu, no século passado, em sede de apreciação da responsabilidade civil dos titulares dos órgãos sociais a *business judgment rule*.

E isto quanto a factos passados, não a fazer prognósticos para o futuro.

Não há tarefas impossíveis, mas esta é bem capaz de ser uma grande dificuldade no futuro. E não falo de dificuldade pessoal

para os juízes, que estão habituados a decisões difíceis e desagradáveis (fizeram disso carreira, na verdade). Se a lei vier a consagrar que esta decisão vai ter que ser tomada com estes pressupostos, sê-lo-á, não tenho dúvidas.

Tenho é alguns receios quanto aos futuros e adaptados mecanismos de reestruturação que sigam este modelo e quanto ao seu êxito, ponderando agora o nosso tecido empresarial, maioritariamente composto de PME.

Este é um assunto muito sério que não se compadece com amadorismos ou opiniões mais ou menos fundamentadas.

Este tipo de procedimentos tem no juiz o seu último pilar e apoio. Quanto mais bem preparado e proactivo este for, melhor será o resultado, negativo ou positivo.

Se daqui sair uma nova forma de encarar estes processos, de formação e de colocação de juízes e de fornecimento de meios aos tribunais, deixarei de estar preocupada. Se a reforma que aí vem for feita da forma habitual, mudando a lei, esta é, como vos disse a minha maior preocupação. Deixo-a convosco.

Muito obrigada.

# AS PME PERANTE O (NOVO) DIREITO DA INSOLVÊNCIA<sup>1</sup>

A REFORMA DO DIREITO  
DA INSOLVÊNCIA E AS PME:  
A PERSPECTIVA DE UM  
ADMINISTRADOR JUDICIAL

*Inácio Peres*

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Advogado desde 1989

Administrador Judicial desde 1993

Presidente da Direcção da APAJ desde 2014

## 1. Considerações Iniciais

O Governo vem, através da Resolução de Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de Agosto, aprovar o Programa Capitalizar, enquanto programa estratégico de apoio à capitalização das empresas, à retoma do investimento e ao relançamento da

---

<sup>1</sup> Este texto serviu de base à comunicação por nós proferida no Colóquio de 27 de Outubro de 2017, tendo como pilar o panorama legislativo da época, sendo posteriormente publicados os seguintes diplomas: Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro, que define o Orçamento de Estado para 2018, Lei n.º 6/2018, de 22 de Fevereiro, que estabelece o Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas e Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, que regula o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE).

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.

Faz parte do âmbito de intervenção do Programa Capitalizar:

- a) A simplificação administrativa e enquadramento sistémico;
- b) A fiscalidade;
- c) A reestruturação empresarial;
- d) A alavancagem de financiamento e investimento;
- e) A dinamização do mercado de capitais.

Para alcançar tais objectivos, é necessário que a nossa moldura legal sofra diversas alterações legislativas que se coadunem com os pressupostos em vista. Assim:

1. Com o DL n.º 79/2017, de 30 de junho procedeu-se à alteração do CSC com a criação de um mecanismo simplificado de aumento do capital social por conversão de suprimentos, cuja eficácia fica dependente da não oposição expressa dos demais sócios e à alteração do CIRE.
2. Procedeu-se à harmonização com o Código de Processo Civil e foi aproveitado o ensejo para proceder à adaptação ao Regulamento (EU) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência.
3. Com o DL n.º 75/2017, de 26 de junho procede-se à aprovação do regime da apropriação do bem empenhado no penhor mercantil, doutrinariamente conhecido como «pacto marciano».
4. Aguardamos a publicação dos normativos legais atinentes ao “Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – RERE”, o “Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas” e o “Regime Jurídico de Conversão de Créditos em Capital”, os quais, à data, ainda estavam em discussão na especialidade na Assembleia da República. (Foram aprovados em 15/12/2017).

## 2. Processo Especial de Revitalização

Em relação ao PER as principais mudanças introduzidas pelo DL n.º 79/2017 são as seguintes:

*A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a todos os processos regulados pelo CIRE*

- I. O Art. 17.º do CIRE prevê, no seu n.º 1, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil em tudo o que não contrarie as disposições do presente Código. Alarga-se assim a *aplicação subsidiária* do Código de Processo Civil a todos os processos regulados pelo CIRE e *não apenas ao processo de insolvência*. Assim, a existir uma norma aplicável no âmbito do CPC, esta aplica-se no âmbito do PER ou da insolvência, sem necessidade de recorrer aos critérios de integração de lacunas (Art. 10.º CC). O n.º 2 do Art. 17.º do CIRE referente à tramitação processual, consagra expressis verbis “A tramitação eletrónica dos processos abrange os atos a cargo dos administradores judiciais ou dos que perante si sejam praticados, nos termos a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.” Neste sentido urge a publicação da Portaria que irá implementar um novo portal de tramitação eletrónica, substituindo o Portal CITIUS, e só aí entrará em vigor o n.º 2 deste artigo (Art. 5.º do DL n.º 79/2017).

*O PER só pode ser instaurado por empresas*

- II. Fica legalmente definido que o PER só pode ser instaurado por empresas — Art. 17.º-A, n.º 1, colocando assim termo às divergências doutrinárias e Jurisprudenciais sobre a aplicabilidade do PER a pessoas singulares que não fossem comerciantes ou empresários. O n.º 2 consagra o início do procedimento “(...) mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação e apresente declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas (...)”.

Fica a dúvida se a declaração que atesta que a empresa não se encontra em situação de insolvência se refere à situação desta à data da emissão da declaração ou à sua situação (com) a aprovação/ homologação do PER?! Se for a primeira opção, será difícil que a maioria das empresas não esteja insolvente, pelo que sugerimos que se possa ou deva considerar a situação económico — financeira no caso de o Plano apresentado ser aprovado e homologado.

*Manifestação de vontade dos credores titulares de pelo menos 10% de créditos não subordinados*

- III. Actualmente o Art. 17.º-C, n.º 1 prevê o início do processo especial de revitalização pela manifestação de vontade da empresa e de credores que, não estando especialmente relacionados com a empresa, sejam titulares de pelo menos 10% de créditos não subordinados relacionados ao abrigo da alínea *b)* do n.º 3, por meio de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à revitalização. Pode o Juiz reduzir o limite de 10% mediante pedido fundamentado da empresa ou desta e dos credores sem relações especiais que detenham 5% dos créditos relacionados (*vd.* n.º 6, Art. 17.º-C). Fica a dúvida se os créditos referidos são créditos subordinados? Tudo indica que sim, face à remissão para o n.º 1 do Art. 17.º-C.

*Necessidade da apresentação, na petição inicial, da proposta do plano*

- IV. Apresentação de proposta do plano de recuperação (Art. 17.º C, n.º 3 al. *c)*), acompanhada de, pelo menos, a descrição da situação patrimonial, financeira e reidíca da empresa.

*Nova consequência do despacho de nomeação do Administrador Judicial Provisório*

- V. A partir da data do despacho de nomeação do AJP ficam suspensos todos os prazos de prescrição e caducidade oponíveis pela empresa — Art. 17.º-E, n.º 7.

*Só os credores titulares de créditos constituídos à data desse despacho ficam vinculados pela decisão de homologação do plano de recuperação*

- VI. Só os credores titulares de créditos constituídos à data desse despacho ficam vinculados pela decisão de homologação do plano de recuperação. [Cfr. Acórdão TRC, de 26-09-2017, processo n.º 1122/16.1T8GRD-A.C1]

*Versão final do plano*

- VII. Até ao último dia do prazo de negociações a empresa deve depositar no tribunal a *versão final do plano*, podendo qualquer credor alegar o que tiver por conveniente no prazo de cinco dias. — Art. 17-F, n.ºs 1 e 2. Ou seja, no termo do prazo supra referido a empresa dispõe de cinco dias para, querendo, alterar o plano e depositar a nova versão.

*Prazo para votação do plano*

- VIII. Deixa de haver dúvidas relativamente ao prazo para votação do plano — dez dias após o termo do prazo para eventual alteração do plano. -Art. 17.º-F, n.º 4.

Neste prazo qualquer interessado (não tem, portanto, de ser um credor) pode solicitar a não homologação do plano nos termos da lei. [Cfr. Acórdão Tribunal da Relação de Évora, de 28-09-2017, proferido no âmbito do processo n.º 671/16.6T8OLH.E1; Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-09-2017, proferido no âmbito do processo n.º 4986/16.5T8VIS; Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 12-7-2017, proferido no âmbito do processo n.º 3528/15.4T8CBR.1.C1]

*Limitações aos 2.ºs e 3.ºs PER*

- IX. Limitações aos 2.ºs e 3.ºs PER — A limitação temporal de recurso a novo PER no prazo de dois anos não se aplica se:
1. A empresa demonstrar que executou integralmente o plano, ou

2. Se o requerimento de novo PER é motivado por factores alheios ao próprio plano e a alteração superveniente é alheia à própria empresa. — Art. 17.º-F, n.º 13. Esta limitação e as suas respectivas excepções, que vão de encontro a uma apreciação mais casuística, não tinham reflexo na anterior redacção do artigo. Fica aqui comprovada uma preocupação em concentrar esforços atinentes ao objetivo de recuperação e revitalização de empresas de facto, de forma efectiva e real e, não de PER's artificiais que se repetiam sucessivamente sem serem cumpridos pelos devedores. Cfr. Nesse sentido, os Acórdãos: TRC, de 02-08-2017, processo n.º 1535/17.1T8CBR.C1 (2.º PER) e Decisão Tribunal Judicial da Comarca de Braga, de 11-09-2017, processo n.º 5405/16.2T8VNF (3.º PER)].

#### *Excepções à regra da entrada em vigor em 1/7/2017*

- X. As alterações são imediatamente aplicadas aos PER pendentes na data de entrada em vigor do DL (1 de julho de 2017), com as excepções previstas na norma transitória (Art. 6.º DL n.º 79/2017, de 30-06):
1. O n.º 2 do Art. 17.º só entra em vigor à data da produção de efeitos da Portaria;
  2. As disposições de adaptação do CIRE ao Regulamento (EU) 2015/848 do Parlamento e do Conselho – aplicam-se aos processos abertos a partir de 26-06-2017;
  3. O n.º 1, n.º 3 al. c) e n.º 6 do Art. 17.º-C – só se aplica aos PER instaurados após a entrada em vigor do DL n.º 79/2017;
  4. O n.º 1 do Art. 17.º-D, só se aplica aos PER instaurados após a entrada em vigor do DL n.º 79/2017.

#### *Alterações ao Art. 32.º, n.º 1 — Escolha e Remuneração do administrador judicial provisório*

“1 — A escolha do administrador judicial provisório recai em entidade inscrita na lista oficial de administradores de insolvência, po-

dendo o juiz ter em conta a proposta eventualmente feita na petição inicial no caso de processos em que seja previsível a existência de atos de gestão que requeiram especiais conhecimentos *ou quando o devedor seja uma sociedade comercial em relação de domínio ou de grupo com outras sociedades cuja insolvência haja sido requerida e se pretenda a nomeação do mesmo administrador nos diversos processos.*”

No dia 1 de dezembro de 2015 foi criado e implementado, com carácter de obrigatoriedade, o *Programa Informático das Nomeações Aleatórias e Equitativas (PINAE)*, que permite assegurar aleatória e equitativamente as nomeações dos Administradores Judiciais, em cumprimento do disposto nos artigos 11.º, al. c) e 13.º, n.º 2 da Lei 22/2013, de 26 de fevereiro que estabelece o Estatuto do Administrador Judicial.

A alteração do disposto no Art. 32.º, n.º 1 e 52.º, n.º 2 veio alargar as excepções à citada regra.

### **3. Processo de insolvência**

#### *Alteração do disposto no Art. 35.º — Audiência de discussão e julgamento — celeridade*

[...]

5 — Comparecendo ambas as partes, ou só o requerente ou um seu representante, mas tendo a audiência do devedor sido dispensada, o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova.

6 — [...]

7 — Finda a produção da prova têm lugar alegações orais e o tribunal profere em seguida a sentença.

[...]

Foram assim estatuídos procedimentos mais céleres de tramitação processual, a bem da rápida resolução dos processos de insolvência. Todavia, permanece a dúvida se tais procedimentos de tramitação processual mais célere, serão exequíveis em processos de insolvência mais complexos.

*Alteração do disposto no Art. 36.º, n.º1 alínea n) e n.º 2 — Sentença de declaração de insolvência*

“1 — [...]

n) Designa dia e hora, entre os 45 e os 60 dias subsequentes, para a realização da reunião da assembleia de credores aludida no artigo 156.º, designada por assembleia de apreciação do relatório, ou declara, fundamentadamente, prescindir da realização da mencionada assembleia.

2 — O disposto na parte final da alínea n) do número anterior não se aplica nos casos em que for previsível a apresentação de um plano de insolvência ou em que se determine que a administração da insolvência seja efetuada pelo devedor.” [...]

Assim, deixa de ser obrigatório a realização da Assembleia de Apreciação do relatório, podendo o Juiz prescindir dela (al. n) do n.º 1, in fine), salvo nos casos previstos no n.º 2.

*Art. 38.º — Publicidade e Registo*

De forma a acautelar as posições díspares que por vezes se verificam entre o Tribunal e a Autoridade Tributária relativamente à manutenção ou cessação da actividade comercial, deveria ter sido acrescentada (s.N.A.) uma alínea no n.º 6 nos seguintes termos:

6. A secretaria:

[...]

d) Comunica à Conservatória do Registo Civil, à Autoridade Tributária e à Segurança Social a proposta do Administrador Judicial aprovada na Assembleia de Credores ou desta relativa à cessação da actividade e encerramento do estabelecimento comercial.

*Art. 52.º, n.º 2 — Nomeação pelo Juiz e Estatuto*

Quanto à nomeação do administrador da insolvência, o Juiz pode ter em conta as considerações que sejam feitas pelo próprio devedor ou pela comissão de credores, se existir, ou ainda pelos credores.

Também no caso de a massa insolvente compreender uma empresa com estabelecimento ou estabelecimentos em atividade ou quando o processo de insolvência assuma grande complexidade, aplica-se à nomeação do AJ o disposto no art. 32.º, cabendo a preferência, na primeira designação, ao administrador

judicial provisório em exercício de funções à data da declaração de insolvência.

Anteriormente a letra da lei era mais contida quanto à discricionariedade do Juiz no que concerne à nomeação do administrador de insolvência. Assistiu-se a um alargamento dos sujeitos e das próprias circunstâncias que fundamentam a tomada de decisão por parte deste.

Neste artigo foi ainda acrescentado o n.º 6 que especifica a hipótese de se verificar uma situação de domínio ou de grupo entre sociedades, relativamente às quais tenha sido proposto processo de insolvência em que o juiz, oficiosamente ou mediante indicação pelo devedor ou pelos credores,

“pode proceder à nomeação de um mesmo administrador da insolvência para todas as sociedades, devendo, nesse caso, proceder, à nomeação, nos termos gerais, de outro administrador da insolvência com funções restritas à apreciação de créditos reclamados entre devedores do mesmo grupo, logo que verifique a existência destes, nomeadamente mediante indicação do primitivo administrador.”

Contudo, quando se faz a menção “nos termos gerais” não fica claro se essa nomeação será feita aleatoriamente. Tal conceito deveria ter sido concretizado.

*Art. 86.º — Apensação de processo de insolvência (AJ+ Juiz+ Devedores)*

Anteriormente ao Decreto-Lei n.º 79/2017, esta disposição só previa que a apensação ocorresse a requerimento do Administrador da Insolvência. Agora também é permitido que o Juiz decrete essa apensação oficiosamente ou a requerimento dos devedores insolventes, a bem da celeridade e/ou uniformização processual.

Permite-se a apensação ao processo de insolvência principal dos processos de insolvência das entidades igualmente responsáveis pelas dívidas do insolvente, assim se obtendo uma apreciação conjunta e uniforme de diversos casos!

*Art. 128.º — Reclamação de Créditos*

Dentro do prazo fixado para o efeito na sentença declaratória da insolvência, devem os credores da insolvência reclamar a verificação dos seus créditos por meio de requerimento.

O n.º 2 prevê a apresentação do requerimento por transmissão eletrónica e dados. Esta nova redacção apenas produz efeitos quando for publicada a Portaria do Membro do Governo responsável pela área da Justiça, que irá substituir o Portal CITIUS por um novo portal (Cfr. Art. 5.º do DL 79/2017, de 30-06).

O n.º 3 foi alterado de forma a facilitar o procedimento de reclamação de créditos para credores de insolvência que não sejam patrocinados.

*Art. 129.º — Relação de créditos reconhecidos e não reconhecidos*

Pressupomos que por sugestão da APAJ foram introduzidos como meios de tramitação processual a tramitação eletrónica e o correio eletrónico, pois anteriormente apenas constava como único meio viável para aviso dos credores sobre créditos reconhecidos e não reconhecidos a carta registada.

Assim antevê-se uma tramitação processual mais facilitada e muito mais célere.

*Art. 152.º — Publicidade da composição da massa insolvente*

Logo que iniciada a liquidação e partilha da massa insolvente ou quando haja lugar à venda antecipada, o administrador da insolvência publicita a composição da massa por anúncio publicado no portal a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, comprovando tal facto nos autos no prazo de cinco dias.

Sempre que a massa insolvente compreenda uma empresa, o anúncio publicado no portal ainda a definir, conterà tal menção, se aplicável, a diferenciação de ativos por área de negócio e ainda que a alienação se fará preferencialmente como um todo, nos termos do Art. 162.º.

Aos bens localizados e apreendidos posteriormente ao início da liquidação e partilha aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto anteriormente.

Este artigo foi revogado e reintroduzido. A introdução do n.º 3 também foi sugerida pela APAJ e aceite pelo Legislador.

Não teria sentido prático se o mesmo procedimento não fosse aplicado também aos bens localizados e apreendidos após o início da liquidação.

Mais uma vez se salienta que, só após a entrada em vigor da Portaria que criará a plataforma que irá substituir o CITIUS, tal disposição legal produzirá os devidos efeitos.

*Art. 164.º — Modalidade de alienação e publicidade*

Este artigo dispõe que “O administrador da insolvência procede à alienação dos bens *preferencialmente* através de venda em leilão eletrónico...”

Contudo acrescenta que “... *podendo, de forma justificada*, optar por qualquer das modalidades admitidas em processo executivo ou por alguma outra que tenha por mais conveniente...”.

Consideramos que tal redacção coloca em causa o espírito da Lei cujos pressupostos assentam na autonomia do Administrador Judicial face a cada caso concreto.

Esta alteração tem como consequências: mais trabalho para o Administrador Judicial e/ou para os seus coadjuvantes, mais despesas para a massa insolvente (que devem ser aceites pelos credores e aprovadas pelo Juiz), mas, simultaneamente, menos custos no leilão eletrónico (no máximo € 40,00 em comparação com os 5% ou 10% do valor do bem normalmente praticados nos leilões tradicionais).

Nesse sentido, sugerimos (mas não foi aceite) a seguinte alteração: Compete ao Administrador da Insolvência a escolha da modalidade de venda, podendo optar por qualquer das modalidades admitidas em processo executivo, nomeadamente a venda em leilão eletrónico, conforme disposto no artigo 811.º do CRC, ou por qualquer outra que tenha por mais conveniente.

Tal alteração legislativa levanta algumas dúvidas como sejam:

- É obrigatória a utilização do Portal e — leilões ou, em alternativa, poderá ser nomeada uma leiloeira?
- Os fundamentos apresentados pelos AJ's são aceites pelos Juízes?

*Art. 183.º — Pagamentos*

Os pagamentos deixaram de ser feitos única e exclusivamente por meio de cheques sobre a conta da insolvência e passaram a ser efectuados, preferencialmente, por meio de transferência bancária para o IBAN do respectivo destinatário, sendo a quantia



sacada sobre a conta da insolvência. Só se tal não for possível, o administrador da insolvência deve utilizar o cheque sacado sobre a conta da insolvência.

Esta foi uma sugestão feita pela APAJ, tendo em vista a redução das tarefas do Tribunal.

#### 4. Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE) — algumas considerações

O diploma encontra-se em discussão na especialidade na Assembleia da República e como tal ainda foi publicado.

No entanto, o nosso parecer foi no sentido positivo face ao projecto apresentado e aprovado em Conselho de Ministros no passado dia 18/05, através do qual um devedor em situação económica difícil ou de insolvência iminente poderá encetar negociações com todos ou alguns credores com vista a alcançar um acordo voluntário conducente à sua recuperação (na prossecução dos objectivos delineados no programa do XXI Governo Constitucional, nomeadamente a redução do endividamento das empresas).

De uma forma geral, trata-se de um mecanismo extrajudicial de recuperação de empresas, sob regime confidencial (salvo intenção de torná-lo público), mas sujeito a registo (Art. 22.º da Proposta de Lei) e vem substituir o SIREVE.

O procedimento inicia-se com a assinatura de um Protocolo de Negociação que definirá as regras que regerão as negociações e é assinado pelo devedor e por credores não subordinados que representem, pelo menos, 15% do passivo (atestado por uma declaração de um contabilista certificado ou de um ROC emitida há menos de trinta dias – Art. 6.º, n.º 3 da Proposta de Lei).

Este apenas vincula os credores que subscreverem o protocolo e apenas em relação a esses opera a suspensão das acções.

Indagamos se este regime será mais eficaz que o SIREVE?!

Vantagens deste regime:

- Quando a insolvência não tenha sido decretada, requerida por credor que participe ou adira ao protocolo de negociação, suspende o processo de insolvência;
- Suspende o prazo para apresentação à insolvência

- O devedor fica obrigado a manter o curso normal do seu negócio e não praticar actos de especial relevo, excepto se estes estiverem previstos no protocolo de negociação ou autorizados por todos os credores (Art. 9, n.º 1).
- Os prestadores de serviços essenciais ficam impedidos de interromper o fornecimento dos mesmos por dívidas anteriores ao depósito até ao prazo máximo de 3 meses (art. 12.º).

#### 5. Estatuto do mediador de recuperação de empresas — algumas considerações

O mediador de recuperação de empresas é a pessoa incumbida de prestar assistência a uma empresa devedora, em situação económica difícil ou em situação de insolvência.

O respectivo diploma ainda não foi publicado no Diário da República, apenas aprovado em Conselho de Ministros no dia 18/05.

*Quem pode ser mediador?*

1. Os Administradores Judiciais
2. Um licenciado com experiência mínima de 10 anos adequada à actividade
3. Os Revisores Oficiais de Contas.

O *acesso à actividade* é feito em duas fases:

1. Inscrição no IAPMEI — Agência para a competitividade e Inovação — n.º 3, Art. 3.º da Proposta de Lei ou através de formação, ou seja,
2. Frequência, com aproveitamento, de acção de formação em mediação de recuperação de empresas ministrada por entidade certificada pela DGRJ (n.º 3, Art. 3.º da Proposta de Lei).

Nos termos do disposto no n.º 4, do artigo 13.º da Proposta de Lei, é definido o dever de o mediador contratar seguro de responsabilidade civil que cubra o risco inerente ao exercício das suas funções, sendo o respectivo montante definido em Portaria do membro do Governo responsável pela Área das Finanças e Economia. É importante que se diligencie nesse mesmo sentido, para

que a Lei a publicar e a respectiva Portaria entrem em vigor simultaneamente, sob pena de os mediadores entrarem em funções sem ser definido esse limite, como infelizmente ainda acontece com a actividade dos Administradores Judiciais. A Portaria prevista no n.º 8, do Art. 12.º do EAJ ainda não foi publicada (ao fim de treze anos!) apesar de já ter sido enviada pela DGPJ (depois de ouvidas a APAJ e a CAAJ) para o Ministério da Justiça há pelo menos meio ano.

Quanto à *nomeação do mediador*, dispõe o n.º 4 do Art. 14.º da Proposta de Lei que o mediador deve ser escolhido através do método da nomeação sequencial, cumprindo assim um princípio basilar, o da equidade.

Contudo, o n.º 6 deste mesmo artigo refere que o IAPMEI pode designar um mediador específico, que entenda deter a experiência e meios adequados face ao processo em causa. Fica aqui patente uma contradição face ao conteúdo literal do n.º 4 do mesmo artigo.

Espera-se por isto, que este último n.º seja excluído do texto final, optando-se pela solução que faz jus ao princípio que rege um tipo de nomeação equitativa e materialmente enquadrada por mecanismos eficazes e de segurança jurídica.

Por último salienta-se, no que diz respeito ao *exercício de funções no contexto do PER* previsto no artigo 15.º da Proposta de Lei, o mediador que haja participado na elaboração de uma proposta do plano de reestruturação (no RERE) pode assistir o devedor nas negociações previstas no n.º 9, do artigo 17.º-D do CIRE (como mediador, não como AJP).

## 6. Apropriação do bem empenhado no penhor mercantil — algumas considerações

O regime da Apropriação do bem empenhado no penhor mercantil encontra-se estatuído no DL n.º 75/2017, de 26-06.

Contudo, indagamos se tal regime, dadas as suas vicissitudes e características mercantis, não poderia estar consagrado no Código das Sociedades Comerciais.

Foi pedido o parecer da APAJ, que foi favorável, relativamente à previsão da possibilidade de, no caso de incumprimento pelo devedor, a coisa dada em garantia se transfira para o credor,

sendo este obrigado à restituição do montante correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante da dívida, atribuindo, desta forma, uma maior garantia ao credor.

Do nosso modesto parecer salientamos o seguinte:

1. No Art. 2.º, n.º 1 é definido que “É lícito às partes convencionar, no contrato de penhor para garantia de obrigação comercial em que o prestador de garantia seja comerciante (...)”.

No entanto, as normas do Código das Sociedades Comerciais relativas ao penhor mercantil não fazem depender a natureza mercantil do penhor do facto das partes serem ou não comerciantes.

2. Deveria ter ficado explícito quem irá ou poderá proceder à avaliação do bem (n.º 1 do Art. 2.º) e qual o momento temporal específico em que deverá ocorrer essa mesma avaliação, uma vez que o valor dos bens está constantemente a ser alterado. Mais, entendemos que não deveria ser deixado à discricionariedade do credor a escolha do momento em que deverá ser realizada essa avaliação, sob pena de nos depararmos com apropriações indevidas.

Do texto normativo resulta que a apropriação do bem empenhado no penhor mercantil pelo credor não prejudica a possibilidade de as partes convencionarem que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pignoratício pelo valor que o tribunal fixar (nos termos do CC), nem a possibilidade de as partes acordarem a venda extrajudicial do objecto empenhado.

Segundo prevê o Código Civil, o penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro.

## 7. Plano especial para acordo de pagamentos — artigo 222.º — A a J do CIRE

Enquanto defensor da aplicação do PER às pessoas singulares, contrariamente a alguma jurisprudência, sou um acérrimo

defensor da criação do PEAP, agora previsto no artigo 222.º — A a J do CIRE.

Se era dada a possibilidade às empresas de recorrer a um plano de revitalização, porque não teriam também direito as pessoas não titulares de empresa (devedor pessoa singular, pessoal colectiva ou património autónimo) direito a recorrer a um plano especial de pagamentos, análogo ao PER, dado que também as empresas têm uma 2.º oportunidade de recuperar!

Ora, o regime do PEAP é bastante similar ao regime anterior do PER, com algumas novidades, pelo que não se anteveem desafios distintos daqueles que os operadores judiciais já conhecem do “antigo” PER que terão de enfrentar na sua aplicação.

As únicas diferenças prendem-se com a necessidade de adaptação normativa a uma realidade não empresarial, nomeadamente:

- a. Em substituição dos documentos exigidos às empresas aquando da instauração de um PER, para o PEAP são precisos outros documentos adequados às pessoas singulares — ex. comprovativo da declaração de rendimentos (IRS), comprovativo da situação profissional ou situação de desemprego;
- b. Ao invés do plano de recuperação que a empresa deve elaborar no âmbito do PER, o PEAP destina-se a homologar um acordo de pagamentos;
- c. Não suspensão da prestação de serviços públicos essenciais durante todo o tempo em que perdurarem as negociações.

Grato pelo convite do Exmo. Prof. Dr. Soveral Martins, ao Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).

## PALAVRAS DE ENCERRAMENTO

Utilizar a palavra «encerramento» num Colóquio sobre Direito da Insolvência não permite muitas ligações felizes. No entanto, «encerramento» rima com «agradecimento». E é hora de agradecer.

Antes de mais, é hora de agradecer aos conferencistas e aos moderadores. Em especial, aos oradores que vieram de fora: à Sra. Doutora Catarina Serra, da Universidade do Minho, à Sra. Dra. Fátima Reis Silva, Distinta Magistrada, ao Sr. Dr. Inácio Peres, Presidente da Direção da APAJ, à Sra. Dra. Joana Domingues, Advogada da sociedade de advogados Vieira de Almeida, à Sra. Dra. Marina de Sá Borges e à Sra. Dra. Andreia Teixeira, que estão aqui em nome da Associação das Empresas Familiares. A Escola Pública — esta Escola Pública — fica a dever-lhes um serviço, que nos prestaram de forma generosa. Espero que lhes sirva de pequena compensação o facto de esta ser uma Escola Pública que é uma referência por ser uma Escola da Liberdade: da Liberdade de Ensinar, da Liberdade de Aprender, da Liberdade de Discutir. E foi isso que fizemos hoje: discutir e aprender.

Agradeço também a todas e a todos os que assistiram aos trabalhos e que nos trouxeram as suas dúvidas, animando os debates. Uns assistiram a um bocadinho, outros assistiram a muito, alguns assistiram a tudo. Muito obrigado a todos.

Deixo igualmente um agradecimento muito sentido a quem ajudou a tornar tudo isto possível: à Sra. Dra. Catarina Coelho,

do secretariado do IDET, e à Sra. Dra. Vera Almeida, do Gabinete Financeiro da FDUC.

E, por fim, um agradecimento especial à Sra. Dra. Ana Rita Nunes, do secretariado do Instituto Jurídico: a sua competência discreta e a sua calma olímpica funcionaram como a minha rede de segurança.

Bom fim de semana.

*Alexandre de Soveral Martins*

## ÍNDICE

Palavras de Apresentação.....	7
A (PROPOSTA DE) DIRETIVA “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”. VANTAGENS PARA AS PME.....	11
Carolina Cunha	
O REGULAMENTO 2015/848 E AS PME.....	29
Catarina Serra	
A REFORMA DO CIRE E AS PME.....	47
Alexandre de Soveral Martins	
OS TRABALHADORES DAS PME E A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA.....	57
Catarina Gomes Santos	
INSOLVÊNCIA “PROVÁVEL” E DEVERES DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES NA REESTRUTURAÇÃO EMPRESARIAL: O ART. 18.º DA PROPOSTA DE DIRECTIVA.....	79
Ricardo Costa	
A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME. PERSPECTIVA DE UMA MAGISTRADA JUDICIAL.....	105
Fátima Reis Silva	
AS PME PERANTE O (NOVO) DIREITO DA INSOLVÊNCIA. A REFORMA DO DIREITO DA INSOLVÊNCIA E AS PME: A PERSPECTIVA DE UM ADMINISTRADOR JUDICIAL.....	119
Inácio Peres	
Palavras de Encerramento.....	135

