

PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO

— contributos para uma “rectificação” —

Pela Prof.^a Doutora Catarina Serra

SUMÁRIO:

1. Nota introdutória. **2. Aspectos de técnica legislativa (mas com implicações substanciais).** **2.1.** A designação do processo; **2.2.** Sistematização; **2.3.** Incoerências. **3. Aspectos de carácter substancial.** **3.1.** O administrador judicial provisório em particular; **3.1.1.** O administrador judicial provisório e o (novo) administrador judicial provisório; **3.1.2.** A nomeação do administrador judicial provisório; **3.1.3.** A actividade de administração de bens. **3.2.** O financiamento do devedor “desvitalizado” em particular. **3.2.1.** As garantias abrangem os “credores não financeiros”?; **3.2.2.** A garantia de subsistência no caso de declaração de insolvência abrange as garantias convencionadas para os créditos preexistentes?; **3.2.3.** Por que são os actos com finalidade de financiamento insusceptíveis de resolução?; **3.2.4.** Terão os credores preexistentes um direito de preferência na concessão do financiamento? **4. Considerações finais.** **Razões para algum cepticismo sobre o futuro do PER.** **4.1.** Uma oportunidade para a fraude à lei?; **4.2.** Serão as garantias suficientes para assegurar o financiamento?; **4.3.** Quando se porá fim à (alegada) indisponibilidade dos créditos públicos?

1. Nota introdutória

No dia 3 de Fevereiro de 2012 foi aprovado em Conselho de Ministros o “Programa Revitalizar” (cf. Resolução de Conselho de Ministros n.º 11/2012, de 3 de Fevereiro). O programa é, alegadamente, composto de dez medidas, de entre as quais se destacam,

pela sua importância no plano da política legislativa, a revisão do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), a aprovação do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) e a revisão do enquadramento legal dos administradores da insolvência⁽¹⁾. Das duas últimas ainda não há sinais mas a primeira já se concretizou — no dia 20 de Abril de 2012, com a publicação da Lei n.º 16/2012 que procede à sexta alteração do CIRE, mas que, no fundo, pouco mais faz do que instituir o processo especial de revitalização (PER).

Simplificadamente, o PER é um processo pré-insolvencial, cuja maior vantagem é a possibilidade de o devedor [qualquer devedor⁽²⁾] obter um plano de recuperação sem ser declarado insolvente. O maior risco é o de, depois de tudo, o devedor não conseguir evitar a declaração de insolvência.

Para os credores fica, mais uma vez, reservado o papel fundamental: ou consentirem (pelo menos momentaneamente) no sacrifício dos seus direitos para viabilizarem o PER ou então manterem-se irredutíveis, caso em que o plano de recuperação não é aprovado e aquele risco se concretizará. Evidentemente, a reacção dos credores (o seu consentimento no sacrifício) depende da sua convicção sobre a bondade dos propósitos do PER e, mais precisamente, da segurança ou confiança que inspira o respectivo regime jurídico quanto à tutela dos seus direitos de crédito. Era essencial, pois, que as coisas tivessem sido bem delineadas.

(¹) As dez medidas são enunciadas no documento que serviu de base à apresentação pública do Programa Revitalizar, disponível em <http://www.dre-algarve.min-economia.pt/pdf/20120208_revitalizar.pdf>.

(²) O regime do PER aplica-se a qualquer devedor, pessoa singular, pessoa colectiva, património autónomo, titular de empresa ou não, dado o silêncio da lei quanto a quaisquer requisitos (cf. art. 1.º, n.º 2, e art. 17.º-A, n.º 1). No entanto — pelo menos teoricamente —, só pode aceder ao PER o devedor que se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente (cf. art. 1.º, n.º 2, e 17.º-A, n.º 1). A primeira está definida no art. 17.º-B como a situação em que o devedor enfrenta “dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”; a segunda não está, pura e simplesmente, definida na lei, ficando, assim, a doutrina e a jurisprudência portuguesas com o encargo de esclarecer as dúvidas, tanto quanto ao conteúdo do conceito como quanto ao seu confronto com o conceito de situação económica difícil. Entretanto, pode ver-se, nos quadros da lei alemã e da lei espanhola, JUAN PABLO UCEDA, “La insolvencia inminente (análisis comparativo español y alemán)”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, 24, pp. 179 e s.

Como se disse noutra ocasião, a grande virtualidade do PER é a possibilidade, típica dos *hybrid procedures*, de a homologação judicial tornar o acordo, posto que aprovado por uma maioria qualificada, vinculativo para todos os credores⁽³⁾. A verdade é que nem isto é realmente uma novidade. Desde 2004 que é admissível o suprimento judicial da falta de consentimento dos credores no âmbito dos acordos extrajudiciais, encontrando-se o dispositivo, não obstante pouco conhecido e pouco utilizado, regulado na disciplina do processo especial de conciliação (PEC)⁽⁴⁾.

2. Aspectos de técnica legislativa (mas com implicações substanciais)

Da leitura rápida dos arts. 17.º-A e s. do CIRE perpassa a ideia de alguma desatenção (desinteresse?) por parte do legislador no desenho do novo instrumento, sendo identificáveis, desde logo, problemas de técnica legislativa.

2.1. A designação do processo

A primeira infelicidade é o nome escolhido para designar o novo instrumento. Processo especial? A escolha dá razão ao lamento de alguns magistrados, como MARIA JOSÉ COSTEIRA, que salientam a discrepância entre o que se anuncia (um instrumento

⁽³⁾ cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, n.º 7, p. 127, e “A contratualização da insolvência: *hybrid procedures* e *pre-packs* (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, in: AA. VV, *II Congresso — Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012 (em curso de publicação).

⁽⁴⁾ O PEC foi introduzido no ordenamento português pelo DL n.º 316/98, de 20 de Outubro, tendo a norma do n.º 5 do art. 2.º sido introduzida pelo DL n.º 201/2004, de 18 de Agosto. Sobre o dispositivo no PEC cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, Lisboa, Quid Juris, 2008, pp. 928 e s.

desjudicializado) e o que se disponibiliza (um verdadeiro processo judicial)⁽⁵⁾.

Que dizer, depois, da palavra “revitalização”?⁽⁶⁾ Mesmo que a intenção seja reduzir a carga negativa associada ao termo “recuperação” e não deixar dúvidas de que se exclui do âmbito de aplicação do processo os devedores insolventes, a sua substituição pela palavra “revitalização” obriga a concluir que o processo se dirige à resolução do problema dos devedores “desvitalizados”, o que não é necessariamente melhor e, definitivamente, não soa melhor.

2.2. Sistematização

Depois, as normas desenrolam-se em longos textos, com divisão em vários números mas sem qualquer vestígio de sistematização. Ao que tudo indica, foi seguido o caminho mais fácil. Sempre que se regula matérias que respeitam a actos ou procedimentos que têm entre si alguma relação cronológica o procedimento é (quase) invariavelmente o mesmo: cria-se um novo número na norma. O legislador terá considerado que não valia a pena criar uma norma diferente (e enfrentar os inconvenientes que isso acarretaria, como a selecção das matérias a regular em cada uma e a concepção das respectivas epígrafes), crendo que seria possível ir desenvolvendo, sequencialmente, as matérias numa mesma norma.

O art. 17.º-C, n.º 3, al. a), com um prómio mais exíguo do que a respectiva disciplina, é exemplificativo do defeito apontado (o proé-

(5) “[A]o invés de se retirar dos tribunais, maxime dos tribunais e juízos de comércio, processos, criou-se um novo processo que correrá termos nesses tribunais e cuja tramitação, como se verá adiante, não é simples” (cf. MARIA JOSÉ COSTEIRA, “Comentários à proposta de Lei 39/XXII”, texto de apoio à intervenção na acção de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários “Insolvência e consequências da sua declaração”, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/arquivo-documentos_2011-12/FC_Insolv_MJCosteira_cire_27-01-2012_1.pdf>. Para outros magistrados, o processo seria (tão-só) semi-judicial (cf. MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA, em intervenção na acção de formação contínua do Centro de Estudos Judiciários “Insolvência e consequências da sua declaração”, disponível em vídeo em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/b176hia3l/link_box>).

(6) A expressão (completa) “revitalização do devedor” consta da epígrafe e do texto dos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º-F e ainda, implicitamente, do texto do n.º 1 do art. 17.º-C.

mio restringe, em rigor, a disciplina da norma às obrigações do devedor mas a norma disciplina, de facto, também as obrigações do juiz).

A expressão máxima do problema encontra-se, porém, nos arts. 17.º-D e 17.º-E. O primeiro, com a epígrafe “[t]ramitação subsequente”, divide-se em onze normas. Aí se criam obrigações e ónus para vários sujeitos (o devedor, o juiz, o administrador judicial provisório, os credores, os declarantes, os intervenientes) e — o que é mais grave — por vezes, na mesma norma e na mesma frase. Veja-se o n.º 3, que, em oração principal, mas implicitamente, constitui o administrador judicial provisório na obrigação de remessa da lista provisória de créditos para o tribunal e a secretaria na obrigação de a patentear e fazer publicar, e, em orações subordinadas, os credores no ónus de impugnar a lista e o juiz no dever de decidir as impugnações.

O segundo, com a epígrafe “[e]feitos”, é uma norma incorrecta sob o ponto de vista tanto da extensão como da sistematização. O n.º 1 dispõe sobre a proibição da instauração de acções de cobrança de dívidas contra o devedor e a suspensão e a extinção das acções em curso. O n.º 6 dispõe sobre a suspensão dos processos de insolvência contra o devedor em que que não tenha ainda sido proferida sentença declaratória de insolvência. Entre um e outro há quatro disposições (n.ºs 2 a 5), que servem exclusivamente para regular os poderes de carácter patrimonial do administrador judicial provisório. Diz-se, fundamentalmente, que: para praticar actos de especial relevo, o devedor deve pedir autorização, por escrito, ao administrador judicial provisório; o administrador judicial provisório deve responder, por escrito, no prazo máximo de cinco dias, devendo entender-se que a falta de resposta corresponde à recusa de autorização. Seriam mesmo necessárias quatro disposições para dizer isto? E — sobretudo — é adequado autonomizar cada uma, pondo cada uma no mesmo plano dos n.ºs 1 e 6?

2.3. Incoerências

Acresce que o que se dispõe em cada norma, isoladamente considerada, não parece ter sido planeado com cuidado, antes

dando a ideia de obedecer a critérios meramente estéticos ou, por vezes, nem obedecer a critério algum.

Assim acontece com o disposto no n.º 1 do art. 17.º-A: o PER tem como beneficiários os devedores que *comprovemente* se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente? Mas que documentos está o devedor obrigado a apresentar para que o PER se inicie? Segundo os n.ºs 1 e 2 do art. 17.º-C, é suficiente uma declaração escrita assinada pelo devedor e por, pelo menos, um dos seus credores, em que se *manifesta a vontade* de encetar negociações conducentes à revitalização. Ora, este documento não tem aptidão para comprovar a situação económica difícil ou a insolvência iminente^(7/8). E nem o juiz tem o poder de averiguar; de acordo com a norma da al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C, a exibição da referida declaração e a comunicação, pelo devedor, da sua pretensão de dar início às negociações conduz à abertura do processo, devendo o juiz nomear, *de imediato*, por despacho, administrador judicial provisório (e sendo o despacho, segundo o n.º 4 do art. 17.º-C, *de imediato* notificado a certos sujeitos e objecto de publicação e registo).

(7) Ambas as situações correspondem a um estado de pré-insolvência que, já de si, é extraordinariamente difícil de definir, quanto mais de comprovar. LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO (“Una lectura del régimen jurídico de los ‘acuerdos de refinanciación’. El expediente registral preconcursal”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 21, pp. 27-28) propõe que a caracterização da pré-insolvência esteja associada aos seguintes elementos: que existam factores convergentes de risco substancial ou grave (*substancial doubts*); que, considerando estes no seu conjunto e conjuntamente com os factores relativos ao passivo como sinais de alerta (*early warnings*), existam razões para crer que pode estar comprometida a continuidade da empresa (*going concern*); que seja possível fazer uma previsão razoável quanto ao futuro (*foreseeable future*) num horizonte temporal não excessivamente distante (de curto ou médio prazo).

(8) Numa versão anterior do n.º 2 do art. 17.º-A (na versão do “Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011), exigia-se uma declaração certificada por técnico oficial de contas ou, sempre que a tal estivesse legalmente obrigado, por revisor oficial de contas, ambos independentes, atestando que o devedor reunia as condições necessárias para a sua recuperação. Como acontece com outros aspectos do processo, a norma evocava o disposto na norma do § 270b (1) da *Insolvenzordnung*, após a sua alteração pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*, de 7 de Dezembro de 2011, que continha, no § 270b (1), exigência idêntica. Bastando-se agora com a declaração do devedor, o processo especial de revitalização aproxima-se mais, neste ponto, dos *acuerdos de refinanciación* e das *propuestas anticipadas de convenio* do Direito espanhol (de que se falará adiante).

A remissão das cópias dos documentos elencados no n.º 1 do art. 24.º (relação dos credores; relações das acções e execuções pendentes contra o devedor; documento que explicita a actividade económica do devedor, *etc.*), que é exigida pelo n.º 3 do art. 17.º-C, tão-pouco é útil para este efeito: primeiro, porque tão-pouco permite comprovar a situação económica difícil ou a insolvência iminente; depois, porque não há como evitar admitir que o dever de remissão pode ser cumprido depois de o juiz proferir o despacho referido, o que significa, depois do início do processo⁽⁹⁾.

E nem se diga que, a final, haverá algum controlo, carecendo sempre o acordo de recuperação conseguido, para produzir plenamente os seus efeitos, de homologação pelo juiz (cf. art. 17.º-F). Perante o facto que será, num caso concreto, a possibilidade de resgatar o devedor insolvente, que juiz ousará recusar a homologação do acordo? Quando muito, o devedor pode ser responsabilizado pelos danos causados aos credores pela falta ou incorrecção das comunicações ou informações que lhes preste (cfr. art. 17.º-D, n.º 11) mas isso não altera o facto de que o processo é, na prática, aplicável em casos em que não devia ser aberto, ou seja, que o PER pode acabar por se aplicar a devedores em situação de insolvência actual, à margem do que a lei dispõe quanto ao seu âmbito de aplicação⁽¹⁰⁾.

Mais simples, felizmente, serão os casos em que está em curso um processo de insolvência do devedor e já foi proferida sentença declaratória de insolvência. Embora a lei não o diga expressamente, decorre *a contrario* do preceituado no n.º 6 do art. 17.º-E que, neste casos, o PER não pode iniciar-se, devendo o juiz “indeferir” o requerimento de abertura do PER apresentado pelo devedor, ou seja, mais rigorosamente, recusar-se a proferir o despacho de nomeação do administrador⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Sob este ponto de vista, foi mais feliz a norma (homóloga) do processo de homologação de acordos extrajudiciais do devedor — o art. 17.º-I, n.º 2 —, onde se afirma que o juiz (só) nomeia administrador judicial provisório (uma vez) recebidos os documentos exigidos.

⁽¹⁰⁾ Comentário idêntico merece o art. 17.º-A, n.º 2, que dispõe que o PER pode ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, *atesta* que reúne as condições necessárias para a sua recuperação. Tem a declaração escrita e assinada pelo devedor aptidão para atestar o preenchimento do requisito?

⁽¹¹⁾ Este é, para MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.), um dos dois casos de indeferimento liminar do requerimento de abertura de PER.

Outra norma incompreensível, embora por uma razão diferente, é a do n.º 2 do art. 17.º-E⁽¹²⁾. Concebem-se aí casos em que o juiz não nomeia administrador judicial provisório. Mas como é que isto se concilia com a al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C, de onde decorre que este é um dever do juiz (cujo cumprimento depende apenas, como se disse, da exibição, pelo devedor, da declaração assinada por si e, pelo menos, um credor em que se manifesta a vontade de encetar negociações conducentes à revitalização e da comunicação, pelo devedor, da sua pretensão de dar início às negociações)? E se não houver despacho de nomeação do administrador judicial provisório, qual é o acto judicial que materializa a abertura do processo e desencadeia a tramitação subsequente descrita no art. 17.º-D⁽¹³⁾? Se não houver despacho de nomeação do administrador judicial provisório, quem realiza os actos essenciais do processo (absolutamente indispensáveis ao seu curso) — quem recebe as reclamações de créditos e elabora a lista provisória de créditos (cf. art. 17.º-D, n.º 2), quem orienta e fiscaliza o decurso das negociações (cf. art. 17.º-D, n.º 9), quem atesta a aprovação do plano de recuperação (cf. art. 17.º-F, n.º 1), para quem são remetidos os votos (cf. art. 17.º-F, n.º 4)?

Tentando dar sentido a esse segmento da norma, MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA sustenta que ele demonstra, implicitamente, a possibilidade de indeferimento judicial do requerimento de abertura do PER. Louva-se, pela intenção, o esforço interpretativo. Seria, de facto, conveniente que a lei admitisse casos de recusa de abertura do PER ou, pelo menos, de indeferimento liminar⁽¹⁴⁾. E há, efectivamente, casos em que não se pode deixar de o admitir

(12) A necessidade de rectificação neste ponto já tinha sido apontada antes da conversão da proposta em lei mas, infelizmente, não logrou resultados. Cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit., notas 64 e 67 (pp. 125-126).

(13) Em intervenção cit.

(14) MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.) admite o indeferimento liminar em dois casos: primeiro, e como se viu, nos casos em que o devedor já tenha sido declarado insolvente; segundo, nos casos em que o devedor não remete cópias dos documentos elencados no art. 24.º, em conformidade com o exigido pelo art. 17.º-C, n.º 3, al. b). Não se divide esta última opinião. Atendendo, como se disse, aos termos em que a norma do art. 17.º-C, n.º 3, al. a), está redigida, não parece haver outra hipótese que não seja a de considerar que a apreciação liminar tem lugar imediatamente após a comunicação da pretensão do devedor e, portanto, antes do cumprimento aquele dever de remessa.

(sempre que existam vícios, designadamente quando a declaração não contém os elementos exigidos pelo art. 17.º-C, n.º 2, e estes não sejam sanados no prazo adicional concedido pelo juiz). Mas a verdade é que, além de não existir um “requerimento” em sentido próprio, regular numa norma que trata dos efeitos de um despacho a possibilidade de o despacho não ter lugar seria tão absurdo que a explicação não é muito provável. De facto, se não há despacho não há efeitos e não é necessário dizer-se (mais) nada.

Por fim, atente-se no art. 17.º-G. Diz-se, no n.º 3, que “[e]stando (...) o devedor já em situação de insolvência, o encerramento do processo [de revitalização] *acarreta* a insolvência do devedor, devendo a mesma ser declarada pelo juiz (...)”^(15/16). Pergunta-se: como pode a insolvência ser simultaneamente causa e efeito? E, mais importante: afinal, a declaração de insolvência é automática ou não? Do n.º 4 resulta que ela tem de ser requerida pelo administrador judicial provisório, aplicando-se o disposto para o caso de apresentação do devedor à insolvência (cf. art. 28.º). Ora, a actividade judicial não é a mesma numa e noutra hipótese: na primeira o juiz apenas declara a insolvência; na última, há margem, pelo menos teoricamente (dada a exiguidade do prazo), para o exercício de poderes inquisitórios.

3. Aspectos de carácter substancial

Mas o mais preocupante de tudo é que o regime não seja irrepreensível no plano substancial. E de todas as preocupações expressadas ainda o regime não era Lei (e que não faria sentido repetir aqui)^(17/18), o destaque vai para o administrador judicial

⁽¹⁵⁾ Itálicos nossos.

⁽¹⁶⁾ Fala-se ainda, no n.º 7, na hipótese de o PER ser “convertido” em processo de insolvência.

⁽¹⁷⁾ Cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit., pp. 122 e s. (esp. pp. 129-130).

⁽¹⁸⁾ Evidentemente, haverá, além destas, muitas outras. Para MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.), por exemplo, o maior problema está no preceituado nos n.ºs 2 a 4 do art. 17.º-D, ou seja, na disciplina da reclamação e da verificação de créditos.

provisório e para a matéria respeitante às garantias do financiamento.

3.1. O administrador judicial provisório em particular

No desenho do PER, o administrador judicial provisório é o sujeito de quem o desenrolar do processo mais depende, a seguir aos credores. Seria pertinente questionar a utilidade do administrador judicial provisório no PER em todos os casos e / ou em toda a extensão de poderes. Com efeito, é conjecturável que a sua presença constanja o devedor na sua acção e prejudique, mais do que facilite, o curso do processo. Aparentemente, o legislador português não entendeu assim. Apesar disso, nem sempre tratou a matéria com o cuidado que devia.

3.1.1. *O administrador judicial provisório e o (novo) administrador judicial provisório*

Desadequado é, desde logo (e mais uma vez), o nome escolhido⁽¹⁹⁾. “Administrador judicial provisório” sugere uma clara

Segundo a magistrada, os prazos são impossíveis de cumprir, nomeadamente o prazo de cinco dias para o juiz decidir das impugnações; atendendo a que as impugnações podem passar por questões de direito ou de facto, ao juiz nada mais restará senão decidir com base na equidade. Por outro lado, em ponto algum se afirma a inadmissibilidade de recursos, o que pode ser problemático para o cumprimento dos prazos. E afinal, a urgência nem se justifica já que o plano pode ser votado antes de a lista definitiva de créditos existir, conforme resulta do art. 17.º-F, n.º 3. O regime dos arts. 128.º e s. não esclarece as dúvidas, pois existem muitas diferenças entre esta fase do processo de insolvência e esta fase no PER: não há por exemplo, direito de resposta às impugnações nem sentença de verificação e graduação de créditos (a graduação, aliás, é dispensável, sendo, outrossim, imprescindível a classificação dos créditos, para aferir dos pressupostos do art. 212.º para efeitos de considerar ou não o plano aprovado). Sente-se ainda, segundo a magistrada, a falta de uma norma determinando que o início do PER suspende o prazo do dever de apresentação à insolvência. Enfim, questões, todas elas pertinentes, de que se apercebe melhor quem exerce a função jurisdicional.

(19) Isto, por mais que os administradores da insolvência propugnem a alteração, em geral, da designação “administrador da insolvência” para “administrador judicial”, com o objectivo de retirar o peso da expressão “insolvência” sobretudo quando está em causa um processo de recuperação (cf. Parecer da Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais sobre o “Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da

proximidade entre as funções do órgão que actua no PER e o órgão que actua no âmbito do processo de insolvência, na fase anterior à declaração judicial de insolvência. Mas a verdade é que aquela sugestão é enganadora. Como é de calcular, dada a diversidade entre os fins do processo de insolvência e os fins do PER, o administrador judicial provisório não tem funções idênticas numa e noutra situações⁽²⁰⁾.

No processo de insolvência, a nomeação do administrador judicial provisório é uma medida cautelar que visa impedir o agravamento da situação patrimonial do devedor. Neste contexto, o administrador é, fundamentalmente, um administrador de bens, devendo pugnar pela manutenção dos bens da massa da forma mais favorável aos interesses dos credores, até que seja proferida a sentença de declaração de insolvência (cf. art. 33.º). No PER, ele é, com certeza, um administrador de bens mas, além e antes disso, ele é um negociador⁽²¹⁾.

Quanto ao seu carácter provisório, se, no primeiro caso, ele se encontra plenamente justificado (o administrador judicial provisório tem uma intervenção limitada à fase que antecede a declaração de insolvência), no segundo caso não se vê qualquer justificação para ele (o administrador judicial provisório está presente durante todo o PER, que é um processo autónomo e não uma mera fase processual de um processo mais amplo).

Para a escolha do nome, o legislador português ter-se-á inspirado na lei alemã, que, no âmbito do novo instrumento de prepara-

Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c756156684a5358526c654339776347777a4f53315953556c664e5335775a47593d&fich=ppl39-XII_5.pdf&Inline=true>).

⁽²⁰⁾ Como diz AURELIO GURREA CHALÉ (“Hacia la profesionalización del administrador concursal”, disponível em <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/hacia-la-profesionalizacion-del-administrador-concursal>>), na regulação da actividade dos administradores da insolvência deve atender-se ao princípios de especialização profissional (devendo exigir-se ao administrador conhecimentos em matéria de Economia, Contabilidade, Gestão de empresas, Direito da insolvência, Direito civil, Direito comercial, Direito das sociedades comerciais, Direito processual, Direito do trabalho e Direito fiscal) mas também ao princípio de especialização sectorial (devendo exigir-se ao administrador conhecimentos específicos para cada tipo de processo de insolvência em que intervém).

⁽²¹⁾ Assim o qualifica também MARIA DE FÁTIMA REIS SILVA (em intervenção cit.).

ção do plano de recuperação (*Vorbereitung einer Sanierung*), introduzido pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*, de 7 de Dezembro de 2011, prevê também que seja nomeado um órgão provisório: o *vorläufigen Sachwalter* [cf. § 270b (2) da *Insolvenzordnung*]. Sucede, porém, que a palavra “*Sachwalter*” não significa exactamente “administrador judicial” ou “administrador da insolvência” (“*Insolvenzverwalter*”) mas sim “curador” ou “administrador de bens”. Por outro lado, enquanto o qualificativo “provisório” no contexto do regime alemão é inteiramente justificado, dado que a *Vorbereitung einer Sanierung* é, como o nome indica, um período ou uma fase anterior ao plano de insolvência, não acontece o mesmo na lei portuguesa, em que o PER é — repete-se — um processo autónomo⁽²²⁾.

3.1.2. A nomeação do administrador judicial provisório

Esta diversidade entre os dois órgãos não impressionou, aparentemente, o legislador, que mandou aplicar ao administrador judicial provisório do PER o disposto quanto à nomeação do administrador judicial provisório do processo de insolvência [cf. art. 17.º-C, n.º 3, al. a)].

Aplica-se, portanto, a norma do art. 32.º — mas deve aplicar-se com as necessárias adaptações. O juiz deve, então, nomear entidade inscrita na lista oficial de administradores da insolvência, mas pode ter em conta a proposta eventualmente feita no requerimento. Atendendo, contudo, a que este não é, ao contrário do que pressupõe o n.º 1 da norma, rigorosamente, uma petição inicial e sim uma declaração assinada pelo devedor e por um ou mais credores, aquela proposta deve ser da autoria conjunta dos subscritores / grupos de subscritores da declaração (devedor e credores). O que significa que a pessoa proposta como administrador não é exclusivamente conhecida do devedor ou, pelo menos, que ela concita o acordo de todos.

A proposta conjunta é, com efeito, a solução mais adequada a este tipo de processo e, em particular, ao papel aí desempenhado

⁽²²⁾ Como oportunamente se assinalou (cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit. p. 128 e nota 69).

pelo administrador. Como se disse, aquilo que se espera do administrador judicial provisório no contexto do PER é diferente — porventura mais exigente — quanto à sua capacidade e ao seu posicionamento relativamente a todos os intervenientes⁽²³⁾. A par da competência como administrador de bens, ele deve, por um lado, pugnar pelo êxito das negociações e pela conclusão do acordo conducente à revitalização do devedor, aparecendo, nesta altura, mais como um colaborador do devedor do que como defensor dos interesses dos credores.

E todavia, noutros momentos, ele tem de manter alguma distância ou imparcialidade relativamente ao devedor. Assim acontece na hipótese de conclusão do processo negocial sem a aprovação do plano de recuperação, em que, cabendo ao administrador emitir parecer sobre a situação em que se encontra o devedor (cf. art. 17.º-G, n.º 4), dele depende o futuro próximo deste (cf. art. 17.º-G, n.ºs 2 e 3).

O entendimento de que a proposta para a nomeação do administrador deve ser conjunta e não apenas da autoria do devedor reduzirá, com certeza, o número de casos em que, existindo prévias relações de cumplicidade ou conivência entre os sujeitos, o processo é conduzido no interesse exclusivo do devedor⁽²⁴⁾.

3.1.3. *A actividade de administração de bens*

Além da orientação e da fiscalização das negociações (cf. art. 17.º-D, n.º 9), o administrador desempenha funções ao nível da verificação de créditos (cf. art. 17.º-D, n.º 2) e da adminis-

⁽²³⁾ A leitura adaptada da norma não põe, de forma alguma, em causa o princípio de que o regime geral do administrador da insolvência (em matéria de nomeação, composição, remuneração, responsabilidade, etc.) deve ser aplicado com rigor **ao administrador judicial provisório que actua no PER**. A este respeito cf. Ana Belén Campuzano, “A propósito de la designación de los miembros de la administración concursal” (disponível em <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/a-proposito-de-la-designacion-de-los-miembros-de-la-administracion-concursal>>).

⁽²⁴⁾ Evidentemente, a proposta conjunta do devedor e de um ou mais credores não garante, por si só, a inexistência de fraudes (pode haver um conluio entre o devedor e estes credores). Cabe, por isso, ao juiz exercer o seu poder apenas quando, apreciado o circunstancialismo do caso concreto, considere que a pessoa proposta é, de facto, a mais adequada à realização dos fins do processo.

tração dos bens do devedor (cf. art. 17.º-E, n.º 2). Depois da nomeação do administrador, o devedor fica impedido de praticar os actos de especial relevo a que se refere o art. 161.º do CIRE, sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida por parte do administrador judicial provisório (cf. art. 17.º-E, n.º 2)⁽²⁵⁾.

Dispõe o n.º 2 do art. 161.º que para qualificar um acto de especial relevo deve atender-se aos riscos envolvidos e às repercussões sobre a tramitação ulterior do processo, às perspectivas de satisfação dos credores da insolvência e à susceptibilidade de recuperação da empresa. Estão em causa, essencialmente, e de acordo com o n.º 3 do preceito, actos de disposição respeitantes à empresa, como a venda da empresa ou de partes da empresa, a venda de bens necessários à continuação da actividade da empresa, a aquisição de imóveis ou a celebração de contratos de execução duradoura.

Tratando-se de um tipo de actos em que se integra, muito provavelmente, a quase totalidade dos actos que serão praticados neste período, a necessidade de autorização do administrador representa uma forte restrição à administração pelo devedor. Como se disse oportunamente, é conjecturável que a sua presença venha a constrianger o devedor na sua acção e a prejudicar, mais do que a facilitar, o bom curso e o êxito do processo⁽²⁶⁾.

3.2. O financiamento do devedor “desvitalizado” em particular

A disciplina das garantias ao financiamento tem sido objecto de atenção em vários ordenamentos jurídicos, sobretudo naqueles que alteraram o regime da insolvência mais recentemente. Veja-se, para já, o que consta da lei portuguesa, não perdendo de vista que as garantias do financiamento são um dos elementos que distingue o PER do plano de insolvência.

⁽²⁵⁾ Como se disse, apesar de a al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C não parecer deixar dúvidas quanto ao juiz dever nomear administrador judicial provisório em todos os casos, o n.º 2 do art. 17.º-E deixa em aberto a possibilidade.

⁽²⁶⁾ Cf. CATARINA SERRA, “Emendas à lei (da insolvência) portuguesa”, cit., p. 130.

A norma do art. 17.º-H determina, no seu n.º 1, que “[a]s garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários *meios financeiros* para o desenvolvimento da sua actividade mantêm-se (...)” e, no seu n.º 2, que “[o]s credores que, no decurso do processo, *financiem* a actividade do devedor *disponibilizando-lhe capital* para a sua revitalização gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores”⁽²⁷⁾. Complementando o regime, a lei assegura, noutro ponto, que os negócios jurídicos celebrados no âmbito do PER são insusceptíveis de resolução (cf. art. 120.º, n.º 6).

O regime suscita algumas dúvidas, não sendo, por vezes, o texto da lei compatível com os melhores resultados da interpretação dos preceitos e tornando-se necessário convocar outros suportes.

Os “Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores”, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro, desempenham aqui um papel importante (tendo em conta a que o art. 17.º-D, n.º 10, os manda aplicar no âmbito do PER) e, por consequência, também os chamados “Insol Principles”, em que aqueles se inspiraram⁽²⁸⁾.

3.2.1. *As garantias abrangem os “credores não financeiros”?*

Uma pergunta importante surge de imediato: a norma do art. 17.º-H aplica-se apenas aos credores financeiros *stricto sensu* ou estende-se também aos outros credores que, existindo uma empresa, são indispensáveis para a sua continuidade como *going concern*?

Para responder, é conveniente saber onde o legislador português foi buscar inspiração para a norma. Talvez nunca se consiga saber com certeza mas é sempre possível cogitar. Uma das hipóte-

⁽²⁷⁾ Itálicos nossos.

⁽²⁸⁾ Trata-se dos princípios enunciados no “*Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*”, elaborados pela *INSOL International* e publicados em Outubro de 2000 (disponíveis em <<http://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf>>).

ses é que a fonte seja a recém-alterada lei espanhola⁽²⁹⁾. Também aí se promove, de várias formas, a reestruturação ou recuperação de empresas (*favor convenii*). Mais precisamente, o art. 5 *bis* da *Ley Concursal* (LC) permite ao devedor “*solicitar el precurso de acredores*”, ou seja, alargar o prazo para apresentação à insolvência comunicando ao tribunal competente para a sua declaração de insolvência que iniciou negociações para alcançar um acordo de refinanciamento (*acuerdo de refinanciación*) ou para obter o acordo dos credores a um plano de insolvência (*propuesta anticipada de convenio*). Para favorecer a celebração destes acordos foram concebidos mecanismos de protecção do financiamento, consagrando os arts. 84.2 (11.º) e 91 (6.º) da LC aquilo que se chama “*privilegio del dinero nuevo*” ou “*privilegio del dinero fresco*”^(30/31).

Na essência, garante-se que, se a insolvência vier a ser declarada, os créditos relativos a entradas de tesouraria realizadas no

(29) A última alteração foi operada pela *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, e entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2012.

(30) Sobre os modelos inspiradores da lei espanhola cf. ISABEL FERNÁNDEZ TORRES, “Prevención de la insolvencia y ‘fresh money’: modelos comparados y propuestas de reforma”, in: *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2011, 15, pp. 209 e s.

(31) Não obstante para outros efeitos, na lei espanhola dá-se certo relevo aos credores financeiros. Numa medida próxima daquela prevista na lei portuguesa, a *Disposición adicional cuarta* da LC prevê a homologação judicial do acordo de refinanciamento quando este preencha determinadas condições (as condições definidas no art. 71.6), tenha sido subscrito por credores que representem pelo menos 75% do passivo titulado por credores financeiros no momento da adopção do acordo e não implique um sacrifício desproporcionado para os credores financeiros que não o subscreveram. Com a homologação, os demais credores financeiros que não sejam titulares de garantias reais ficam sujeitos aos dois efeitos típicos do acordo: a moratória (*espera*), até ao prazo máximo de 3 anos, e ainda, a requerimento do devedor, a suspensão de todas as iniciativas executivas individuais (*la paralización de ejecuciones singulares*). A este último instrumento foram logo apontadas críticas. Desde logo, por assentar numa nova categoria de credores que em ponto algum o legislador espanhol se dignou definir ou caracterizar: os “credores financeiros”. Depois, e sobretudo, por ter um alcance muito limitado, tanto no plano objectivo como no plano subjectivo. Com efeito, ele só permite estender os efeitos do acordo no que toca à moratória — até ao prazo máximo de três anos — e (eventualmente) à suspensão das acções executivas, ficando, portanto, excluídas todas as restantes providências acordadas (como as reduções e os perdões de dívida ou a conversão dos créditos em capital social). Por outro lado, só permite estender os efeitos do acordo aos credores financeiros que não sejam titulares de garantias reais, deixando incólumes os credores não financeiros (como, por exemplo, os fornecedores) e os credores financeiros titulares de garantias reais (que podem bem constituir a maioria dos credores financeiros).

âmbito de um acordo de refinanciamento nos termos do art. 71.6. da LC (*los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6*) são considerados, em 50% do seu montante, créditos sobre a massa (*tendrán la consideración de créditos contra la masa*) e, nos restantes 50%, créditos com privilégio geral (*son créditos con privilegio general*).

O regime circunscreve-se *expressis verbis* “aos montantes relativos a entradas de tesouraria”. O que faz todo o sentido: visando os acordos de refinanciamento suprir, justamente, a falta de meios financeiros, o financiamento é aí um fim em si mesmo. Ora, no PER, o financiamento é — tudo indica —, um meio para a revitalização do devedor, o que põe em causa a utilidade da comparação.

Não sendo possível encontrar no Direito espanhol (nem no Direito estrangeiro) nenhuma pista que ilumine a interpretação dos caminhos trilhados pelo legislador português, resta a leitura do preceito à luz dos dados habituais.

A letra da lei aponta para a limitação das garantias consagradas no n.º 1 e no n.º 2 do art. 17.º-H aos credores financeiros, isto é, aos credores que disponibilizem meios financeiros ou capital. Mas a verdade é que uma interpretação literal conduziria a resultados manifestamente iníquos. Há garantias para o banco que concede crédito mas não para o fornecedor que disponibiliza a matéria-prima nem para os trabalhadores que se dispõem a prestar trabalho?

A solução literal poderia ser sustentada com base na ideia de que a empresa “desvitalizada” resolve os seus problemas logo que adquire liquidez (ou, mais prosaicamente: logo que arranja dinheiro). Mas a verdade é que alguns dos meios necessários à continuidade da empresa (como a matéria-prima ou a força de trabalho) podem sempre ser conseguidos directamente, o que, pelo menos em parte dos casos, é suficiente para a revitalização.

A interpretação literal representaria, além do mais, uma solução muito pouco eficiente, obrigando o devedor, em qualquer circunstância, a obter primeiro os meios financeiros para depois adquirir os restantes meios (já que, como bem se compreende, não existindo garantias, os fornecedores dos restantes meios não os disponibilizariam a crédito).

3.2.2. *A garantia de subsistência no caso de declaração de insolvência abrange as garantias convencionadas para os créditos preexistentes?*

No que respeita ao n.º 1 do art. 17.º-H em particular, pode fazer-se uma pergunta adicional (já que no que respeita ao n.º 2, regulando-se uma garantia de origem legal, não faz sentido fazê-la): abrange ou não a norma as garantias convencionadas durante o PER em favor dos créditos preexistentes?

A questão tem grande interesse prático. Seria excessivamente redutor pensar que o financiamento concedido ao devedor durante o PER se esgota no clássico contrato de mútuo. Há uma multiplicidade de negócios jurídicos que devem poder ser reconduzidos também ao conceito, como a constituição de novas garantias em favor de obrigações preexistentes ou em favor de novas obrigações constituídas em substituição delas (novação).

Sendo o sujeito da oração “[a]s garantias convencionadas (...) durante o processo” e não “os créditos convencionados”, a letra do preceito autoriza uma interpretação ampla. Não se vêem razões para restringir o alcance imediato da norma.

3.2.3. *Por que são os actos com finalidade de financiamento insusceptíveis de resolução?*

Veja-se agora a norma do art. 120.º, n.º 6. Dela resulta que os negócios jurídicos celebrados durante este período “cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação” são insusceptíveis de resolução em benefício da massa nos termos dos arts. 120.º e s.

Diga-se, desde já, que a medida não é original. Também em Espanha, por exemplo, o art. 71.6 da LC permite que o acordo de refinanciamento, bem como todos os actos realizados no âmbito deste, sejam poupados ao regime geral das *acciones de reintegración* (resolução em benefício da massa)⁽³²⁾. Mas, mais uma vez, as

(32) Sobre a reforma do regime insolvencial das *acciones de reintegración* cfr. JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2010, 20, pp. 9 e s.

dúvidas não se dissipam através da leitura do regime espanhol — bem pelo contrário.

A dúvida mais importante prende-se com a justificação da medida. A julgar por aquilo que a doutrina espanhola sustenta a propósito do regime homólogo⁽³³⁾, o legislador entendeu que os actos em causa não são prejudiciais aos credores e por isso quis afastar a possibilidade da sua resolução, mais precisamente a possibilidade de resolução incondicional das garantias do financiamento e, em especial, a que resultaria da aplicação das als. c) e e) do art. 121.º. Mas por que motivo devem estas garantias ficar *absolutamente* imunes ao “teste” dos actos suspeitos consagrado na cláusula geral do art. 120.º?

Mesmo concedendo que possa usar-se de alguma tolerância para com os actos praticados neste contexto (por causa da especialidade da situação que justifica a abertura de um processo do tipo e as respectivas finalidades), a afirmação de uma “impermeabilidade” geral e absoluta à resolução significa “escancarar a porta” à celebração de negócios usurários ou à concessão de financiamento abusivo e, em qualquer caso, constitui um tratamento discriminatório dos credores para o qual não se vê, em abstracto, nenhuma justificação.

Por outro lado, se a vontade do legislador era aquela, por que não assegurou ele, em consonância, também a impermeabilidade ao (outro) meio de conservação de garantia patrimonial? Considerando o silêncio do legislador, estes actos são (bem podem ser) insusceptíveis de resolução mas continuam a ser susceptíveis de impugnação pauliana por qualquer credor. Atendendo aos efeitos (individuais) da impugnação pauliana, além de contraditória, a medida torna-se ainda mais difícil de explicar.

Contrastando neste ponto com o legislador português, o legislador espanhol assegurou que a legitimidade para a impugnação dos acordos de refinanciamento (originariamente atribuída ao administrador da insolvência e, subsidiariamente, a determinados credores) está limitada ao administrador de insolvência (cf. art. 72.1 da LC)⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Cf., neste sentido, JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, cit., pp. 15 e s. e p. 32.

⁽³⁴⁾ Cf., sobre isto, JUAN SÁNCHEZ-CALERO, “Refinanciación y reintegración concursal”, cit., p. 34.

3.2.4. *Terão os credores preexistentes um direito de preferência na concessão do financiamento?*

Considerando agora os benefícios atribuídos aos credores que disponibilizem meios para assegurar a continuação da actividade do devedor nas normas dos arts. 17.º-H e 120.º, n.º 6, mas sobretudo o privilégio creditório mobiliário geral, cabe formular uma última pergunta: não estará o devedor constituído numa obrigação de dar preferência àqueles que já são seus credores antes da abertura do PER?

A situação dos credores preexistentes é muito semelhante à dos sócios quotistas e accionistas, que gozam de um direito de preferência nos aumentos do capital social por novas entradas (cfr. arts. 266.º, 458.º e 478.º do CSC). Este direito visa salvaguardar os interesses dos sócios: entende-se que só por vontade do sócio a sua participação social deve diminuir proporcionalmente com o aumento do capital social ou, dito de outra forma, que o sócio deve poder conservar, enquanto assim desejar, o valor relativo da sua participação social.

A convicção de alguma proximidade entre a posição dos credores e dos sócios sai, aliás, reforçada da leitura do Relatório do Diploma Preambular do CIRE, onde se diz, fundamentalmente, que, em situações de crise, os credores se substituem aos sócios, convertendo-se em “proprietários económicos da empresa”⁽³⁵⁾.

Há, na verdade, no processo especial de revitalização (assim como no plano de insolvência) uma série de aspectos que o caracterizam como um negócio jurídico complexo em que se integram elementos contratuais de interesse privado e elementos processuais de interesse público, assentando a extensão dos efeitos aos credores não participantes ou dissidentes na consideração da “massa activa” como uma colectividade semelhante aos sócios das sociedades de capital⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cf. quinto parágrafo do ponto 3 do Relatório do Diploma Preambular do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (DL n.º 53/2004, de 18 de Março).

⁽³⁶⁾ Cf., neste sentido, referindo-se ao instrumento de recuperação espanhol (*o convenio*), FRANCISCO-JAVIER VAQUER, “El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, 24, pp. 154-155.

Além do argumento da analogia entre os credores e os sócios, militam a favor da constituição do devedor na obrigação de dar preferência aos credores preexistentes a previsão expressa de outras obrigações do devedor, podendo ver-se aquela como decorrência (ou inerência) destas. Trata-se, mais precisamente, da obrigação de informação (cf. art. 17.º-D, n.º 6 e n.º 11, *Sétimo e Oitavo princípios orientadores* e *Fifth Insol principle*), da obrigação de actuação de acordo com a boa fé (cf. *Segundo princípio orientador*) e, principalmente, da obrigação de não praticar actos que, de algum modo, afectem negativamente a posição relativa da cada credor no confronto com os restantes credores ou as legítimas expectativas quanto ao pagamento dos seus créditos, em comparação com a situação que existia antes do início das negociações, (cf. *Sexto e Nono princípio orientador* e *Second, Third e Sixth Insol principle*). Por outras palavras, os credores têm o direito de esperar que a sua posição relativa e as probabilidades de realização dos seus direitos não sofram qualquer modificação ao longo do PER e, por isso, sempre que exista esse risco, o devedor deve dar-lhes a possibilidade de evitar ou reduzir o impacto da modificação⁽³⁷⁾.

4. Considerações finais. Razões para algum cepticismo sobre o futuro do PER

É chegada a altura de apreciar as opções de política legislativa subjacentes ao regime do PER e fazer um breve prognóstico quanto ao seu futuro. É evidente que um prognóstico feito tão prematuramente tem sempre uma utilidade discutível. Apesar de tudo,

⁽³⁷⁾ No comentário ao *Eighth Insol principle* (in: “*Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*”, cit. pp. 34-35), diz-se: “[t]he provision of New Money (including increases in exposure which are to receive New Money treatment) can impact upon the position of relevant creditors. This is because its priority treatment may affect the prospects of other non-prioritised debt being repaid. Ideally, where appropriate, all relevant creditors participating in the process should be given the opportunity to participate in the provision of, and should accept the risks associated with, the provision of New Money on a proportionate basis (ie, proportionally to the perceived exposures which each of them has to the debtor as at the Standstill Commencement Date)”.

se ajudar a prevenir uma ou outra dificuldade, já terá valido a pena ter ousado fazê-lo.

4.1. Uma oportunidade para a fraude à lei?

Disse-se, de início, que o maior risco do PER é o de, após todos os esforços, o devedor não conseguir evitar a sua declaração de insolvência. É, portanto, de prever que o devedor só recorra ao PER se puder contar com o apoio continuado de credores que representem uma maioria significativa dos créditos — de “credores amigos” — dos quais ele possa esperar, designadamente, que, subscrevendo a declaração inicial, lhe assegurem o acesso ao processo, que, concedendo-lhe financiamento, sustentem o desenvolvimento da sua actividade e que, por fim, votando favoravelmente, lhe assegurem a aprovação do plano de recuperação.

Como é de calcular, a maioria dos credores não é assim, pelo menos não é assim espontaneamente. O devedor sentir-se-á, então, irresistivelmente tentado a simular a existência de uma ou mais relações creditícias; “criará”, muito provavelmente, “credores de favor”, de preferência titulares de créditos de montante elevado (para que a aprovação do plano fique garantida) e de garantias reais (para que os bens assim onerados não se “percam” durante o processo).

De facto, o ideal era que o sistema tivesse aptidão para garantir um apoio genuíno dos credores. Mas, para isso, o sistema teria de lhes atribuir vantagens que os estimulassem a adoptar, espontaneamente, os comportamentos desejáveis em cada momento. É isso que acontece?

4.2. Serão as garantias suficientes para assegurar o financiamento?

Não é preciso explicar a extraordinária importância do financiamento durante o período das negociações no âmbito do PER. É essencialmente dele — da forma como está regulado a matéria — que depende o sucesso ou insucesso do PER. Por outras pala-

vras: basta os credores considerarem insuficientes aquelas garantias para estar ferido de morte o mecanismo concebido pelo legislador para o combate ao “empobrecimento do tecido económico português”⁽³⁸⁾.

Pergunta-se então: serão suficientes as garantias atribuídas aos credores que disponibilizem meios para a continuação da actividade da empresa durante este período? É certo que elas não têm paralelo no plano de insolvência mas isso, por si só, não serve para fundamentar um prognóstico favorável quanto ao PER (e nem para explicar o fracasso confirmado do plano de insolvência).

Essencialmente, aquilo que se diz no art. 17.º-H é que as garantias convencionadas entre o devedor e os credores se mantêm, mesmo que a insolvência venha a ser declarada no prazo de dois anos, e que os credores que financiem a actividade do devedor, disponibilizando capital para a sua revitalização, beneficiam, por lei, de privilégio mobiliário geral graduado acima do privilégio mobiliário geral concedido aos trabalhadores. Vindo a insolvência a ser declarada naquele prazo, estes credores são, em síntese, credores da insolvência e, dentro desta categoria, nem são os mais graduados — são (meros) credores privilegiados e estão, portanto, subordinados a todos os titulares de créditos com garantias reais (credores garantidos). Quanto ao privilégio creditório geral, escusado será lembrar a discussão em torno da sua natureza e do seu valor.

Se o favorecimento da concessão de meios ao devedor era um propósito absoluto, o legislador poderia ter ido mais longe qualificando, por exemplo, como o legislador espanhol, parte destas dívidas como dívidas da massa insolvente. A solução nem causaria grande estranheza, dado que é isso o que acontece relativamente às dívidas emergentes dos actos de administração da massa no âmbito do processo de insolvência [cf. art. 51.º, n.º 1, al. c)].

Pode acontecer que a diferente atitude do legislador português tenha sido deliberada, que ele tenha dispensado menos protecção ao financiamento simplesmente para evitar que outros interesses, nomeadamente os dos credores da massa insolvente e dos credores

⁽³⁸⁾ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de Dezembro de 2011, p. 2.

garantidos, fossem subalternizados. Atendendo aos sujeitos (Estado e órgãos do Estado) que, na prática, constituem a maioria, em número e em peso no passivo, dos titulares de créditos da massa, de créditos garantidos e de créditos privilegiados que serão graduados acima dos créditos constituídos no âmbito do PER, não custa a acreditar que tenha sido esta a motivação. O que torna as coisas menos defensáveis.

Seja qual for a razão de política legislativa, nada impede que, no futuro, os intervenientes supram as (eventuais) insuficiências do sistema e desenvolvam, na prática, mecanismos adicionais ou alternativos àqueles que o legislador dispensou. Em Espanha, justamente, e de acordo com os relatos mais recentes, as entidades de crédito “criaram” um novo subtipo de direito real de garantia. Trata-se da “hipoteca flutuante” (*hipoteca flutuante*), que, inspirada, sem dúvida, na figura homónima do Direito inglês (*floating charge*)⁽³⁹⁾, permite a garantia de uma pluralidade de obrigações (presentes ou futuras e de qualquer natureza) sem que estas tenham de ter algum nexo causal ou venham a perder a sua independência⁽⁴⁰⁾.

(39) A *floating charge* é um instrumento singular do direito inglês através do qual se constitui, a favor de um credor (normalmente um banco), uma garantia sobre os bens (ou uma classe de bens) presentes e futuros da sociedade, que fica como que pendente, só adquirindo efeitos reais quando se produz o incumprimento do estipulado no documento que a cria (*instrument*), fixando-se, então, nos bens que a sociedade tem nessa data (*crystallisation*). Em termos de eficácia, a *floating charge*, distintamente da *fixed charge* — que é a garantia real típica (por exemplo, uma hipoteca) —, apresenta a grande vantagem de permitir que, até à verificação daquele evento, a empresa continue a dispor livremente do seu património, o que tem grande significado no caso de a maioria dos bens consistir em maquinaria ou equipamento e em mercadorias. Sobre a *floating charge* cf., entre outros, G. F. CURTIS, “The theory of the floating charge”, in: *The University of Toronto Law Journal*, 1941-1942, 4, pp. 131 e s., ROBERT R. PENNINGTON, “The genesis of the floating charge”, in: *The Modern Law Review*, 1960, 23, 6, pp. 630 e s., EILÍS FERRAN, “Floating charges — the nature of the security”, in: *Cambridge Law Journal*, 1988, 47, pp. 213-137, ADRIAN WALTERS, “Floating charges and liquidation expenses: Re Leyland Daf and beyond”, in: *Company Lawyer*, 2006, 27, pp. 193 e s., RIZ MOKAL, “The Floating Charge — An Elegy”, 2006 (disponível em <<http://law.bepress.com/expresso/eps/1380>>), e JOHN ARMOUR, “The Chequered History of the Floating Charge”, in: *Griffith Law Review*, 2004, 13, pp. 25 e s.

(40) Sobre a *hipoteca de máximo* ou *hipoteca flotante* cf. ÁNGEL VALERO, “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”, in: *Anuario de Derecho Concur-sal*, 2011, 22, pp. 207. Segundo este autor, os maiores problemas desta hipoteca relacionam-se com a sua titularidade, que é colectiva ou uma comunhão de mão comum: o registro

4.3. Quando se porá fim à (alegada) indisponibilidade dos créditos públicos?

Numa apreciação final, não pode deixar de se confessar que o novo regime do PER suscita um prognóstico reservado, não só pelas razões indicadas mas ainda por comungar daquele que foi — continua a ser — um dos maiores problemas do plano de insolvência: a (alegada) indisponibilidade dos créditos tributários, por força dos arts. 30.º, n.os 2 e 3, e 36.º, n.os 2 e 3, da Lei Geral Tributária, dos arts. 196.º e 199.º do Código de Processo e Procedimento Tributário e do DL n.º 411/91, de 17 de Outubro⁽⁴¹⁾. Tal como acontece relativamente ao plano de insolvência, não se contestando esta indisponibilidade, os créditos do Estado e da Segurança Social são, em princípio, insusceptíveis de perdões, reduções de valor, moratórias ou de outros condicionamentos contra a vontade dos seus titulares. A aprovação e a homologação de planos de recuperação e, consequentemente, a realização da finalidade de reestruturação tornar-se-á muito difícil, já que as dívidas à Fazenda Pública e à Segurança Social representam quase sempre a parte mais significativa do passivo do devedor.

das diversas cláusulas de vencimento antecipado que contêm, a possibilidade ou não de derrogar a proibição legal de constituição de hipotecas solidárias ou subsidiárias, com a eficácia dos acordos especiais a favor das novas linhas de financiamento e com a possibilidade de execução parcial da hipoteca.

⁽⁴¹⁾ A inacção do legislador quanto a este ponto já tinha sido lamentada, aquando do período de consulta ao Anteprojecto, pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (cf. Parecer sobre o “Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011, disponível em <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>>: “(...) não deixa de impressionar que entre as alterações agora propostas para o CIRE não figure qualquer norma que flexibilize a posição a assumir pelos entes públicos para efeitos de negociação com os devedores, quer no âmbito do plano de recuperação, quer do PER. Neste contexto, sujeitos os créditos fiscais (e tributários) a um regime de favor resultante dos artigos 30.º, n.º 2 e 3 e 36.º, n.º 3 da Lei Geral Tributária; 85.º, n.º 3, 196.º e 199.º do CPPT e 125.º da Lei 55-A/2010, de 31/12 (a anterior Lei do Orçamento de Estado) e tendo em conta as queixas recorrentes da ausência de interlocutores na Direcção-Geral dos Impostos para negociação das condições aceitáveis para os créditos fiscais no âmbito de plano de recuperação, parece legítimo o cepticismo que do novo regime resulte significativo impacto para efeitos do restabelecimento do tecido empresarial nacional”.

Como se disse noutra altura, a propósito do plano de insolvência, o problema só será superado com uma interpretação restritiva das normas que compõem o regime tributário. Convocam-se, para isso, dois argumentos: a teleologia subjacente ao PER e a unidade do sistema jurídico. A regra de que havendo contradição entre o que resulta da interpretação do texto expresso de uma norma jurídica e aquilo que resulta do silêncio de outra se resolve com a sobreposição da primeira à segunda não deve ser mantida quando acarrete uma desconsideração da teleologia que está subjacente a esta e outras perturbações intoleráveis para a harmonia do sistema jurídico⁽⁴²⁾.

A interpretação restritiva é, por outro lado, a interpretação mais adequada ao disposto no “Memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica” de 17 de Maio de 2011⁽⁴³⁾, onde se diz, no ponto 2.19, que “[a]s autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributária com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas”.

Resta saber se existe vontade de fazer esta interpretação, ou seja, se o interesse na reestruturação de empresas é, em primeiro lugar, genuíno e, em segundo lugar, suficientemente forte para que o Estado abdique da sua posição confortável, ou se, pelo contrário, e como sucede a respeito de tantos outros objectivos de política económica, apenas se insiste na sua importância para “externalizar” os custos da reestruturação⁽⁴⁴⁾.

(42) Cf. CATARINA SERRA, “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores — Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, n.º 8 (em curso de publicação).

(43) Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU_PT_20110517.pdf>.

(44) A falta de uma intervenção legislativa que esclareça em definitivo a questão tem dado a interpretações divergentes da norma do art. 30.º, n.º 3, nos tribunais superiores. Para referir apenas as decisões mais recentes (no contexto, evidentemente, do plano de insolvência) cf., em primeiro lugar, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de Abril

Se outra motivação não houver, espera-se que o legislador ou, na falta de uma intervenção esclarecedora por parte deste, o aplicador, se recorde que o princípio da igualdade se opõe frontalmente a que os encargos (públicos) com a reestruturação ou recuperação de empresas sejam sempre suportados pelos credores privados e não o sejam nunca pelos credores públicos.

7 de Junho de 2012

de 2012 (relatora: ANA CRISTINA DUARTE), onde se diz que “[o] perdão ou redução dos créditos tributários ao abrigo de um plano de insolvência validamente aprovado, não viola os princípios da igualdade e da legalidade tributária e, como tal, não é vedado pelo disposto no artigo 30.º, n.º 2 da LGT. O aditamento de um n.º 3 ao artigo 30.º da LGT, pela Lei 55-A/2010 de 31/12 que estabelece que o disposto no n.º 2 prevalece sobre qualquer legislação especial, não põe em causa aquele raciocínio, nem do mesmo se extrai que o legislador tenha querido, por esta forma, inviabilizar a homologação de planos de insolvência, não tendo, para o efeito, revogado as normas correspondentes no CIRE”. Já o Supremo Tribunal de Justiça, acusando o peso do dever de obediência a uma legalidade *stricto sensu*, sustenta o contrário. Cf., em segundo lugar, os acórdãos de 15 de Dezembro de 2011 (relator: SILVA GONÇALVES) e de 10 de Maio de 2012 (relator: CUNHA RODRIGUES), onde se diz, respectivamente, que “[a] Lei n.º 55-A/2010 de 31-12, que aprovou o Orçamento do Estado para 2011 e veio dar nova redacção ao art.º 30.º da Lei Geral Tributária (art.º 123.º), retomou validade dos princípios que informam o nosso sistema tributário no sentido de que a extinção ou redução dos seus créditos fiscais não podem ser perturbados contra a vontade do Estado” e que “a homologação de plano de insolvência, aprovado pela assembleia de credores, com o voto contra do Estado (...), é ineficaz relativamente à Fazenda Nacional e ao Instituto de Segurança Social, I.P.”.