

I Congresso de Direito da Insolvência

2013

Catarina Serra
(Coord.)



A administração da empresa insolvente: rutura ou continuidade?*

RUI PINTO DUARTE**

1. Introdução

O tema que a Professora Catarina Serra me atribuiu foi «Administração pelo devedor como via para a recuperação» – *da empresa*, entenda-se, até porque, segundo a nossa lei, a administração da massa insolvente pelo devedor só é admissível quando a mesma compreenda uma empresa (art. 223 do CIRE).

Entendido à luz da terminologia do CIRE, o tema consistirá, pois, no regime da administração pelo próprio devedor da empresa declarada insolvente, constante do título X de tal Código.

Entendido em sentido mais amplo, o tema consiste nos problemas inerentes à possibilidade de, no quadro dos regimes falenciais e parafalenciais, a gestão das empresas ser mantida nas mãos (ou melhor, nas cabeças...) de quem a vinha exercendo. Como o título indicia, a perspetiva que adoto neste texto é a inerente a este sentido amplo.

A possibilidade de os gestores da empresa que se torna insolvente permanecerem em funções, ainda que se afaste do paradigma historicamente dominante, não é uma novidade que deva causar espanto. Na verdade, não foi o

* Agradeço a Hígina Castelo e Pedro Caetano Nunes a leitura de versões anteriores deste texto e as sugestões que amavelmente me fizeram.

** Ex-Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Advogado

CIRE (nem o *Bankruptcy Reform Act* norte-americano de 1978¹, nem a *Insolvenzordnung* alemã de 1994²) o primeiro diploma legal a admitir que uma empresa abrangida por regras falenciais e parafalenciais continue a ser gerida por quem o vinha fazendo. A possibilidade em causa é tão antiga quanto as concordatas preventivas, que, por sua vez, datam de há muito, talvez dos primórdios da falência³, e, como iremos ver na breve incursão que faremos pela evolução do direito francês, mesmo fora desse âmbito, é conhecida há mais de um século. Nas últimas dezenas de anos, à medida que os legisladores foram criando procedimentos de recuperação, a manutenção da gestão das empresas no quadro de situações parafalenciais tornou-se mesmo vulgar.

A essa luz, o CIRE e a *Insolvenzordnung*, em que o mesmo se inspirou no respeitante às regras sobre a administração pelo próprio devedor da empresa declarada insolvente (e o *Bankruptcy Act* norte-americano depois da reforma de 1978, no qual *Insolvenzordnung*, nessa mesma parte, se inspirou) não foram revolucionários: apenas adaptaram o que já conhecido a um sistema em que o processo falencial começa pela declaração de insolvência.

Creio que, para perceber a solução do CIRE e as inovações recentes da nossa lei relacionadas com a matéria, vale a pena lembrar *algumas* etapas da evolução verificada.

2. Etapas de uma evolução

Começo por um marco inevitável do direito comercial do espaço cultural em que nós inserimos: o *Code de Commerce* de 1807.

Como notam todos os que sobre ele escrevem, a versão primitiva deste diploma napoleónico era duríssima para com os falidos⁴, mantendo muitos traços

¹ Sobre o direito falencial norte-americano, v., na literatura portuguesa, CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 203, 204 e 214 e ss.

² Sobre esta, na literatura portuguesa, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Introdução ao Direito da Insolvência», in *O Direito*, ano 137, 2005, III, pp. 472, 473, 477 e 478, e *Direito Comercial*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 465, 466, 471 e 472, e CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 114, 115, 202 e 203.

³ Na literatura estrangeira, v., por exemplo, PHILIPPE DELEBECQUE e MICHEL GERMAIN, que, referindo-se às leis sobre falências das cidades italianas dos séculos XV e XVI, afirmam que «On connaît déjà à cette époque le concordat majoritaire (...)» (*Traité de Droit Commercial G. Ripert e R. Roblot*, tomo 2, 16ª ed., Paris, L.G.D.J., 2000, p. 789); na nossa literatura, v. PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1968, pp. 429 e 430.

⁴ A exposição de motivos do livro do *Code de Commerce* intitulado *Des Faillites et des Banqueroutes* começava com as seguintes palavras: «Messieurs, L'empereur a rétabli et porté au plus haut degré la réputation de nos armes; il a fait renaître la justice dans nos lois, l'ordre dans notre administration; il veut plus encore, il veut ressusciter la morale publique, parce qu'il sait que sans elle les

da natureza penal que, na sua origem, a falência ofereceu⁵. Isso, porém, não a impedia de prever a concórdia. Evoquemos algumas regras ilustrativas:

Code de Commerce de 1807 (versão primitiva)

«442. *Le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ces biens.*»

«455. Le tribunal de commerce ordonnera en même temps, ou le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme.»

«519. Il ne pourra être consenti de traité entre les créanciers délibérans et le débiteur failli, qu'après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites.

(...)»

Uma lei de 28 de maio de 1838 alterou profundamente o *Code de Commerce* em matéria de falência, amenizando a aspereza do regime inicial, amenização essa que foi prosseguida por várias outras leis do século XIX e do século XX. Antes de enunciar os principais desses passos, vale a pena mostrar melhor o que passou a ser o regime francês após tal lei de 1838, por meio de uma citação de um livro que teve grande divulgação:

«Toutefois, le dessaisissement ne suspend que momentanément l'exercice du droit de propriété et laisse ce droit reposer sur la tête du failli: - d'où la conséquence que, si le failli vient plus tard à être remis à la tête de ses affaires par un concordat, ainsi que nous l'expliquerons, le failli reprend l'exercice de son droit de propriété, sans qu'un nouveau jugement soit nécessaire pour le réintégrer dans cette propriété. - Le dessaisissement a lieu de *plein droit*, et comme conséquence légale du jugement déclaratif de la faillite; une disposition particulière dans ce jugement n'est point nécessaire; - et, d'un autre côté, le tribunal ne pourrait en affranchir le failli.

(...)

Outre les effets particuliers qui résultent des stipulations faites dans le concordat, il y a un *effet général* qui est la conséquence de l'homologation de ce traité: le dessaisissement produit par le jugement déclaratif cesse et le failli reprend l'administration de sa fortune»⁶.

nations qui jettent le plus d'éclat n'ont point de grandeur réelle, de puissance solide, de prospérité durable: nous avons assez de gloire, il nous faut des mœurs. C'est dans cette vue qu'il nous charge de vous présenter une loi sévère: son titre suffit pour vous faire connaître son importance; c'est une loi sur les faillites et les banqueroutes». (*Code de Commerce édition collationnée sur l'édition officielle*, Paris, Léopold Collin, Libraire, 1807, pp. 90 e 91).

⁵ V. ANGELO BONSIGNORI, *Il Fallimento*, vol. nono do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia diretta da Francesco Galgano*, Pádua, Cedam, 1986, pp. 10 e ss.

⁶ H-F. RIVIÈRE, *Répétitions Écrites sur le Code de Commerce*, Paris, A. Marescq Aîné, Libraire-Éditeur, 1875, pp. 686 e 746 (itálico meu).

Lembremos então os principais passos da evolução do direito francês relevantes para o nosso tema⁷:

- Lei de 4 de março de 1889, que, mantendo a *faillite*, criou o processo de *liquidation judiciaire*, destinado aos devedores «malheureux et de bonne foi», que, no quadro em causa, *conservavam a administração do seu património*, com a assistência de um liquidatário;
- Decreto 55-583, de 20 de maio de 1955, que procedeu à reforma dos regimes da *faillite* e da *liquidation judiciaire*, agravando o carácter repressivo daquele e transformando o desta no sentido de favorecer a manutenção das empresas – o que levou a redenominá-lo de *règlement judiciaire*;
- Lei 67-563, de 13 de julho de 1967, que aprofundou o sentido da reforma de 1955, fazendo assentar a opção entre a *liquidation des biens* (nome que atribuiu à *faillite*) e o *règlement judiciaire* exclusivamente na recuperabilidade da empresa;
- Ordonnance 67-820, de 23 de setembro de 1967, que instituiu a *suspension provisoire de poursuites*, procedimento também destinado a facilitar a recuperação das empresas;
- Lei 84-148, de 1 de março de 1984, que criou um processo de *prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, com uma forte dimensão extrajudicial;
- Lei 85-98, de 25 de janeiro de 1985, que agregou num processo único, denominado *redressement judiciaire*, a *liquidation des biens*, o *règlement judiciaire* e a *suspension provisoire de poursuites*, num modelo que veio a inspirar o nosso CPEREF;
- Lei 2005-845, de 28 de julho de 2005, que criou um *procédure de sauvegarde*, substituiu o *règlement amiable* por um procedimento de conciliação e criou um mecanismo de liquidação simplificado, sendo de sublinhar que o *procédure de sauvegarde* se destina a ser desencadeado antes da rutura financeira e não acarreta a alteração da administração da empresa, pois o administrador a cuja nomeação há lugar tem apenas funções de acompanhamento e supervisão.

Passemos ao nosso país. Nos limites das nossas fronteiras, o papel que assinalai ao *Code de Commerce* para o conjunto da família romano-germânica coube ao Código de Ferreira Borges, de que transcreverei cinco preceitos reveladores:

⁷ Uso o citado livro de PHILIPPE DELEBECQUE e MICHEL GERMAIN, completado por um de J.-P. SORTAIS intitulado *Entreprises en Difficulté : Les Mécanismes d'Alerte et de Conciliation*, Paris, L.G.D.J., 2010, e por dois livros editados por *La Revue Banque* em 1985: *Difficultés de L'Entreprise Le Règlement Amiable*, de JEAN-LOIS RIVES-LANGE, e *Le Droit des Entreprises en Difficulté*, de DIDIER MARTIN.

Código Comercial Português de 1833

«1121. Diz-se negociante quebrado aquelle que por vicio da fortuna ou seu, ou parte da fortuna e parte seu se acha inhabil para satisfazer a seus pagamentos, e abandona o commercio.»

«1132. O falido fica inhibido *pleno jure* da disposição de seus bens desde o dia, em que se proferir a sentença da abertura da quebra.»

«1202. Não havendo concordata os credores presentes à assemblea formarão á pluralidade individual de votos um *contracto d'união*: e nomearão um ou mais administradores encarregados de liquidar a massa nos termos da secção seguinte, e a quem o curador fiscal dará conta da sua gestão na presença do juiz commissario.»

«1205. Os administradores da quebra são os representantes da massa dos credores.»

«1207. Os administradores da quebra sem necessidade d'outro algum titulo mais do que o *contracto d'união* procederão á venda dos bens de raiz, e das mercadorias e bens moveis do quebrado, e liquidação de suas dividas activas e passivas: tudo de baixo da fiscalização do juiz commissario, e sem necessidade d'audiencia do falido.»

Vale a pena notar que, durante a vigência do diploma, havia já a consciência de que a falência era um mal a evitar, sempre que possível. Ilustrando isso, cite-se Diogo Forjaz de Sampaio:

«O commerciante, que deixa de pagar a seus credores, tendo meios com que sem muita demora possa satisfazer-lhes, não deve dizer-se falido. (...) Nem é do interesse dos credores nem do commercio considerar falido um commerciante só porque não poudo cumprir algumas de suas obrigações, tendo aliás meios para pagar dentro em pouco. Pela fallencia como que se quebra uma roda no gyro commercial, produzindo abalo, que de necessidade hade affectar mais ou menos o commercio. A declaração de fallencia influe no credito do commerciante, e o descredito d'este no interesse dos credores e do publico mercantil. Nas relações de credor e devedor, em que todos os commerciantes, mais ou menos, se acham uns para com outros, e na mutua dependencia em que este estado os constitue, a declaração official de fallencia é sempre um abalo, que demora o gyro do commercio, põe de sobre aviso o publico, suspende transacções principiadas, e afugenta capitães. A precipitação pode trazer funestos effeitos. A prudencia dos credores e o seu próprio interesse são o melhor conselheiro em crises d'esta natureza. (...) Apressar a declaração da quebra é muitas vezes aggravar o mal.»⁸

⁸ DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações ou Synthese Annotado do Codigo do Commercio*, tomo II, nova edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1875, pp. 308 e 309.

Não menos interessante é lembrar o que a lei que, entre nós, «liberalizou» a constituição das sociedades anónimas dispunha sobre a matéria:

Lei portuguesa de 22 de junho de 1867 sobre sociedades anónimas

«Artigo 43º – As sociedades anonymas, quando sem justa e legitima causa houver cessação de pagamentos, podem ser declaradas em estado de fallencia, a requerimento d'um ou mais credores.

§ 1º – A liquidação do activo e passivo d'estas sociedades, no estado de fallencia, será feita nos termos da secção X d'esta lei, com a excepção de que **os liquidatários serão nomeados em numero egual pelas mesmas sociedades e pelos credores.**

§ 2º – Á concordata, contracto de união e moratoria, serão applicadas as disposições do código do commercio.»

A parte que marquei a *bold* mostra um desvio relevante da lei, relativamente ao regime comum da falência então em vigor, sendo talvez este o momento azado para dizer que em França se chegou a pôr em dúvida que as sociedades anónimas pudessem ser declaradas falidas⁹.

O Código de Veiga Beirão renovou o regime da falência. Para o que nos interessa aqui, vale a pena destacar os seguintes preceitos:

Código Comercial Português de 1888

«Art. 701º Da administração dos bens do falido e da liquidação e gerencia do seu comércio deverá o tribunal encarregar pessoa idónea, logo que declare a quebra.

§ único. O administrador pôde praticar todos os actos de administração geral, ficando, porém, sempre dependente da expressa resolução do tribunal a concessão de quaisquer poderes especiaes.»

«Art. 700º A declaração da quebra opéra immediatamente a interdição civil do falido pelo que respeita aos seus bens havidos ou por haver.

§ 1º A incapacidade do falido é suprida pelo administrador e curadores fiscaes, que o ficam representando em juizo e fóra d'ele para todos os efeitos, excepto quanto ao exercicio dos seus direitos exclusivamente pessoaes ou estranhos à falencia.

⁹ «Question. *Une société anonyme* (art. 29) peut-elle être mise en faillite ? La cour de Paris a jugé l'affirmative par le motif que les termes et l'esprit de l'art. 437 s'appliquent aux sociétés commerciales comme aux particulières, et ne permettent pas d'admettre une exception en faveur des sociétés anonymes, etc. (Arrêt du 27 nov. 1852. Sir. 51, II, 662); mais comme dans les sociétés anonymes il n'y a pas de personne faillie, les gérants existant seuls dans ces sociétés, la faillite n'est qu'une liquidation judiciaire où l'on observe toutes les formalités relatives aux biens, sans avoir égard à celles qui regardent la personne faillie (art. 517)» (J.-A. ROGRON, *Code de Commerce Expliqué*, 11^e ed., Paris, Henri Plon, 1868, vol. II, p. 865).

§ 2º Conjuntamente com o administrador e curadores fiscaes deverá ser sempre demandado o falido, o qual, além disso, tem direito a ser ouvido em todas as alienações voluntárias, transacções e acordos que hajam de ser feitos.»

«Art. 730º *Antes da declaração da quebra, ou depois, e em qualquer estado dela, podem conceder moratória ou fazer outra qualquer concordata com o devedor os legítimos credores dêle, em número não inferior a dois terços dos não privilegiados nem preferentes, representando dois terços, pelo menos, da totalidade dos créditos também não privilegiados nem preferentes.*

(...)»

Do Código Comercial de 1888 ao Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho

A meu ver, embora com alterações formais, o essencial das regras de 1888, na parte que nos interessa, manteve-se até 1986¹⁰, sendo o seu conteúdo reproduzido no Código das Falências de 1899, no Código de Processo Comercial de 1905, no Código de Falências de 1935¹¹ e no CPC de 1939, seja no seu texto primitivo, seja nos textos saídos das reconfigurações de 1961 e de 1967. É certo que a versão de 1961 acrescentou alguma ênfase aos meios preventivos da falência¹², mas não partilho a opinião de que ela tenha consagrado o regime de «falência saneamento»¹³.

Em todos esses diplomas, a regra era a de a declaração de falência retirar a administração da massa ao falido, mas existia a concordata (em sentido amplo, abrangendo a moratória), quer como meio preventivo quer como meio sus-

¹⁰ Entre 1888 e 1986, as duas inovações de maior vulto na área dos regimes insolvenciais terão sido o acordo de credores (criado pela Lei das Sociedades por Quotas de 1901, depois recolhido no Código de Processo Comercial de 1905, de onde passou para o Código das Falências, tendo deste passado para o CPC) e a insolvência dos não comerciantes (criada pelo Decreto 21.758, de 22 de outubro de 1932, depois recolhida no CPC), mas tais figuras não interessam ao tema tratado neste escrito.

¹¹ Que aperfeiçoou formalmente as regras que recebeu dos diplomas anteriores.

¹² Ênfase adicional essa consistente em, na falência por apresentação, a sentença de declaração da falência ser necessariamente precedida de uma assembleia de credores destinada a discutir propostas de concordata ou de acordo de credores (arts. 1152 a 1173 do CPC de 1961 – cujo sentido geral foi sublinhado no nº 32 do preâmbulo do Decreto-Lei 44.129, de 28 de dezembro de 1961, que o aprovou).

¹³ Opinião essa exprimida por LUÍS CARVALHO FERNANDES («O Código da Insolvência e da Recuperação de empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, vol. I, pp. 1190 e ss.), com a adesão de LUÍS MENEZES LEITÃO (*Direito da Insolvência*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 66) e de CATARINA SERRA (*A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 198). Em sentido semelhante ao defendido no texto, v. ABÍLIO MANUEL DE ALBIDA MORGADO, «Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência – Uma Apreciação do Novo Regime», in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 370, abril-junho 1993, p. 58.

pensivo da falência, possibilitando sempre que a administração da empresa se mantivesse nas mãos do comerciante em dificuldades¹⁴.

A orientação de todos esses diplomas, na matéria em causa, terá sido a sintetizável com as seguintes palavras do preâmbulo do Código de Falências de 1935¹⁵:

«Já se acentuou que o regime de falência do comerciante é dominado pela ideia de obter o menor prejuízo para aqueles que pelo desastre são atingidos e que a escolha do caminho a seguir pertence aos que a força das circunstâncias obrigou a associarem-se, mas não inteiramente, a eles. O Estado tem igualmente o direito de intervir. A associação dos interessados funciona, é certo, como uma sociedade, como se aqueles constituíssem um grupo de comproprietários, mas, como é imposta a todos os seus membros, agindo e tomando deliberações sem o acordo de todos, é de exigir, por isso, que as deliberações sejam justas e convenientes. Mas nem só esta razão justifica a intervenção do Estado na concordata. Há também que contar com o interesse do público, ao qual não pode ser indiferente a causa do desastre e as condições em que o restabelecimento de uma empresa em falência se vai fazer. Nem todos os comerciantes atingidos pela falência merecem ser amparados, e o amparo àqueles que o não merecem não convém à economia pública.»

Nalguma doutrina, o problema da continuação da atividade da empresa, mesmo no quadro da falência, por meio dos órgãos encarregados da administração da massa falida, também era focado, como resulta do seguinte extrato do *Manual de Direito das Falências* de Pedro de Sousa Macedo¹⁶:

«Um dos primeiros problemas que se pode pôr no exercício da administração, por vezes exigindo uma rápida resolução, é o da continuação da actividade da empresa. Pode assim acontecer porque a laboração é lucrativa. Nesta hipótese a solução mais conveniente residirá no arrendamento. Mas há casos em que o arrendamento não é viável por ser deficitária a exploração. Porém, a suspensão da actividade da empresa importará grave prejuízo por ter como consequência a perda de licenças de fabrico, contratos de fornecimento, concessões ou outras vantagens similares.

Encontramo-nos, assim, perante o problema já estudado da continuação do comércio.»¹⁷

¹⁴ Para a exposição do regime da concordata no CPC de 1939, v. ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1982 (reimpressão do original de 1956), pp. 344 e ss.

¹⁵ Aprovado pelo Dec.-Lei 25.981, de 26 de outubro de 1935 (as palavras transcritas são do seu nº 23).

¹⁶ Vol. II, Coimbra, Almedina, 1968, pp. 280 e 281.

¹⁷ Com estas últimas palavras, o Autor estaria a fazer referência ao que tinha escrito a pp. 14 e 15 do vol. I da obra em causa.

O 25 de Abril de 1974 trouxe vários regimes – quer de natureza administrativa, quer de natureza contratual – de intervenção em «empresas em dificuldades»¹⁸. Não vale a pena agora recordá-los, embora de alguns deles ainda se possam tirar ensinamentos, nomeadamente por permitirem que a gestão dessas continuasse a ser feita pelos mesmos gestores.

O pensamento português em matéria de falência na primeira metade dos anos oitenta do século XX pode ser retratado por meio dos seguintes trechos, o primeiro de um jurista que foi várias vezes Ministro da Justiça e o segundo de um académico de grande prestígio:

Extrato de discurso de Mário Raposo, Ministro da Justiça, em 26.11.1980

«(...) Não creio que, por falta de coordenação de actuações, continue sem se efectivar o “despiste” de graves anomalias do nosso ordenamento jurídico, ou por omissão ou por declarada e incompatível senectude.

A título de rápida *amostragem* apontarei dois exemplos.

(...)

O outro exemplo – este agora não de *omissão* mas de *incomportável senectude* do nosso sistema jurídico – estará no *direito das falências*. Tal como entre nós está figurado, o instituto falimentar é uma forma expedita e quase *fatal* de destruir empresas (mesmo aquelas que merecessem ser conservadas, vencida que fosse a sua situação de crise), de prejudicar os credores, a começar pelos próprios empregados, e de afectar o correcto funcionamento do mercado e o interesse da economia. Não poderão ser escamoteadas as dificuldades de percurso na renovação do instituto, o que não se deverá, por certo, é nem sequer se encetar o percurso, por ele não ser agradável de percorrer.»¹⁹

**Extrato do verbete Falência da Polis, da autoria de V. G. Lobo Xavier
(inícios de década de 1980)²⁰**

«Na medida em que a F. atinja o titular de uma empresa, compreende-se que haja particular necessidade de encarar o instituto não somente como instrumento de protecção dos credores mas também pelo prisma da sua repercussão na economia geral. Sob este aspecto, a F. foi até há pouco entendida apenas como meio de sanear a vida económica através da eliminação de comerciantes desonestos, negligentes ou incapazes. Mais modernamente passou a atender-se à incidência da que-

¹⁸ A principal bibliografia sobre o assunto é composta pelos manuais de Direito Económico surgidos a partir dos finais dos anos 70.

¹⁹ BMJ, nº 300, Novembro 1980, pp. 8 e 9.

²⁰ *Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado* (1ª ed), vol. II, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1984, p. 1363.

bra nos variados interesses (*maxime* dos trabalhadores e da economia nacional), distintos do interesse dos credores, que se ligam à subsistência da empresa em causa, preconizando-se a conciliação de uns e de outros. Nesta linha, a reforma francesa de 1967 veio acentuar fortemente a componente publicística do instituto, permitindo, em certos termos, que os tribunais decidam, neste domínio, na base de um juízo sobre a viabilidade económica da empresa. Também em Portugal diplomas recentes têm atendido ao interesse da subsistência da empresa, obstando, nesta perspectiva, à declaração de F. – embora tão-só para empresas em condições muito especiais –, com eventual sacrifício dos próprios interesses dos credores.»

A mudança do regime geral português no sentido do primado da recuperação sobre a liquidação resultou do Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho, como os seguintes extratos do seu preâmbulo explicaram:

**Extrato do preâmbulo do Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho,
que criou um processo de recuperação de empresas em situação de falência**

«(...)Está demonstrado o artificialismo de soluções que convoem para uma tabelar intervenção estatal a possível recuperação de empresas.

(...)

Acresce que, noutra perspectiva, não menos significativa, a empresa não constitui apenas o instrumento jurídico da actividade lucrativa dos sócios, nem uma fonte abastecedora da remuneração dos trabalhadores; isto muito embora qualquer dessas vertentes seja justificadamente fundamental. Ela é, também, com maior ou menor preponderância, uma peça do equipamento produtivo nacional e um decisivo elemento quer da economia regional quer da vida local. Por assim ser, a eliminação judicial da empresa representa, as mais das vezes, quando evitável, uma verdadeira agressão ao equilíbrio social, de que o Estado não se poderá desinteressar.

(...)

Dá a pertinência da introdução, no ordenamento jurídico português, com carácter sistematizado e coerente, de um direito pré-falimentar, intencionalizado à recuperação da empresa e à adequada protecção dos credores; com isto se tutelam, obviamente, os interesses dos trabalhadores (...).»

As modalidades do processo de recuperação então instituídas eram as tradicionais concordata e acordo de credores (na fase preventiva), a que se somava a gestão controlada²¹.

²¹ Sobre o Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho, escreveu-se bastante, sendo de destacar o texto precursor de ARMINDO RIBEIRO MENDES, «Processo de Recuperação de Empresas em Situação de Falência», in *Revista da Banca*, n.º 1, janeiro/março 1987, pp. 67 e ss.

Quer o acordo de credores quer a gestão controlada implicavam tendencialmente, mas não necessariamente, o afastamento dos anteriores gestores: o acordo de credores porque implicava a constituição de uma nova sociedade (arts. 26 e ss.) e a gestão controlada porque implicava uma nova administração (arts. 3º, nº 2, alínea m), e 33, nºs 1 e 2).

O CPEREF articulou o processo de recuperação com o processo de falência e renovou os dois²². Vejamos uma passagem do preâmbulo do diploma que o aprovou, que ilustra isso:

Extrato do preâmbulo do Dec.-Lei 132/93, de 23 de abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência

«Esta imperiosa necessidade de distinguir, a propósito de cada empresa cuja insolvência seja reconhecida em juízo, entre as que podem e as que não podem, na prática, ser consideradas economicamente viáveis, obrigou o legislador a aproximar o processo especial de falências, onde fatalmente hão-de cair as devedoras que nenhuma expectativa séria de salvação oferecem aos seus credores.

E, além da aproximação entre os dois processos especiais, estreitamente ligados entre si pela função capital de cada um deles, sentiu-se ainda a necessidade de rever alguns dos pontos mais importantes do actual processo de falência, à luz das realidades da política económica comunitária.

Esses são, de facto, os dois objectivos fundamentais do diploma legislativo no qual se consagra a nova disciplina dos dois processos especiais estreitamente ligados entre si:

(...)

Assim se explica, aliás, que, não contente com a reunião no mesmo diploma dos dois processos funcionalmente afins e com a fácil circulação estabelecida entre uma e outra das providências executivas, o presente diploma afirme, em termos categóricos, a prioridade do regime de recuperação sobre o processo de falência conducente à extinção definitiva da empresa devedora.»

No âmbito do CPEREF, havia que distinguir entre a fase inicial do processo e a subsequente à adoção de uma medida de recuperação:

²² Sobre as inovações do CPEREF relativamente ao Dec.-Lei 178/86, de 2 de julho, são de destacar os textos de ABÍLIO M. DE ALMEIDA MORGADO, JOSÉ DE SOUSA DE MACEDO, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, ANTÓNIO SILVA RITO e ANTÓNIO DE CAMPOS publicados na *Revista da Banca*, nº 27, julho-setembro 1993.

- Nesta, a possibilidade de a gestão da empresa em dificuldades ser mantida era inerente a duas das medidas de recuperação²³ (a concordata²⁴ e a reestruturação financeira) e era parcialmente possível numa terceira (a gestão controlada²⁵).
- Naquela, o gestor judicial nomeado no despacho que determinava o prosseguimento da ação de recuperação de empresa tinha sempre poderes para «orientar a administração da empresa» mas não substituiu os titulares do órgão da administração, salvo se isso fosse determinado pelo tribunal²⁶.

O Procedimento da Conciliação

O movimento de desjudicialização da recuperação de empresas, iniciado com medidas esparsas no período posterior à revolução de 1974, foi retomado e sistematizado pelo Dec.-Lei 316/98, de 20 de outubro²⁷, que criou o procedimento de conciliação extrajudicial sob a égide do IAPMEI (que alguns designaram «PEC», acrónimo de «procedimento extrajudicial de conciliação»)

O seu preâmbulo sintetiza o seu objetivo e os seus meios:

«A experiência tem mostrado que, em número significativo de casos, o consenso entre os interessados na recuperação de empresas em dificuldades pode alcançar-se pela intervenção mediadora de uma entidade pública.

O presente diploma proporciona esse tipo de intervenção, atribuindo-a ao Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI), que para o efeito se mostra particularmente vocacionado.

Cria-se um procedimento de conciliação, simples e flexível, em que se reserva, intencionalmente, ao IAPMEI o papel de condução de diligências extrajudiciais, sempre no respeito da vontade dos participantes, recusando-lhe quaisquer poderes sancionatórios ou coercivos.

²³ Inicialmente, o CPEREF previa como medidas de recuperação a concordata, o acordo de credores, a reestruturação financeira e a gestão controlada (ou seja, acrescentou a reestruturação financeira às três medidas previstas no Dec.-Lei 177/86, de 2 de julho). O Dec.-Lei 315/98, de 20 de outubro, que introduziu múltiplas alterações no CPEREF, substituiu a designação «acordo de credores» pela de «reconstituição empresarial». Sobre o tema, v., além da bibliografia indicada na nota anterior, J. M. COUTINHO DE ABREU, «Providências de Recuperação de Empresas e Falência (Apontamentos de Direito Português)», in *Boletim da Faculdade e Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 107 e ss.

²⁴ Art. 68 do CPEREF.

²⁵ Art. 104, n.º 1, do CPEREF.

²⁶ Arts. 28 e 35 do CPEREF.

²⁷ Na mesma data em que o já referido Dec.-Lei 315/98 procedeu a uma revisão geral do CPEREF.

Dispõe-se ainda sobre a coordenação entre o procedimento de conciliação e o processo judicial de recuperação da empresa que se encontre pendente.»

Era conatural ao PEC a manutenção dos gestores da empresa em dificuldades.

3. O regime de atribuição da administração ao insolvente consagrado no CIRE

O CPEREF era, no essencial, uma boa lei (sobretudo antes das alterações que lhe foram feitas em 1998). Os dez anos de vida que levava em 2003 mostravam isso mesmo, embora também mostrassem que precisava de «retoques».

No entanto, a tendência dos políticos para a legiferomania manifestou-se na área em causa, originando o CIRE, baseado na ideia de que era necessário afastar a (alegada) «ideia errónea afirmada na actual lei, quanto à suposta prevalência da via de recuperação de empresa» (nº 6 do preâmbulo do Dec.-Lei 53/2004, de 18 de março).

Ao impor, sob influência da *Insolvenzordnung* de 1994, a declaração de insolvência como passo necessário e prévio a qualquer medida de liquidação consensual ou de recuperação, o CIRE não rompeu só com o CPEREF, alterou também os quadros tradicionais, nomeadamente a possibilidade de concordata preventiva.

No entanto, ainda seguindo o modelo alemão, a imposição da declaração de insolvência como passo necessário e prévio a qualquer medida de liquidação consensual ou de recuperação foi acompanhada da admissão da administração de empresa pelo insolvente e da regulação pormenorizada dessa possibilidade – sendo de sublinhar que, nessa parte, a lei alemã, por sua vez, se inspirou na figura do *debtor in possession* prevista no *chapter 11* do *Bankruptcy Act* norte-americano a partir da reforma de 1978²⁸.

Essas regras permanecem em vigor. Vou lembrá-las, de modo que tentarei seja, ao mesmo tempo, esquemático e completo²⁹:

²⁸ Para a exposição desse regime, v. www.uscourts.gov/FederalCourts/BankruptcyBasics/Chapter11.aspx.

²⁹ Para outras exposições do regime em causa, v. LUÍS CARVALHO FERNANDES, «A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor», in *Themis*, edição especial, *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 81 e ss., FÁTIMA REIS SILVA, «Dificuldades da Recuperação de Empresas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», in *Miscelâneas*, nº 7, Coimbra, IDET/Almedina, 2011 (obra coletiva), pp. 167 e ss., e CATARINA SERRA, *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei nº 16/2012 ao Código da Insolvência* (inédito que será publicado nos *Estudos em Homenagem a José Lebre de Freitas*, a que tive acesso por gentileza da Autora), nºs 3 e 4.

Autoria e momento do ato de atribuição da administração ao insolvente (art. 224, n.ºs 1 e 3)³⁰

- *Autoria*: o n.º 1 do art. 224 estabelece que «na sentença declaratória da insolvência o juiz pode determinar que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor». O n.º 3 do mesmo artigo estabelece que a administração da massa insolvente também é confiada ao devedor «se este o tiver requerido e assim o deliberarem os credores na assembleia de apreciação do relatório ou em assembleia que a preceda ...», o que coloca a dúvida de saber se neste caso a atribuição da administração ao devedor também depende de ato do juiz. A meu ver, a lógica sistémica, incluindo o paralelismo com art. 228, n.º 1, alínea b), aponta no sentido de ser sempre necessário ato do juiz;
- *Momento*: consoante resulta do que acabo de escrever, dos dois referidos números do art. 224 resulta que o momento do ato de atribuição da administração ao insolvente é o da sentença declaratória da insolvência ou o da deliberação da assembleia de credores tomada na reunião de apreciação do relatório do administrador de insolvência ou em reunião que a preceda (*rectius*, por força da interpretação acabada de defender, do despacho que homologue tal deliberação).

Pressupostos da atribuição da administração ao insolvente (art. 224)³¹

A atribuição da administração ao insolvente depende sempre de requerimento deste - o que é, pois, um pressuposto omnipresente da mesma. A atribuição na sentença declaratória da insolvência depende de três outros pressupostos. No caso de atribuição resultar de deliberação dos credores, nada mais é necessário. Assim, os pressupostos são:

- Requerimento do devedor (art. 224, n.º 2, alínea a)
e
- Apresentação de plano de insolvência que preveja a continuação da exploração da empresa pelo insolvente (art. 224, n.º 2, alínea b)
e
- Ausência de receio de desvantagens para os credores (art. 224, n.º 2, alínea c)
e
- Acordo do requerente da insolvência, quando o requerente não seja o devedor (art. 224, n.º 2, alínea d)
ou
- Requerimento do devedor e deliberação dos credores (art. 224, n.º 3).

³⁰ Inspirado nos primitivos § 270 (1) e § 271 da *Insolvenzordnung*.

³¹ Inspirado no primitivo § 270 (2) da *Insolvenzordnung*.

Efeitos do ato de atribuição da administração ao insolvente (art. 225)

- Não liquidação (art. 225);
- Eventual devolução de poderes de administração retirados pela sentença declaratória da insolvência (caso a atribuição da administração ao insolvente não tenha sido feita na sentença de declaração da insolvência);
- Eventual «desapreensão» de bens (caso a atribuição da administração ao insolvente não tenha sido feita na sentença de declaração da insolvência e apreensão já tenha tido lugar);
- Eventual «desapreensão» dos elementos da contabilidade (caso a atribuição da administração ao insolvente não tenha sido feita na sentença de declaração da insolvência e apreensão já tenha tido lugar).

Poderes do insolvente administrador

- Regra principal: os poderes de administração do devedor mantêm-se como se a insolvência não tivesse sido declarada (art. 224, n.ºs 1 e 3, e art. 226, *a contrario*);
- Limitações à regra principal: as resultantes dos poderes do administrador da insolvência (a seguir referidos);
- O art. 226, n.º 5, que estabelece que incumbe ao devedor exercer os poderes conferidos ao administrador da insolvência no capítulo III do título IV suscita perplexidade: aparentemente, o capítulo III do título IV não atribui quaisquer poderes ao administrador da insolvência³²!

Poderes do administrador da insolvência (art. 226)³³

- Fiscalizar a administração (art. 226, n.º 1);
- Propor a cessação da administração pelo insolvente (art. 226, n.º 1);
- Tomar a seu cargo recebimentos e pagamentos em dinheiro (art. 226, n.º 3)³⁴;

³² V. LUIS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2008, p. 752, FÁTIMA REIS SILVA, «Dificuldades da Recuperação de Empresas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», in *Miscelâneas*, n.º 7, Coimbra, IDET/Almedina, 2011 (obra coletiva), p. 168, e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 242.

³³ Inspirado nos primitivos § 275 e 277 da *Insolvenzordnung*.

³⁴ LUIS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 751) e FÁTIMA REIS SILVA (*Dificuldades da Recuperação de Empresas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, cit., p. 168) entendem que cabe ao juiz autorizar o exercício deste poder, opinião que, na ausência de base textual, tenho dificuldade em partilhar.

I CONGRESSO DE DIREITO DA INSOLVÊNCIA

- Aprovar previamente atos de administração extraordinária pelo insolvente (art. 226, nº 2, alínea b);
- Aprovar previamente outros atos do insolvente que o juiz o determine (art. 226, nº 4);
- Opor-se à prática de actos de gestão corrente pelo insolvente (art. 226, nº 2, alínea a);
- Instrumentais, *v.g.* examinar elementos da contabilidade (art. 227, nº 7).

Remuneração (art. 227)³⁵

- Insolvente pessoa coletiva (art. 227, nº 1): mantém-se as remunerações dos administradores e membros dos órgãos sociais;
- Insolvente pessoa singular (art. 227, nº 2): «assiste-lhe o direito de retirar da massa os fundos necessários para uma vida modesta dele próprio e do seu agregado familiar, tendo em conta a sua condição anterior e as possibilidades da massa».

Pressupostos da cessação da administração pelo insolvente (art. 228)³⁶

- Requerimento do insolvente (art. 228, nº 1, alínea a)
ou
- Deliberação da assembleia de credores (art. 228, nº 1, alínea b)
ou
- A pessoa singular titular da empresa ser «afetada» pela qualificação da insolvência como culposa (art. 228, nº 1, alínea c)
ou
- Receio de desvantagens para os credores suscitado por credor (art. 228, nº 1, alínea d)
ou
- Não apresentação do plano da insolvência ou não admissão, aprovação ou homologação do mesmo (art. 228, nº 1, alínea e).

Ato determinante da cessação da administração pelo insolvente (art. 228, nº 1, proémio)³⁷

- Decisão do juiz.

³⁵ Inspirado no primitivo § 278 da *Insolvenzordnung*, sendo, porém, de referir que a lei alemã mandava e manda aplicar aos titulares do órgão de administração das pessoas coletivas a regra estabelecida para as pessoas singulares, com a necessária adaptação.

³⁶ Inspirado no primitivo § 272 da *Insolvenzordnung*.

³⁷ Inspirado no primitivo § 272 da *Insolvenzordnung*.

Efeitos da cessação da administração pelo insolvente (art. 228, n.º 2)

- Apreensão dos bens;
- Prosseguimento do processo de insolvência.

Até agora, tanto quanto sei, não houve experiências suficientes de aplicação do regime que permitam fazer um balanço sobre a sua bondade. Desde que não se questione o enquadramento do mesmo (o que questiono...), ele parece, no geral, razoável. Subscrevo, porém, a crítica feita por Catarina Serra à referida regra segundo a qual o administrador da insolvência pode exigir que fiquem a seu cargo todos os recebimentos e pagamentos em dinheiro (art. 226, n.º 3)³⁸. O exercício de tal poder representa, a meu ver, uma verdadeira «moção de censura» aos administradores da empresa, que não pode deixar de ter consequências nefastas sobre ela.

4. Os acontecimentos de 2011/2012 e as leis recentes

O *Portugal Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* (adiante “MoU”), que formalizou os entendimentos entre o Governo Português, o FMI, o BCE e a Comissão Europeia acerca do programa de assistência financeira a Portugal, datado, na primeira versão, de 3 de maio de 2011, contém um puxão de orelhas implícito ao legislador do CIRE, nos seus parágrafos seguintes:

«Corporate and household debt restructuring framework

2.17. To better facilitate effective rescue of viable firms, the Insolvency Law will be amended by end November 2011 with technical assistance from the IMF, to, inter alia, introduce fast track court approval procedures for restructuring plans.

2.18. General principles on voluntary out of court restructuring in line with international best practices will be issued by end-September 2011.

2.19. The authorities will also take necessary actions to authorize the tax and social security administrations to use a wider range of restructuring tools based on clearly defined criteria in cases where other creditors also agree to restructure their claims, and review the tax law with a view to removing impediments to voluntary debt restructuring.

2.20. (...)

2.21. The authorities will launch a campaign to raise public and stakeholders awareness of the restructuring tools available for early rescue of viable firms through, e.g. training and new information means.»

³⁸ No já citado texto *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência* (inédito que será publicado nos *Estudos em Homenagem a José Lebre de Freitas*, a que tive acesso por gentileza da Autora), n.º 3.1.2.

Embora, muito provavelmente, os técnicos do FMI, do BCE e da Comissão Europeia, ao referirem as «international best practices» estivessem a pensar em regras do mundo de língua inglesa e nos modelos elaborados por instituições internacionais³⁹, de resto já sugeridos a outros países⁴⁰, a verdade é que, no essencial, o MoU preconizava um regresso ao passado (do nosso país).

O primeiro ato de execução do acordado foi a Resolução do Conselho de Ministros 43/2011, de 29 de setembro⁴¹, texto enunciador de princípios cuja vinculatividade para os cidadãos resulta de outras fontes, nomeadamente de normas remissivas posteriores, como as que adiante referirei⁴².

O segundo ato de execução do MoU foi a Resolução do Conselho de Ministros 11/2012, de 19 de janeiro⁴³, que criou o «Programa Revitalizar».

A tais atos, essencialmente programáticos, seguiram-se as alterações ao CIRE e ao procedimento extrajudicial de conciliação: a primeira levada a efeito pela Lei 6/2012, de 20 de abril, e a segunda pelo Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto.

No que respeita às alterações ao CIRE pela Lei 16/2012, de 20 de abril, a mais emblemática será a introduzida no seu art. 1^o⁴⁴, mas a mais relevante é a da criação do «processo especial de revitalização» («PER») – embora o mesmo

³⁹ Como, por exemplo, os *Orderly & Effective Insolvency Procedures* do Fundo Monetário Internacional (1999), os *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems* do Banco Mundial (abril 2001) e o *Legislative Guide on Insolvency Law* da Uncitral (partes I e II de 2004 e parte III de 2010) – disponíveis nos sites dessas organizações.

⁴⁰ Sobre o assunto, v. TERENCE C. HALLIDAY e BRUCE G. CARRUTHERS, *Bankrupt Global Lawmaking and Systemic Financial Crisis*, Stanford (EUA), Stanford University Press, 2009, em especial capítulos 3 a 7.

⁴¹ Publicada no Diário da República, 1^a série, de 25 de outubro de 2011.

⁴² Sobre a Resolução do Conselho de Ministros 43/2011 e as suas fontes de inspiração, v. CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 190 e ss., e BRUNO FERREIRA, «Mecanismos de Alerta e Prevenção da Crise de Devedor: em Especial a Recuperação Extrajudicial», in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012 (obra coletiva), pp. 248 e ss.

⁴³ Publicada no Diário da República, 1^a série, de 3 de fevereiro de 2012.

⁴⁴ Onde as palavras «o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista no plano de insolvência, que nomeadamente se baseia na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente» foram substituídas por «o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores» – passando, pois, o primado, que era da liquidação, a ser da recuperação.

pouco mais seja que uma versão *aggiornata* do processo de recuperação criado em 1986, reformado em 1993 e suprimido em 2004⁴⁵.

No que respeita às alterações ao procedimento extrajudicial da conciliação mantiveram-se as suas linhas gerais, sob um nome novo («Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial – SIREVE»)⁴⁶.

Não me é possível, aqui, analisar os regimes do PER e do SIREVE⁴⁷. Direi apenas que têm em comum serem orientados pelo primado da recuperação sobre a liquidação e, com relevo para o tema central desta intervenção, que, durante os procedimentos neles previstos, os gestores das empresas se mantêm em funções, ainda que com poderes limitados, pois:

- A lei manda aplicar, quer ao PER quer ao SIREVE, os princípios orientadores publicados em anexo à referida Resolução do Conselho de Ministros 11/2012, de 19 de janeiro (art. 17-D, n.º 10, do CIRE, na redação da Lei 16/2012, de 20 de abril, e art. 11, n.º 1, do Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto), entre os quais figura, como sexto princípio, um segundo o qual «Durante o período de suspensão, o devedor compromete-se a não praticar qualquer acto que prejudique os direitos e as garantias dos credores (conjuntamente ou a título individual), ou que, de algum modo, afecte negativamente as perspectivas dos credores de verem pagos os seus créditos, em comparação com a sua situação no início do período de suspensão»;
- No caso do SIREVE, a lei determina ainda que «até à extinção do procedimento e salvo tratando-se de atividade constante no seu objeto, a empresa fica impedida de ceder, locar, alienar, ou por qualquer modo onerar, no todo ou em parte, os bens que integram o seu património, sob pena de impugnação e invalidade, por parte dos credores prejudicados, dos atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos seus direitos» (art. 11, n.º 5, do Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto);

⁴⁵ Sobre o processo especial de revitalização, v. CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 175 e ss., e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, «O Processo Especial de Revitalização», in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012 (obra coletiva), pp. 257 e ss.

⁴⁶ Sobre o SIREVE, v. CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 27 e ss.

⁴⁷ Análise essa que, diga-se, pelo menos no plano da técnica legislativa, conduz necessariamente a juízos severamente críticos. Sirva de exemplo o lugar em que a Lei 16/2012 inseriu a previsão do despacho que dá início à intervenção judicial no PER: um número de um artigo epigrafado «requerimento e formalidades», número esse que se dirige primordialmente a atos a praticar pelo devedor (art. 17, n.º 3, alínea a).

- No caso do PER, (pode⁴⁸) haver lugar à nomeação de administrador judicial provisório, o que acarreta que o devedor fique impedido de praticar atos de especial relevo, tal como definidos no art. 161 do CIRE, sem prévia autorização daquele, a prestar em termos que lei regula com pormenor (arts. 17-C, n.º 3, alínea a), e 17-E, n.ºs 2 a 5, do CIRE).

A propósito do retorno ao passado do direito português, não posso deixar de notar que o direito alemão, que tanto inspirou o CIRE, sofreu em 2011 viragem de igual sentido. Para ilustrar isso, nada melhor do que traduzir os parágrafos iniciais do *press release* do Ministério da Justiça alemão, que anunciou a publicação da *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (lei para a facilitação da recuperação das empresas) de 7 de dezembro de 2011, publicada a 13 do mesmo mês e em vigor desde 1 de março de 2012:

«Com a lei hoje aprovada, a recuperação de empresas torna-se mais fácil e mais efetiva. Mais do que nunca, o direito da insolvência será no futuro dirigido para a recuperação de empresas, em vez de para a sua liquidação.

A lei visa dar um sinal de mudança para uma nova “cultura da insolvência”, a qual oferece às empresas capazes de sobreviver uma possibilidade de recuperação, mais forte do que antes. Até agora, a insolvência estava frequentemente ligada a derrotas pessoais e a fracassos económicos. No futuro, o processo de insolvência será mais previsível e mais efetivo para todos os interessados e oferecerá espaço para a continuidade das empresas recuperáveis e para a conservação dos postos de trabalho.»⁴⁹

⁴⁸ Não é claro que a lei imponha que, no PER, haja sempre lugar à nomeação de administrador judicial provisório. A letra do n.º 3 do art. 17-C (as palavras «devendo este nomear» e o facto de a remissão dele constante não abranger o art. 31) aponta nesse sentido, mas o paralelismo com o regime da insolvência e a forma verbal «haja» usada no n.º 6 do art. 17-D jogam em sentido oposto. O «guia rápido do PER» publicado *on line* pelo Ministério da Justiça (Direção-Geral da Política de Justiça), disponível, nomeadamente, no *site* do IAPMEI, dá por assente haver sempre lugar à nomeação de administrador judicial provisório.

⁴⁹ O original é o seguinte: «Mit dem heute verabschiedeten Gesetz werden Unternehmenssanierungen einfacher und effektiver. Das Insolvenzrecht ist künftig mehr denn je auf Sanierung statt auf Abwicklung von Unternehmen ausgerichtet. Das Gesetz wird zu einem Sinneswandel hin zu einer neuen “Insolvenzkultur” beitragen, denn es bietet überlebenschfähigen Unternehmen stärker als bisher eine echte Chance zur Sanierung. Bisher wird die Insolvenz häufig mit persönlichem Scheitern und wirtschaftlichem Versagen verbunden. Zukünftig wird das Insolvenzverfahren für alle Beteiligten planbarer und effektiver und bietet so den Rahmen für eine Fortführung sanierungsfähiger Unternehmen und den Erhalt von Arbeitsplätzen.» (disponível em www.insolvenzrecht.de/inhalte/nachrichten/gesetzgebung/bmj-neues-insolvenzrecht).

5. Considerações de política legislativa

Em matéria de administração da empresa pelo devedor, o caminho percorrido – *mais pelas leis do que pela prática* – desde o início do século XIX foi grande, mas é preciso ir mais longe. Defendo que:

- Não há razões que justifiquem presumir que as dificuldades das empresas se devem a gestão de má qualidade e muito menos a gestão ilícita;
- A cessação abrupta de funções pelos gestores de empresas em dificuldades agrava a situação dessas empresas;
- Não se justifica confiar a gestão das empresas aos administradores de insolvência antes de estarem esgotadas as possibilidades de entendimento entre elas e os seus credores, nem antes de os administradores de insolvência estarem preparados para assumir a gestão da empresa em causa;
- É necessário estimular as empresas em dificuldades a dialogarem com os seus credores muito mais precocemente do que o que é tradicional e continua a suceder (o diálogo deve ser estabelecido logo que se antevê a possibilidade de incumprimento⁵⁰);
- Esse diálogo deve ser feito preferencialmente fora dos tribunais (SIREVES são preferíveis a PERs);
- Seria útil fomentar que técnicos de várias especialidades e entidades de vária natureza se dedicassem ao papel de facilitadores do diálogo entre empresas em dificuldades e credores;
- Entre esses facilitadores podem estar os administradores de insolvência;
- Há que reintroduzir a proibição de arresto⁵¹ e de medidas afins contra empresas (fora do quadro da insolvência);
- Seria útil que fosse claramente definido quais as entidades públicas com competência para acordar a modificação de créditos públicos no âmbito de processos de recuperação ou de insolvência;
- Seria também útil que os bancos divulgassem quais os seus departamentos com competência para acordar a modificação dos seus créditos no âmbito de processos de recuperação ou de insolvência;
- A reversão contra os potenciais responsáveis subsidiários das execuções por créditos fiscais e parafiscais posteriores à apresentação à insolvência ou à recuperação não deve ser automática, devendo depender de um juízo substancial sobre a conduta desses potenciais responsáveis.

⁵⁰ Há quase 50 anos, PEDRO DE SOUSA MACEDO escreveu: «O óptimo seria verificar a situação do comerciante logo que deixe de cumprir, para evitar males piores» (*Manual de Direito das Falências*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1964, p. 15). A minha opinião é a de que o ótimo é fazer a verificação antes de haver incumprimento.

⁵¹ Sobre o assunto, remeto para o meu texto *Defesa da Proibição de Arresto contra Empresas*, que será publicado nos *Estudos em Homenagem a José Lebre de Freitas*.

Quem me está a ouvir não se deve enganar. O que preconizo não é a desresponsabilização dos gestores e muito menos das empresas, mas sim uma melhor responsabilização. Por isso, defendo que:

- Aos gestores das sociedades envolvidas em processos falenciais ou para-falenciais não deve ser aplicado o art. 64 do Código das Sociedades Comerciais⁵², mas uma outra norma que dê mais peso aos deveres para com os credores (e menos aos interesses dos sócios)⁵³;
- A pendência de um certo número de execuções, movidas por exequentes diversos, contra uma empresa deve obrigar à apresentação à insolvência ou à recuperação⁵⁴;
- As empresas que incorrem na previsão do art. 35 do CSC devem ser obrigadas, em alternativa à aprovação de algumas das medidas previstas no n.º 3 desse artigo, a aprovar em assembleia geral a justificação da desnecessidade de tais medidas.

Perante o que deixei escrito, não se estranhará que pense que as alterações feitas ao CIRE pela Lei 16/2012, de 20 de abril, e a substituição do PEC pelo SIREVE, operada pelo Dec.-Lei 178/2012, de 3 de agosto, têm aspetos positivos, mas são insuficientes. Ao que acresce que o decisivo é alterar a prática: uma empresa que admite dificuldades e quer dialogar com os credores não deve ser vista como tendo necessariamente de «ir à falência», nem como tendo necessariamente de mudar de gestores.

Setembro 2012
(revisto em dezembro de 2012)

⁵² A doutrina tem abordado o modo de aplicar o art. 64 nas vésperas da falência – o que é problema afim, mas não igual àquele a que me refiro (v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela Actuação na Proximidade da Insolvência de Sociedade Comercial», in *O Direito*, ano 142, I, 2010, pp. 81 e ss. [publicado também in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 293 e ss.], e PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 259).

⁵³ Os casos de comerciantes em nome individual reclamam norma diversa, mas afim.

⁵⁴ No já referido Dec.-Lei 21.758, de 22 de outubro de 1932 (art. 2º), e nas várias versões do CPC (art. 1356, item 1º, da versão do CPC de 1939 e art. 1314, alínea a), das suas versões de 1961 e de 1967), até ao CPEREF, a pendência de duas ou mais execuções não embargadas fazia presumir a insolvência dos não comerciantes. O preceito revogatório de tal norma foi o art. 9º do Dec.-Lei 132/93, de 23 de abril – diploma que aprovou o CPEREF.