

REVISTA DE DIREITO DAS SOCIEDADES



CIDPI Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa

ANO IX (2017) – NÚMERO 1
DIRETOR: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

CONSULTA PÚBLICA
PROGRAMA CAPITALIZAR

Resposta do
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Coordenadores

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO
ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

Investigadores

Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa
Prof.^a Doutora Adelaide Menezes Leitão
Prof. Doutor Rui Pinto
Prof.^a Doutora Ana Perestrelo de Oliveira
Prof.^a Doutora Maria Raquel Rei
Prof.^a Doutora Maria de Lurdes Pereira
Prof. Doutor A. Barreto Menezes Cordeiro
Prof. Doutor José Ferreira Gomes
Prof. Doutor Francisco Mendes Correia
Prof.^a Doutora Catarina Monteiro Pires
Prof. Doutor Diogo Pereira Duarte
Prof. Doutor David de Oliveira Festas
Dr.^a Ana Alves Leal
Dr.^a Cláudia Alves Trindade
Dr.^a Inês Palma Ramalho
Dr. João Serras de Sousa
Dr.^a Madalena Perestrelo de Oliveira
Dr. Miguel Brito Bastos



ALMEDINA

Alterações a introduzir no Processo Especial de Revitalização (17.º-A a 17.º-I)

SUMÁRIO: 1. Observações gerais. 2. Âmbito de aplicação: 2.1. Âmbito de aplicação subjetivo: do devedor à empresa; 2.2. Âmbito de aplicação objetivo: o controlo externo independente. 3. Início do processo. 4. Relações de domínio e de grupo.

1. Observações gerais

No prómio do Projeto de Decreto-Lei justificam-se as alterações propostas à disciplina do PER com os seguintes objetivos:

- (a) Apostar na “credibilização” desse processo “enquanto instrumento de recuperação”;
- (b) Reforçar a “transparência e a credibilização do regime”; e
- (c) Desenhar um “PER dirigido às empresas sem abandonar o formato para as pessoas singulares não titulares de empresas ou comerciantes”.

As duas ideias norteadoras da Proposta de Reforma – *credibilizar* o PER e reforçar a sua *transparência* – refletem um diagnóstico do legislador sobre a breve experiência de aplicação do PER (cinco anos) que impressiona e justificaria reflexão aprofundada sobre a eficiência e impacto das reformas legislativas.

Em todo o caso, sendo esses os principais objetivos das alterações legislativas propostas, ficou por empreender a reforma *de fundo* do estatuto dos administradores judiciais, que ainda que surjam no quadro legislativo como a figura central do PER, na prática, particularmente em processos de revitalização de especial complexidade, frequentemente não dispõem da formação jurídico-económica, dos incentivos remuneratórios, dos meios ou da experiência que seriam necessários para que pudessem assumir o relevo funcional que a lei lhes destina e que a prática reclama.

Não pode deixar ainda de criticar-se a oportunidade da Proposta de Reforma numa matéria de natureza sensível como o PER, particularmente quando em apenas 5 anos a disciplina desse processo já foi alterada uma vez

(ainda que cirurgicamente, com o Decreto-lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro) e se vislumbra no horizonte próximo o potencial impacto da Proposta da Comissão Europeia de Diretriz do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação e que altera a Diretriz 2012/30/UE.

A Proposta de Reforma abrange vários pontos da disciplina do PER e as medidas apresentadas são de relevo e mérito variáveis. Em balanço global, a maior parte das alterações constantes da Proposta de Reforma merece apreciação positiva.

Aplauda-se, em particular: (i) o disposto no artigo 17.º-E/7 (suspensão de prazos de caducidade e prescrição), 8 e 9 (serviços públicos essenciais); (ii) a obrigação da empresa de apresentação de uma proposta de plano de revitalização (artigo 17.º-C/3 c); (iii) o depósito da versão final da proposta de plano antes da votação, com contraditório e possibilidade de alteração (artigo 17.º-G/1 e ss.); (iv) a consagração da exceção ao prazo de 2 anos constante do artigo 17.º-G/6 verificadas as circunstâncias enunciadas no artigo 17.º-F/13; (v) a remissão do artigo 17.º-F/12 para o artigo 218.º/1 (incumprimento).

Mas crê-se que a Proposta de Reforma beneficiaria caso clarificasse a existência do dever de o administrador judicial provisório incluir na lista provisória de créditos não apenas os créditos reclamados, como todos os que fossem conhecidos por outra forma (remetendo-se para o artigo 129.º) de modo a que essa lista já refletisse, tanto quanto possível, o universo efetivo dos credores¹.

A apreciação do mérito de outras alterações constantes da Proposta de Reforma exige atenção mais detida: pronunciar-nos-emos, de seguida, sobre as medidas anunciadas em sede de âmbito de aplicação, início do processo e grupos de sociedades.

2. Âmbito de aplicação

2.1. Âmbito de aplicação subjetivo: do devedor à empresa

O artigo 17.º-A/1 do CIRE estabelece que “o processo especial de revitalização destina-se a permitir ao *devedor* que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente,

¹ Sobre esta questão cf. CATARINA SERRA, *O processo especial de revitalização na jurisprudência*, 2.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 68 ss.

mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização”.

Na Proposta de Reforma substitui-se *devedor* por *empresa*: abandona-se como referência do PER a ampla noção de devedor que consta da versão atual do CIRE e que remete para todos os sujeitos passivos da insolvência (artigo 2.º) e reserva-se o PER a *empresas* (artigo 1.º/2), definidas no artigo 5.º como “toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica”.

Devedores “de qualquer outra natureza em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente” – nomeadamente pessoas singulares que não sejam titulares de empresa – poderão “requerer ao tribunal processo especial para acordo de pagamento, previsto nos artigos 222.º-A a 222.º-I”.

Propõe-se, assim, o acolhimento, como referência para a delimitação do âmbito de aplicação do PER, da (latíssima) noção geral de *empresa* do CIRE², que abrange não apenas pessoas singulares e coletivas, como também sociedades, associações ou entidades sem personalidade jurídica, desde que, em qualquer um desses casos, exerçam uma atividade económica com substrato empresarial (sejam titulares de uma empresa), ainda que essa atividade não seja exercida a título profissional, nem revista natureza comercial³.

A proposta de circunscrição do âmbito de aplicação subjetivo do PER a empresas afigura-se positiva: clarifica o âmbito de aplicação subjetivo do PER e põe cobro à controvérsia atualmente existente sobre a matéria, indo ao encontro do entendimento sustentado pela jurisprudência dominante de que o PER não é aplicável a pessoas singulares que não sejam comerciantes, nem exerçam uma atividade económica empresarial⁴.

² Mais restritivamente, o artigo 2.º/5 do Decreto-lei n.º 178/2012, de 3 de agosto (“SIREVE”) estabelece que que, para efeitos desse diploma, “a noção de empresa abrange somente as sociedades comerciais e os empresários em nome individual que possuam contabilidade organizada”.

³ Cf., *inter alia*, RLx 14-abr.-2005 (Fátima Galante); RGM 8-jan.-2013 (Filipe Caróço) – disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴ Cf., *inter alia*, REv 10.-set.-2015 (Sílvio Sousa); STJ 10-dez.-2015 (Pinto de Almeida). Em sentido diverso, por exemplo, REv 9.-jul.-2015 (Conceição Ferreira) – disponíveis em www.dgsi.pt. Para mais referências v. CATARINA SERRA, *O processo especial de revitalização na jurisprudência*, 2.ª ed., cit., pp. 35 ss.

2.2. *Âmbito de aplicação objetivo: o controlo externo independente*

A Proposta de Reforma não altera o âmbito de aplicação *objetivo* do PER, que se anuncia ser aplicável à *empresa* que, “comprovadamente, se encontre”:

- (i) Em “situação económica difícil”; ou
- (ii) Em “situação de insolvência meramente iminente”
- (iii) Desde que, em qualquer um desses casos, a empresa “ainda seja suscetível de recuperação”.

A novidade da Proposta de Reforma reside antes na consagração de um sistema de controlo externo independente de verificação desses requisitos: a empresa deverá apresentar “declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, atestando que *não se encontra em situação de insolvência atual*, à luz dos critérios previstos no artigo 3.º” do CIRE (artigo 17.º-A/2).

A instituição de um sistema de controlo externo independente destina-se a evitar que o PER seja utilizado em incumprimento do dever de apresentação à insolvência, em particular como mecanismo dilatatório por devedores que já estejam nessa situação⁵. A anunciada disciplina do PER aproximar-se-á, assim, da linha adotada em sistemas continentais próximos do português, nomeadamente nos sistemas alemão (§ 270b (1) da *Insolvenzordnung*), espanhol (artigos 28 e 71 da *Ley Concursal*) e italiano (artigos 67 e 161 da *legge fallimentare*).

Se o propósito é meritório, a concretização ficou aquém do que seria desejável: o contabilista certificado ou ROC deverá certificar que a empresa “não se encontra em insolvência atual”, mas a lei não lhe exigirá que ateste a verificação dos requisitos positivos de recurso ao PER, isto é, que a empresa se encontra “em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente” e que é (ainda) suscetível de recuperação (artigo 17.º-A/1).

Contrariamente ao que se estatui em outros sistemas, comete-se ao contabilista certificado ou ROC uma declaração de mera apreciação negativa (de que a empresa “não se encontra em insolvência atual”), quando seria recomendável uma apreciação positiva de que a empresa se encontra em “situação económica difícil” ou “de insolvência meramente iminente”, podendo ser

⁵ Cf., por exemplo, RGM 20-fev.-2014 (Moisés Silva), disponível em www.dgsi.pt. No SIREVE reconhece-se ao IAPMEI a faculdade de proferir despacho de recusa de requerimento caso não estejam preenchidos os requisitos legalmente previstos (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de Agosto).

ainda recuperada. Nesse caminho de retorno à solução gizada no anteprojeto⁶, poderia admitir-se que o contabilista certificado ou o revisor oficial de contas não levassem a cabo essa apreciação, caso em que a sua declaração deveria ser complementada pela de (outros) profissionais qualificados e independentes com experiência em assuntos de insolvência⁷.

Acresce que o artigo 17.º-B do CIRE estabelece que para efeitos do CIRE “encontra-se em situação económica difícil o *devedor* [na sequência da Proposta de Reforma, a *empresa*] que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”, mas o CIRE não enuncia uma noção de insolvência iminente, divergindo, neste ponto, das suas congéneres alemã (§ 18 (2) da *Insolvenzordnung*) ou espanhola (artigo 2/3 da *Ley Concursal*).

Sendo certo que não cabe ao legislador enunciar todos os conceitos jurídicos operativos, afigura-se desadequada a orientação legislativa de definir duas das situações financeiras de referência (“situação económica difícil” e “insolvência”) deixando a terceira (a de “insolvência iminente”) na penumbra, particularmente quando (i) a situação económica difícil, a insolvência iminente e a situação de insolvência constituem três estádios (frequentemente sequenciais) de um mesmo processo de degenerescência da empresa e (ii) a noção de “insolvência iminente” é adotada em outros pontos do CIRE (artigos 3.º/4, 24.º/2, 105.º/5 b) e 224.º/4 do CIRE ou no novo artigo 222.º-A/1).

A doutrina tem procurado clarificar a noção de “insolvência iminente” e, noutros contextos, esse exercício seria suficiente⁸: contudo, neste caso, pelas razões enunciadas, a Proposta de Reforma poderia – e deveria – incluir no CIRE uma noção de “insolvência iminente” que servisse como critério na tarefa de apreciação positiva que enunciámos.

3. Início do processo

O artigo 17.º-C/1 do CIRE determina que o PER se inicia “pela manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, por meio

⁶ No anteprojeto deveria ser apresentada uma “declaração certificada por um técnico oficial de contas, ou sempre que legalmente a tal” estivesse obrigado “por revisor oficial de contas, independentes, que atestasse que [o devedor] reunia “as condições necessárias para a sua recuperação”.

⁷ Cf., por exemplo, a solução consagrada no § 270b (1) da *Insolvenzordnung*, onde se estabelece que o certificado poderá ser emitido por “eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation”.

⁸ Lúís PESTANA DE VASCONCELOS, *Recuperação de empresas: o processo especial de revitalização*, Coimbra, 2017, pp. 42-43; NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O processo especial de revitalização*, Coimbra, 2014, p. 22.

de declaração escrita, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da aprovação de um plano de recuperação”.

A solução atual tem sido criticada e por bons motivos: não distingue credores comuns e subordinados, nem fixa um montante de representatividade mínima dos créditos, permitindo que qualquer devedor procure resguardar-se da responsabilidade da iniciativa sob o manto do apoio que lhe seja concedido por um credor, ainda que subordinado⁹ e pouco representativo.

A Proposta de Reforma orienta-se no sentido correto: a abertura do PER deverá depender da concordância prévia de credores que não estando especialmente relacionados com a empresa, sejam titulares de, pelo menos 10% de créditos não subordinados (artigo 17.º-C/1), admitindo-se que o juiz possa reduzir esse limite de 10% nos termos previstos no artigo 17.º-C/5.

4. Relações de domínio e de grupo

Tem vindo a debater-se a admissibilidade do PER de grupo ou, mais concretamente, a admissibilidade de coligação inicial ativa de sociedades em relação de domínio e de grupo e a suscetibilidade de apensação de processos¹⁰.

Se as relações de mero domínio podem suscitar dúvidas, a consagração normativa de um PER de grupo – isto é, de um único processo em que fosse apreciada a revitalização de diversas sociedades do mesmo grupo – revestiria manifesta utilidade para os grupos de direito (particularmente para os grupos verticais), já que, não obstante o reconhecimento da autonomia de personalidade das sociedades em relação de grupo, em face das correlações jurídico-financeiras entre elas (desde logo, da profusão de garantias cruzadas e das responsabilidades da sociedade-mãe) e da estratégia comum que norteia (ou deve nortear) a sua direção económica unitária, poderá ser difícil (quando não mesmo impossível) discutir fundamentamente a recuperação dessas diversas sociedades sem considerar de forma unitária e integrada toda a realidade do grupo.

A edificação normativa de um PER de grupo obrigaria forçosamente ao reconhecimento de diversas especialidades, designadamente ao nível da iniciativa, da fixação do tribunal competente, da atuação do administrador judicial

⁹ Excetuando os credores de suprimentos: artigo 245.º/2, por maioria de razão (NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O processo especial de revitalização*, cit., pp. 27-28).

¹⁰ Contra: FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de Revitalização – Notas Práticas e Jurisprudência Recente*, Porto, 2014, p. 23. Favoravelmente: CATARINA SERRA, *O processo especial de revitalização na jurisprudência*, 2.ª ed., cit., pp. 42 ss.

provisório “do grupo”, da lista de créditos, do plano (ou planos) de recuperação e do procedimento de votação¹¹.

A Proposta de Reforma não vai tão longe: o proposto artigo 17.º-C/6 e 7 faz avanços quanto à apensação de processos, mas não dota a disciplina do PER das regras necessárias para que esse processo pudesse ser aplicável aos grupos com a amplitude que seria recomendável.

Professor Doutor David de Oliveira Festas, Investigador do CIDP

¹¹ CATARINA SERRA, *O processo especial de revitalização na jurisprudência*, 2.ª ed., cit., pp. 45-46.