

FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

I.º congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito
da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau

Coordenação:
MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS

FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Coordenação:

Miguel Pestana de Vasconcelos

I.º Congresso de Direito Comercial das Faculdades
de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e
de Macau

Edição:

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

<https://sigarra.up.pt/fdup>

Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto

Fevereiro de 2017

ISBN: 978-989-746-114-9

Edição Executiva:

OH! Multimedia

www.oh-multimedia.com

mail@oh-multimedia.com

Copyright © 2017

Todos os direitos reservados. Não é permitida qualquer reprodução ou retroversão, total ou parcial, desta obra sem prévia autorização escrita do Editor.

Sugestão de citação

Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Falência, Insolvência e recuperação de empresas- I.º congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau, Porto, FDUP, 2016.

Nota do Editor

O conteúdo desta publicação é da responsabilidade dos autores. Nem a FDUP, nem qualquer pessoa agindo em seu nome são responsáveis pelo uso que possa ser feito da informação contida nesta publicação. A FDUP não é responsável pelas hiperligações referidas nesta publicação.

Prefácio

O conjunto de artigos que agora se dá à estampa resultou das intervenções dos autores no I.º congresso de direito comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau, subordinado ao tema “Falência, insolvência e recuperação de empresas.”

Tratou-se de um evento conjunto das três Faculdades que teve lugar em julho de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Os organizadores foram o autor destas linhas, o Professor Doutor Francisco Satiro da Faculdade de Direito Universidade de S. Paulo e o Professor Augusto Teixeira Garcia da Faculdade de Direito Universidade de Macau.

A iniciativa visou comparar e partilhar experiências de diferentes áreas do direito da insolvência e recuperação de empresas nos três ordenamentos, de três continentes, tendo tido um amplo sucesso com uma muito elevada participação do público e um conjunto de debates vivos e enriquecedores.

O diálogo científico no âmbito comparado é central para o desenvolvimento da ciência do Direito. Ele permite cotejar as soluções normativas dos diversos sistemas, a doutrina e os desenvolvimentos jurisprudenciais, conduzindo, tanto a reponderações de problemas semelhantes, como a interpenetrações e influências recíprocas na feitura de novas leis.

A falência - que corresponde no atual sistema português à insolvência-liquidação - e a recuperação de empresas constituem um campo em que se justifica particularmente este diálogo, dada a sua ligação umbilical à vida económica e as suas constantes alterações.

Os interesses que aqui se cruzam, quais sejam a satisfação dos credores, e sua hierarquia, a concessão de uma segunda oportunidade ao devedor, e a procura de mecanismos que permitam a manutenção das empresas que, não obstante estarem insolventes, ou só em situação económica difícil, sejam economicamente viáveis e financeiramente recuperáveis, são articulados e valorados de forma diversa. Por vezes, em termos meramente conjunturais, alterando a lei de agulha de um momento para o outro, muitas vezes sem grande labor doutrinal subjacente.

O equilíbrio é especialmente delicado, exige orientações de política pública, e, o que não é menos, um apurado conhecimento da realidade económica e empresarial vigente.

E toca o investimento, tanto nacional, como internacional, que todos os Estados pretendem atrair e desenvolver. A ausência de proteção eficiente para os credores, em especial no que toca às suas garantias, retrai o investimento e a própria concessão de crédito, sem o qual não há vida económica. Mas, por outro lado, a existência de garantias, em particular se se permitir a sua execução fora do processo, atinge a posição dos credores comuns, em regra “credores fracos”.

Muito destes problemas foram debatidos, de forma viva e com especial interesse, no congresso; outros merecerão um desenvolvimento futuro, num próximo evento com esta natureza.

Porto, julho de 2016

Miguel Pestana de Vasconcelos

Índice

Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas, sob a perspectiva do direito brasileiro

Adriana Valéria Pugliesi

(pag. 7) ►

Extinção dos efeitos da falência em relação ao falido e direitos de credores

Augusto Teixeira Garcia

(pag. 30) ►

Recuperação extrajudicial de empresas

Fernando Silva Pereira

(pag. 65) ►

Controversy Arising From Chinese Court's Power to Conduct Substantive Consolidation in Bankruptcy

John Shijian Mo

(pag. 100) ►

A evolução histórica recente do regime do instituto da falência/insolvência

José António de Sousa Lameira

(pag. 119) ►

A evolução do regime dos créditos tributários na falência/insolvência e recuperação de empresas

Miguel Pestana de Vasconcelos

(pag. 130) ►

Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas*Paulo de Tarso Domingues*

(pag. 141) ►

Breves notas sobre a recuperação extrajudicial de empresas no Brasil*Sheila C. Neder Cerezetti*

(pag. 167) ►

Regime de insolvência e recuperação de empresa no Brasil. Especialmente a questão dos credores garantidos*Rodrigo Octávio Broglia Mendes*

(pag. 186) ►

A responsabilidade do administrador de insolvência*Tiago Azevedo Ramalho*

(pag. 199) ►

Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas, sob a perspectiva do direito brasileiro ¹

Adriana Valéria Pugliesi ²

Sumário:

(1) Introdução. (2) Limites da autonomia privada nos planos de reorganização na Lei n. 11.101/05. (2.1) A legitimidade da aprovação do plano pela maioria, a despeito de minoria dissidente ou de credores ausentes; e a preservação da empresa em confronto com o interesse dos credores. (2.2) A evolução da jurisprudência no TJSP e STJ. (3) Conclusão.

Resumo:

Os limites da autonomia privada nos planos de reorganização de empresas sob a ótica da Lei n. 11.101/2005, e a intervenção do Poder Judiciário no mérito dos planos.

Abstract:

The limits of private autonomy on companies' reorganizations plans from the perspective of Brazilian law n. 11.101/05, and the intervention of the judiciary courts on the merit of the plans.

1 Palestra proferida em 17/07/2014, no 1º Congresso de Direito Comercial entre Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Faculdade de Direito da Universidade de Macau, ocorrida na cidade do Porto, tendo como tema: Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas.

2 Advogada em São Paulo, graduada em 1989 pela *Universidade de São Paulo*. Mestre (2006) e Doutora (2012) em Direito Comercial pela *Universidade de São Paulo*. Professora no curso de pós-graduação em Direito Empresarial GV-LAW na FGV-Direito São Paulo.

1. Introdução

Não se pretende realizar uma digressão histórica do direito concursal brasileiro, mas não é possível enfrentar o tema da *delimitação da autonomia privada nos planos de recuperação de empresas* sem que se compreenda, ao menos em parte, o ambiente institucional do regime anterior, em contraste com o da lei vigente.

O DL n. 7661/45 vigorou por sessenta anos no direito brasileiro e disciplinou o direito da insolvência, ou da crise das empresas³, por dois institutos: a falência e a concordata.

A falência era um procedimento tipicamente liquidatório que pretendia a satisfação dos interesses imediatos dos credores – pela realização de seu crédito no processo concursal – à custa da morte da empresa e extinção da pessoa jurídica. À margem deste instituto, e como solução residual destinada a “evitar a falência” estava a concordata⁴, considerada pela doutrina da época como um “favor legal”⁵, pois era concedida pelo Estado (na pessoa do Juiz) ao comerciante de boa-fé em dificuldades financeiras. Apesar da etimologia da expressão “concordata”, nenhum tipo de *acordo* havia no procedimento e, cumpridos determinados requisitos formais, era concedida pelo juiz sem análise de viabilidade econômica ou financeira do devedor.

A concordata atingia somente credores quirografários⁶ --- o que, *per se*, já evidenciava sua enorme fragilidade como medida saneadora de dificuldades do devedor empresário --- e era preventiva ou suspensiva, respectivamente, se concedida antes ou depois da decretação da quebra⁷. A proposta de pagamento aos credores quirografários consistia em singela combinação de dilação de prazo com remissão da dívida, dentre hipóteses rigidamente previstas na lei.

Parece também importante destacar que, no regime anterior, a concordata era o único meio lícito de composição possível entre o devedor e seus credores, pois a lei desestimulava outras formas de negociação ao considerá-las “ato de falência”⁸ e, portanto, sujeitando o devedor ao risco de pedido e decretação de quebra.

3 A expressão, que também adotamos, é de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (*A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de Mestrado, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1987).

4 Sylvio Marcondes anota que três interesses distintos e legítimos justificavam a concordata: “O do Estado, resultante do maior e melhor desenvolvimento do tráfico e das condições econômicas; o dos credores, pela mais rápida e maior satisfação de seus créditos; o do devedor honesto, vítima sem culpa da especulação, pela maior economia de seu patrimônio e menor sacrifício de sua personalidade” (*Questões de direito mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 152).

5 “... a lei falimentar considera a concorda um favor.” (STF, Revista Forense, 120/134)

6 Art. 147 do DL 7661/45.

7 Art. 139 do DL 7661/45.

8 Art. 2º do DL 7661/45: “Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante:
[...]
III – convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens;”

A verdade é que o principal instituto disciplinado no DL n. 7661/45 era a falência⁹ caracterizada pela ênfase ao seu caráter *procedimental* (tanto que por muitos era considerada uma “execução coletiva”¹⁰), o que lhe valeu a justificada crítica de Fabio Konder Comparato¹¹. Com efeito, o regime revogado tornou-se desatualizado e ineficiente na tutela da superação da crise econômico-financeira da *empresa*, aqui considerada como *organização*¹²⁻¹³ que encerra um feixe de negócios e contratos com múltiplos interesses que lhe gravitam ao redor¹⁴ e, portanto, forma um núcleo de interesses que vai muito além daqueles de seu titular (controlador).

Portanto, deixe-se bem vincado, no DL n. 7661/45 a concordata era um procedimento destinado a *evitar a falência*, concedida pelo Estado-Juiz com apoio em requisitos meramente formais, e sem que houvesse nenhuma participação dos credores, e podia mesmo ser concedida contra a vontade destes.

Esse cenário alterou-se drasticamente com a promulgação da Lei n. 11.101/05 (LREF), que colocou o sistema concursal brasileiro dentre os mais modernos do mundo. Contrastando a velha sistemática, a Lei n. 11.101/05 reconstruiu integralmente os alicerces legais do direito concursal ao: (i) trazer os credores para o centro decisório do destino do devedor e (ii) estabelecer o princípio da *preservação da empresa* como pilar

9 E isso se reflete até mesmo na disposição dos artigos da lei: dentro os 217 artigos, somente 46 (arts. 139 a 185: disciplina da concordata) não se dedicavam à falência.

10 Confira-se, a propósito: Salvatore Satta, *Istituzione di diritto fallimentare*, 3. ed., Roma, 1948, n. 10; idem, *Diritto processuale civile*, 5. ed., Padova, 1957; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Borsoi, 1960, vol. 27, § 2133, p. 46; Francesco Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1959, p. 60-61; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5. ed., Freitas Bastos, 1954, vol. VII, p. 163 e 203; José da Silva Pacheco, *Processo de falência e concordata*, Forense, 1996; e Manoel Justino Bezerra Filho, *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, Saraiva, 2005, p. 32; dentre outros autores.

11 “... é imperdoável que o legislador do século XX se deixe deslumbrar pelos ouropéis da moderna processualística, olvidando os problemas especificamente econômicos que a insolvência não deixa de suscitar, mormente quando atinge as grandes empresas.” (Aspectos jurídicos da macro-empresa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 107).

12 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição, Malheiros, 2011, pp. 44-52.

13 “A empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua” no mercado, e o faz principalmente por meio de contratos. Não vive enclausurada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações”. (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro – Da mercancia ao mercado*, 2ª edição, RT, 2012, p. 107, destaque do original). “O reconhecimento do epicentrismo do mercado possibilita a análise da matéria em verdadeira perspectiva dinâmica. Abandona-se o primas estático, em que a empresa é contemplada isoladamente, para assumi-la em suas relação com outras empresas; ela vem, assim, inserida no ambiente institucional em que atua, ambiente que a condiciona e é por ela condicionado.” (FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro – Da mercancia ao mercado*, 2ª edição, RT, 2012, p. 28, destaques do original).

14 Waldírio Bulgarelli já alertava para “o fato incontestável que a quebra das empresas põe em jogo não somente os credores, mas uma série de interesses que gravitam em torno da empresa, como os trabalhadores, os clientes, os fornecedores, os Estados, através dos tributos e da produção econômica e muitas vezes a própria comunidade onde se situa a empresa.” (“A reforma da Lei de falências e concordatas”, RDM 85, p. 52).

dos institutos ali regulados: a falência e a recuperação (judicial ou extrajudicial)¹⁵. Nesta análise, restringiremos nossas observações ao processo de *recuperação judicial*.

No sistema da Lei n. 11.101/05 a recuperação¹⁶ destina-se às empresas *viáveis* do ponto de vista econômico-financeiro; enquanto a solução da falência¹⁷ é reservada às inviáveis. As possibilidades de saneamento do devedor pela recuperação judicial são amplas, exemplificativamente referidas nos incisos do art. 50 da LREF¹⁸.

A lei brasileira, felizmente, não define o que seja *viabilidade*, mas cria uma sistemática de *disclosure* destinado a *informar* os credores a respeito da situação econômico-financeira do devedor. Permite-se, então, que o devedor apresente aos seus credores um *plano* pelo qual pretende a superação da crise econômico-financeira em que se encontra. Diante disso, e no cotejo entre a avaliação da situação econômico-financeira do devedor e do plano apresentado, os credores decidem se aprovam ou não a recuperação do devedor¹⁹.

15 A ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, após comentar os artigos 47 e 75 da Lei n.11.101/05 afirma: “Os dois princípios, em verdade, poderiam ser resumidos em um único e maior princípio de todo o direito empresarial: a conservação da empresa. O fundamento deste princípio está, segundo a autora, apoiado na função social da atividade empresarial, que encerra um “feixe de contratos” em que vários interesses se equilibram (de empregados, fornecedores, sócios, credores e outros). Assim, conclui-se que dois princípios norteiam a falência: a manutenção da empresa e a maximização dos ativos.” (Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005, Coord. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 491-495).

16 No início da vigência da Lei 11.101/05 o princípio da preservação da empresa, possivelmente mal compreendido, gerou a falsa impressão de que toda e qualquer empresa poderia ser recuperada. Entretanto, atualmente, a jurisprudência e a doutrina corrigiram essas possíveis distorções. Note-se que um movimento semelhante ocorreu em Portugal, conforme anota Catarina Serra ao afirmar que “hiperbolicizou-se de tal forma o propósito de recuperação da empresa que se perderam de vista os seus critérios e os seus limites de aplicabilidade. (SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência: uma introdução*. 4. edição, Coimbra: Coimbra, 2011, p. 17) e que, para a Autora, influenciaram na mudança da política legislativa que implicou na revogação do CPEREF pelo CIRE.

17 Na falência também vigora o princípio da preservação da empresa, como se infere do art. 75 e de outros dispositivos que lhe dão concretude, como já sustentamos (*Direito Falimentar e Preservação da Empresa*, São Paulo, Quartier Latin, 2013).

18 Art. 50 da Lei 11.101/05: *Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;*

III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

19 A propósito, Francisco Satiro anota, com propriedade, que “A LRF não prevê nenhum mecanismo de avaliação objetiva da viabilidade da empresa. Se no art. 53, II da LRF há o pressuposto de que o devedor demonstre

Debate-se a doutrina na tentativa de conceituar a *viabilidade* econômico-financeira²⁰, mas, a verdade, é que a sistemática adotada pela Lei n. 11.101/05 outorga aos credores o poder de apreciar, no caso concreto, se a solução mais adequada para o devedor será a recuperação judicial ou a falência.

De fato, aí está uma das mais sensíveis diferenças entre o velho regime concursal brasileiro e o atual: os credores saíram de meros expectadores no DL n. 7.661/45 para uma posição de inegável destaque na lei vigente. A Lei. n. 11.101/05 adotou critério nitidamente **negocial** entre os devedor e os credores interessados, prestigiando a solução pelo acordo (na acepção técnica de negócio jurídico).

Para isso, na recuperação judicial, os *credores* foram organizados em classes²¹ podendo votar e decidir (segundo os *quori* que a lei estabelece) a respeito “*qualquer matéria que possa afetar [seus] interesses*”²², inclusive a aprovação, rejeição (que resulta na falência, na mais das vezes²³) ou modificação do plano de reorganização apresentado pelo devedor como medida de superação da crise.

O que se pode concluir diante da sistemática adotada pela lei brasileira em vigor, como já tivemos ocasião de salientar²⁴, é que a *viabilidade* do devedor consiste na *possibilidade* de saneamento da crise, porém, tal verifica-se no cotejo da conjuntura fática econômico-financeira com as soluções apresentadas no plano. E caberá aos credores decidir. O

sua viabilidade, isso se dá no intuito de instruir os credores na tomada de sua decisão. Isso porque a decisão sobre a viabilidade da empresa cabe exclusivamente aos credores. Trata-se, portanto, de “viabilidade econômica subjetiva”, ou seja, decorrente da soma dos variados interesses individuais dos credores submetidos. Prova disso é que, ainda que o devedor apresentasse um plano rigorosamente impecável, com base em premissas consistentes e propostas razoáveis, não poderia o juiz da causa decidir pela homologação sob o fundamento da satisfação do princípio da preservação da empresa.” (SATIO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. Obra coletiva coord. CASTO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido e GUERREIRO, Carolina Dias. Direito Empresarial, Quartier Latin, 2013, pp. 113).

20 Fábio Ulhoa Coelho propõe que os critérios de análise da *viabilidade da empresa* sejam: (i) *importância social* da devedora, aferida pela relevância econômica que a empresa tem na economia local, regional ou nacional, além de levar em conta também o potencial econômico que o negócio mostra para reerguer-se; (ii) *volume do ativo e passivo*, assim considerado o exame de viabilidade segundo o perfil da crise (econômico, financeiro e patrimonial); (iii) *tempo da empresa* levando-se em consideração há quanto tempo esta existe e está em funcionamento; e (iv) *porte econômico* representado pela participação maior ou menor da empresa no mercado (*Curso de direito comercial*, 12. ed., Saraiva, 2011, vol. III, p. 405-407); já Jorge Lobo entende que a viabilidade econômico-financeira deve ser evidenciada no laudo que sustenta a ação de recuperação judicial vinculado à demonstração da possibilidade concreta de recuperação, aliada a um *plus* em relação ao valor de liquidação, a qual deve ser menos vantajosa aos credores do que se a empresa continuar em funcionamento (Coord. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles e ABRÃO, Carlos Henrique, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Saraiva, 4ª edição, 2010, p.167 e ss.); e por aí segue.

21 Art. 41 da LRE, com as alterações feitas pela LC n. 147, de 07/08/2014.

22 Art. 35, inciso I, f e inciso II, d, da LRE.

23 Exceto se o plano puder ser aprovado pelo *cram-down*.

24 “*A evolução do tratamento jurídico das empresas em crise no direito brasileiro*” (Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, pp. 139 e ss.)

processo de recuperação é de inegável caráter negocial, e trouxe os credores para o centro da solução.

Historicamente, como assinalou Fabio Konder Comparato, o direito concursal brasileiro vivenciou um movimento de *dualismo pendular*²⁵⁻²⁶; rompido pela Lei n. 11.101/05, que não se enquadra num regime protetivo nem aos interesses do devedor e nem aos dos credores. Ao contrário, de tais personagens mantém equidistância ao proteger a função econômica da *empresa*, ao tutelar sua *preservação* e do feixe de contratos que ela encerra²⁷ e dos múltiplos interesses que em torno dela gravitam²⁸.

A lei vigente é de *preservação da empresa* --- objetivo que se busca alcançar tanto na recuperação, art. 47; quanto na falência, art. 75 --- e isso, definitivamente, coloca a *empresa* (enquanto *organização*), como um valor em si digno de tutela pelo direito concursal.

Conquanto a principiologia de regência da Lei seja a de preservação da empresa, será aos credores que caberá decidir o futuro da devedora, o que poderia soar, à primeira vista, contraditório. Todavia, nenhum contrassenso há em tal opção legislativa.

Com efeito, deferido o processamento da recuperação judicial²⁹, o devedor terá o prazo improrrogável (sob pena de convalidação em falência)³⁰ de sessenta dias para apresentar

25 “Em nosso país, a legislação falimentar tem seguido um ritmo nitidamente pendular: protege-se alternadamente o insolvente, ou os seus credores, ao sabor da conjuntura econômica e da filosofia política do momento” (COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*, SP: Revista dos Tribunais, 1970, p. 98).

26 “de um lado, posicionam-se aqueles que crêem no papel supremo do juiz como guardião do interesse público e que vêem com enorme desconfiança soluções baseadas na participação dos credores, as quais somente poderiam levar ao atendimento de interesses puramente privados e egoísticos. De outro, cerram fileiras os que não acreditam na possibilidade de o Estado-juiz encaminhar soluções economicamente eficientes, defendendo não haver ninguém melhor que os próprios credores, afetados pela crise da empresa, para definir os rumos a serem tomados.” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial, ‘in’ *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, p. 185).

27 Vide notas 13 e 14, acima.

28 “A empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, a companhia. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e para fiscais. (...). Consideram-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas de antijuricidade tipificadas (...). E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., Saraiva, 2003, vol. 3, p. 275-276).

29 Art. 52 da Lei n. 11.101/05

30 Art. 53 da Lei n. 11.101/05

em juízo um *plano*, cujo conteúdo mínimo deverá conter, conforme incisos do art. 53 da Lei n. 11.101/05: (i) “*discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados*”; (ii) “*demonstração de sua viabilidade econômica*” (ou seja, das condições de colocar em prática a proposta contida no item anterior); e (iii) “*laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor*”.

Uma vez apresentado o plano, duas alternativas se projetam. Na primeira, os credores não apresentam objeção³¹, hipótese em que o plano será considerado tacitamente aprovado. Porém, objetado o plano por qualquer credor, o juiz determina a realização de assembleia, na qual os credores debatem e votam, para: (i) alterar o plano (com o que o devedor terá que concordar); (ii) aprovar o plano (hipótese em que deliberação é homologada pelo juiz e a recuperação judicial é concedida); ou (iii) rejeitar o plano, o que resultará na falência do devedor, exceto se for possível a concessão da recuperação pelo quórum alternativo do *cram-down*³²⁻³³.

Diante do inegável *caráter negocial* que a sistemática da recuperação judicial encerra, em contraponto ao *princípio da preservação da empresa*, o sistema concursal brasileiro busca equilibrar jogos de força e interesses³⁴ que compõem o seguinte tripé:

- (i) Princípio da preservação da empresa;
- (ii) Atuação dos credores e
- (iii) Poderes do juiz.

Portanto, a opção legislativa do regime concursal brasileiro leva, inegavelmente, ao questionamento de quais são os *limites da autonomia privada nos planos de recuperação*

31 Art. 55 da Lei n. 11.101/05

32 Art. 58, par.1º incisos I, II e III da Lei n. 11.101/05. Eduardo Secchi Munhoz afirma que o *cram down* brasileiro “ao contrário do que se verifica na disciplina adotada por outros países acerca do mesmo instituto, mantém fundamentalmente o poder de decisão com a assembleia geral de credores, quase que estabelecendo um ‘quorum’ alternativo de aprovação do plano em relação ao previsto no art. 45; não se abre nenhuma margem para a apreciação pelo juiz da situação econômico-financeira concreta do devedor.” (in SATIRO DE SOUZA JR., Francisco e PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 285/286).

33 A solução do direito brasileiro é criticada por Camiña Moreira, para quem o *cram-down* é “legalista, fechado, e não dá margem ao juiz para imposição de plano que possa recuperar a empresa e a despeito da discordância dos credores”. O autor compara o nosso sistema ao americano, lembrando que “Nos EUA, a lei em relação ao *cramdown* diz que o plano deve ser justo, equitativo e não discriminatório. Quem fala em plano justo e equitativo usa conceitos indeterminados, amplos, genéricos, que dão margem à mais ampla interpretação. Por isso, diz a doutrina que o juiz do processo de reorganização norte-americano é dotado de extraordinários poderes para impor o plano aos credores discordantes”. (*Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Obra coletiva coord. PAIVA, Luiz Fernando Valente de, Quartier Latin, 2005, pp. 259/259).

34 Confira-se o acórdão do TJSP no AI nº 0162002-63.2013.8.26.0000, julgado em 05/05/2014, relator Des. Tasso Duarte.

judicial, e como consequência, em que medida o Poder Judiciário pode ou deve interferir na *solução negociada* entre o devedor e os credores, sob a égide do procedimento judicial de reorganização. É o tema que passaremos a enfrentar.

2. Limites da autonomia privada nos planos de reorganização na Lei nº 11.101/05.

Há limites que a Lei n. 11. 101/05 expressamente impõe à autonomia privada ao traçar balizas mínimas de conteúdo do plano de recuperação:

- (i) Previsão de pagamento, em até um ano, dos créditos de natureza trabalhista e acidentária constituídos até a data do pedido de recuperação judicial³⁵; e previsão de pagamento, em até 30 (trinta) dias, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, das verbas estritamente salariais vencidas nos três meses anteriores ao pedido³⁶⁻³⁷;
- (ii) A alienação de bem com garantia real; e a supressão ou modificação da garantia, dependem de concordância expressa do respectivo credor³⁸;
- (iii) A conversão de créditos em moeda estrangeira para moeda nacional deve ser expressamente aprovada pelo credor respectivo³⁹;
- (iv) Na concessão da recuperação judicial pelo quórum de *cram-down* há vedação de tratamento diferenciado aos credores dentro da classe de rejeição⁴⁰;
- (v) Permanecem hígidos os direitos dos credores frente aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso do devedor em recuperação judicial⁴¹.

Portanto, em princípio, desde que atendidas as limitações ao plano acima referidas, caberá exclusivamente aos credores decidir quanto ao mais do que esteja contido na proposta do devedor.

35 Art. 54 da Lei n. 11.101/05

36 Art. 54, § único, da Lei n. 11.101/05

37 Confira-se AI n. 0118463-47.2013.8.26.0000, julgado em 24/10/2013, TJSP, Relator Desembargador Francisco Loureiro: “*Recuperação Judicial. Credores trabalhistas que requerem o pagamento imediato de seus créditos ou a anulação do plano de recuperação judicial, em razão de violação do art. 54 da Lei n. 11.101/05. Clara afronta ao dispositivo, já que o plano ultrapassou em muito o limite de um ano para pagamento dos créditos trabalhistas. Elaboração do plano que contou com a participação do Sindicato que representa os credores trabalhistas. Natureza inovativa do plano. Autonomia privada que não supera violação de norma cogente.*” No mesmo sentido a decisão do AI nº 01422565-36.2013.8.26.0000 (www.tjsp.jus.br).

38 Art. 50, § 1o, da Lei n. 11.101/05

39 Art. 50, § 2o, da Lei n. 11.101/05

40 Art. 58, § 2o, da Lei n. 11.101/05

41 Art. 49, § 1o, da Lei n. 11.101/05

Com efeito, a opção político-legislativa da Lei n. 11.101/05 foi a de outorgar caráter negocial ao processo de recuperação (ao permitir que os credores votem pela aprovação, modificação ou reprovação do plano) e, ao fazê-lo, determinem o destino do devedor, pela recuperação judicial ou pela falência. Portanto, deixe-se bem vincado: o conteúdo da proposta econômico-financeira contida no plano é matéria estranha ao controle jurisdicional, em razão de seu caráter negocial e da livre vontade e autonomia das partes interessadas, que devem ser acolhidas tal como manifestadas na assembleia de credores.

Em relação à análise de *mérito* do plano, ou seja, dos aspectos econômico-financeiros de seu conteúdo, com a consequente aferição da *viabilidade* do devedor, a deliberação cabe exclusivamente à *coletividade de credores*. A opção do legislador brasileiro foi a de atribuir aos credores a escolha da solução para a crise do devedor. A recuperação será concedida ao devedor que puder aprovar o plano pela maioria do valor dos créditos sujeitos ao procedimento; e a despeito da minoria dissidente ou de juízo de valor econômico financeiro de viabilidade pelo magistrado, cuja função, não menos relevante, será a de zelar pela legalidade e lisura do procedimento⁴².

Como consequência dessa opção legislativa, na recuperação judicial, caberá ao magistrado a função de *controle da legalidade* do processo, sempre que provocada a jurisdição a respeito de temas como: atendimento das regras formais e de prazos de convocação da assembleia geral; cumprimento dos prazos legais fixados ao devedor; aferição das balizas mínimas estabelecidas para o plano de recuperação (e acima relacionadas); controle dos *quori* deliberativos; matéria controvertida na formação do quadro geral de credores (classificação ou valor de crédito), e assim por diante.

A função do magistrado, portanto, é *jurisdicional* e deve ater-se a matéria controvertida no âmbito do processo e controle da legalidade do procedimento e seus trâmites.

Como acima afirmado, o abandono da “*concordata*” outorgada pelo Estado-Juiz foi uma das grandes inovações trazidas pela Lei n. 11.101/05: agora cabe aos credores, e somente eles, aprovar (ou não) o plano do devedor.

Nesse ponto, duas questões importantes devem ser enfrentadas antes de prosseguirmos na análise do tema proposto:

- (i) a primeira é a de que não se exige *unanimidade* dos credores para aprovação do plano, pois a Lei contenta-se com quórum de dupla maioria qualificada⁴³,

42 Confira-se Carlos Henrique Abrão, em MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo e ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Quartier Latin, 2006, pp. 166/167.

43 Conforme art. 45 da LRE: maioria de votos pelo valor dos créditos presentes e maioria dos credores

o que poderia lançar dúvidas quanto à legitimidade de impor-se o resultado da deliberação à minoria dissidente ou aos credores ausentes; e

- (ii) a segunda questão toca a aparente contradição entre o *princípio da preservação da empresa* e a alocação da decisão do destino da devedora à deliberação dos credores que, em tese, estariam propensos a pensar em seus interesses imediatos (e não menos legítimos) de recebimento do crédito.

2.1 A legitimidade da aprovação do plano pela maioria, a despeito de minoria dissidente ou de credores ausentes; e a preservação da empresa em confronto com o interesse dos credores.

De início é importante destacar que o plano⁴⁴ tem a finalidade apresentar uma proposta de pagamento das obrigações anteriores ao ajuizamento da recuperação judicial, dentro de um contexto informativo a respeito da situação econômico-financeira do devedor⁴⁵. A aprovação do plano resultará em novação da obrigação original que, por certo, imporá condições de pagamento mais benéficas ao devedor.

Possivelmente o credor não levará em consideração *apenas* a proposta de pagamento (das obrigações vencidas) contida no plano; mas, sobretudo, observará as *perspectivas futuras* apresentadas pelo devedor em relação ao seu negócio, a fim de que se avalie haver *confiança*⁴⁶ suficiente para que novo crédito seja concedido ao devedor e, com isso, aprove-se o plano⁴⁷. É nesse contexto que está inserida a liberdade de contratar na recuperação judicial: as obrigações sujeitas ao plano e a concessão de crédito ao devedor (permitindo a renegociação do passivo) correspondem a *direitos patrimoniais* e, portanto, por natureza, *disponíveis* (ou seja, sobre eles pode-se livremente transacionar⁴⁸).

presentes.

44 O art. 53 determina os elementos que devem integrar o plano: (i) “*discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados*”; (ii) “*demonstração de sua viabilidade econômica*” (ou seja, das condições de colocar em prática a proposta contida no item anterior); e (iii) “*laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor*”.

45 No direito norte-americano, ao início do procedimento reorganizatório previsto no *Chapter 11* ocorre uma audiência com a finalidade de que os dirigentes da devedora prestem aos credores informações e esclarecimentos por estes solicitadas. Esta audiência está calcada na ideia de ‘*disclosure*’ das informações que cercam a situação de crise do devedor, para que os credores possam tomar uma decisão consciente em suas deliberações. No pano de fundo, portanto, está a confiança de que o devedor conseguirá transmitir aos credores, quanto à viabilidade de seu plano e das perspectivas futuras de seu negócio.

46 Fran Martins refere-se ao crédito como “*a confiança que uma pessoa inspira a outra de cumprir, no futuro, obrigação atualmente assumida*.” (*Títulos de crédito*, 3. ed., Forense, 1991, vol. I, p. 3).

47 Nesse sentido, a divisão de classes de credores proposta pela LREF, naturalmente, dispõe os credores quirografários a serem mais receptivos à proposta do plano, já que, em caso de falência, dificilmente conseguem recuperar seu crédito; ao passo que os credores titulares de garantia real, em geral, são mais renitentes, porque na falência a ordem de preferência legal lhes favorece. Portanto, é a própria LREF que cria uma assimetria de interesses na votação do plano, e isso já nos fez afirmar que, na Recuperação Judicial, não há que se falar em *par conditio creditorum*.

48 Até mesmo em relação aos direitos trabalhistas, em princípio, irrenunciáveis, outorga-se a possibilidade de

Porém, a questão mais sensível da recuperação judicial está relacionada a legitimidade da deliberação que, tomada pela *maioria*, tem o poder de sujeitar, de forma compulsória, os credores dissidentes ou ausentes.

Francisco Satiro refere que “*é justamente a priorização do interesse social sobre os individuais do devedor e de cada credor que justifica a imposição do plano a certos credores resistentes*”⁴⁹. Tem razão o professor. No equilíbrio de forças a que antes nos referimos, nesse aspecto, prevalece o *princípio da preservação da empresa*, em detrimento dos poderes de atuação individual dos credores, autorizando-se, destarte, que o plano seja aprovado pela *maioria*, e fazendo-a suficiente para impor a solução aos dissidentes ou ausentes.

Com efeito, o quórum de maioria (e não de unanimidade) para aprovação do plano compõe um dos instrumentos de realização do *princípio da preservação da empresa*, na medida em que possibilita a recuperação judicial independente da anuência de *todos* os credores. De fato, se o plano estiver estruturado em condições minimamente factíveis, a tendência é a de que os credores quirografários e trabalhistas demonstrem comportamento colaborativo; ao passo que os credores da classe de garantia real dificilmente o serão, na medida em que suas perspectivas de recebimento, na falência, são bastante eficientes, em razão da ordem de preferência estabelecida no art. 83 da LRE.

Aqui é importante abrir um parêntese para lembrar que a aplicação do *princípio majoritário* no procedimento concursal em nada se assemelha àquela, sob a mesma rubrica, do direito societário⁵⁰, em que o voto do sócio deve ser exercido “*ex causa societatis*” (ou seja, não deve ser um instrumento da realização do interesse pessoal do sócio, mas deve ser exercido como meio de contribuição para a formação do interesse comum, *uti socii*)⁵¹. No direito concursal, ao contrário, o credor vota de acordo com seus interesses econômico-financeiros (receber o valor de que é credor) ou com seus

renegociação em razão da especial situação de crise do empregador, evidentemente permitida diante da necessidade de manutenção de postos de trabalho. (SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006, p. 92 e ss.).

49 O comentário foi feito no artigo que comenta a recuperação extrajudicial, mas o argumento cabe, integralmente, para a recuperação judicial (*Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, obra coletiva organizada SATIRO DE SOUZA JR., Francisco e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, comentário ao art. 161 da LRE).

50 Art. 115 da LSA: “*O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas*.”

51 É também o entendimento de Francisco Satiro (SATIRO, Francisco. *Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial*. Obra coletiva coord. CASTO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido e GUERREIRO, Carolina Dias. *Direito Empresarial*, Quartier Latin, 2013, pp. 108-109).

interesses de mercado (manter seus vínculos contratuais com o devedor ou eliminar um concorrente), e nada há de ilegal ou abusivo nisso⁵².

O liame entre os credores, como uma coletividade, não passa de um vínculo accidental, por terem um devedor (em crise) em comum. Resulta disso que nenhum dever emerge aos credores (como ocorre no direito societário, em que o sócio tem o dever de votar, nas deliberações, no interesse social) de votar contra ou a favor do plano, de conformidade com as razões econômicas que o levem a tanto.

Fechado o parêntese, e voltando ao tema, o princípio majoritário de que resulta a imposição do plano de recuperação judicial aos credores dissidentes ou ausentes está apoiado no inegável reconhecimento de que a *empresa* --- enquanto *organização*⁵³, projeta interesses muito além dos de seus sócios (controladores ou não) ou credores individualmente considerados. A empresa desenvolve uma **função social**: “*Como unidade de produção, a empresa se insere no quadro econômico de uma nação como um veículo de riquezas, mobilizando matérias primas e produtos intermediários, comprando e vendendo, prestando serviços, recolhendo tributos, assalariando empregados, enfim, contribuindo para o desenvolvimento geral da comunidade*”⁵⁴ e por isso, em situação de crise, merece ser preservada desde que conte com o apoio tão somente da maioria (e não da totalidade) de seus credores. Com tais afirmações, responde-se à primeira indagação feita acima.

A decorrência lógica dessa circunstância é a de que, se a maioria dos credores apoia o plano de recuperação, e com ele consente, é porque entendem que a empresa é economicamente *viável*: seja porque acreditam na proposta de pagamento contida no plano (e decidem conceder crédito ao devedor), seja porque entendem que as *perspectivas futuras* de negócio com o devedor lhes será vantajosa de alguma forma. Portanto, com essa afirmação respondemos à segunda indagação que acima colocamos.

Não há nenhuma contradição no fato de a Lei outorgar aos credores a análise da viabilidade do devedor e, conseqüentemente deixar aos primeiros a decisão de preservar a empresa: trata-se de uma decisão de caráter econômico-financeiro e por isso faz todo o sentido que o “mercado” decida, desde que o faça sob as regras formatadas pela Lei.

52 “A razão do arcabouço processual da recuperação judicial é a superação dos obstáculos representados pela livre negociação simultânea com vários credores, cada um deles buscando a satisfação egoísta de seus interesses.” (SATIO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. Obra coletiva coord. CASTO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido e GUERREIRO, Carolina Dias. Direito Empresarial, Quartier Latin, 2013, p. 104).

53 SALOMÃO, Calixto. *O novo direito societário*, São Paulo, Malheiros, 4ª edição, 2011, pp. 34-40.

54 GUERREIRO, José Alexandre Tavares e LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, José Bushatsky Editor, Vol. I, p. 297.

Assim, a viabilidade da empresa (e sua preservação), está diretamente relacionada à percepção que o “mercado” (aqui na ótica dos credores) tem de que o devedor conseguirá superar a crise e, principalmente, de que a permanência do devedor é, de alguma forma, vantajosa à maioria dos credores, do ponto de vista econômico-financeiro.

Diante das respostas às duas primeiras indagações suscitadas, uma terceira questão exsurge: a possível alegação feita por minoria dissidente, questionando a *viabilidade econômica* do plano (das condições de seu conteúdo), apesar da aprovação da maioria, constituiria violação autorizadora de controle de mérito pelo Poder Judiciário?

À essa questão respondeu afirmativamente o Acórdão que julgou recurso de agravo de instrumento⁵⁵ proferido em 28/02/2012, no caso “*Gyotoku*”. Vejamos, assim, a evolução da jurisprudência, por análise de algumas decisões judiciais, na sequência.

2.2 A evolução da jurisprudência no TJSP e STJ

Com efeito, os primeiros julgados na vigência da Lei n. 11.101/05 mantiveram firme posicionamento no sentido de que ao magistrado cabia apenas e tão somente o *controle da legalidade* formal do processo de recuperação judicial, eis que a deliberação da assembleia de credores era soberana em relação ao *mérito* do plano. Seguem alguns exemplos ilustrativos do que aqui se afirma.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, recusava o exercício da “*magistratura econômica*”, traduzida em juízo de mérito sobre o conteúdo do plano:

*“Sob o império da LRE, são ainda maiores e mais amplos os poderes, funções e atribuições do juiz na condução do processo de reerguimento da empresa, **sem chegar, entretanto, como ocorre no direito francês, a ser uma autêntica magistratura econômica**” em virtude do fundamento ético do objeto, dos fins imediatos e mediatos e dos princípios da LRE, do interesse público na preservação da atividade econômica organizada...”* (AI n. 500.624-4/8-00, relator Des. Lino Machado, j. 26/3/08).

No mesmo acórdão acima citado, houve declaração de voto vencedor pelo Desembargador Romeu Ricupero: “*como ensina ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, ‘o juiz deve proceder à verificação meramente formal da atuação da assembleia geral de credores, quórum de instalação e de deliberação, enfim, regularidade do procedimento’, não é admissível que o Ministério Público, que atua no processo como ‘custos legis’, e não como*

55

AI nº 0136362-29.2011.8.26.0000 (www.tjsp.jus.br)

*parte, interfira na relação que diz respeito exclusivamente ao devedor e aos credores, examinando aspectos econômicos-empresariais do plano de recuperação e sugerindo alterações, rejeição ou aprovação*⁵⁶.

Com efeito, a jurisprudência da Corte Paulista palmilhava no sentido de que se os credores aprovaram o plano, ao juiz cabia homologá-lo:

*Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial – Deferimento da recuperação – Inviabilidade afastada. ‘A despeito do zelo e diligência da Ilustre Promotora de Justiça agravante, e da possível falta de nitidez e clareza quanto à viabilidade econômica do plano de recuperação da agravada, é incontroverso que os credores, principais interessados na recuperação da empresa e possíveis prejudicados no caso de insucesso da medida, aprovaram o plano de recuperação em Assembleia Geral de Credoras, por ampla maioria’. Agravo desprovido.*⁵⁷

E a jurisprudência do TJSP acima citada vinha em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os credores decidem quanto ao mérito do plano, conforme cristalizado no julgamento do Recurso Especial n. 1.314.209-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Aprovação de plano pela AGC. Ingerência judicial. Impossibilidade. Controle de legalidade das disposições do plano.

- 1. A AGC é soberana em suas deliberações quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.*
- 2. Recurso especial conhecido e não provido.*

[...] A apresentação, pelo devedor, de plano de recuperação, bem como sua aprovação pelos credores, seja pela falta de oposição, seja pelos votos em assembleia de credores (arts. 56 e 57) consubstanciam atos de manifestação de vontade. Ao regular a recuperação judicial, com efeito, a Lei submete à vontade da coletividade diretamente interessada na realização do crédito

56 Idem nota supra.

57 Agravo de Instrumento n° 631.540-4/5-00

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO

Agravado: B.R.A. TRANSP. AÉREOS S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)

Origem: 1ª Vara de Falências e Recuperações de SÃO PAULO; Órgão Julgador: Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Relator: Des. LINO MACHADO. Julgado em 30/06/2009.

a faculdade de opinar e autorizar os procedimentos de reerguimento econômico da sociedade empresária em dificuldades, chegando-se a uma solução de consenso. **Disso decorre que, de fato, não compete ao juízo interferir na vontade soberana dos credores, salvo em hipóteses expressamente autorizadas por lei (v.g. art. 58, p. 1º da LRE).** [...]

A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. Qualquer negócio jurídico, mesmo no âmbito privado, representa uma manifestação soberana de vontade, mas que somente é válida se, nos termos do art. 104 do CC/02, provier de agente capaz, mediante utilização de forma prescrita ou não defesa em lei, e se contiver objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Na ausência desses elementos (dos quais decorre, com adição de outros, as causas de nulidade previstas nos arts. 166 e seguintes do CC/02, bem como a anulabilidade dos arts. 171 e seguintes do mesmo diploma legal), o negócio jurídico é inválido. A decretação da invalidade de um negócio jurídico em geral não implica interferência, pelo Estado, na livre manifestação de vontade das partes. Implica, em vez disso, controle estatal justamente sobre a liberdade dessa manifestação, ou sobre a licitude de seu conteúdo.”

Porém, no caso *Gyotoku*⁵⁸ julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo alterou-se completamente essa perspectiva, com a decretação, de ofício, da nulidade da deliberação da assembleia de credores, de aprovação do plano, determinando-se que outro fosse apresentado, no prazo de trinta dias, para deliberação em novo conclave no prazo de sessenta dias, pena de quebra. Referida decisão entendeu que o plano então aprovado pelos credores “*alberga graves violações aos clássicos princípios gerais de direito, a diversos princípios constitucionais e às regras de ordem pública, não apresentando condições constitucionais, principiológicas e legais para ser homologado pelo Poder Judiciário*”. O acórdão refere que “*Se a Assembleia-Geral de Credores aprova pelo quórum estabelecido na Lei n. 11.101/05 um plano que viole princípios ou regras, compete ao Poder Judiciário [que, como já afirmei não é mero chancelador de deliberações assembleares – tanto que tem o poder-dever de não aplicar regras inconstitucionais] o dever de recusar a homologação ao plano viciado*” para então concluir que “*o plano é ilegal*”.⁵⁹

Dentre as ilegalidades, assim consideradas pelo acórdão, por exemplo, estariam: (i) pagamento do passivo no prazo de 18 (dezoito) anos (pois, para a decisão, tal proposta

58 TJSP, Agravo de Instrumento n. 0136462-29.2011.8.26.0000, www.tjsp.jus.br

59 idem nota supra.

fere o direito de propriedade, constitucionalmente tutelado, “*perpetrando autêntico confisco*”); e (ii) remissão de eventual passivo após tal prazo de 18 anos, uma vez que, nas palavras do acórdão, tal proposta “*viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade, da propriedade privada, sendo, portanto, antijurídica, inconstitucional e ilegal*”⁶⁰.

O acórdão também considerou ilegal o pagamento de parcelas de menor valor ao início do cumprimento do plano⁶¹, sob o argumento de que a quitação dos credores de menor valor, antecipadamente, acarretaria “*conflito*” entre os credores da mesma classe, por ferir o princípio da *par conditio creditorum* e com isso manipular o resultado da deliberação (já que os menores credores teriam interesse em aprovar o plano, enquanto os maiores credores, não).

Abrimos novo parêntese para discordar do argumento: exceto pelo voto dos credores trabalhistas, computado por cabeça, o plano deve ser aprovado por ***mais da metade do valor dos créditos presentes à assembleia***⁶², de tal sorte que se tal maioria é atingida com base na adesão de inúmeros credores titulares de crédito de pequeno valor, nada há de ilegal nisso. É preciso considerar que, de acordo com o perfil dos credores, o plano precisa ser adequado a uma solução de superação da crise da devedora, o que a Lei, no art. 50, garante seja feito de forma ampla, sem restrição alguma. Daí porque, atender aos menores credores antecipadamente garantirá: (i) que estes sofram menos os efeitos da recuperação judicial, pois, se forneceram menor crédito é porque possivelmente são empresas de menor porte e que mais sofrem os reveses do inadimplemento do devedor; e (ii) geralmente, tais credores são fornecedores, de modo que a manutenção de tais vínculos contratuais será possivelmente relevante para a superação da crise da devedora.

Em defesa da tese aqui abraçada, identificamos outras decisões do TJSP⁶³⁻⁶⁴ que, conquanto autorizem revisão, pelo Judiciário, do plano aprovado em assembleia de credores⁶⁵ permitiram tratamento diferenciado no pagamento de credores estratégicos

60 Idem nota supra.

61 Esse mesmo tipo de proposta foi aprovada e cumprida no plano de recuperação judicial da *Parmalat Alimentos*, justamente para preservar os direitos dos credores menores que, sendo de menor porte, não teriam condições de suportar os efeitos do inadimplemento.

62 Art. 45 da Lei n. 11.101/05

63 TJSP, Agravo de Instrumento n. 0014816-36.2013.8.26.0000, j. 09/12/2013, relator Des. Tasso Duarte de Melo.

64 No mesmo sentido há outros acórdãos admitindo tratamento diferenciado entre credores da mesma classe: TJSP, Agravo de Instrumento n. 01755314-43.2012.8.26.0000, j. 03/04/2014, relator Des. Francisco Loureiro. TJSP, Agravo de Instrumento n. 2036808-19.2013.8.26.0000, j. 20/03/2014, relator Des. Fortes Barbosa.

65 “*De início, registre-se que não obstante a aprovação do plano de recuperação pela Assembleia Geral de Credores, nada impede a análise das deliberações dos credores, que se submetem ao crivo da legalidade próprio do*

para a superação da crise da devedora, sem que isso importasse qualquer ilegalidade: *“Benefício a credores estratégico e parceiros. Possibilidade. Credores que permanecem como fornecedores da recuperanda. Garantia constitucional da igualdade substancial. Princípios da preservação da empresa e de sua função social. Efetivação. Art. 47 da Lei n. 11.101/05. [...] Na verdade, o plano criou distinção necessária no caso concreto, concedendo tratamento favorável àqueles que mais contribuem para que a Agravada mantenha as suas atividades durante a recuperação judicial, possibilitando, aliás, a satisfação do crédito de todos os credores, bem como a manutenção das atividades da sociedade, de modo a cumprir o seu papel constitucional no mercado e na sociedade.”*

Voltando ao caso *Gyotoku*, referida decisão entendeu ilegal também a falta de previsão de correção monetária das parcelas do plano sob o argumento de que isso *“vulnera o princípio que proíbe o enriquecimento seu causa”*⁶⁶.

Embora o acórdão do caso *Gyotoku* refira outros argumentos para sustentar a nulidade da deliberação da assembleia de credores, os acima suscitados já são suficientes para mostrar o entendimento adotado pela decisão judicial que se substituiu à deliberação dos credores, em franca contrariedade ao sistema eleito pela Lei n. 11.101/05 para a concessão da recuperação judicial que outorga o poder decisório aos credores, prestigiando a natureza econômica e negocial (e não jurisdicional) da apreciação do plano.

Ora, enquanto no revogado DL n. 7661/45 a concordata era concedida pelo Estado-Juiz, a recuperação judicial é um procedimento de natureza negocial, com solução econômica a ser buscada entre o devedor e a maioria dos créditos sujeitos ao plano.

Em resumo, o caso *Gyotoku* trouxe grande revés para a sistemática da LREF na medida em que autoriza ao Judiciário intervir no **conteúdo econômico** do plano --- ao considerar que as prestações, forma de pagamento e respectivos valores não estariam de acordo com a “equidade” porque acarretaria aos credores (dissidentes) um sacrifício maior do que o que suportariam na falência⁶⁷ --- voltando-se, portanto, à velha ideologia do revogado DL n. 7.661/45 em que cabia ao Juiz apreciar a proposta do devedor e dizer se com ela consentia ou não, a despeito de possíveis objeções de credores.

Depois do caso *Gyotoku*, inúmeras outras decisões da Corte Paulista seguiram essa linha de ideias de autêntica *“magistratura econômica”*⁶⁸, em que o Poder Judiciário

Poder Judiciário.” (acórdão citado na nota rodapé nº 63).

66 TJSP, Agravo de Instrumento n. 0136462-29.2011.8.26.0000, www.tjsp.jus.br

67 O princípio de que, para a concessão do plano, este deve implicar em um sacrifício menor do que os credores enfrentariam na falência existe no direito concursal alemão, mas não foi acolhido no sistema brasileiro.

68 São exemplos as decisões abaixo referidas, todas do TJSP (www.tjsp.jus.br):

-
- 1) AI n. 0289223-97.2011.8.26.000 (j. 31/07/2012, relator Desembargador Pereira Calças). Caso *Alta Paulista*: “A Assembleia-Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei n. 11.101/05.”

Na mesma recuperação judicial (Alta Paulista), posteriormente, veio a ser proferida a seguinte decisão: “Recuperação judicial Plano aprovado em assembleia de credores e homologado em Juízo. Ausência das invalidades reconhecidas em julgamento anterior - Descaracterização da inconsistência ou da inviabilidade clamorosas do plano aprovado. Previsão de repactuação das dívidas e racionalização de atividades. Exame do caso concreto. Recurso desprovido.” (AI n. julgado em 24/10/2013, relator Des. Fortes Barbosa).

- 2) AI n. 0113984-45.2012.8.26.0000 (j. 30/10/2012, relator Desembargador Pereira Calças). Caso *Alimentos Nilza*: “A Assembleia-Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei n. 11.101/05. Convocação de novo conclave que não se justifica. Agravo provido para convocar a recuperação judicial em falência e decretar a quebra da agravada.”
- 3) AI 0126092-72.2013.8.26.0000 (j. 03/04/2014, relator Desembargador Fortes Barbosa): “Recuperação judicial – Plano aprovado em assembleia de credores após determinação antecedente e decorrente do julgamento de outro recurso – Correção da maior parte das ilegalidades anteriormente reconhecidas – Credores com garantia real – Estabelecimento de condições diferenciadas em relação a um único credor – Falta de amortização das dívidas com garantia real por cerca de dez anos - Necessidade de nova reelaboração – Homologação revogada – Recurso provido.”
- 4) AI n. 0159816-04.2014.8.26.0000, julgado 04/11/2013, relator Des. Araldo Telles: “Recuperação judicial. Plano de recuperação. Homologação pela Assembleia Geral de Credores. Deságio aos credores quirografários de 25% e prazo de pagamento (6 anos, mais um de carência) que não se mostram abusivos e não ultrapassam o limite do suportável, ainda considerando que a maioria dos credores reputam condizente com seus interesses. Recuperação judicial. Homologação do plano. Irrelevância da existência de impugnações de crédito pendentes de julgamento. Inteligência do disposto no art. 39, §2º, da Lei nº 11.101/05. Recurso desprovido, na parte conhecida.”
- 5) AI nº 2017556-93.2014.8.26.0000 (j. 04/04/2014, relator Des. Maia da Cunha): “Recuperação Judicial. Homologação do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores. Soberania da decisão assemblear que não é absoluta, competindo ao juiz observar, mais do que apenas a sua legalidade e constitucionalidade, a ética, a boa-fé, o respeito aos credores e a manifesta intenção de cumprir a meta de recuperação. Deságio de 50%, o prazo de 20 meses para início do pagamento, o prazo de pagamento de 124 meses, juros remuneratórios abaixo do índice oficial que se insere na soberania da assembleia e na sua natureza de novação que assentiram os credores. Os coobrigados avalistas ou fiadores não estão sujeitos à recuperação, nos termos do art. 49, § 1º, sendo indevida a venda de ativos sem autorização judicial ou da assembleia, bem como a liberação ou alteração de garantias de qualquer espécie sem aprovação do credor, nos termos dos arts. 66 e 50, §1º, da LRF. Correção monetária que é devida. Recurso provido em parte para, sem necessidade de nova assembleia, afastar do plano as disposições acima mencionadas.”
- 6) Agravo de Instrumento nº 2048936-71.2013.8.26.0000, j. 06/02/2014, relator Des. Enio Zuliani: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Recuperação judicial Plano aprovado por assembleia de credores - Verificação de sua legalidade pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Necessidade de previsão do termo inicial da correção monetária, bem como do tema referente aos juros moratórios. Inserção de ofício, dispensando-se a convocação de AGC. Reconhecimento, ainda, da nulidade referente à cláusula que prevê a novação em benefício dos avalistas das obrigações da recuperanda. Provimento, em parte, para este fim.”
- 7) Agravo Regimental nº 2024063-07.2013.8.26.0000/50001, julgado 17/03/2014, Relator Des. Ricardo Negrão: “Recuperação Judicial -Plano de recuperação aprovado pela Assembleia Geral de Credores - Decisão de homologação - Inconformismo - Razões que defendem controle de legalidade - Possibilidade - Embora a assembleia-geral disponha de soberania, quanto às questões expressamente previstas na Lei n. 11.101/2005, encontra limites em dispositivos também previstos na mesma Lei - DESÁGIO - Indispensável que os ajustes acordados sejam fixados de modo razoável, evitando-se reduções desproporcionais e parcelas ínfimas - Análise que é feita caso a caso, tendo por base as circunstâncias de cada plano de recuperação, qualidade e perfil da comunidade de credores - Deságio de 60% - Hipótese em que não se observa a ilegalidade imputada pelo recorrente - Agravo improvido neste tocante.”
- 8) Agravo de Instrumento nº 0125856-23.2013.8.26.0000, julgado em 05/12/2013, rel. Des. Enio Zuliani:

interfere no mérito da decisão da assembleia de credores. Há alguns desses acórdãos bastante curiosos, em que o órgão julgador “opta” por manter a deliberação dos credores entendendo que são “razoáveis” as propostas contidas no plano.

Como se vê, a prosseguir-se nessa linha de raciocínio, caminha-se para o esvaziamento do instituto da Recuperação Judicial, que perderia uma de suas principais inovações: o caráter contratual (e a doutrina é uníssona nesse sentido) que cria um ambiente propício a adoção de solução *negociada* para a crise do devedor, com imposição da vontade de maioria como método de preservação da empresa. De fato, retirar da assembleia de credores a possibilidade de votar e aprovar o plano equivalerá a: (i) excluir o caráter negocial da recuperação; (ii) suprimir a segurança jurídica que resulta das negociações travadas ou formalizadas no conclave entre o devedor e seus credores; e (iii) inviabilizar a recuperação da empresa pela vontade de maioria.

Mais recentemente, passaram a ser isoladas as decisões que recusam a interferência do Poder Judiciário no conteúdo do plano, na corte Paulista⁶⁹⁻⁷⁰.

Em paralelo a esse cenário é de se destacar o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.359.311-SP⁷¹, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, pelo qual ficou assentado: “*Direito Empresarial. Plano de Recuperação*

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Pedido de anulação do plano de recuperação homologado, a despeito de possuir ilegalidades - Homologação com base no art. 58, §1º da Lei nº 11.101/2005. Admissibilidade - Deságio de 10% que está de acordo com a realidade econômica atual da empresa em recuperação, inexistindo legalidade na determinação de prazo máximo de pagamento de todos os credores em 9 anos, respeitado o prazo de carência de 2 anos para início de pagamento das classes II e III Inocorrência de tratamento diferenciado entre as classes - Ausência de juros, entretanto, que ocasiona prejuízo, contrariando o disposto no art. 406 do CC. Do mesmo modo, o Tribunal entende que a ausência de previsão acerca da correção monetária é ponto que torna o plano vulnerável, de modo que tal verba deve ter previsão expressa. Matéria de ordem pública que impõe a reforma da r. decisão agravada, com a determinação de inclusão no plano de recuperação apresentado de juros e correção monetária para todas as classes de credores Provimento, em parte, para este fim.”

- 9) Agravo de Instrumento nº 0105240-27.2013.8.26.0000, julgado em 04/11/13, relator Des. Araldo Telles: “Recuperação Judicial. Plano de recuperação. Requisitos de validade, como todo ato jurídico, sujeitos ao crivo do Poder Judiciário. Recuperação Judicial. Plano de recuperação. Prazo de pagamento de 7 (sete) anos e carência de 13 (treze) meses. Deságio de 30% (trinta por cento), acompanhado de absoluta inexistência de correção e juros dos valores devidos que implica em verdadeiro perdão da dívida. Inadmissibilidade. Plano que deve conter tal previsão. Recuperação Judicial. Plano. Disposição que impede o prosseguimento de ações contra coobrigados em geral, extinguindo-as. Pedido prejudicado ante a reconsideração do juízo da recuperação a esse respeito. Recurso parcialmente provido, na parte conhecida, determinada a apresentação de novo plano.”

69 RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Plano aprovado em assembleia de credores e homologado judicialmente. Lei que atribui à assembleia de credores a aprovação, modificação ou rejeição do plano. Art. 35 I “a” LRF. Ausência de afronta à Constituição Federal, legislação infraconstitucional, boa-fé ou princípios gerais de direito. Viabilidade econômica do plano que foge do alcance de exame do Poder Judiciário. Enun. CJF 46. Homologação que se impõe. Recurso desprovido. (relator Desembargador Teixeira Leite, j. 06/02/14, AI nº 2023912-41.2013.8.26.0000).

70 Confira-se também AI n. 0173522-20.2013.8.26.0000, julgado em 29/05/2014, Relator Francisco Loureiro.

71 STJ: www.stj.jus.br, julgado em 09/09/2014

Judicial. Aprovação em assembleia. Controle de legalidade. Viabilidade econômico-financeira. Controle Judicial. Impossibilidade. 1 – Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei 11.101/05), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2 – O magistrado deve exercer o controle da legalidade do plano de recuperação – no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito – mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJF/STJ.”

E a decisão acima colacionada enfrenta e coloca pá de cal em dois pontos fundamentais relativos ao debate do tema aqui tratado: (i) a impossibilidade, dentro da sistemática da Lei 11.101/05, de controle da viabilidade econômico-financeira (mérito) do plano; (ii) o controle da legalidade formal, pelo Judiciário, evidentemente inclui a repressão à fraude e ao abuso de direito.

Caracteriza-se a fraude ou o abuso de direito somente quando as maiorias necessárias para aprovação do plano são obtidas mediante alguma vantagem a certo credor ou determinado grupo de credores, *à margem* das condições do plano fixadas no âmbito do processo de recuperação. Portanto, se um credor (ou grupo de credores) recebe alguma vantagem para além do pagamento previsto no plano e, em razão disso, vota pela aprovação, há fraude, com evidente voto abusivo na assembleia. Isso porque, nesse caso, o voto representa verdadeira distorção, já que foi “vendido” a preço maior, em condição não equitativa, pois de tal vantagem não participam os demais credores.

Por outras palavras, o princípio da preservação da empresa justifica a submissão compulsória da minoria de credores (dissidentes ou ausentes) a um plano de recuperação, pois a liberdade de tutela individual, se outorgada a cada credor, tornaria inviável a recuperação da empresa. O que não se pode admitir, com efeito, é que a maioria necessária e estabelecida em Lei para aprovação do plano seja atingida mediante acordos escusos, fora do âmbito do processo de recuperação judicial, pois isso romperia o equilíbrio de forças traçado pelo legislador.

Em apoio da ideia, Francisco Satiro afirma: *“Tendo em vista a plena autonomia de decisão dos credores na Assembleia Geral de Credores, somente em casos excepcionais de má fé, obtenção de vantagem indevida, busca de finalidades expressamente vedadas e devidamente confirmadas é que se pode desconstituir um voto em função de seu conteúdo subjetivo.”*⁷²

72 SATIRO, Francisco. Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial. Obra coletiva coord. CASTO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido e GUERREIRO, Carolina Dias. Direito Empresarial, Quartier

Daí porque, o princípio da preservação da empresa sobrepõe-se aos interesses individuais de cada credor, impondo um plano aceito pela maioria, à minoria dissidente ou ausente.

Note-se, a possibilidade de imposição do plano à minoria sequer altera a natureza negocial da recuperação judicial, diante da função social do contrato em que a liberdade de contratar cede lugar a temperamento expressamente previsto em Lei⁷³, em cumprimento aos princípios que regem a ordem econômica e a livre iniciativa, previstos na Constituição Federal (art. 170, III).

Em última análise, aplicam-se ao processo de recuperação judicial os princípios da função social da propriedade e da função social do contrato, na medida em a proposta do plano aceita pela maioria dos credores, obriga aos demais, já que *“se reconhece na continuidade da empresa viável um valor a ser protegido em benefício de uma gama de interessados”*⁷⁴, inclusive, mas não somente, os próprios credores.

3. Conclusão

Do acima exposto, é forçoso concluir que somente em excepcionalíssimas circunstâncias, e sempre dentro do controle formal da legalidade (excluídas quaisquer considerações quanto ao mérito do plano) é que o conclave, com deliberação majoritária dos credores, pode ser anulado. Ou seja, a anulação da deliberação assemblear dos credores somente cabe nos casos: (i) de infração às balizas expressamente estabelecidas na LREF como limitações impostas de forma cogente ao plano, ou (ii) comprovada obtenção de vantagens indevidas para um grupo ou certo credor, à margem do processo de recuperação.

Fora dessas hipóteses, cabe aos credores, e somente aos credores, a análise da viabilidade econômica do devedor, nos termos exatos da decisão do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.359.311-SP⁷⁵, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, sob pena de esvaziamento do instituto e perda de sua mais original inovação: a possibilidade de preservação da empresa, mediante acordo com a maioria dos créditos sujeitos ao procedimento, e a despeito da minoria dissidente.

Latin, 2013, pp. 114.

73 Art. 421 do CC/02: *“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da **função social do contrato**.”*

74 SATIRO, Francisco. *Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial*. Obra coletiva coord. CASTO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido e GUERREIRO, Carolina Dias. “Direito Empresarial”, Quartier Latin, 2013, p. 107)

75 STJ: www.stj.jus.br, julgado em 09/09/2014

Bibliografia:

ABRÃO, Carlos Henrique. MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo e ARAGÃO, Leandro Santos (coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Quartier Latin, 2006

ANDRIGHI, Nancy. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005*, Coord. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 491-495

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências comentada*, Saraiva, 2005

BULGARELLI, Waldírio. “A reforma da Lei de Falências e Concordata”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 85, p. 49-56.

CAMIÑA MOREIRA, Alberto. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. Obra coletiva coord. PAIVA, Luiz Fernando Valente de, Quartier Latin, 2005, pp. 259/259.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., Saraiva, 2003, vol. 3.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial*, 12. ed., Saraiva, 2011, vol. III.

COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*, SP: Revista dos Tribunais, 1970.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina e CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei n. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005*, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARA, Francesco. *Il fallimento*, Milano, 1959.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do Direito comercial: Da mercancia ao mercado*, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares e LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, José Bushatsky Editor, Vol. I.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*, 3. ed., Forense, 1991, vol. I.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5. ed., Freitas Bastos, 1954, vol. VII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, Borsoi, 1960, vol. 27.

MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo e ARAGÃO, Leandro Santos (Coord.). *Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Quartier Latin, 2006.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial”, ‘in’ *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 10, n. 36, abr-jun/2007, Editora Revista dos Tribunais, p. 185/199.

PUGLIESI, Adriana Valéria. “*A evolução do tratamento jurídico das empresas em crise no direito brasileiro*”. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

_____. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*, São Paulo, Quartier Latin, 2013

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*, Forense, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 4ª edição, Malheiros, 2011.

SATTA, Salvatore. *Instituzione di diritto fallimentare*, 3. ed., Roma, 1948.

_____. *Diritto processuale civile*, 5. ed., Padova, 1957.

SATIRO DE SOUZA JR. Francisco e PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007.

_____. *Autonomia dos credores na aprovação do plano de recuperação judicial*. Obra coletiva coord. CASTO, Rodrigo R. Monteiro, WARDE JR. Walfrido e GUERREIRO, Carolina Dias. “Direito Empresarial”, Quartier Latin, 2013.

SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência: uma introdução*. 4. edição, Coimbra: Coimbra, 2011.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. *A nova lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles e ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Saraiva, 4ª edição, 2010.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *A empresa em crise no direito francês e americano*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: FADUSP, 1987.

Extinção dos efeitos da falência em relação ao falido e direitos de credores ¹

Augusto Teixeira Garcia ²

Sumário:

1. Efeitos da falência para o falido. 2. Extinção dos efeitos da falência e reabilitação do falido. 3. Situação do falido após a extinção da falência quanto à responsabilidade pelos saldos em dívida. 3.1 A responsabilidade do ex-insolvente pelos saldos em dívida. 3.2 A responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívida. 3.3 O argumento da diversidade temporal da introdução dos processos de falência e de insolvência no ordenamento jurídico português. 3.4 A diferente situação do falido e do insolvente. 3.5 Silêncio eloquente e benefício da actividade comercial. 3.6 A divergência com as fontes. 3.6.1 A divergência com a fonte interna: o Código Comercial de 1833. 3.6.2 A divergência com as fontes externas: o *Codice di Commercio* italiano de 1882 e o *Código de Comercio* espanhol de 1885. 3.7 A posição da doutrina. 3.7.1 Antes e durante a vigência do Código de Processo Civil de 1961. 3.7.2 Depois da entrada em vigor do CPEREF. 3.7.2.1 Crítica. 3.8 Balanço da análise das fontes e da doutrina. 3.9 Argumentos substanciais a favor da continuação da responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívidas. 3.10 A responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívida e o novo regime da concordata suspensiva. 4. Efectivação dos direitos dos credores da falência aos saldos em dívida. 5. Conclusão.

¹ O presente texto corresponde à comunicação apresentada no 1.º Congresso de Direito Comercial, das Faculdades de Direito das Universidades de S. Paulo (FD USP), do Porto (FDUP) e de Macau (FDUM), subordinado ao tema: Falência, Insolvência e Recuperação de Empresa, que decorreu nos dias 17 e 18 de Julho de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

1. Efeitos da falência para o falido

A declaração de falência determina certos efeitos relativamente à pessoa do falido, que são indicados nos art.ºs 1095.º a 1099.º do Código de Processo Civil^{3/4}. Desde logo, fica inibido de administrar e dispor dos seus bens presentes ou futuros (art.º 1095.º, n.º 1). Referindo-se a lei à inibição de administrar e dispor dos seus bens, a mesma não se aplica no que respeita à administração de bens de terceiro, pelo que o falido pode administrar e pode dispor de tais bens, nos termos em que a lei geral ou os respectivos proprietários lho permitirem⁵.

Por outro lado, nos termos do art.º 1095.º, n.º 2, ao falido é lícito, em qualquer caso, adquirir pelo seu trabalho meios de subsistência. Daí que possa administrar e praticar actos de disposição dos bens que dessa forma adquirir, na medida necessária para ocorrer à sua subsistência. A explicação desta regra prende-se com questões de humanidade, por um lado, e como medida de protecção dos credores, por outro lado, pois se o falido angariar meios de subsistência pelo trabalho, não poderá pedir alimentos à massa falida (art.º 1099.º)⁶.

Por outro lado, e desde que autorizado pelo Ministério Público, sob proposta do administrador da falência, pode auxiliar a administração da massa falida (art.º 1128.º). Com efeito, os particulares conhecimentos do falido sobre os seus negócios, e razões das respectivas dificuldades⁷, por vezes aconselham a que lhe seja permitido intervir na administração da massa falida⁸.

Acresce que não são apreendidos para a massa falida os bens impenhoráveis, indicados nos art.ºs. 705.º e 706.º, salvo se o falido os entregar voluntariamente (art.º 1117, n.º 2), pelo que também quanto a estes o falido conserva os seus poderes de livre disposição e administração. A razão que explica esta última excepção aos poderes de administração e livre disposição do falido reside no facto de a falência representar uma execução

3 No presente texto, as disposições legais referidas sem indicação do diploma a que se referem, pertencem ao Código de Processo Civil, aprovado pelo D/L n.º 55/99/M, de 8 de Outubro, que entrou em vigor no 1 de Novembro de 1999. As normas legais citadas são sempre de diplomas legais de Macau, salvo se for indicado o diploma respectivo.

4 Sobre esta matéria, vide José de Oliveira Ascensão, *Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido*, ROA, Ano 55, vol. 3, Dezembro, 1995, pp. 641 ss; Maria do Rosário Epifânio, *Os efeitos substantivos da falência*, Publicações da Universidade Católica, Porto, 2000, pp. 63 ss.

5 Fernando Olavo, *Direito comercial*, vol. I, 2.ª ed., Lisboa, 1970, p. 166.

6 Ibidem, p. 167.

7 Catarina Serra, *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, 3.ª ed.ª, Almedina, Coimbra, 2008, p. 42.

8 Ibidem.

colectiva, visando a liquidação do património do falido em benefício dos credores. Não podem ser apreendidos para a falência e liquidados os bens que não são susceptíveis de execução⁹. Concluindo, mesmo no que respeita à administração dos seus bens, a inibição do falido não possui carácter absoluto¹⁰.

O administrador da falência fica a representar o falido para todos efeitos de carácter patrimonial que interessem à falência (art.º 1095.º, n.º 3), ficam, pois, ressalvados os direitos exclusivamente pessoais ou estranhos à falência¹¹. Resulta deste preceito que o administrador não representa o falido nos actos que este pode praticar, sendo que estes são os exclusivamente pessoais (v.g., casamento, perfilhação), que, não tendo efeitos directamente patrimoniais, não são de molde a prejudicar a satisfação dos credores, e os estranhos à falência. Entendendo-se como tais aqueles que não são susceptíveis de afectar a liquidação judicial, que não respeitam nem à realização do activo, nem à determinação e verificação do passivo¹², por isso não interessam, no dizer da lei, à falência.

O falido ou, tratando-se de pessoa colectiva (v.g., sociedade comercial) os respectivos administradores ficam inibidos, o mesmo é dizer proibidos, de exercer o comércio¹³, assim como desempenhar qualquer cargo de titular de órgão (v.g, administrador, fiscal, secretário) de sociedade civil ou comercial. O fundamento destas inibições é, tradicionalmente¹⁴, assacado à necessidade de proteger o comércio das consequências da desconfiança que se gera no mercado relativamente ao falido, e que são susceptíveis de implicarem dificuldades no acesso ao crédito, perniciosas ao exercício de qualquer actividade económica¹⁵.

9 Fernando Olavo, pp. 167 e 168.

10 Ibidem.

11 Era a fórmula utilizada no n.º 3, in fine, do art.º 1189.º do Cód. Proc. Civ. de 1961, proveniente do art.º 700.º, § 1.º do Código Comercial de 1888, que passou ao art.º 22.º, § 2.º do Código de Falências, reproduzido no art.º 1158.º, § 2.º do Cód. Proc. Civ. de 1939.

12 José Gabriel Pinto Coelho, *Os efeitos da falência sobre a capacidade do falido, segundo o novo Código do Processo Civil*, ROA, 1943, Ano 3, n.ºs 1-2, pp. 201 ss.

13 Inibição que remonta ao art.º 29 do Código Comercial de 1833 (Ferreira Borges) (José Gabriel Pinto Coelho, *Lições de direito comercial*, 2.ª ed.ª rev., 1.º vol., Lisboa, 1945, p. 107), mas que o Código Comercial de 1888 (Veiga Beirão), a despeito de prevista no Projecto primitivo, não incluiu, dando azo a dúvidas sobre se o falido podia ou não exercer o comércio. Esta inibição foi reintroduzida no § 1.º do art.º 22.º do Código de Falências de 1935 (ibidem, p. 108; idem, 1943, p. 177), que passou ao art.º 1158.º, § 1.º do Cód. Proc. Civ. De 1939, e, com ligeiras modificações de redacção, ao art.º 1191.º do Cód. Proc. Civil de 1961.

14 Pinto Coelho, 1945, p. 111; A.Ferrer Correia, *Lições de direito comercial*, Reprint, Lex, Lisboa, 1994, pp. 102 e 103; Oliveira Ascensão, p. 651; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, p. 114; Rosário Epifânio, pp. 83 ss; Rita Amaral Cabral, *Dos pressupostos materiais da falência: Anotação ao Acórdão do STJ de 7-1-86*, ROA, Ano 47, vol. III, 1987, p. 936.

15 Fernando Olavo, 1970, p. 170.

Mas não é apenas a protecção do comércio que está em causa, pois de outro modo não se compreenderia que a inibição também abrangesse o exercício de cargos sociais em sociedades civis, que, por definição, se não dedicam ao exercício do comércio¹⁶. Por conseguinte, o que parece estar em causa é que as pessoas a quem a inibição atinge não possam desempenhar funções relacionadas com a administração de bens, traduzam-se tais funções no exercício do comércio, *rectius* de uma empresa comercial, por si, para si, ou para outrem. Na verdade, o exercício do comércio a que se refere a lei não é mais nem menos do que o exercício de uma empresa comercial, que se traduz na administração do concreto bem que é a empresa. Pois que esta implica a sua exploração, logo a sua administração, sob pena de se estiolar¹⁷. O falido, pessoa singular, ou os administradores do falido, pessoa colectiva, por outras palavras, o administrador da empresa singular, ou os administradores da empresa colectiva, porque a falência adveio, no entender da lei terão demonstrado uma ineptidão para o exercício de funções de administração¹⁸. Perpassa assim na lei a ideia de que a falência lhes é, de alguma sorte, imputável, à sua inabilidade ou ineptidão¹⁹, quando menos. E será essa inabilidade que a lei não quer que venha a ser causa de novos insucessos, em sede de administração

16 E do mesmo modo, tão-pouco se compreenderia a inibição para exercer o cargo de administrador de bens do incapaz (art.ºs 1789.º, n.º 2 e 1822.º, n.º 1, al. a) do Código Civil). O silêncio do Cód. Proc. Civ. de 1939, que continuava o dos diplomas anteriores sobre o assunto, quanto à administração de bens de terceiros, nomeadamente os da mulher e dos filhos menores ou interditos, era verberado por Pinto Coelho (1945, p. 124). Com efeito, depois de explicar que a inibição para o exercício do comércio e para o exercício de cargos sociais como administrador [que, a partir do D/L n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969 (fiscalização de sociedades anónimas), também valia para o cargo de membro do conselho fiscal de sociedades, por força do art.º 2.º, n.º 1, al. h), vide Fernando Olavo, 1970, p. 171, nota 2 da p. anterior] decorria “em geral da ineptidão para a gestão comercial”, continuava dizendo que a lei não tinha sido inteiramente coerente, pois não tinha estendido a inibição do falido para a administração de todo e qualquer património, nomeadamente os referidos (ibidem). Do mesmo modo, sublinhava Luiz da Cunha Gonçalves (Comentário ao Código Comercial, vol. III, Lisboa, 1918, p. 498) que a inibição do falido não o impedia de ser tutor, protutor ou vogal do conselho de família, contrariamente ao que era defendido por Barbosa de Magalhães (ibidem, nota 1), louvado no facto de a lei falar de interdição do falido e de o art.º 234.º, n.º 1 do Código Civil de 1867 vedar o exercício de tais cargos aos interditos. E entendia assim Cunha Gonçalves, justamente por considerar, contrariamente à doutrina dominante (Pinto Coelho, 1945, pp. 110 ss), que o falido não era incapaz, não sendo interdito no sentido com que o termo era usado no Código Civil (ibidem, p. 496). A inibição do falido veio a ser alargada ao exercício dos referidos cargos pelo Código Civil de 1966 (art.ºs 1953.º, n.º 1 e 1955.º, n.º 1, a que correspondem, respectivamente, os art.ºs 1809.º, n.º 1 e 1811.º, n.º 1 do Código Civil). Já não é vedado o exercício do cargo de tutor, embora nesse caso não possa administrar os bens do pupilo (art.º 1933.º, n.º 2 do Código Civil de 1966, a que corresponde ao art.º 1789.º, n.º 2 do Código Civil)

17 Orlando de Carvalho, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial. I - O problema da empresa como objecto de negócios*, Coimbra, 1967, p. 684.

18 Só isso explica, aliás, a inibição para o exercício do cargo de administrador de bens do incapaz (art.º 1822.º, n.º 1, al. a) do Cód. Civil), pois de outra sorte, e se fosse apenas o exercício do comércio que estivesse em causa, apenas quando do património do incapaz fizesse parte uma empresa tal inibição se justificaria, e, ainda assim, limitada à administração de tal empresa.

19 Particularmente eloquente nesse sentido era o preâmbulo do Código de Falências de 1935: “(...) a falência (...) em muitos casos, na maior parte, terá origem na ignorância, falta de diligência, imprevisão do comerciante, e que é preciso excluir da actividade mercantil as pessoas com êsses defeitos (...)”. O que levava Pinto Coelho (1943, p. 196) a dizer que “Perfilha-se a doutrina de que a falência revela ou denuncia certa incapacidade administrativa.”

quer de bens próprios, quer de bens alheios, quando imposta esta por lei^{20/21}. Independentemente das reservas (e não são poucas...) que possa merecer uma tal visão das coisas, parece ser a explicação plausível para o âmbito da referida inibição²².

Esta inibição pode ser afastada pelo juiz, a requerimento do interessado, ou sob proposta do administrador da falência, quando tal seja indispensável para o falido adquirir meios de subsistência, e contanto que o exercício em questão não prejudique a liquidação da massa falida (art.º 1097.º, n.º 2). Se se compreende sem dificuldades de maior que aqueles a quem atinge a referida inibição possam exercer o comércio para outrem (gerente de comércio) ou desempenhar funções em órgãos de sociedades quer civis quer comerciais, a um tempo angariando meios de subsistência e, no caso do falido empresário singular, fundos para a massa falida, pois que, dos rendimentos assim obtidos, a parte deles penhorável (art.º 707.º, n.º 1, al. a)) reverterá a favor da massa falida, enquanto bens futuros obtidos pelo falido (art.º 1095.º, n.º1), já a possibilidade do exercício do comércio em nome próprio apenas aos administradores da pessoa colectiva falida parece poder aproveitar. Na verdade, implicando este exercício uma organização de factores produtivos, mas estando todos os bens presentes e futuros do falido apreendidos para a massa falida, vê-se mal como é que ele e com quê irá exercer aquela actividade^{23/24}.

A ideia fundamental que preside à determinação das inibições do falido reside na preservação de certo património especialmente afectado à satisfação dos credores, pelo que os negócios jurídicos realizados pelo falido ulteriormente à sentença declaratória de

20 Como vimos, a lei não impede o falido de administrar bens de terceiros, mas apenas os seus bens próprios, apreendidos ou apreensíveis, involuntariamente, para a massa, e os de incapazes. Pelo que o que a lei veda é a administração legal de bens. No caso de terceiros capazes, a lei, obviamente, não se poderia substituir ao melhor juízo do respectivo interessado. Se este entende que o falido tem condições pessoais e profissionais adequadas para a administração dos seus bens, a lei não tem de se imiscuir. Sendo certo que o exercício do comércio, directa ou indirectamente, já a lei vedou ao falido, assim como o de ser membro de qualquer órgão de sociedade (art.º 1097.º n.º 1). Devendo até, segundo Rosário Epifânio (p. 80 e nota 135; contra, Pinto Coelho, 1943, pp. 196 e 197), e embora a lei o não diga expressamente, considerar-se abrangido na inibição o exercício do comércio em nome de terceiro (gerente de empresa: art.º 64.º do Código Comercial). Donde que a administração de bens de terceiro será, essencialmente, a que respeite a actos de administração geral do património, já não a respeitante ao exercício de uma empresa.

21 Isto, mesmo que se não queira ver aqui uma intenção punitiva da lei, como pretendem alguns (Rosário Epifânio, p. 71).

22 Ideia que se conforta na opinião de Pinto Coelho (supra, nota 16) que terá estado na base do alargamento da inibição do falido à administração de bens de incapazes.

23 Razões estas, aliás, em que se louvava Pinto Coelho (1943, pp. 177 ss; 1945, pp. 107 ss) para, em face do regime do Código Comercial de 1888, defender, contra a opinião da Revista de Legislação e Jurisprudência e de Francisco Fernandes e Marnoco e Sousa, que ao falido não lhe era permitido o exercício do comércio, a despeito de o código não ter previsto a inibição do falido para o exercício do comércio, que constava do art.º 29.º do Código Comercial de 1833.

24 Coutinho de Abreu (pp. 113 e 114), embora rara, não considera a hipótese inverosímil.

falência são inoponíveis (ineficazes²⁵) à massa falida (art.º 1103.º, n.º 1, 1.ª parte); mas, relativamente aos terceiros de boa fé com os quais o falido tenha celebrado negócios onerosos, apenas após o registo da sentença que decretou a falência (art.º 1103.º, n.º 1, 2.ª parte).

Negócios jurídicos inoponíveis à massa falida são todos os que a lei veda ao falido praticar. A massa falida porque destinada por lei a um certo fim, a satisfação dos credores existentes ao tempo da declaração da falência (credores da falência), há-de constituir um património imune a quaisquer actos prejudiciais do falido.

É precisamente esta ideia que leva a concluir ser a ineficácia restrita aos casos em que os negócios jurídicos realizados pelo falido podem prejudicar a massa. Se a beneficiam, já a ineficácia se não justifica, à luz do fundamento que informa o art.º 1103.º. Por isso, a lei permite que o administrador possa ratificar os actos praticados pelo falido depois da declaração da falência, se nisso houver interesse para a massa falida. Se o acto do falido prejudica a massa falida, o mesmo não é eficaz e logo não é susceptível de afectar a consistência do património da massa; se o acto é vantajoso para a massa, o administrador pode aproveitá-lo, ratificando o acto.

Quanto aos actos que o falido pode praticar e dos quais resulta um acréscimo do património do falido, embora o art.º 1103.º nada disponha, esse acréscimo vem a ingressar na massa falida, pois para ela serão apreendidos todos os bens do falido, mesmo aqueles que de futuro lhe advenham (art.º 1095.º, n.º 1).

De todo o modo, os actos praticados pelo falido em prejuízo da massa falida apenas não produzem efeitos contra ela, são-lhe inoponíveis, mas não são inválidos, pois que o falido não é incapaz. Consequentemente, uma vez levantados os efeitos da falência, o terceiro que com o falido tenha negociado pode exigir o cumprimento, p.e., tratando-se de um contrato de compra e venda, exigir a entrega do bem em causa, caso o mesmo não tenha sido liquidado no âmbito da falência; se foi liquidado, pode exigir a competente indemnização²⁶. Note-se, porém, que não pode exigir a satisfação do seu direito à massa, mesmo estando de boa fé, salvo o caso de a sentença de falência, à data do acto, ainda não estar registada (art.º 1103.º, n.º 1, 2.ª parte): ele não é um credor da falência, tão-pouco um credor da massa falida²⁷, mas tão-só um credor do falido.

25 Coutinho de Abreu, p. 111; Rosário Epifânio, pp. 130, e nota 293, e 131.

26 Ferrer Correia, p. 101; Coutinho de Abreu, pp. 111 e 112 e nota 76.

27 Credores da massa falida são aqueles cujos créditos surgiram do próprio processo (v.g., custas) ou da administração da massa falida, e aos quais a lei atribui um certa precedência em sede de liquidação (art.ºs 1136.º, n.º 1, 1139.º, n.º 2, 1160.º, 1163.º).

Outros efeitos da falência sobre a pessoa do falido são o dever de respeitar a fixação de residência decretada pelo tribunal [art.º 1089.º, n.º 1, al. a)], dever de apresentação no tribunal sempre que lhes seja determinado (art.º 1098.º). Trata-se de medidas tendentes a assegurar uma mais eficaz cooperação do devedor com a administração da falência. A fixação de residência determina a proibição de mudança de residência sem prévia autorização do tribunal, e destina-se a facilitar e tornar mais célere o contacto com o devedor (v.g., para efeitos de apresentação); por outro lado, evitar o perigo de fuga do devedor ou dos seus administradores, tratando-se de pessoa colectiva. A apresentação ao tribunal visa o esclarecimento de aspectos necessários à boa administração da massa falida. Quer um quer outro destes deveres se reconduzem a um mais amplo dever de colaboração com a administração da falência²⁸, em ordem à melhor satisfação possível dos interesses dos credores.

Para além destas limitações à sua liberdade de iniciativa, o falido está ainda sujeito a certas outras limitações determinadas na lei civil. Assim, não pode, tal como o insolvente, ser administrador de bens [art.º 1822.º, n.º 1, al. a) Cód. Civil]; pode ser tutor, mas não administrar os bens do menor ou incapaz (art.º 1789.º, n.º 2 Cód. Civil), pelo que também não pode ser curador do inabilitado (art.º 1789.º, n.º 2 ex vi art.º 139.º Cód. Civil); tão-pouco pode ser vogal do conselho de família (art.º 1809.º, n.º 1 Cód. Civil) ou protutor (art.º 1811.º Cód. Civil)^{29 / 30}.

De sinal contrário, encontramos a possibilidade de o falido, ou os seus administradores sendo o caso, pedirem alimentos à massa falida, caso não possam prover à sua subsistência, nem sequer por trabalho próprio (art.º 1099.º).

2. Extinção dos efeitos da falência e reabilitação do falido

Os efeitos que a falência determinou sobre o falido extinguem-se, não apenas quando estiverem pagos todos os credores ou quando haja concordata ou acordo de credores suspensivos, ou for perdoada a parte não recebida ou o total das dívidas (art.º 1183.º, als. a) e b)), mas ainda depois de terem decorridos 5 anos sobre o trânsito em julgado da sentença que tenha apreciado as contas finais do administrador da falência; quando não tenha havido instauração de procedimento penal e o juiz reconheça que o devedor ou, tratando-se de pessoa colectiva, o respectivo administrador agiu no exercício da sua actividade com lisura e diligência normal (art.ºs. 1183.º, als. c) e d)).

28 Catarina Serra, 2008, pp. 46 ss.

29 Supra, nota 12. Catarina Serra, 2008, p. 39, nota 41.

30 A lei veda, ainda, ao falido intencional a entrada em salas ou zonas de jogo (de fortuna ou azar) [art.º 24.º, n.º 1, al. 2) da Lei n.º 16/2001 (lei do jogo)].

Relativamente ao direito pretérito, verifica-se uma alteração dos pressupostos de extinção dos efeitos da falência em relação ao falido. Antes do novo Código, a extinção destes efeitos apenas se verificava, estando extinta a massa falida e completa a falta de bens, decorridos cinco anos e estando pagos 50% de todos os créditos³¹, ou 10 anos e estando pagos 25% de todos os créditos, ou 20 anos, independentemente da percentagem de créditos satisfeita (art.º 1283.º do Cód. Proc. Civ. de 1961).

O novo regime parece mais favorável ao devedor. Se hoje a situação de falência dura no máximo 5 anos, no direito pretérito era susceptível de durar 20 longos anos. Por outro lado, no regime actual, se o tribunal reconhecer que o devedor agiu no exercício da sua actividade com lisura e diligência normal, caso em que a falência foi meramente casual, nem sequer aquele prazo de cinco anos se aplicará, podendo o tribunal determinar a imediata extinção dos efeitos da falência em face do falido (art.º 1183.º, n.º 1, al. d))³².

Contudo, não se pode olvidar que o prazo de duração dos efeitos da falência em relação ao falido se conta no direito actual com base em pressuposto diverso do que relevava no direito pretérito. Apesar de a lei não dizer a partir de quando se contavam os prazos do n.º 1 do art.º 1283.º Cód. Proc. Civ. de 1961, considerava-se³³ ser da data da declaração da falência (art.º 1189.º do mesmo diploma). E parece que com razão. Na verdade, o preceito tratava do levantamento da inibição do falido, que era determinada pela sentença de falência (art.º 1189.º, n.º 1 Cód. Proc. Civ. de 1961), pelo que os prazos de 5, 10 e 20 anos indicados nas alíneas do referido art.º 1283.º Cód. Proc. Civ. de 1961, e porque se tratava do levantamento da inibição, se haveriam de contar da data em que a mesma se verificara. Não é assim no actual regime, pois a lei claramente significa que o prazo se conta da decisão que aprecie as contas finais do administrador da falência (art.ºs 1171.º, 1174.º e 1183.º, n.º 1, al. c)). Em todo o caso, tendo em conta que o prazo de liquidação é de 6 meses, prorrogável por período não superior a este³⁴, a pedido do administrador da

31 Todo e cada um dos créditos devia estar satisfeito nas percentagens requeridas, não bastando que, no total dos créditos, estivesse satisfeita a necessária percentagem. O que, como explica Pedro de Sousa Macedo (*Manual das falências*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1968, p. 124), era importante no caso de haver créditos privilegiados, pois, estando estes liquidados, o respectivo montante por si só ou com os pagamentos dos demais créditos comuns podia atingir as percentagens relevantes, sem que, contudo, relativamente a cada crédito comum tal se verificasse.

32 Rosário Epifânio, pp. 171 ss.

33 António Mota Salgado, *Falência e insolvência. Guia prático*, 2.ª ed. act., Editorial Notícias, Lisboa, 1987, pp. 192, 193); Rosário Epifânio, p. 171.

34 Isto, mesmo aceitando-se, contrariamente ao que parece ter sido a intenção da lei, que o prazo de liquidação ultrapasse o disposto no art.º 1131.º. Diz este preceito que o prazo da liquidação, que é fixado em 6 meses, pode ser prorrogado por período não superior a este. Dos dizeres da lei parece ser de concluir que essa prorrogação apenas se pode verificar uma vez, atendendo a que impõe que a liquidação seja (*deve ser*) concluída no prazo de 6 meses, parecendo excepcional a possibilidade de prorrogação, que tem o cuidado de dizer não poder ultrapassar aquele prazo. Por outro lado, o enfático comando da primeira parte da norma e a utilização, na segunda parte da mesma, do vocábulo “período” no singular leva-nos a pensar que a lei não quis que a liquidação se prolongue por mais de 12 meses. Se o prazo fosse susceptível de prorrogação por mais do que uma vez, a lei deveria ter usado o

falência, ouvido o Ministério Público, e que o período de inibição de 5 anos da al. c) do n.º 1 do art.º 1183.º se conta do trânsito em julgado da decisão que tenha apreciado as contas finais do administrador da falência, as quais devem ser apresentadas depois de finda a gerência do administrador (art.º 1171.º), é fácil perceber que o período de inibição, por referência ao direito pretérito, normalmente será muito inferior.

Finalmente, e contrariamente ao que sucedia no direito pretérito (art.º 1283.º, n.º 1, als. c) d) e e) do Cód. Proc. Civ. de 1961), no direito actual, a dimensão da satisfação dos direitos dos credores é irrelevante para efeitos da determinação do prazo de inibição. Por conseguinte, independentemente de estarem pagas, e da percentagem em que o estejam, as dívidas do devedor, os efeitos da falência relativamente ao falido extinguem-se, se não antes³⁵, cinco anos depois do trânsito da decisão sobre as contas finais do administrador da falência³⁶.

Tenha-se presente, contudo, que a extinção dos efeitos da falência não é um efeito automático³⁷ da verificação dos pressupostos indicados nas várias alíneas do art.º 1183.º. A extinção dos efeitos da falência resulta de uma decisão do tribunal proferida no processo de falência, a qual é suscitada por um pedido do falido, e tomará em consideração os documentos, bem assim as demais provas oferecidas pelo devedor, tendo em conta o parecer do administrador da falência (art.º 1183.º, n.º 2). Mas, se as provas apresentadas confirmarem alguma das hipóteses das alíneas do n.º 1 do art.º 1183.º, a extinção dos efeitos da falência terá de ser pronunciada.

plural “períodos”. Por outro lado, a lei foi, no seu *aggiornamento*, nitidamente influenciada pela disciplina da falência, e só desta, do CPEREF [Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência, aprovado pelo D/L n.º 132/93, de 23 de Abril e revisto pelo D/L n.º 315/98, de 20 de Outubro, que foi revogado pelo D/L n.º 53/2004, de 18 de Março (alterado pelos D/L n.º 200/2004, de 18 de Agosto, n.º 76-A/2006, de 29 de Março, n.º 282/2007, de 7 de Agosto, n.º 116/2008, de 4 de Julho e 185/2009, de 12 de Agosto, e pelas Leis n.º 16/2012, de 20 de Abril e n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro), que aprovou o novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, adiante designado CIRE], o qual não estabelecia qualquer prazo máximo para a liquidação, limitando-se a determinar que, a cada 6 meses, o liquidatário deveria apresentar contas (art.º 219.º, n.º 1 do CPEREF). Sendo que, justamente, porque o período de liquidação se poderia arrastar (e muitas vezes arrasta-se) por períodos consideráveis, a lei (art.º 185.º, n.º 3 CPEREF) determinava a aplicação dos fundos realizados em modalidades sem grande risco (v.g., depósitos a prazo). Na medida em que, contrariamente à fonte próxima, a lei, em vez de determinar a prestação de contas a cada 6 meses, impôs a conclusão da liquidação nesse prazo, susceptível de prorrogação, mas por período não superior, a lei quis claramente assegurar a celeridade do processo. Por outras palavras, enquanto o ponto de partida da fonte é o de que a liquidação se prolonga por mais de 6 meses, o da lei macaense é o de que não deve exceder aquele prazo. Contudo, em muitos casos, não é possível determinar-se, à partida, qual o prazo de liquidação, sobretudo sendo a falência complexa, como, por vezes, sucede. Pelo que, a despeito do que parece resultar da lei, julgamos que o juiz pode, se as circunstâncias da liquidação o exigirem, prorrogar o prazo de liquidação mais do que uma vez. Não pode é cada prorrogação ser superior a 6 meses. De algum modo, o legislador parece confirmar este entendimento ao ter previsto, no n.º 2 do art.º 1136.º, possibilidade idêntica à consagrada naquele art.º 219.º, n.º 1 do CPEREF. Sem prejuízo, e a fazer fé nas estatísticas (infra, nota 132), o ratio entre os processos de falência e de insolvência distribuídos e concluídos em cada ano parece confirmar o optimismo da lei.

35 Temos em vista a al. d) do n.º 1 do art.º 1183.º.

36 Rosário Epifânio, p. 171.

37 Ibidem, p. 175.

Se for decretada a extinção dos efeitos da falência, é do mesmo passo decretada a reabilitação do falido, quando se mostrem também extintos os efeitos penais que a falência tenha produzido (art.º 1184.º, n.º1).

A extinção dos efeitos da falência em relação ao falido (fim da inibição) implica a cessação das limitações a que o mesmo estava sujeito³⁸. Por conseguinte, o ex-falido passa a estar em condições de não só se poder dedicar de novo ao exercício de uma empresa, bem como de ser membro de qualquer órgão de sociedade civil ou comercial³⁹.

3. Situação do ex-falido após a extinção dos efeitos da falência quanto à responsabilidade pelos saldos devedores

Uma questão que se levanta com a extinção dos efeitos da falência, respeita à responsabilidade do ex-falido pelos eventuais saldos em dívida existentes nesse momento. A questão coloca-se porque a extinção dos efeitos da falência não está dependente, como vimos, da integral satisfação ou perdão do remanescente das dívidas do falido. Quando não seja este o caso, qual a posição do ex-falido relativamente aos seus credores pelos créditos não satisfeitos ou não integralmente satisfeitos no decurso do processo de falência? E qual a posição destes credores em face dos novos credores do ex-falido? Têm os credores da falência acção contra o ex-falido, pelo saldo dos seus créditos ou não? Se sim, gozam eles de alguma preferência relativamente aos novos credores ou não?

A lei não dá qualquer resposta a estas questões, contrariamente ao que sucede com o devedor insolvente, i.e. o não empresário comercial.

3.1 A responsabilidade do ex-insolvente pelos saldos em dívida

Nos termos do n.º 1 do art.º 1193.º, o devedor insolvente, mesmo depois de liquidada a massa insolvente, continua responsável para com os seus credores pelos saldos em dívida existentes àquele momento. E, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, os credores poderão requerer a apreensão para o processo de insolvência dos bens que, supervenientemente, advenham ao insolvente, os quais irão ser liquidados, e o respectivo produto utilizado para satisfação dos credores, na proporção dos respectivos créditos. Entendendo-se por bens supervenientes do insolvente aqueles que lhe advierem em momento ulterior à liquidação da massa insolvente, conforme determina o n.º 1 do art.º 1193.º.

38 Sousa Macedo, vol. II, pp. 112 e 113.

39 Do mesmo modo cessam as inibições para ser administrador de bens do incapaz, vogal do conselho de família ou protutor (supra, p. 36).

O facto de os bens supervenientes do insolvente poderem ser apreendidos no processo de insolvência significa que o momento da liquidação da massa insolvente e consequente pagamento aos credores da insolvência não determina a extinção do processo, por isso é que qualquer credor pode, após aquele momento, requerer a apreensão e liquidação dos bens que venham a ser adquiridos pelo insolvente, a qualquer título⁴⁰.

Questão que se levanta é a de saber se os credores se podem valer desta faculdade a qualquer tempo ou se, porventura, existem limites temporais para o efeito. A lei nada diz sobre o ponto, e, por isso, parece que o único limite que se pode considerar será aquele que resulta das regras gerais sobre prescrição: i.e, os credores podem, é verdade, requerer a apreensão para o processo de insolvência dos bens supervenientes do falido, mas apenas enquanto não se esgotar o prazo de prescrição dos seus créditos. Uma vez transcorrido este prazo, os créditos sobre o insolvente prescrevem, com as inerentes consequências: impossibilidade de o credor exigir judicialmente o cumprimento, mas gozando, em caso de pagamento pelo devedor, do benefício da *solutio retentio*. Com efeito, uma vez prescrito o crédito, a obrigação transmuda-se de civil em natural⁴¹, pelo que, se o devedor pagar, o pagamento é válido e não pode ser repetido (art.º 297.º⁴², n.º 3 do Código Civil).

De todo o modo não cabe dúvida, pelo que ao insolvente diz respeito, que aos credores lhes é assegurada a possibilidade de continuarem a responsabilizar o seu devedor, mesmo depois de liquidada a massa, pelo montante dos respectivos créditos, relativamente aos quais não lograram obter satisfação (art.º 1185.º, n.º 1). Essa responsabilização poderá ser efectuada dentro do processo de insolvência, evitando-se a necessidade de instauração de uma nova acção, e precavendo-se, do mesmo passo, que os bens supervenientes do devedor venham a ser apropriados egoisticamente por um ou alguns dos credores, em prejuízo dos demais.

3.2 A responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívida

E no que respeita aos credores do falido também vale a mesma solução? Quer dizer, suposto que todos ou parte dos créditos da falência não foram pagos, poderão os respectivos credores continuar a responsabilizar o devedor como sucede em sede insolvência,

40 Fernando Olavo, *Manual de direito comercial*, vol. I, Lisboa, 1964, p. 119, justamente, considerava se este um traço característico do processo de insolvência em face do processo falimentar: “Ao invés, a falência pode cessar ainda que não se tenha realizado a satisfação integral dos credores (...)”.

41 Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed.ª, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 183.

42 Corresponde ao art.º 304.º do Código Civil de 1966.

ou, pelo contrário, extintos os efeitos da falência em relação ao falido, os credores ver-se-ão impedidos de continuarem a responsabilizar o devedor pelos saldos em dívida? Por outras palavras, a extinção dos efeitos da falência determina a concomitante extinção dos créditos permanentes? A dúvida levanta-se, porque a lei, contrariamente ao que sucede em sede de insolvência, como vimos, nada prevê para a situação.

Com efeito, não encontramos na disciplina do processo de falência norma idêntica à do art.º 1193.º. Pelo que, dir-se-á, se a lei disse aqui e não ali é porque não pretendeu que a solução do processo de insolvência, no que respeita aos saldos em dívida, valesse no processo de falência. Na verdade, atenta a proximidade sequencial das disposições em causa, a extinção dos efeitos da falência em relação ao falido está regulada nos art.ºs 1183.º e 1184.º e a responsabilização do insolvente pelos saldos em dívida aparece regulada no art.º 1193.º, parece difícil de aceitar que se trate de mera distração do legislador. Depois, porque se trata de matéria que foi objecto de extensa reforma (a lei “encolheu” mais de 100 artigos!), pelo que mais difícil ainda se torna aceitar que a questão pudesse ter passado despercebida ao legislador. Tanto mais que, à data, em Portugal já se tinham alterado os dados do problema, com a unificação da disciplina da falência e da insolvência⁴³ efectuada pelo CPEREF, que não incluía norma correspondente ao art.º 1322.º Cód. Proc. Civ. de 1961. Será assim?

3.3 O argumento da diversidade temporal da introdução dos processos de falência e de insolvência no ordenamento jurídico português

Para explicar a aparente diversidade de soluções, poderia argumentar-se com a história da lei⁴⁴, invocando os diferentes momentos temporais da introdução no ordenamento jurídico português dos processos de liquidação de patrimónios a benefício dos credores. Sabido que, contrariamente à falência, o processo de insolvência apenas foi introduzido no ordenamento jurídico português em 1932, com o Decreto n.º 21 758, de 22 de Outubro⁴⁵, em diploma legal autónomo, pois, compreende-se que o legislador tenha previsto especificamente sobre a questão, sem que, contudo, tal quisesse significar necessariamente uma diversidade de soluções, quanto ao ponto, com a disciplina da falência. O legislador não teria tido em conta a disciplina da falência e teria regulado aqui a matéria que silenciara ali. Ideia, esta, de algum modo corroborada pelos autores coevos, que opi-

⁴³ Coutinho de Abreu, p.106; Rosário Epifânio, p. 26.

⁴⁴ O art.º 1193.º transcreve o art.º 1322.º do Cód. Proc. Civ. de 1961, que teve por fonte o art.º 1365.º do Cód. Proc. Civ. de 1939, o qual, por sua vez, remonta ao art.º 18.º do Decreto n.º 21 758, de 22 de Outubro de 1932.

⁴⁵ Em resposta às críticas sobre a dicotomia de regime de insolvência para os devedores comerciantes e não comerciantes (Rosário Epifânio, p. 26, nota 31; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 5.ª ed.ª, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 54 ss, e nota 81, onde se transcreve um eloquente trecho do preâmbulo do diploma).

navam, quer à luz do Código Comercial⁴⁶, quer do Código de Falências de 1899⁴⁷, quer do Código de Processo Comercial de 1905⁴⁸, no sentido de o falido continuar obrigado pelos créditos não pagos em *moeda da falência*, após o levantamento da inibição e consequente reabilitação.

Contudo, esta explicação tornar-se-ia talvez menos plausível com a introdução quer do processo falimentar, quer do processo de insolvência no mesmo diploma legal, a partir da aprovação do Cód. Proc. Civ. de 1939⁴⁹. O legislador quando decidiu incluir no mesmo diploma legal ambos os processos de liquidação de patrimónios a benefício dos credores, não poderia ter deixado de harmonizar as respectivas soluções. Isto é, se, enquanto os processos se encontram regulados em diplomas autónomos, se pode sustentar que a diversidade de soluções é irrelevante, pois resulta as mais das vezes do diferente circunstancialismo subjectivo e objectivo presente ao momento em que são preparados, já se torna mais difícil de aceitar quando são introduzidos no mesmo diploma legal. A menos que circunstâncias especiais expliquem que se tenha simplesmente transposto com diferente numeração os preceitos em questão para o novo Cód. Proc. Civ. de 1939. E a verdade, é que pode muito bem ter sido esse o caso⁵⁰.

Em 1935 foi publicado o novo Código de Falências⁵¹, o qual em 1939, como é sabido, foi incorporado no novo Código de Processo Civil⁵². Inicialmente, a matéria da falência não estava pensada para ser incluída no Código de Processo Civil, o qual apenas conteria a matéria da insolvência. Mas, já em sede de revisão ministerial⁵³, foi decidido que todo o direito processual devia constar de um mesmo diploma legal⁵⁴, pelo que foi necessário integrar a matéria do processo falimentar no novo diploma. Talvez resida nisto, a razão para a falada divergência.

46 Cunha Gonçalves, p. 527.

47 J.M. Barbosa de Magalhães, *Código de Falências anotado*, Lisboa, 1901, p. 350, apud Sousa Macedo, vol. II, p. 125.

48 J.M. Barbosa de Magalhães, *Código de Processo Comercial anotado*, vol. 2.º, 3.ª ed., Lisboa, 1912, p. 490.

49 Aprovado pelo Decreto n.º 29 637, de 28 de Maio de 1939.

50 A tais circunstâncias especiais alude Pinto Coelho (1943, p. 182), a propósito da desarmonia entre os preceitos da falência e da insolvência relativos ao alcance da inibição do devedor.

51 Aprovado pelo D/L n.º 25981, de 26 de Outubro de 1935.

52 Antunes Varela, J. Miguel Beza, Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 34.

53 Manuel de Andrade, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 21.

54 Decisão que mereceu o aplauso da doutrina (Antunes Varela, *ibidem*).

Esta situação manteve-se, a despeito das sucessivas reformas de que o Cód. Proc. Civ. foi alvo, com especial relevo para a que culminou no Cód. Proc. Civ. de 1961⁵⁵, e, finalmente, a de 1999, que resultou no novo Cód. Proc. Civ. de Macau.

3.4 A diversa situação do falido e do insolvente

Por outro lado, poder-se-ia também argumentar com a diferente situação dos devedores: um comerciante, na falência, um homem de negócios, pois, particularmente apto e diligente, ciente dos riscos e consequências dos seus negócios; um não comerciante, na insolvência, normalmente inexperiente, justificando uma particular clarificação da sua situação. Por outras palavras, ao comerciante seria desnecessário dizer-lhe que a sua responsabilidade se manteria até integral pagamento das suas dívidas, independentemente da extinção dos efeitos da falência e levantamento da respectiva inibição, pois que o mundo do comércio, enquanto *mundo dos egoísmos contabilizados*, é incompatível com qualquer espécie de contemporização com os mais fracos ou menos capazes: no mundo do comércio, se nem sempre o sucesso representava a fortuna, o insucesso significava a penúria. Ninguém tinha dúvidas sobre isso. Sobretudo, tendo em conta a história das consequências legais que se abatiam sobre o devedor comerciante^{56 / 57}.

Já no que respeita aos não comerciantes, a sua insolvência poderia suscitar a ideia de que, uma vez liquidado o património do devedor, nada mais havendo para agredir, só restaria livrar o devedor dos seus credores e deixá-lo recomeçar de novo. Tanto mais que, em regra e contrariamente ao que sucedia na falência, os montantes envolvidos seriam relativamente modestos. Contra isso, a lei claramente significava que o devedor civil manter-se-ia obrigado até integral satisfação dos seus credores ou prescrição dos créditos.

55 Como diz o Professor João de Castro Mendes (*Direito processual civil*, I, AAFDL, Lisboa, 1980, pp. 163 e 164), em boas contas “Não é mais do que uma nova redacção do Código de 1939. Mas como o artigo 1.º da sua lei preambular se lhe refere como um código autónomo, parece curial chamar-se-lhe, como é já de uso, Cód. Proc. Civ. de 1961.”

56 Que podiam determinar a morte civil do falido (Pinto Coelho, 1943, p. 176). Era o que sucedia no regime do Code de Commerce: o falido era preso, era declarada a sua morte civil, a mulher perdia todos os seus bens, e o devedor era em regra condenado por bancarrota simples ou fraudulenta (Corinne Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 3.ª ed.ª, Montchrestien, Paris, 1999, p. 10). Lembre-se o relato pungido de Sto. Ambrósio (séc. IV), transcrito em Pedro de Sousa Macedo, *Manual de direito das falências*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1964, p. 25, em nota, lembrado por Soveral Martins (Pai), *Processo e direito processual. Noções complementares*, Centelha, Coimbra, 1980, p. 233, nota 134: “(...) tenho visto, eu próprio, o miserável espectáculo da venda de crianças em leilão para pagar as dívidas de seu pai, herdeiros de tal infelicidade sem terem herdado os bens; e o credor não se envergonha desta enormidade. Ele insiste, ele inquieta-se, ele vende. O meu dinheiro, grita, engordou-os; que a sua servidão pague os seus alimentos; que sejam leiloados para pagar a despesa feita (...)”.

57 Sobre estas consequências desde a antiguidade, vide Sousa Macedo, 1964, pp. 21 ss; Menezes Leitão, p. 29; Saint-Alary-Houin, pp. 6 ss.

Assim sendo, do facto de a lei ter expressamente estabelecido, em sede de insolvência, que o devedor continua obrigado pelos saldos devedores não se poderia retirar qualquer consequência hermenêutica em sede de falência, a despeito de no regime desta se não encontrar norma idêntica: o falido continuaria obrigado, mesmo depois de levantada a inibição falimentar, até integral satisfação dos respectivos credores.

3.5 Silêncio eloquente e benefício da actividade comercial?

Noutra linha argumentativa, poder-se-ia dizer que o silêncio da lei é eloquente (*be-redtes Schweigen*): a lei não diz em sede de falência, o que expressamente menciona no art.º 1193.º, n.º 1, porque quis assegurar ao devedor comerciante um *favor commercii*: a possibilidade de começar de novo (*fresh start*), liberto das grilhetas (dívidas) dos insucessos pregressos. Por outras palavras, o falido, uma vez liquidada a massa falida e levantados os efeitos da falência, deixaria de ser responsável pelas dívidas da falência, pelo que as mesmas não lhe poderiam mais ser exigidas. O processo falimentar destinar-se-ia, precisamente, a isso: resolver a situação de uma vez por todas, em ordem a que quer os credores, quer o devedor, uma vez terminada a instância falimentar, comesçassem de novo. Tanto mais que esse recomeço, não estando pagos, pelo menos, 25% de todos os créditos, apenas poderia acontecer após o decurso de 20 anos⁵⁸, como vimos (art.º 1283.º, al. e) do Cód. Proc. Civ. de 1961⁵⁹).

3.6 A divergência com as fontes

Acresce que tal silêncio contraria as suas fontes, quer de direito interno, o Código Comercial de 1833, quer de direito externo, o *Codice di Commercio* italiano de 1882 e

58 Em face do art.º 744.º, n.º 3 do Código Comercial de 1888, o falido só podia ser reabilitado se tivesse pago pelo menos 25% dos seus débitos, o que significava que se podia manter nessa condição a vida toda (Barbosa de Magalhães, *Código de Fallencias anotado*, Parceria Antonio Maria Pereira, Livraria-Editora, Lisboa, 1901, pp. 349 e 350; idem, 1912, p. 490). No Código de Falências de 1899, os n.º 2 e 3 do art.º 744.º do Código Comercial de 1888, passaram a ser os n.ºs 3 e 4 do art.º 154.º, tendo os respectivos prazos sido reduzidos a metade, e acrescentado um novo prazo (20 anos), para o que foi introduzido um n.º 5 no preceito, decorrido o qual a interdição era levantada, independentemente da percentagem de créditos satisfeita (ibidem).

59 Este preceito remonta à 1.ª parte do art.º 743.º e ao art.º 744.º do Código Comercial de 1888, reformulados num preceito único, o art.º 154.º, no Código de Falências de 1899, código este que foi incorporado, no cumprimento do disposto no art.º 3.º do Decreto de 26 de Julho de 1899 que o aprovou, no Código de Processo Comercial de 1905, ficando este preceito a ser o art.º 333.º, que passou ao Código de Falências de 1935, sob o art.º 212.º, o qual passou ao art.º 1317.º do Cód. Proc. Civ. de 1939. De tal sorte que o art.º 1283.º do Cód. Proc. Civ. de 1961, a despeito de organizado em alíneas, na al. d) manteve a redacção, respectivamente, dos n.ºs 4 do art.º 154.º do Código de Falências de 1899, do art.º 333.º do Código de Processo Comercial de 1905, do art.º 212.º do Código de Falências de 1935 e do art.º 1317.º do Cód. Proc. Civ. de 1939, que estavam organizados em números, e, por isso, os referidos n.ºs 4 terminavam referindo-se ao disposto no número anterior: "(...) verificando-se as outras circunstâncias do número precedente;" (negr. nosso). Estando o art.º 1283.º do Cód. Proc. Civ. de 1961 organizado em alíneas, o que a al. d) in fine devia dizer seria: "(...) a que alude a alínea precedente;"

o *Código de Comercio* espanhol de 1885 ⁶⁰, e, de forma mais remota embora, o *Code de Commerce*, na medida em que foi a fonte primeira de todos os códigos comerciais de novecentos.

3.6.1 Divergência com a fonte interna: o Código Comercial de 1833

A responsabilização do falido pelos saldos não liquidados das dívidas da falência estava expressamente consagrada no art.º 1262 do Código Comercial de 1833. Nos termos deste preceito: *“Os credores, não satisfeitos integralmente de seus créditos pela liquidação e repartição dos da massa, conservam contra o falido acção pelo resíduo, e contra os bens, que de futuro possa adquirir.”* Com o art.º 1262, a lei afastava quaisquer dúvidas que se pudessem levantar do regime da reabilitação do falido, tendo em conta a respectiva fonte, o *Código de Comercio* espanhol de 1829 ⁶¹.

Vejamos: O art.º 1265 do Código Comercial de 1833 dispunha que, sendo a falência resultante de caso de força maior ou fortuito, o comerciante podia ser reabilitado⁶² se estivesse inteiramente cumprida a concordata, ou, não tendo esta sido acordada, se estivesse completa a extinção da massa falida em benefício dos credores. Comparando este preceito com o disposto, quando a quebra fosse culposa, no art.º 1266, que expressamente exigia *“o pagamento de todas as dividas liquidadas no processo de quebra”*, e no art.º 1267, que, mesmo com concordata, impunha *“a inteira solução e satisfação da totalidade de suas dividas passivas liquidadas, posto que amortizadas por pagamentos posteriores ao acabamento do processo de quebra.”*, poder-se-ia ser levado a concluir que, se a falência fosse casual, o falido não estaria obrigado a satisfazer a totalidade das suas dívidas, mas apenas a liquidação da massa em satisfação dos credores. Com o que, com a sua reabilitação, o ex-falido ficaria liberado da responsabilidade pelas dívidas anteriores.

⁶⁰ A fonte mais importante do Código Comercial de 1888 foi o *Codice di Commercio* italiano de 1882 (aprova-do pelo Decreto 31 ottobre 1882), de tal sorte que, entre as muitas críticas que o novo código mereceu, como nos informa Barbosa de Magalhães (*Lições de direito comercial português*, coligidas por Raul Bessonne D'Abreu, Lisboa, 1917, p. 54), uma foi a “de ser uma tradução má do Codigo italiano”. Outra importante fonte foi o *Código de Comercio* espanhol de 1885 (aprovado pelo Real Decreto de 22 de agosto de 1885) (ibidem, p. 51; Fernando Olavo, p. 44), onde foi beber, p.e., a inspiração do sistema de enumeração implícita dos actos de comércio da primeira parte do art.º 2.º (*Codigo Commercial Portuguez*, seguido de um *Appendice* contendo o relatório do ministro da justiça, os pareceres das comissões das camaras de deputados e pares do reino e a discussão em ambas estas camaras sobre o projecto d’aquelle codigo, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1889, p. 272; Barbosa de Magalhães, p. 93). Que estes dois códigos foram as fontes principais do Código Comercial de 1888 di-lo o relatório do Ministro dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça, que precedia a proposta de lei apresentado à Câmara dos Deputados, na sessão de 17 de Maio de 1887: “Para essa reforma, embora se tomassem como base, o codigo actual, e as suas alterações parciaes, deviam ter-se em vista os codigos commerciaes, ultimamente, publicados no estrangeiro, e d’entre estes, especialmente, – não só por serem os mais recentes, mas pela identidade de circunstancias d’esses paizes, – o de Italia, de 31 de outubro de 1882, e o de Hespanha, de 22 de agosto de 1885 (...)” (*Codigo Commercial Portuguez*, 1889, pp. 263 e 264; e, de novo, na p. 275).

⁶¹ *Decretado, sancionado y promulgado el 30 de mayo de 1829.*

⁶² Apesar de o art.º 1132 do Código Comercial de 1833 determinar que o falido ficava inibido da administração dos seus bens presentes e futuros, a lei não distinguia o levantamento da inibição da reabilitação.

Conclusão que se poderia sustentar na fonte dos art.ºs 1266 e 1267 do Código Comercial de 1833: os artigos 1171 e 1172 do *Código de Comercio* espanhol de 1829. Na verdade, o art.º 1266 era prática tradução do artigo 1171⁶³ do código espanhol, como o art.º 1267 o era do artigo 1172⁶⁴ daquele código, embora com algumas diferenças. Enquanto o preceito espanhol não qualificava a situação do falido, limitando-se a referir os falidos de primeira e segunda classe⁶⁵, o preceito português restringia o âmbito subjectivo da norma ao falido culposo. O código espanhol não tinha preceito correspondente ao art.º 1265 do nosso código de 1833, porque a situação estava abrangida no artigo 1172 daquele diploma. Enquanto o código espanhol subordinava a reabilitação do falido à integral satisfação dos credores do falido, o código português, no que respeitava ao falido casual, bastava-se com a extinção da massa falida. No código espanhol, o problema da responsabilidade pelas dívidas anteriores depois da reabilitação não se colocava, pois esta apenas com a satisfação integral das mesmas podia ocorrer. Mas a questão já se colocava no regime do código português, pois a reabilitação do falido, sendo a falência casual, não estava dependente da satisfação completa das dívidas anteriores. Ora, atenta a divergência neste aspecto da norma portuguesa em face da sua congénere espanhola, poder-se-ia ser levado à conclusão de que a lei portuguesa, contrariamente à espanhola, teria pretendido livrar o falido casual da responsabilidade pelas dívidas da falência, depois da sua reabilitação.

Contudo, o que nos preceitos do Código Comercial de 1833 citados se tratava não era da responsabilidade do falido pelas dívidas não liquidadas depois de extinto o processo de quebra, mas apenas dos pressupostos da reabilitação do falido. Esta reabilitação estava, compreensivelmente, sujeita a pressupostos menos exigentes para a falência casual do que os que eram impostos em sede de quebra culposa. Mas daí não se podia, sem mais, concluir que o falido reabilitado ficasse liberado da responsabilidade pelas dívidas não liquidadas no processo falimentar. Por outras palavras, do art.º 1265 do Código Comercial de 1833 não se poderia concluir que, na falência casual, a reabilitação do falido

63 Artículo 1171

Los quebrados culpables pueden ser rehabilitados, acreditando el pago íntegro de todas las deudas liquidadas en el procedimiento de quiebra, y el cumplimiento de la pena correccional que se les hubiere impuesto.

64 Artículo 1172

A los quebrados de primera y segunda clase será suficiente para que obtengan la rehabilitación que justifiquen el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubieren hecho con sus acreedores. Si no hubiere mediado convenio estarán obligados á probar que con el haber de la quiebra, ó por entregas posteriores, si éste no hubiere sido suficiente, quedaron satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra.

65 Pertenciam à primeira classe, os que, tendo meios suficientes para fazer face a todas as dívidas, tivessem suspenso os respectivos pagamentos temporariamente, pedindo um prazo aos seus credores para obter liquidez, aquilo a que chamaríamos uma moratória preventiva (artigo 1003), e à segunda classe, aqueles que tivessem falido por circunstâncias exteriores (a quien sobrevienen infortúnios causales e inevitables en el orden regular y prudente de una buena administración) à administração (artigo 1004). Em suma, os que, em boas contas, não eram falidos, apenas tinham suspenso pagamentos e pedido uma moratória (preventiva) aos seus credores e os falidos casuais.

determinava a desresponsabilização pelas dívidas não liquidadas no processo falimentar. A lei não se referia a essa questão. Se a falência fosse culposa, a reabilitação do falido estava condicionada à integral satisfação dos credores; se a falência fosse casual, à extinção da massa falida, tão-só. Mas reabilitação e desresponsabilização pelas dívidas anteriores não são sinónimos: uma não implica a outra, nem a lei em lado algum o pressupunha ou determinava.

E, justamente, porque reabilitação e desresponsabilização pelas dívidas anteriores não são sinónimos, e porque, contrariamente à sua fonte, a lei não fez depender da integral satisfação dos credores a reabilitação do falido casual, teve necessidade de regular esta última questão expressamente no art.º 1262. Ficando assim claro, e para que dúvidas não restassem, de que o falido ficava obrigado perante os credores falimentares até à integral satisfação das suas dívidas. Nisto o sistema do código velho era exemplar: claramente separava a questão da responsabilidade das dívidas não liquidadas no processo falimentar da questão da reabilitação do falido, como diversas que são.

Por conseguinte, o código novo não seguiu o velho, silenciando onde este tinha prudentemente falado.

3.6.2 Divergência com as fontes externas: O *Codice di Commercio* italiano de 1882 e o Código de Comercio espanhol de 1885

Se não seguiu a sua fonte interna, tão-pouco seguiu as fontes externas. Assim, a principal fonte do Código Comercial de 1888, o *Codice di Commercio* italiano de 1882⁶⁶, expressamente previa sobre o ponto, no art.º 815, 1: “Realizadas a distribuição do património mobiliário e imobiliário do falido, extingue-se o procedimento de falência, mas cada um dos credores conserva os seus direitos ao pagamento do crédito remanescente.”; e, no art.º 817, dizia-se que, uma vez verificada a insuficiência do activo, o tribunal podia declarar o encerramento da falência, depois de ouvido o curador, a delegação dos credores e o falido; tal declaração restituía aos credores o exercício dos seus direitos sobre os bens do falido⁶⁷. Em face do *Codice di Commercio* italiano de 1882, era pois claro que

⁶⁶ Supra, nota 60. O código italiano terá tido influência na disciplina da falência do nosso código de 1888, porquanto, como nos informa o citado relatório do Ministro dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça, a mesma foi preparada pelo advogado Vicente Rodrigues Monteiro, cuja escolha resultou de ter sido o relator dos trabalhos da comissão da Associação de Advogados de Lisboa que, durante o ano judicial de 1885-1886, se havia ocupado de parte da matéria da falência, tendo por base de discussão, justamente, o livro correspondente do código de comércio italiano de 1882, que, para o efeito, havia sido traduzido pelo sócio Carlos José de Oliveira, e distribuído pelos sócios da mesma associação (*Codigo Commercial Portuguez*, 1889, p. 263).

⁶⁷ Solução mantida no art. 120, n.º 2, da *legge fallimentare* (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 246) (vide, Giampaolo de Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milão, 1989, p. 253), mas modificada pelo *Decreto Legislativo 9 gennaio 2006, n. 5*, que introduziu a possibilidade de esdebitazione das pessoas singulares pelo resíduo

os credores mantinham os seus direitos contra o falido até integral pagamento, mesmo depois de encerrada a falência⁶⁸. E, nos termos do art.º 816, do mesmo código italiano, a eliminação do registo de falidos, não se verificando as circunstâncias do art.º 839.º (concordata homologada e o falido ser merecedor de especial consideração), apenas era admitida quando o falido tivesse pago integralmente todos os créditos admitidos à falência⁶⁹.

No *Código de Comercio* espanhol de 1885, outra das principais fontes do Código Comercial de 1888⁷⁰, não só se previa a responsabilização do falido pelos saldos devedores no momento da extinção da liquidação, nos termos do artigo 907⁷¹, como a reabilitação do falido, nos termos do artigo 921, apenas se poderia verificar ou pelo cumprimento integral do *convenio*⁷² celebrado com os credores, ou, não tendo sido celebrado *convenio*, se com o produto da falência (*haber de la quiebra*) ou mediante pagamentos ulteriores tivessem ficado liquidadas todas as obrigações relacionadas com a falência⁷³.

Ora, o Código Comercial de 1888 não só, contrariamente quer ao Código Comercial de 1833, quer ao código italiano e ao código espanhol não continha norma expressa relativa a este aspecto, como tão-pouco consagrou uma solução aparentada ao artigo 921 do *Código de Comercio* espanhol de 1885. Sendo que o silêncio (que não foi o prudente de Conrado...) do Código de Veiga Beirão foi sendo repetido nos sucessivos diplomas legais que regularam a matéria da falência. Até hoje.

3.7 A posição da doutrina

Poder-se-á, então, dizer que, atentas as suas fontes, a lei quis regular diversamente tal aspecto, e por isso é que, em sede de insolvência, por atenção a diferentes interesses (os dos credores não comerciantes), decidiu o contrário e responsabilizou o devedor pelos saldos em dívida?

dos créditos não liquidados no processo falimentar, verificados certos pressupostos, nomeadamente que algo tenha sido pago aos credores (art. 142), e pelo *Decreto Legislativo 12 settembre 2007*, n. 169.

68 Manuel Cuzzi, in *Il codice di commercio commentato*, coordenado León Bolaño, Alfredo Rocco, César Vivante, vol. XIX, tradução argentina por Jorge Rodríguez Aime e Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, p. 148.

69 Soluções, aliás, idênticas às dos arts. 604 e 605 do *Code de Commerce*.

70 Supra nota 56.

71 Emilio Beltrán, *Las deudas de la masa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonha, 1986, p. 259.

72 Sousa Macedo (vol. I, p. 70 ss; vol. II, pp. 429 ss, especialmente 432) usava o vocábulo *convénio* para significar o conjunto dos meios preventivos ou suspensivos da falência: a concordata, moratória e acordo de credores.

73 Solução que remontava ao artigo 1172 do Código de Comercio de 1829, mas, contrariamente a este, aproveitando também ao falido culposo. Em contrapartida deixou de se mencionar o devedor que tivesse suspenso pagamentos.

3.7.1 Antes e durante a vigência do Código Processo Civil de 1961

Dos autores coevos que sobre a questão, como vimos, se pronunciaram, pelo menos dois optaram, sem quaisquer dúvidas, pela possibilidade de os credores poderem agir contra o devedor até à integral satisfação dos seus créditos. Assim, Cunha Gonçalves⁷⁴ escrevia: “(...) e este rateio é que demonstra a percentagem que os crêdores têm ainda a exigir ao falido, pelos bens que este vier a adquirir, até à data em que os créditos ficarão extintos por prescrição. É certo que, antes de terminar o *prazo da prescrição e mesmo que os credores não estejam integralmente pagos, pode o falido, em certas condições, ser rehabilitado; mas, a reabilitação não envolve, só por si, a extinção do direito dos credores; só restitue ao falido a plenitude da sua capacidade civil e comercial.*”. Também Barbosa de Magalhães⁷⁵ se pronunciou no mesmo sentido, escrevendo: “*O levantamento da interdição não extingue os créditos contra o fallido. Nem ha disposição expressa que lhe dê tal effeito, nem isso se póde deduzir de principio algum de direito.*

Já houve quem dissesse que sim, mas por mal pensadas razões.

A restituição do fallido ao exercicio dos direitos civis não o exonera de pagar a quem deve, e pelo contrário o colloca em melhores condições de o fazer.

*Se o estado de fallencia se declara no interesse dos crêdores e do devedor, não deve levantar-se a interdição no exclusivo interesse d’este. A lei equipara o pagamento integral ou perdão dos crêdores ao decurso de certos prazos esgotada a massa, mas só para o effeito de cessar a incapacidade do fallido, e não de lhe extinguir as obrigações, que devem ser sempre pontualmente cumpridas.”*⁷⁶. Contudo, quer Cunha Gonçalves, quer Barbosa de Magalhães escreveram antes da publicação do Decreto n.º 21 758, de 22 de Outubro de 1932, que introduziu o processo de insolvência no ordenamento jurídico português, pelo que não podiam ter tomado em conta e analisado as implicações levantadas pelo preceito que neste diploma responsabiliza o devedor insolvente pelos saldos em dívida. Fica, contudo, a lição de que, para a melhor doutrina da então, o levantamento dos efeitos da falência não implicava a extinção dos créditos remanescentes.

74 1918, p. 527.

75 1901, p. 350 (idem, 1912 pp. 490 e 491). Quem “por mal pensadas razões” teria dito que o levantamento da interdição extingua os créditos contra o falido era o Cons. da Associação dos Advogados de Lisboa, na Revista de Direito Comercial, IV, p. 261 (ibidem, p. 350, nota 2; idem, 1912, p. 490, nota 3). Deste excerto, conclui-se que o problema, que aqui vimos debatendo, tinha sido colocado e discutido em face do regime do Código Comercial de 1888. O que, quanto mais não seja, serve para confortar a pertinência da discussão que se vem fazendo no presente texto.

76 Tirando o segundo parágrafo, este trecho é transcrito em Sousa Macedo, vol. II, p. 125.

Já na vigência do Código de Falências de 1935, e, por conseguinte, do Decreto n.º 21 758, de 22 de Outubro de 1932, Artur Pavão da Silva Leal⁷⁷ pronunciou-se no sentido de o falido permanecer obrigado a satisfazer os créditos até integral pagamento. Considera este autor que o pagamento a que está obrigado o falido em face dos seus credores, “(...) *não é apenas o da percentagem estabelecida na falência. É o do saldo não pago pelo processo de falência, porque os créditos, cujo pagamento foi reclamado no processo de falência, subsistem até integral pagamento.*” Mais diz, claramente inspirado em Barbosa de Magalhães, que o facto de a lei, uma vez esgotada a massa falida, equiparar o decurso de certos prazos a pagamento integral ou perdão dos devedores apenas respeita à cessação da “incapacidade” do falido, mas não extingue as suas obrigações, as quais devem ser integralmente cumpridas⁷⁸.

Dos autores modernos, que consultámos, e que analisaram as implicações do levantamento dos efeitos da falência quanto aos créditos remanescentes, em sede do regime falimentar e insolvencial do Cód. Proc. Civ. de 1961, Sousa Macedo⁷⁹, pronunciou-se no sentido da manutenção da responsabilidade do ex-falido: “ *O levantamento da inibição não extingue os créditos. Ao tempo do Código Comercial de 1888 opinou-se em sentido inverso, mas sem fundamento.*”, transcrevendo, para fundamentar a sua posição, como vimos⁸⁰, um trecho de Barbosa de Magalhães⁸¹. Também Mota Salgado⁸² parece aceitar a ideia de que o ex-falido continua responsável pelos mesmos até integral pagamento, ao louvar-se, igualmente, da opinião de Barbosa de Magalhães. Por conseguinte, ambos os autores se apoiavam, na fundamentação do entendimento de que o ex-falido continuaria a responder pelo remanescente dos créditos não liquidados no processo falimentar, em Barbosa de Magalhães. No entanto, as opiniões deste autor foram expressas antes de 1932.

O Professor Fernando Olavo⁸³, a propósito da falência não fazia qualquer referência ao problema, mas, no confronto a que procedia entre a falência e a insolvência, chamava a atenção [“Por fim, convém notar que, (...)”] para o facto de o insolvente continuar responsável pelos saldos em dívida, uma vez liquidada a massa insolvente⁸⁴. E de seguida

77 *Das falências e concordatas*, vol. II, Lisboa, 1937, pp. 258 e 259.

78 Ibidem, p. 259; é óbvia a influência da transcrita passagem de Barbosa de Magalhães.

79 Vol. II, p. 124.

80 Supra, p. ant.

81 E terá sido neste autor que Sousa Macedo colheu a informação de que a questão da responsabilidade do falido pelas dívidas não solvidas ao momento do “levantamento da interdição” se mantinha até integral pagamento.

82 1987, p. 194 e nota 11.

83 1970, pp. 179 ss.

84 Aliás, é nota que os AA costumam acentuar, sem que, contudo, retirem qualquer implicação por confronto

repetia o disposto no n.º 2 do art.º 1322.º do Cód. Proc. Civ. de 1961. Pelo que não se percebe se a opinião do autor era no sentido de que este aspecto do regime da insolvência constituía uma singularidade, sem correspondente na falência ou não. Na edição de 1964, contudo, concluía com um período que não aparece na versão de 1970, e no qual dizia que a falência, contrariamente à insolvência, podia cessar ainda que não tivessem sido satisfeitos todos os créditos. Por conseguinte, entendia que o regime era diverso na falência e na insolvência, no que respeitava aos pressupostos da cessação de uma e de outra. Naquela, ao invés desta, a cessação do estado de falência não dependia da integral satisfação dos credores. Ou seja, enquanto não inteiramente satisfeitos os direitos dos credores, o devedor permanecia em estado de insolvência; já o estado de falência, mesmo que não inteiramente satisfeitos todos os créditos da falência, poderia terminar nos casos do art.º 1283.º, n.º 1.ªs. a), c), d) e e) do Cód. Proc. Civ. de 1961. Por outras palavras, enquanto que o levantamento da inibição do falido cessava o estado de falência, o levantamento da inibição do insolvente não extinguia o estado de insolvência, que permanecia até integral cumprimento dos direitos dos credores.

O que é correcto.

Quanto à questão de saber se a verificação das situações indicadas nas várias alíneas do n.º 1 do art.º 1283.º do Cód. Proc. Civ. de 1961, para além de extinguir os efeitos da falência em relação ao falido, também determinava a extinção dos créditos que, porventura, não tivessem sido liquidados, o Professor Fernando Olavo nada dizia. Sendo certo, como se disse, que o trecho referido da edição de 1964 já não aparece na edição de 1970.

Tanto quanto sabemos, em sede do regime do Cód. Proc. Civ. de 1961, nenhum outro autor abordou expressamente a questão.

3.7.2 Depois da entrada em vigor do CPEREF

A questão veio a ser abordada expressamente, mas já no âmbito do regime falimentar instituído no CPEREF⁸⁵, pelo Professor Oliveira Ascensão⁸⁶, que defendeu que, uma vez

com o regime da falência (p.e., Mota Salgado, p. 225; recentemente, Menezes Leitão, p. 55: “O devedor continuava, no entanto, obrigado ao pagamento do remanescente, em caso de insuficiência do saldo (art.º 18.º).” E o falido não? Perguntamos nós!).

85 Que, como é sabido, acabou com a tradicional distinção e autónoma regulamentação da falência (comerciantes) e da insolvência (não comerciantes), submetendo todos os devedores insolventes ao processo de falência (Coutinho de Abreu, p. 106; Rosário Epifânio, p. 26).

86 Ibidem, pp. 677 e 678. Implicitamente, no sentido da continuação da responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívida, vide Rosário Epifânio, pp. 419 ss (quanto à posição desta A, de seguida em texto).

levantada a falência, se verificava a extinção dos créditos, ou respectivos saldos permanentes, não podendo os credores em causa exigir o pagamento dos mesmos ao falido, sob pena de, em termos práticos, o ex-falido continuar falido no período de pós-falência⁸⁷. Isto, na medida em que entendia que a falência, tratando-se de um processo de execução universal⁸⁸, produziria a extinção de todas as situações anteriores, independentemente do grau de sucesso da mesma: “Dela resulta uma juridicidade nova substitutiva da preexistente.”⁸⁹ Por conseguinte, para este Professor, a extinção da falência representaria sempre um *fresh start*⁹⁰.

Não abordando, expressamente, a questão de saber se o ex-falido continua responsável pelos saldos em dívida, outro parecia ser o entendimento de Maria do Rosário Epifânio em face do regime do CPEREF. Com efeito, diz a autora que os efeitos da falência determinam um congelamento da massa falida, mas não têm carácter definitivo. Terminam com a extinção dos efeitos da falência relativamente ao falido. Donde conclui que, a partir desse momento, cessa a proibição de compensação de dívidas dos credores do falido com os créditos que tenham perante a massa falida, se passam a contar juros ou outros encargos quanto ao **remanescente** dos créditos da falência não satisfeitos, e o valor do **remanescente** das obrigações expressas em moeda estrangeira ou sujeitas a qualquer factor de actualização deixa de se reportar à data da declaração de falência⁹¹. O que supõe, obviamente, que a autora entende que o **remanescente** dos créditos da falência continua a ser exigível depois de extintos os efeitos da falência, pois só assim pode ser compensável, contar juros e ser actualizado.

3.7.2.1 Crítica

Independentemente de a evolução subsequente do direito insolvencial português se ter encarregado de demonstrar a insubsistência⁹² da posição do Professor Oliveira Ascen-

87 Ibidem.

88 Crítica quanto à ideia de que o processo de insolvência é um processo de execução colectiva e universal, Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito. O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 136 ss, 143 ss; *O fundamento público do processo de insolvência e a legitimidade do credor de crédito litigioso para requerer a declaração de insolvência do devedor*, Revista do Ministério Público, n.º 133, Janeiro/Março, 2013, p. 98.

89 Oliveira Ascensão, ibidem.

90 Embora a posição do Professor Oliveira Ascensão tenha sido expressa em face do regime do CPEREF, que acabou com a tradicional distinção entre falido-comerciante e insolvente-não comerciante, a todos sujeitando à falência, passando a existir apenas falidos, atentos os pressupostos da mesma, ser o processo de falência uma execução universal que determina a extinção da totalidade das situações anteriores, criando uma nova juridicidade, é de supor que fosse também essa a opinião deste Professor para a responsabilidade do ex-falido, no regime do Cód. Proc. Civ. de 1961.

91 2000, pp. 419 e 420.

92 E confirmando a justeza da posição de Rosário Epifânio.

são, ao introduzir, com carácter por todos reconhecido como inovador⁹³, a figura da exoneração do passivo restante (art.ºs 235.º a 248.º CIRE), inspirada mais remotamente no *fresh start* anglo-saxónico, e de modo mais próximo na *Restschuldbefreiung* da *InsO* alemã⁹⁴ (§§ 286 a 303), no que toca ao direito insolvencial de Macau, a posição daquele Professor apenas poderia aproveitar aos falidos, pois que, no que respeita aos insolventes, a lei expressamente os considera responsáveis pelos saldos em dívida (art.º 1193.º, n.º 1).

Contudo, não se vê bem em homenagem a que interesses é que se poderia justificar uma tal diversidade de soluções, no que respeita aos efeitos da extinção da falência e da insolvência relativa à posição do falido e do insolvente⁹⁵, respectivamente, em face dos respectivos credores, pelos valores das dívidas não liquidadas no processo de falência. Sobretudo, não se compreenderia porque é que o profissional experiente deveria ser tratado em melhores condições do que o vulgar e, muitas vezes, inexperiente devedor. Não se vê que “a falência, como execução universal, apag(ue)a na totalidade as situações anteriores, qualquer que tenha sido o êxito do processo.”, porquanto também a insolvência é, nessa perspectiva, uma execução universal, e, sem prejuízo, o insolvente continua obrigado pelos saldos devedores. Porque é que, v.g., um agricultor ou um advogado insolvente terá de pagar até ao último avo as suas dívidas, mas já o comerciante não? Depois, uma coisa é a extinção dos efeitos da falência relativamente ao falido, com o inerente desaparecimento das inibições que o afectavam em várias dimensões da sua liberdade de actuar juridicamente, desde logo a de exercer o comércio ou de administrar os seus bens havidos ou futuros, outra, bem diversa, a manutenção ou não da sua responsabilidade pelas respectivas dívidas não liquidadas⁹⁶. Uma não implica, e muito menos reclama, a outra.

93 Catarina Serra, 2008, p. 102. Luís A. Carvalho Fernandes/João Labareda, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2.ª ed.ª, Quid Iuris, 2013, em todas as anotações aos preceitos que constituem o capítulo I do título XII do CIRE destacam o respectivo carácter inovador ou a falta de correspondência no CPEREF. Quanto ao carácter inovador deste instituto, vide o ponto 45 do preâmbulo do D/L n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE. E é inovador, porque não existia antes. Se fosse correcta a interpretação de Oliveira Ascensão, então o que se tinha de concluir é que o CIRE não só não teria inovado com a introdução da figura da exoneração do passivo restante, mas também teria regredido consideravelmente, relativamente, pelo menos, ao regime do CPEREF. Quer porque a exoneração do passivo restante apenas aproveita a pessoas singulares, quer porque durante cinco anos o devedor fica obrigado a entregar o seu rendimento disponível a um fiduciário (art.º 239.º, n.º 2 CIRE), para ser repartido nos termos do art.º 241.º CIRE, quer, sobretudo, porque a lei previu na al. c) do n.º 1 do art.º 233.º CIRE o direito dos credores, terminado o processo de insolvência por insuficiência de activo, accionarem o devedor para satisfação dos saldos não pagos dos seus créditos.

94 *Insolvenzordnung* de 5 de Outubro de 1994, modificada pelo art.º 6.º da Lei de 31 de Agosto de 2013.

95 Tenha-se presente, contudo, que o Professor Oliveira Ascensão não defendia que a irresponsabilidade do devedor pelos saldos em dívida extinta a falência apenas aproveitava ao falido comerciante. Tal irresponsabilidade aproveitava ao falido, sendo que no regime do CPEREF todos os insolventes eram falidos, pelo que também aqueles que a lei macaense designa de insolventes, os não empresários comerciais, aproveitariam desse entendimento.

96 Cunha Gonçalves, p. 527.

Contrariamente ao que pretende Oliveira Ascensão, e a não ser como entende, o ex-falido não continuaria falido. O ter a condição de falido significa ficar sujeito às inibições e limitações que a lei comina. Ora, essas inibições desaparecem com a extinção dos efeitos da falência em relação ao falido e as limitações com a consequente reabilitação⁹⁷. Cessando pois para o sujeito a condição de falido. Por isso, o interessado recupera os seus poderes de disposição e de administração dos seus bens presentes e futuros e pode dedicar-se ao exercício de uma actividade empresarial, por si ou por intermédio de outrem, assim como ser membro de órgãos sociais. Já não é falido: os efeitos da falência extinguiram-se relativamente a ele. Mas não deixa de continuar a ser devedor, se os créditos que determinaram a falência ainda não se encontram integralmente liquidados, nem prescreveram. A condição de devedor e a de falido não se recobrem, nem se excluem. O falido é sempre devedor. O ex-falido pode ou não continuar devedor.

Por outro lado, a solução a ser essa seria fonte de graves injustiças, como um simples exemplo demonstrará: A, empresário comercial, encontra-se em estado de falência, não existem bens penhoráveis ou são insuficientes para a satisfação das custas e demais despesas do processo, o juiz, nos termos do art.º 1139.º, n.º 3, após a liquidação se a ela houver lugar (há bens, mas são insuficientes; se não há bens, não há, obviamente, liquidação), declara extinta a instância de falência. Cinco anos volvidos, ou inclusive de imediato, caso o tribunal entenda que o falido actuou com lisura e diligência normal, extinguem-se os efeitos da falência e o mesmo é reabilitado⁹⁸, podendo reiniciar a sua actividade ou qualquer outra, mas sem qualquer das anteriores dívidas. Por outras palavras, as dívidas não liquidadas extinguir-se-iam⁹⁹. A consequência imediata seria a de que todo e qualquer devedor se apressaria a requerer a falência, pois, no fim do respectivo processo, ficaria livre de toda e qualquer dívida e pronto para começar de novo, em “estado de virgindade patrimonial”¹⁰⁰. Nas mesmas circunstâncias, um não comerciante teria de pagar os saldos das dívidas, enquanto as mesmas não prescrevessem. Estaria assim condenado a ser *filho de um Deus menor*!¹⁰¹

97 Rosário Epifânio, pp. 181 ss.

98 Suposto que estejam também extintos os efeitos penais que a falência, porventura, tenha determinado (n.º 1 do art.º 1184.º).

99 Como defende Oliveira Ascensão, *ibidem*.

100 *De droit à la reconstitution de la virginité patrimoniale* falam os franceses, a propósito da regra, inspirada no direito anglo-saxónico, que, contrariamente ao que sucedia no direito francês até à loi du 13 juillet 1967 (article 90, al. 2) inclusive, impede os credores de accionarem individualmente o devedor pelos saldos em dívida ao momento do encerramento da liquidação por insuficiência de activo: *absence de reprise des poursuites individuelles* (Pierre-Michel Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2006, pp. 1139 ss).

101 O que se critica não é a possibilidade de liberação do devedor pelas dívidas não solvidas no processo de falência, mas sim que um tal benefício aproveite apenas aos comerciantes. Desde que aproveite a todos os devedores insolventes, permitindo-lhes um *fresh start*, a medida pode ser positiva.

Situação semelhante à descrita verificou-se em França, após a nova lei sobre falências e recuperação de empresas de 1985 (*loi n.º 85-98 du 25 janvier 1985*)¹⁰²: como, nos termos do art.º 169¹⁰³, findo o processo falimentar *por* ou *com* insuficiência de activo, os credores ficam impedidos de reclamar os respectivos créditos^{104 / 105}, todos os devedores¹⁰⁶ passaram a requerer a falência para poderem aproveitar desse benefício¹⁰⁷. Daí que, compreensivelmente, mesmo os devedores não comerciantes, como, p.e., os agricultores, que historicamente sempre representaram a frente de luta contra a extensão da falência aos não comerciantes¹⁰⁸, passaram a exigir a sujeição à falência¹⁰⁹, como forma de aproveitarem daquela vantagem. Curioso e esclarecedor, o *slogan* usado para a promoção da sujeição dos agricultores àquela lei: “*Les commerçants et les artisans ont le droit de ne pas payer leur dettes; pourquoi pas nous?*”¹¹⁰. Por isso, a medida mereceu a crítica severa da doutrina^{111 / 112}.

102 Esta lei foi incluída no novo *Code de Commerce*, por Ordonnance n.º 2000-912 du 18 septembre 2000 (Le Corre, p. 15).

103 Em 2000, passou a ser o article L. 622-32, al. 1) do *Code de Commerce* e constando hoje, depois da reforma de 2005 (*loi du 26 juillet 2005*), do article L. 643-11, al.1) do mesmo código.

104 Saint-Alary-Houin, p. 671; Le Corre, ibidem.

105 A regra comporta algumas excepções (Saint-Alary-Houin, pp. 661 ss; Le Corre, pp. 1140, 1142 ss), e não aproveita mais do que uma vez (*non bis in idem*) ao mesmo devedor, dentro de um prazo de 5 anos (Le Corre, pp. 1148 ss).

106 A regra apenas aproveita aos devedores pessoas singulares (Le Corre, pp. 1140 e 1141). Não porque o termo do processo do processo de liquidação judicial por insuficiência de activo determine a extinção da personalidade jurídica das pessoas colectivas. Pois a personalidade jurídica das mesmas apenas uma vez terminadas as operações de liquidação cessará. Pelo que não se trata tanto de uma questão de impossibilidade de retomar as acções individuais dos credores, quanto da extinção do crédito, em consequência do desaparecimento do devedor. A dívida não subsiste sem o devedor (ibidem).

107 Fernand Derrida, Pierre Godé, Jean-Pierre Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3.ª ed., Dalloz, 1991, p. 431; Saint-Alary-Houin, pp. 37, 39, 42, 45, 671.

108 Orlando de Carvalho, nota 52, p. 101. Para as razões dessa posição, Derrida, outros, p. 40; entre nós, crítico quanto à extensão da falência aos não comerciantes, especialmente agricultores, operada pelo CPEREF, Pedro Caeiro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Studia Iuridica 19, Coimbra Editora, 1996, pp. 157 ss.

109 Que obtiveram!, pela *loi n.º 88-1202 du 30 décembre 1988* e pelo *décret n.º 89-339 du 29 mai 1989*. Os profissionais liberais acabaram também por beneficiar desta medida pela *loi du 26 juillet 2005* (Derrida, outros, ibidem).

110 Derrida, outros, p. 38, nota 188.

111 Ibidem; Saint-Alary-Houin, p. 661. Em todo o caso, as críticas foram desaparecendo e a medida não só se consolidou, como foi estendida aos agricultores, primeiro, e aos profissionais liberais, depois, tendo sido introduzida, como se disse, em 2000, sob o article L. 622-32, al. 1) do *Code de Commerce* e constando hoje, depois da reforma de 2005 (*loi du 26 juillet 2005*), do article L. 643-11, al.1) do mesmo código.

112 Alguns sectores, como a Banca, censuraram a lei, por ter transformado o dépôt de bilan numa medida de gestão, apesar de os empresários individuais se retraírem de o fazer (Saint-Alary-Houin, p. 39, e nota 158). As críticas mais contundentes tiveram por objecto o article 40 da *loi du 25 janvier 1985* (que passou ao *Code de Commerce* sob o article L. 621-32, e, hoje, depois da *Loi du 26 juillet 2005*, sob o article L. 622-17), que deu prioridade aos créditos posteriores à abertura do processo, bem como aos créditos salariais, sobre os créditos dos titulares de garantias especiais. Por outro lado, de a *Cour de Cassation* ter entendido que os locadores financeiros estarem obrigados, como os demais proprietários de bens móveis, a reivindicá-los no prazo de 3 meses, conforme ao article 115 da

De todo o modo a lei francesa é de 1985, e as soluções que constituem a origem do horizonte das nossas preocupações remontam ao séc.XIX, num caso, e aos anos 30 do séc.XX, no outro. E a verdade é que no mesmo arco temporal, em França, o *Code de Commerce*, quer em caso de “*clôture par insuffisance d’actif*”¹¹³, quer em caso de “*clôture de l’union*” [dos credores]¹¹⁴, expressamente devolvia aos credores a respectiva acção individual sobre o devedor falido para obterem satisfação dos créditos não pagos^{115 116}.

Além disso, aquela lei francesa data de 1985, e louva-se de outras preocupações – recuperar em vez de liquidar –, que, se chegaram a encontrar guarida em Portugal, primeiro com o D/L n.º 177/86, de 2 de Julho, que criou o processo especial de recuperação da empresa e da protecção de credores e depois com o CPEREF, nunca lograram ressonância em Macau, pois nem um nem outro destes diplomas legais foi estendido a Macau^{117 118}.

Loi de 25 janvier 1985, não relevando o facto de o contrato de locação ter sido publicado (Le Corre, p. 16). Num caso e noutro eram os interesses da Banca que estavam em causa (ibidem, p. 651), o que levou a uma retracção na concessão de crédito (ibidem, pp. 16, 615). A situação foi em parte resolvida a favor dos interesses dos titulares de créditos garantidos por garantia especial pela *Loi du 10 juin 1994* (ibidem, pp. 17, 615), que reposicionou os credores, e repôs a supremacia de parte das garantias reais clássicas, no âmbito da liquidação judicial (ibidem pp. 617, 651), mas não em sede de *redressement judiciaire* (ibidem, p. 651). O *article 40 da Loi du 25 janvier 1985*, tinha os seus antecedentes na *loi du 13 juillet 1967*, e na divisão entre credores da massa e credores na massa, assegurando aos primeiros prevalência sobre os segundos, se comuns. Os credores da massa passam a ser os credores do *article 40*, hoje credores posteriores, no que seria uma continuação do direito anterior. No que o *article 40* inovou foi justamente ter estendido a prevalência dos credores posteriores em face de todos os credores, mesmo os titulares de garantias especiais, salvo o superprivilégio dos créditos salariais (ibidem, p. 615). Este superprivilégio dos créditos salariais mantém-se (*Code de Commerce article L. 622-17, II, III, 1.º*).

113 *Article 527*, na redacção da *loi de 1838*, depois modificado pela *loi de 1867*.

114 *Article 537*, modificado pela *loi du 22 février 1941*.

115 Jean Escarra, *Cours de droit commercial*, nouvelle edition, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1952, pp. 1066, 1134.

116 Direito que, como vimos, continuou consagrado no *article 90, al. 2 da loi du 26 juillet 1967*, tendo sido afastado pelo *article 169 da loi du 25 janvier 1985* (Derrida, outros, p. 426).

117 Embora, em grande medida, a actual disciplina da falência macaense seja tributária da disciplina da falência, e só da falência, do CPEREF.

118 Sendo certo que, pelo menos nisto, o legislador macaense pareceu adivinhar o próximo passo da evolução legislativa em Portugal, pois que o CIRE, como é sabido, originalmente, se louvava, ou louvava sobretudo, na ideia de liquidação do património do devedor, com a “eliminação do primado da recuperação” (Catarina Serra, 2008, pp. 17 ss). Entretanto, e como também é sobejamente sabido, a ideia rectriz que presidia ao CIRE sofreu uma inflexão, por influência externa. No âmbito do Memorando de Entendimento entre o Estado Português e o FMI, a Comissão Europeia e o BCE, o Governo obrigou-se a definir princípios gerais de reestruturação voluntária extrajudicial em conformidade com as boas práticas internacionais!!?! (ponto 2.18) [como se um País de Terceiro Mundo fôramos..., como se não dispusesse o País de juristas qualificados para saber o que está ou não está de acordo com as melhores práticas (que, muitas vezes, são péssimas...), como se tivéssemos de nos sujeitar ao opróbrio do insulto. A mão que pede está por baixo... Pobre País!]. Em consequência, foi adoptada a Resolução n.º 43/2011, de 25 de Outubro. No respectivo seguimento, foi aprovada a Lei n.º 16/2011, de 20 de Abril, que alterou o CIRE, visando inverter a lógica da falência-liquidação, que este pretendia consagrar. Foram ainda introduzidos novos preceitos no CIRE, os art.ºs 17.º A ss, que consagraram um novo processo especial: revitalização (Menezes Leitão, p. 72). Finalmente, o D/L n.º 178/2012, de 3 de Agosto criou o SIREVE (Sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial).

3.8 Balanço da análise das fontes e da doutrina

Chegados aqui, podemos dizer que a história da lei mostra que as principais fontes do Código Comercial de 1888 ou regulavam expressamente o direito de os credores, uma vez levantada a falência, recuperarem o poder de accionarem individualmente o devedor para obterem o pagamento dos créditos não satisfeitos em *moeda da falência* ¹¹⁹ (Código Comercial de 1833, *Codice di Commercio* de 1882 e *Código de Comercio espanhol* de 1885 ¹²⁰), e, por vezes, condicionavam também a reabilitação ¹²¹ do falido à integral satisfação dos direitos dos credores (*Código de Comercio* espanhol de 1885) ¹²²; que apesar de a lei, contrariamente às suas fontes, com especial relevo para o Código Comercial de 1833, não dispor sobre o ponto, a melhor doutrina em face do Código Comercial de 1888 e do Código de Processo Comercial de 1905 pronunciava-se no sentido de o credor recuperar o direito de acção contra o ex-falido, para obter o pagamento dos créditos em dívida. Sendo este o entendimento que vigorava à época, a entrada em vigor do Decreto n.º 21 758, de 22 de Outubro de 1932, em que a questão da responsabilidade do insolvente pelos saldos em dívida, uma vez liquidada a massa insolvente, era expressamente resolvida no sentido de o devedor continuar responsável pelos mesmos até integral pagamento, não poderia ter a virtualidade de alterar o entendimento vigente até então, quanto à solução da questão no âmbito da falência. Sendo que, como vimos, já na vigência do Código de Falências de 1935 este entendimento veio a ser sufragado por Silva Leal ¹²³. Por outro lado, que este entendimento continuou a prevalecer no regime do Cód. Proc. Civ. de 1961 (Sousa Macedo, Mota Salgado ¹²⁴), e, em Portugal, no regime do CPEREF (Rosário Epifânio ¹²⁵), com a notável excepção da autorizada voz de Oliveira Ascensão ¹²⁶.

Somos assim levados a concluir que o legislador terá apenas querido clarificar a posição do devedor insolvente, atenta a sua condição de não profissional do comércio, e, por conseguinte, louvando-se do tipo de preocupações de que acima demos notícia. Mas também quis um outro efeito. Ao manter o estado de insolvência até integral satisfação dos credores, com a inerente necessidade de apreensão dos bens supervenientes do in-

119 Na expressiva fórmula de Cunha Gonçalves (ibidem).

120 E também do *Code de Commerce*. A possibilidade de os credores actuarem contra o devedor pelas dívidas não liquidadas no processo de falência era também a solução do § 164 da KO (*Konkursordnung* de 10 de Fevereiro de 1877).

121 Tenha-se presente que, então, não se diferenciava entre levantamento da inibição e reabilitação, ambas eram englobadas nesta última.

122 No seguimento do regime do *Código de Comercio* espanhol de 1829, que foi, em matéria de falência, uma das fontes do Código Comercial de 1833.

123 Supra, p. 50.

124 Supra, p. 50.

125 Supra, p. 52.

126 Supra, pp. 51 e 52.

solvente no processo, para liquidação e partilha proporcional pelos credores da insolvência, quis assegurar o princípio do tratamento igualitário dos credores.

3.9 Argumentos substanciais a favor da continuação da responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívida

Os argumentos histórico e sistemático, embora importantes, não são por si sós determinantes, como é sabido. Razões substanciais, contudo, a algumas das quais já nos referimos¹²⁷, se perfilam ao lado destes no sentido que vimos tendo por correcto. Vejamos.

O processo falimentar visa assegurar a igualdade creditória, impedindo que na *destruição*¹²⁸ uns credores sejam favorecidos em detrimento dos demais. Daí a imposição de um processo de liquidação a benefício de todos os credores e o consequente impedimento de o falido ser accionado individualmente¹²⁹. Por outro lado, que o falido agrave a situação de insolvência, daí a privação da administração ao falido dos bens presentes ou futuros¹³⁰. É a protecção dos interesses de todos os credores do falido que a lei visa, sobretudo¹³¹, assegurar com o processo de falência, não “expropriar”¹³² os credores dos seus créditos. Por conseguinte, o respeito dos interesses dos credores, que justifica a instauração do processo falimentar, reclama que, terminado este, os credores recuperem o direito de accionarem o seu devedor até integral satisfação dos seus créditos.

Ademais, a regra é a de que o devedor responde com *tudo* o seu património pela satisfação das suas obrigações (art.º 596.º do Cód. Civil). Sendo que essa responsabilidade só cessa pelo cumprimento ou por um dos vários meios de extinção das obrigações ou pela prescrição do respectivo direito de crédito. Se qualquer devedor está sujeito a estas regras, não se vê por que é que o falido às mesmas deva ser subtraído. Depois, porque a

127 Supra, pp. 52 ss.

128 José Alberto dos Reis, *Processos especiais*, vol. II, reimpressão, Coimbra Editora, 1982, p. 350, ainda que a propósito da insolvência.

129 Pinto Coelho, 1943, p. 190.

130 Cunha Gonçalves, p. 484.

131 É claro que não são apenas os interesses dos credores que o processo falimentar visa assegurar, desde logo são também os interesses do devedor [lembre-se Barbosa de Magalhães: “Se o estado de fallencia se declara no interesse dos créditos e do devedor, (...)”]; vide também, v.g., art.º 1100.º, n.º 1, als. c) e d), art.º 1102.º, n.ºs 1 e 3], mas num regime de falência-liquidação são essencialmente os interesses daqueles que se intenta salvaguardar (Pinto Coelho, *ibidem*; António Graça Moura, *Sobre a posição dos credores em face do projecto de reforma*, in Os processos especiais de recuperação de empresa e de falência. Nova legislação, Almedina, Coimbra, 1993, p. 81). Particularmente eloquente nesse sentido são os pontos 3 e 6 do do preâmbulo do D/L n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE (Sara Luís da Silva Veiga Dias, *O crédito tributário e as obrigações fiscais no processo de insolvência*, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2012 (repositorium.sdum.uminho.pt), p. 7).

132 De expropriação dos direitos dos credores falam Derrida, outros (p. 426), a propósito do *absence de reprise des poursuites individuelles*, no caso de encerramento do processo por insuficiência de activo.

não ser assim, o credor estaria em melhor situação se não fosse instaurado o processo falimentar do que se o fosse, quando a ideia que preside à instância falimentar é assegurar o mais eficaz e celeremente possível a satisfação dos interesses dos credores, o mesmo é dizer o pagamento dos respectivos créditos. Teríamos assim a estranha situação de o devedor querer ser falido e de os credores não o pretenderem. Quando todo o instituto da falência é pensado para o contrário: temer o devedor a falência, não o credor. Com o que se pressionaria o credor a chegar a acordo com o devedor para a liquidação da dívida, pois que, uma vez aberta a instância falimentar, no ocaso da mesma os créditos extinguir-se-iam. A falência de *morte civil* do falido volver-se-ia em *morte civil* das suas dívidas. Estranha ironia!

Depois, porque uma tão grave agressão¹³³ aos direitos dos credores não poderia resultar do mero silêncio, naturalmente equívoco, do legislador. Teria de se sustentar numa norma, motivada em razões substanciais de política económica. Que não existem, pois, em Macau, a expressão da incidência de falências e insolvências é pouco mais do que nula¹³⁴. Situação que se verificava à data da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e se mantém¹³⁵.

Somos levados assim a concluir que o levantamento dos efeitos da falência relativamente ao falido significará apenas que, a partir desse momento, o falido deixa de estar sujeito às inibições que até aí vigoravam. E só. Não tem quaisquer consequências na posição dos credores quanto a obterem satisfação dos seus direitos, nem quanto à condição de devedor do ex-falido, que permanece até integral cumprimento das suas dívidas ou extinção das mesmas, por prescrição dos créditos respectivos¹³⁶.

133 Que, mesmo quando resultante de norma expressa, leva alguns a questionar a sua constitucionalidade (Derrida, outros, p. 426).

134 De acordo com a informação disponível no site dos tribunais de Macau (www.court.gov.mo), no Tribunal Judicial de Base, em Outubro de 2014, estavam a decorrer 3 processos de falência ou insolvência.

135 De acordo com a fonte indicada na nota anterior, em 2000 foram distribuídos 8, findaram 5 e ficaram pendentes 8 processos de falência ou insolvência; em 2001, foram distribuídos 4, findaram 5, e ficaram pendentes 7 processos de falência ou insolvência; em 2002, foram distribuídos 4, findaram 9 e ficaram pendentes 2 processos de falência ou insolvência; em 2003, foram distribuídos 6, findaram 5 e ficaram pendentes 3 processos de falência ou insolvência; em 2004, foram distribuídos 11, findaram 9 e ficaram pendentes 5 processos de falência ou insolvência; em 2005, foram distribuídos 6, findaram 6 e ficaram pendentes 4 processos de falência ou insolvência; em 2006, foram distribuídos 6, findaram 7 e ficaram pendentes 3 processos de falência ou insolvência; em 2007, foram distribuídos 2, findaram 4 e ficou pendente 1 processo de falência ou insolvência; em 2008, foram distribuídos 6, findaram 3 e ficaram pendentes 4 processos de falência ou insolvência; em 2009, foram distribuídos 3, findaram 5 e ficaram pendentes 2 processos de falência ou insolvência; em 2010, foram distribuídos 7, findaram 5 e ficaram pendentes 3 processos de falência ou insolvência; em 2011, foram distribuídos 8, findaram 7 e ficaram pendentes 4 processos de falência ou insolvência; em 2012, foram distribuídos 6, findaram 7 e ficaram pendentes 3 processos de falência ou insolvência; em 2013, foram distribuídos 5, findaram 5 e ficaram pendentes 3 processos de falência ou insolvência.

136 Este entendimento obteve de novo (recorde-se o art.º 1262 do Código Comercial de 1833) consagração expressa no art.º 233.º, n.º 1, al. c) do CIRE, ainda que, em relação aos devedores pessoas singulares, e independen-

3.10 A responsabilidade do ex-falido pelos saldos em dívida e o novo regime da concordata suspensiva

Se isto era assim no direito pretérito, saiu, parece-nos, de algum modo reforçado com a solução da actual lei em matéria de concordata preventiva e suspensiva. A concordata é um dos mecanismos que a lei prevê quer para evitar a declaração de falência (concordata preventiva) – art.ºs 1060.º ss –, quer para pôr termo à falência (concordata suspensiva) – art.ºs 1175.º ss –, e que consiste num acordo celebrado entre o falido e os credores, sob controlo do juiz, visando a redução ou modificação da totalidade ou de parte das dívidas, podendo a modificação consistir numa simples moratória, ou em ambos (art.º 1055.º, n.º 2). Sendo a concordata homologada, não chega a ser declarada a falência, pois que é isso que, justamente, se pretende evitar. Não sendo declarada a falência, o devedor não fica sujeito a qualquer das inibições que a lei consagra, nomeadamente pelo que respeita à administração dos seus bens havidos ou que de futuro lhe advenham, sendo que poderá continuar a exercer a sua actividade comercial, bem assim como ser titular de órgãos de sociedades. No caso de se tratar de concordata suspensiva, que é a situação que aqui particularmente interessa, os efeitos da falência extinguem-se com a homologação da mesma (art.º 1183.º, n.º 1, al. a)).

temente de exercerem ou não uma empresa, a lei, inovadoramente, tenha previsto a possibilidade de exoneração do passivo restante, ao fim de cinco anos, verificadas certas circunstâncias (art.º 235.º ss CIRE). Este regime é considerado inovador e sem exemplo no direito pretérito, nomeadamente no CPEREF (supra, nota 93). Contudo, não era apenas o CPEREF que não continha disposições correspondentes, mas sim todo o direito pretérito sobre a matéria da falência ou da insolvência. Trata-se de verdadeira revolução no direito insolvencial português, que acaba com a regra da responsabilidade do insolvente até integral satisfação dos credores ou prescrição dos créditos. Consagração que, na medida em que se aplica a todo e qualquer devedor, seja ou não empresário comercial, parece ser de aceitar. E não parece que se lhe possa censurar a ousadia, pois a lei não prescindiu de sujeitar o insolvente ao purgatório (Maria de Assunção Oliveira Cristas, *Exoneração do devedor pelo passivo restante*, Themis (edição especial – Novo direito da insolvência), 2005, p. 167; António Frada de Sousa, *Exoneração do passivo restante e fórum shopping na insolvência de pessoas singulares na União Europeia*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, org. Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra Editora, vol. II, Direito privado, processual e criminal, 2011, p. 62) durante cinco anos. Se a insolvência não tem de ser um anátema, também não deve ser transformada numa bênção! Os abusos devem ser perseguidos, para que não volte a ser necessária a indignação de Napoleão: “A banca-rota serve para crear fortunas sem fazer perder a honra; e a isto é necessário obstar.” (in Relatório do Código de Falências de 1899). Mas não quem se vê em situação de insolvência, sem que censura se lhe possa ser dirigida. Em todo o caso, o carácter inovador que é reconhecido ao instituto da exoneração do passivo, sem correspondente no direito pretérito, depõe a favor da ideia que temos vindo a considerar no texto de que o falido apenas se liberava da responsabilidade pelas dívidas da falência ou pelo integral pagamento ou pela prescrição dos respectivos créditos. É certo que, em sentido inverso, se poderia dizer que a lei veio consagrar expressamente a possibilidade de os credores poderem accionar o devedor pelos saldos não liquidados (art.º 233.º, n.º 1, al. c) do CIRE), porque essa responsabilidade não existia no direito pretérito. Contudo, a norma parece ser apenas a transposição das soluções consagradas nas fontes próximas, sobretudo a InsO (Menezes Leitão, p. 69), atendendo a que, como diz Catarina Serra (p. 20), “(...) o CIRE se limitou, quase integralmente, a reproduzir.” esta lei [Veiga Dias, p. 1; Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas Oliveira, *Incidente de qualificação da insolvência*, Dissertação de Mestrado, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2012 (repositorium.sdum.uminho.pt), p. 10], a qual consagra esta solução no § 201, n.º 1, no seguimento da que já era a solução do § 164 da KO (*Konkursordnung* de 10 de Fevereiro de 1877). É também a solução do artigo 178, n.º 2 da *Ley Concursal* espanhola (*Ley de 22/2003 de 9 de Julho de 2003*, entrada em vigor em 1 de Setembro de 2004), que continuou a solução do artigo 907 do *Código de Comercio* de 1885. Esta lei espanhola foi também fonte do CIRE (Veiga Dias, p. 1, nota 2), nomeadamente no que respeita ao incidente de qualificação da insolvência (ponto 40 do preâmbulo do D/L n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE; Freitas Oliveira, pp. v, 14 ss).

Ora, o n.º 1 do art.º 1062.º, aplicável no âmbito da concordata suspensiva, nos termos do art.º 1068.º, por força do art.º 1181.º, al. a)¹³⁷, veio considerar de regra a cláusula “salvo regresso de melhor fortuna”¹³⁸, que no direito pretérito tinha de ser especificamente acordada¹³⁹, a qual produz efeitos durante 10 anos (antes 20 anos). A subordinação da concordata à cláusula “salvo regresso de melhor fortuna” significa que o devedor fica obrigado a pagar rateadamente aos credores concordatários, logo que melhore de situação económica. Isto sem prejuízo do direito dos novos credores que têm preferência sobre eles, o que quer dizer que apenas uma vez pagos os novos credores poderão ser pagos os antigos.

Por outro lado, e é isto que queremos salientar, caso o devedor venha a dispor, durante o prazo de 10 anos de vigência da cláusula, de meios suficientes para efectivar o integral pagamento aos credores, qualquer credor concordatário lhe pode exigir a satisfação da integralidade do seu crédito, mesmo que este tenha sido reduzido pela concordata (n.º 2 do art.º 1062.º; n.º 2 do art.º 1068.º¹⁴⁰). E, se o devedor não pagar voluntariamente, qualquer credor pode intentar acção destinada a obter o pagamento do valor integral do seu crédito, que corre por apenso ao processo de falência (n.º 3 do art.º 1062.º). O que importa reter deste dispositivo legal é que a integral satisfação dos créditos pelo devedor é a regra, pois que, mesmo existindo concordata, ele continua obrigado, quando as suas condições económicas lho permitam, a pagar na íntegra aos seus credores. Por outro lado, que os credores têm acção para obter esse pagamento, a qual corre por apenso ao processo falimentar.

Não se diga que é, justamente, o contrário, o sentido a retirar da norma, uma vez que transcurso o prazo de 10 anos, extingue-se o direito do credor concordatário a obter a satisfação integral dos seus créditos. O que demonstraria que esse seria o destino normal dos créditos na falência: ou eram pagos no processo ou se extinguíam. E não é pela razão simples de que o concordatário aceitou a redução dos seus créditos. Percebe-se, assim, que apenas durante o prazo de vigência da cláusula “salvo regresso de melhor fortuna” se possa valer daquela faculdade. Expirado este prazo, permanece o acordado: o crédito reduzido.

137 Que considera aplicável o art.º 1068.º, que referencia o art.º 1062.º

138 Que Cunha Gonçalves (p. 542) considerava tão interessante quanto rara.

139 N.º 4 do art.º 1153.º Cód. Proc. Civ. de 1961.

140 Sendo o falido sociedade, os sócios de responsabilidade ilimitada apenas responderão pela parte dos créditos que exceda a percentagem da concordata, se esse direito lhes for assegurado na mesma (art.º 1068.º, n.º 3).

4. Efectivação dos direitos dos credores da falência aos saldos em dívida

Aceitando que o ex-falido continua obrigado pelas dívidas da falência até integral pagamento ou prescrição dos créditos, como é que os credores efectivarão os seus direitos contra o ex-falido e em que processo? E, a mais disso, estão sujeitos à preferência dos novos credores, tal como o concordatário?

Começando pela primeira questão, parece que o credor poderá executar o património do devedor, suposto que existem novos bens, exibindo como título executivo a decisão que apreciou as contas finais e que demonstra a medida ou percentagem em que cada crédito foi satisfeito, e, por conseguinte, a medida em que se encontra por satisfazer. Não faria sentido que, estando verificado no processo de falência a existência do crédito e a medida em que se encontra por satisfazer, tivesse o credor que ir intentar acção declarativa de condenação do ex-falido ao pagamento daquilo que lhe não pagou completamente.

Esta acção executiva corre por apenso ao processo de falência ou autonomamente? Na concordata preventiva, diz-nos a lei que a acção destinada a obter a integral satisfação dos créditos, corre por apenso (art.º 1062.º, n.º 3). A razão de ser da norma prende-se com a necessidade de continuar a assegurar o respeito do princípio da igualdade dos credores: por isso, é que são citados todos os credores, os 10 maiores, pessoalmente, e os restantes por edital. Também em sede de insolvência, a lei privilegia a apreensão dos novos bens no âmbito do próprio processo de insolvência, em ordem a garantir a igualdade dos credores. O que quer dizer, por um lado, que não corre por apenso, como sucede na concordata; por outro, que o processo de insolvência, como já tínhamos visto, não se extingue até integral satisfação dos credores, ou, ainda que a lei o não diga, tais créditos se extinguem por prescrição. Embora fosse de toda a conveniência, como forma de assegurar o respeito da *“par conditio creditorum”*, aplicar aqui a solução prevista em sede de concordata preventiva e considerar que a acção, destinada a obter a satisfação dos saldos em dívida, deveria correr os seus termos por apenso ao processo de falência, na falta de norma expressa não parece ser essa solução. O credor pode intentar uma acção executiva singular.

Quanto à questão de saber se os novos credores têm preferência, como sucede em matéria de concordata (art.º 1062.º, n.º 1), é necessário ponderar a razão da preferência concedida nesta norma. Homologada a concordata, o processo de falência cessa, pelo que o devedor continuará o seu exercício mercantil, do qual se espera possa obter os necessários proventos para satisfazer os seus credores. Mas a verdade é que a empresa se encontra em dificuldades, que se agravarão se não obtiver crédito. É, justamente, a

ideia de facilitar a obtenção de crédito para a continuação do giro comercial do devedor que explica a preferência que a lei dá aos novos credores. Assegurando-lhes uma posição de privilégio em face dos antigos credores, julga a lei que os potenciais credores estarão mais disponíveis para a concessão de crédito ao devedor, necessária à continuação do seu giro comercial. O mesmo não se verifica, se a falência encerrou por ou com insuficiência de activo, caso em que a empresa já não existe na titularidade do devedor, porque foi liquidada no processo falimentar, quer nos seus elementos constituintes, quer em globo, pela sua alienação a um terceiro. De todo o modo, o devedor já não detém a titularidade da empresa, cuja continuação do respectivo exercício justifica, em sede de concordata, a preferência atribuída aos novos credores. Assim sendo, parece que os credores da falência não terão de suportar qualquer preferência dos novos credores, que não resulte das regras gerais. Em, contrapartida, parece que também não gozam, eles credores da falência, de qualquer preferência relativamente aos novos credores, pelo facto de serem credores da extinta falência.

5. Conclusão

É tempo de concluir.

Percebe-se que, por força dos circunstancialismos próprios da incorporação dos processos de liquidação a benefício dos credores no Cód. Proc. Civ. de 1939, não se tenha efectuado a necessária coordenação entre a disciplina da falência e da insolvência pelo que respeita à questão da responsabilidade do devedor pelos saldos em dívida ao momento do encerramento dos respectivos processos. Talvez já se perceba menos que, em 1999, o legislador tendo operado profunda reforma do direito processual civil, com particular incidência, de resto, em matéria de falência com substancial compressão da respectiva disciplina, não tenha encontrado tempo para clarificar essa questão: ou introduzindo norma idêntica à do art.º 1193.º na falência ou revogando o conteúdo do referido art.º 1193.º, evitando a dúvida, que temos vindo a abordar na presente ocasião. Isto, porque, de duas uma, ou a norma é necessária, e então é tão necessária em sede de insolvência quanto em sede de falência, ou é desnecessária e tanto o é em sede da falência quanto em sede de insolvência. Seria, pois, de toda a conveniência que o legislador clarificasse a questão e, aproveitando o ensejo, regulasse a acção posta à disposição dos antigos credores para efectivarem o remanescente dos seus créditos.

Recuperação extrajudicial de empresas ¹

Fernando Silva Pereira ²

SUMÁRIO:

I – Introdução. II – O quadro legal anterior às reformas de 2012. III – As reformas de 2012 – em especial, as alterações ao CIRE. IV – O processo especial de revitalização (PER). IV.I – O âmbito de aplicação. IV.I.I – O âmbito de aplicação subjetivo. IV.I.II – O âmbito de aplicação objetivo. IV.II – A relação com o processo de insolvência. IV.III – As modalidades de PER. IV.III.I – Acordo no processo. IV.III.I.I – A iniciativa. IV.III.I.II – A reclamação de créditos. IV.III.I.III – As negociações. IV.III.I.IV – Os efeitos da nomeação do administrador judicial provisório. IV.III.I.V – A conclusão das negociações. IV.III.I.V.I – Existência de acordo. IV.III.I.V.II – Inexistência de acordo. IV.III.II – Acordo extrajudicial. IV.IV – A proteção dos negócios de financiamento e das suas garantias (*fresh money*). V – O Sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE). V.I – O âmbito de aplicação. V.I.I – O âmbito de aplicação subjetivo. V.I.II – O âmbito de aplicação objetivo. V.II – A relação com o processo de insolvência. V.III – Prazo. V.IV – Iniciativa, controlo liminar e parecer técnico. V.V – Negociações. V.V.I – Intervenientes. V.V.II – Papel do IAPMEI, I.P. V.V.III – Tomada de posição. V.VI – Acordo. V.VII. – Efeitos. V.VII.I – Efeitos da admissão do requerimento. V.VII.II – Efeitos da celebração do acordo recuperatório. V.VII.II.I – Efeitos internos. V.VII.II.II – Efeitos externos. V.VIII – Incumprimento do acordo. V.IX – A proteção dos negócios de financiamento. VI – Confronto entre o PER e o SIREVE. VI.I – Introdução. VI.II – Âmbito de aplicação. VI.III – Conteúdo. VI.IV – Entidade mediadora e controladora. VI.V – Efeitos. VII. Conclusão.

¹ O presente texto serviu de base à intervenção no 1.º Congresso de Direito Comercial, que teve lugar, nos dias 17 e 18 de julho de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, e que se subordinou ao tema: Falência, Insolvência e Recuperação de Empresas

² Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

RESUMO:

Quer o processo especial de recuperação (PER), quer o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) se inscrevem no quadro de um programa de revitalização do tecido empresarial português, considerado fundamental para a recuperação económica do país. Trata-se de procedimentos destinados a viabilizar a recuperação dos devedores, através da celebração de um acordo recuperatório entre estes e os seus credores (ou uma determinada percentagem de credores), evitando-se assim a via da liquidação no respetivo processo de insolvência. Existe uma certa sobreposição entre o âmbito de aplicação do PER e do SIREVE, conquanto o primeiro, com um relevo prático muito superior, corresponda a um procedimento que decorre perante um tribunal (assumindo grande importância a figura do administrador provisório), ao contrário do segundo, dentro do qual o papel de mediação e de controlo pertence ao IAPMEI (sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do acordo obtido, ou do recurso à figura de suprimimento da vontade).

I – INTRODUÇÃO

O governo português aprovou, através da Resolução de Conselho de Ministros n.º 11/2012, de 3 de fevereiro, um programa de revitalização do tecido empresarial (Programa Revitalizar), o qual, em parte, visa dar resposta ao compromisso, assumido no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira a que o país esteve sujeito, de dotar o sistema jurídico de um conjunto de medidas destinadas a promover mecanismos de recuperação extrajudicial de devedores, ou seja, procedimentos alternativos ao processo de insolvência, evitando-se a necessidade de recurso à via da liquidação patrimonial^{3/4}.

3 Não se quer com isto dizer que o processo de insolvência seja um processo de via única, i.e., que não haja, dentro dele, alternativa à via da liquidação dos bens que integram a massa insolvente. Com efeito, e paralelamente a esta possibilidade, existe uma outra que consiste na aprovação, por parte dos credores, de um plano de insolvência. Deve, aliás, notar-se que esta última via, que pode basear-se, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, é hoje tida como prioritária, apenas quando a mesma não se afigure viável se devendo enveredar pelo caminho da liquidação daquele património (a este propósito, veja-se o disposto no artigo 1.º, n.º 1 CIRE).

4 LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª edição, Quid Juris Sociedade Editora, 2005, pág. 1035.

De entre as várias medidas previstas nesta Resolução contam-se assim a revisão do então chamado Procedimento Extrajudicial de Recuperação (PEC)⁵, bem como, a instituição de fundos de revitalização e de um processo especial de revitalização (PER). Este último mecanismo (o PER) foi o primeiro a ser introduzido, através do aditamento, operado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, dos artigos 17.º-A a 17.º-I do CIRE. Trata-se de um processo destinado a viabilizar a recuperação de devedores numa fase pré-concursal. Por sua vez, o SIREVE, procedimento que funciona junto do IAPMEI, I.P., e que se destina a permitir a conciliação extrajudicial do devedor, foi criado pelo DL n.º 178/2012, de 3 de agosto, o qual procedeu à revisão do anterior PEC. Estamos, por conseguinte, perante um verdadeiro meio alternativo à via judicial.

Conforme se verá mais adiante, existe uma relativa sobreposição entre o âmbito de aplicação destes procedimentos, o que suscita a questão de saber, nos casos em que o devedor possa optar por um ou por outro, em que aspetos os mesmos se apresentam mais vantajosos, e qual o modo de articulação dos respetivos regimes jurídicos. Daí, a necessidade de proceder à sua caracterização e comparação⁶.

Antes disto, porém, importa que se comece por fazer alusão ao regime primitivo do CIRE (i.e., o regime anterior à reforma de 2012⁷), de modo a desvendar as insuficiências que existiam em matéria de recuperação de empresas, e que originaram a necessidade de criação do PER e do SIREVE. Para além disso, não é despicienda a comparação deste regime (o regime primitivo do CIRE), com aquele resultava da legislação precessa, ou seja, do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência (CPEREF)⁸. É o que faremos de seguida.

5 Desta revisão resultou a criação do SIREVE.

6 Em ambos os casos estamos perante procedimentos destinados a viabilizar a recuperação do devedor (devedor em situação de pré-insolvência [situação económica difícil ou de insolvência iminente], ou mesmo em situação de insolvência atual [mas nesta última hipótese apenas no caso do SIREVE]), através da celebração de um acordo entre este e os seus credores, prevenindo a necessidade de recurso a uma ação de insolvência. Trata-se, por conseguinte, de instrumentos de recuperação pré-insolvencial; nas situações de insolvência iminente (onde existe a possibilidade, embora não o dever, de apresentação do devedor à insolvência – cfr. artigo 3.º, n.º 4 CIRE), constituindo mesmo (o PER) uma alternativa a esta apresentação.

7 Operada, como vimos, pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

8 Seguimos muito de perto MIGUEL PESTANA E VASCONCELOS, “Il Risanamento Pre-Insolvenziale del Debitore nel Diritto Portoghese: la (nuova) procedura speciale di rivitalizzazione (P.E.R.)”, *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista Bimestrale di Dottrina e Giurisprudenza*, Annata LXXXVIII, Settembre-Ottobre, n.º 5 (2013), págs. 714 a 733., e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., págs. 68 e segs.

II – O QUADRO LEGAL ANTERIOR ÀS REFORMAS DE 2012

Deve começar-se por sublinhar, no que ao plano dos mecanismos e tutela judicial diz respeito, que a aprovação do CIRE representou um ponto de viragem da legislação insolvencial portuguesa, a qual, inspirando-se na *Insolvenzordnung* alemã, passou a prever uma forma única de resposta à situação de insolvência, ao contrário do que se verificava na legislação anterior – o CPEREF.

Com efeito, e não obstante a previsão de medidas específicas para o caso de devedores pessoas singulares (Título XII CIRE)⁹, abandonou-se na versão original do CIRE a perspetiva bipolar que caracterizava a anterior legislação, ao “deixar-se cair” o processo judicial de recuperação de empresas. A resposta à situação substantiva de insolvência passou assim a ser dada pela via única do processo de insolvência, sem prejuízo da possibilidade de aprovação de um plano de insolvência (o qual, constituindo uma alternativa à via da liquidação universal do património do devedor¹⁰, pode passar, nomeadamente, pela recuperação da empresa compreendida na massa¹¹).

Esta última opção (a de aprovação de um plano de insolvência) não se encontra, contudo, ao dispor do devedor, sendo apenas aos credores (os “proprietários económicos da empresa”¹²) que compete, através da aprovação do respetivo plano, seguir este caminho.

Para além do mais, e conforme adverte MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS¹³, deve notar-se que a opção pela via da recuperação, através da aprovação de um plano de insolvência, implica a passagem de um período de tempo muito extenso, que vai desde a declaração de insolvência até à homologação do plano¹⁴, o que torna essa recuperação muito difícil, sobretudo se atendermos ao facto de que, nesse momento, já se encontra declarada, e já foi dada publicidade, à insolvência do devedor (com todas as consequências negativas que daí advêm, designadamente em matéria de acesso ao crédito).

9 Estamos perante um processo especialíssimo.

10 Prosseguida segundo o modelo supletivo legal.

11 Para tal, é necessária a aprovação pela maioria suficiente de credores e a homologação pelo tribunal.

12 A expressão é do Professor MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (obra cit., pág. 715).

13 Obra cit., págs. 715 e 716.

14 Como é referido na obra citada, a assembleia com vista à discussão e votação do plano só se pode reunir depois de se realizar (entre 45 e 60 dias a seguir à declaração de insolvência) a assembleia de apreciação do relatório [art. 36.º, n.º 1, al. n) CIRE], de transitar em julgado a sentença de declaração de insolvência e de decorrido o prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos (artigo 209.º, n.º 2 CIRE). Aprovado o plano, ele tem ainda que ser homologado (artigo 214.º e art. 217.º CIRE).

Por aqui, i.e., pelo facto de não existir na versão original do CIRE, ao contrário do que acontecia no CPEREF, um processo judicial de recuperação (restringindo-se a possibilidade dessa mesma recuperação à aprovação, dentro da própria ação de insolvência, e com subordinação exclusiva à vontade dos credores de um plano de insolvência), pode ver-se a existência de lacunas em matéria de recuperação, às quais o legislador de 2012 procurou pôr cobro.

Já no que ao plano extrajudicial diz respeito, verificava-se a existência, antes de 2012, de um procedimento de recuperação, o PEC, destinado a viabilizar a conciliação do devedor e dos seus credores, com vista a evitar o recurso à ação de insolvência e (previsivelmente) à liquidação universal do património do devedor. Em matéria de recuperação de empresas era apenas a este instrumento que os devedores podiam recorrer, verificando-se, na prática, uma utilização muito escassa do mesmo¹⁵.

Também aqui, portanto, havia a necessidade de se proceder à introdução de alterações ao regime do PEC, de modo a reforçar o seu papel enquanto instrumento ao serviço de uma estratégia de recuperação de empresas em situação económica difícil.

III – AS REFORMAS DE 2012 – EM ESPECIAL, AS ALTERAÇÕES AO CIRE

Conforme advertem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, a reforma de 2012 ao regime do CIRE representou uma mudança de perspetiva do legislador português, refletida desde logo no artigo 1.º deste diploma. Com efeito, resulta desta norma um diferente entendimento quanto àquele que deve ser o fim a alcançar com o processo de insolvência, o qual, em vez de se dirigir primacialmente (como sucedia na sua versão original) à liquidação do património do devedor, procura agora garantir, preferencialmente, a satisfação do interesse dos credores pela forma prevista num plano de insolvência¹⁶.

¹⁵ Não se desconhece – claro-está – a possibilidade de o devedor e os seus credores, em harmonia com o princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual, chegarem a um acordo (convenção de credores), sem necessidade de recurso à via judicial. Acontece que tal se afigura muito difícil, sem que se verifique a realização de algum tipo de mediação, a qual, no âmbito do PER (e do subsequente SIREVE) é realizada pelo IAPMEI, I.P.

Por outro lado, importa notar que existem vantagens na previsão de um procedimento extrajudicial de recuperação, que preveja (como se verifica no caso do SIREVE) a possibilidade de homologação judicial do acordo que porventura se venha a obter, e que faça a articulação entre o mesmo (procedimento) e o processo de insolvência (designadamente, no que diz respeito aos efeitos da abertura do mesmo em relação ao dever de apresentação à insolvência).

¹⁶ Os autores entendem, porém, que esta alteração tem uma importância essencialmente teórico-dogmática. Na prática (referem), tudo fica na mesma em termos formais e estruturais, mantendo-se o processo de insolvência como instrumento único de resposta à situação efetiva de insolvência.

Também MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (obra cit., pág. 717) chama a atenção para o facto de que a modificação ao artigo 1.º, n.º 1 CIRE não tem qualquer efeito prático, uma vez que a mesma não foi acompanhada de qualquer alteração ao regime de aprovação de plano de insolvência. Continuam, pois, a ser os credores, livremente, a decidirem sobre o destino da massa insolvente e da empresa nela incluída.

Por outro lado, e tendo uma importância prática indubitavelmente superior, previu o legislador, no n.º 2, do mesmo artigo, a possibilidade de o devedor que se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente (mas que ainda seja suscetível de recuperação¹⁷) instaurar um processo de revitalização, com vista a encetar negociações com os credores para obtenção de um acordo recuperatório. Tal possibilidade, enunciada em termos gerais no artigo 1.º, n.º 2 do Código, é concretizada através dos artigos 17.º-A e seguintes, através de cujo aditamento o legislador procedeu à criação do PER.

Por conseguinte, volta a existir (tal como sucedia no CPEREF) um processo judicial de recuperação de empresas, embora circunscrito aos casos em que o devedor se encontre numa situação pré-insolvencial¹⁸.

Ainda assim, ou seja, conquanto a possibilidade de recurso ao processo judicial de recuperação não contemple as situações de insolvência atual (casos em que restará ao devedor que pretenda evitar o recurso ao processo de insolvência¹⁹ iniciar um procedimento de recuperação extrajudicial²⁰), deve sublinhar-se que a previsão deste novo procedimento se enquadra numa estratégia de revitalização das empresas, dando resposta às carências que existiam nesta matéria, e que já acima foram apontadas.

Paralelamente, e perseguindo este mesmo objetivo: o de dotar o ordenamento jurídico de instrumentos capazes de permitir a viabilização, e de estimular a revitalização das empresas, procedeu o legislador, através DL n.º 178/2012, de 3 de agosto, à revisão do PEC – donde resultou, como se disse, a criação do SIREVE.

17 Nesse sentido, veja-se o disposto no artigo 17.º-A, n.º 1 CIRE.

18 Não era assim no CPEREF, o qual, como já foi referido, contemplava uma regime dual, havendo a possibilidade de o devedor optar pelo processo judicial de recuperação, mesmo que já se encontrasse em situação de insolvência atual. Conforme referem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 70), este processo, para lá da satisfação dos credores, intentava também, como finalidade autónoma, a viabilização das empresas em crise, enquanto entidades social e economicamente relevantes, agregadoras de interesses muito diferenciados e julgados globalmente merecedores de especial tutela. Podendo ler-se na pág. 140, da mesma obra: *“Enquanto no CPEREF o por ele denominado processo de recuperação da empresa constituía, efetivamente, uma alternativa ao, então, processo de falência, aplicável na mesma situação substantiva de impossibilidade de cumprimento – embora só a empresas (empresários!) –, agora, o processo de revitalização é, por assim dizer, um processo pré-insolvencial, de que se pode lançar mão precedendo uma situação económica difícil ou de insolvência iminente por parte do devedor, mas que deve excluir-se quando já se verifica alguma das situações que, segundo os n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do Código, caracterizam tipicamente a insolvência (...)”*.

19 Sem sofrer as respetivas consequências legais, por incumprimento do dever de apresentação à insolvência.

20 O recurso SIREVE é possível mesmo nas situações de insolvência atual.

IV – O PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO (PER)

O PER encontra-se regulado no Capítulo II, do Título I, artigos 17.º-A a 17.º-I CIRE, aditados pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril²¹. Estamos perante um processo especial, com carácter urgente (artigo 17.º-A, n.ºs 1 e 3 CIRE), destinado a permitir àquele que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes um acordo conducente à sua revitalização (artigo 17.º-A CIRE)²².

Não se trata, pois, de uma modalidade do processo de insolvência, mas sim de uma espécie autónoma face a ele, e que persegue objetivos distintos. Na verdade, enquanto aquele (referem os mesmos autores) constitui uma resposta para a superação de uma situação de insolvência atual, o processo de revitalização dirige-se a evitá-la, assegurando a recuperação do devedor e, nessa medida, também, a satisfação do interesse dos credores²³.

O PER, tendo como finalidade a consolidação de uma solução consensual²⁴, reveste, entretanto, duas modalidades: pode ser, ele próprio, o veículo para se obter o acordo entre devedor e credores, ou, simplesmente o instrumento para o reconhecimento, homologação e atribuição de força vinculativa especial a um entendimento extrajudicial obtido num momento anterior ao da abertura da instância (artigo 17.º-I CIRE).

IV.I – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO²⁵

IV.I.I – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJETIVO

Existem diferentes entendimentos doutrinários quanto a questão de saber qual é o âmbito de aplicação do subjetivo do PER. Assim, enquanto MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS e PEDRO CAEIRO partem de uma interpretação literal do artigo 17.º-A CIRE, considerando que a lei, ao referir-se simplesmente a devedor, não estabelece qualquer

21 Esta Lei entrou em vigor a 20 de maio de 2012.

22 O recurso ao PER constitui simplesmente uma faculdade do devedor e não um dever que o onera (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 144).

23 Ibidem, pág. 140.

24 Ibidem, pág. 141.

25 Seguimos de perto a sistematização seguida por MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (obra cit., págs. 718 e segs.).

restrição (remetendo assim para a noção de sujeito passivo da insolvência do artigo 2.º do Código²⁶), LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA consideram, pelo contrário²⁷, que o processo de revitalização se aplica apenas a devedores empresários²⁸ (interpretação restritiva ao significado literal do texto). Os argumentos apresentados por estes últimos autores são os seguintes: tem sido uma constante a ligação que a lei estabelece entre a ideia de recuperabilidade do devedor e a existência de uma empresa no seu património (assim acontece p. ex. com o SIREVE ou com o próprio CIRE [artigo 1.º]); é esse o sentido que é sugerido pela exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII²⁹; e, já existe (embora num enquadramento insolvencial) um procedimento especialmente pensado para devedores não titulares de uma empresa (artigos 251.º e segs. CIRE), não havendo utilidade em se cumular a possibilidade de recurso, pelos mesmos, ao processo de revitalização.

IV.I.II – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJETIVO

O PER apenas se aplica a devedores que se encontrem em situação económica difícil ou de insolvência iminente, desde que sejam suscetíveis de recuperação (artigo 17.º-A CIRE)³⁰.

Deve, porém, notar-se que, ao contrário do que se verifica quanto ao conceito de *situação económica difícil*, a lei não define a situação de *insolvência iminente*. Quanto

26 MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS e PEDRO CAEIRO, “As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)”, in *Interações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, coord. JOSÉ N. CRUZ, CARLA S. CARDOSO, ANDRÉ LAMAS LEITE e RITA FARIA, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, págs. 529-544, pág. 540. Englobam-se aqui (afirma, por sua vez, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, obra cit., págs. 718 e segs.) pessoas físicas ou singulares e pessoas jurídicas, comerciantes ou não, mas também entes não personificado (p. ex., uma associação sem personalidade jurídica, uma comissão especial, etc.) e patrimónios autónomos (p. ex., o e.i.r.l ou a herança jacente). Só se excluem as entidades previstas no artigo 2.º, n.º 1, alínea a) e b) CIRE, nos casos aí previstos.

27 LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 143.

28 De acordo com o sentido amplo do artigo 5.º CIRE (no mesmo sentido, veja-se o disposto no artigo 2.º, n.º 2, do DL 178/2012 – SIREVE).

29 “(...) a principal motivação da criação do processo de revitalização (...) (seria) a promoção da recuperação, «privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial» - segundo parágrafo (...), acrescentando-se, aliás, mais adiante que «a presente situação económica obriga, com efeito, a gizar soluções que sejam, em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao desaparecimento de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas»”.

30 O PER não será já um procedimento idóneo nos casos em que a saúde económico-financeira do devedor – ainda que debilitada –, não seja tão grave que o deixe na iminência de insolvência, ou sequer em situação económica difícil (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 141).

a esta matéria, entende MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS³¹ que é possível, dada a proximidade dos regimes de delimitação das situações de insolvência, transpor para o direito português os termos em que a lei alemã (§ 18 (2) InsO) define esta situação: assim, será iminente a insolvência do devedor quando ele previsivelmente não estará em posição de cumprir as suas obrigações no momento em que elas vierem a vencer-se³².

Já no que diz respeito à *situación económica difícil*, resulta do artigo 17.º-B CIRE que a mesma consiste na “dificuldade séria [do devedor] para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito”. Deve notar-se, como claramente resulta da utilização do advérbio “designadamente”, que a falta de liquidez e a não obtenção de crédito correspondem apenas a duas das causas passíveis de originar uma situação económica difícil, podendo pensar-se noutras, como a existência de quebras de receitas esperadas, o aumento de custos, perturbações na estrutura ou no processo de produção, a perda de competitividade, ou alterações de funcionamento de mercado³³.

Mas, há outros aspetos em que a definição utilizada se revela menos clara, suscitando dúvidas. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA³⁴ referem-se às seguintes: para além de a mesma (definição) se apresentar tautológica (utiliza-se o definido “difícil” na definição “dificuldade”), existe uma dificuldade de densificação do seu conteúdo, em virtude da utilização do adjetivo “séria”. Para além disso, entendem os mesmos autores que o legislador não deveria ter desatendido, enquanto fator indiciário de dificuldades, à relação entre o passivo e o ativo³⁵.

Sem prejuízo destas dificuldades, pode dizer-se (ainda com aqueles autores) que a situação económica difícil, tal como se encontra definida no artigo 17.º-B CIRE, consome a situação de insolvência iminente. Ou seja, a situação de insolvência iminente não corresponde mais do que a uma situação de dificuldade económica especialmente agravada, criando para quem a sofre uma eminência de rutura, que exige o recurso a

31 MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, obra cit., pág. 719.

32 Num sentido semelhante, pode ver-se CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013, págs. 85 a 106 (pág. 91).

33 Os exemplos são de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 146.

34 Ibidem, págs. 145 e segs.

35 Assim é (como referem os autores citados) que no artigo 3.º a relação entre o passivo e o ativo constitui, por si só, um critério bastante e autónomo de caracterização da insolvência para o universo das entidades empresariais, prescindindo da necessidade de avaliação da capacidade do devedor para honrar os vínculos a que se encontra adstrito.

medidas de carácter extraordinário. Estamos, pois, perante etapas do mesmo percurso de degradação da vida económica de uma entidade³⁶.

Um último aspeto merece ainda ser sublinhado. Prende-se o mesmo com o seguinte: resulta do acima exposto que não é possível o recurso ao PER por parte do devedor que se encontre numa situação de insolvência atual³⁷. Todavia, existe uma chamada de atenção por parte da doutrina³⁸ no sentido de que, na prática, o sistema deixa margem a que tal aconteça, i.e., a que empresas insolventes deem início ao PER.

Com efeito (adverte CATARINA SERRA³⁹), o processo inicia-se com a apresentação, no tribunal competente para o processo de insolvência, de uma declaração escrita através da qual o devedor e, pelo menos, um dos seus credores manifestam a vontade de encetar negociações com vista à revitalização daquele (artigo 17.º-C, n.ºs 1, 2 e 3 CIRE). Mais bastando, para tal, que o devedor ateste, por escrito, que reúne as condições necessárias para a sua recuperação (artigo 17.º-A, n.º 2).

Ora, se estes documentos bastam para que o PER se inicie⁴⁰, parece que não é possível, através dos mesmos, que o tribunal logre comprovar a situação em que o

36 “(...) poderá e deverá considerar-se em situação económica difícil o devedor que, pela ponderação dos diversos fatores que relevem na sua vida económica concreta, nomeadamente pela sua liquidez e capacidade de a obter e pela qualidade, consistência e evolução expectável das componentes do seu património, se encontre já, ou se anteveja já, na contingência efetiva de não cumprir pontualmente as suas obrigações ou, independentemente disso, e tratando-se de entidade abrangida na previsão do artigo 3.º, n.º 2, de apresentar um passivo manifestamente superior ao seu ativo” LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* Anotado, cit., pág. 147.

37 Quanto à definição de situação de insolvência veja-se o disposto no artigo 3.º, n.ºs 1 e 2 CIRE. De acordo com MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (obra cit., págs. 720 e segs.) a fixação de dois fundamentos de insolvência é meramente aparente, tudo acabando por se reconduzir à impossibilidade de o devedor cumprir as obrigações vencidas. Como refere o autor, uma sociedade comercial pode ter um passivo manifestamente superior ao ativo por circunstâncias do ciclo económico e manter o acesso ao crédito, continuando a pagar pontualmente. Tal sociedade, mesmo sendo o seu passivo manifestamente superior ao ativo, não está insolvente e poderá recorrer ao PER, desde que, nos termos gerais, esteja em situação de insolvência iminente ou em situação económica difícil.

38 Nesse sentido, veja-se CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., págs. 88 e segs.

39 Ibidem.

40 “Nem se diga, para retirar força à conclusão, que o devedor necessita ainda de proceder à remissão das cópias dos documentos elencados no n.º 1 do art. 24.º (relações dos credores; relações das acções e execuções pendentes contra o devedor; documento que explicita a actividade económica do devedor, etc), em conformidade com a al. b) do n.º 3 do art. 17.º-C. Primeiro, dada a autonomização da al. b) do n.º 3 do art. 17.º-C e a sua redacção (“remeter”), não é seguro que este dever não possa ser cumprido depois de o juiz proferir o despacho referido (isto é, depois do início do processo). Mesmo que assim não fosse, tão-pouco estes documentos são aptos, por si só, a comprovar a situação económica difícil ou a insolvência iminente. 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 provisório (uma vez) recebidos os documentos exigidos” (CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., pág. 89, nota 10).

devedor se encontra. Pode argumentar-se, é certo, que existe uma possibilidade ulterior de fiscalização dos pressupostos, havendo necessidade de homologação do acordo obtido (artigo 17.º-F). Não obstante, teria pouco sentido que o juiz recusasse a homologação (comprometendo a possibilidade de resgate do devedor insolvente) com fundamento na situação de insolvência atual em que o devedor se encontrava no momento em que deu início ao PER.

Por último, e no que diz respeito ao requisito da recuperabilidade do devedor, basta, como já foi dito, que o mesmo ateste, por escrito, que reúne as condições necessárias para o efeito (artigo 17.º-A, n.º 2 CIRE)⁴¹. Ou seja, o juízo de verificação deste requisito advém do próprio sujeito⁴².

Segundo MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, embora não se preveja qualquer sanção para uma conduta dolosa do devedor, a verdade é que, se o mesmo atuar em violação dos deveres de boa-fé, atestando falsamente que reúne aquelas condições, pode ser chamado a indemnizar os credores pelos prejuízos causados com tal comportamento⁴³.

IV.II – A RELAÇÃO COM O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

O PER não constitui um meio alternativo à insolvência, salvo no que diz respeito às situações de insolvência iminente (onde o devedor pode optar entre recorrer àquele processo ou apresentar-se à insolvência – artigo 3.º, n.º 4 CIRE). O primeiro aspeto que deve ser equacionado diz, pois, respeito à relação entre o PER e o dever de apresentação à insolvência.

41 De acordo com LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pág. 142), esta declaração tanto pode constar de documento autónomo, como ser inserida no requerimento inicial de abertura do processo.

Estes autores chamam ainda a atenção para o facto de que, em última instância, será sempre aos credores que, em definitivo – através da sua participação nas negociações e da conclusão ou adesão ao acordo – cabe decidir sobre a viabilidade de recuperação.

42 Numa versão anterior do n.º 2, do artigo 17.º-A (na versão do “Anteprojeto de diploma que altera o CIRE, de 24 de novembro de 2011), exigia-se que o devedor apresentasse uma declaração certificada por um técnico oficial de contas ou, sempre que a tal estivesse legalmente obrigado, por um revisor oficial de contas, ambos independentes, atestando que o devedor reunia as condições necessárias para a sua recuperação. Esta exigência desapareceu na versão final da norma.

43 Outra hipótese é a da aplicação, neste âmbito, do artigo 17.º-D, n.º 11, conjugado com o artigo 22.º: responsabilidade civil, solidária, dos administradores de direito ou de facto pelos prejuízos causados pela instauração indevida do processo de revitalização, mas apenas em caso de dolo.

Não se verifica, é certo, um consenso doutrinal quanto à questão de saber se um tal dever existe nos casos de insolvência iminente^{44/45}. Não obstante, caso se parta do entendimento afirmativo, i.e., o de que o dever de apresentação à insolvência se estende a estas situações, não pode fugir-se à questão de saber se, optando o devedor por recorrer ao PER, o mesmo fica dispensado de se apresentar à insolvência. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA entendem que sim: estando o devedor, perante uma situação de insolvência iminente, obrigado a apresentar-se à insolvência, ele tem, porém (verificados os respetivos pressupostos legais) a opção de recorrer ao PER, o que o dispensa de instaurar um processo de insolvência por apresentação⁴⁶.

Um outro aspeto que merece atenção da doutrina diz respeito aos casos em que, pretendendo-se recorrer ao PER, existe já um processo de insolvência iniciado – hipótese em que se deve distinguir consoante tenha havido já ou não, no âmbito daquele processo, declaração da situação de insolvência. Caso não tenha havido, dispõe o artigo 17.º-E, n.º 6 CIRE que o processo de insolvência se suspende, operando-se uma extinção do mesmo logo que seja aprovado e homologado um plano de recuperação.

Por sua vez, caso dê entrada um requerimento de PER, tendo já sido declarada a insolvência do devedor no âmbito da respetiva ação de insolvência, o juiz deverá recusar-se a proferir despacho de nomeação do administrador, continuando o processo de insolvência o seu curso⁴⁷. Facilmente se compreende esta solução: com efeito, tendo sido declarada a insolvência do devedor, não se verifica reunido o pressuposto objetivo de recurso ao PER, o qual apenas se aplica nos casos de devedores em situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente (e já não nos casos de insolvência atual).

44 Num sentido negativo, veja-se MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS e PEDRO CAEIRO, “As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)”, in *Interações económicas e financeiras: estudos de criminologia e direito*, cit., pág. 540, e CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., pág. 94). De acordo com esta autora, apenas nos casos de insolvência atual existe um dever de apresentação à insolvência, sendo muito claro o artigo 18.º, n.º 1 CIRE ao circunscrever o dever de apresentação à situação de insolvência “tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º”).

Num sentido afirmativo, veja-se LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., págs. 84 e 95).

45 Quanto à insolvência atual (em que tal dever existe) a questão não se coloca, já que essas situações estão fora do âmbito de aplicação objetiva do PER.

46 “Fazendo a síntese necessária, temos agora por certo que, devendo o devedor tomar o impulso processual quando se encontre em situação de insolvência iminente e esteja legalmente obrigado a apresentar-se, esse dever cumpre-se se, apoiado por credores, o devedor desencadeia o processo de revitalização, como é sua faculdade. E o mesmo sucede se optar por promover um procedimento de recuperação por via extrajudicial (SIREVE), ao abrigo do Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto, com o apoio expresso do respetivo art.º 5.º, n.º 1” (Ibidem, pág. 85).

47 CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., págs. 92 e 93.

CATARINA SERRA⁴⁸ coloca ainda a questão de saber como se processa a articulação entre o PER e o processo de insolvência nos casos em que a declaração de insolvência é requerida num momento posterior ao do início do PER⁴⁹. Segundo a autora, deve entender-se que o processo de insolvência se suspende, extinguindo-se no caso de vir a ser homologado um plano de recuperação, ou seguindo os seus trâmites na hipótese contrária.

Por último, deve notar-se que o encerramento do PER sem que o devedor tenha logrado chegar a um acordo com os seus credores pode levar a que seja declarada a insolvência do devedor, nos termos do artigo 17.º-G, n.ºs 3 e 4 CIRE (caso em que, havendo lista definitiva dos créditos reclamados, esses credores não terão que voltar a reclamá-los no processo insolvencial [artigo 17.º-G, n.º 7 CIRE])⁵⁰.

De acordo com CATARINA SERRA⁵¹, a declaração é aparentemente automática, consubstanciando algo próximo de uma convolação processual⁵². Todavia, não há nenhuma razão para não aplicar aqui o mesmo regime que se aplica nos casos de apresentação do devedor à insolvência, devendo o juiz confirmar se existe de facto uma situação de insolvência do devedor (e não devendo declará-la, caso tenha dúvidas quanto à sua verificação⁵³)

Diferente é, entretanto, a questão de saber se, tendo sido obtido um acordo no âmbito do PER, e verificando-se uma situação de insolvência superveniente, existe um dever de apresentação à insolvência por parte do devedor. Deve entender-se que não, já que não teria sentido, num caso como este, que se pusesse em causa a possibilidade de recuperação do devedor⁵⁴.

48 Ibidem, pág. 93.

49 Como adverte a autora (ibidem, págs. 93, nota 20): *“Claro que se se considerar o processo de insolvência susceptível de recondução à categoria das “acções para cobrança de dívidas”, de que se fala no n.º 1 do art. 17.º-E, o credor não pode requerer a declaração de insolvência a partir do momento em que haja “deferimento” do “pedido de abertura do PER” (isto é, em que tenha sido promanado o despacho de nomeação do administrador judicial provisório)”*.

50 A declaração de insolvência deverá aqui ser requerida pelo administrador provisório.

51 Ibidem, págs. 100 e 101.

52 Não é rigorosamente uma convolação (refere a autora) já que o primeiro processo se encerra antes da abertura do segundo.

53 De acordo com o artigo 11.º o juiz pode fundar a sua decisão em factos não alegados pelas partes (princípio inquisitório).

54 Ibidem, pág. 94. *“(…) não poderia pôr-se em causa uma possibilidade concreta de resgate do devedor. Por mais que o PER tenha sido pensado para situações de pré-insolvência, verificando-se um caso destes, à insolvência do devedor sobrepõe-se (tem de sobrepor-se) a ideia de que, por vias travessas ou tortas, se encontrou uma solução que concita o acordo da maioria dos sujeitos envolvidos e logo aquela insolvência deixou de ser um problema a resolver”* (obra cit., pág. 94). Esta posição está em conformidade com aquela, vista em cima, de acordo com a qual o juiz, no momento em que é chamado a pronunciar-se sobre a homologação do acordo obtido no âmbito do PER,

IV.III – AS MODALIDADES DE PER⁵⁵

Existem duas modalidades de PER: aquela em que o acordo é obtido no âmbito do processo, e aquela em que o mesmo é obtido extrajudicialmente, sendo depois apresentado ao tribunal para a respetiva homologação.

IV.III.I – ACORDO NO PROCESSO

IV.III.I.I – A INICIATIVA

De acordo com o artigo 17.º-C, n.º 1 CIRE, o processo inicia-se pela manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, através de declaração escrita e assinada pelos declarantes, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da aprovação de um plano de recuperação.

O devedor deverá então dirigir-se ao tribunal competente para o processo de insolvência, juntando uma declaração em que ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação (artigo 17.º-A, n.º 2 CIRE). Por sua vez, o tribunal deve nomear, de imediato, administrador judicial provisório (artigo 17.º-C, n.º 3, alínea a) CIRE)⁵⁶, sendo o respetivo despacho notificado ao devedor, e seguindo-se os demais termos previstos nos artigos 37.º e 38.º CIRE (notificação, publicidade e registo).

Para além do acima referido, deverá o devedor remeter ao tribunal os documentos referidos no artigo 24.º CIRE, entre os quais se incluem a relação dos seus credores, dos montantes dos seus créditos, datas de vencimento e eventuais garantias (artigo 17.º-C, n.º 3, alínea b) CIRE). Mais cabendo ao devedor, uma vez tendo sido notificado do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, comunicar a todos os seus credores (naturalmente, aqueles que não tenham subscrito a declaração), por meio de

não deverá recusar-se a homologá-lo, por falta dos respetivos pressupostos legais, se verificar a existência de uma situação de insolvência atual (mesmo que conclua – assim nos parece decorrer do raciocínio da autora) que tal situação se verificava já no momento em que se deu início ao procedimento.

55 Nesta parte seguimos de muito perto (quase textualmente) MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (obra cit., págs 722 e segs.).

56 Conforme referem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit. págs. 141 e 142), o devedor não tem de alegar especificamente factos reveladores da situação em que se encontra, a qual não carece, pois, de prova prévia. Atendendo às disposições dos artigos 24.º, n.º 1 (ex. vi artigo 17.º-C, n.º 3, alínea b), 17.º-D, n.º 9 e 17.º-F, n.ºs 1, 2 e 5, os autores entendem que quando, através da documentação inicialmente junta pelo devedor, o juiz dê conta da inexistência de qualquer uma das situações fundamentantes do processo de revitalização, deve indeferir o requerimento inicial por falta de preenchimento dos respetivos pressupostos legais.

carta registrada, que deu início a negociações com vista à sua revitalização, convidando-os a participar, se assim o entenderem, nas negociações em curso (artigo 17.º-D, n.º 1 CIRE)⁵⁷.

IV.III.I.II – A RECLAMAÇÃO DE CRÉDITOS

Os credores dispõem de um prazo de 20 dias contados desde a data de publicação do despacho de nomeação do administrador judicial provisório para reclamarem os seus créditos, devendo essa reclamação ser feita junto do administrador provisório, que, no prazo de cinco, deverá elaborar a lista provisória de créditos para ser entregue na secretaria do tribunal e publicada (artigo 17.º-D, n.ºs 2 e 3 CIRE).

Esta lista pode ser impugnada no prazo de cinco dias, dispondo o juiz de idêntico prazo para decidir as impugnações. Caso não seja impugnada, a lista transforma-se em definitiva (artigo 17.º-D, n.ºs 3 e 4 CIRE).

IV.III.I.III – AS NEGOCIAÇÕES

Os credores que pretendam participar nas negociações devem declará-lo, durante todo o tempo em que as mesmas decorrerem, por meio de carta registrada, sendo tais declarações juntas ao processo (artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE).

Compete aos intervenientes definir os termos das negociações, cabendo, no entanto, ao administrador provisório, na falta de acordo, proceder à fixação dos mesmos. Em todo o caso, devem ser observados os princípios orientadores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro (artigo 17.º-D, n.º 10 CIRE).

Para além dos credores, participa ainda nas negociações o administrador, ao qual compete orientar e fiscalizar o decurso dos trabalhos (devendo assegurar, designadamente, que as partes não adotam expedientes dilatatórios – artigo 17.º-D, n.º 9), e os peritos designados⁵⁸. Os credores que tenham reclamado os seus créditos participam individualmente, podendo nomear representantes para negociar com o devedor. É ainda admitida a constituição de comissões por parte dos credores.

⁵⁷ Respondendo, bem como os seus administradores de direito ou de facto, solidariamente pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações. A ação intentada para apuramento dessas responsabilidades corre de forma autónoma no processo (artigo 17.º-D, n.º 11 CIRE).

⁵⁸ Cabe a quem se queira socorrer dos peritos a contratação destes e o pagamento dos respetivos custos, a não ser que o contrário decorra expressamente do plano de recuperação que venha a ser aprovado (artigo 17.º-D, n.º 8 CIRE).

Por sua vez, recai sobre o devedor insolvente o dever de prestar toda a informação relevante ao curso das negociações, tanto ao administrador como aos credores, assegurando a sua transparência. Ela deve ser prestada logo no início das negociações, tendo de ser devidamente atualizada durante o seu curso (artigo 17.º-D, n.º 6 CIRE)⁵⁹.

IV.III.I.IV – OS EFEITOS DA NOMEAÇÃO DO ADMINISTRADOR PROVISÓRIO

Para além daquilo que se encontra previsto no artigo 17.º-D, n.ºs 1 e 2 CIRE, resultam da nomeação do administrador provisório os seguintes efeitos:

(i) A nomeação impede a instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra o devedor e, durante todo o tempo em que perdurem as negociações, suspende, quanto ao devedor, as ações em curso com idêntica finalidade (artigo 17.º-E, n.º 1 CIRE)⁶⁰.

(ii) Os processos de insolvência em que anteriormente haja sido requerida a insolvência do devedor suspendem-se na data de publicação do despacho de nomeação, desde que ainda não tenha sido proferida sentença declaratória da insolvência, e extinguem-se logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação (artigo 17.º-E, n.º 6 CIRE).

(iii) Neste período de tempo o devedor não poderá praticar atos de especial relevo (definidos no artigo 161.º CIRE), como p. ex., a venda da empresa, de seus estabelecimentos, ou de bens necessários à continuação da sua atividade (artigo 161.º, n.º 3, alíneas a) e b) CIRE), sem autorização do administrador (artigo 17.º-E, n.º 2 CIRE), que terá de ser pedida por escrito e concedida da mesma forma (artigo 17.º-E, n.º 3 CIRE)⁶¹.

De acordo com CATARINA SERRA⁶², a referência do artigo 17.º-E, n.º 2 ao critério estabelecido no artigo 161.º CIRE torna o regime daquele artigo bastante exigente, fazendo com que os atos abrangidos pela subordinação ao consentimento do administrador sejam quase todos aqueles que o devedor poderá pretender praticar durante este período. Este condicionamento representa assim uma forte restrição à administração pelo próprio

⁵⁹ O devedor ou seus administradores, se este for uma pessoa jurídica, são solidária e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das informações a estes prestadas (artigo 17.º-D, n.ºs 6 e 9 CIRE).

⁶⁰ Se for aprovado e homologado um plano de recuperação, as ações suspensas extinguem-se. Contudo, como decorre da parte final do artigo 17.º-E, n.º 1 CIRE, pode ser evitado este resultado, caso o plano preveja a sua continuação.

⁶¹ Entre o pedido de autorização e a resposta não podem mediar mais de cinco dias, devendo, sempre que possível, recorrer-se a comunicações eletrónicas (artigo 17.º-E, n.º 4 CIRE). Caso o administrador nada diga, o seu silêncio vale como recusa (artigo 17.º-E, n.º 5).

⁶² CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., págs. 95 e segs.

devedor, receando-se que, ao invés de facilitar, a intervenção do administrador judicial provisório venha a prejudicar o êxito do processo.

Seja como for, não há dúvida de que este terceiro efeito se encontra pensado para tutelar essencialmente o interesse dos credores, ao contrário dos dois primeiros, cujo objetivo é o de proteger o devedor.

IV.III.I.V – A CONCLUSÃO DAS NEGOCIAÇÕES

Uma vez concluídas as negociações, poderá verificar-se ou não a existência de um acordo, e, no caso de haver acordo, poderá o mesmo ter sido aprovado unanimemente por todos os credores, ou não. Cabe distinguir estas várias hipóteses. Assim:

IV.III.I.V.I – EXISTÊNCIA DE ACORDO

No caso de o devedor e os credores terem chegado a um acordo, e de o respetivo plano ter sido aprovado pela unanimidade dos credores, deverá o mesmo ser enviado para o juiz para a respetiva homologação ou recusa (artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE)⁶³.

Já no caso de o plano não ser aprovado por unanimidade, terá que o ser (aprovado) pelo menos pela maioria prevista no artigo 212.º CIRE, i.e., através da maioria necessária para a aprovação de um plano de insolvência⁶⁴, sendo o quórum deliberativo calculado com base nos créditos relacionados, constantes da lista de créditos elaborada pelo administrador (prevista no artigo 17.º-D, n.ºs 3 e 4 CIRE) (artigo 17.º-F, n.º 3). Não obstante, a lei abre a hipótese de o juiz computar os créditos que tenham sido impugnados no caso de considerar que existe uma probabilidade séria de os mesmos deverem ser reconhecidos, caso a questão ainda não se encontre decidida (artigo 17.º-D, n.º 3 CIRE).

Quanto à votação, a mesma efetua-se por escrito, aplicando-se o disposto no artigo 211.º CIRE, com as necessárias adaptações. Os votos são remetidos ao administrador judicial provisório, que os abre em conjunto com o devedor, elaborando um documento com o resultado da votação (artigo 17.º-F, n.º 4 CIRE). De seguida, o juiz homologará o

⁶³ As causas de recusa de homologação são as previstas nos artigos 215.º e 216.º CIRE, para cujo regime o artigo 17.º-F, n.º 5 faz remissão.

⁶⁴ A proposta de plano de insolvência considera-se aprovada se recolher mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos (i) e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados (ii), não se considerando como tal as abstenções. O n.º 2 do artigo 212.º CIRE prevê os créditos que não conferem direito de voto, onde se enquadram aqueles que não sejam modificados pela parte dispositiva do plano (artigo 212.º, n.º 2, alínea a) CIRE).

plano, aplicando, com as devidas adaptações, as regras vigentes em matéria de aprovação e homologação de um plano de insolvência (artigo 17.º-F, n.º 5 CIRE).

A decisão do juiz tem efeitos vinculativos, mesmo para os credores que não hajam participado nas negociações (artigo 17.º-F, n.ºs 5 e 6 CIRE), devendo ser notificada, publicitada e registada pela secretaria do tribunal, nos termos dos artigos 37.º e 38.º CIRE.

IV.III.IV.II – INEXISTÊNCIA DE ACORDO

Na hipótese de as negociações terminarem sem que haja acordo, ou de o devedor ter desistido das negociações, importa distinguir consoante o mesmo (devedor) se encontre ou não em situação de insolvência.

Caso o devedor não se encontre numa situação de insolvência, verifica-se apenas uma cessação dos efeitos protetores decorrentes do processo, para além de que o devedor fica impedido, nos dois anos subsequentes, de recorrer a este instrumento (artigo 17.º-F, n.ºs 2 e 6 CIRE).

Já no caso de se verificar, no momento em que as negociações terminam sem acordo, que o devedor se encontra em situação de insolvência, deverá, para além do ora exposto, proceder-se à declaração dessa mesma insolvência (artigo 17.º-F, n.º 3).

IV.III.II – ACORDO EXTRAJUDICIAL

O PER pode também ser iniciado pela apresentação de um acordo extrajudicial de recuperação, assinado pelo devedor e por um grupo de credores que representem, pelo menos, a maioria de votos prevista no artigo 212.º, n.º 1 CIRE (ou seja, a necessária para a aprovação de um plano de insolvência) (artigo 17.º-I, n.º 1). A apresentação daquele acordo deve ainda ser acompanhada dos documentos elencados no artigo 17.º-A, n.º 2 e no artigo 24.º, n.º 1.

Sendo o processo devidamente instruído, cabe ao juiz proceder à nomeação de administrador judicial provisório, devendo a secretaria notificar os credores, que constem da lista de créditos e que não tenham intervindo nas negociações, da existência do acordo (o qual fica disponível para consulta na secretaria do tribunal), e publicar a lista provisória de créditos (artigo 17.º-I, n.º 2 CIRE). O despacho de nomeação desencadeia os efeitos substanciais e processuais (artigos 17.º-E, n.ºs 1, 2 e 6 CIRE) acima referidos.

Convertendo-se a lista de créditos em definitiva, o juiz procede, no prazo de 10 dias, à análise do acordo extrajudicial, podendo ou não homologá-lo, nos mesmos termos acima referidos para a homologação do acordo alcançado dentro do processo.

IV.IV – A PROTEÇÃO DOS NEGÓCIOS DE FINANCIAMENTO E DAS SUAS GARANTIAS (*FRESH MONEY*)

Conforme refere MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS⁶⁵, um dos aspetos mais importantes do PER consiste na proteção do chamado *fresh money*, ou seja, do financiamento concedido ao devedor pelos seus credores, e que lhe permita o desenvolvimento da sua atividade.

Tal tutela começa, desde logo, por uma restrição à possibilidade de resolução, pelo administrador, dos atos realizados anteriormente ao início do processo de insolvência (artigo 120.º, n.º 6 CIRE). Com efeito, decorre desta norma que os negócios jurídicos celebrados no âmbito do PER (ou do acordo, quando se trate de acordo extrajudicial – artigo 17.º-I, n.º 6 CIRE), cuja finalidade seja a de prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação, não podem ser resolvidos pelo administrador de insolvência no caso de esta (insolvência) vir a ser declarada.

Para além disto, resulta ainda do disposto no artigo 17.º-H, n.º 1 CIRE que as garantias convencionadas não podem ser objeto de resolução no caso de a insolvência do devedor vir a ser declarada no prazo de dois anos⁶⁶. De acordo com aquele autor, embora a lei se refira unicamente às garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores, deverão ser também aqui incluídas as garantias prestadas a terceiros que forneçam ao devedor os meios pecuniários de que este necessita, desde que haja acordo entre o devedor e os seus credores⁶⁷ nesse sentido. De outra forma não seria possível incluir na previsão daquela norma os financiadores externos, i.e., aqueles que não fossem ainda credores ao tempo do processo (como por exemplo, a banca).

Por último, prevê ainda a lei que os credores que disponibilizem capital para a revitalização do devedor beneficiam de um privilégio mobiliário geral graduado acima do privilégio dos trabalhadores (artigo 17.º-H, n.º 2 CIRE).

V – O SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS POR VIA EXTRAJUDICIAL (SIREVE)

⁶⁵ Obra cit., págs. 726 e segs.

⁶⁶ A exceção é ao regime geral de resolução do artigo 120.º e do artigo 121.º CIRE.

⁶⁷ Naturalmente, os pré-existentes.

O SIREVE, introduzido, como já foi dito, pelo DL n.º 178/2012, de 3 de agosto, consiste num processo negocial, realizado sob a mediação do IAPMEI, I.P., que tem em vista a obtenção de um acordo recuperatório destinado à viabilização da empresa⁶⁸. Estamos, pois, perante um processo de revitalização que não decorre perante os tribunais.

Durante todo o procedimento a empresa e os credores (que devem representar, no mínimo, 50% do total das dívidas), beneficiam do acompanhamento do IAPMEI, I.P., que constitui um organismo especialmente vocacionado para o apoio à revitalização empresarial⁶⁹.

O SIREVE constitui assim uma verdadeira alternativa à via judicial, com a vantagem de – exceção feita à intervenção conciliatório do IAPMEI, I.P. –, se processar na esfera restrita do devedor e dos credores participantes, sem necessidade de publicações (poupando-se assim o devedor às consequências da divulgação da sua situação, e favorecendo-se as negociações)⁷⁰.

V.I – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO

V.I.I – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO SUBJETIVO

O SIREVE apenas se aplica a empresas (artigo 1.º). Adota-se um conceito amplo de empresa (o do artigo 5.º CIRE), abrangendo-se não apenas pessoas coletivas, mas também qualquer outra realidade empresarial assim determinada, independentemente da categoria jurídica do empresário (artigo 2.º).

V.I.II – O ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJETIVO

Podem recorrer ao SIREVE empresas em situação de insolvência atual ou iminente, mas também (o que constitui uma novidade face ao PEC) empresas em situação económica difícil (artigo 2.º DL n.º 178/2012). Coloca-se assim no mesmo plano do PER, com a vantagem de abranger também a insolvência atual⁷¹.

68 E a evitar, dessa forma, a necessidade de recurso à liquidação universal do património do devedor.

69 São várias as suas funções durante o processo, como a emissão de um juízo técnico sobre a viabilidade da empresa e sobre a proposta de acordo extrajudicial, o envolvimento nas negociações, etc.).

70 LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit. págs.

71 O SIREVE sai assim reforçado, seja porque prescinde da forma jurídica por que as empresas se organizam, seja porque permite a recuperação ainda antes de se consubstanciar, ou tornar iminente, a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, páginas 63 a 84, *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra,

V.II – A RELAÇÃO COM O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

Não é possível o recurso ao SIREVE depois da apresentação da devedora à insolvência e, independentemente da iniciativa do processo, quando a insolvência já tenha sido declarada (artigo 18.º, n.º1, alíneas a) e b) DL n.º 178/2012).

Mais controvertida é a questão de saber o que acontece ao procedimento SIREVE, no caso de haver uma posterior prolação de sentença declaratória. JOÃO LABAREDA⁷², embora não isento de dúvidas, entende que aquela prolação não conduz à extinção automática do procedimento, desde que legitimamente aberto (artigos 18.º, n.º 2 e 3 DL n.º 178/2012).

V.III – PRAZO

O prazo de duração do procedimento não deve exceder três meses a contar da data de aceitação do requerimento, podendo no entanto se prorrogado, por um só mês, mediante requerimento fundamentado da empresa ou de qualquer dos credores participantes no procedimento e a emissão de parecer favorável do IAPMEI.I.P (artigo 15.º, n.ºs 1 e 2 DL n.º 178/2012).

V.IV – INICIATIVA, CONTROLO LIMINAR E PARECER TÉCNICO

O processo inicia-se através de requerimento dirigido à recuperação da empresa, apresentado pela mesma (artigo 3.º, n.º 1 DL n.º 178/2012)⁷³, e que deve conter os elementos previstos no n.º 2 do mesmo artigo⁷⁴, e ser acompanhado dos documentos previstos no n.º 3⁷⁵.

De acordo com o n.º 5, do artigo 3.º, a empresa deverá ser capaz de demonstrar que, com o plano de negócio apresentado, consegue, no final do período de cinco anos, atingir uma

2013, pág. 71).

72 JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., pág. 70.

73 Deixou assim de haver a possibilidade, que existia no âmbito do PEC, de o procedimento SIREVE ser desencadeado por um credor ou grupo de credores.

74 Fundamentos do recurso ao SIREVE; identificação das partes a participar no SIREVE; identificação do credor ou dos credores que representem, pelo menos, 50% das dívidas da empresa constantes do balancete analítico, o qual deve reportar uma situação patrimonial com antiguidade não superior a três meses relativamente à data de apresentação do requerimento; o conteúdo do acordo que se pretende obter; e, o plano de negócios.

75 E que são todos os elementos e documentos a apresentar com a petição inicial em processo de insolvência, nos termos do artigo 24.º CIRE, e comprovativo de pagamento da taxa devida pela utilização do SIREVE.

situação económica e financeira equilibrada⁷⁶. I.e., deverá ser demonstrado pela empresa que as medidas específicas excecionais contidas no plano geram a fundada expectativa de se vir a alcançar uma situação sustentável, uma vez sendo obtido o respetivo acordo recuperatório.

O requerimento é dirigido ao IAPMEI, I.P., o qual, no prazo de 15 dias, deve proferir despacho liminar de recusa ou de aceitação do requerimento (ou ainda de convite ao aperfeiçoamento) (artigo 6.º DL n.º 178/2012). As causas de indeferimento são aquelas que se encontram previstas no artigo 6.º, n.º 1, alínea a) DL n.º 178/2012, sendo de realçar o facto de a empresa se apresentar economicamente inviável, ou de o SIREVE não se afigurar eficaz para a obtenção do acordo⁷⁷.

Conforme referem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁷⁸, cabe ao IAPMEI, I.P., no âmbito deste despacho liminar, realizar um juízo perfunctório sobre a viabilidade da empresa, com base nos elementos de que, na altura, dispuser e que são, essencialmente, aqueles que lhe tenham sido facultados em cumprimento do artigo 3.º DL n.º 178/2012.

Uma vez proferido despacho de recebimento do requerimento, cabe ao IAPMEI, I.P. promover todas as diligências e contatos necessários entre a empresa e os credores por ela identificados no requerimento, com vista à concretização de acordo que viabilize a recuperação, competindo-lhe orientar as reuniões que convocar (artigo 6.º, n.º 5 DL n.º 178/2012). Para além disso, deverá ainda aquela entidade proceder à análise da viabilidade da empresa e da adequação do acordo pretendido, emitindo o respetivo parecer técnico no prazo de 30 dias (artigo 7.º DL n.º 178/2012).

Deve notar-se, desta forma, a existência de uma duplicação quanto ao juízo de viabilidade da empresa, o qual já se encontra presente no momento em que o juiz é chamado a proferir o despacho liminar. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁷⁹ entendem que o parecer a que se refere o artigo 7.º do DL n.º 178/2012 tem uma função complementar da avaliação preliminar, podendo ou não confirmá-la. (No caso de a análise aprofundada a que o IAPMEI, I.P. agora procede demonstrar que a empresa é inviável, ou que o SIREVE se afigura ineficiente para a obtenção de um acordo recuperatório – contrariando assim o juízo perfunctório acima

76 Com um rácio de autonomia financeira superior a 15% ou 20%, consoante se trate de pequena ou média empresa (PME) ou grande empresa, respetivamente, e um rácio de liquidez superior a 1,05.

77 Caso conclua que não estão verificadas aquelas condições deverá recusar o requerimento, podendo também fazê-lo cessar, a todo o tempo, quando verifique que não poderá ser alcançado um acordo eficaz (artigos 6.º e 16.º DL n.º 178/2012). Podendo ainda, igualmente a todo o tempo, sugerir à empresa modificações dos termos do acordo inicialmente pretendido (artigo 8.º, n.º 2, alínea b) DL n.º 178/2012).

78 LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit. pág. 1051.

79 Ibidem.

referido –, deverá ser declarada a extinção antecipada do procedimento, nos termos do artigo 16.º, n.º 2, alínea a) DL n.º 178/2012).

Para além do juízo acerca da viabilidade da empresa, deverá também aquela entidade, como se referiu, avaliar a justeza da proposta de acordo apresentada pela empresa, podendo proceder à identificação de possíveis medidas alternativas ou complementares que se configurem apropriadas para lograr o objetivo visado com o SIREVE⁸⁰.

V.V – NEGOCIAÇÕES

As negociações têm por base a proposta de acordo apresentada pela empresa juntamente com o requerimento inicial (artigo 3.º, n.º 2, alínea d) DL n.º 178/2012), mas não se esgotam nela. Na verdade, pode acontecer que sejam introduzidas alterações, desde logo por iniciativa do IAPMEI, I.P⁸¹.

Durante a fase das negociações os intervenientes devem atuar em conformidade com os princípios constantes do anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro⁸².

V.V.I – INTERVENIENTES⁸³

O processo negocial decorre entre o devedor empresário e os credores representativos, pelo menos, de 50% do total dos créditos (quórum este igualmente necessário para celebração do acordo no âmbito do SIREVE (artigo 1.º, 3.º, n.º 2, alínea c) e 12.º, n.º 1 DL n.º 178/2012).

Cabe à empresa, no requerimento inicial, proceder à identificação do credor ou dos credores que representam, pelo menos, 50% das dívidas da empresa constantes do balancete analítico, o qual deve reportar uma situação patrimonial com antiguidade não superior a três meses relativamente à data da apresentação do requerimento (artigo 3.º, n.º 2, alínea c) DL n.º 178/2012).

80 Ibidem.

81 Com efeito, prevê-se logo no artigo 7.º DL n.º 178/2012 que o IAPMEI, I.P deve emitir um parecer técnico sobre a adequação do acordo pretendido à viabilização da empresa, podendo, como acima foi dito, propor medidas alternativas ou complementares.

82 Estamos, pois, aqui perante mais um exemplo da aproximação entre o SIREVE e o PER.

83 Trata-se de saber que pessoas e entidades participam no procedimento SIREVE, as quais, consequentemente, participarão nas negociações, a menos que façam cessar antecipadamente a sua participação.

Não obstante, resulta do disposto no artigo 8.º, n.º 1 DL n.º 178/2012 que o IAPMEI, I.P. pode promover a participação nas negociações de outras entidades, para além das indicadas pela empresa, designadamente os credores que tenham instaurado contra a empresa ações executivas para pagamento de quantia certa, ou quaisquer outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias. Pode ainda qualquer credor, cuja participação não tenha sido solicitada pela empresa, nem promovida pelo IAPMEI, I.P. requerer, até ao termo do prazo previsto no artigo 11.º, n.º 8 DL n.º 178/2012⁸⁴, a sua participação no SIREVE⁸⁵ (artigo 10.º DL n.º 178/2012)⁸⁶.

Outro aspeto que merece ser sublinhado diz respeito à obrigatoriedade da participação da Fazenda Pública e da Segurança Social, sempre que estas entidades tenham sido relacionadas como credoras no requerimento inicial (artigos 9.º, n.º 1 e 11.º, n.º 3, alínea a) DL n.º 178/2012). Não obstante, prevê-se na nova lei a possibilidade de as mesmas manifestarem, fundamentadamente, a sua indisponibilidade para a celebração do acordo, mais se estabelecendo limites à duração do plano de pagamentos a concretizar com elas (artigo 9.º, n.º 5 DL n.º 178/2012)⁸⁷.

Por último, importa ainda referir que, embora a lei não preveja expressamente a participação dos sócios da empresa ou de outros interessados no acordo recuperatório (note-se que a lei, no artigo 10.º, se refere a “outros credores”), tal não significa que a participação destas pessoas esteja vedada. É essa a posição seguida por JOÃO LABAREDA⁸⁸, de acordo com o qual a omissão da lei não tem nenhum significado especial.

Com efeito, não tem sentido, no quadro da liberdade negocial e da autonomia da vontade, que se possa excluir a possibilidade de as providências de viabilização a consensualizar contemplarem o envolvimento ativo de sócios da sociedade devedor ou a intervenção de outros interessados⁸⁹.

84 De acordo com este artigo, os participantes no procedimento devem comunicar ao IAPMEI, I.P. a sua posição relativamente à proposta de acordo apresentada pela empresa, no prazo de 60 dias após a notificação do despacho de aceitação do requerimento de utilização do SIREVE.

85 E, consequentemente, nas negociações.

86 É preciso, no entanto, sublinhar que, não estando o despacho de aceitação do requerimento sujeito a publicidade, pode ser difícil, na prática, que os credores não chamados possam lançar mão do mecanismo previsto neste artigo.

87 A falta de pagamento pontual de novas dívidas, que se vençam após a aceitação do requerimento de utilização do SIREVE, é causa para que as mesmas cessem a sua participação no procedimento (artigo 9.º, n.º 6 DL n.º 178/2012).

88 JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., págs. 72 e 73.

89 Tal desiderato pode ter sido, referem, manifestado desde logo na proposta inicial. Para além do mais, trata-se do entendimento mais conforme com o artigo 8.º, n.º 1 DL n.º 178/2012.

V.V.II – PAPEL DO IAPMEI, I.P.

Cabe ao IAPMEI, I.P. catalisar o processo negocial, acompanhando as negociações e promovendo as diligências necessárias, podendo, nomeadamente, propor ajustamentos ou modificações à proposta de acordo apresenta (artigo 6.º, n.ºs 5 e 6 e artigo 8.º DL n.º 178/2012); mais podendo fazer extinguir antecipadamente o procedimento, quando constate que se verifica alguma das situações que, detetada no momento inicial, teria conduzido à recusa de recebimento, ou quando verifique que o acordo proposto não reúne o consenso da maioria de credores necessária para a aprovação do acordo (artigo 16.º DL n.º 178/2012).

O êxito da recuperação dependerá, assim, em grande medida do envolvimento do Instituto.

V.V.III – TOMADA DE POSIÇÃO

Resulta do disposto no artigo 11.º, n.º 8 DL n.º 178/2012 que os participantes no procedimento devem comunicar ao IAPMEI, I.P., no prazo de 60 dias após a notificação do despacho de aceitação do requerimento, a sua posição relativamente à proposta de acordo apresentada pela empresa.

De acordo com JOÃO LABAREDA⁹⁰, trata-se de uma estatuição sem consequências desfavoráveis para os credores que não a observem. A falta de pronúncia deverá equivaler à não-aceitação da proposta. Não obstante, é necessário notar que o processo negocial pode ter evoluído, tendo a proposta inicial sido objeto de modificações. O que verdadeiramente importa é que os credores se manifestem quanto ao que estiver efetivamente em discussão, de modo a que o processo negocial possa avançar ou, sendo esse o caso, o IAPMEI, I.P. o extinga antecipadamente, por concluir não ser possível obter acordo eficaz⁹¹.

V.VI – ACORDO

Segundo o disposto no artigo 12.º DL n.º 178/2012, o acordo é obrigatoriamente reduzido a escrito e assinado pela empresa, pelo IAPMEI, I.P., e pelos credores que o aceitam subscrever, os quais não podem representar menos de 50% das dívidas apuradas da empresa.

90 JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., pág. 74.

91 Ibidem.

Os participantes, de harmonia com o princípio da liberdade contratual e da autonomia da vontade, podem acordar quaisquer medidas juridicamente admissíveis, desde que estejam dentro do plano de disponibilidade das partes contratantes, e que sejam viáveis para a revitalização da empresa. Não existem restrições à tipologia dos instrumentos de que as partes podem lançar mão para integrar o acordo recuperatório.

V.VII – EFEITOS⁹²

V.VII.I – EFEITOS DA ADMISSÃO DO REQUERIMENTO

Para além daqueles que dizem respeito ao próprio desenvolvimento das negociações e dos respetivos procedimentos, a admissão do requerimento tem os seguintes efeitos:

(i) impede a instauração de certas novas ações judiciais contra a empresa devedora e suspende as que, do mesmo tipo, estejam em curso (artigo 11.º, n.º 2 DL n.º 178/2012, sem prejuízo do n.º 3).

(ii) limita a capacidade da empresa para a disposição e oneração de bens integrantes do seu património (artigo 11.º, n.º 5 DL n.º 178/2012).

(iii) consolida a suspensão do prazo de apresentação à insolvência previsto no artigo 18.º CIRE.

(iv) é causa fundamentante de suspensão da instância judicial de insolvência que corra contra a empresa, embora sob o poder discricionário do juiz (artigo 18.º, n.º 3 DL n.º 178/2012).

V.VII.II – EFEITOS DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO RECUPERATÓRIO

V.VII.II.I – EFEITOS INTERNOS

Os efeitos internos da celebração do acordo, ou seja, aqueles que abarcam as partes contratantes, são aqueles que se projetam nas relações entre a empresa devedora e cada um dos credores subscritores, à luz daquilo que tiver sido estabelecido no respetivo plano negocial (o qual introduz, ou pode introduzir, modificações àquelas relações).

⁹² Seguimos de muito perto JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., págs. 76 e segs.

Por outro lado, e de acordo com o disposto no artigo 13.º DL n.º 178/2012, a celebração do acordo conduz, salvo quando o mesmo preveja a manutenção da sua suspensão, à extinção automática das ações executivas para pagamento de quantia certa instauradas contra a empresa, mais se mantendo suspensas, salvo transação, as ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias, igualmente instauradas contra a empresa (n.º 1, deste artigo)⁹³.

Refira-se ainda que o acordo constitui título bastante para a validade e eficácia de negócios nele contemplados, desde que revista a forma legalmente exigível para o respetivo tipo (artigo 12.º, n.º 2 DL n.º 178/2012).

V.VII.II.II – EFEITOS EXTERNOS

Nos termos do artigo 19.º, n.º 2 DL n.º 178/2012, pode aproveitar-se o acordo recuperatório para se estender os seus efeitos para além das partes contratantes. Assim é que, quando aquele acordo envolva credores que representem mais de dois terços do total de créditos relacionados no procedimento, existe a possibilidade de a empresa submeter a proposta de acordo ao tribunal competente para o processo de insolvência, para suprimento da aprovação dos restantes credores relacionados e consequente homologação, com os mesmos efeitos previstos no CIRE para o plano de pagamentos (artigos 252.º e seguintes CIRE, com especial destaque para os artigos 258.º e 259.º)⁹⁴.

De acordo com JOÃO LABAREDA⁹⁵, esta constitui a maior vantagem do acordo recuperatório obtido no âmbito do SIREVE, uma vez que, sendo o acordo aprovado pelo quórum mínimo (aquele acima referido), torna-se possível à empresa desencadear o procedimento simplificado e expedito típico do plano de pagamentos, fora do seu âmbito normal de intervenção.

93 De acordo com o n.º 2, deste artigo, o efeito quanto a estas ações não se aplica às ações executivas para pagamento de quantia certa, ou quaisquer outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias, instauradas por credores que não tenham subscrito o acordo, ou instauradas pelos credores aos quais o acordo produza efeitos pro via da aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 19.º.

94 Deve notar-se (com JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., pág. 78) que, tal como sucede com o plano de pagamentos (artigos 257.º, n.º 3 e artigo 258.º CIRE) só relevam, quer para a determinação da percentagem dos créditos titulados pelos credores subscritores do acordo recuperatório, quer para o suprimento dos restantes, os créditos relacionados pela empresa no SIREVE (artigo 3.º, n.º 2, alínea c), e artigo 19.º, n.º 2 DL n.º 178/2012), salva a possibilidade aberta pelo artigo 10.º, do mesmo diploma, i.e., a possibilidade de qualquer credor requerer a sua participação, dentro do prazo previsto nesta norma. Todavia (advertem aqueles autores), o deferimento do requerimento apresentado pelo interessado apenas terá lugar quando a própria empresa o reconheça como credor.

95 Ibidem.

Já nos casos em que não seja possível reunir a maior necessária para se obter o suprimento da aprovação, resta a hipótese de o acordo alcançado servir de base, em sede do processo de insolvência, à apresentação de propostas de plano de insolvência, ou, quando aplicável em função da natureza do devedor, de plano de pagamentos em sentido próprio (artigo 19.º, n.º 1 DL n.º 178/2012).

Por último, deve ainda notar-se que existe a possibilidade de o acordo recuperatório, que reúna o quórum necessário para esse efeito, ser utilizado para dar início ao PER, na modalidade prevista no artigo 17.º-I CIRE⁹⁶. A finalidade será a de, em obediência à tramitação própria deste último procedimento, obter a homologação judicial do acordo extra-judicial alcançado, vinculando, assim, a generalidade dos credores.⁹⁷

V.VIII – INCUMPRIMENTO DO ACORDO

Decorre do artigo 14.º, n.º 1 DL n.º 178/2012 que o incumprimento definitivo pela empresa das obrigações assumidas no acordo, ou o não cumprimento das mesmas no prazo de 30 dias a contar da data da notificação para o efeito⁹⁸, permite aos credores, individualmente, proceder à resolução do acordo.

Diferente é a solução prevista no n.º 2, da mesma norma, de acordo com o qual o surgimento de novas dívidas à Fazenda Pública ou à Segurança Social, que não sejam regularizadas no prazo de 90 dias a contar da respetiva data de vencimento, conduz à cessão (automática) do acordo relativamente a essas entidades. Com efeito, não estamos aqui perante uma causa legal de resolução do contrato, mas, antes, perante uma espécie de condição resolutiva que conduz à cessão imediata dos efeitos do acordo⁹⁹.

A decisão de resolução ou de cessação deve ser comunicada ao IAPMEI, I.P, o qual dá conhecimento da mesma aos demais subscritores, bem como, ao tribunal onde estejam pendentes as ações executivas para pagamento de quantia certa ou quaisquer ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias instauradas contra a empresa, cabendo ao tribunal ordenar a renovação da instância ou a imediata prossecução da instância (artigo 14.º, n.ºs 3 e 4 DL n.º 178/2012)¹⁰⁰.

96 Veja-se o que se disse supra (cap. IV.III.II) sobre esta matéria.

97 A esta possibilidade se refere JOÃO LABAREDA (ibidem).

98 A redação desta norma não é a mais clara. Na verdade, a resolução do contrato pressupõe a existência de uma situação de incumprimento definitivo, pelo que, o sentido deste preceito para ser o de, havendo interpelação cominatória, se fixar o prazo (30 dias) dentro do qual a mora se considera transformada em incumprimento definitivo.

99 Embora se fale no n.º 3 em decisão de cessação.

100 Temos dúvidas quanto à utilização da palavra “pendentes” no n.º 3, do artigo 14.º. Na verdade, se

V.IX – A PROTEÇÃO DOS NEGÓCIOS DE FINANCIAMENTO

Tal como se verifica no âmbito do PER, o DL n.º 178/2012 prevê um conjunto de medidas destinadas a proteger os credores que se disponham a apoiar a continuidade da atividade da empresa, mesmo antes de se conseguir o acordo recuperatório. Esse regime encontra-se estabelecido no artigo 11.º, n.ºs 6 e 7 DL n.º 178/2012, de acordo com o qual aqueles credores podem beneficiar de garantias prestadas pela empresa (sem prejuízo do disposto no n.º 5, do mesmo artigo), sendo os respetivos negócios jurídicos insuscetíveis de resolução por aplicação das regras previstas no n.º 6 do artigo 120.º CIRE. O regime vai parcialmente ao encontro das soluções acolhidas no âmbito do PER, sem contudo as replicar: na verdade, acaba por ser um regime (o do SIREVE) não tão protetor.

VI – CONFRONTO ENTRE O PER E O SIREVE¹⁰¹

VI.I - INTRODUÇÃO

Conforme refere JOÃO LABAREDA¹⁰², algumas das alterações introduzidas pelo DL n.º 178/2012, de 3 de agosto (que procedeu, conforme vimos, à revisão do PEC – dando origem ao SIREVE) ficam a dever-se a um objetivo de aproximação deste procedimento ao regime estabelecido para o PER, entretanto instituído (Lei n.º 16/2012, de 20 de abril).

Não obstante, existem importantes diferenças entre os dois procedimentos. Do que se trata, desta feita, é de, ainda que em traços gerais, proceder à sua confrontação, para desvendar as vantagens que advêm da sua utilização, sem no entanto esquecer que (como acima se viu) pode entre os mesmos existir uma relação de complementaridade. I.e.: é possível que o acordo extra-judicial obtido no âmbito do SIREVE dê origem a um PER, na modalidade prevista no artigo 17.º-I CIRE¹⁰³. Assim:

VI.II – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Existe uma coincidência entre o âmbito de aplicação destes procedimentos, embora a mesma não seja total. Com efeito, ambos se aplicam nos casos de situação económica

confrontarmos esta solução com a prevista no n.º 4, onde se diz que o tribunal pode determinar a renovação da instância, bem se vê que o tribunal se refere não apenas a ações pendentes, mas também a ações extintas.

101 Seguimos de muito perto, JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., págs. 78 e segs.

102 Ibidem, pág. 79.

103 Ainda que não se veja nisso especiais vantagens, já que se encontra ao alcance da empresa lançar mão do mecanismo de suprimimento da vontade, nos termos previstos para o plano de pagamentos no âmbito da ação de insolvência...

difícil ou de insolvência iminente, embora só o SIREVE possa ser utilizado nos casos de insolvência atual do devedor¹⁰⁴ (âmbito de aplicação objetiva).

De um ponto de vista subjetivo, o âmbito de aplicação é coincidente, se partimos do entendimento segundo o qual o PER apenas se aplica a empresas¹⁰⁵, ou será mais amplo no caso do PER, caso se parta de uma interpretação literal da norma contida no artigo 17.º-A, n.º 1 CIRE, ou seja, da interpretação segundo a qual o PER é aplicável a qualquer devedor.

VI.III – CONTEÚDO

Em ambos os procedimentos estamos diante de processos negociais, regidos pelos princípios gerais da liberdade negocial e da autonomia da vontade, tendentes à obtenção de um entendimento entre o devedor e uma maioria de credores¹⁰⁶, capaz de viabilizar a recuperação da empresa, através da adoção de quaisquer providências que a lei não exclua e que se adequem à natureza da entidade a recuperar.

Por outro lado, verifica-se também quer num caso quer no outro que a eficácia externa do acordo, i.e., a produção de efeitos pelo mesmo para lá da esfera dos que nele intervieram, pressupõe a aprovação por uma maioria qualificada (ao que acrescem os demais requisitos condicionadores da respetiva homologação judicial).

Mas, enquanto no âmbito do SIREVE os credores elegíveis são apenas aqueles que tenham sido indicados pela empresa¹⁰⁷, no PER tem lugar uma convocação geral de credores, sendo a universalidade considerada em função dos créditos judicialmente acolhidos. Daqui decorrem duas consequências: por um lado, é aberto um procedimento de reclamação de créditos por parte dos credores, e, por outro, para o viabilizar, o prosseguimento do PER implica a publicitação do despacho que o ordena, em termos similares aos que procedem para a sentença declaratória de insolvência.

104 I.e., quando haja já uma situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas ou de penúria patrimonial, traduzida na manifesta insuficiência do ativo em relação ao passivo.

105 No âmbito do SIREVE, conforme vimos, não há dúvidas de que assim, i.e., de que o procedimento apenas se aplica a empresas (artigo 1.º DL n.º 178/2012).

106 Ou à homologação judicial do acordo extra-judicial anterior alcançado (nos casos do artigo 17.º-I CIRE).

107 Ou que, dando-se o caso de os credores requererem espontaneamente a sua participação, nos termos do artigo 10.º DL n.º 178/2012, por ela reconhecidos.

VI.IV – ENTIDADE MEDIADORA E CONTROLADORA

Este é um dos aspetos em que mais radicalmente os procedimentos se distinguem. Assim, enquanto no âmbito do PER cabe ao administrador provisório, nomeado pelo juiz do processo nos termos do artigo 17.º-C CIRE, desempenhar a função de mediação e de controlo do procedimento (sem prejuízo das funções que competem ao próprio juiz¹⁰⁸), no SIREVE essa função está entregue ao IAPMEI, I.P, de cujo envolvimento no procedimento depende em muito, como foi referido, o êxito do mesmo.

Para além disto, importa ainda notar que, ao contrário do que se verifica no SIREVE (em que o processo decorre junto do IAPMEI, I.P, e sob a sua exclusiva tutela), o PER constitui um processo judicial, sob o controlo de legalidade do juiz e com a sindicância do mesmo. Com efeito, o juiz é chamado a intervir em vários momentos: apreciação inicial do requerimento e nomeação do administrador provisório; decisão sobre os créditos controvertidos; avaliação do acordo alcançado e decisão sobre a respetiva homologação; eventual declaração de insolvência do devedor, quando o processo negocial se conclua sem que tenha sido possível obter a aprovação de um acordo recuperatório pela maioria de créditos necessária, e respetiva homologação judicial.

VI.V – EFEITOS

Tanto num caso, como no outro, o recebimento do requerimento tem como primeira consequência o desenvolvimento do processo negocial, de acordo com a tramitação prevista para cada um dos procedimentos. Mas, verifica-se no âmbito do PER a necessidade de se dar publicidade ao despacho de recebimento (sendo aberto um procedimento de reclamação de créditos), o que não sucede no SIREVE.

Por outro lado, e uma vez que o PER não se aplica aos casos de insolvência atual, é normal que não exista no âmbito deste regime uma norma paralela à prevista no artigo 5.º DL 178/2012, ou seja, uma norma que preveja a suspensão do prazo para apresentação à insolvência (artigo 18.º, n.º 1 CIRE).

Já no que diz respeito à articulação entre os procedimentos, importa notar que o decurso de um processo ao abrigo do SIREVE não impede que o devedor dê início (de acordo com os respetivos pressupostos legais) a um PER, o que, todavia, origina a

108 Desde logo, como decorre do texto, a nomeação do próprio administrador. Quanto ao demais, veja-se o que se disse, supra, sobre esta matéria.

extinção daquele, no caso de essa utilização ser feita na sua pendência (artigo 18.º, n.ºs 6 e 7 DL 178/2012). Inversamente, o facto de se encontrar pendente um PER, ou de se ter concluído um PER, sem aprovação de um plano de recuperação, nos dois anos anteriores à apresentação do requerimento de utilização do SIREVE obstam à utilização deste último procedimento, sendo causa de recusa de recebimento do mesmo (artigo 18.º, n.º 1, alíneas c) e d), e artigo 6.º, n.º 1, alíneas a), v), do DL 178/2012)¹⁰⁹.

De acordo com CATARINA SERRA¹¹⁰, pode retirar-se daqui a existência de um princípio geral que denuncia o maior relevo atribuído pelo legislador ao PER: em caso de concurso, o PER prevalece sobre o SIREVE (perante a pendência ou a utilização anterior do PER, o SIREVE extingue-se, ou nem sequer se inicia). Donde, se a empresa pretender garantir a pluralidade de oportunidades, terá vantagens em recorrer, desde início, ao SIREVE, uma vez que a utilização deste instrumento não impede o recurso, mais tarde, ao PER (o que não acontece, como acima visto, em sentido inverso).

Em ambos os casos – deve ainda notar-se – o prosseguimento do procedimento impõe limitações à capacidade do devedor, embora a disciplina de incumprimento não coincida, sendo mais severa no âmbito do PER (veja-se o disposto no artigo 17.º-E, n.ºs 2 e 5).

Quanto às consequências de resultado¹¹¹, as mesmas são distintas, seja esse resultado positivo ou negativo. Assim:

No caso de o procedimento negocial terminar com a obtenção de acordo, verifica-se, no âmbito do PER, que o mesmo (desde que obtida a maioria qualificada prevista no artigo 17.º-F CIRE, e desde que não existam obstáculos de outra natureza) deverá ser objeto de homologação por parte do tribunal, sendo a decisão vinculativa para a generalidade dos credores, sem sujeição a quaisquer outros requisitos ou formalidades.

Diferentemente, pode no SIREVE obter-se acordo quando titulares da maioria dos créditos relacionados estejam dispostos a celebrá-lo, mas, nem aí, nem mesmo no caso de ser alcançada a maioria qualificada de dois terços, isso basta para que a empresa possa beneficiar da eficácia do acordo para além das partes contratantes. Na verdade,

109 Como refere CATARINA SERRA (CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., págs. 101 e segs.) compreende-se que todos os preceitos destinados a regular a articulação entre o PER e o SIREVE se encontrem contidos no diploma que regula este último procedimento, uma vez que o PER foi objeto de aprovação anterior.

110 Ibidem, págs. 101 e segs.

111 Continuamos a seguir JOÃO LABAREDA, ob. cit.

isso apenas será possível no caso de (tendo sido obtida maioria qualificada) o acordo ser posteriormente homologado em processo próprio desencadeado no exercício da faculdade conferida pelo artigo 19.º, n.º 2 DL 178/2012¹¹², ou, não havendo maioria suficiente, venha a ser integrado em plano de insolvência ou de pagamentos aprovado no corresponde processo do devedor¹¹³.

Já no caso de não ter sido obtido acordo dentro do prazo máximo previsto para o efeito, verifica-se, no SIREVE, que o procedimento se extingue, sem quaisquer outras consequências sobre a situação do devedor, a não ser no que diz respeito à retoma de processo pendentes, e, sendo esse o caso, do prazo de apresentação à insolvência.

Quanto ao PER, o resultado negativo pode (para além do mais...) dar lugar à imediata declaração de insolvência do devedor por mera promoção do administrador provisório, ainda que não houvesse vontade de apresentação do devedor nem requerimento nesse sentido por partes de credores ou outros legitimados (artigo 20.º CIRE).

VII – CONCLUSÃO

A existência de mecanismos vocacionados para a revitalização de devedores, como forma de evitar o recurso a uma ação de insolvência e (possivelmente) à liquidação universal do seu património¹¹⁴, não constitui uma novidade da reforma de 2012.

Com efeito, e apesar de a aprovação do CIRE ter constituído um ponto de viragem da legislação insolvencial portuguesa, ao abandonar a perspetiva bipolar que até aí imperava (como vimos, o CPEREF contemplava, a par do processo de insolvência propriamente dito, um processo judicial de recuperação de empresas), verificava-se a existência, já antes daquela reforma, de um procedimento extra-judicial (o PEC) destinado à revitalização, ainda que com uma importância prática muito reduzida. Faltava, porém, um processo judicial de recuperação.

Em 2012, o legislador, não apenas procedeu à revisão do PEC (dando origem ao SIREVE), como instituiu o PER. A instituição deste mecanismo, atendendo à sua natureza judicial,

112 Ou homologado no âmbito de um PER, aberto ao abrigo do regime previsto no artigo 17.º-I CIRE.

113 Seguimos quase textualmente os autores e a obra citada.

114 Como se começou por dizer, existe a possibilidade de, mesmo no âmbito do processo de insolvência, os credores procederem à aprovação de um plano de insolvência, o qual passe, designadamente, pela recuperação da empresa compreendida na massa insolvente. Desde a reforma de 2012 que, nos termos do novo artigo 1.º, n.º 1 CIRE, é esta a forma preferencial de satisfação do interesse dos credores. Não obstante, e como também aí foi dito, existem entraves de várias ordens à recuperação de empresa, num momento em que já se encontra publicitada a sua insolvência, e em que já passou um lapso temporal muito alargado desde que foi proferida a respetiva declaração de insolvência.

constitui, pois, uma reaproximação ao regime do CPEREF, mas meramente parcial, porquanto o PER se destina apenas à revitalização pré-insolvencial de devedores. Houve assim um reforço muito significativo dos mecanismos judiciais e extra-judiciais de recuperação de devedores, embora continue a faltar um *processo judicial* de recuperação para devedores em situação de insolvência atual.

Conforme vimos, existe uma sobreposição entre o âmbito de aplicação do PER e do SIREVE, mas que não é absoluta, decorrendo daqui o seguinte, quanto às opções dos devedores que se encontrem em situação de pré-insolvência ou mesmo de insolvência efetiva¹¹⁵:

(i) devedor em situação pré-insolvencial (i.e., em situação económica difícil ou de insolvência iminente), mas que se considera recuperável: é-lhe lícito recorrer ao PER (artigos 17.º-A, n.º 1 CIRE), ao SIREVE (artigo 2.º, n.º 1, DL n.º 178/2012)¹¹⁶, ou, nos casos de insolvência iminente, ao processo de insolvência (artigo 3.º, n.º 4 CIRE¹¹⁷);

(ii) devedor em situação de insolvência efetiva: pode recorrer ao SIREVE ou ao processo de insolvência.¹¹⁸

Nos casos em que essa sobreposição se verifica, existe a possibilidade de escolha entre um dos procedimentos, o que pode gerar, como é alertado pela doutrina, uma desorientação do devedor quanto à eleição da providência que melhor se adegue ao caso concreto¹¹⁹.

Sem prejuízo da imprescindível análise casuística, gostaríamos apenas de, em síntese, referir a existência de alguns apontamentos doutrinários no sentido da chamada de atenção para as maiores vantagens do SIREVE, quando confrontado com o regime resultante do PER¹²⁰. Assim, afirma desde logo CATARINA SERRA¹²¹ que, ao contrário do que se pretende, o PER não constitui um processo desjudicializado, verificando-se que a presença do

115 Em todos os casos pressupondo-se que se verificam os respetivos pressupostos legais.

116 Quanto ao recurso ao SIREVE, não tem que se verificar o pressuposto na recuperabilidade. Assim é que o SIREVE se aplica, inclusivamente, nos casos de insolvência atual.

117 Embora não haja, aqui, um dever de apresentação à insolvência.

118 Nos casos em que o devedor se encontra numa situação em que está preenchido o âmbito objetivo de recurso ao processo de insolvência (casos de insolvência iminente ou atual), impendendo sobre o mesmo um dever de apresentação à insolvência, o recurso ao PER (aqui apenas nos casos de insolvência iminente) ou ao SIREVE constitui uma verdadeira alternativa ao processo de insolvência, fazendo com que o devedor não corra as consequências negativas decorrentes do incumprimento daquele dever.

119 Nesse sentido veja-se CATARINA SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, cit., págs. 102 e segs.

120 Isto, sem prejuízo de o PER se apresentar mais importante em termos práticos, tratando-se de um mecanismo do qual as empresas portuguesas têm feito um largo uso...

121 Ibidem, págs. 102 e segs.

administrador judicial provisório pode constituir um impedimento sério à prossecução da atividade normal da empresa.

Com efeito, nos casos em que esteja em causa uma empresa, o SIREVE apresenta-se como uma solução aparentemente melhor, ao desenrolar-se à margem dos tribunais (exceto quando se pretenda, a final, o suprimimento judicial do consentimento de alguns credores), e não obstante a que quem representa a empresa se mantenha à frente do seu destino – sem prejuízo das limitações aos poderes habituais de administração e disposição durante o curso do procedimento, decorrentes do artigo 11.º, n.º 5 DL 178/2012¹²².

Num sentido semelhante se pronuncia JOÃO LABAREDA¹²³. De acordo com o autor, o PER apresenta a desvantagem de constituir um processo de natureza judicial, requerendo a intervenção e o controlo do tribunal competente para a ação de insolvência, e sendo o processo negocial mediado por um administrador judicial (provisório) nomeado pelo juiz. Para além disso, este processo envolve a intervenção de todo o universo de credores, abrangendo um procedimento de reclamação, impugnação e verificação de créditos; impondo a publicitação geral do pedido apresentado pelo devedor; e limitando a capacidade deste último quanto à prática de atos qualificados de especial relevo¹²⁴. Um último aspeto para o qual o autor chama a atenção diz respeito à possibilidade, no caso de não se obter um acordo que envolva a maioria qualificada de credores, de poder ser declarada a insolvência do devedor, independentemente da sua vontade ou da de qualquer outro legitimado para dar início ao processo de insolvência^{125/126}.

122 A autora chama ainda a atenção (ob. cit., pág. 104) para o facto de o SIREVE ter a vantagem, decorrente da regra contida no artigo 19.º DL 178/2012, de, nos casos em que o seu objetivo se góre e venha a ser necessária a declaração de insolvência, permitir o aproveitamento das propostas de acordo, para efeitos de requerimento de um plano de recuperação ou de um plano de pagamentos (no caso de devedores pessoas singulares). Na verdade (refere), há grandes vantagens nesta solução – que, para além do mais, garante uma certa continuidade entre os instrumentos extrajudiciais e judiciais – se atendermos ao facto de que o não funcionamento da recuperação em sede de processo de insolvência se deve, as mais das vezes, à falta de tempo para preparar adequadamente um plano de insolvência ou um plano de pagamentos.

123 JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., págs. 83 e 84.

124 Mais se verificando

125 Não nos parece, porém, que este último aspeto, i.e., o de a não conclusão de acordo, com a maioria legalmente prevista, poder dar origem à abertura de um processo de insolvência, deva ser visto como uma desvantagem do PER. Com efeito, a lei mais não faz do que atribuir ao administrador provisório um poder de iniciativa, nos casos em que o devedor se encontre, efetivamente, em situação de insolvência. Ora, se tivermos em conta que existe, nesta situação, um *dever de apresentação à insolvência*, mal se compreende o argumento de acordo com o qual a abertura de um eventual processo tenha lugar na ausência ou contra a vontade do devedor.

126 Por tudo isto, conclui o autor: “(...) o processo especial de revitalização é, face ao SIREVE, mais rígido, mais burocrático, mais limitativo, menos propício à concertação e congregação de esforços e à promoção de consensos essenciais à obtenção do acordo recuperatório, menos ajustado ao cabal funcionamento dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade negocial e mais arriscado. (surgindo o SIREVE como o meio) (...) que se manifesta potencialmente mais eficiente e eficaz para a concessão daquele objetivo (o da recuperação de empresas), no quadro dos meios especificamente organizados pela ordem jurídica para o efeito” (JOÃO LABAREDA – “Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) – apontamentos”, cit., pág. 84).

Pela nossa parte, gostaríamos de sublinhar ainda duas coisas. Por um lado, que as vantagens do SIREVE se manifestam – sobretudo – nos casos em que o acordo entre o devedor e um credor, ou um determinado grupo de credores¹²⁷, se afigure suficiente para assegurar a reabilitação económica da empresa, sem que haja necessidade de envolver no processo negocial a generalidade dos sujeitos ativos das relações de crédito que integram o património daquele (devedor). Com efeito, a abertura de um processo judicial, com os contornos do PER (onde tem lugar, designadamente, uma convocação geral de credores) pode neste caso afigurar-se desnecessária ou mesmo contraproducente¹²⁸.

Por outro lado, que os argumentos apresentados no sentido das maiores vantagens atribuídas ao SIREVE, não encontram, na prática, uma correspondência em termos do uso feito destes procedimentos, verificando-se, pelo contrário, um maior relevo do PER.

127 Sempre necessariamente representativos de pelo menos 50% do total dos créditos...

128 Nos outros casos, i.e., naqueles em que a recuperação do devedor requeira um compromisso de todos ou da maioria dos credores, as vantagens do SIREVE diluem-se. Com efeito, será necessário que a aprovação do acordo reúna, pelo menos, dois terços dos créditos, para que seja possível o recurso ao instituto do suprimento da vontade dos credores não subscritores.

Controversy Arising From Chinese Court's Power to Conduct Substantive Consolidation in Bankruptcy Proceedings

John Shijian Mo ¹

I. Introduction

“Substantive Consolidation” means “the treatment of the assets and liabilities of two or more enterprise group members as if they were part of a single insolvency estate”.² In other words, substantive consolidation permits the court, in bankruptcy proceedings where two or more enterprise group members are involved, “to disregard the separate identity of each group member in appropriate circumstances and consolidate their assets and liabilities, treating them as though held and incurred by a single entity. The assets are thus treated as if they were part of a single estate for the general benefit of all creditors of the consolidated group members.”³ State practices vary on whether substantive consolidation is allowed in bankruptcy proceedings with the states allowing expressively substantive consolidation being the minority.⁴ China has not made any special rule on substantive consolidation, but in practice has allowed the use of this approach to the settlement of bankruptcy disputes. This paper purports to examine the Chinese practices and the relevant issues, both theoretical and practical, from such practices. In the context of Chinese law, no distinction between bankruptcy and insolvency has been drawn, and thus the two words are interchangeable in the present paper.

1 * PhD in Law, Chair Professor and Dean of Faculty of Law, University of Macau.

2 *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, New York, UN, 2012, p 2.

3 Id, p 59.

4 Id, pp 59-60.

II. Present Chinese Law and Practices

1. Legal Framework for Bankruptcy in China

1) The Bankruptcy Law

The Bankruptcy Law of China was promulgated in 2006 and came into effect in 2007. Its full title is the Enterprise Bankruptcy Law, which is for convenience referred to as the Bankruptcy Law in the present paper. This means that it applies only to any legal person who satisfies the requirements for an enterprise in Chinese law. Enterprise is also known as “enterprise legal person” under Chinese law, which is defined in arts 41-49 of the General Principles of Civil Code (GPCL). According to art 41 of the GPCL, there are two types of enterprise legal persons, the state-owned or collectively-owned enterprises as one type and foreign investment enterprises (sole foreign investment, joint equity ventures and joint cooperative ventures) as the other. For the first category, an enterprise can achieve the status of legal person upon registration by the Bureau for Industrial and Commercial Administration, if it has the amount of capital prescribed by national law, its own charter, organization, place of business, and the capacity to undertake civil liability in its own name. For the second category, the enterprise must be established according to the relevant foreign investment law and be confirmed for registration by the Bureau for Industrial and Commercial Administration before it achieves the status of legal person. It must be noted that strictly speaking, the private-owned enterprises are not covered by the definition in art 41 of the GPCL. However, private-owned companies can be established under the Company Law of China. All of them are for the purpose of bankruptcy enterprise legal persons or enterprises covered by the Bankruptcy Law.

The Bankruptcy Law was amended in 2009. Presently it contains 136 articles. As at October 2014, no detailed rule for implementing the Bankruptcy Law had been made by the Legislature. The Bankruptcy Law does not have any express reference to substantive consolidation. But there are a couple of provisions, which are relevant to our discussions. First, art 2 of the Bankruptcy Law states that where an enterprise legal person fails to repay its debt when the debt is due, whilst its asset is not sufficient to repay all of its debts or it has obviously lost the capacity to repay its debts, its debts to creditors may be settled according to the present law. The same provision also allows an enterprise legal person or an enterprise who appears to be unable to repay its debts in future to be reorganized for the purpose of the present law. This provision is important for us to ascertain who is the debtor or bankrupted company in the context of substantive consolidation. As we will see late in our discussion, the court actually has consolidated

some company group member who is not insolvent itself. Therefore, such practice has raised the technical question on whether it is legal for a Chinese court to treat a company group member which is not insolvent to be part of the bankruptcy estate. Secondly, art 30 of the Bankruptcy Law provides that the debtor's asset refers to all assets belonging to the debtor at time of bankruptcy, including all assets to be received by the debtor between the commencement and the end of the bankruptcy proceeding. The provision is relevant to substantive consolidation in the sense that the assets to be consolidated in the bankruptcy proceeding must at least satisfy the prescription of art 30, if the relevant debtor or member of the consolidated group is considered alone. Thirdly, art 52 of the Bankruptcy Law states that when several joint debtors are determined to be subject to the proceedings of the Bankruptcy Law, their creditor is entitled to register its entire claim concurrently and separately in all separate proceedings involving the joint debtors. The provision appears to suggest that when several joint debtors are involved, each of the joint debtors is subject to its own proceeding concurrently with other proceedings. Lastly, art 4 of the Bankruptcy Law states that for any procedural issues which are not regulated in the present law, the relevant provisions of the Civil Procedure Law shall apply. This provision is important in the sense that in the absence of any express rule on substantive consolidation in the Bankruptcy Law, the relevant rule, if any, in the Civil Procedure Law should be taken into account when dealing with the issue of substantive consolidation.

In summary, the Bankruptcy Law in China does not have any express provision on the use of substantive consolidation, but the court is nevertheless practicing it. Such discrepancy has placed China in a special category among world countries in the sense that in the absence of any express rule to allow substantive consolidation, China is within the majority group of the countries, whilst allowing the court to order substantive consolidation in practice China is in fact within the minority group of the countries. Lack of jurisprudential basis of such court practice is one of the key issues to be discussed in the present paper.

2) The Relevant Judicial Interpretations

Judicial interpretation is one of the sources of law in China, where two authorities, the court and the procuratorate, are capable of exercising judicial interpretation. This paper only deals with the judicial interpretation power exercised by the National Supreme Court (NSC), which is often referred to the Chinese Supreme People's Court in many literatures.

⁵ Accordingly, the term "judicial interpretation" in the present paper only refers to the

⁵ For example, Peng Xianwe, 'Validity of the "Beijing arbitration" clause: a discussion of two landmark civil rulings of the Chinese Supreme People's Court.', J. Int. Arb. 2011, 28(1), 15-20; and Zhiwen Liang, 'Traditional cultural

judicial interpretation of the NSC. Judicial interpretation of the court may be further divided into two categories: normative interpretation by the court and discretionary interpretation by the judge.⁶ The so-called normative interpretation appears to refer to the judicial interpretations issued formally in the form of “judicial interpretations” by the NSC, and the so-called discretionary interpretation appears to refer to the interpretation given by judges or a court in judgment when determining a specific case. Such discretionary interpretation is seen in the application of law by a court in a particular case. The distinction between normative interpretation and discretionary interpretation, to some extent, appears to correspond to the interpretation *in abstracto* and interpretation *in concreto* as practiced by the French judges. It is observed that in France, the distinction between interpretation *in abstracto* and interpretation *in concreto* allows the judges to make general rules, “while pretending to decide only concrete cases”.⁷ However, it must be emphasized here that under the present Chinese law, only the NSC is able to exercise judicial interpretation power. The power of the court to apply law in specific cases is likely to be discretionary, which does not amount to the same status in terms of legal effect as the judicial interpretations issued by the NSC.

Law-making power is the power to make law, which does not constitutionally fall within the authority of the Chinese court. However, the judicial interpretation power of the NSC often in practice leads to the consequential reality of law-making. Such law-making exercise takes place frequently due to the universal phenomenon that it is impossible for the legislature to formulate a law which is capable of covering all present and future scenarios of life in any given society no matter how detailed the law may be. The existence of judicial interpretation with varying degrees of law-making function in all legal systems, including the Civil Law tradition which is characterized by the presumed sophistication and comprehensiveness of codified rules, is a good example of such universal phenomenon.⁸

There are fierce debates on the jurisprudential basis of judicial interpretation power, and scholars and commentators disagree among themselves on whether the NSC receives

expressions and the public domain under Chinese copyright law and practice’, IIC 2010, 41(6), 632-644.

6 Chen Chunlong, “Status and Function of Judicial Interpretation in China”, (2003) Issue 1, *China Legal Science* 24-32, in Chinese.

7 Michael Troper, “Chapter 8, What is Interpretation of law for the French Judges?”, in Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis, and Jean-Louis Halperin, eds, *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*, London, Springer, 2011, at 150.

8 For relevant discussions, see Morigiwa Yasutomo, Michael Stolleis, and Jean-Louis Halperin, eds, *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*, London, Springer, 2011; Joanna Jemielniak and Przemyslaw Miklaszewicz, eds, *Interpretation of Law in the Global Word: From Particularism to a Universal Approach*, London, Springer, 2010; Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992; and Dong Hao, *Judicial Interpretation*, Beijing, China University of Political Science and Law Press, 2007, in Chinese.

its power from the delegation of power by the Standing Committee of National People's Congress, or from the Constitution, or from both.⁹ But they all accept the reality that the NSC is exercising its judicial interpretation power to make new law from time to time in its practices, even though some of them have questioned the legitimacy of such law-making practice.¹⁰ The jurisprudence of NSC's judicial interpretations is not the focus of this paper, and the author will proceed on the presumption that the NSC's judicial interpretation is a source of law in China even though some of the theoretical aspects of judicial interpretation is still uncertain in Chinese law.

The use of judicial interpretation is regulated by the NSC itself in its Regulation on the Work of Judicial Interpretations (hereinafter referred to the 2007 Regulation), issued in March 2007 and taken effect on 1 April 2007. In the 2007 Regulation, the NSC established four categories of judicial interpretations: interpretation, regulation, reply, and decision.¹¹ According to the Regulation, "interpretation" is made to deal with the issue on how to apply a specific law, or how to apply a law to a group of cases or issue of the same nature.¹² The "regulation" is needed when the NSC must express some views or make some rules in trial practices according to the legislative spirit concerned.¹³ The "reply" is adopted when the NSC has to answer requests from a Provincial High Court or the Military Court of the People's Liberation Army on specific issue of law.¹⁴ The "decision" is the medium to revise or repeal existing judicial interpretations.¹⁵ The 2007 Regulation is important in the sense that it standardizes and unifies the formality for the use of judicial interpretation in China. Prior to the 2007 Regulation, judicial interpretations took various forms and nominations. It was never clear how many judicial interpretations had been made by the NSC before 2007. Someone gave an estimate of more than 7000.¹⁶ But such estimate has never been confirmed by the NSC officially. Even now, under the 2007

9 For example, , Zhang Yue and Zheng Pujian, "Exploring the Tendency of Judicial Interpretation Moving to Law-making and Its legal Basis" , Vol.29, No.4, (Aug. 2013) *Journal of Langfang Teachers College (Social Sciences Edition)* 110-113, in Chinese; Chen Linlin and Xu Yangyong, "Three Arguments concerning Legislative Tendency of Judicial Interpretation", No.6 (2010) *Zhejiang Social Sciences*, 33-39, in Chinese; Mo Jihong, "Judicial Interpretation Does Not Have "General" Legal Effect", Oct 2010, *Study Times*, in Chinese, available at <http://theory.people.com.cn/GB/12981989.html>; , Zhang Yu and Li Junming, "Thoughts on the Legislative Tendency of Judicial Interpretation", Vol.27, No.6 (2006) *Journal of Anhui Vocational College of Police officers* 11-14, in Chinese.

10 Chen Jia xing, "Preliminary Discussion of Illegality of the NSC's Judicial Interpretation", (Sept 2011) Vol 26:5, *Journal of Guangxi Administrative Cadre Institute of Politics and Law* pp 43-46, in Chinese; Wei Shen Xiang, "Mis-placement and Restoration of Judicial Interpretation:", (2010) No 3, *Science of Law* 56-65, in Chinese;

11 The Regulation on the Work of Judicial Interpretations, art 6.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Chen Chunlong, id, p 26.

Regulation, all judicial interpretations must be published, no statistics are available on how many of them have been made since 2007. Thus, lack of transparency is still one of the essential issues affecting the operation of judicial interpretations in China.

In the area of bankruptcy, the following two major judicial interpretations are available from public sources, in particular through internet:

- The Regulation on Several Issues of the Bankruptcy Law (I), issued in Sept 2011 and took effect in the same month;
- The Regulation on Several Issues of the Bankruptcy Law (II), issued in Sept 2013 and took effect in the same month;

In addition to the two Regulations, there is also another document which has been relied upon by the court in judicial practices. This is the Notice to Issue the Summary of Minutes of the Symposium on the Reorganization of Bankrupted Public Companies in Trial Process, which was issued by the NSC in October 2012 and took effect in the same month. In practice, the Chinese court has applied the Notice as if it is a judicial interpretation of the NSC in certain cases. However, it must be pointed out that according to art 6 of the 2007 Regulation, “notice” or “minutes” are not official forms of judicial interpretations in China. This is why the author has not put the Notice in the same category of judicial interpretation concerning bankruptcy in China.

There is no any specific rule on substantive consolidation in the judicial interpretations concerning bankruptcy made by the NSC so far. The present situation is fairly clearly. There is no any legal basis for a Chinese court to conduct substantive consolidation in bankruptcy proceedings, even though substantive consolidation has actually taken place in a number of court decisions in China. Many theoretical and practical issues arise from the conflict between the law and court practices concerning substantive consolidation in China.

2. Judicial Practices

1) An Overview

There is no formal case reporting system in China. The NSC publishes monthly Gazette, which reports new judicial interpretations made by the NSC and selected cases. This is perhaps the only official case report in China in the sense that the cases in the Gazette are published not only in the official name of the NSC, but also on a continuous basis

(from quarterly, to bimonthly and monthly).¹⁷ Other sources of judicial precedents are various case collections published by commercial publishers, and case reports provided by electronic data providers, such as Westerlaw International China which is US based E-Data provider, and Lawyee which is a China based E-Data provider; as well free data on-line offered by various courts in their websites and other individuals who have access to such information. The cases discussed in the present paper are from these sources.

In the lack of official reporting system, the authenticity of cases varies, depending on where they are from. In general terms, cases published by official websites of various courts in China are reliable, but cases found in various free on-line sources may or may be reliable because the information providers are not accountable to anyone. In such situation, the use of court's official website is always preferred. The cases discussed in the present papers are all from reliable sources to the best of the author's knowledge.

Four typical cases concerning substantive consolidation are to be discussed in the following sections. Special features of each case will be addressed to illustrate the present state of substantive consolidation in court practices in China.

2) The Case of Mei Hao Electronics Company Ltd (Shanghai)¹⁸

The case was tried by the Basic Court of Jinshan District, Shanghai, in November 2008.¹⁹ In the present case, it appears that the creditors commenced bankruptcy proceedings against three companies, Mei Hao Electronics Company Ltd (Shanghai) (referred to thereafter as MHE), Te Yi General Motor Machinery Company Ltd (Shanghai) (referred to thereafter as TYGMM), and Te Yi Company Ltd (Shanghai) (referred to thereafter as TY) in the Basic Court of Jinshan District (against TYGMM) and the Basic Court of Minxing District (against MHE and TY) respectively.²⁰ It became clear during the proceedings that MHE and TYGMM are foreign investment companies solely owned by a Hong Kong interest, and TY is also foreign investment company solely owned by an offshore company registered in British Virgin Islands.²¹ Even though the three companies are registered in two different districts in Shanghai, they actually all operate in the same address in Jinshan

17 The NSC Gazette was firstly published in 1985 as a quarterly based journal. It late became a bimonthly journal in 1989, and a monthly journal in 2004. The information is available at <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E6%9C%80%E9%AB%98%E4%BA%BA%E6%B0%91%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%85%AC%E6%8A%A5>.

18 The case was determined by the Basic Court of Jinshan District, Shanghai in November 2008. The case is available at <http://www.pkulaw.cn>.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Ibid.

District.²² There are also other connections which suggest that the three companies are closely related to each other.²³ Based on these factors, the Basic Court of Jinshan District applied to the First Intermediate Court of Shanghai to obtain the jurisdiction over the bankruptcy proceedings against MHE and TY, which are registered in another district and are otherwise subject to the jurisdiction of the Basic Court of Minxing.²⁴

The Basic Court of Jinshan did not conduct three separate proceedings against the three companies. Instead, it joined the three companies into one group/defendant and merged three proceedings into one.²⁵ As we know, there is no law in China to allow a court to do such merge or substantive consolidation in bankruptcy proceedings. However, the court did so on the ground that the three were closely related for the following reasons:²⁶

- All three companies were controlled by the same nature person, a Mr Pan;
- Their businesses were closely linked to each other with different responsibilities, including production and sale of general motors and administration;
- Sharing of personnel among the three companies, with only one financing department and one Chief Executive Officer for all three companies;
- Inseparable assets between the companies, such as common use of equipment, goods, immovable property, vehicles, and etc;
- Intermingled debts, across guarantees, borrowings, and other financial obligations which were impossible to determine who was debtor/creditor, guarantee/guarantor or obligor/obligee in many cases.

These are the major reasons to suggest that the three companies are both owned by the same shareholder and run in a way which makes separation of them in bankruptcy an impossible task. In addition, the court also considered opinions of the liquidator in the present case, who suggested to merge the three companies into one estate on the ground that separated liquidation proceedings in the present case were not only unfair to creditors but also more costly.²⁷ Accordingly, the court decided to consolidate the debts and assets of three companies together into one proceeding without the need to decide

22 Ibid.

23 Ibid.

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid.

27 Ibid.

the relationship between each creditor and each debtor.²⁸ On such basis, the assets of the companies were distributed among the creditors and other interested parties according to the relevant provisions of the Bankruptcy Law. The decision of the court to consolidate the assets and debts of the three companies has a flavor of last choice, which appears to be the only feasible way to render justice to the creditors in the present case, even though it is not a legally sound decision.

It must be noted that in the entire proceeding, the court did not refer to any legal basis, neither in the Bankruptcy Law nor the Civil Procedure Law, to justify its decision to merge the three companies into one estate for liquidation purpose. Independent identity was not seen as a bar to prevent the court from merging the present companies into one. The judgment itself does not explain jurisprudentially how the court may justify its decision to consolidate the three companies into one estate. However, the explanatory note proceeding to the summary of the case suggests that the consolidation of debtors whose assets are not separable is subject to three restraints: independent assessment by a third party such as accounting firm, the approval of the creditors' meeting, and comprehensive review of the court.²⁹ The note appears to be some observation made by certain commentator when editing the judgment for publication. It is not part of the court official view on the use of substantive consolidation in the present case. Even though, the explanatory note does not help much. None of the explanations matches any provision of Chinese law. Thus, at last many theoretical issues remain unsettled by the decision of the court in the present case.

3) Zhejiang Glass Company Ltd³⁰

This is the first case involving bankruptcy of a public company listed in the Hong Kong Stock Exchange. The case was decided in 2013 by the Intermediate Court of Shaoxing Municipality, which is a city in Zhejiang Province.³¹ Zhejiang Glass Company Ltd (referred to thereafter as ZG) was listed in Hong Kong in 2001.³² After that, it established four subsidiaries specializing in glass-making, including Zhejiang Engineering Glass Company Ltd (referred to thereafter as ZEG), Zhejiang Changxing Glass Company Ltd (referred to thereafter as ZCG), Zhejiang Pinghu Glass Company Ltd (referred to thereafter as ZPG),

28 Ibid.

29 Ibid.

30 The case was decided by the Intermediate Court of Shaoxing Municipality. The summary of the case is available at http://changxing.zjcourt.cn:88/art/2014/1/20/art_2116_161387.html, which is an official website of a Chinese local court.

31 Ibid.

32 Ibid.

and Zhejiang Shaoxing Taoyan Glass Company Ltd (referred to thereafter as ZSTG).³³ In 2009, ZG was suspended by the Hong Kong Stock Exchange for its failure to publish its annual report in time.³⁴ In June 2012, creditors applied to the court for the reorganization of ZG, and the court decided in July 2013 to join the parent company (ZG) and the four subsidiaries in glass-making business.³⁵ This is interesting to note that the court did not join all subsidiaries of ZG in the bankruptcy proceeding, and instead, it only joined those engaging in glass-making business. The rationale for such decision is not clear in the case report available to the author, although the same line of business, shared resources and production may appear to be the major consideration for such decision.³⁶

It must be noted that the purpose of this proceeding is to reorganize ZG and therefore, how to turn ZG into a profitable company would be the key consideration. It appears that to rationalize the structure and operation of ZG with its four subsidiaries specializing in glass-making would be a logical option, given that the key business of ZG itself is glass-making. This is probably the major reason for the court to have joined the four subsidiaries into the same proceedings. In order to give legitimacy to this substantive consolidation, the court has asked the creditor's meeting to approve the reorganization plan, but the plan was eventually refused by the creditor's meeting after several rounds of discussion among the creditors.³⁷ Eventually, the court moved from reorganization to liquidation proceeding, and the creditors were compensated according to the relevant provisions of the Bankruptcy Law. It appears that the five companies were purchased by new investors.³⁸ However, legal ground for joining the five companies remains unclear. Even though the four companies are subsidiaries for the ZG, the court still need to explain what is the ground to consolidate them. If the four subsidiaries were considered to be assets of ZG for the purpose of bankruptcy, it is not clear why other assets of ZG were not included in the consolidation.

The case summary does not explain what is the legal basis for the court to join the parent company with four of its subsidiaries, leaving some other subsidy of ZG untouched. Nor the court explains which law allows it to neglect independent status of the four subsidiaries and treat them as part of the debtor for the purpose of bankruptcy. Of course, the subsidies are the assets of ZG, which can be taken into account when calculating

33 Ibid.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Ibid.

37 Ibid.

38 Ibid.

the assets of ZG. However, ZG has also at least another subsidy, which is Qinghai Soda Company Ltd, but the court did not bankrupt this subsidy.³⁹ The question is why? There is no answer from the case summary available and the relevant issues.

4) Zhejiang Yi Jia Xiang Food Group Company Ltd⁴⁰

Zhejiang Yi Jia Xiang Food Group Company Ltd (referred to thereafter as ZYJXFG) is a family company, which controls three other family companies, including Hangzhou Jia Mei Travel and Nutritious Food Company Ltd (referred to thereafter as HJMTNF), Hangzhou MDR Food Company Ltd (referred to thereafter as HMDRF), and Hangzhou Agricultural Machinery Company Ltd (referred to thereafter as HAM).⁴¹ ZYJXFG encountered serious financial difficulties in 2010, and the four companies together applied to the court for reorganization.⁴² Four separate legal proceedings commenced, but the court appears to have consolidated the four proceedings in the sense that only one reorganization plan was proposed and discussed by all creditors in their meetings.⁴³

The case has been considered to be an example of consolidated bankruptcy proceeding in China.⁴⁴ Same as several other cases of similar nature, the court did not address the legal basis for consolidating the proceedings. Nor it directly justifies or explains why substantive consolidation is needed in the present case. However, by looking at the fact, that the court eventually delivered four identical judgments at the end of the proceeding, even though only one reorganization plan was discussed by all creditors together, the court in the present case did not entirely consolidate the four companies into one. Such practice appears to be more like “procedural coordination” as discussed by the UNCITRAL in its Legislative Guide.⁴⁵

The key reason that has affected the court’s decision to consolidate or coordinate (if we consider this case to be technically classified as a case of procedural coordination, instead of substantive consolidation) the debts and assets of the four companies together is the fact that they are all owned by the same family members. In such case, it is often

39 Ibid.

40 The case was decided by the Intermediate Court of Hangzhou in 2011. The case report is available at <http://www.pkulaw.cn>.

41 Ibid,

42 Ibid.

43 Ibid.

44 Ibid, the comments made the case editor.

45 UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, New York, UN, 2012, p 27.

too difficult to apply normal commercial standards to differentiate personnel, assets, accounting, and debts between each company and each family member. Indeed, the practical impossibility to identify personnel, assets and administration of each company clearly from another among the four companies has left the court little choice but to merge the four proceedings into one proceeding of reorganization.⁴⁶ Again, many unsolved issues remain. For example, what is the legal basis for the court to allow the creditors to share all assets which are from four limited liability companies? Or what is the legal basis to put all creditors into the same group against the four companies even though some creditors may only have dealings with one or two of the four companies?

5) Min Fa Securities Company Ltd⁴⁷

This case was decided by the Intermediate Court of Fuzhou Municipality in 2012.⁴⁸ It appears to be the most comprehensive report on the use of substantive consolidation in China. It is interesting to note that unlike some cases which do not tell us clearly how and when the substantive consolidation takes place, this case report states clearly that the liquidator requested expressly the court to join Min Fa Securities Company Ltd (referred to thereafter as MFS), which had been sued against by its creditors for bankruptcy in 2008, and four other companies allegedly actually owned and controlled by MFS.⁴⁹ These four companies are Shanghai Yuansheng Investment Management Company Ltd (referred to thereafter as SYIM), Shanghai Quansheng Investment and Development Company Ltd (referred to thereafter as SQID), Beijing Chenda Technology Investment Company Ltd (referred to thereafter as BCTI), and Shenzhen Tianjiheyuan Industries and Development Company Ltd (referred to thereafter as STID). The liquidator claimed that the four companies were registered under someone else's name, but all investments were from MFS, and also that the four companies were actually controlled and operated by MFS.⁵⁰ The court accepted the claims of the liquidator and ordered the four companies to be joined as the defendants and all assets of the five companies were consolidated together to meet the obligations of MFS.⁵¹

46 *Zhejiang Yi Jia Xiang Food Group Company Ltd*, available at <http://www.pkulaw.cn>.

47 The case was decided in 2012 by the Intermediate Court of Fuzhou. The case report is available at <http://www.pkulaw.cn>.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 Ibid.

51 Ibid.

The court found that MFS and the four companies were actually the same one on a number of grounds, including:⁵²

- MFS is the actual investor of the four companies concerned, and the registered owners of the four companies have not contributed any money to the companies.
- Mixed personnel between companies in the sense that SYIM and SQID share the same personnel under two names and both operate in the Shanghai office of MFS; BCTI, STID and MFS share the same personnel, and BCTI and MFS Beijing office operate in the same venue; STID and MFS local office in Shenzhen operate in the same office in Shenzhen.
- Mixed business in the sense that the four companies have cooperated with MFS at the MFS' instructions to provide various assistances to facilitate MFS' business operations.
- Mixed assets in the sense that the four companies all hold different securities which are managed by MFS.
- Mixed debts in the sense that almost all of the debts held respectively by the four companies are owed to MFS.

Because of these reasons, the court decided to consolidate all five companies into the same group for the purpose of bankruptcy. In addition, the court further substantiated its decision to deny the independent personality of the four companies on the ground that they do not in fact enjoy any independent status in their operation because (1) the four companies did not have their own independent will as all top management and personnel are mixed with MFS, and (2) they have neither independent assets nor independent capacity to take legal liability as all assets are owned by MFS.⁵³ These two reasons are provided by the court to explain why the independent status of each company in question has been denied. They appear to address the independence of company, and implicitly refer to the common principle of piercing company's veil in company law. It must be noted that in the entire process in which the court decided to consolidate the five companies and to deny the independence of the four companies, the court did not refer to any specific rule or provision of Chinese law to justify its decision. All of these reasons given by the court appear to be practical considerations, which may only justify convenience rather than jurisprudence of the case.

52 Ibid.

53 Ibid.

The court declared that according to art 2 of the Bankruptcy Law, which allows the court to order reorganization of a company which has obviously lost the capacity to repay its debt, MFS was bankrupted, and the four companies were consolidated together with MFS to be bankrupted.⁵⁴ The court ordered the liquidator to enforce this decision. It was reported that in December 2012, the liquidator applied to the court to end the liquidation process and the court approved this application.⁵⁵

This case indicates some rationale for the court to consolidate group companies into one estate for the purpose of bankruptcy. However, it still leaves some uncertainty in its reasoning process. It appears that the most important rationale for the court to consolidate the five companies into the same group is that the four companies are not independent, and MFS is the real brain for the four companies, and therefore, they should be consolidated together with MFS. In such way, the four companies are treated as assets of MFS. The financial soundness of the four companies, which is prerequisite to bankrupt a company in law, is not a question for discussion. Although piecing company's veil is accepted in China, it is still questionable whether the veils of the four subsidiaries should be pierced in the present case and on what legal ground they should be pierced, given that the court identified MFS as actually controller of the four companies which had other registered shareholders in law. It must pointed out that as we will see late in the paper art 20 of the Chinese Company Law holds the shareholder to be liable to company's creditors, but art 21 of the Company Law hold the actual controller to be liable only to the company itself.

III. Problems in the Present Practices

1. Lack of Legal Basis

It is clear from the case analyses in the proceeding sections that all cases involving substantive consolidation or procedural coordination do not have express or clear jurisprudential basis in Chinese law. None of these cases has directly or expressly indicated the legal basis for the decision to treat several companies as one for the purpose of bankruptcy.

As we have discussed in the proceeding sections, neither the Bankruptcy Law, nor any of the judicial interpretations concerning the Bankruptcy Law contains express rule on substantive consolidation, even though art 52 of the Civil Procedural Law of China

54 Ibid.

55 Ibid.

may provide some basis for certain type of procedural coordination. But it must be noted that art 52 also sets out some procedural requirements for its operation. Specifically, this provision states as follows:

When there are more than two persons in one litigating party or both parties, and the subject of litigation is the same or similar nature, the court may join the proceedings with consent of the party/parties concerned. This is known as joint litigation.

When all persons of one party share a joint obligation to the subject of litigation, and one person's litigation act has been recognized by other joint litigators, the person's act is valid to other joint litigators; however, when there is no joint obligation to the subject of litigation, litigation act of any person has no effect to other joint litigators.

Clearly, under art 52 of the Civil Procedural Law, consent of the parties who will be merged must be obtained before making such a decision. In the above-said cases, none of such consent is seen the case reports. In addition, the requirement of "joint obligation" to the subject matter of litigation, which refers to the debts in question in the bankruptcy cases, is not referred to in all four cases discussed above. This means that even though art 52 of the Civil Procedural Law, which may provide some ground to a court to merge two or more concurrent legal proceedings into the same one, whether or not the courts in the said cases actually apply art 52 is uncertain.

Thus, it can be summarized that in all aforesaid typical cases concerning application of substantive consolidation in bankruptcy proceedings, the legal basis for courts to do so is generally lacking.

2. Judicial Interpretation Power and Substantive Consolidation

The NSC in China has been exercised wide judicial interpretation power to fill in gaps in law. In the exercise of such judicial interpretation power, the court has both interpreted laws in pursuance of the letter of law and made new laws when there is no letter of law to interpret. The law-making role of the NSC has been strongly criticized by many commentators in China.⁵⁶

⁵⁶ For example, Jiang Ping, ed, *Civil Law*, Beijing China University of Political Science and Law Press, 2007, pp 15-16, in Chinese.

Can the judicial interpretation power of the court endorse the judicial practice of substantive consolidation or similar decisions in bankruptcy proceedings? The answer is probably negative. This is because in principal, the judicial interpretation power can only be exercised by the NSC, and not the court below. In addition, even though we accept that sometime a court may exercise the power of discretionary interpretation when applying law in specific cases, the substantive consolidation is not justified on this ground either, because the courts did not refer to any specific law when applying substantive consolidation in the aforesaid cases. Therefore, it can be concluded that the practice of substantive consolidation in the bankruptcy proceedings in China is not justified by the authorized judicial interpretation power of the court. The practice of substantive consolidation in bankruptcy proceedings is in fact a legal controversy in China, even though no formal criticism has been voiced against such practice.

3. Controversies and Legal Challenges

The practice of substantive consolidation is controversial. Without any legal basis to endorse such practice, the legitimacy of such practice may be challenged in several ways. First, it contradicts with everything we know about limited liability company. Substantive consolidation means that the court simply consolidates several related companies into the same estate for the purpose of bankruptcy. If each company is independent with limited liability, how can a court merge them together in violation of their independent status? Secondly, special relationship between debtor and creditor is essential in bankruptcy proceedings. Only when the debtor fails or is unable to pay a specific debt to its creditor, then the creditor is entitled to initiate bankruptcy or liquidation proceedings against the debtor. However, in the cases involving substantive consolidation, the courts simply mixed up the same creditor with different debtors or different creditors with different debtors without any effort to establish the connection between each or some creditors on one side and each or some debtors on the other. In fact, the courts simply consolidated some related companies in some cases even without raising the question whether all of the companies are debtors to the creditors. Thirdly, there is no discussion on the linkage between assets of one debtor and its obligations in substantive consolidation, and it is likely that a creditor may be able recover more of its debt against a specific debtor among all the creditors of the same debtor if the proceeding has not been consolidated. However, if all assets of several debtors are placed in the same pool, a specific creditor may lose that particular advantage. In addition, some creditor may face a situation where it has to compete with more creditors of equal ranking in a proceeding of substantive consolidation, but otherwise, it may recover more if its debtor's asset is

not consolidated into the same pool to be shared by other creditors. Fourthly, creditors of different ranking may face different recoverability rates in separate proceedings and consolidated proceedings. It is likely that a lower ranking creditor is able to recover more against the assets of a specific debtor in a separate proceeding, but is able to recover less in a consolidated proceeding because other creditors of higher ranking join the proceeding. Lastly, a limited company may not be technically insolvent as opposed to its own creditors, but its assets will be shared by all creditors including those who are technically not its own creditors. These issues may be relevant if we consider the relevant principles of company law and bankruptcy law.

When we examine all the reasons discussed by the courts in the aforesaid cases on why to consolidate different companies, two main reasons appear to be crucial. The first is that all the companies are actually owned by the same party and, secondly, it is too difficult to differentiate special debt between the relevant creditors and relevant companies in question. The first difficulty relates to the principle of piercing company's veil, and the second one relates to the issue of practicality. The Chinese Company Law has adopted the principle of piercing company's veil in its arts 20 and 21. Art 20 states that if the shareholder of a company abuses the independent status of the company by avoiding company's debts and seriously harming the interests of company's creditors, it should be held jointly liable to the debts of the company. Art 21 states that the controlling shareholder, actual controller, director, director of trustee, and senior administrator is not allowed to harm the interests of the company by taking advantage of its position, and it should be held jointly liable if its violation of the provision has resulted loss of the company. It appears that art 20 may provide some ground for a Chinese court to hold a shareholder liable to the company's debt if any abuse on the side of the shareholder has been proven. However, none of the courts in the aforesaid cases has attempted to establish any abuse on the part of the shareholder who allegedly owned all the consolidated companies in the cases concerned. Such practice suggested that none of the Chinese courts cares about whether the prerequisite for piercing the company's veil as stated in art 20 of the Company Law has been established, even though they appear to believe that the common ownership is the key consideration for them to consolidate different companies into the same estate. The reason for such neglect on the part of the Chinese court may be relevant to the lack of relevant rules in the Bankruptcy Law. This means that even though the court is able to establish the need to pierce the company's veil in any specific company, neither the Company Law, nor the Bankruptcy Law allows them to consolidate the assets of several companies together for the purpose of bankruptcy, unless they can establish first the same shareholder has violated art 20 of the Company Law in all the companies

concerned, and secondly, the consolidation does not cause any unfairness to any of the creditors when comparing with separate proceedings the creditor is otherwise subject to. In the author's view, if the two conditions are satisfied, substantive consolidation may be justified under art 20. However, the courts did not follow such approach in these cases. The reason for their failure to do so is unknown. Incompetence to deal with difficult legal issues both theoretically and practically may be the reason in some of the cases discussed. As to the possible argument that it is impossible to differentiate special debt between the relevant creditors and relevant companies in question, the author disagrees with such excuse, even though such excuse was actually used in some of the cases discussed.⁵⁷ It is court's duty to determine the facts before it make any reasonable decision.

II. Conclusion

It appears that the Chinese court has been making positive contributions to Chinese legal practices by offering feasible and fair solution to consolidate related companies into one estate to ensure fairness to creditors. However, such positive contributions may be risky in certain sense for a lack of express or solid legal basis in Chinese law. Against such background, substantive consolidation has proven to be one of contemporary issues to be solved by Chinese law. It appears that the Chinese court is facing a dilemma. On one hand, if it does not resort to the measure of substantive consolidation, interests of many creditors may be harmed and certain debtor would be able to avoid its liability by hiding behind the independence of company. But on the other, if a court forces several related companies to be consolidated into one estate for the purpose of bankruptcy to ensure fairness to the creditors, it is running the risk of doing something without legal basis. Even though there have been about 11 reported cases involving substantive consolidation in China,⁵⁸ none of these cases has been successfully appealed against. Even though Chinese legal system does not recognize legal precedent, these decisions are legally binding and represent present practice of Chinese court.

The paper purports to raise concern on the jurisprudential basis of these decisions in China. Without any legal basis, the decisions involving substantive consolidation may be regarded as illegal theoretically, even though they are binding in practice. The balance will be broken if someone in such proceedings, either the companies (which may not be

57 The Case of *Mei Hao Electronics Company Ltd (Shanghai)*, The case was determined by the Basic Court of Jinshan District, Shanghai in November 2008. The case is available at <http://www.pkulaw.cn>.

58 John Mo and Chen Shi, "The Law-Making Role of the Court in Bankruptcy Proceedings involving Consolidation of Related Companies" a paper in Chinese present in the Annual Conference of China Society of International Economic and Trade Law, held on 29 November 2014 in Changsha, China.

necessarily debtors as opposed to the creditors concerned) to be consolidated or the creditors to be consolidated, makes a seriously challenge to the practice of substantive consolidation in a specific case. As we have seen before, a number of aspects of court practices are vulnerable for a lack of legal basis. Therefore, it is necessary to face the issue of substantive consolidation in bankruptcy proceedings in China and reform the Bankruptcy law as soon as possible to meet the needs of Chinese society. A wide and thorough discussion on the use of substantive consolidation in China is necessary to ensure a successful reform of the Bankruptcy Law in China.

A evolução histórica recente do regime do instituto da falência/insolvência

José António de Sousa Lameira ¹

Sumário:

1. Introdução; 2. Evolução Histórica; 3. Pressupostos ou Requisitos da Falência / Insolvência; 4. Os Tribunais e a Insolvência; 5. Conclusão.

1. Introdução

O tema da **Insolvência/falência** encontra-se, há já alguns anos, e em particular neste período conturbado de crise económica no centro do debate social versus debate jurídico.

Ao debater-se a crise económica é corrente falar-se do problema da **Insolvência/falência**, constituindo este, também, um dos pontos sempre presentes na abordagem da propalada «**Crise da Justiça**».

As questões relacionadas com a **Insolvência/falência** são tema, diria obrigatório, nas múltiplas conversas dos diversos actores sociais, quando se fala de crise económica ou da crise da justiça.

Todavia os problemas que se nos deparam ao abordar o Tema da Insolvência/falência não são de hoje, antes pelo contrário, prolongam-se no tempo como o demonstram as sucessivas alterações legislativas nesta matéria.

O problema das «Insolvência/falência» de que todos os dias se fala não constitui, pois, uma qualquer originalidade, sendo apenas um dos aspectos da crise económica global da nossa sociedade.

¹ * Presidente do Tribunal da Relação do Porto. Presidente do Conselho de Representantes da FDUP.

Pois não é verdade que todos sentimos a crise económica? E que todos vemos a crise na educação? E não sabemos também, todos nós, da crise na saúde? E, de modo muito mais preocupante não vivemos, todos também, uma profunda crise de valores e de falta de autoridade?

Todas estas crises são, aliás, sinais de um tempo de confusão, de falta de esperança e mesmo de alguma turbulência, em que a nossa sociedade se encontra mergulhada.

Esta crise económica e social que afecta todo o Estado, toda a sociedade reflecte-se na vida das pessoas singulares e colectivas, levando-as muitas vezes a situações de Insolvência/falência, que, posteriormente, os Tribunais são chamados a resolver.

A procura de justiça nos tribunais, de questões relacionada com situações de Insolvência/falência, tem crescido de forma rápida, reflectindo a crise que a própria sociedade atravessa.

2. Evolução Histórica

Ao longo dos tempos, fruto do desenvolvimento do comércio e do crédito que lhe anda sempre associado, foi sentida, cada vez com maior acuidade a necessidade de acautelar os direitos dos credores através de um instituto próprio – a **falência** –, bem como de Tribunais com competência Especializada – **os Tribunais de Comércio** –, para dirimir essa matéria.

Muito sumariamente, refira-se que em Portugal os Tribunais de Comércio surgem em **1593**, com o então designado **Tribunal do Consulado**, o qual veio a ser extinto em **1602**.

A partir do **Código Comercial de 1883** os Tribunais de Comércio passaram a integrar a orgânica judiciária tendo sido novamente extintos em **1932**.

O **D.L. n.º 37/96** de 31.8 criou os Tribunais de Recuperação da Empresa e da Falência (apenas em Lisboa e V. N. Gaia) e, posteriormente, a **Lei n.º 3/99 de 13.1** (LOFTJ- Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais) veio prever novamente a criação dos **Tribunais do Comércio** (arts. 78 e 89) enquanto **Tribunais de competência especializada**.

Podemos afirmar que em Portugal havia (há) um duplo sistema, existindo nos **grandes centros urbanos tribunais altamente especializados** nesta matéria, (mas muitas vezes afundados em processos, que, por isso mesmo se arrastavam no tempo) e **no restan-**

te país não havia especialização, sendo estas matérias tratadas nos tribunais comuns (cíveis) que, refira-se, conseguiam imprimir uma maior celeridade processual.

Historicamente podemos verificar que a noção e visão que se tem tido do instituto da falência evoluiu da falência-liquidação para a falência-saneamento.

Ao regular o instituto da falência, o **Direito Português** não fugiu a esta regra e reflectiu esta evolução.

Tradicionalmente, a Falência apresentava-se com uma faceta repressiva (do devedor) e uma outra destinada à satisfação patrimonial dos credores.

No CPC, designadamente e de forma mais marcante até à reforma de **1961**, no qual o regime da falência esteve inserido durante vários anos, a concepção dominante era, aliás, na esteira do **Dec. Lei n.º 25.981, de 26 de Outubro de 1935, que aprovou o Código das Falências**, o qual vigorou até à entrada em vigor do CPC, a da “falência-liquidação”.

A sua finalidade primeira era a de vender os bens do devedor para pagar aos credores.

Importa salientar que o instituto da falência, em princípio, apenas se aplicava aos comerciantes, pois que, para os não comerciantes, existia no direito português um instituto paralelo – a insolvência.

Esta concepção foi sendo ultrapassada e, em nome de outros interesses, designadamente públicos foi ganhando força a ideia da **recuperação** da empresa.

A falência deixava de ter apenas em mente a liquidação em benefício dos credores, de que falava o **C.P.C. de 1939**, para, face aos elevados custos sociais e económicas das falências, passar, a ter em vista recuperar a empresa enquanto tal fosse possível.

Esta nova concepção foi amplamente alcançada com o **CPEREF de 1993** (sendo certo que já o **Dec. Lei n.º 177/86, de 2 de Julho**, que criou o processo especial de recuperação, traduzia esta mesma nova visão), passando a **Recuperação** a ser o escopo primordial do instituto da Falência.

Neste diploma (**CPEREF de 1993**), apesar de estarem contidos dois processos especiais – o processo de falência e o processo de recuperação de empresas – era bem visível o primado da recuperação como resulta do seu **artigo 1.º n.º 2** que estabelecia «só deve ser decretada a falência da empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação económica».

Talvez, fruto dos exageros, dos excessos e eventualmente da má ou errada aplicação do instituto assim perspectivado, o **Legislador** sentiu necessidade de reformular o **Regime do CPEREF de 93, alterado em 98**, fazendo-o através do **Dec. Lei n.º 53/2004, de 18 de Agosto**, que aprovou o **CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)**, o qual veio a acabar com o primado da **Recuperação da Empresa**.

Nas palavras de **José de Oliveira Ascensão**, «O domínio da falência e insolvência sofre de novo um grande abalo. ...Dá-se agora uma viragem radical. A prioridade passa a ser substantiva: e a recuperação passa a ser um enxerto subordinado e eventual *no desenrolar da relação*».

Com o CIRE, a recuperação perde a prioridade, consagrando-se a garantia patrimonial dos credores como a única finalidade orientadora de todo o sistema.

O **CIRE** adoptou um novo modelo, pois que, após uma fase (no domínio do **CPEREF**) em que estavam consagrados, como se referiu, dois processos (o da falência e o da recuperação) **passou a aplicar-se um único processo: o da insolvência**.

Eliminando-se o processo de recuperação e adoptando-se tão-somente o processo de insolvência como único processo admissível, a recuperação passou a ser, apenas, uma das finalidades da insolvência, em alternativa à liquidação.

O **artigo 1.º do CIRE (antes da sexta alteração introduzida pela Lei n.º 16/2012 de 20 de Abril)** era bem claro e elucidativo neste particular, ao estatuir que «o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como **finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente** e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a **satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência**, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente».

Torna-se evidente, assim, que houve uma mudança clara de paradigma, sendo bem demonstrativas, dessa alteração de rumo as palavras de **Luís Carvalho Fernandes**, para quem, com este novo diploma, ocorreu «um **regresso ao passado**».

Podemos afirmar, sem margem para dúvidas, que o **CPEREF privilegiava** de forma clara e inequívoca a recuperação da empresa como remédio para a insolvência (**cfr. art. 1.º n.º 2**) enquanto o **CIRE (antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012 de 20 de Abril)** apontava uma finalidade única ao processo, a da satisfação dos credores, pela forma que eles entendessem por melhor adequada, (**cfr. art. 1.º**), sendo a liquidação do passivo na forma tradicional que acaba por prevalecer, enquanto forma de satisfação dos interesses dos credores.

É com este novo modelo que se apresentava o enquadramento jurídico da insolvência, sendo todavia irónico que se tenha abandonado o paradigma da **Recuperação** da Empresa e, logo de seguida, face à crise que se instalou nos últimos anos, o nosso Estado tenha adoptado inúmeras medidas de protecção e de ajuda às empresas, tentando, pelos mais variados meios, a sua Recuperação, com vista a obviar à sua insolvência.

Esta nova viragem culminou com a publicação da **Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril**, que criou e introduziu no sistema um novo processo – **o processo especial de revitalização (PER)**.

Actualmente, com a publicação da **Lei n.º 16/2012**, o **Artigo 1.º do CIRE** passou a dispor que:

«**1** - 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.

2 - Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º -A a 17.º -I».

A mudança de rumo parece-nos evidente pois, tal como resulta da leitura da **Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de Dezembro de 2011** (que deu origem à **Lei n.º 16/2012**), o objectivo da reforma «passa por reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação».

Desta nova redacção do **artigo 1.º do CIRE** resulta manifesto que o Legislador adoptou uma nova filosofia, emergindo dessas alterações «que a recuperação dos devedores é, sempre que possível, primacial face à sua liquidação, desde que, obviamente, tal não prejudique a satisfação tão completa quanto possível dos credores do devedor insolvente», **como se realça na referida Exposição de Motivos**.

Por isso, **Paulo de Tarso Domingues**, afirma que «com a reforma de 2012 do CIRE, o legislador pretendeu modificar a filosofia subjacente ao diploma, claramente orientada para a liquidação do património em detrimento da recuperação da empresa, regressando assim ao “espírito” do CPREF.

Da nova formulação do **artigo 1.º n.º 1 do CIRE** emerge, também, que sendo finalidade do processo de insolvência a satisfação dos credores, esta terá de ser «pela forma prevista num plano de insolvência», podendo este plano basear-se «nomeadamente, na recuperação da empresa».

Apesar de entendermos que, após as alterações introduzidas pela **Lei n.º 16/2012**, há uma mudança no paradigma do instituto – da liquidação para a recuperação –, a verdade é que o legislador terá dito menos do que aquilo que pretendeu dizer.

O legislador de 2012 não logrou traduzir nas normas legais a vontade de consagrar o primado da recuperação, tal como o expressava na **Exposição de Motivos**.

Nas palavras de **Pestana de Vasconcelos e Pedro Caeiro**, «*Com efeito*, apesar de o teor literal do art. 1.º ter sido recentemente alterado no sentido de conferir uma aparente prevalência à via da recuperação sobre a liquidação, tal modificação parece ser meramente simbólica, pois não foi acompanhada de alterações do regime que possam torná-la exequível».

Ainda no sentido de que a **Reforma de 2012** não alterou suficientemente os normativos do CIRE de modo a que a ideia de Recuperação vingasse de forma inequívoca e firme sobre a ideia da Liquidação, afirma **Paulo de Tarso Domingues** que «a estrutura do CIRE, claramente orientada para a liquidação do património do devedor, mantém-se no essencial, pelo que não se poderá afirmar que o CIRE tenha, com a Lei 16/2012, passado a consagrar para o devedor insolvente, um princípio de primazia da recuperação sobre a liquidação do seu património».

De qualquer forma, continua a pertencer aos credores a escolha do modo mais adequado de satisfação dos seus interesses, seja através da liquidação seja pela via da recuperação mediante a aprovação de um plano de insolvência afigurando-se-nos que, apesar daquela apontada insuficiência do legislador, a ideia de recuperação do devedor é o novo paradigma do instituto da Insolvência.

Por isso mesmo e tendo por base a ideia de **Recuperação** do devedor, esta nova reforma introduziu e criou um novo processo, - o **PER (artigos 17-A e ss)**, - destinado a «propiciar a revitalização do devedor em dificuldade », um processo que « possibilite a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente mas que ainda não tenham entrado em situação de insolvência actual» (**Cfr. a aludida Exposição de Motivos**).

O novo **PER** tem por finalidade «permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização», **(artigo 17-A)**.

Deste modo, o devedor que enfrente «dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito», ou seja, o devedor que se encontre em situação económica difícil, pode utilizar o **PER**, como meio de evitar a falência.

Sinais evidentes de que, tal como se afirma naquela Exposição de Motivos, a Recuperação da empresa deve ser sempre privilegiada, deve ser sempre considerada a melhor opção, face à sua pura liquidação.

3. Pressupostos ou Requisitos da Falência / Insolvência

Os requisitos e os pressupostos da falência/insolvência ao longo da história, designadamente do último século, com as diversas alterações legislativas, do CPC ao CIRE passando pelo CPEREF, se mantêm no essencial.

A insolvência significa que o devedor está impossibilitado de cumprir seja pontualmente – como se dizia – as suas obrigações ou como agora se diz, as obrigações vencidas.

Nos diversos diplomas legais citados – CPC, CPEREF, CIRE – há uma série de factos demonstrativos da insolvência do devedor.

Mas vejamos a Insolvência nos Tribunais.

4. Os Tribunais e a Insolvência

Como já se referiu em Portugal por força da **Lei nº 3/99 de 13/01** os processos de insolvência são tramitados nos **Tribunais de Comércio**, onde estes existem.

Refira-se que a **Lei nº 3/99 de 13/01** continua, na sua maioria, em vigor porquanto a **Lei 52/2008 de 28/08** que previa a criação de Juízos de Competência **Especializada de Comércio** em todos os **Tribunais de Comarca (art. 74º)**, nunca entrou em vigor na sua plenitude e a **Lei 62/2013 de 26/08** ainda não se encontra em vigor.

Nos Tribunais de Comércio, que têm uma vasta competência (cfr. art. 89º da L.O.F.T.J.

- 1 - Compete aos tribunais de comércio preparar e julgar:

 - a) O processo de insolvência se o devedor for uma sociedade comercial ou a massa insolvente integrar uma empresa;
 - b) As acções de declaração de inexistência, nulidade e anulação do contrato de sociedade;
 - c) As acções relativas ao exercício de direitos sociais;
 - d) As acções de suspensão e de anulação de deliberações sociais;
 - e) As acções de liquidação judicial de sociedades;
 - f) (Revogada.)
 - g) As acções a que se refere o Código do Registo Comercial;
 - h) (Revogada.)
 - i) Acções de dissolução de sociedade anónima europeia;
 - j) Acções de dissolução de sociedades gestoras de participações sociais;

2 - Compete ainda aos tribunais de comércio julgar:

 - a) (Revogada.)
 - b) As impugnações dos despachos dos conservadores do registo comercial, bem como as impugnações das decisões proferidas pelos conservadores no âmbito dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de sociedades comerciais;
 - c) (Revogada.)

3 - A competência a que se refere o n.º 1 abrange os respectivos incidentes e apensos, bem como a execução das decisões.

os processos de insolvência assumem uma importância relevante.

Por exemplo no Tribunal de Comércio de Vila Nova de Gaia o peso dos processos de insolvência ou com esta relacionados – reclamações de créditos, apreensão de bens, ve-

rificação ulterior de créditos, incidente de qualificação da insolvência, recursos, etc. – é superior a 88%.

No ano de 2013 deram entrada nos Tribunais 5608 insolvências tendo-se verificado uma diminuição de 628 relativamente a 2012, ano em que entraram 6236 processos.

Os processos de insolvência vinham aumentando desde 2005. Por exemplo no Tribunal de Comércio de Vila Nova de Gaia entre 2005 e 2013 o aumento foi de cerca de 290% (de 455 para 1324).

Face às estatísticas publicadas é possível afirmarmos que são excepcionais os casos de empresas de média/grande e grande dimensão, que se submeteram a processos de reestruturação (PER ou com Planos de Recuperação) ou de insolvência.

Foram as Pequenas e Médias Empresas e os particulares quem se socorreu em maior número do processo de insolvência. Aliás, o peso das pessoas singulares nos processos de insolvência aumentou de forma substancial. **Se em 2007 era de 21,4% em 2013 passou para 67%.**

A grande maioria dos processos de insolvência tem um valor inferior a 50.000€, sendo que os créditos recuperados são irrisórios face aos reclamados e reconhecidos.

Assim, a percentagem dos créditos recuperados face aos reconhecidos foi de apenas 7,6%. **Os restantes 92,4% de créditos reconhecidos não foram pagos.**

No que concerne à duração média dos processos de insolvência, a mesma tem vindo a diminuir, com particular intensidade a partir de 2007. **Se no ano de 2005 era de 10 meses em 2009 já era apenas de 5 meses, para em 2013 se situar em 2 meses** (desde a entrada até à declaração de insolvência).

No que concerne ao PER desde 20/05/2012 deram entrada 574 PER de pessoas singulares e 1618 PER de empresas.

Em 31/03/2014 apenas 31,77 dos PER instaurados por empresas tinham tido sentença de homologação do Plano de Recuperação, sendo que entre a entrada e a homologação decorreram, em média 192 dias.

A título de curiosidade refira-se que 20 Administradores asseguram 52,72% dos PER e 40% dos PER homologados correm em Tribunais de Competência Especializada (Lisboa, Vila Nova de Gaia, Aveiro, Sintra).

No que ao PER concerne devo salientar que quando se analisa a sua aplicação prática verifica-se que, em muitos casos, em vez de se ajudar empresas viáveis, mas em dificuldades seja por causa da crise, seja por outra causa conjuntural (por ex. a insolvência de uma empresa X acarreta muitas vezes inúmeras dificuldades a um número considerável de outras empresas) o Estado, diga-se Finanças, prefere arrecadar receitas a deixar as empresas sobreviver.

5. Conclusão

Desta breve incursão pela evolução histórica recente do regime do instituto da falência/insolvência, podemos concluir que, após um período relativamente longo (até 1993) em que com a Falência se visava essencialmente **liquidar** os bens do devedor e pagar aos credores se foi passando para uma concepção da Falência na qual se privilegiava a **recuperação** do devedor em detrimento da sua pura liquidação (CPEREF de 1993).

Eventualmente, face ao número reduzido de empresas que lograram uma efectiva recuperação ao abrigo do CPEREF, o legislador, em 2004, sentiu necessidade de abandonar a **recuperação** da empresa, como **finalidade primeira**, passando o processo a ter como **finalidade primordial a liquidação** do património do devedor e a repartição do produto obtido pelos credores, sendo a recuperação apenas uma das alternativas à liquidação da empresa.

Entretanto, a dinâmica socio-económica conduziu a uma profunda crise que provocou um enorme aumento do número de empresas em dificuldades económicas (bem como de devedores individuais), com o encerramento de muitas delas e o consequente avolumar do desemprego.

Perante este cenário de crise, o legislador, em 2012, teve necessidade de reintroduzir mecanismos que, novamente, privilegiassem a recuperação da empresa e não a sua pura liquidação, procurando atenuar, desta forma, a diminuição da actividade económica e o aumento do desemprego que vinha a verificar-se.

Criou «ex novo» um processo destinado a recuperar, a revitalizar, os devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, o PER.

Apesar destas sucessivas alterações legislativas não se pode afirmar que os resultados tivessem sido os pretendidos pelo legislador, pois não se verificou uma maior celeri-

dade dos processos nos quais foi efectivamente liquidado o património do devedor com o subsequente pagamento aos credores, nem se verifica que as empresas efectivamente recuperadas tenham visto o seu número aumentar.

Dada a curta vigência do PER não é ainda possível determinar qual o seu real impacto na recuperação das empresas sujeitas a este mecanismo.

De todo o modo seria conveniente que a actual legislação tivesse tempo para ser efectivamente aplicada, para que se consigam correntes jurisprudenciais e doutrinárias firmes, maioritárias, de modo a conseguir-se a tão desejada eficácia e celeridade da justiça.

Uma das manifestações da Crise Económica é sem dúvida alguma a propalada (mas nem sempre verídica) Crise da Justiça, a qual se revela de forma clara na **lentidão** na resolução dos litígios e no que hoje nos reúne na resolução dos processos de Insolvência.

Para os cidadãos e para a sociedade em geral esta crise traduz-se fundamentalmente no bloqueio do funcionamento dos tribunais, na sua falta de resposta atempada aos inúmeros pedidos que lhe são dirigidos.

Como afirmou o saudoso **Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Aragão Seia** «a crítica mais comum à actividade dos Tribunais não põe em causa a isenção nem a imparcialidade dos juízes – e isso, sim, é que seria gravíssimo – nem sequer a correcção jurídica das decisões; questiona, sim, a lentidão com que os processos são decididos, o que é frequentemente apontado como um sintoma da incapacidade de o Estado administrar justiça aos seus cidadãos».

Os **processos de Insolvência** bem como todos os que com ele se connexionam não fogem a esta realidade. As causas dessa lentidão são múltiplas, estão identificadas e profusamente estudadas.

Inibimo-nos de as enunciar. Haja vontade de as solucionar sendo certo que, ao contrário do que alguns afirmam, a Justiça e os Tribunais, não constituem qualquer entrave ao desenvolvimento económico, estando, isso sim, ao serviço dos cidadãos e das empresas, que a eles podem recorrer em defesa dos seus direitos.

Porto, Julho de 2014

A evolução do regime dos créditos tributários na falência/insolvência e recuperação de empresas no direito português

Miguel Pestana de Vasconcelos ¹

Sumário:

1. Introdução; 2. O Código de processos especiais de recuperação da empresa e de falência; 3. O Código da insolvência e da recuperação de empresas; 3.1. A posição inicial da jurisprudência quanto à moratória ou redução dos créditos públicos no seio de um plano de recuperação; 3.2. A alteração da jurisprudência com a lei do Lei do OE de 2011; 4. Apreciação crítica.

1. Introdução ²

I. O regime dos créditos tributários na falência, insolvência e recuperação de empresas tem sido objeto de múltiplas alterações nas três últimas décadas, compondo um regime complexo, ziguezagueante, e, com grande frequência, contraditório.

Aqui cruzam-se diversos interesses: os da receita fiscal, diminuição da despesa pública, tutela da empresa e proteção dos postos de trabalho. Como se verá, eles não são mutuamente excludentes. Não é o sacrifício da empresa e dos postos de trabalho a ela ligados que permite maximizar a receita. Muitas vezes, é a recuperação das empresas - quando estas sejam efetivamente viáveis - que possibilita a maximização da cobrança fiscal e evita o aumento da despesa, decorrente dos subsídios de desemprego dos trabalhadores da devedora insolvente.

Embora o tema tenha um interesse evidente, são poucos os trabalhos que fazem uma análise global, integrada, dos regimes decorrentes das leis falenciais e insolvenciais. Com

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

² Este texto toma por base a comunicação que fiz no I.º Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, da Universidade de S. Paulo e da Universidade de Macau, realizado em julho de 2014, mantendo essas características.

frequência, ela é meramente sectorial, centrada no regime da recuperação, sem se ter em conta, a disciplina que decorre da falência, insolvência/liquidação³.

A perspetiva evolutiva é igualmente do maior relevo, porque permite-nos detetar as linhas de continuidade e de ruptura.

É esse o objetivo desta exposição.

2. O Código de processos especiais de recuperação da empresa e de falência

I. Um primeiro diploma a destacar é o Código da falência e da recuperação de empresas (CPEREF⁴). Aí o legislador adoptou uma medida, que ele próprio qualificava como revolucionária, estatutando a extinção imediata dos privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social com declaração de falência, passando, a partir desse momento, os respetivos créditos passarem a créditos comuns (art. 152.º CPEREF).⁵

A justificação da medida consistia na necessidade de estas entidades deverem ser as “primeiras a dar exemplo da participação no sacrifício comum” [como se lia no texto do preâmbulo], com vista à recuperação da empresa⁶. Sublinhava-se que os credores privilegiados não se “sentiam grandemente motivados, nas deliberações da assembleia de credores, em promover a recuperação económica da empresa devedora e em impedir que ela caísse nas garras da acção falimentar.” Os credores comuns, da sua parte, desinteressar-se-iam da sorte do processo, uma vez que dado o conjunto amplo de créditos privilegiados do Estado e da segurança social os impediriam de obter a satisfação dos seus créditos.

3 Já antes a tínhamos empreendido, em parte, no âmbito da análise do regime civil, executivo e insolvencial dos créditos fiscais, com vista a formular uma proposta de alteração de regime. Ver PESTANA DE VASCONCELOS, *As garantias dos créditos fiscais. Regime e proposta de reforma*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, 2013, pp. 215, ss.

4 Sobre ele, ver L. CARVALHO FERNANDES, *O Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência: balanço e perspectivas*, Revista de Direito e Estudos Sociais, 1997, pp. 5, ss.; idem, *Sentido geral dos novos regimes de recuperação da empresa e de falência*, Direito e Justiça, 1999, 11, ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O âmbito de aplicação dos processos de recuperação da empresa e de falência: pressupostos objectivos e subjectivos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, pp. 383, ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da insolvência*, O Direito, 2005, pp. 483, ss.; PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, BFDUC, Studia Iuridica, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 125, ss..

5 Já tínhamos feito uma análise deste regime em PESTANA DE VASCONCELOS, *As garantias dos créditos fiscais. Regime e proposta de reforma*, cit., pp. 215, ss.

6 Ver, quanto à *ratio* da norma, L. CARVALHO FERNANDES, *Sentido geral dos novos regimes de recuperação da empresa e de falência*, cit., pp. 20-21.

Sendo certo que o legislador se empenhou na criação de mecanismos de recuperação da empresa, que implicavam sacrifícios para os outros credores, o Estado, as autarquias locais e a segurança social deveriam ser os primeiros a dar o “exemplo da participação no sacrifício comum”.⁷⁻⁸

II. É difícil perceber na integralidade este regime se não se explicar o quadro das garantias e privilégios creditórios à data. Com efeito, os créditos do Estado gozavam muitas vezes um privilégio imobiliário geral ao qual a jurisprudência dominante aplicava o regime do art. 751.⁹ aos privilégios imobiliários gerais⁹.

Daí que os créditos públicos que dele beneficiavam eram sempre graduados em primeiro lugar, acima dos créditos hipotecários, o que causava aos seus titulares, na generalidade dos casos a banca no âmbito do financiamento imobiliário, um considerável prejuízo.

Com a cessação do privilégio depois da declaração de falência, os créditos públicos passaram a créditos comuns. Pelo que na graduação de créditos na falência eram necessariamente colocados depois daqueles tutelados com privilégios gerais. Que se mantinham.

Daqui não resultou uma eliminação de privilégios de que gozassem outros créditos. Por isso, os créditos do Estado e da segurança social que seriam satisfeitos numa percentagem elevada na falência do devedor passaram a obter uma satisfação mínima neste quadro.

III. Pelo que, em termos económicos, se verificou a valorização de uma modalidade de créditos, detidos quase sempre pela banca, em detrimento dos créditos públicos, fortemente desvalorizados. O resultado da medida em termos práticos foi só esse¹⁰.

7 Para a crítica - severa - deste regime, ver JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Efeitos da falência sobre a pessoa e os negócios do falido*, Revista da Ordem dos Advogados, 1995, p. 658.

8 No sentido de que este regime se aplicava também às hipotecas legais, L. CARVALHO FERNANDES/J. LABREDA, *Código dos processos especiais de recuperação de empresa e de falência*, anotado, Quid Iuris, Lisboa, 2000, p. 404.

9 Ver, quanto à corrente jurisprudencial nesse sentido, A. LUÍS GONÇALVES, *Privilégios creditórios: evolução histórica. Regime, sua inserção no tráfico creditício*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 38, ss..

10 Desenvolvidamente sobre esta questão, para onde remetermos, ver M. PESTANA DE VASCONCELOS, *As garantias dos créditos fiscais. Regime e proposta de reforma*, cit., pp. 203, ss..

IV. Dir-se-ia que ser o preço a pagar pela recuperação da empresa. Contudo, uma vez que a falência deixou de ter as desvantagens óbvias face à recuperação para os outros credores, estes passaram necessariamente a desinteressar-se desta última. O resultado líquido consistiu somente numa transferência de riqueza na falência dos credores públicos para os credores privados, em particular aqueles que beneficiavam de créditos hipotecários e, muito provavelmente, uma diminuição das recuperações por falta de interesse destes.

V. Esta medida veio a ser temperada, numa inversão de marcha limitada, pela reforma do CPEREF introduzida pelo Dec.-Lei n.º 315/98, de 20/10: passaram a excetuar-se os privilégios de créditos que se constituíssem no decurso do processo de recuperação da empresa ou de falência. Do que resultou uma dualidade de regimes não facilmente explicável. Esta tendência limitadora teve depois expressão no Código da insolvência, conforme se verá no número seguinte.

VI. A lei permitia a adopção de providências que envolvessem a extinção ou modificação de créditos comuns ou com garantias prestadas por terceiros, caso em que deveriam incidir proporcionalmente sobre todos eles, salvo o acordo expresso dos credores afectados (art. 62.º, n.º 1 CPEREF)¹¹.

Ora, o Estado, os institutos públicos sem natureza de empresas públicas e as instituições de segurança social que fossem titulares de créditos privilegiados sobre a empresa, podiam dar o seu acordo a medidas semelhantes, desde que o membro do governo competente o autorizasse (art. 62.º, n.º 2 CPEREF).

Poderia haver assim uma redução dos créditos públicos, autorizada pelo ministro competente em condições de igualdade com os outros credores da mesma classe, com vista a essa finalidade. Isto é, aqui o que se visava directamente era a recuperação da empresa, permitindo-a, e o sacrifício público teria que ser acompanhado em idêntica medida com os dos credores privados.

3. O Código da insolvência e da recuperação de empresas

I. Apesar da ruptura com o modelo anterior, fazendo na prática a liquidação prevalecer sobre a recuperação da empresa, o CIRE manteve a cessação dos privilégios dos

¹¹ Podiam ainda estender-se ainda aos créditos com garantia real sobre bens da devedora, nos termos em que o credor beneficiário da garantia real o viesse a aceitar.

créditos do Estado, das autarquias e da segurança social, introduzindo-lhe, embora, uma limitação temporal.

Com efeito, a declaração de insolvência passou a provocar meramente a extinção dos privilégios creditórios gerais¹² que sejam acessórios de créditos sobre a insolvência dos referidos entes constituídos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência [art. 97.º, n.º 1, al. a) CIRE].

Ainda, de acordo com o novo Código, extinguem-se os privilégios creditórios especiais que sejam acessórios de créditos sobre a insolvência dessas entidades “vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência” [art. 97.º, n.º 1, al. a) CIRE].

Fora destes períodos temporais, os privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social, agora, mantêm-se.

II. O argumento utilizado, no entanto, alterou-se. Não se tratava já de facilitar a recuperação da empresa, mas, como se refere no preâmbulo do Dec.-Lei n.º 53/2004, de 18/3 (que aprova, art. 1.º, o CIRE), de evitar “que essas entidades” deixassem “correr demasiado tempo desde o incumprimento por parte do devedor”.¹³ Caso contrário, os créditos públicos passariam a créditos comuns.

Essa era também a razão de ser do art. 98.º CIRE, que confere ao credor a requerimento de quem a situação de insolvência tenha sido declarada, um privilégio mobiliário privilégio creditório geral, graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a 500 UC.

Como já tínhamos advertido¹⁴, embora os diversos agentes económicos reajam a esse tipo de incentivos, o mesmo não sucede com os entes públicos. Se se pretende que atuem celeremente, pode simplesmente ser-lhes imposto que ajam dessa forma.

Portanto, temos que uma mesma solução legal, com contornos diferentes só no que diz respeito à sua extensão, veio a ser explicada com dois fundamentos diversos. O que não lhe dá qualquer coerência, até porque nenhum deles procede. O resultado é tão só

12 Sobre estes, ver, M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 386, ss..

13 Ver L. CARVALHO FERNANDES/J. LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2.ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2013, p. 471.

14 M. PESTANA DE VASCONCELOS, *As garantias dos créditos fiscais. Regime e proposta de reforma*, cit., p. 219.

o prejuízo dos créditos públicos, que são materialmente reduzidos, porque passam de garantidos a comuns. E, volte-se a enfatizar, sem que haja qualquer relação com a recuperação da empresa.

3.1. A posição inicial da jurisprudência quanto à moratória ou redução ou dos créditos públicos no seio de um plano de recuperação

I. A questão que se colocou subsequentemente foi saber se os créditos públicos poderiam ser reduzidos no âmbito de um plano de insolvência, caso tal se revelasse necessário para a recuperação da empresa ou do seu titular.

A jurisprudência começou por adotar uma posição de bastante abertura a esse propósito, em que ponderou bem os interesses em presença: sendo o sentido do plano de insolvência a recuperação da empresa e/ou do seu titular, e só nesse caso (uma vez que o plano pode ser só de liquidação), a assembleia de credores poderia reduzir os créditos públicos.

Os fundamentos eram os seguintes.

II. Em primeiro lugar, temos o art. 197.º CIRE, donde decorre que os créditos tutelados por privilégio ou garantias reais poderiam, se o plano dispusesse de forma expressa nesse sentido, ser atingidos.

Como se dizia no acórdão do STJ de 13.01.2009 (Fonseca Ramos)¹⁵: “a expressão na *ausência de estatuição expressa em sentido diverso constante do plano de insolvência*, atribui cariz supletivo ao preceito, o que implica que pode haver regulação diversa, conatendendo com os créditos previstos nas als. a) e b) o que deve ser entendido como afloação do **princípio da igualdade** e reconhecimento que, dentro da legalidade exigível, o plano pode regular a forma como os credores estruturam o plano de insolvência. Só assim não será se não houver expressa adopção de um regime diferente.” (itálico e negrito no original).

III. Tínhamos depois o art. 196.º n.º 2 CIRE, nos termos do qual plano de insolvência não pode afectar as garantias reais e os privilégios creditórios gerais acessórios de créditos detidos pelo Banco Central Europeu, por bancos centrais de um Estado membro da União Europeia e por participantes num sistema de pagamentos tal como definido pela alínea a) do artigo 2.º da Directiva nº 28/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,

15 In: www.dgsi.pt.

de 19 de Maio, ou equiparável, em decorrência do funcionamento desse sistema. O que significa, *a contrario*, que as garantias reais ou privilégios mobiliários gerais acessórios de outros créditos diferentes dos aí previstos podiam ser afetadas pelo plano.

IV. Quanto às regras tributárias, elas teriam o seu campo de aplicação na relação contribuinte/Estado, mas já não no âmbito da insolvência, que é um processo completamente diverso.

Este aspeto era sublinhado de forma clara no acórdão do STJ de 13.01.2009 (Fonseca Ramos), onde se podia ler: os “arts. 30.º, n.º 2, e 36.º, n.º 3, da LGT, e art. 85.º do CPPT, têm o seu campo de aplicação na relação tributária, em sentido estrito, não encontrando apoio no contexto do processo especial como é o processo de insolvência, onde o Estado deve intervir também com o fito de contribuir para uma solução, diríamos, de olhos postos na insolvência, se essa for a vontade dos credores, numa perspectiva ampla de auto-regulação de que a desjudicialização do regime consagrado no CIRE é uma das essenciais características.”

Com efeito, o Estado ao “intervir nesse processo, aceita o concurso dos demais credores de determinado contribuinte num quadro em que releva a incapacidade do devedor insolvente para satisfazer as suas dívidas, inclusive das dívidas ao Estado, mesmo de natureza fiscal, devendo em consequência este intervir como credor, tendo em conta a existência dos demais credores e aquela situação de incapacidade, e em observância do tendencial princípio da igualdade entre os credores, despidido do seu *jus imperii*, que o colocaria numa situação de tratamento privilegiado perante os demais.” [acórdão do STJ de 2.03.2010 (Silva Salazar)¹⁶].

3.2. A alteração da jurisprudência com a lei do OE de 2011

I. Tratava-se de jurisprudência assente, embora criticada pela doutrina fiscalista.

Ponto de viragem consistiu a introdução, pela Lei do OE de 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31/12), do n.º 3 ao art. 30.º da LGT, onde se estatui que o disposto no número anterior - que consagra a indisponibilidade do crédito tributário - “prevalece sobre qualquer legislação especial.”

A lei determinou mesmo a aplicação do art. 30.º, n.º 3 LGT aos processos em curso em que o plano de insolvência não houvesse ainda sido objeto de homologação judicial,

16 in www.dgsi.pt.

sem prejuízo da prevalência dos privilégios creditórios dos trabalhadores previstos no Código do Trabalho sobre quaisquer outros créditos (art. 125.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31/12).

II. Parece claro que o que se visava era atingir a posição jurisprudencial que se estribava na especialidade do regime da insolvência. O que levou a que ela se alterasse.

De forma ilustrativa lia-se no Acórdão do STJ de 10.05.2012 (Álvaro Rodrigues¹⁷) “julgamos que a conclusão a tirar é a de que foi vontade do legislador afastar, de forma expressa, qualquer interpretação no sentido de que o regime especial do C.I.R.E. derroga o regime geral da LGT” (...) “ainda que se entenda que o CIRE constitui lei especial relativamente à Lei Geral Tributária e, com base nessa premissa, se conclua que derroga as disposições tributárias gerais no que tange ao direito falimentar (*lex specialis derogat legi generali*), a verdade é que a própria lei 55-A/2010 veio alterar o disposto no artº 30º da LGT, aditando-lhe o nº 3, onde se dispõe que a indisponibilidade do crédito tributário a que se refere o nº 2 do aludido preceito legal prevalece sobre qualquer legislação especial”).

III. É interessante referir que a mesma foi realizada a *contrecouer*, duvidando-se da bondade da solução.

E foi também adotada em incumprimento do memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, de 17 de maio de 2011, celebrado entre o governo português, a Comissão Europeia, o BCE, e o FMI. Efetivamente, aí se dispunha que “As 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.”

IV. A criação do processo especial de revitalização (PER)¹⁸, pese embora o seu objetivo manifesto de permitir a recuperação da empresa, não veio introduzir quaisquer modificações, nem à lei tributária, nem do seu regime decorre uma norma que disponha

17 In: www.dgsi.pt.

18 Sobre este, ver, de entre outros: FÁTIMA REIS SILVA, *Processo especial de revitalização. Notas práticas e jurisprudência recente*, Porto Editora, Porto, 2014; NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS - *PER, o processo especial de revitalização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

em contrário. Não houve pois qualquer alteração da jurisprudência, mesmo no âmbito de um processo pré-judicial de recuperação de empresa nesta matéria.

V. A questão que subsequentemente se colocou foi saber se um plano de recuperação que atingisse nos termos referidos os créditos da Fazenda Pública e da Segurança Social conduzia a sua nulidade total, à nulidade parcial, por violar lei imperativa (acórdão do STJ de 13.11.2014, Salreta Pereira¹⁹), ou mera ineficácia relativamente à Fazenda Pública e à segurança social (acórdão do STJ de 18.2.2014, Fonseca Ramos²⁰).

Como a nulidade total era patentemente excessiva, foram propostas as duas outras soluções, que salvaguardavam a manutenção do plano, embora já sem efeitos face aos créditos públicos. Como se referia no acórdão do STJ de 18.2.2014 (Fonseca Ramos), naquele que nos parece ser o enquadramento correto, nesta perspectiva, do problema: o “plano de insolvência, assente numa ampla liberdade de estipulação pelos credores do insolvente, constitui um *negócio atípico*, sendo-lhe aplicável o regime jurídico da ineficácia, por isso o Plano de Recuperação da empresa que for aprovado, não é oponível ao credor ou credores que não anuíram à redução ou à modificação lato sensu dos seus créditos.”

4. Apreciação crítica

I. Do quadro que acabámos de traçar, e que corresponde à posição dominante na doutrina²¹⁻²² e jurisprudência, decorre o seguinte.

Com a declaração de insolvência, os créditos públicos constituídos ou vencidos, conforme os casos, mais de 12 meses antes do início do processo perdem os seus privilé-

19 In: www.dgsi.pt.

20 In: www.dgsi.pt. Neste sentido, também, o acórdão do STJ de 25.03.2014 (Fernandes do Vale), in: www.dgsi.pt; o acórdão do STJ de 24.03.2015 (Ana Paula Boularot), in: www.dgsi.pt.

21 J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 345; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 311; FÁTIMA REIS SILVA, *Processo especial de revitalização. Notas práticas e jurisprudência recente*, cit., p. 66.

22 Na doutrina defende uma posição diferente, admitindo a modificação dos créditos tributários, CATARINA SERRA, *Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores - dois problemas no contexto da insolvência de sociedades*, Direito das Sociedades em Revista, 2012, pp. 89, ss.; idem, *O processo especial de revitalização - contributos para uma “rectificação”* -, Revista da Ordem dos Advogados, 2012, pp. 740-741.

Esta Autora sustenta uma interpretação restritiva “das normas que compõem o regime tributário”. Recorre, “para isso, a dois argumentos: a teleologia subjacente ao Per e a unidade do sistema jurídico” (*ob. ult. cit.*, p. 740). A par disso, considera que se trata da “interpretação mais adequada” ao ponto 2.19 do Memorando de entendimento. Entendemos que esta Autora tem razão, embora o fundamento seja diverso, conforme decorre do texto.

gios²³. Passam a créditos comuns. Não é necessário ter conhecimentos aprofundados da insolvência, para saber que a satisfação dos créditos comuns é extremamente exígua. O que se traduz numa desvalorização, sem qualquer fundamento válido, conforme se viu, para os créditos públicos²⁴.

Todavia, quando fosse necessária a redução do valor nominal dos mesmos créditos para se recuperar o titular da empresa e/ou a empresa em si, tal não seria admitido e, verificando-se a homologação de um plano de recuperação que atinja nos termos referidos os créditos públicos, ele não produz efeitos face a estes credores.

II. Pelo que se permitira a desvalorização e, portanto, para o que diretamente nos interessa, uma redução substancial dos créditos públicos traduzida na diferença entre a percentagem de satisfação de um crédito privilegiado e um crédito comum na insolvência. E, por outro lado, sendo necessário para a recuperação de uma empresa no âmbito de um PER, não se admitiria, sequer, uma moratória para além dos casos previstos na lei. Mas, se tal não sucedesse, se o devedor viesse, por essa razão, a ser declarado insolvente, vigorava o regime referido de redução dos créditos públicos por perda dos privilégios, com as consequências, provavelmente muito mais gravosas, daí decorrentes.

III. Recorrendo a um exemplo. Se estivermos perante um crédito tutelado por um privilégio mobiliário geral, esse crédito seria, havendo bens móveis na massa, satisfeito pelo produto da sua liquidação à frente de todos os credores comuns (art. 175.º CIRE).

Se se tratar de um crédito comum (sem que, a benefício de análise, existissem bens imóveis na massa - que de qualquer modo se destinariam sempre a satisfazer em primeiro lugar os credores titulares de garantias reais e, de seguida, que beneficiassem de privilégios gerais) só será satisfeito depois dos outros créditos com privilégios mobiliários gerais (art. 176.º CIRE)²⁵.

Assim, se o crédito privilegiado tivesse um valor de 100 e existissem bens na massa de 110, ele seria satisfeito, em primeiro lugar, pela totalidade.

23 A única forma de os tutelar seria por via do registo de uma hipoteca legal por parte da administração tributária. Contudo, estas não operam automaticamente e cessam se registadas nos dois meses anteriores ao início do processo insolvencial [art. 97.º, n.º 1, al. c) CIRE].

24 Já tínhamos criticado esta solução em PESTANA DE VASCONCELOS, *As garantias dos créditos fiscais. Regime e proposta de reforma*, cit., p. 224.

25 Para além, evidentemente, dos créditos com garantias reais. A análise centra-se só na relação entre os créditos privilegiados e os créditos comuns.

Se passasse a crédito comum, poderia não ser satisfeito, se existisse um outro crédito privilegiado, ou só em 22, partindo do princípio de que existiram mais 3 credores. O crédito era desvalorizado em 75%. Se tivesse sido reduzido em 25% para permitir a recuperação da empresa, para além de todo o resto, este dano para os créditos públicos teria sido evitado.

IV. A contradição valorativa é evidente e não deve ser admitida²⁶.

O núcleo da questão tem a ver com a distinção entre o valor económico do crédito como bem, e o valor nominal do crédito (pecuniário), que está relacionado com o seu objeto.

A distinção não tem um especial significado se o devedor tiver o património necessário para a satisfação do crédito. Em caso de incumprimento, o credor pode valer-se da ação creditória e, se tal for necessário, recorrer às vias executivas. O dano causado pelo atraso será indemnizado pelos juros de mora (art. 806.º, n.º 1 CC).

V. O caso muda de figura quando o património do devedor for insuficiente para satisfazer todos os credores. Como acontece, se este for declarado insolvente. O valor económico do crédito deixa de coincidir com o seu valor nominal. Este último será a quantia que o credor - tendo em conta as eventuais garantias do seu crédito, o número de outros credores (e garantias e privilégios destes créditos) e os bens da massa - poderá nesse caso obter. É possível fazer esse cálculo antes ainda da declaração de insolvência, entrando em linha de conta com todos esses elementos. Essa tarefa é facilitada no PER, uma vez que os credores, em regra, reclamarão os seus créditos.

Assim sendo, a indisponibilidade do crédito não deve ser referida ao seu valor nominal, mas aquilo que ele vale como bem (e pelo qual esses créditos tenderão a ser transacionados). A redução do valor nominal do crédito para um montante inferior ao seu valor económico não consiste, para este efeito, na sua disposição.

É a ausência desta distinção que conduz ao resultado de se impedir a redução nominal de um crédito, quando numa insolvência posterior se irá somente receber parte dessa quantia. É que o valor económico do crédito sempre foi este último, não o primeiro.

²⁶ Ver desenvolvidamente sobre este aspeto, M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Recuperação de empresas: o processo especial de revitalização*, no prelo.

Limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas

Paulo de Tarso Domingues

Sumário:

I – Planos de reorganização e autonomia privada; âmbito e delimitação da análise. II – Os planos de reorganização de âmbito judicial: o plano de recuperação na insolvência e o processo especial de revitalização. III – O plano de recuperação no processo de insolvência. 1 – Legitimidade e oportunidade. 2 – Aprovação e homologação do plano. 3 – A (ampla) liberdade de fixação do conteúdo do plano. Limites. 4 – O *best interest of creditors/shareholders test* (a recusa de homologação a pedido dos interessados). 5 – A recusa oficiosa de homologação do plano. 6 – As operações de fusão e cisão. 7. – O princípio *par conditio creditorum*. 8 – O aumento do capital social. 9 – A eliminação do direito de preferência. 10 – A conversão de créditos em capital. 11 – A redução de capital. O “zeramento” do capital e a operação harmónio. 12 – A alteração dos estatutos ou dos membros dos órgãos sociais e a transformação da sociedade. IV – O plano de revitalização (o PER). 1 – As duas modalidades do processo: PER judicial e PER extrajudicial. 2 – Legitimidade ativa e requisitos objetivos: situação económica difícil ou insolvência iminente e recuperabilidade. Responsabilidade pelo recurso indevido ao PER. 3 – Conclusão do PER: A) anuência por parte do devedor. 4 – B) aprovação pelos credores 5 – C) homologação pelo juiz. Efeitos.

I. Planos de reorganização e autonomia privada; âmbito e delimitação da análise

O tema que me foi proposto abordar foi o dos limites da autonomia privada nos planos de reorganização das empresas. Importa começar por delimitar o âmbito desta minha

intervenção, a qual respeitará apenas aos planos de reorganização, de reestruturação ou planos de recuperação (que aqui tomo como expressões equipolentes) dos principais agentes económicos empresariais que são, como é sabido, as sociedades comerciais. Por outro lado, e uma vez que os planos de natureza extrajudicial (como, p. ex., o SIREVE¹), irão ser objeto de uma outra intervenção neste Congresso, irei aqui apenas abordar os planos de reestruturação realizados no âmbito judicial. Esta é uma matéria que está hoje, entre nós, regulada no CIRE (Código da insolvência e da recuperação de empresas, aprovado pelo DL 53/2004, de 18 de março, entretanto já várias vezes alterado).

II – Os planos de reorganização de âmbito judicial: o plano de recuperação na insolvência e o processo especial de revitalização

Os planos de reorganização de âmbito judicial estão, no nosso ordenamento, efetivamente regulados no CIRE. Este diploma, originariamente, previa apenas a possibilidade de se adotar um plano – destinado à recuperação das sociedades comerciais em crise –, no contexto de um processo de insolvência. Esta não era, contudo, a melhor solução. Ela obrigava a que fosse previamente declarada a insolvência da sociedade para se poder, posteriormente, avançar com o plano de reestruturação, o que claramente dificultava (como dificulta!) a pretendida recuperação, desde logo, pelas desconfianças e resistências que aquele processo sempre implica². De resto, o CIRE, na sua redação inicial, não era sequer “amigável” do processo de reestruturação e reorganização empresarial, uma vez que estava claramente orientado para a liquidação do património em detrimento da recuperação do devedor, o que, obviamente, não é o caminho mais desejável. É preciso não esquecer o relevo e a importância do papel desempenhado pelas empresas, uma vez que elas são, em princípio, vantajosas não só para os seus titulares, mas também para a economia em geral e para as próprias populações (enquanto instrumentos criadores de riqueza, geradores de emprego, aptos e destinados a satisfazer necessidades do público, etc.), pelo que a opção pela sua manutenção – quando se trate de empresas viáveis e recuperáveis – é claramente preferível à sua liquidação³. Esta constatação levou o legislador português – alinhando, aliás, com os ordenamentos jurídicos que nos são próximos, que

1 Sobre o SIREVE – acrónimo para “sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial”, regime aprovado pelo DL 178/2012, de 3 de agosto – pode ver-se J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 340, s., e A. SOVERAL MARTINS, *Um Curso de direito da insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 501, s.

2 Mas veja-se também, p. ex., o regime previsto no artigo 91.º (que implica o imediato vencimento das obrigações do devedor, em caso de declaração da insolvência) ou a disciplina prevista para os negócios em curso, estabelecida nos arts. 102.º, s.

3 Não se deixe, no entanto, de dizer que, entre nós, a alteração legislativa levada a cabo nesta matéria resultou de uma imposição da Troika.

modificaram também as suas leis em sentido idêntico – a alterar o CIRE, através da reforma efetuada através da Lei 16/2012, de 20 de abril, criando um regime mais favorável e facilitador para a recuperação do devedor.

Na verdade, com a reforma de 2012 do CIRE, o legislador pretendeu modificar a filosofia subjacente ao processo de insolvência, o qual deixou de ser perspetivado essencialmente como um processo de falência/liquidação, passando a ser privilegiada a recuperação do devedor (e, em especial, das empresas), regressando-se desta forma ao “espírito” subjacente ao direito pregresso que constava do CPEREF⁴. A verdade, no entanto, é que – como veremos *infra*, no ponto seguinte – o regime legal da insolvência manteve-se no essencial o mesmo.

Alteração bem mais importante, nesta matéria, foi, contudo, a introdução no nosso ordenamento jurídico do PER (processo especial de revitalização⁵), que se traduz num mecanismo judicial mas pré-insolvencial – e, consequentemente, com a enorme vantagem de não estar associado ao estigma da declaração de insolvência do devedor – de recuperação de empresas em dificuldade.

Donde, após a reforma de 2012 do CIRE, passou a ser possível, para as empresas portuguesas, aprovar um plano de reorganização, em tribunal, por duas vias: i) através de um plano de recuperação no processo de insolvência; ou, fora do processo de insolvência, ii) através de um processo especial de revitalização.

São estes dois planos e os limites que a lei coloca à concretização de cada um deles que me proponho analisar de seguida.

III – O plano de recuperação no processo de insolvência

A lei prevê que, no processo de insolvência, possa ser apresentado um plano que vise a recuperação do devedor (cfr. artigos 192.º a 222.º CIRE⁶)⁷. Note-se que este plano des-

4 Cfr. artigo 1.º, n.º 2 CPEREF, onde expressamente se afirmava uma clara preferência pela recuperação da empresa em detrimento da falência/insolvência. Vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 325.

5 Cujo regime consta dos artigos 17.º-A a 17.º-I do CIRE, que foram aditados ao diploma pela mencionada Lei 16/2012, de 20 de abril.

6 Doravante, a referência a normas legais sem indicação da respetiva fonte respeita a normas do CIRE.

7 O plano de insolvência, previsto no Título IX do CIRE (artigos 192.º a 222.º), pode visar uma de duas finalidades: ou a liquidação do património do insolvente ou a recuperação do devedor (vide, em texto, a designação que agora se passou a dar a esta modalidade do plano – cfr. artigo 192.º, n.º 3). O artigo 195.º, n.º 2, al. a) refere, por outro lado, que o plano pode revestir três modalidades distintas: poderá ser um plano de liquidação da massa insolvente, um plano de recuperação do devedor ou, a lei expressamente o autonomiza, um plano de saneamento por transmissão da empresa para uma ou mais sociedades (cfr. artigo 199.º). Para além destas três modalidades referidas na norma indicada, poderá ainda pensar-se num plano “misto”, que combine algumas das três hipóteses

tinado à recuperação do devedor só deverá ser admissível, no entanto, quando da massa faça parte uma empresa^{8 9}.

Como já disse acima, com a reforma de 2012, o legislador aparentemente pretendeu, aquando da insolvência de uma empresa, dar prevalência à sua recuperação em detrimento da sua liquidação. É isso que resulta, desde logo, da nova redação dada ao artigo 1.º, n.º 1, onde expressamente se afirma que apenas se deverá optar pela liquidação do património quando “não se afigure possível” a recuperação da empresa do devedor. Note-se, contudo, que para além do princípio programático afirmado neste artigo 1.º, n.º 1 (que é apenas, na verdade, um *wishful thinking*) e da alteração da designação do plano de insolvência – que se passa a designar plano de recuperação, quando vise a recuperação do devedor (cfr. o novo n.º 3 do artigo 192.º) –, o regime manteve-se basicamente inalterado, pelo que não se poderá afirmar que o CIRE tenha, com a Lei 16/2012, passado a consagrar para o devedor insolvente, um regime geral de primazia da recuperação sobre a liquidação do seu património¹⁰.

1. *Legitimidade e oportunidade.* A legitimidade para a apresentação de um plano de insolvência/recuperação está regulada no artigo 193.º que a atribui, entre outros, ao administrador de insolvência, ao próprio devedor ou a credores que representem, pelo menos, 20% da totalidade dos créditos não subordinados¹¹.

referidas. Assim, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 126, s.; MENEZES CORDEIRO, “Introdução ao direito da insolvência”, *O Direito*, 2005, p. 503, e SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 399. O regime português do plano de insolvência teve por fonte próxima o *Insolvenzplan* dos §§ 217 a 279 da *Insolvenzordnung* alemã, que, por sua vez, se inspirou no *Reorganization Plan* do Chapter 11 do *Bankruptcy Code* norte-americano.

8 Para o devedor singular, não titular de empresa, poderá recorrer-se a um instrumento alternativo, o plano de pagamentos, nos termos previstos nos artigos 251.º, s. (este regime é também aplicável ao pequeno empresário singular – cfr. artigo 249.º, 1, al. a)). Vide. artigos 1.º, 161.º, n.º 2, e 195.º, n.º 2, als. b) e c) e o artigo 250.º, que expressamente exclui a aplicação do regime previsto no Título IX (correspondente ao plano de insolvência) aos devedores não empresários. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 323, MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 296, SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 564, CATARINA SERRA, *O novo regime...*, p. 127, e ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 247. Assim também, Ac. TRC, de 28 de abril de 2010, disponível em <www.dgsi.pt>, com o n.º de processo 523/09.6TBAGD-C.C1, e Ac. TRP, de 21 de março de 2011, igualmente disponível em <www.dgsi.pt>, com o n.º de processo 306./09.3TBMBR.P1. Contra, considerando admissível a aplicação do plano de insolvência a um devedor não titular de empresa, vide CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2013, p. 927.

9 Onde, um plano de recuperação apresentado no caso de um devedor não empresário, não deverá ser homologado pelo juiz. Vide *infra* ponto III.2.

10 Vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 325, A. que ressalta o facto de a decisão sobre o caminho a seguir (recuperação ou liquidação) caber aos credores. Isso resulta também, de resto, à saciedade do simples facto de um único credor poder impedir a aprovação de uma medida de recuperação da empresa societária, desde que demonstre que a sua posição creditícia ficará mais gravosa com a aplicação da medida aprovada. Vide *infra* ponto III.4.

11 Têm ainda legitimidade para apresentar um plano de insolvência os responsáveis legais (e já não convencionais) pelas dívidas da insolvência. Vide, sobre esta noção, artigo 6.º, n.º 2. Será, p. ex., o caso dos sócios

Note-se que, tratando-se de sociedade comercial, a competência para a instauração do plano de insolvência passou, com o CIRE, a caber ao órgão de administração (cfr. artigo 19.º).

O CIRE não estabelece, por outro lado, um momento preciso e único para a apresentação do plano, pelo que esta, em princípio, poderá ocorrer até ao encerramento do processo.

Há, contudo, a este propósito que tomar em consideração algumas restrições que resultam da lei quanto ao momento em que o plano pode ser apresentado. Assim, a assembleia para aprovação do plano¹² (a chamada, por antonomásia, assembleia do plano) só poderá ter lugar depois da assembleia para a apreciação do relatório (assembleia do relatório¹³), do trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência e de esgotado o prazo para a impugnação dos credores reconhecidos – cfr. artigo 209.º.

Por outro lado, importa ter presente que, no caso de o proponente ser o próprio devedor, e caso este pretenda manter-se na administração do seu património, deverá apresentar o plano com a petição inicial ou obrigar-se a fazê-lo em prazo não superior a 30 dias, após a sentença de declaração da insolvência (cfr. artigos 24.º, n.º 3, 224.º, n.º 1, al. b) e 228.º, n.º 1, al. e), todos do CIRE); nada impedirá, no entanto, que o devedor apresente uma proposta de plano em momento processual posterior, se não desejar continuar com a administração dos seus bens.

Relativamente ao administrador de insolvência, o artigo 193.º estabelece que a assembleia de credores o pode encarregar da elaboração do plano, devendo, nessa hipótese, apresentá-lo no prazo que esta lhe fixar ou, na ausência de tal estipulação, em “prazo razoável”, o qual se deve considerar que corresponde ao prazo de sessenta dias previsto no artigo 156.º, n.º 4, al. a); o administrador de insolvência poderá, no entanto, por sua iniciativa e noutro momento processual, apresentar uma proposta de plano de insolvência.

de uma sociedade em nome coletivo, mas neste grupo de legitimação, já não se incluem, no entanto, a título pessoal, os gerentes ou administradores das sociedades.

12 Sendo apresentado plano de insolvência/recuperação, os credores terão sempre que ser chamados a reunir em assembleia para a aprovação do mesmo (cfr. artigo 209.º).

13 Assembleia a que alude o artigo 36.º, al. n) e 156.º e que se deve realizar entre o 45.º e o 60.º dia (este prazo foi encurtado pela Lei 16/2012) após a sentença declaratória da insolvência. Note-se que, podendo não haver lugar a assembleia do relatório (cfr., hoje, artigo 36.º, n.º 1, al. n), *in fine*), pode questionar-se se, neste caso, é ainda possível a apresentação de um plano, dado que este apenas pode ser aprovado numa assembleia que, de acordo com a norma referida em texto, só pode ter lugar depois de ocorrer a assembleia do relatório. Parece-nos, contudo, considerando o proclamado princípio da primazia da recuperação da empresa, que deverá, ainda assim, na hipótese em análise, ser possível a apresentação de um plano de recuperação.

Já quanto aos demais legitimados, o CIRE nada estabelece quanto ao momento para a apresentação do plano, pelo que o poderão apresentar “a todo o tempo no decurso do processo”¹⁴.

2 – *Aprovação e homologação do plano*. Cabe aos credores aprovar o plano de recuperação do devedor¹⁵, consagrando a lei, para este efeito, um quórum constitutivo e um quórum deliberativo (cfr. artigo 212.º). Assim, para que o plano possa considerar-se aprovado será necessário que na assembleia estejam presentes credores titulares, pelo menos, de um terço do total dos créditos com direito de voto (quórum constitutivo) e que o mesmo seja votado favoravelmente por mais de dois terços dos votos emitidos (quórum deliberativo), não se considerando como tal as abstenções¹⁶.

Há aqui que tomar em consideração que a cada euro ou fração corresponde um voto (artigo 73.º, n.º 1), sendo que, para este efeito – de aprovação do plano – é atribuído excecionalmente aos credores subordinados direito de voto (cfr. artigo 73.º, n.º 3). Havendo votos emitidos relativos a créditos subordinados¹⁷, o plano só se considerará aprovado se, para além do quórum deliberativo de dois terços acima referido, tiver ainda sido votado por mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados (cfr. artigo 212.º, n.º 1). Releve-se, por fim, que – ao invés do que se estabelecia no CPREF – não serão admitidos a votar os titulares de créditos que não sejam afetados pela parte dispositiva do plano, bem como os titulares de créditos subordinados, quando o plano decretar o perdão integral de todos os créditos de grau hierárquico inferior e “não atribuir qualquer valor económico ao devedor ou aos respetivos sócios” (cfr. artigo 212.º, n.º 2).

Aprovado o plano pelos credores pelas maiorias legalmente exigidas, ele deverá ser publicitado e depois homologado pelo juiz (cfr. artigos 213.º e 214.º)¹⁸. Nos termos do artigo 214.º, esta homologação só poderá ter lugar decorridos que sejam 10 dias após a assembleia que o aprovou ou a partir da publicação da deliberação, quando o plano tenha sido objeto de alterações na própria assembleia. Visa-se com esta solução, prima-

14 Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 749.

15 Note-se que o plano não tem de ser aprovado conforme a proposta apresentada. Esta pode ser alterada, podendo sê-lo inclusivamente na própria assembleia pelo proponente (cfr. artigo 210.º). Nada impedirá, contudo, que, na própria assembleia, outros façam sugestões de alteração ao plano, que o proponente poderá incorporar na sua proposta, sobretudo quando preveja que disso dependerá a aprovação do plano.

16 Trata-se de um regime semelhante ao previsto, para as SA, nos artigos 383.º, n.º 2 e 386.º, n.º 3 CSC.

17 Sobre a noção de créditos subordinados, vide artigo 48.º.

18 Note-se que o juiz não deve admitir a proposta de plano de insolvência apresentada – e, portanto, não a deve submeter à votação pelos credores –, nas situações previstas no artigo 207.º, nomeadamente em caso de “vícios insupríveis” (cfr. artigo 207.º, n.º 1, al. a)).

cialmente, permitir aos interessados (sócios, credores, etc.) solicitar a recusa de homologação, quando haja fundamento para tanto (cfr. artigo 216.º)¹⁹.

As medidas previstas no plano, uma vez este homologado, aplicar-se-ão a todos os créditos, independentemente de estes terem sido reclamados ou verificados²⁰ (cfr. artigo 217.º, 1)²¹. Por outro lado, a homologação, com trânsito em julgado, do plano de insolvência determina o encerramento do processo, a menos que no próprio plano se determine coisa diversa (cfr. artigo 230.º, n.º 1, al. b)). E com o encerramento do processo, por princípio, cessam as atribuições da comissão de credores e do administrador de insolvência (artigo 233.º, n.º 1, al. b)), recuperando o devedor os poderes de disposição dos seus bens (artigo 233.º, n.º 1, al. a))²², permitindo-se aos credores exercer os seus direitos contra o devedor, com as restrições e limitações constantes do plano (artigo 233.º, n.º 1, al. c)). Refira-se ainda que se o encerramento se fundar na aprovação do plano, o devedor ficará, por regra, exonerado das dívidas remanescentes²³, cujo pagamento não esteja previsto no dito plano (artigo 197.º, al. c))²⁴.

O juiz, porém, ainda que tenha admitido a apresentação do plano e ainda que este tenha sido aprovado pelos credores nos termos legalmente previstos, deverá recusar – em

19 Importa ter presente que a apresentação do plano não suspende automaticamente a liquidação do património do insolvente; é preciso que tal seja requerido e que o juiz atenda a tal pretensão (cfr. artigo 206.º). Aos credores é também atribuída a faculdade de, na assembleia do relatório, determinar a suspensão da liquidação e partilha da massa insolvente, quando o administrador seja incumbido de elaborar um plano de insolvência (cfr. artigo 156.º, n.º 3). Se tiver sido decretada a suspensão da liquidação e o plano de insolvência não vier a ser aprovado ou homologado cessa essa suspensão (cfr. artigos 156.º, n.º 4, al. b) e 206.º, n.º 3), e, consoante o caso, iniciar-se-á ou continuar-se-á a liquidação do ativo. Cfr. SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 449.

20 E, *il va sans dire*, ainda que os respetivos titulares não tenham votado favoravelmente a aprovação do plano.

21 Sublinhe-se que qualquer credor, titular de um crédito sobre a insolvência e qualquer que seja a sua natureza ou fundamento, para poder fazer valer e obter o pagamento do seu crédito à custa da massa insolvente tem o ónus de o reclamar (ainda que o seu crédito tenha sido já reconhecido noutra sede, nomeadamente por sentença proferida num outro processo judicial) – cfr. artigo 128.º, n.º 3. Note-se, no entanto, que, com o CIRE, ainda que o crédito não tenha sido reclamado tempestivamente (no prazo fixado na sentença de declaração da insolvência – cfr. artigo 128.º, n.º 1; sobre a verificação ulterior de créditos, vide artigo 146.º), poderá ainda assim ver reconhecido e verificado o seu crédito, porquanto o artigo 129.º, n.º 4 permite ao administrador reconhecer créditos não reclamados, nomeadamente quando constem da contabilidade do devedor ou sejam por outra forma do seu conhecimento – cfr. artigo 129.º, n.º 1. Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 545, s., SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 254, CATARINA SERRA, *O novo regime...*, p. 114, e MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, p. 240.

22 Tenha-se presente, porém, que no caso das sociedades comerciais – a menos que o plano preveja a sua continuidade –, após o rateio final e com o registo do encerramento do processo, a sociedade extingue-se (cfr. artigo 234.º, n.ºs 1 e 2). Caso o encerramento se fique a dever à insuficiência da massa insolvente, a liquidação prosseguirá administrativamente na conservatória do registo comercial (cfr. artigo 234.º, n.º 3).

23 Vide, porém, para o devedor pessoa singular, o regime jurídico da exoneração do passivo restante, previsto nos artigos 235.º, s.. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 764, consideram que, ainda que o devedor não tenha pedido a exoneração do passivo, poderá ver-se livre da responsabilidade pelo remanescente se tal constar do plano aprovado.

24 E lembre-se que, homologado o plano, as alterações nele constantes produzem efeitos relativamente a todos os credores, mesmo relativamente àqueles que não reclamaram e não viram reconhecidos os seus créditos no processo (cfr. artigo 217.º, n.º 1). O que significa que um credor que não tenha reclamado o seu crédito no processo, poderá, uma vez este encerrado, tentar cobrá-lo do devedor – caso este venha a estar *in bonis* –, mas ficando aquele seu crédito sujeito às modificações que resultaram do plano. Vide CATARINA SERRA, *O novo regime...*, p. 114.

certos casos oficiosamente e noutros quando tal lhe seja solicitado pelos interessados²⁵ – a sua homologação, precisamente porque apesar da enorme liberdade que o CIRE confere aos credores na conformação do conteúdo do plano de insolvência/recuperação, há limites que têm de ser observados.

3 – *A (ampla) liberdade de fixação do conteúdo do plano. Limites.* Diferentemente do que acontecia no CPEREF, onde se fixava um conjunto taxativo de medidas de recuperação (ainda assim com um âmbito bastante generoso), o CIRE consagra o princípio da liberdade de fixação do conteúdo do plano²⁶, estabelecendo um regime extremamente flexível nesta matéria, permitindo ao credores não apenas aprovar alguma das medidas previstas no Código, mas também adotar quaisquer outras medidas, ainda que as mesmas se afastem do regime que supletivamente o CIRE prevê²⁷.

Esta ampla liberdade, que é conferida aos credores na delimitação do conteúdo do plano, não é, porém, ilimitada ou absoluta. Há, na verdade, certas regras e limites que não podem deixar de ser observados sob pena de o plano não poder ser homologado pelo juiz. Irei agora referir-me às principais limitações colocadas pela lei quanto à liberdade dos credores no que respeita à adoção de medidas que possam estar especialmente relacionadas com a recuperação das sociedades comerciais.

4 – *O “best interest of creditors/shareholders test” (a recusa de homologação a pedido dos interessados).* Um dos limites colocados aos credores quanto à conformação do conteúdo do plano prende-se com aquilo que se costuma designar pelo *best interest of creditors/shareholders test*²⁸. Trata-se aqui de um exame, de um teste que é feito relativamente à situação patrimonial em que ficará um credor ou um sócio, caso o plano venha a ser aprovado²⁹. Assim, um credor ou sócio poderá solicitar ao juiz³⁰ que recuse a homologação do plano – desde que se tenha manifestado previamente contra a sua

25 Cfr. artigos 215.º e 216.º.

26 Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 745, e ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, p. 271.

27 Há de necessariamente ser este o sentido a atribuir à parte final do n.º 1 do artigo 192.º, pelo que a utilização da expressão “derrogação das normas” do CIRE, através das medidas aprovadas no plano, não é obviamente adequada. Assim também, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 746. E, portanto, daqui decorre que o conteúdo do plano não poderá, *ça va de soi*, violar normas legais imperativas.

28 Cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime...*, p. 130, s..

29 Este balanceamento e regime são igualmente aplicáveis aos interesses económicos do próprio devedor (estaremos nesta hipótese perante aquilo que se poderá designar pelo *best interest of debtor test*).

30 E terá de o fazer para que o plano não venha a ser homologado, porque esta é uma causa de recusa de homologação que não é de conhecimento oficioso – cfr. artigo 216.º.

aprovação³¹ –, conquanto demonstre razoavelmente (“em termos plausíveis”) que a sua situação ficará pior do que aquela que para ele resultaria da não aprovação do plano³² (cfr. artigo 216.º, n.º 1 al. a)³³). Ou seja, um único credor ou sócio poderá impedir a homologação do plano, desde que demonstre que a sua posição creditícia se tornará mais gravosa com as medidas aprovadas no dito plano, o que demonstra à evidência que a recuperação e a conservação da empresa não prevalecem sobre os interesses particulares de cada credor³⁴.

Em todo o caso, a lei prevê que, se cumulativamente se adotarem as medidas previstas no artigo 216.º, n.º 3, o interessado – ainda que prove inequivocamente que ficará numa situação mais desvantajosa com o plano aprovado – não poderá obstar à sua homologação³⁵.

5 – *A recusa oficiosa de homologação do plano.* Há, no entanto, situações em que o juiz deverá oficiosamente não homologar o plano. Trata-se do regime que se encontra previsto no artigo 215.º. De acordo com esta norma, a não homologação *ex officio* deverá assentar apenas num juízo de legalidade, podendo fundar-se em vícios de procedimento, quando a violação em causa não seja “negligenciável”³⁶ ou em vícios de conteúdo, e, neste caso, “qualquer que seja a natureza” da norma violada^{37, 38}.

31 Tal já não será necessário, no entanto, se o plano tiver sido alterado na assembleia e o credor não tiver estado presente na mesma (cfr. artigo 216.º, n.º 2).

32 “Designadamente face à situação resultante de acordo já celebrado em procedimento extrajudicial de regularização de dívidas”, foi acrescentado à parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 216.º, pelo DL 282/2007, de 7 de agosto.

33 O artigo 216.º, n.º 1 al. b) estabelece ainda, como causa justificativa para a não homologação do plano, a demonstração de que com a aprovação deste se proporciona a um credor um valor económico superior ao valor nominal do seu crédito. Vide também o disposto no n.º 4 deste artigo 216.º.

34 Assim, também CATARINA SERRA, *O novo regime...*, p. 131.

35 Este regime não se aplica, porém, aos credores garantidos ou privilegiados, conforme resulta do *caput* do n.º 3 do artigo 216.º.

36 Ter-se-á pretendido com esta redação evitar que vícios de procedimento “menores” (cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 825) possam determinar a não homologação do plano. Resta, no entanto, agora ao intérprete determinar e densificar o que se deve entender por “violação não negligenciável” de regras procedimentais. Parece-me que aqui se devem abranger aqueles vícios de procedimento que têm influência no resultado alcançado: pense-se, p. ex., no errado apuramento dos quóruns necessários para que o plano se considerasse aprovado.

37 Há autores que consideram que, também quanto aos vícios de conteúdo, só a violação não negligenciável deve justificar a recusa de homologação; i. é, a existência de vícios “menores”, no que respeita ao conteúdo do plano, não deve ser motivo de recusa de homologação. Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 825.

38 Note-se, por outro lado, que se no plano aprovado tiverem sido estabelecidas condições suspensivas, ele só poderá ser judicialmente homologado depois de tais condições estarem verificadas (cfr. artigo 201.º, n.º 1). Se tais condições não forem cumpridas – no prazo que o juiz razoavelmente entenda fixar para o efeito – deverá ser também recusada a homologação. As condições resolutivas não são, em princípio, admitidas, salvo no caso previsto no artigo 218.º, 3 – cfr. artigo 201.º, n.º 3 e SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 426.

Tenha-se, contudo, presente que se o tribunal vier a homologar o acordo, apesar da verificação de uma causa oficiosa de recusa da homologação, os interessados deverão recorrer dessa decisão sob pena de ela se consolidar juridicamente³⁹.

Vejamos algumas das situações de recusa oficiosa, no que tange às sociedades comerciais.

6 – *As operações de fusão e cisão*. O CSC estabelece expressamente que, a partir da instauração do processo de insolvência, a sociedade não poderá ser objeto de um processo de fusão (artigo 97.º, n.º 3 CSC) ou de cisão (*ex vi* artigo 120.º CSC⁴⁰). Donde, no plano não se poderá prever qualquer uma destas formas de reestruturação como medida para a recuperação da empresa societária, sob pena de tal ser causa de recusa de homologação, oficiosa, por parte do juiz.

7 – *O princípio “par conditio creditorum”*. Um dos princípios fundamentais que preside ao processo de insolvência é o princípio da igualdade de tratamento dos credores (cfr. artigo 194.º)⁴¹, o qual, por isso, deverá ser respeitado no plano. Este não é, porém, um princípio absoluto. Ele pode ser afastado mediante consentimento do(s) credor(es) afetado(s) – o qual se considera tacitamente prestado, caso o credor prejudicado tenha votado favoravelmente o plano (cfr. artigo 194.º, n.º 2, *in fine*) – ou quando tal afastamento seja justificado por “razões objetivas” (cfr. artigo 194.º, n.º 1, *in fine*).

Se a desigualdade de tratamento não se fundar em nenhuma das duas hipóteses referidas, o juiz deverá recusar oficiosamente a homologação do plano⁴².

8 – *O aumento do capital social*. O CIRE consagra expressamente, no seu artigo 198.º, algumas medidas específicas de recuperação para as sociedades comerciais, que irei ago-

39 Vide neste sentido, a propósito da violação do princípio da igualdade de tratamento dos credores, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 754.

40 Em sentido diferente, admitindo que a proibição não se aplica à cisão, vide PAULO OLAVO CUNHA, “Providências específicas do plano de recuperação de sociedades”, *I Congresso de direito da insolvência*, Almedina, 2013, p. 133.

41 Note-se que a lei tem o cuidado de afirmar que qualquer acordo extraprocessual que não respeite este princípio da igualdade de credores será considerado nulo (cfr. artigo 194.º, n.º 3).

42 Poderia pensar-se, atenta a possibilidade de ser consentido o tratamento desigual, que a recusa de homologação só deveria ser determinada pelo juiz quando isso lhe fosse solicitado pelo interessado. Não é, no entanto, essa a solução da lei (esta hipótese não está prevista no artigo 216.º) e a importância deste princípio justifica aquele controle oficioso por parte do juiz. Note-se, contudo, que se o plano vier a ser homologado, deverá o credor afetado recorrer daquela decisão de homologação, pois caso não o faça, e uma vez transitada em julgado a decisão, as medidas constantes do plano impor-se-ão também aos credores prejudicados. Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 754.

ra abordar⁴³. Uma dessas providências específicas destinadas às sociedades comerciais é a possibilidade de os credores, no âmbito do plano de insolvência, deliberarem a realização de um aumento de capital (cfr. artigo 198.º, n.º 2, al. b))⁴⁴. Trata-se de um regime que não é, neste aspeto, inovador relativamente ao direito pregresso, uma vez que já o CPEREF estabelecia tal possibilidade como uma das medidas possíveis para a reestruturação financeira da empresa (cfr. artigo 88.º, n.º 2, al. a) CPEREF).

Constituindo sempre o aumento de capital uma alteração do pacto social, deve, contudo, entender-se que, neste caso não tem aplicação o regime do artigo 198.º, n.º 5 relativo aos requisitos previstos para alteração dos estatutos⁴⁵. Tenha-se, por outro lado, presente que no aumento de capital social deliberado pelos credores terá de ser observado o disposto no artigo 201.º, n.º 2⁴⁶, sob pena de o tribunal dever recusar oficiosamente a homologação do plano.

Esta atribuição, aos credores de uma sociedade insolvente, do poder para deliberar uma operação de modificação do capital social afasta-se da regra de direito societário, em que a competência deliberativa sobre a matéria cabe aos sócios (cfr. artigo 85.º CSC). Tratando-se embora de uma solução discutível, nada impede que a norma de direito insolvencial possa, em princípio, afastar o regime do CSC, uma vez que, como é sabido, perante duas normas de grau hierárquico idêntico – como é o caso das normas que constam do CSC e do CIRE, ambos Decretos-Lei emanados do Governo – prevalece a mais recente⁴⁷, que *in casu*, é a do CIRE⁴⁸.

43 Irei aqui analisar apenas as providências previstas para as sociedades de capitais (SA e SQ). O artigo 198.º, n.º 2, als. f) e g) e n.º 6 prevê ainda medidas pensadas exclusivamente para as sociedades em nome coletivo e em comandita que aqui, no entanto, me dispensarei de referir.

44 Note-se que o artigo 198.º, n.º 1 prescreve expressamente que o plano pode ficar condicionado à aprovação, pelos órgãos competentes da sociedade, de certas medidas que não se traduzam em meros atos de disposição. Daqui não resulta, importa sublinhá-lo, que os credores não possam aprovar, no plano, medidas que passem pela alienação do património societário. Pelo contrário, o que se pretende é atribuir aos credores o poder para adotar medidas que possam não consistir em atos de disposição de bens da sociedade. Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 768. Desta norma já resulta, no entanto, que se poderá expressamente estabelecer que a aprovação do plano ficará dependente, p. ex., da aprovação de uma deliberação de aumento de capital por parte da coletividade dos sócios. Não é, porém, essa a hipótese de que se cuida em texto; o que ali está em causa é a aprovação da operação de aumento de capital por parte dos credores.

45 Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 419.

46 O artigo 201.º, n.º 2 estabelece que, em caso de aumento de capital, deve a subscrição das participações sociais ocorrer anteriormente à homologação, assim como a realização integral das entradas em dinheiro, mediante depósito à ordem do administrador da insolvência, bem como a emissão das declarações de que se transmitem as entradas em espécie e a verificação do valor destas pelo revisor oficial de contas designado no plano.

47 Vale o brocardo: *lex posterior derogat legi priori*. Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 166, s..

48 A idêntica conclusão se chegará, tomando em consideração que a norma do CIRE se traduz em lei especial relativamente ao regime regra do CSC. E como é igualmente sabido, *lex specialis derogat legi generali*. Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito...*, p. 170.

Esta matéria assume, no entanto, contornos diferentes no que respeita às SA⁴⁹, uma vez que o regime destas tem que estar de acordo e em conformidade com o disposto na Diretiva do Capital⁵⁰, a qual, no seu artigo 29.^º⁵¹, regula expressamente esta matéria. Aí se estabelece, de forma imperativa, que a competência para aumentar o capital social apenas pode ser atribuída à assembleia geral e, quando autorizada, a outro órgão da sociedade⁵². Na verdade, o n.º 1 da norma referida estatui expressamente que “*qualquer aumento* do capital deve ser deliberado pela assembleia geral”, permitindo o n.º 2 que os sócios, no ato constitutivo ou por mera deliberação, possam atribuir, sob certas condições, essa competência a outro “órgão da sociedade” (a sinalização enfática é nossa). A situação aqui em análise, prevista no CIRE – a atribuição de competência aos credores sociais para deliberar um aumento de capital⁵³ –, manifestamente não se enquadra na previsão da referida norma do artigo 29.^º da Diretiva do Capital, pelo que ela consubstancia, assim nos parece⁵⁴, uma violação clara e manifesta do direito comunitário que regulamenta esta matéria, visando a sua harmonização nos ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados-membros⁵⁵.

De resto, o TJUE teve já oportunidade de se debruçar especificamente sobre esta temática, nomeadamente nos Acs. Karella e Karellas⁵⁶ e Syndesmos Melon⁵⁷, tendo sido extremamente cristalino a este respeito. De facto, reconhecendo o efeito direto do artigo

49 As únicas a que, no ordenamento jurídico português, se dirige a Diretiva do Capital.

50 A Diretiva do Capital correspondia originariamente à chamada Segunda Diretiva sobre sociedades: Diretiva do Conselho n.º 77/91/CEE de 13 de dezembro de 1976, publicada no JO n.º L 26/1, de 31 de janeiro de 1977. Esta Diretiva foi recentemente revogada e substituída pela Diretiva n.º 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, publicada no JO n.º L 315/74, de 14 de novembro de 2012, que, contudo, no essencial, manteve o regime que já constava da Segunda Diretiva.

51 Norma que corresponde ao artigo 25.^º da precedente Segunda Diretiva.

52 Que, no caso português, se estatuiu que fosse o órgão de administração (cfr. artigo 456.^º CSC).

53 É uma solução que, de resto, não se encontra consagrada nas leis estrangeiras nas quais a nossa se inspirou (a *Insolvenzordnung* alemã, de 1994, e a *Ley Concursal* espanhola, de 2003). Cfr. COUTINHO DE *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 336, nt 844.

54 Neste sentido, vide também M^a. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Coimbra, Almedina, 2002, p. 243, s., que se pronunciava sobre o regime vigente no CPEREF; e COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 336, A. que, debruçando-se sobre o CIRE, sublinha a necessidade da alteração do artigo 198.^º (propondo que a alteração não se restrinja às SA – cfr. p. 337, nt 846); e SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 419.

55 Note-se, porém, que esta questão já foi apreciada pelos nossos tribunais que, ignorando o regime comunitário aplicável sobre a matéria, consideraram lícita a atribuição desta competência aos credores sociais, para deliberar o aumento de capital. Cfr., na vigência do CPEREF, Ac. TRC, de 21 de abril de 1998, *CJ*, 1998, II, pp. 48 ss.; e Ac. STJ, de 29 de junho de 2000, que se pode ver em <www.dgsi.pt>, com o n.º convencional JSTJ00040756, e, mais recentemente, já na vigência do CIRE, Ac. TRL, de 21 de janeiro de 2014, que se pode ver em <www.dgsi.pt>, processo n.º 4843/10.9TBFUN-H.L1-7.

56 Ac. Marina Karella e Nikolaos Karellas contra OAE, de 30 de maio de 1991, Proc. C-19/90 e C-20/90, *CJ-TJCE*, 1991, I, pp. 2691 ss.

57 Ac. Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias contra o Estado helénico, de 24 de março de 1992, Proc. C-381/89, *CJ-TJCE*, 1992, I, pp. 2111 ss.

29.º, n.º 1 da Diretiva do Capital e constatando que o direito comunitário não prevê – ao contrário do que sucede com outras normas daquela Diretiva⁵⁸ – a possibilidade da sua derrogação⁵⁹, firmou jurisprudência no sentido de que esta norma impede um Estado-membro de manter em vigor legislação⁶⁰ que permita – mesmo em situações consideradas especiais ou excecionais⁶¹ – que um aumento de capital possa ser decidido independentemente de uma deliberação da assembleia geral dos acionistas⁶².

Acresce que, mais tarde, o Estado grego – tendo já presente a jurisprudência do Tribunal acima referida e em defesa da sua legislação que permitia a um órgão administrativo, num processo de recuperação de empresa, deliberar um aumento de capital – veio invocar que, em tal situação, a oposição de um sócio a esse aumento consubstanciaria um abuso de direito, uma vez que ele saiu beneficiado com a operação e que, caso o desejasse, sempre poderia manter o seu *status socii* inalterado, exercendo o direito de preferência na subscrição do aumento. Contrariando esta argumentação, o TJUE decidiu, de forma categórica, que a conduta do sócio, que impugna um aumento de capital não deliberado pela assembleia geral – com fundamento na violação do disposto no artigo 29.º da Diretiva do Capital –, não poderá, por esse simples facto, ser considerada abusiva⁶³.

Por isso, se no caso de uma SA, for apresentada uma proposta de plano que passe por um aumento de capital social deliberado pelos credores, o juiz não deverá admitir tal plano ou, tendo-o admitido, deverá oficiosamente recusar a sua homologação, por tal consubstanciar uma violação do disposto na Diretiva do Capital⁶⁴. Se, nestas condições, o plano vier a ser homologado poderão os sócios recorrer, nomeadamente para o TJUE ao abrigo da figura do reenvio prejudicial⁶⁵.

58 Cfr. artigos 21.º, n.ºs 2 e 3, 44.º, n.º 2, 45.º, n.º 2 e 47.º, n.º 2 da Diretiva do Capital (Diretiva 2012/30/UE).

59 Salvo no caso excecional previsto no artigo 45.º, n.º 1 Diretiva do Capital (correspondente ao anterior artigo 41.º, n.º 1 da Segunda Diretiva), na medida em que essa derrogação seja necessária para favorecer a participação de trabalhadores ou outra categoria de pessoas no capital da empresa.

60 Como era o caso da legislação grega.

61 Em ambos os casos sujeitos à apreciação do Tribunal, tratava-se de um aumento de capital que havia sido decidido por um órgão administrativo, no âmbito de um processo que visava a recuperação económico-financeira da empresa. Note-se que o TJUE considerou esta solução contrária ao direito comunitário, ainda que a mesma tenha por “objectivo assegurar a sobrevivência e a continuação da actividade de empresas que têm uma particular importância do ponto de vista económico e social para a colectividade” e ainda que se garanta o direito de preferência dos sócios na subscrição do aumento. Cfr. parte decisória do Ac. Karella e Karellas, pp. 2721 e do Ac. Syndesmos Melon, p. 2148.

62 Vide Ac. Karella e Karellas, pp. 2717-2728, e Ac. Syndesmos Melon, pp. 2145-2146.

63 Cfr. Ac. Dionysios Diamantis e Estado helénico, de 23 de Março de 2000, Proc. C-373/97, *CJ-TJCE*, 2000, I, pp. 1705 ss.; e Ac. Alexandros Kefalas e Estado helénico, de 12 de Maio de 1998, Proc. C-367/96, *CJ-TJCE*, 1998, I, pp. 2843 ss., que podem ler-se em <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt>>.

64 Assim, também COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, vol. I, p. 336.

65 Os acórdãos do TJUE referidos em texto foram precisamente tirados ao abrigo da figura do reenvio prejudicial.

9 – *A eliminação do direito de preferência*. Verdadeiramente inovadora – e absolutamente surpreendente! – é a possibilidade ora conferida aos credores para, em qualquer aumento de capital⁶⁶, afastar o direito legal de preferência dos sócios na subscrição do mesmo, regra que se encontra expressamente consagrada entre nós para as SA e SQ (cfr. artigo 266.º CSC para as SQ e artigo 458.º para as SA). É uma solução para a qual não vislumbramos qualquer fundamento plausível. Com efeito, importa lembrá-lo, com este regime não se está a permitir afastar os sócios da gestão societária – o que seria compreensível e admissível⁶⁷ –, mas sim a afastá-los, em favor de terceiros, da possibilidade de injetarem capital (*e.g.*, dinheiro) na própria sociedade, com vista à recuperação desta⁶⁸. Estamos, efetivamente, perante uma opção legislativa injustificada e injustificável, ainda que se tenha presente que o direito de preferência dos sócios na subscrição do aumento de capital apenas poderá ser excecionalmente afastado nas duas hipóteses previstas no artigo 198.º, n.º 4. Com efeito, o CIRE, nesta norma, apenas autoriza que a eliminação do direito de preferência tenha lugar quando o capital tenha sido zerado (o que só é possível quando as participações sociais não tenham qualquer valor⁶⁹) ou quando esta medida “não acarrete desvalorização das participações sociais que os sócios conservem” (cfr. artigo 198.º, n.º 4, al. b)). Esta é, no entanto, uma situação que não vislumbramos quando possa ocorrer. Na verdade, é dos livros que a não subscrição do aumento por parte do sócio implica sempre uma diluição e desvalorização da sua participação social⁷⁰.

Note-se, por outro lado, que no CSC apenas é atribuído aos quotistas e acionistas o direito de subscrição preferente nos casos de aumento de capital por novas entradas em dinheiro, pelo que neste diploma não se coloca o problema do afastamento da preferência nos aumentos de capital por novas entradas em espécie. No âmbito da insolvência, contudo, para além do mais porque o CIRE não distingue entre estas duas modalidades de aumento (cfr. artigo 198.º, n.º 4), deve entender-se que os sócios só poderão ser afastados de concorrer a qualquer aumento de capital (por entradas em dinheiro ou em espécie), quando se verificar o disposto no n.º 4 do artigo 198.º⁷¹. Assim, p. ex., fora do quadro legal da norma referida, um aumento de capital por conversão de créditos por

66 Incluindo, portanto, o aumento realizado por novas entradas em dinheiro, relativamente ao qual o CSC expressamente atribui um direito legal de preferência aos sócios na respetiva subscrição (cfr. artigos 266.º CSC para as SQ e 458.º para as SA).

67 Vide, no entanto, o regime previsto para esta situação no artigo 198.º, n.º 2, al. e) e n.º 5.

68 ¿Terá o legislador considerado que o dinheiro dos credores tem uma cor ou um valor diferente do dos sócios?

69 Vide *infra* ponto III, 11.

70 Em sentido idêntico, veja-se COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 335.

71 No mesmo sentido, vide CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência ...*, p. 771. Com posição contrária, veja-se, porém, SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 419, considerando que o artigo 198.º, n.º 4 não pode ser desligado do artigo 198.º, n.º 2, al. b)), que se refere apenas à eliminação do direito de preferência que esteja estatutária ou legalmente previsto.

parte dos credores só poderá ter lugar quando os sócios não pretendam subscrever um correspondente aumento, através da realização de novas entradas em dinheiro.

Esta eliminação do direito de preferência por parte dos credores – no que respeita a aumentos de capital por novas entradas em dinheiro, nas SA – levanta igualmente o problema da sua conformidade com o direito comunitário, em termos semelhantes aos que acima foram referidos para a deliberação de aumento do capital, devendo, por isso, ficar sujeito a regime idêntico⁷². Com efeito, tratando-se de uma SA, também a eliminação, por parte dos credores, do direito de preferência dos acionistas no aumento de capital por entradas em dinheiro se traduz numa solução contrária ao regime comunitário previsto na Diretiva do Capital⁷³, que apenas admite que tal competência possa ser atribuída aos sócios ou ao órgão da sociedade autorizado a decidir o aumento de capital⁷⁴, que, entre nós, é o órgão de administração.

10 – *A conversão de créditos em capital*. O CIRE expressamente prevê a possibilidade de conversão de créditos em capital (cfr. artigo 198.º, n.º 2, al. b)). Trata-se de matéria que é objeto de um regime complexo e difícil em direito societário⁷⁵. No âmbito insolvencial, a lei não é clara sobre se é possível levar automaticamente um crédito a capital, pelo seu valor nominal (sem necessidade de uma avaliação do mesmo por parte de um ROC, como é imposto no regime do CSC). Na verdade, o artigo 198.º, n.º 2, al. b) CIRE refere-se a “conversão de créditos em participações sociais”, induzindo uma resposta afirmativa⁷⁶. No entanto, é também desta norma que se retira a conclusão de que o crédito se traduz numa entrada em espécie⁷⁷, estabelecendo-se depois no artigo 201.º, n.º 2 *in fine* que o valor das entradas em espécie deve ser objeto de verificação pelo ROC nomeado no plano.

72 Neste sentido, vide também SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 419, s.

73 O artigo 33.º, n.º 1 da Diretiva do Capital (correspondente ao anterior n.º 1 do artigo 29.º da precedente Segunda Diretiva) expressamente estabelece que “em todos os aumentos de capital subscrito por entradas em dinheiro, as ações devem ser oferecidas com preferência aos acionistas (...)”. O artigo 33.º, n.º 2 ressalva algumas situações em que o direito de preferência poderá ser afastado, mas nelas não se inclui a hipótese de insolvência da sociedade, ora em apreço.

74 Cfr. artigo 33.º, n.ºs 4 e 5 da Diretiva do Capital.

75 Vide TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 223, s..

76 Vide também, a propósito, o disposto no artigo 216.º, n.º 3, al. a). Tenha-se, contudo, presente que esta norma refere a conversão dos créditos em capital na “proporção” dos respetivos valores nominais e não na medida desses valores. O que significa que o valor das participações atribuídas aos credores – desde que se respeite a proporcionalidade entre eles – poderá ser inferior ao valor nominal dos respetivos créditos, em resultado nomeadamente da avaliação que dos mesmos seja feita pelo ROC, nos termos estabelecidos no CSC.

77 A norma refere-se apenas a entradas em dinheiro e em espécie e por exclusão de partes, um crédito inclui-se nesta última categoria (uma vez que, *il va sans dire*, o crédito não é dinheiro).

Em qualquer caso, a conversão dos créditos em capital dependerá, em regra, da anuência – que deverá, em princípio, ser prestada por escrito⁷⁸ –, dos respetivos titulares (cfr. artigo 202.º, n.º 2, *in fine*)⁷⁹.

Não sendo observado este regime para a conversão de créditos em capital – nomeadamente a falta de avaliação por parte do ROC ou a falta do consentimento individual de cada credor –, isso justificará também a recusa oficiosa de homologação por parte do juiz da medida aprovada.

11 – *A redução de capital. O “zeramento” do capital e a operação harmónio.* Outra medida específica prevista para as sociedades comerciais no CIRE é a possibilidade da redução do capital social para cobertura de prejuízos⁸⁰, o qual poderá inclusivamente passar pela sua redução a zero. Esta operação de zeramento – ou, ainda, sempre que a redução seja efetuada para um valor inferior ao capital social mínimo legalmente exigido – implicará necessariamente a realização da designada operação harmónio: i.é, à redução deverá seguir-se um aumento de capital⁸¹, de forma a que a cifra deste alcance a exigência legal para o tipo societário em causa⁸².

Importa sublinhar que no CIRE – ao contrário do que ocorria no CPEREF – se teve o cuidado de prescrever que o zeramento do capital só será possível “se for de presumir” que na liquidação da sociedade não haveria qualquer *residual value* a atribuir aos sócios (cfr. artigo 198.º, n.º 3), i.é, quando as participações sociais daquela sociedade não têm qualquer valor. Doutro modo, de facto, aquela solução seria inconstitucional por permitir a “expropriação” de um bem sem a justa compensação (em violação, portanto, do artigo 62.º da Constituição). Deve, por isso, entender-se que o zeramento só será possível quando o valor das participações seja efetivamente nulo⁸³. Por outro lado, a norma refere que a redução deve, nesta hipótese, ser “acompanhada” do aumento de capital. Não

78 Efetivamente, a anuência poderá não resultar de forma expressa por escrito, já que, por força da remissão da parte final do artigo 202.º, n.º 2, o consentimento considera-se tacitamente prestado com o voto favorável por parte do(s) credor(es) em causa.

79 Note-se que, tratando-se de créditos comuns ou subordinados, poderá ser dispensado o consentimento, nos termos previstos no artigo 203.º.

80 Sobre a redução do capital social, pode ver-se TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 514, s..

81 Não se deve aqui considerar aplicável o prazo de 60 dias previsto, para a operação análoga, no artigo 95.º, n.º 2 CSC: o aumento de capital terá apenas obrigatoriamente que ocorrer antes da homologação do plano (cfr. artigo 201.º, n.º 2). Mas o aumento deve ficar sujeito ao regime previsto no artigo 198.º para esta operação. Cfr. SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 417.

82 É uma questão que atualmente apenas se colocará para as sociedades anónimas e em comandita por ações, uma vez que a lei não prevê capital social mínimo para as sociedades em nome coletivo e o capital exigido para as sociedades por quotas é, hoje, absolutamente irrisório (cfr. a redação atual do artigo 201.º CSC).

83 De resto, se assim não suceder, o sócio poderá, em princípio, obstar à homologação do plano através do *best interest of shareholders test* (cfr. artigo 216.º, n.º 1, al. a)).

nos parece, contudo, que daqui resulte que o aumento tenha que ser contemporâneo da redução, até porque tal poderia dificultar muito a realização da operação. No entanto, e para que não ocorra um vazio na estrutura societária, deve considerar-se, aqui, aplicável o regime previsto no artigo 95.º, n.º 2 CSC: a redução deve ficar condicionada à realização do aumento de capital⁸⁴.

No que respeita às SA, também esta solução de atribuição da competência aos credores para, no âmbito do plano de insolvência, deliberar a redução – incluindo a redução a zero – do capital (cfr. artigo 198.º, n.º 2, al. a)) é de muito duvidosa conformidade com o regime comunitário⁸⁵. Apesar de tudo, no entanto, a questão apresenta diferenças relativamente à operação de aumento de capital decidida pelos credores. Com efeito, a deliberação do aumento de capital é uma competência exclusiva e absoluta dos sócios (cfr. artigo 29.º da Diretiva do Capital). Diferentemente, o artigo 34.º da Diretiva do Capital⁸⁶, atribuindo, como regra, à assembleia geral a competência para deliberar a redução, ressalva contudo a hipótese de a operação ser “ordenada por decisão judicial”. Ora, no caso em apreço, apesar de a decisão ser aprovada pelos credores, ela deverá ser homologada judicialmente⁸⁷, pelo que se poderá entender que tal medida fica a coberto da exceção prevista no referido artigo.

12 – A alteração dos estatutos ou dos membros dos órgãos sociais e a transformação da sociedade. O artigo 198.º prevê ainda outras medidas especificamente aplicáveis às sociedades de capitais: trata-se da alteração dos estatutos ou dos membros dos órgãos sociais e a transformação da sociedade (cfr. artigo 198.º, n.º 2, als. c) a e)).

Nos termos do artigo 198.º, n.º 5 CIRE, qualquer uma destas medidas só poderá ser aprovada pelos credores quando se verifique, alternativamente, uma de duas situações:

- a) quando o capital tenha sido reduzido a zero (o que só é possível quando o valor das participações sociais é nulo⁸⁸) ou tenham sido excluídos do grémio social todos os sócios – cfr. corpo do artigo 198.º, n.º 5; ou
- b) quando se verifiquem cumulativamente duas condições:

84 Note-se que para qualquer uma das medidas operações de variação do capital – aumento e/ou redução – será título bastante a sentença homologatória (cfr. artigo 217.º, n.º 3, al. b)).

85 No sentido de que este regime viola o direito comunitário, vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 336, e SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 417.

86 Norma correspondente ao anterior artigo 30.º da precedente Segunda Diretiva.

87 Cfr. artigo 214.º.

88 Cfr. *supra* ponto III, 11.

- i) o plano inclua um aumento de capital destinado a não sócios; e
- ii) com o aumento de capital os credores e terceiros passem a ser titulares da maioria do capital exigida para a aprovação daquelas operações.

Trata-se de um regime com o qual se visa assegurar que estas mudanças estruturais da vida societária só serão possíveis, quando os sócios percam a maioria do capital e o controlo da sociedade⁸⁹. Se este regime não for observado no plano, isso justificará uma vez mais que o juiz recuse oficiosamente a respetiva homologação.

III – O plano de revitalização (o PER)

Com a reforma do CIRE operada pela Lei 16/2012, de 20 de abril, foi criado o processo especial de revitalização (PER)⁹⁰, que consiste num mecanismo judicial mas pré-insolven- cial de reestruturação de empresas em crise. Já referi acima⁹¹ as vantagens desta solução – cuja finalidade assumida é a de promover e facilitar a recuperação do devedor – relati- vamente a um plano aprovado no processo de insolvência.

Irei de seguida analisar, pelo enfoque que me foi proposto – o dos limites à autono- mia privada – o regime deste processo de revitalização de empresas, em especial das empresas societárias⁹².

A primeira nota que aqui importa referir é que, ao contrário do que sucede no pro- cesso de insolvência em que o plano e as medidas de recuperação são aprovadas pelos credores – ainda que contra a vontade do devedor –, no PER, o plano de reorganização (ou, se se preferir, de revitalização) passa sempre por um acordo entre o devedor e os seus credores, conforme resulta expressamente do artigo 17.º-A, n.º 1.

Aqui e agora, interessa relevar que, estando em causa um acordo, muitos dos proble- mas que se colocam quanto aos limites à autonomia privada (e à sua violação) na apro- vação de um plano de recuperação no processo de insolvência, a que atrás fiz referência, não se levantam nesta sede, porquanto qualquer medida de recuperação que venha a

89 Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 773.

90 Através do aditamento dos artigos 17.º-A a 17.º-I ao CIRE.

91 Cfr. *supra* ponto II.

92 Note-se que apesar de a letra da lei não fazer tal distinção, há, entre nós, doutrina autorizada (assim, CAR- VALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 143.) que entende o regime do PER (artigos 17-A a 17-I do CIRE), apenas se deve aplicar a empresas. Tenho dúvidas que esta seja a solução que resulta da lei, desde logo porque como é sabido, onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir. Com posição idêntica, vide SOVERAL MARTINS, “O P.E.R. (processo especial de revitalização)”, *Ab Instantia*, ano 1, abr.2013, p. 19, nota 3. Em todo o caso, é inquestionável que este novo regime do PER cobrará sobretudo sentido para devedores empresários.

ser aprovada terá sempre que contar com a anuência e a vontade concorrente do devedor. As maiores limitações neste processo, e no que tange às sociedades comerciais, poderão sobretudo colocar-se relativamente à competência e intervenção do órgão social que deve prestar o consentimento relativamente a cada uma das diferentes medidas que podem ser adotadas no plano, bem como à eventual violação do princípio da igualdade de tratamento de credores.

Antes de se proceder a essa análise, convém, no entanto, para a plena compreensão do regime, fazer uma breve abordagem de alguns dos aspetos mais relevantes do PER.

1 – *As duas modalidades do processo: PER judicial e PER extrajudicial.* A lei prevê duas modalidades de PER. A prevista nos artigos 17.º-A a 17.º-H, em que se estabelece um procedimento que se traduz num processo negocial entre o devedor e respetivos credores que decorre sob a alçada judicial e que, por facilidade de exposição, se pode designar, embora com pouco rigor⁹³, como PER judicial (ou PER alcançado no âmbito do processo judicial); e a prevista no artigo 17.º-I, em que se estabelece a possibilidade de ser apresentado ao juiz, para homologação, um acordo extrajudicial de recuperação, já fechado, e que se pode agora designar, por contraposição à designação atribuída à outra modalidade, como PER extrajudicial. A vantagem desta segunda modalidade de PER é a de o devedor ficar muito menos sujeito a exposição pública do que com a primeira modalidade.

Porque o regime do PER mediante acordo extrajudicial remete em grande medida para o PER no âmbito do processo, irei sobretudo referir-me a este último, sem deixar de dar nota das mais importantes diferenças de regime, no caso do PER resultante de acordo extrajudicial.

2 – *Legitimidade ativa e requisitos objetivos: situação económica difícil ou insolvência iminente e recuperabilidade. Responsabilidade pelo recurso indevido ao PER.* O PER poderá ser requerido pelo devedor – e só por este –, devendo, no entanto, para o efeito, contar com a colaboração e anuência de, pelo menos, um credor (cfr. artigo 17.º-C, 1). No caso das sociedades comerciais, por analogia com o previsto para o processo de insolvência (cfr. artigo 19.º), compete ao órgão de administração avançar para o PER.

Por outro lado, o PER apenas poderá ser requerido quando se verificarem cumulativamente dois requisitos:

- a) estar o devedor em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente; e,

93 Uma vez que também na outra modalidade do PER há intervenção judicial, embora mais reduzida, destinada quase só à homologação do acordo alcançado extrajudicialmente.

b) a situação do devedor ser suscetível de recuperação

Trata-se de regime que necessita de alguns esclarecimentos. Assim,

a) a situação de insolvência iminente estava já prevista no CIRE, permitindo ao próprio devedor requerer, nessa situação, a sua insolvência.

A situação de insolvência iminente abre, pois, hoje, duas portas ao devedor: requerer um PER ou a sua declaração de insolvência.

A lei não contém uma noção do que seja esta insolvência iminente. Socorrendo-nos da lei alemã e espanhola, podemos dizer que ela se verifica quando o devedor “previavelmente não irá estar em posição de cumprir, no momento do vencimento, as obrigações de pagamento existentes”⁹⁴ (cfr. § 18, 2 *InsO*).

Já o artigo 17.º-B, n.º 1 dá-nos a definição do que seja a situação económica difícil: é a “dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações”.

Trata-se de uma dificuldade séria de cumprir as obrigações; não da impossibilidade *tout court* de as cumprir. Neste caso, estar-se-á já perante uma situação de insolvência, que impedirá o recurso ao PER⁹⁵.

Se a insolvência ocorrer durante o decurso do PER, isso já não obstará, contudo, que se continue com o processo e que o acordo de revitalização seja aprovado⁹⁶.

Diga-se, em todo o caso, que nem sempre será fácil traçar a linha fronteira entre cada uma destas situações (situação de insolvência, situação de insolvência iminente e situação económica difícil).

Por outro lado, para ser possível o recurso ao PER, é necessário que a situação em que se encontra o devedor seja “suscetível de recuperação” (cfr. artigo 17.º-A, n.º 1).

Note-se que este requisito não tem que ser certificado ou avaliado por ninguém independente do devedor. Basta, para este efeito, uma mera declaração escrita e assinada pelo devedor, atestando que reúne as condições necessárias para a sua recuperação (cfr. artigo 17.º-A, n.º 2). Era diferente a solução que constava do anteprojeto, onde se exigia uma declaração assinada por um TOC ou ROC independentes a atestar a recuperabilidade do devedor.

94 A tradução é de Soveral Martins. Cfr. SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 29.

95 Assim, também SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 462. Irei apenas referir-me a esta obra quanto às posições deste A. sobre o PER, muito embora, em grande medida, essas posições tenham sido previamente expressas no artigo “O P.E.R...”.

96 Cfr. CATARINA SERRA, “Revitalização de empresas”, *I Congresso de direito da insolvência*, Almedina, 2013, p. 94.

Isto não significa, no entanto, que – apesar de a lei não o prever expressamente – que o juiz não possa fazer uma apreciação preliminar do requerimento, indeferindo-o liminarmente, quando for manifesto que o pedido não pode proceder (deve aqui considerar-se aplicável analogicamente o disposto no artigo 27.º CIRE⁹⁷).

Este regime poderá, no entanto, já se vê, prestar-se a comportamentos oportunistas por parte do devedor, visando, p. ex., protelar a declaração de insolvência.

Importa, contudo, aqui ter presente que os devedores – bem como, no caso das sociedades comerciais, os seus gerentes ou administradores (de direito ou de facto) –, serão solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados a credores com a instauração indevida do PER, nomeadamente em virtude da falta ou incorreção das informações prestadas aos credores – cfr. artigo 17.º-D, n.º 11. Apesar de a lei o não dizer expressamente, parece-me que a responsabilidade resultante desta norma apenas se verificará quando a irregularidade ocorrer no âmbito do processo⁹⁸.

3 – *Conclusão do PER: A) anuência por parte do devedor.* Para que o plano de revitalização seja alcançado e se tenha por concluído é necessário que se verifiquem cumulativamente três requisitos: a) a anuência ao plano por parte do devedor; b) a sua aprovação pelos credores; e, c) a sua homologação pelo juiz.

O PER tem por finalidade, como se disse, alcançar um plano de reestruturação do devedor, por acordo entre este e os seus credores (cfr. artigo 17.º-A, n.º 1), o que significa que o plano terá de obter necessariamente a anuência do devedor; i.é, nenhum plano, no âmbito do PER, se terá por fechado e concluído sem a concorrência e contra a vontade do devedor.

Note-se que, consistindo o plano de revitalização num acordo, vale aqui inteiramente o princípio da autonomia privada⁹⁹, pelo que as partes poderão adotar quaisquer medidas – de resto, à semelhança do que passa com o plano de recuperação no processo de insolvência – que não sejam proibidas por lei¹⁰⁰.

97 Em sentido idêntico, vide CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 149, e SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 462, s..

98 A doutrina divide-se quanto à culpa exigida para acionar esta responsabilidade: uns entendem que esta responsabilidade só poderá ocorrer quando o devedor tiver atuado dolosamente (por aplicação analógica do artigo 22.º CIRE) – assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 142; outros, diferentemente, entendem que – aplicando-se aqui o regime geral do artigo 458.º CC sobre responsabilidade por informações – o devedor ou os seus gerentes/administradores serão responsabilizados, mesmo a título de negligência – cfr. MENEZES LEITÃO, “A responsabilidade pela abertura indevida do processo especial de revitalização”, *II Congresso de direito da insolvência*, Almedina, 2014, p. 150.

99 E, por isso, alcançado o acordo entre devedor e credores, o mesmo só não deverá ser homologado pelo juiz, nas situações expressa e taxativamente previstas na lei (cfr. arts. 215.º e 216.º ex vi 17.º-F, n.º 5).

100 Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, p. 338.

Importa, no entanto, sublinhar que, no caso das sociedades comerciais, algumas das medidas que podem constar do plano – p. ex., medidas que impliquem alterações societárias estruturais – terão obrigatoriamente de ser aprovadas pela coletividade dos sócios, não bastando para a obtenção do acordo a intervenção do órgão de administração por parte do devedor.

Pense-se nomeadamente em algumas das medidas previstas no artigo 198.º para o processo de insolvência, tais como a variação – aumento e redução, incluindo a redução a zero – do capital social da sociedade devedora, ou na operação de aumento em que apenas participarão os credores (v.g., através da conversão dos seus créditos em capital), com exclusão, portanto, do direito legal de preferência atribuído aos sócios, ou ainda na alteração dos estatutos ou dos membros dos órgãos sociais e na transformação da sociedade.

No âmbito do PER, a qualquer destas operações será aplicável o regime geral previsto para o efeito no CSC, pelo que elas terão sempre que ser obrigatoriamente deliberadas pela coletividade dos sócios e, em muitos casos, aprovadas por uma maioria qualificada¹⁰¹.

Se tal não se verificar, i. é, quando a medida não tiver sido regularmente aprovada pelo órgão competente da sociedade, deverá o juiz recusar oficiosamente a homologação do plano¹⁰².

4 – B) aprovação pelos credores. O plano deve, por outro lado, ter a aprovação dos credores. Trata-se de matéria que justifica um par de observações:

Desde logo o plano poderá, *il va sans dire*, ser aprovado pela unanimidade dos credores. O artigo 17.º-F, n.º 1 tem, no entanto, o cuidado de mencionar expressamente essa possibilidade para o PER judicial, devendo, nesse caso, o plano de revitalização ser assinado por todos eles. Trata-se, é também evidente, de uma solução que deve valer igualmente – apesar de o artigo 17.º-I não o referir – para o PER extrajudicial.

O plano não precisa, contudo, de ser aprovado por todos os credores. Nesta matéria – quanto aos quóruns deliberativos exigidos para a aprovação do plano por parte dos credores – há agora que distinguir entre o regime aplicável ao PER alcançado no âmbito do processo judicial e o PER que resulta de um prévio acordo extrajudicial.

101 Refira-se que, ainda que estas operações venham a ser aprovadas, na sociedade devedora, pela maioria legalmente exigida para o efeito, nada impedirá que o sócio minoritário que não concorde com a medida aprovada, possa contra ela reagir, pelos meios legais colocados ao seu dispor para o efeito.

102 Vide *infra* IV, ponto 5.

Para o primeiro, o artigo 17.º-F, n.º 3 determinava, na sua redação originária, que à aprovação do PER se aplicava o regime previsto para a aprovação do plano de insolvência/recuperação estatuído no artigo 212.º, n.º 1. Tratou-se, porém, de uma redação que logo originou diferentes interpretações e controvérsia doutrinária. De facto, apesar de no n.º 1 do artigo 212.º se consagrarem dois quóruns distintos (de 1/3 e 2/3¹⁰³), houve quem defendesse que o plano de revitalização – porque para sua aprovação não tem lugar a reunião de credores – teria sempre que ser votado favoravelmente por 2/3 da totalidade dos créditos¹⁰⁴. Esta não era, porém – já o tínhamos escrito antes da alteração legislativa entretanto efetuada¹⁰⁵ –, a solução correta. Na verdade, não parecia aceitável e seria incompreensível que para a aprovação do plano no PER – em que está em causa, relembre-se, a revitalização de uma empresa ainda não insolvente – se fosse mais exigente e rigoroso¹⁰⁶, no que respeita ao envolvimento e participação dos credores, do que para a aprovação de um plano de recuperação de uma empresa relativamente à qual se requereu a sua insolvência (e em que, portanto, será normal que a sua situação seja mais grave e de mais difícil recuperação do que aquela outra que requereu um PER).

O legislador veio, no entanto, pelo DL 26/2015, de 6 de Fevereiro, alterar a redação do artigo 17.º-F, prescrevendo agora de forma clara a solução – que já tínhamos considerado ser aquela que se deveria retirar da redação inicial da norma¹⁰⁷ – de que o regime da aprovação do plano no PER, por parte dos credores, é idêntico, *in totum*, ao regime previsto no artigo 212.º, n.º 1 para aprovação do plano no processo de insolvência. Com efeito, estabelece-se agora no n.º 3 do artigo 17.º-F, com a redação que resultou do DL referido, que se considera aprovado o plano de recuperação que seja “votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos (...) e recolha o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos (...), não se considerando como tal as abstenções.

103 No artigo 212.º, n.º 1 determina-se: “A proposta de plano de insolvência considera-se aprovada se, estando presentes ou representados na reunião credores cujos créditos constituam, pelo menos, um terço do total dos créditos com direito de voto, recolher mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções”.

104 Cfr. FÁTIMA REIS SILVA, “Questões processuais relativas ao processo especial de revitalização (arts. 17º-A a 17º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)”, comunicação apresentada na ação de formação “Insolvência”, realizada pelo CEJ no dia 23 de novembro de 2012, em Lisboa, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf>, p. 84.

105 Cfr. TARSO DOMINGUES, “O PER aplicado às sociedades comerciais”, I Colóquio de direito da insolvência de Santo Tirso, Almedina Coimbra, 2014, p. 24, s..

106 De resto, uma tal solução seria contrária ao princípio da primazia da recuperação da empresa, agora afirmado no artigo 1.º do CIRE.

107 Cfr. TARSO DOMINGUES, “O PER aplicado às sociedades comerciais”, p. 24, s..

Note-se que, tal como sucede com a aprovação do plano no processo de insolvência, é necessário ainda que mais de metade dos votos emitidos corresponda a créditos não subordinados^{108 109}.

É ao AJP que compete proceder ao apuramento das votações, com a presença – se este o desejar – do devedor (artigo 17.º-F, n.º 4)¹¹⁰. Para este efeito, o universo dos créditos a considerar é o que consta da lista definitiva de créditos ou, se esta ainda não estiver elaborada, da lista provisória de créditos. Note-se que, tal como sucede no processo de insolvência¹¹¹, o juiz poderá ainda considerar o voto de créditos que tenham sido impugnados, mas relativamente aos quais reconheça que há “probabilidade séria” de virem a ser reconhecidos (artigo 17.º-F, n.º 3). Donde, muito embora o escrutínio seja efetuado pelo AJP, este deverá – uma vez que a decisão sobre a admissibilidade dos votos compete ao juiz – enviar para o tribunal a totalidade dos votos emitidos, para que este possa decidir sobre a sua eventual (in)admissibilidade; e deste regime resulta que, em alguns casos, só o juiz poderá declarar se o plano foi (ou não) aprovado pelos credores.

Relativamente ao PER extrajudicial, este deve ser apresentado ao juiz assinado por, pelo menos, 2/3 da totalidade dos créditos reconhecidos pelo devedor (cfr. artigo 17.º-I, n.º 1). Na verdade, a solução consagrada para a aprovação do PER judicial não pode aqui ser acolhida, uma vez que, sendo apresentado ao juiz um acordo fechado extrajudicialmente pelo devedor com os credores que o assinam, é impossível determinar quem que- reria participar na votação do acordo (o que impossibilita, portanto, igualmente aferir se aqueles que assinaram o acordo representam – ou não – 2/3 da totalidade dos votos dos credores que pretendiam participar na votação). Por isso, se deve entender que a maioria a que alude o artigo 17.º-I, n.º 1 respeita ao quórum deliberativo de 2/3 estabelecido no artigo 212.º, calculado por referência ao universo total dos créditos relacionados pelo devedor¹¹².

108 Por isso, apesar de no PER não haver graduação de créditos, é importante – nomeadamente para efeitos desta votação – classificar os créditos reclamados e relacionados. Sobre os créditos subordinados, vide artigo 48.º.

109 Note-se que no âmbito do PER é atribuído a todos os credores (mesmo aos credores subordinados) direito de voto. Não tem, por isso, aqui, aplicação o disposto no artigo 212.º, 2, que impede o exercício do direito de voto aos titulares de créditos que não sejam afetados pela parte dispositiva do plano, bem como os titulares de créditos subordinados, quando o plano decretar o perdão integral de todos os créditos de grau hierárquico inferior e “não atribuir qualquer valor económico ao devedor ou aos respetivos sócios” (cfr. artigo 212.º, 2). Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, p. 175. O artigo 17.º-F, n.º 3, na sua redação inicial era, de resto, explícito a este propósito ao considerar apenas aplicável ao PER o disposto no artigo 212.º, n.º 1.

110 Apesar de a lei o não referir, julgo que devem ser admitidos a estar presentes na altura do escrutínio representantes dos credores.

111 Cfr. artigo 73.º, n.º 4.

112 Obviamente que, na sequência do desenvolvimento do processo, a lista dos créditos relacionados pelo devedor poderá vir a ser alterada e o juiz, aquando da homologação, deverá verificar se aquela maioria de 2/3 foi alcançada tendo em conta as alterações que entretanto se tenham verificado.

Não se deixe de dizer, a este propósito, que, encerrado o processo – nomeadamente porque o plano não obteve a aprovação dos credores pelo quórum legalmente exigido –, o AJP deve emitir parecer sobre se o devedor se encontra (ou não) em situação de insolvência¹¹³. Em caso de parecer positivo sobre a situação de insolvência, determina a lei que essa situação deverá ser declarada pelo juiz no prazo de três dias úteis (cfr. arts. 17.º- G, n.º 3 e 17.º-I, n.º 5).

Trata-se obviamente de uma solução criticável e claramente inconstitucional¹¹⁴ – por violação do estatuído no artigo 20.º CRP, que consagra o direito à tutela jurisdicional e a um processo equitativo –, seja porque ao devedor não pode deixar ser garantida a possibilidade de se opor e defender judicialmente de uma tal decisão, seja porque o juiz não pode ficar vinculado a um parecer do AJP, na medida em que tal esvaziaria completamente o seu poder jurisdicional.

5 – C) *homologação pelo juiz. Efeitos.* Obtido o plano nos termos referidos, deve o mesmo ser objeto de homologação pelo juiz¹¹⁵, com a qual o plano de recuperação passará a vincular todos os credores, mesmo os que não tenham participado nas negociações (cfr. artigos 17.º- F, n.º 6 e 17.º-I, n.º 6), incluindo-se nessa categoria obviamente – como não poderia deixar de ser, atento o princípio *par conditio creditorum* que rege esta matéria – os credores que não reclamaram os seus créditos e que não se encontram relacionados.

Note-se, porém, que obtida a aprovação do plano – e ainda que o mesmo que tenha sido aprovado unanimemente pelos credores –, o plano não deverá ser homologado pelo juiz, nas mesmas circunstâncias que se referiram acima¹¹⁶ a propósito da situação paralela de recusa de homologação do plano no processo de insolvência, nos termos dos artigos 215.º e 216.º (cfr. artigos 17.º- F, n.º 5 e 17.º-I, n.º 4).

Tenha-se, contudo, presente que, uma vez que o plano resulta do acordo entre o devedor e os credores – o que significa que a solução encontrada obteve a anuência de grande parte dos interessados no processo e nunca será contrária à vontade do devedor

113 O administrador provisório nomeado deve emitir o parecer, depois de ouvidos o devedor e os credores, sobre a situação de insolvência do devedor (cfr. arts 17.º- G, n.º 4 e 17.º-I, n.º 5).

114 No mesmo sentido, vide SOVERAL MARTINS, *Um curso...*, p. 494.

115 Nos termos do artigo 17.º-F, n.º 5, a homologação só poderá ter lugar decorridos que sejam 10 dias após a receção do plano aprovado. Visa-se com esta solução, primordialmente, permitir aos interessados (sócios, credores, etc.) solicitar a recusa de homologação, quando haja fundamento para tanto (cfr. regime idêntico, para o processo de insolvência, no artigo 214.º).

116 Cfr. *supra*, ponto III, 2, s..

—, será bem menos provável que, no âmbito do PER, se verifiquem causas que justifiquem a recusa de homologação. Para além da preterição de regras adjetivas¹¹⁷, serão sobretudo razões relacionadas com a competência do órgão da sociedade devedora que presta o consentimento ao plano¹¹⁸ e a violação do princípio da igualdade de tratamento dos credores¹¹⁹ que poderão eventualmente justificar de tal recusa¹²⁰.

O plano de revitalização deverá ainda ser objeto de recusa de homologação, nos termos do artigo 216.º, se tal for solicitado ao juiz, na hipótese de o mesmo não passar no *best interest of creditors/shareholders test*¹²¹.

Com a recusa da homologação pelo juiz, os efeitos daí decorrentes devem ser os mesmos que decorrem do encerramento do processo¹²² (cfr. artigo 17.º-G, n.º 2), i. é, cessam todos os seus efeitos¹²³.

117 Mas vide o disposto no artigo 215.º, que aqui se deve considerar aplicável e o que acima ficou dito sobre o assunto no ponto III, 5.

118 Vide o que ficou dito *supra*, ponto IV, 3, sobre esta matéria. Note-se que, quando for necessária a deliberação da coletividade dos sócios para a provação da medida prevista no plano, a homologação judicial só deverá, em princípio, ocorrer depois de tal deliberação ter sido obtida – cfr. artigos 201.º e 215.º, que aqui se devem considerar aplicáveis.

119 Vide o que se disse *supra* no ponto III, 7.

120 Note-se que não sendo o PER um processo de insolvência, o regime dos artigos 97.º, n.º 3 e 120.º CSC – que impede que sociedades que se encontrem em processo de insolvência participem em operações de fusão ou cisão – não é aqui aplicável. Por isso, no âmbito do PER, nada impedirá que a medida de recuperação passe por uma operação de fusão ou cisão, a qual, no entanto, terá que ser deliberada pelos sócios da sociedade devedora, uma vez que se trata de uma competência que lhes está legalmente reservada.

121 Vide *supra* ponto III, 4.

122 Atenta a importância que o ato reveste, que a declaração do encerramento do processo deverá competir sempre ao juiz (é essa também a solução para o processo de insolvência – cfr. artigo 230.º).

123 Rosário Epifânio defende que esta solução decorre da interpretação extensiva do artigo 17.º-G, n.º 2, que estabelece esse regime para a não aprovação pelos credores do PER judicial (cfr. ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, p. 267). Já Soveral Martins considera aqui aplicável analogicamente o disposto no artigo 17.º-I, n.º 2 (norma aplicável ao PER extrajudicial que remete para o 17.º-G, n.º 2). Cfr. SOVERAL MARTINS, “O P.E.R.”, p. 32.

Breves notas sobre a recuperação extrajudicial de empresas no Brasil

Sheila C. Neder Cerezetti ¹

Sumário:

1. Introdução; 2. A recuperação extrajudicial como instrumento do direito da empresa em crise brasileiro; 3. A recuperação extrajudicial: modalidades e limitações, 3.1. A recuperação extrajudicial homologatória, 3.2. A recuperação extrajudicial impositiva, 3.3. Regras e dificuldades comuns; 4. Conclusão.

1. Introdução

O estudo dos instrumentos de recuperação de empresas no Brasil deve ser feito à luz da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (“LRE”), diploma que alterou fundamentalmente as bases do direito da empresa em crise no país. Se, antes dela, as regras concursais previstas no Decreto-Lei 7.661/45 cuidavam apenas da concordata e da falência, e condenavam tentativas de negociação de acordos entre devedor e credores², atualmente estes são permitidos³ e acompanhados de dois novos institutos voltados à reorganização empresarial. Tratam-se da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial de empresas.

1 Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Uma versão preliminar deste artigo foi apresentada no 1o Congresso de Direito Comercial das Faculdades de Direito das Universidades de São Paulo (FDUSP), do Porto (FDUP), e de Macau (FDUM), realizado em julho de 2014 na FDUP.

2 Nos termos do art. 2º, III, do Decreto-Lei 7.661/45, consumava ato de falência o devedor que convocasse credores e lhes propusesse a dilação ou remissão de créditos, ou, ainda, a cessão de seus bens em pagamento das dívidas. Esta prática era entendida como confissão extrajudicial do estado de falência (cf. T. de M. Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1948, p. 41). Com o tempo, passou-se a aceitar certas formas alternativas de pagamento por devedor em concordata preventiva, incluindo-se até mesmo a aceitação de planos por ele propostos e aprovados pela maioria dos credores (vide, por exemplo, TJSP, Agravo de Instrumento 257217/4/5, Rel. Des. Silvio Marques Neto, j. 11/6/2003, e TJSP, Agravo de Instrumento 310.627-4/1-00, Rel. Des. Theodoro Guimarães, j. 11/5/2004).

3 Vide art. 167 da LRE.

Muito embora seja a disciplina da recuperação judicial aquela a merecer maior atenção teórica⁴ e prática, o estudo da denominada recuperação extrajudicial pode fornecer interessantes percepções sobre esta área do direito e justificar sugestões de alterações legais. Isso porque, não obstante se pudesse imaginar que a até então inédita recuperação extrajudicial viria a representar importante técnica de enfrentamento da crise empresarial, em especial ao permitir mais flexibilidade e celeridade na celebração de acordos, na prática, como se verá, ela justificadamente não se apresenta como instrumento de largo uso.

O presente artigo está dividido em quatro partes, sendo a primeira relativa a esta introdução e a última destinada a delinear algumas considerações a título de conclusão. A parte dois visa a apresentar breve panorama da disciplina do direito da empresa em crise no Brasil e a fornecer dados acerca da real utilização dos instrumentos de recuperação empresarial. Em seguida, na parte três, abordam-se as duas modalidades de recuperação extrajudicial, suas principais distinções com relação à recuperação judicial, bem como algumas das críticas e sugestões de melhoria das regras que as disciplinam.

2. A recuperação extrajudicial como instrumento do direito da empresa em crise brasileiro

Aprovada após inúmeras críticas doutrinárias à inadequação da disciplina concursal então vigente e tendo sido resultado de fortes pressões internacionais em prol do alinhamento do país às regras de insolvência internacionalmente aceitas como adequadas⁵, a LRE tem se mostrado um diploma com efeitos díspares.

Se, por um lado, a recuperação judicial, não obstante seus múltiplos defeitos, se tornou mecanismo benquisto e ao qual empresários recorrem em busca de solução à crise econômico-financeira enfrentada, por outro, a recuperação extrajudicial se apresenta como instituto de questionável utilidade e relegado a estudos que, como este, repetidamente clamam por sua melhoria.

Não há dúvidas de que, atualmente, ao se falar em recuperação de empresas no Brasil, pensa-se automaticamente no instituto da recuperação judicial⁶. Mas os estudos de

4 Como demonstra a bibliografia apresentada ao final deste artigo, pouquíssimos são os estudos que se debruçaram sobre a disciplina da recuperação extrajudicial.

5 Sobre o tema, vide S. C. Neder Cerezetti, *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 15, notas 1 e 2.

6 Os números de recuperações judiciais e extrajudiciais requeridas bem confirmam a afirmação feita. Entre junho de 2005 (início da vigência da LRE) e novembro de 2014, foram requeridas 5009 recuperações judiciais, sendo

reestruturação financeira corporativa bem indicam que recuperar uma empresa envolve muito mais do que o mero recurso a um instrumento judicial de solução de controvérsias e composição coletiva. A superação dos obstáculos depende da adoção de medidas holísticas, baseadas em uma visão integral dos problemas, o que abrange o trato de questões estratégicas e operacionais sempre em busca de se restaurar o bom desempenho da organização⁷. Esta restauração, dependendo do grau da crise e da possibilidade fática de composição de interesses, pode se dar por diferentes instrumentos. Impossível não perceber, portanto, que há muito da recuperação que não se confina ao processo judicial ou que ocorre anteriormente, posteriormente ou em paralelo a ele.

Há diversos momentos de lidar com as variadas fases da crise, as quais demandam mecanismos apropriados às suas respectivas características. Para além das tradicionais falência e composição de credores e devedor sob a fiscalização judicial, possibilidades de reorganização abundam e envolvem desde a adoção de medidas internas e administrativas de *early turnaround*, passando por reestruturações societárias e por transações privadas com parceiros negociais. O que se diz é bastante intuitivo, uma vez que a crise não é fenômeno estanque, tampouco de simples solução.

Mas se esta compreensão multifacetada das formas de enfrentar a crise empresarial é bem aceita dentre os estudiosos e os profissionais que se dedicam à reestruturação empresarial, faltam na LRE instrumentos jurídicos capazes de lidar com as situações fáticas que demandam não apenas intervenções internas na administração ou negociações pontuais com um ou outro credor, mas soluções voltadas a proporcionar segurança na repactuação de dívidas e na reestruturação da empresa.

Caso se pense que a crise empresarial pode atingir fases menos e mais intensas de gravidade e caso se avalie essas mesmas fases à luz dos aparatos legalmente previstos para lidar com os diversos graus de debilidade, perceber-se-á que o direito brasileiro atende momentos de crise incipiente, em que acordos privados são autorizados e facilitam renegociações pontuais com determinadores atores, e cenários mais graves, aos quais a recuperação judicial busca socorrer com medidas de considerável impacto na vida social de entes ainda viáveis. Ocorre que aquela realidade intermediária entre o estado débil

que 3818 tiveram seu processamento deferido e 1331 foram concedidas. No mesmo período, 69 recuperações extrajudiciais foram requeridas e 27 foram homologadas (cf. Serasa Experian, Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações, disponível in http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm, e Serasa Experian, Últimas notícias, disponível in <http://noticias.serasaexperian.com.br>).

⁷ O tema, conhecido como *turnaround management*, é objeto de estudo daqueles que se dedicam à administração de empresas. Sobre o tema, vide, por exemplo, S. Slatter, *Corporate Turnaround*, London, Penguin, 1999, e E. Lemos, *Viabilizando a recuperação sem ou além da lei*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 77-99.

que pode ser remediado mediante a celebração de acordos e o cenário que demanda mais profunda reestruturação não recebeu a merecida atenção por parte do legislador.

Muito embora a recuperação extrajudicial tenha sido legalmente prevista⁸ e se caracterize como instituto que poderia justamente lidar com hipóteses de crise não pervasivas, em que boa solução decorreria da negociação com alguns grupos de credores em que uma maioria estivesse disposta a renunciar parcialmente a direitos, suas regras pouco estimulam os agentes privados a efetivamente dela fazer uso. Parece existir, portanto, uma ampla gama de situações de debilidade financeira que não encontra amparo no direito da empresa em crise brasileiro.

Ademais, com base na experiência de mais de uma década de aplicação da LRE, pode-se afirmar que as soluções de mercado para a superação da crise empresarial esbarram na dificuldade de se obter a adesão especialmente de titulares de alguns créditos. Aqueles que contam com boas garantias, por exemplo, apresentam-se recalcitrantes às propostas do devedor. Instituições financeiras, em particular as de menor porte, receiam participar de acordos. A par disso, todos os envolvidos lamentam o rateio das despesas geradas pelo processo de renegociação e a falta de disciplina a exigir o fornecimento de informações pelo devedor. Destarte, muito embora a colaboração seja elemento indispensável ao efetivo uso do instituto, ela nem sempre está presente e, em larga medida, isso se deve à falta de estrutura legal a estimular a participação ativa dos credores⁹.

Percebe-se que as propostas de repactuação de dívidas no âmbito extrajudicial, especialmente relevantes nas situações em que o devedor deseja evitar a publicidade negativa da divulgação da crise e os efeitos adversos por ela gerados na condução dos negócios, têm seu êxito maculado pelas dificuldades em se garantir atuação cooperativa das partes e em se contornar as resistências decorrentes do perfil de alguns credores. O breve estudo da disciplina da recuperação extrajudicial, a ser feito na parte 3, abaixo, detalhará as observações aqui tecidas.

3. A recuperação extrajudicial: modalidades e limitações

Ao contrário do que o nome pode indicar, a recuperação extrajudicial não se caracteriza como instrumento de utilização externa ao Poder Judiciário. Ela se realiza por meio de

8 A disciplina da recuperação extrajudicial encontra-se nos arts. 161 a 166 da LRE e apóia-se em negociações privadas entre o devedor e credores.

9 No mesmo sentido e com relatos de dificuldades práticas identificadas em larga experiência advocatícia na área, vide L. F. V. de Paiva, *Recuperação Extrajudicial: O instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 258-259.

ação judicial, em que se busca a homologação por sentença de acordo celebrado entre devedor e credores. A referência ao *extrajudicial* não se refere, portanto, à ausência de envolvimento de um magistrado, mas ao fato de a negociação ocorrer primordialmente fora do ambiente forense e anteriormente à formulação do pedido de recuperação.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla duas modalidades de recuperação extrajudicial. Várias são as nomenclaturas a elas atribuídas pelos estudiosos, mas a mais perfilhada é aquela que as classifica como “recuperação extrajudicial meramente homologatória” e “recuperação extrajudicial impositiva”¹⁰. A distinção básica entre elas diz respeito à possibilidade ou não de imposição do acordo a credores que não o tenham subscrito.

Em ambos os casos, cabe ao devedor escolher as partes com as quais pretende negociar, levando em conta apenas que a recuperação extrajudicial não se aplica a créditos tributários, trabalhistas e derivados de acidente de trabalho, decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, de titulares de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel, cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, e de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio. Mas, uma vez que os instrumentos de recuperação possuem base eminentemente negocial¹¹ e se fundamentam sobre a manifestação da autonomia da vontade das partes, parece de todo correto afirmar que esta restrição legal não deve se sobrepor à eventual decisão de submissão voluntária pelo próprio credor ao plano de recuperação extrajudicial.

3.1. A recuperação extrajudicial meramente homologatória

Sob a recuperação meramente homologatória, o devedor solicita, como o nome sugere, a homologação judicial de um acordo celebrado com determinados credores, sendo que apenas os signatários sujeitam-se aos termos da avença. O pedido deve vir acompanhado de justificativa e do próprio contrato assinado pelas partes. Busca-se, com

10 Os termos foram inicialmente cunhados por L. F. V. de Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial*, in L. F. V. de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 569. Em texto mais recente, o mesmo autor sugere a alteração da denominação de “meramente homologatória” para “consensual” (L. F. V. de Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial*, in F. U. Coelho (coord.), *Tratado de Direito Comercial*, vol. VII, São Paulo, 2015, Saraiva, p.322). Optou-se aqui por manter a referência aos termos antigos e mais conhecidos.

11 Sobre o tema, vide F. Satiro de Souza Jr., in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 526-527, M. R. Penteado, in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 86-87, L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, pp. 62 e 88.

isso, documentar a necessidade de o devedor se valer do instrumento de superação de crise econômico-financeira, bem como a expressa concordância de todos aqueles que se obrigaram às condições previstas no documento a ser homologado. Não há previsão de que o juiz deva apurar a viabilidade do plano ou a sua adequação à situação fática de debilidade do devedor. A decisão sobre a conformação dos interesses cabe apenas às partes contratantes, competindo ao judiciário não um juízo de conveniência, mas a relevante e limitada tarefa de aferir os requisitos legais do procedimento e analisar a legalidade do ajuste.

No início da vigência da LRE, afirmava-se que esta modalidade de recuperação extrajudicial contava com a vantagem, em relação a outros acordos privados, de gerar título executivo judicial, o qual, na hipótese de eventual execução, reduzia as matérias passíveis de serem abordadas em embargo¹². Atualmente, dado que, nos termos do art. 515, III, do Código de Processo Civil, qualquer acordo privado homologado judicialmente constitui título executivo judicial, a doutrina debate quais seriam os motivos e benefícios de se escolher uma ou outra medida de reestruturação do passivo¹³.

No que tange a esta distinção, não se pode deixar de mencionar que a opção pela recuperação extrajudicial envolve algumas restrições, seja no que diz respeito à imposição de requisitos legais subjetivos, conforme abordado abaixo, seja no que se refere aos tipos de créditos sujeitos ao instituto. Mas, sobre o tema, destaque principal deve ser atribuído ao fato de que acordos isolados destinam-se sobretudo à repactuação de dívidas específicas entre o devedor e um ou alguns credores, ao passo que a recuperação extrajudicial, instituto previsto no bojo de diploma voltado a lidar com a crise empresarial e fundado sobre princípios como a função social e a preservação da empresa¹⁴, dedica-se a permitir o saneamento da empresa, não apenas por meio de renegociação de dívidas mas também com base em verdadeira reestruturação empresarial¹⁵.

12 Cf. L. F. V. de Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial*, in L. F. V. de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 571.

13 Cf. L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, pp. 90-96 (com apresentação de questões processuais que diferenciam a homologação de recuperação extrajudicial da de acordos privados), e L. F. Spinelli, R. Tellechea, J. P. Scalzilli, *Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 151-155.

14 Cf. art. 47 da LRE e, para uma apreciação dos princípios, S. C. Neder Cerezetti, *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012.

15 Sobre o tema, vide V. A. Pugliesi Gardino, *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006, p. 190, e L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, pp. 60-63.

Ocorre que o principal atrativo desta modalidade de recuperação extrajudicial – e talvez o que pudesse diferenciá-la como efetivo instrumento de recuperação – foi afastado durante o longo processo legislativo que culminou na aprovação da LRE. Em princípio, os atos praticados em consonância com o previsto em planos de recuperação extrajudicial homologados contariam com proteção contra eventuais declarações de ineficácia e futuras ações revocatórias. Todavia, esta previsão foi suprimida da versão final do texto legal. Nos termos da lei, em caso de decretação de falência, alguns atos são considerados ineficazes perante a massa, como, dentre outros, (i) o pagamento de dívidas não vencidas, (ii) o pagamento de dívidas vencidas de forma distinta daquela prevista no contrato, e (iii) a constituição de direito real de garantia¹⁶. Além disso, no prazo de três anos a contar da decretação da falência, o administrador judicial, qualquer credor e o Ministério público podem propor ação revocatória contra atos praticados com a intenção de prejudicar credores. Ao contrário do que ocorre com atos previstos no plano de recuperação judicial (art. 131), aqueles contemplados em recuperação extrajudicial não estão isentos de questionamento posterior. Esta situação cria insegurança e desestímulo à elaboração de planos de recuperação mais abrangentes e efetivamente voltados à reestruturação da empresa e, ao mesmo tempo, favorece planos confinados apenas à renegociação de dívidas pontuais¹⁷.

Por este motivo, afirma-se inexistirem incentivos suficientes para que agentes privados se interessem por esta modalidade de recuperação. Com efeito, a alcunha de instituto natimorto, recebida antes mesmo da aprovação da LRE¹⁸, teve a sua adequação confirmada pela experiência dos anos de aplicação da lei.

3.2. A recuperação extrajudicial impositiva

A assim denominada recuperação extrajudicial impositiva consiste em ação judicial em que se pleiteia a homologação de plano, com a finalidade de a ele vincular não apenas os seus signatários, mas também credores que dissentiram da proposta do devedor ou que nem mesmo foram sobre ela consultados. Há, portanto, a aceitação, pelo ordenamento

¹⁶ Vide todas as hipóteses de ineficácia no art. 129 da LRE.

¹⁷ No mesmo sentido, vide G. A. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2009, pp. 94-95.

¹⁸ Trata-se de qualificação bem cunhada por L. F. V. de Paiva durante a tramitação legislativa da LRE (*Recuperação Extrajudicial: o instituto natimorto*, 28 de julho de 2004, in <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5379,91041-Recuperacao+extrajudicial+o+instituto+natimorto>) e que se mostrou, ainda que por motivos diversos daqueles inicialmente aventados, verdadeira. Após alguns anos de vigência da LRE, o autor retomou o uso da adjetivação e demonstrou sua adequação à realidade (*Recuperação Extrajudicial: O instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 229-263).

jurídico, de que a decisão dos titulares de uma maioria qualificada dos créditos tem o condão de obrigar a minoria. Trata-se de nítida valorização das medidas voltadas à busca de composição entre agentes privados em prol da reestruturação de devedores e, tanto quanto possível, da manutenção de sua atividade econômica.

O pedido de homologação e conseqüente imposição do plano formulado pelo devedor depende da prévia obtenção da concordância de titulares de mais de três quintos dos créditos de cada espécie abrangida pelo mesmo plano (art. 163). Importa destacar que, ao tratar da recuperação extrajudicial, a LRE faz expressa referência a “espécies de créditos”, termo até então não utilizado pelo diploma. Em seguida, indica que espécie diz respeito à classificação de créditos adotada no art. 83 para fins de falência, explicitando que o plano de recuperação extrajudicial impositiva pode abranger créditos com garantia real, com privilégio especial, com privilégio geral, quirografários e subordinados. Prevê-se, ainda, que o plano pode abarcar não só espécies de créditos, mas “grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento” (art. 163, §1º)¹⁹. Dada a indefinição do que se deve entender por “grupo” de credores, a doutrina propõe que o termo seja interpretado como relativo a uma parcela dos credores que detenham créditos de mesma espécie²⁰. Em contraposição a este entendimento, sugere-se maior flexibilidade na composição dos grupos, autorizando-se o devedor a organizá-los não apenas dentre detentores de crédito de mesma espécie, mas também mediante a reunião daqueles que, não obstante caracterizados como de espécies distintas para fins de falência, possuam créditos cuja natureza e previsão de pagamento sejam similares.²¹

Assim, o plano pode sujeitar a totalidade de créditos de determinada espécie ou alguns credores agrupados em consonância com critérios de similitude²², ficando vedada

19 Resta nítida a má técnica legislativa consistente em primeiramente abordar espécies de *créditos* e, em seguida, se referir a *credores*. Esta previsão abre espaço para que se discuta se a formação de classes em recuperação deve se pautar pelas características dos créditos ou pode se fundar também nos aspectos pessoais e nos específicos interesses dos titulares de créditos. Para debate desta questão no âmbito da recuperação judicial, vide S. C. Neder Cerezetti, *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 282-296.

20 Nesse sentido, F. Satiro de Souza Jr., in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, p. 533, L. F. V. de Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial*, in L. F. V. de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 583-584, e, adotando-a sem mencionar expressamente a opção por essa interpretação, L. F. Spinelli, R. Tellechea, J. P. Scalzilli, *Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 145.

21 Cf. L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, p. 75.

22 A utilização de critérios de similitude a balizar a criação de grupos de credores é hoje aceita inclusive no âmbito da recuperação judicial. Neste sentido, vide o Enunciado 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal e julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que o acatam (Agravo de Instrumento 0119370-56.2012.8.26.0000, Rel. Des. José Reynaldo, j. 8/4/2013, e Agravo de Instrumento no 0271407-68.2012.8.26.0000, Rel. Des. Enio Zuliani, j. 13/6/2013).

a alteração do valor ou das condições de pagamento daqueles que não pertencem às espécies ou aos grupos nele mencionados. Em qualquer caso, a concordância com o plano é computada apenas dentre os créditos por ele abrangidos.

Na medida em que esta modalidade de recuperação extrajudicial, diferentemente do que ocorre com a homologatória, tem o condão de vincular credores dissidentes e ausentes, o legislador houve por bem ordenar não apenas a declaração de justificativa para a propositura da ação e do plano, mas também a exposição da situação patrimonial do devedor, a apresentação das demonstrações contábeis do último exercício e daquelas especialmente levantadas para instruir o pedido, assim como de detalhes sobre o passivo do devedor e de comprovantes de que os credores signatários do plano contavam com os devidos poderes para tanto. A exigência de transparência e ampla prestação de informações justifica-se, pois permite que demais interessados e o juiz da causa possam avaliar se o percentual mínimo de concordância exigido foi cumprido, se os credores alcançados pelo plano foram devidamente agrupados e se os termos do ajuste condizem com os parâmetros legais.

Muito embora a homologação independa de aprovação unânime, há duas matérias cuja previsão no plano requer consentimento expresso do credor especificamente por ela atingido. Tratam-se da alienação de bem objeto de garantia real, ou a supressão ou substituição da garantia, e o afastamento da variação cambial nos créditos em moeda estrangeira²³.

Em breve comparação com o sistema de votação do plano de recuperação judicial, cabe lembrar que a aprovação deste último depende de concordância das classes por ele afetadas, sendo que os quóruns majoritários necessários são apurados, conforme a classe, pelo valor do crédito e pelo número dos credores presentes à assembléia geral de credores²⁴. No ambiente da recuperação extrajudicial impositiva, por seu turno, o quórum de três quintos refere-se apenas ao valor de créditos total da espécie ou do grupo atingido pelo plano²⁵. Além disso, se na recuperação judicial é previsto um instrumento de superação

23 Vide art. 163, §§ 3º e 4º, da LRE.

24 Vide art. 45 da LRE

25 Talvez o legislador não tenha previsto a apuração de votos por cabeça, pois a classe de créditos trabalhistas e acidentários, cuja maioria em recuperação judicial é apurada apenas com base em número de pessoas presentes à assembléia geral, não participa da recuperação extrajudicial. Se esta já não seria uma explicação satisfatória, dado que as classes II e III votam por maioria de presentes e de valor de crédito, o que por si só poderia justificar a repetição do critério para a recuperação extrajudicial, a situação torna-se ainda mais incongruente após a entrada em vigor da nefasta Lei Complementar 147/2014. Esta previu nova classe de credores na recuperação judicial – a de credores microempresa e empresa de pequeno porte (art. 41, IV) –, os quais também aprovam deliberações por maioria dos presentes. Os créditos destes credores são abrangidos pela recuperação extrajudicial (caracterizam-se como créditos de privilégio especial, nos termos do art. 83, IV, d) e, como os demais, seguem a regra de maioria baseada no valor do crédito.

do veto de alguma das classes de credores²⁶, comumente referido como *cram down*, em alusão ao análogo mecanismo norte-americano²⁷, na recuperação extrajudicial impositiva a homologação do plano apenas ocorre se, dentro de cada conjunto de espécie ou grupo de créditos, o quórum de sessenta por cento for obtido. Isso significa que, ao contrário do que se poderia concluir em uma primeira leitura²⁸, não há na recuperação extrajudicial a previsão de instrumento de superação de veto de classe, mas de desconconsideração, para fins de vinculação do credor, de votos discordantes.

Não se pode na recuperação extrajudicial impositiva, portanto, homologar plano que vincule os titulares de determinado agrupamento de créditos, cuja maioria qualificada de três quintos não tenha com ele concordado, mesmo se outros credores, pertencentes a outros grupos, sejam, em sua totalidade, signatários do acordo com o devedor. Em outras palavras, diferentemente do que ocorre na recuperação judicial, não há como submeter determinado conjunto de credores ao plano a não ser que especificamente aqueles que com ele se assemelhem tenham, por maioria qualificada, aprovado os termos da proposta. Isso ocorre justamente porque, na recuperação extrajudicial, inexistente instrumento para evitar os efeitos de veto de grupo (tal qual se caracteriza o *cram down*), mas apenas de voto de credores.

Apontadas as distinções, cabe destacar que, assim como na recuperação judicial, reconhece-se, no campo da extrajudicial, a importância de se afastar indevidas influências na formação da maioria necessária à aprovação do plano. Em ambos os casos, previu-se regra de impedimento aplicável àqueles que possuam relação próxima com o devedor. Nesse sentido, não são computadas as manifestações de credores que se caracterizem como sócio do devedor, ou como sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a dez por cento do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenha participação superior a dez por cento²⁹.

Outra importante diferença entre a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial impositiva refere-se ao fato de que o pedido desta última já deve vir acompanhado da

26 Vide art. 58, §§1º e 2º, da LRE e, sobre ele, E. S. Munhoz, in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 287-293, e C. S. J. Batista, P. F. Campana Filho, R. Y. Miyazak, S. C. Neder Cerezetti, *A Prevalência da Vontade da Assembléia-Geral de Credores em Questão: O 'Cram-down' e a Apreciação Judicial do Plano Aprovado por Todas as Classes*. in RDM 143 (2006), pp. 202-242.

27 Vide § 1129(b) do *Bankruptcy Code*.

28 Discorda-se da posição adotada por L. F. Spinelli, R. Tellechea, J. P. Scalzilli, *Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 144, para quem a recuperação extrajudicial impositiva se assemelharia ao *cram down* norte-americano.

29 Vide art. 163, § 3º, II, c/c art. 43 da LRE.

assinatura de credores que representem mais de três quintos dos créditos das classes ou grupos abrangidos.³⁰ Não há, portanto, a previsão de convocação de assembléia de credores ou de período para, durante o trâmite do processo judicial, a composição entre as partes. Imaginou-se que esta negociação ocorreria extrajudicialmente e, apenas em caso de sucesso perante sessenta por cento dos interessados, haveria a judicialização da relação contratual. Note-se, ainda, que a recuperação extrajudicial não consiste em angariar as maiorias para, em seguida, postular os efeitos próprios da recuperação judicial. Muito embora algo próximo a isso seja defendido em âmbito doutrinário como proposta de alteração legislativa em busca do renascimento do instituto³¹, a recuperação extrajudicial hoje se caracteriza como instituto independente e com traços e conseqüências bastante diversos daqueles apresentados pela recuperação judicial.

3.3. Regras e dificuldades comuns

Abordadas as especificidades de cada uma das duas modalidades de recuperação extrajudicial, importa discorrer sobre a disciplina comum a ambas, em especial sobre regras procedimentais que se aplicam desde o ajuizamento do pedido até a homologação do plano.

A regra de competência prevista na LRE aplica-se a todos os institutos por ela regidos, isto é, à recuperação extrajudicial, à recuperação judicial e à falência. Dispõe o art. 3º que as demandas devem ser apresentadas perante o juízo do principal estabelecimento do devedor ou da filial que tenha sede fora do país. Trata-se de critério tradicionalmente referido pela legislação concursal nacional³² e sobre o qual a doutrina e a jurisprudência se debruçaram ao longo dos anos. Considerando-se a freqüente existência de múltiplos estabelecimentos de uma mesma sociedade, a definição de qual deles poderia ser considerado como o mais importante para fins de guiar a competência jurisdicional

30 É bem verdade que, em uma situação, concedeu-se prazo para que o devedor obtivesse a adesão de alguns credores depois de solicitada a recuperação extrajudicial, conforme relatos de L. F. V. de Paiva *Recuperação Extrajudicial: O instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 258, nota 34. Trata-se de medida excepcionalmente adotada e que demonstrou a atenção da magistrada às características do caso concreto. Para mais detalhes sobre o caso, vide G. A. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2009, p. 236 e ss.

31 L. F. V. de Paiva sugere que a recuperação extrajudicial seja incorporada à recuperação judicial, prevendo-se um rito sumário de recuperação sempre que o pedido do devedor já viesse acompanhado das maiorias necessárias à sua concessão. Para mais detalhes, vide *Recuperação Extrajudicial: O instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 259-262.

32 Vide art. 7º, do Decreto-Lei 7.661/1945, Art. 7º do Decreto 5.746/1929, Art. 7º da Lei 2.024/1908 e, também, art. 4º do Decreto 917/1890.

alcança relevância extrema em país de dimensão continental como o Brasil. Sobre o tema, há quem aponte que, sendo os institutos concursais instrumentos de execução coletiva, o principal estabelecimento deveria ser entendido como o mais expressivo em termos patrimoniais, o que facilitaria a arrecadação e venda dos bens para posterior pagamento de credores.³³ Ocorre que a LRE, ao prever mecanismos de recuperação de empresas, instaurou nova e distinta perspectiva acerca do direito da empresa em crise. Não mais se pode afirmar serem os institutos concursais predominantemente voltados à liquidação de ativos e satisfação dos credores, mas a permitir, em análise casuística, decisão acerca da solução mais adequada, privilegiando-se, sempre que viável, a manutenção da empresa. Assim, interpretações com foco no aspecto patrimonial nem sempre devem ser acolhidas sob o novo modelo de insolvência. Também por isso, posicionamento antigamente defendido por T. de Miranda Valverde³⁴ foi retomado e atualmente o estabelecimento principal é compreendido como aquele em que se localiza o centro decisório do devedor, ou seja, o local de onde partem as ordens e em que se organizam as relações externas traçadas entre a sociedade e terceiros³⁵.

A legitimidade ativa para a formulação de pedido de recuperação extrajudicial é atribuída apenas ao devedor e somente àqueles que, para além de se caracterizarem como empresário ou sociedade empresária com inscrição regular há mais de dois anos, preencherem os seguintes requisitos subjetivos³⁶: (i) não ter o devedor, seu administrador ou seu sócio controlador sido condenado por crimes falimentares³⁷, (ii) não ter o devedor obtido recuperação judicial ou a homologação de recuperação extrajudicial há menos de dois anos³⁸, (iii) não existir, contra o devedor, pedido de recuperação judicial pendente, e (iv) não ser o devedor falido ou, caso o seja, conte com a declaração de extinção das suas responsabilidades por sentença transitada em julgado.

33 Nesse sentido e com boa resenha das opiniões doutrinárias sobre o tema, vide M. R. Penteado, in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 116-123.

34 *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1948, p. 84.

35 Nesse sentido, vide, a título exemplificativo, STJ, Recurso Especial 439.965, Rel. Min. Raul Araújo, j. 20/06/2013, TJSP, Agravo de Instrumento 2170364-83.2014.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. 04/11/2014, TJSP, Embargos de Declaração 2062296-73.2013.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ligia Bisogni, j. 08/10/2014, e TJSP, Agravo de Instrumento 0124191-69.2013.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 05/12/2013.

36 Vide art. 48 c/c art. 161, § 3º.

37 Este requisito merece críticas, na medida em que se declarou ter sido a LRE pautada no princípio da separação entre a sorte da empresa e do empresário. Sobre o tema, vide Parecer 534/2004, Rel. Sen. Ramez Tebet, *Diário Oficial do Senado Federal*, 10/06/2004, p. 17865. Para abordagem pioneira em sede doutrinária, em que se clamava pela atenção a esta separação, vide F. K. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, São Paulo, RT, 1970, p. 107-129.

38 O período de dois anos previsto no art. 161, § 3º, é específico e afasta aquele de cinco anos mencionado pelo art. 48, II e III. No mesmo sentido caminha, por exemplo, L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, p. 73.

Não se pode deixar de mencionar a inadequação entre o requisito temporal mencionado no item (ii), em especial no que se refere a anteriores pedidos de homologação de planos extrajudiciais, e o propósito para o qual o instituto foi criado. Ora, se a recuperação extrajudicial busca estabilizar e atribuir segurança a instrumentos negociais que podem, inclusive, ser adotados à medida que a composição de interesses é atingida com determinados credores, não faz sentido proibir que diversos planos extrajudiciais sejam sucessivamente homologados. Imagine-se o cenário em que o devedor, após longa negociação, celebra acordo de repactuação de dívidas com determinado conjunto de fornecedores e obtém a sua homologação em pedido de recuperação extrajudicial meramente homologatória. Caso, após alguns meses, aproveitando-se de uma inesperada projeção de positivo ambiente econômico, consiga renegociar os termos de sessenta por cento de suas dívidas financeiras e deseje, com isso, obter a imposição do ajuste aos credores titulares dos demais quarenta por cento, não poderá fazê-lo pelo simples fato de ter, há pouco tempo, visto o contrato com fornecedores homologado pelo Poder Judiciário. A incoerência entre esta limitação e a função da recuperação extrajudicial como instrumento de saneamento empresarial é patente. A mesma conclusão é especialmente alcançada caso se retome a crítica acima apresentada³⁹ no sentido de que, em vista da ausência de proteção dos planos extrajudiciais contra futuras declarações de ineficácia e ações revocatórias, os ajustes homologados tendem a envolver apenas meras repactuações de pagamento e não se tornam instrumentos de verdadeira reestruturação empresarial. Se assim é, impedir que o devedor se valha da homologação desses mesmos acordos pelo simples fato de que uma singela renegociação já tenha sido levada ao Judiciário é tornar a recuperação extrajudicial ainda mais estéril.⁴⁰

Uma vez ajuizado o pedido de recuperação extrajudicial, os credores, sujeitos ou não à repactuação, são convocados, por meio de edital publicado em órgão oficial e em jornal de grande circulação, a, se desejarem, apresentarem impugnações ao plano. Credores sujeitos ao plano recebem, ainda, carta em que se detalham os termos do plano e se informa acerca do prazo para impugnação. Em trinta dias, podem os credores questionar o pedido do devedor com base em alegações de (i) práticas de atos revogáveis ou que se caracterizem, consoante o inciso III do art. 94, como atos de falência, (ii) descumprimento do percentual mínimo, no caso de recuperação impositiva, e (iii) descumprimento de exigências legais. Dentre estas, pode-se mencionar, exemplificativamente, a indicação de

39 Vide item 3.1.

40 Interessante perceber que o Judiciário parece estar atento a essa incongruência e tem tentado mitigar seus negativos efeitos. Exemplo disso é a interpretação de que, muito embora o aditamento de plano de recuperação extrajudicial impositivo deva ser reapresentado em juízo para conferência do quorum de credores que concordaram com a modificação, o pedido de homologação do aditamento não se submete ao requisito temporal de dois anos. Vide TJSP, Agravo de Instrumento 0161134-22.2012.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 13/11/2012.

vício na representação de credores contratantes, a previsão de pagamento antecipado ou mais benéfico a credores sujeitos ao plano⁴¹ e a concessão de tratamento desfavorável⁴² a participantes, signatários ou não, de mesma espécie ou grupo de créditos afetado pelo plano.

Findo o prazo para a apresentação de impugnações, pode o devedor, em exercício do contraditório, sobre elas se manifestar. Em seguida, em cinco dias, deve o magistrado decidir sobre a homologação ou não do plano⁴³. O indeferimento do pedido não impede que o devedor repare as incorreções identificadas e apresente novo pedido de recuperação extrajudicial. Mas, caso algum vício sanável e de fácil superação seja identificado, parece de todo correto permitir que as partes corrijam o erro e, caso seja necessário, em vista do conteúdo da irregularidade identificada, sejam os credores novamente intimados para a apresentação de impugnações⁴⁴. A opção por este caminho, ao invés daquele consistente em denegar a homologação e estimular que novo processo seja iniciado, coaduna-se com a máxima da instrumentalidade do processo, segundo a qual ele dever ser instrumento para o acesso à ordem jurídica justa⁴⁵. Só assim a satisfação da finalidade do processo ganha precedência sobre formalismos e rigorismos incapazes de satisfazer qualquer interesse legítimo.

Não há, no processo de recuperação extrajudicial, procedimento de verificação de créditos e delimitação de um quadro geral de credores, ou seja, não se cogita da habilitação de créditos ou da apresentação de impugnações quanto a cada um

41 Art. 161, § 2º, da LRE

42 Muito embora inexista na lei a previsão de tratamento igualitário a créditos similares (salvo no que se refere àqueles que compõem classe cujo veto seja superado quando da homologação de recuperação judicial, nos termos do art. 58, § 2º), há construção doutrinária aceita pela jurisprudência no sentido de que o princípio da *par condicio creditorum* se traduz, no campo da recuperação, na atribuição de mesmo tratamento aos créditos que abarquem interesses homogêneos (vide, por exemplo, S. C. Neder Cerezetti, *As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial*, in P. F. C. S. Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 365-385). O posicionamento defendido no referido texto foi acatado na 1ª Jornada de Direito Comercial, do Conselho Federal da Justiça, sob o Enunciado 57, que conta com a seguinte redação: “57. O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado”. Como bem indicado por L. F. V. Paiva, não obstante tenha o enunciado sido pensado para a recuperação judicial, o mesmo entendimento pode ser facilmente transposto para o ambiente da recuperação extrajudicial (*Da Recuperação Extrajudicial*, in F. U. Coelho (coord.), *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 326).

43 Note-se que a previsão de prazos curtos permite conferir celeridade à recuperação extrajudicial. Como exemplo, há pedido que foi deferido em menos de três meses. Para mais dados, vide L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, pp. 132-133.

44 No mesmo sentido, vide L. F. Spinelli, R. Tellechea, J. P. Scalzilli, *Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, pp. 136-138, e L. F. V. Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial*, in F. U. Coelho (coord.), *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 343.

45 Cf. C. R. Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo, RT, 1990, p. 437.

dos débitos relatados pelo devedor. Por este motivo, na recuperação extrajudicial impositiva, dúvidas surgem quanto aos efeitos de eventual contestação do passivo alegado na inicial, tanto se ela se referir a valores mencionados quanto se disser respeito à classificação dos créditos indicada pelo devedor. Caso a situação permita uma simples averiguação dos fatos, pode o juiz decidir a questão para os específicos fins da recuperação extrajudicial. Todavia, considerando que não há razoáveis fase de instrução e contraditório, caso inexistir clareza sobre a composição do passivo, caminha-se para a denegação do pedido de homologação do plano impositivo, uma vez que este se fundamenta justamente sobre a constatação de que foi atingida determinada maioria qualificada da espécie ou grupo de créditos sujeito ao plano.⁴⁶

Também não há que se falar em suspensão das ações e execuções em curso contra o devedor (art. 161, § 4º), salvo aquelas relativas aos créditos sujeitos à recuperação extrajudicial. A suspensão, prevista no art. 6º da LRE e condizente com a recuperação judicial, em que se convém atribuir ao devedor ambiente de tranquilidade no relacionamento com os credores em prol da negociação dos termos do plano, não é adotada em sede de recuperação extrajudicial, seja porque as transações entre as partes precedem o próprio ajuizamento do pedido seja porque esta forma de recuperação não abrange todos os créditos concursais existentes na data do pedido. Quanto às demandas em curso iniciadas para executar ou debater créditos sujeitos ao plano, devem elas ser extintas quando do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação extrajudicial, a qual torna definitiva a novação da relação contratual entre devedor e credor.

Interessante previsão legal constante do art. 161, § 5º, impede que o credor, após a distribuição do pedido de recuperação extrajudicial, possa desistir da adesão ao plano sem a concordância expressa dos demais signatários. A disciplina coíbe comportamentos não-cooperativos de credores que, em busca da obtenção de vantagens adicionais, decidissem ameaçar abandonar o ajuste.

Importa, outrossim, mencionar que, mesmo após o ajuizamento da ação, o devedor permanece na administração dos seus negócios. Pode o plano de recuperação, contudo, estabelecer a substituição do devedor, caso as partes identifiquem a medida como relevante para o sucesso da recuperação. De toda forma, não há que se falar em fiscalização do devedor, na medida em que não se prevê nem a nomeação de

46 Em interessante e inovadora decisão, o Juiz Paulo Furtado, da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, entendeu por bem nomear administrador judicial no Processo 1058981-40.2016.8.26.0100 (fls. 24449-24450), que cuida da recuperação extrajudicial do Grupo Colombo. A nomeação - também não prevista em lei - fundou-se exatamente no elevado número de credores e na dificuldade de o juízo apurar, sem qualquer auxílio, a satisfação do quorum legal para a homologação do acordo.

administrador judicial, nem a constituição de comitê de credores, órgãos afeitos aos processos de recuperação judicial e falência.

Aspecto bastante controverso e que gera sugestões doutrinárias de alteração da LRE⁴⁷ diz respeito à incerteza quanto à aplicação, em sede de recuperação extrajudicial, das regras de proteção do adquirente de ativos do devedor contra os riscos de sucessão. Nos termos do art. 166 da LRE, a venda de filiais ou unidades produtivas isoladas previstas no plano de recuperação deve ocorrer, em consonância com a regra de alienação de ativos na falência, pela modalidade de leilão, propostas fechadas ou pregão, todas previstas no art. 142. Ocorre que o art. 141, ao tratar da alienação de ativos promovidas por modalidades contempladas pela lei⁴⁸, indica que o arrematante não responde pelas obrigações do devedor. A dúvida quanto à ausência de sucessão em alienações operadas no curso do processo de recuperação extrajudicial existe porque o art. 166 faz referência ao art. 142 e não ao art. 141, sendo este último o dispositivo a fazer expressa menção ao tema da sucessão. Mas, devido ao fato de que o art. 141 disciplina de forma geral as alienações e faz referência a vendas operadas pelas modalidades disciplinadas no art. 142, parte da doutrina⁴⁹ entende que as alienações de filiais e unidades produtivas isoladas contempladas em plano extrajudicial também se beneficiariam da proteção contra a sucessão. A isenção do adquirente não abrangeria, contudo, os créditos tributários, pois o art. 133, § 1º, do Código Tributário Nacional apenas cita a inexistência de responsabilidade em hipóteses de falência e de recuperação judicial.

Quanto aos efeitos da recuperação extrajudicial, deve-se destacar que a produção deles depende da homologação do plano⁵⁰. Permite-se, contudo, que as partes prevejam contratualmente que as disposições relativas à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários sejam aplicadas desde logo, garantindo-se aos credores, em caso de rejeição judicial do plano, o retorno às condições originais da contratação. Muito embora esta previsão legal se coadune com o propósito de tutela das partes na hipótese de recuperação extrajudicial impositiva, em que, além de se proteger os interesses de credores não signatários, se busca garantir a vinculação dos signatários apenas sob a condição de que os demais credores de mesma espécie ou grupo fiquem sujeitos à renegociação, o mesmo não pode ser dito no que tange à recuperação meramente

47 Vide, por exemplo, L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier, 2014, p. 243, e L. F. Spinelli, R. Tellechea, J. P. Scalzilli, *Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 218.

48 O dispositivo erroneamente faz referência a si mesmo, muito embora seja o art. 142 a mencionar as modalidades de alienação de ativos.

49 Cf. F. Satiro de Souza Jr., in F. Satiro de Souza Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 541-542.

50 Art. 165 da LRE.

homologatória. Ora, na medida em que esta vincula apenas as partes contratantes, não há razão para restringir a liberdade contratual de devedor e credores e limitar a produção de efeitos apenas à modificação de valor ou forma de pagamento.

Por fim, considerando-se que o plano homologado constitui, como visto, título executivo judicial, o credor pode executá-lo caso o devedor descumpra obrigação ali assumida. Importante destacar que se trata de execução a ser livremente distribuída no foro competente para lidar com a obrigação, seja por eleição expressa das partes seja por aplicação da regra geral de competência processual⁵¹. Não se deve, portanto, endereçá-la ao juízo que tenha anteriormente concedido a recuperação e muito menos autuá-la no antigo processo⁵².

4. Conclusão

As poucas linhas acima bem indicam que a recuperação extrajudicial é instituto que carece de aprimoramento legislativo. Muito embora se apresente como instrumento a lidar com dificuldade econômico-financeira de gravidade pouco acirrada, suas características atuais a impedem de cumprir sua atribuição.

Viu-se que a disciplina da recuperação extrajudicial guarda relevantes distinções com relação à da recuperação judicial, o que poderia contribuir para que cada uma delas preenchesse função específica no trato de diferentes graus de crise empresarial. Disso decorreria a conclusão de que os detalhes do quadro de debilidade do devedor e a composição do seu passivo deveriam desempenhar papel fundamental na escolha, pelo devedor, entre a formulação de pedido de recuperação judicial ou extrajudicial. Todavia, ao longo do texto, foram abordadas dificuldades decorrentes de incongruências entre o propósito do instituto e as regras procedimentais que traçam seus principais contornos. Tais incongruências, alinhadas aos empecilhos à criação de verdadeiro ambiente cooperativo entre as partes, tornam a disciplina da recuperação extrajudicial de parca utilidade.

Não por outro motivo, são sugeridas mudanças ao texto da lei e interpretações alinhadas à base principiológica da LRE, as quais se impõem caso efetivamente se deseje fornecer ao empresário medida menos custosa, mais simples e célere de recomposição de dívidas e reestruturação econômico-financeira do que aquela ofertada pela recuperação judicial.

51 Sobre a competência territorial e a possibilidade de eleição de foro, vide C. R. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 614 e ss.

52 Cf. L. F. V. de Paiva, *Da Recuperação Extrajudicial*, in F. U. Coelho (coord.), *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 346.

Conclui-se, assim, pela existência, no Brasil, de determinado grau de debilidade para o qual o empresário não encontra remédio legal. Apenas uma profunda reformulação da recuperação extrajudicial permitiria ao instituto sanar aquelas circunstâncias delicadas que, muito embora de fundo estrutural, não demandam solução tão invasiva quanto a que ora o devedor se vê compelido a utilizar.

Bibliografia

C. S. J. Batista, P. F. Campana Filho, R. Y. Miyazak, S. C. Neder Cerezetti, *A Prevalência da Vontade da Assembléia-Geral de Credores em Questão: O 'Cram-down' e a Apreciação Judicial do Plano Aprovado por Todas as Classes*. in *RDM* 143 (2006), pp. 202-242.

F. K. Comparato, *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, São Paulo, RT, 1970.

C. R. Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo, RT, 1990.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

E. Lemos, *Viabilizando a recuperação sem ou além da lei*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 77-99.

G. A. Martins, *A Recuperação Extrajudicial na Lei 11.101/2005 e a experiência do direito comparado em acordos preventivos*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2009.

E. S. Munhoz, in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 287-293.

S. C. Neder Cerezetti, *A Recuperação Judicial de Sociedades por Ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*, São Paulo, Malheiros, 2012.

_____. *As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial*, in P. F. C. S. Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 365-385.

L. F. V. de Paiva, *Recuperação Extrajudicial: o instituto natimorto*, 28 de julho de 2004, in <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5379,91041-Recuperacao+extrajudicial+o+instituto+natimorto>.

_____. *Da Recuperação Extrajudicial*, in L. F. V. de Paiva (coord.), *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 559-594.

_____. *Recuperação Extrajudicial: O instituto natimorto e uma proposta para sua reformulação*, in P. F. C. S. de Toledo, F. Satiro (coord.), *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 229-263.

_____. *Da Recuperação Extrajudicial*, in F. U. Coelho (coord.), *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, São Paulo, Saraiva (no prelo).

M. R. Penteado, in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 116-123.

V. A. Pugliesi Gardino, *A evolução do tratamento jurídico da empresa em crise no direito brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado), 2006.

Serasa Experian, *Indicador Serasa Experian de Falências e Recuperações*, disponível in http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm.

Serasa Experian, *Últimas notícias*, disponível in <http://noticias.serasaexperian.com.br>.

F. Satiro de Souza Jr., in F. Satiro de Sousa Jr., A. S. A. de M. Pitombo (coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 523-543.

L. P. P. Sica, *Direito Empresarial Atual: Empresa em crise e Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Elsevier.

L. F. Spinelli, R. Tellechea, J. P. Scalzilli, *Recuperação Extrajudicial de Empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

S. Slatter, *Corporate Turnaround*, London, Penguin, 1999.

R. Tebet, Parecer 534/2004, *Diário Oficial do Senado Federal*, 10/06/2004, p. 17856-17908.

T. de M. Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1948.

Regime de insolvência e recuperação de empresa no Brasil. Especialmente a questão dos credores garantidos. ¹

Rodrigo Octávio Broglia Mendes ²

1. Introdução

Nosso objetivo, nesta exposição, é realizar uma descrição, em linhas gerais, do regime de insolvência e recuperação da empresa no Brasil, com uma explicação sobre a questão dos credores garantidos.

2. Os regimes brasileiros de insolvência

Os dois grandes motes de toda a legislação brasileira que trata da insolvência correspondem à liquidação (organização de concurso de credores) e à tentativa de recuperação da empresa em dificuldade (“empresa em crise”). No Direito Brasileiro, a lei mais importante a que devemos nos referir é a Lei nº 11.101/05, que surgiu no curso de uma série de reformas econômicas e que reformulou o instituto da falência. É interessante notar que nessa mesma Lei houve a introdução da recuperação de empresas como grande instituto hegemônico, extinguindo o antigo instituto da concordata.

Assim, a lei brasileira procura disciplinar as recuperações de empresas e a falência, sendo notadamente voltada a empresários (individuais e sociedades empresárias). Nesse sentido, a Lei exclui expressamente de seu âmbito de aplicação as sociedades de economia

1 Este artigo foi elaborado com base nas duas exposições proferidas no 1º Congresso de Direito Comercial da Faculdades de Direito das Universidades de São Paulo (FD USP), do Porto (FDUP) e de Macau, realizado em 17 e 18 de julho de 2014. A primeira teve como objetivo a apresentação do regime de insolvência no Brasil, com o propósito de estimular uma comparação sobre as preocupações comuns entre o regime português e o de Macau. A segunda, tratou da questão dos credores garantidos e a insolvência, falência e recuperação de empresas. Decidi manter o modo da exposição, motivo pelo qual não incluí referências bibliográficas em notas de rodapé, mas menção somente a algumas decisões judiciais. Agradeço os debates que se seguiram, em especial aos ilustres Professores Miguel Pestana de Vasconcelos, Francisco Satiro, Augusto Teixeira Garcia, Doutor José de Souza Lameira e Mariana Fontes da Costa.

2 Professor Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

mista, visto que essas possuem de alguma forma participação estatal, e as instituições financeiras (e similares, tais como as instituições que captam a poupança popular).

Ainda que não seja possível aprofundar o regime jurídico aplicável às instituições financeiras, convém explicá-lo de uma perspectiva geral. A Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Por esta lei, os processos de intervenção e liquidação são decretados e conduzidos pelo Banco Central do Brasil, o que pode ocorrer quando i) uma instituição financeira sofrer prejuízos, decorrentes de má administração, sujeitando seus credores a riscos; ii) for verificada a ocorrência de infrações à legislação bancária que não tenha sido regularizada após determinação do Banco Central ou iii) existir um dos atos que poderiam justificar o pedido de falência. Sendo possível evitar a liquidação, o Banco Central decreta a intervenção. Se, mesmo com essa medida, não for possível sanar as anormalidades nos negócios da instituição financeira, decreta-se a liquidação extrajudicial. A intervenção e a liquidação implicam na indisponibilidade dos bens dos administradores da instituição financeira em questão, para que a responsabilidade seja apurada. Para efetivar essa constrição e apuração de responsabilidade, o Ministério Público Estadual propõe uma ação cautelar de arresto dos bens dos administradores, que é uma medida preparatória de uma ação de responsabilidade, pela qual se procurará condenar os administradores e acionistas controladores, solidariamente, na reparação dos prejuízos causados. Trata-se de uma lei extremamente dura, cuja reforma vem sendo discutida hoje em dia.

O importante a mencionar sobre a Lei nº 6.024/74 é que ela também prevê, para além da liquidação extrajudicial, a falência destas instituições (instituições financeiras, companhias seguradoras, sociedades de capitalização, com exclusão das cooperativas de crédito que, não obstante poderem ter sua liquidação extrajudicial decretada, não estão sujeitas a falência). No entanto, quando ela se reporta à falência, refere-se à Lei geral de falência, havendo uma primeira incoerência aparente entre essas duas Leis: a Lei nº 11.101 não se aplica às instituições financeiras e a Lei nº 6.024, anterior à Lei nº 11.101, afirma que a lei específica deve ser aplicada ao regime da falência. A verdade é que existe uma pretensão legislativa de uma nova Lei para estes regimes especiais de liquidação das instituições financeiras e há, também, um dispositivo na Lei nº 11.101 (art. 197) reiterando que, enquanto não for publicada essa Lei, aplicar-se-á a Lei nº 6.024 e, subsidiariamente, a Lei nº 11.101.

Com essa breve explicação, podemos começar a tratar do regime geral de insolvência no direito brasileiro.

3. O regime dos não empresários

Com relação ao regime dos não empresários, existem poucas regras no sistema jurídico brasileiro: uma disciplina do concurso de credores dos privilégios do código civil (arts. 955-965) e um procedimento de execução contra devedor insolvente no vigente código de processo civil (art. 748 e ss.).

A aplicação do regime de insolvência civil tem sido cada vez menos utilizado na prática, suscitando uma discussão para a propositura de um regime de insolvência para os consumidores com problemas de superendividamento e necessidade de um *fresh start*, bem como para alguns casos de sociedades que exercem atividade econômica mas que não estão sujeitas ao regime da insolvência empresarial, como é o caso das sociedades cooperativas.

4. Pontos importantes da Lei nº 11.101

Como mencionado, a Lei nº 11.101 tem como base uma série de reformas econômicas. Os dois objetivos que informaram a política legislativa consistem, de um lado, propiciar a recuperação da empresa em crise e, de outro, permitir segurança na satisfação dos créditos garantidos, barateando o custo do dinheiro e facilitando a concessão de crédito. Esses objetivos são comuns nos regimes de insolvência e chegou-se a sustentar que, historicamente, verifica-se um movimento pendular entre estas duas políticas legislativas. O regime da Lei nº 11.101 pretendeu prestigiar esses dois objetivos simultaneamente, mas existem certos casos em que eles podem se apresentar em conflito.

Neste tópico, tentaremos transparecer os pontos mais importantes dessa Lei, levando em considerando os objetivos do legislador.

4.1. O princípio da preservação da empresa: uma mudança de perspectiva

A nova Lei procura efetivar o restabelecimento da empresa em crise, permitindo que, não obstante as dificuldades, possa recuperar a sua capacidade financeira e retomar as suas atividades a contento. É o reconhecimento da importância socioeconômica da empresa e disto decorre a consagração do princípio da preservação da empresa como basilar do ordenamento.

4.2. Barateamento do crédito

O segundo objetivo, que veio na reforma da legislação de insolvência muito influenciado pelas recomendações do Banco Mundial, é a tentativa de barateamento do crédito. O crédito no Brasil sempre foi uma questão de preocupação, pois sempre foi muito caro. A inadimplência representou um componente importante na composição dos juros no Brasil. Ou seja, crédito era algo muito caro para se obter e a dificuldade de recuperá-lo dos devedores inadimplentes um dos motivos normalmente imputado aos juros altos, além da morosidade do judiciário. Considerando que diversas falências se arrastavam por muito tempo, tentou-se melhorar esses procedimentos, modificando um pouco a classificação dos credores e de seus privilégios. Os credores, com garantia real, passaram a ser os segundos a receber, logo após os créditos trabalhistas limitados a cento e cinquenta salários mínimos. Além disso, prestigiou-se as transferências de propriedade em garantia, reconhecendo-se que esses bens não compõem o patrimônio do devedor em recuperação.

Assim, verificamos que, logo depois da promulgação da Lei, houve um incremento muito grande de constituições de operações com garantias fiduciárias, tais como alienação fiduciária de bens móveis, alienação fiduciária de bens imóveis e cessão de crédito, gerando impactos que serão analisados no próximo ponto.

4.3. Insolvência, credores e garantias

As garantias são aqueles instrumentos que os credores exigem para que possam buscar a satisfação do seu crédito na hipótese do inadimplemento pelo devedor. A partir de um ponto de vista doutrinário podemos apontar três tipos de garantia: as fidejussórias, as reais e as transferências de propriedade em garantia.

4.3.1. Insolvência e garantias fidejussórias

As garantias fidejussórias, aquelas em que um terceiro obriga-se a saldar uma dívida no caso do inadimplemento do devedor principal, possuem relevância no contexto do regime de insolvência. Em primeiro lugar porque as concessões de crédito aos empresários são instrumentalizadas, na maioria das vezes, por títulos de crédito (sendo talvez o mais representativo a Cédula de Crédito Bancário), em que normalmente se exige o aval dos sócios da sociedade empresária. Em segundo lugar porque a Lei nº 11.101 estabeleceu que, na recuperação judicial, não obstante ocorra a suspensão das ações de execução contra o devedor, as garantias prestadas não sofrem qualquer prejuízo. Assim, em tese, o credor poderia continuar suas ações contra os fiadores e avalistas.

Isso gerou uma verdadeira avalanche de pedidos ao judiciário brasileiro no sentido de que esse favor do *stay period* se estendesse aos coobrigados, aos avalistas e fiadores. O argumento do qual os garantidores passaram a sustentar consistia em afirmar que, por uma certa vinculação entre acessório e principal (o que pode fazer algum sentido para a fiança, mas não para o aval), um benefício legalmente concedido aos devedores também deveria ser estendido aos garantidores.

O Judiciário brasileiro, por decisão do Superior Tribunal de Justiça³, negou a possibilidade de extensão do *stay period* aos garantidores e avalistas, possibilitando que a execução continuasse contra estes.

A questão dos efeitos da recuperação judicial sobre os garantidores, contudo, não se restringe ao problema relativo à suspensão das ações de execução. Ainda de acordo com o argumento da acessoriedade, chegou-se a cogitar sobre quais os efeitos que a aprovação do plano de recuperação projetaria sobre os garantidores. Isso porque o artigo 59, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias.

Assim, a se seguir a concepção civilística tradicional acerca da novação, a extinção da obrigação beneficiaria também os garantidores, por força dos artigos 364 e 365 do Código Civil. Esse foi o argumento levado ao Superior Tribunal de Justiça, que a prevalecer, contudo, precisar-se-ia conferir algum sentido à parte final do artigo 59, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 que diz que a novação far-se-ia *sem prejuízo das garantias*.

Na mesma decisão referida acima, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que a novação estabelecida pela Lei nº 11.101/2005 é diversa da estabelecida no Código Civil, pelo que a novação na recuperação judicial mantém as garantias, que somente poderão ser suprimidas ou substituídas por expressa aprovação do credor titular da respectiva garantia. Assim, trata-se de uma novação *sui generis*.

4.3.2. Insolvência e garantias reais

Os credores titulares de garantia real possuem um tratamento diferenciado na recuperação judicial e na falência.

Em primeiro lugar, um dos aspectos do tratamento diferenciado aos credores titulares de crédito com garantia real, na recuperação judicial, decorre da sua participação

3 Recurso Especial nº 1.333.349/SP, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 26.11.2014, DJE 02.02.2015

na assembleia geral de credores, que é órgão da comunhão dos credores que tem competência para se manifestar sobre o plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, bem como de outra matéria que possa afetar interesses dos credores.⁴

A Lei nº 11.101/2005 organiza os credores, para os fins de deliberação da assembleia, em quatro classes. Na linguagem corrente, é comum referir-se às classes pelo número dos incisos do artigo 41 da Lei nº 11.101/2005, que estabelece quais são as classes que compõem a assembleia geral de credores. Assim, a classe I é composta pelos credores titulares de crédito derivados da legislação do trabalho ou decorrente de acidentes do trabalho; a classe II pelos credores com garantia real (mas sempre levando em consideração o valor do bem gravado – se o crédito superar o valor do bem gravado, o restante será considerado como integrante da classe III); a classe III pelos quirografários, com privilégio especial ou geral e, ainda, os subordinados; e a classe IV, introduzida pela Lei Complementar nº 147/2014, que é composta pelos credores microempresas ou empresa de pequeno porte.

Na falência, os credores com garantia real serão os segundos, na classificação dos créditos, a serem pagos. No sistema de liquidação vigente no direito brasileiro, isso significa que o valor do bem gravado será a referência para que o credor titular de garantia real participe no rateio decorrente do valor obtido com a liquidação dos ativos. Assim, importa ressaltar que, no direito brasileiro, os credores com garantia real não têm direito à excussão exclusiva do bem gravado, isto é, no caso de alienação deste bem, o produto da alienação não será destinado à satisfação exclusiva do crédito daquele credor que era o titular da garantia real.

Portanto, de acordo o regime jurídico brasileiro, os credores titulares de garantia real, na falência, possuem um lugar privilegiado na participação do *pool* de credores, que serão pagos com o produto da alienação dos bens da massa, após os credores trabalhistas até cento e cinquenta salários mínimos.

4.3.3. Insolvência e transferência de propriedade em garantia

Em razão dessas características do direito brasileiro relativo às garantias fidejussórias e reais, verifica-se que depois do advento da Lei nº 11.101/2005 houve um significativo incremento das transferências de propriedade em garantia.

O direito brasileiro prevê a constituição de alienação fiduciária em garantia de bens móveis no âmbito do mercado financeiro e de capitais, estabelecido pelo artigo 66-B

4 O artigo 35 da Lei nº 11.101/2005 estabelece o rol das competências da assembleia geral dos credores.

da Lei nº 4.729, de 15 de julho de 1965, incluído pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, sendo que o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, alterado pela Lei nº 10.931/2004, estabelece o procedimento judicial para excussão dessas alienações fiduciárias constituídas no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como aquelas para garantia de débito fiscal ou previdenciário⁵; a alienação fiduciária de coisa imóvel, disciplinada pelos artigos 22 a 33 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, com alterações posteriores⁶; e regras gerais no Código Civil sobre propriedade fiduciária de coisa móvel infungível (artigos 1.361 a 1.368-B)⁷

A vantagem desses mecanismos de transferência da propriedade em garantia, do ponto de vista do regime de insolvência, é que os bens permanecem no patrimônio do credor, de modo que no caso de inadimplemento, ainda que o devedor venha a pedir a recuperação judicial ou a falência, o credor sempre terá a possibilidade de reavê-los. Do ponto de vista da recuperação judicial, contudo, vale a pena ressaltar que o artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que o credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não terá seu crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, mas que durante o período de suspensão das ações de execução, ele não poderá retirar do estabelecimento do devedor os bens de capital essenciais a sua atividade.

4.3.4. Insolvência e cessão fiduciária de crédito

Dentre essas modalidades de transmissão da propriedade em garantia, é digno de nota na prática comercial brasileira o uso expressivo da cessão fiduciária no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

A cessão fiduciária é celebrada com fundamento no artigo 66-B, §3º da Lei nº 4.728/65, incluído pela Lei nº 10.931/2004, que estabelece que “é admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária e do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial extrajudicial, devendo aplicar o

5 Art. 8º-A do Decreto-lei nº 911/69, alterado pela Lei nº 1.931/2004

6 No que diz respeito às regras sobre alienação fiduciária, a Lei nº 9.514/97 sofreu alterações da Lei nº 11.481, de 2007; da Lei nº 12.810, de 2013, da Lei nº 13.043, de 2014; e da Medida Provisória nº 700, de 2015

7 O artigo 1.367 do Código Civil foi alterado pela Lei nº 13.043/2014, que também incluiu o artigo 1.368-B. Além disso, a Lei nº 10.931/2004 incluiu o artigo 1.368-A.

preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.”

Com o objetivo de se evitar a constituição de penhor de créditos, garantia real cuja possibilidade de substituição ou renovação no processo de recuperação judicial foi expressamente disciplinada pelo artigo 49, §5º, da Lei nº 11.101/2005, os credores financeiros começaram a exigir como garantia a cessão fiduciária de créditos da titularidade do devedor, em muitos casos abrangendo créditos futuros e o próprio faturamento total da sociedade. Na *praxis*, estruturavam a operação de cessão fiduciária de tal modo que os créditos decorrente do faturamento do devedor deveriam ser pagos em uma conta bancária sob a gestão da instituição credora. Essas operações passaram a ser referidas como trava de domicílio bancário.

Contudo, foi levado ao Judiciário brasileiro a questão de se saber se essas operações em que se realizava a “trava de domicílio bancário”, a rigor, estariam sujeitas efetivamente ao regime do artigo 49, §3º ou ao do artigo 49, §5º da Lei nº 11.101/2005.

E o problema material por detrás da discussão jurídica era bem sensível: como os créditos e títulos de crédito não podem ser considerados “bem de capital”, no caso de recuperação judicial os credores titulares de posição de proprietário fiduciário não só não estariam sujeitos aos efeitos da recuperação judicial como, também, não incidiria a parte final do artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, que estabelece que não se pode tirar do estabelecimento do devedor os bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Ocorre que como, por vezes, as cessões fiduciárias tinham como objeto o faturamento do devedor, o efeito que a excussão da garantia poderia gerar é muito similar ao que se pretendia evitar com a parte final do artigo 49, §3º, da Lei nº 11.101/2005, visto que sem poder receber créditos e destinar o dinheiro às atividade essenciais, o devedor não teria como se recuperar.

Só que a aplicação do regime estabelecido no artigo 49, §5º da Lei nº 11.101/2005 também é problemática, porque ele foi pensado para o penhor de crédito e não para a cessão fiduciária. Ainda que o efeito dessas garantias pode ser similar, há uma diferença importante no regime, já que o credor pignoratício submete-se à recuperação judicial, o cessionário fiduciário não.

Com esse argumento, os devedores procuraram afastar a trava de domicílio bancário. De fato, foram proferidas algumas poucas decisões que sufragaram esse entendimento, aplicando às cessões fiduciárias o quanto disposto no artigo 49, §5º da Lei nº 11.101/2005.

Contudo, tem se verificado a formação de uma jurisprudência dominante, inclusive com julgados do Superior Tribunal de Justiça que, sob uma perspectiva mais formalista, reconhece que os credores com garantia de cessão fiduciária não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. Muito embora essa jurisprudência, de fato, coaduna-se com o direito positivo, será necessário pensar uma disciplina mais clara para os efeitos decorrentes do fato do devedor não poder utilizar esses recursos financeiros, objeto da cessão fiduciária, na sua recuperação.

Essa situação, que merece melhor reflexão, fica mais clara quando se está adiante de uma hipótese, ainda não trabalhada de forma bem clara na jurisprudência, em que a totalidade do faturamento futuro de uma empresa em recuperação judicial foi objeto da cessão fiduciária. A se consagrar o entendimento ora vigente, que prestigia a garantia do crédito, estar-se-á colocando em questão a possibilidade de recuperação da empresa. Isto é: se tutelarmos a garantia do crédito, dessa maneira, a empresa não terá meios para se recuperar; se os meios forem utilizados para a recuperação da empresa, a segurança do crédito é prejudicada. Dessa forma, os dois valores legislativos entram em uma relação paradoxal. Para resolvê-la, penso que devemos começar a questionar qual é a eficácia da cessão fiduciária do faturamento futuro, nos casos de recuperação judicial.

No caso de falência, ocorre a resolução dos contratos e, portanto, o fluxo de receitas, de qualquer forma, não será recuperado.

Como se vê, esse é um tema que ainda merecerá maior reflexão no direito brasileiro, de modo que a garantia não se mostre, para o credor, uma vitória de Pirro.

4.4. Maior participação dos credores: uma realidade?

Outro ponto importante na concepção legislativo foi conceder aos credores um protagonismo maior no processo de recuperação judicial e falência.

Como dito anteriormente, a participação dos credores efetiva-se mediante as deliberações na assembleia geral dos credores. Na recuperação judicial, caberá a esse órgão examinar o plano de recuperação proposto pelo devedor, aprovar ou rejeitá-lo, podendo acompanhar sua execução. O plano proposto pelo devedor pode prever uma série de formas de recuperação da empresa, como vendas de ativos, emissão de valores mobiliários, dentre outros, mas a grande medida utilizada na prática é a concessão de descontos e condições especiais, de prazos e de juros de remuneração das dívidas. A rigor, esses meios podem ser objeto de negociação com os credores. Dessa forma, apesar da Lei estabelecer uma série de formas de recuperação da empresa, o que se verifica na

prática é que muitas das vezes esse grande *rol* de possibilidades costuma a se restringir a descontos expressivos nas dívidas (dos credores garantidos e, em muitos casos, dos credores quirografários).

A maneira pela qual tal plano é criado na prática depende da quantidade de credores em cada classe e se é possível, dentro dessas classes, subdividir, por exemplo, credores com garantia real e quirografários. Às vezes, é possível organizar as classes em subgrupos, de modo que alinhar os interesses potencialmente conflitantes dentro de uma mesma classe.

5. Impactos da Lei nº 11.101

No ponto anterior, diversas questões relacionados aos objetivos fomentados pela nova Lei foram mencionadas. Resta saber quais foram as consequências geradas pela promulgação da nova Lei.

Em primeiro lugar, um dos impactos mais significativos foi a diminuição dos pedidos de falência no Brasil. De 2005 até novembro de 2015, 6.199 recuperações judiciais foram requeridas, sendo que, destas somente 1.611 foram deferidas e homologadas. Muitas dessas recuperações ainda não foram processadas ou, se processadas, foram indeferidas porque os credores não aprovaram o plano. Além da recuperação judicial, existe a possibilidade de recuperação extrajudicial. Mas, desde a promulgação da Lei nº 11.101/2005, foram muito poucos os pedidos de recuperação extrajudicial. No mesmo período, cerca de 12 mil falências foram decretadas. Apesar da queda de pedidos de quebra, tal número decorre de uma série de falências pedidas com base na Lei antiga. Assim, há um sinal indicativo de uma certa efetividade do objetivo legislativo. Em outras palavras, a redução do número de falências e o incremento do número de recuperações judiciais sugerem que o objetivo legislativo vem sendo alcançado.

Ademais, é importante ressaltar que a crise de 2008 foi o momento em que a Lei foi colocada à prova. Uma série de recuperações surgiram, como exemplo no setor sucroalcooleiro, e não se tem verificado que muitas empresas tenham efetivamente concluído os planos e se recuperado. Portanto, a dúvida que existe é se os objetivos da Lei, anteriormente mencionados, estão efetivamente sendo atingidos. Esses números sugerem que sim, mas há ainda que se investigar se houve efetiva recuperação de empresas em decorrência da Lei nº 11.101.

Um ponto que merece atenção é o que diz respeito à concessão de desconto das dívidas como o modo predominante de recuperação da empresa. Há uma certa impressão criada entre os credores, bastante razoável, que é muito melhor perseguir o processo de recuperação, ainda que com expressivos descontos, do que deixar a empresa falir. Com o processo de recuperação, os credores vislumbram alguma chance de receber o seu crédito – ainda que por um valor bem reduzido – e, na falência, a percepção é que a probabilidade beira a zero.

Essa situação nos remete à figura, mencionada pelo comercialista brasileiro José Xavier Carvalho de Mendonça, do “credor refém”, isto é, aquele credor que passa a ficar muito suscetível ao devedor no processo de barganha da recuperação. Penso que essa figura ajuda a ilustrar alguns outros problemas que estão sendo discutidos no Judiciário brasileiro.

O primeiro deles se relaciona ao limite da autonomia privada na deliberação dos planos. A questão aqui diz respeito à possibilidade de, na assembleia de credores, chegar-se à aprovação do plano com expressivos descontos e credores dissidentes arguirem se, naquelas condições, teria havido uma decisão assemblear inválida, porquanto estaria impondo uma novação sobre créditos dos credores dissidentes que não reduziram somente os juros, mas também o principal. Esse foi o núcleo do argumento, ainda que ele tenha sido formulado de maneira a envolver questões constitucionais também. Essa discussão tem se desenvolvido no Judiciário brasileiro, com algumas decisões no Tribunal de Justiça de São Paulo anulando o plano que concede descontos excessivos, dentre outros motivos, por ser uma grande demonstração de não ter viabilidade econômico-financeira. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, tem se manifestado no sentido de negar a possibilidade de anulação do plano por uma avaliação judicial da viabilidade econômico-financeira do plano.

Um segundo exemplo de problema que deverá ser objeto de discussão no judiciário brasileiro tange à questão já debatida da cessão fiduciária de créditos, principalmente quando se tem por objeto parcela expressiva do faturamento futuro do devedor. Aqui, ao se ter uma perspectiva mais formalista da disciplina legal, o credor efetivamente tem um grande poder de barganha e não está de forma alguma na situação de refém. Contudo, essa situação pode impedir a recuperação da empresa em crise, já que a empresa não teria um fluxo de receitas que lhe permitisse o giro necessário para a sua recuperação. Caso esse problema venha a ser enfrentado pela via jurisprudencial e uma flexibilização da concepção formalista se coloque, o cuidado que deveremos ter é de não colocar os credores com garantia de cessão fiduciária na posição de “credores refém”.

6. Futuros desafios

É conveniente mencionar alguns desafios que o regime jurídico da empresa em crise deverá enfrentar no cenário brasileiro. Menciono dois.

6.1. Insolvência transnacional, globalização e o Direito Brasileiro

O primeiro, diria respeito ao fato da globalização e a necessidade de se pensar na insolvência das empresas transnacionais. Diante de uma economia altamente globalizada, regras de recuperação ou insolvência transnacional passam a ter de uma grande relevância. Além das discussões mencionadas anteriormente, é importante verificarmos de que modo o ordenamento jurídico brasileiro se relaciona com essas regras transnacionais. Para tanto, é importante o estudo dos mecanismos de cooperação entre juízes nos casos de insolvência transfronteiriça, o que ainda requer maiores esforços seja da doutrina, seja do legislador.

6.2. Insolvência em sociedades em grupos societários

O segundo é um outro tema de grande importância e corresponde às insolvências ou pedidos de recuperação em sociedades em grupos societários. Talvez hoje o exemplo maior que nós temos no Brasil seja a recuperação da sociedade OGX, que, por conta dos financiamentos cruzados das sociedades do grupo e dos *covenants*, o *default* poderia levar a um pedido de recuperação de todas as sociedades do grupo, ou seja, o inadimplemento de uma das sociedades implicaria no inadimplemento de outra(s). Essas questões são bastante complicadas, principalmente porque, às vezes, alguns devedores colocam em um mesmo rol todos os credores de sociedades diferentes, o que pode produzir efeitos deletérios para a recuperação, tendo em vista as dificuldades para determinar os quóruns de deliberação.

7. Perspectivas de mudança

Por fim, menciono algumas propostas de mudança legislativa no regime de insolvência no direito brasileiro.

Do ponto de vista dos regimes especiais, há debates para reforma da Lei nº 6.024 que disciplina a intervenção e liquidação das instituições financeiras. Digno de nota são,

ainda, os projetos que procuram lidar com o superendividamento dos consumidores no Brasil. Em um período com ampla concessão de crédito, verificou-se a necessidade de mudanças legislativas para criar possibilidades para o consumidor se recuperar, inclusive com um *fresh start*, embora existam resistências à possibilidade de se incluir os créditos tributários nesse tratamento.

Esse projeto tem grande importância se pensarmos também na pessoa natural, independente de estar na posição de consumidor, visto que há uma certa prática judicial no sentido de interpretar extensivamente os pressupostos de desconsideração da personalidade jurídica, o que faz com que as dívidas da sociedade, principalmente as trabalhistas e algumas cíveis, alcancem os sócios. Quando isso acontece, percebe-se que o problema das dívidas é de difícil solução, dada a inexistência de um processo efetivo de insolvência civil. Assim, tal projeto, considerando as particularidades da realidade brasileira, tem grande relevância.

Por fim, embora a Lei nº 11.101 tenha apenas 10 anos, dois projetos (de código comercial) de reforma devem ser mencionados. O Código Comercial brasileiro é de 1850, anterior ao primeiro Código Civil. Sua primeira parte (sobre direito comercial terrestre) foi revogada pelo Código Civil de 2002, permanecendo apenas a parte que trata do direito marítimo. Atualmente, existem dois projetos em discussão, um na Câmara dos Deputados e outro no Senado. Ambos possuem propostas no sentido de alterar a Lei nº 11.101. O projeto que segue na Câmara dos Deputados é mais pretencioso, visto que sugere a permanência, na Lei de Recuperação e Falência, apenas das regras de procedimento, deixando no Código as regras de caráter material.

Já o projeto do Senado traz algumas modificações pontuais na Lei nº 11.101, tais como a alteração da composição do comitê de credores, a possibilidade de acordos através de sindicato laboral, a extensão dos prazos para pagamento dos créditos trabalhistas e o oferecimento de um plano de recuperação no caso de omissão do devedor. Ademais, o projeto possui várias regras de insolvência transnacional, que, antes de implementadas, ainda precisam ser bastante discutidas, dado o seu estágio preliminar.

Essas são, em linhas gerais, as principais questões sobre o regime jurídico da insolvência no Brasil.

A responsabilidade do administrador de insolvência.¹

Tiago Azevedo Ramalho²

1. Propósito, objecto, contexto

I. No contexto da repartição dos temas entre os diferentes oradores, foi-me distribuída a matéria da “responsabilidade do administrador de insolvência” no Direito português. Um tal tema pode ser reformulado numa questão com o seguinte teor: como é que, entre nós, o administrador de insolvência pode ser responsabilizado?

Onde se reúnam sobretudo civilistas e comercialistas – e interessados em Direito Civil e Comercial – virá de imediato à ideia a figura da *responsabilidade civil*. Em todo o caso, o alcance da ideia de responsabilização é mais amplo: as regras relativas à destituição por justa causa subjectiva são, também elas, regras com uma dimensão *responsabilizatória* (simplesmente, não em sentido *reactivo*, procurando ressarcir um dano gerado, mas em sentido *prospectivo*, visando evitar que aquele que incumpriu os seus deveres continue a exercer funções e prevendo por isso causas atributivas do direito potestativo de fazer cessar a relação de administração); ainda no contexto jurídico-privado, as próprias regras de remoção do enriquecimento indevido, seja por aplicação formal do regime do enriquecimento sem causa, seja pela mediação de uma qualquer outra regra (ex. 1161.º, e), CC, regra que obriga o mandatário a entregar ao mandante tudo aquilo quando recebeu em exercício do mandato), têm também nalguma medida, mormente quando alguém se recusa a restituir tais valores, uma tal dimensão.

Se ultrapassarmos as fronteiras do Direito Privado, deparamos bem-assim continuamente com institutos que, no seu horizonte, respondem e enquadram um problema

1 Sem prejuízo de algum desenvolvimento entretanto dado ao tema, o presente texto verte, no essencial, o teor da comunicação oral feita em 18 de Julho de 2014. O texto conserva por isso a sua matriz coloquial. À falta de referência expressa, os artigos citados integram o CIRE. Por EAJ entende-se o Estatuto do Administrador Judicial. Ao Senhor Doutor L. M. Pestana de Vasconcelos agradeço o convite para a apresentação da comunicação.

2 Assistente convidado da FDUP.

de responsabilidade: modalidades de responsabilidade disciplinar, formas responsabilidade tributária, a responsabilidade contra-ordenacional, e, enfim, a responsabilidade penal. E, na verdade, cada um destes segmentos normativos se interessa nalguma medida, mediata ou imediatamente, pela actuação do administrador de insolvência.

De todo este conjunto de matérias, o objecto desta exposição está limitado à responsabilidade civil: a esse conjunto de regras que determinam como, e em que termos, alguém deve ser chamado a suportar dano sofrido por outrem. A exposição limita-se, portanto, ao estatuto comum de responsabilidade, aquele a que faz referência o art. 59.º CIRE.

Como caso de referência, toma-se uma insolvência de sociedade comercial; por outro lado, considerarei apenas a responsabilidade do administrador de insolvência, sendo o regime analogamente aplicável à responsabilidade do administrador judicial provisório e do fiduciário.

II. A matéria da actuação (e, reactivamente, da responsabilidade) do administrador de insolvência pode ser tratada sob dois ângulos: do ponto de vista puramente normativo, procurando determinar quais as regras que balizam a sua actuação; ou do ponto de vista *hoc sensu* positivo, procurando apurar em que termos o administrador exerce de facto as suas funções, em que termos o Direito é levado à prática e se deixa realizar na prática.

Convém distinguir com clareza os dois planos. Se é certo que uma desadequada regulação normativa pode revelar-se um empecilho prático, é certo também que há uma miríade de problemas no processo de realização do Direito que em nada contendem com a regulação normativa; e que, nessa medida, também não se podem resolver nesse plano. Ao plano normativo só se pede que determine com clareza qual o espaço de actuação conferido a cada um; em tudo o que ultrapasse essa dimensão, estamos dependentes da circunstância de o homem, na actuação prática, se conformar ou não com esses ditames.

Que, enfim, um modelo jurídico de organização é em larga medida indiferente ao efectivo sucesso de uma concreta actividade, é ponto demonstrado pelo Direito societário: apesar da grande similitude formal entre diferentes sociedades de capitais, apesar, pois, de seguirem fundamentalmente a mesma estrutura, umas geram lucros constantes, outras entram naquilo que nos reúne hoje: a insolvência. A razão para uma tal diferença não se há-de encontrar, portanto, no quadro jurídico aplicável, mas na *concreta actuação* dos órgãos dirigentes e dos trabalhadores de cada sociedade.

Só tratarei, aqui, do problema normativo. Porventura não será, se tomarmos o problema da administração da justiça no seu todo, o mais relevante. Em todo o caso: se é

facilmente pensável a hipótese de um bom modelo normativo que, por variadas razões, não se deixa levar a prática, dificilmente encontraremos uma boa *praxis* sem um bom quadro de regulação. Pois onde não resultem claros os feixes de deveres, as causas de responsabilização, etc., multiplicam-se os focos de litígio evitável – ou, se quisermos, de *meta-litígio*: pois é a própria *existência* do quadro jurídico que é colocada em questão.

III. Centremo-nos, pois, nas regras que balizam a eventual chamada à responsabilidade civil do administrador de insolvência. A responsabilidade civil tem, já se disse, propósito *reactivo*: surge uma obrigação de indemnização em reacção a um evento danoso, para precisa remoção dos efeitos desse acto. Um tal evento, para estarmos perante uma concreta hipótese de responsabilidade, deve poder *imputar-se* a alguém. E estando finalmente em jogo uma forma de responsabilidade subjectiva, essa imputação há-de ancorar-se na violação de um certo dever de comportamento. Ou seja: via de regra, apesar da responsabilidade civil ter natureza *reactiva*, supõe que haja já um certo estatuto activo prévio, uma certa *regula agendi* cuja violação determina uma resposta da ordem jurídica. Se no campo delitual comum estes deveres de actuação pouquíssimo destaque merecem (*quasi* puro desvalor do resultado), no campo especificamente *obligacional* ou no do *exercício de funções* assumem primeiro relevo.

A responsabilização pressupõe, pois, um certo quadro deôntico; tratando-se de responsabilidade por exercício de funções, um *estatuto prévio* que o explicita. (Também por essa razão, aliás, se deve dizer administrador *de* insolvência e não *da* insolvência, como constantemente se refere no CIRE: pois aquilo que considera não é, v.g., a responsabilidade do administrador *nesta* ou *naquela* insolvência; mas os termos gerais e abstractos mediante os quais alguém, sendo chamado a desempenhar tais funções, e na medida em que as exerce, deve ser chamado a responder.) Nesta medida, é essencial apurar, em sentido geral, quais as funções que cumpre ao administrador de insolvência desempenhar; pois é em função do *tipo de dever* em causa que chamaremos um certo *tipo* de responsabilidade.

2. Objecto de administração e a finalidade da administração

2.1. Dupla dimensão do processo de insolvência

I. Quanto se pergunta pela responsabilidade do administrador de insolvência, pergunta-se, afinal, pelo modo pelo qual se pode responsabilizar *alguém*, pessoa singular, por actos danosos por si praticados no exercício de funções. Se o administrador de in-

solvência pratica um acto danoso *fora de funções*, responderá nos termos comuns da responsabilidade, não na qualidade de administrador de insolvência. Nestes termos, a *função* administrador de insolvência recorta normativamente um certo conjunto de actividades praticadas por uma certa pessoa, sujeitando-as, pois, a um regime especial.

Antes de abordarmos a responsabilidade do administrador de insolvência, deveremos por isso começar por identificar as suas concretas funções. Pois só uma vez conhecendo as funções que é chamado a exercer se poderá, pura e simplesmente, apurar se as exerceu ou não, se há ou não um potencial caso específico de responsabilidade.

II. Mas para compreender as funções do administrador de insolvência, é preciso, antes de mais, sondar o propósito do processo de insolvência. É que o administrador, na medida em que é “órgão da insolvência”, encontra-se ao serviço da realização das finalidades do processo falimentar: se a função faz o órgão, então é o propósito do processo de insolvência que deve começar por merecer a nossa atenção.

É importante fazer notá-lo, na medida em que o processo de insolvência conhece materialmente duas grandes fases com finalidades distintas. E a actividade do administrador de insolvência não é a mesma em cada um dos momentos.

III. Na primeira fase declara-se a situação de insolvência e forma-se, com a sentença que lhe respeita, um *título de execução universal*. Caso, pois, se conclua pela insolvência do devedor (proferindo-se um juízo sobre a sua posição jurídico-económica), inicia-se o procedimento de liquidação propriamente dito.

Nesta primeira fase, porque ainda não declarada a insolvência, o administrador de insolvência não intervém³. Quando muito, poderá ser designado cautelarmente um administrador judicial provisório (31.º, 2).

III. Com a sentença de declaração de insolvência, inicia-se uma segunda fase do processo de insolvência. Atestada a insolvência do devedor, abre-se a porta ao procedimento de liquidação. É aqui que o administrador de insolvência entra em pleno.

Doravante, a finalidade *natural* da actuação do administrador há-de ser a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos credores da insolvência. Finalidade *natural*, dizemos, na medida em que não é *necessária*: é para aí que, por certo, naturalmente

3 Mas intervém, a título ancilar, a propósito do incidente para a qualificação de insolvência: deve fornecer elementos informativos sobre o devedor ao julgador – elementos a que tem acesso por força da actividade de administração em que está investido – para que o julgador possa mais bem ajuizar (cf., v.g., 188.º, 1).

tende o curso da insolvência; em vontade colectiva regularmente formada, podem porém os credores da insolvência modificá-lo (*if.* 2.2.V).

IV. Ora, porque é o administrador de insolvência o responsável por conduzir a liquidação da massa, pode com efeito dizer-se, embora a pronúncia se deva limitar entre nós a esta dimensão do processo, que é a figura central da insolvência⁴ - embora com mais propriedade se devesse afirmar que é a figura central do processo de *liquidação*. Do ponto de vista estrutural, trata-se de uma fase que se aproxima bastante – nas valorações que lhe são tão próprias – dos processos de jurisdição voluntária: o escopo principal da actuação não é, aqui, a resolução de um litígio, mas a composição, no exercício de poderes públicos, de relações jurídicas privadas no interesse de pessoas jurídicas privadas.

2.2. *Iter* do processo de liquidação

I. Ao longo destes dois dias, têm sido muito consideradas dimensões do processo de insolvência distintas da liquidação da massa. Todavia, na medida em que é esse o campo próprio de actuação do administrador de insolvência, há alguma conveniência em convocar os elementos fundamentais do processo de liquidação.

O nosso momento *a quo* é, como se referiu, a sentença de declaração de insolvência. A partir desse momento:

- a) O administrador de insolvência passa a ter legitimidade exclusiva para exercer os direitos de natureza patrimonial de que o insolvente é titular (81.º CIRE).

Os poderes não são *transferidos*, mantendo-se na esfera do seu titular. Por se manter essa titularidade, aliás, é que a actuação do administrador de insolvência se repercute sobre a esfera do próprio insolvente. O insolvente perde, tão-só, legitimidade para exercer essas posições jurídicas. Se, *v.g.*, por qualquer forma conseguir colocar termo à situação de insolvência, não há uma *reaquisição* ou *retransmissão* dos direitos, reobtendo simplesmente legitimidade para exercer as posições jurídicas que se conservaram na sua titularidade⁵.

Do ponto de vista compreensivo, porém, não se deve reconduzir a intervenção do administrador de insolvência à categoria da “representação legal”⁶, sob pena de não se

⁴ BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*⁷, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 28 (r. 60).

⁵ A raiz do problema está no § 80 InsO (“Übergabe” – em todo o caso diferente de “Übertragung”). Que, porém, vale o sentido exposto em texto, cf. JAKOBY, *Das private Amt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, *v.g.* 28, 41, 55.

⁶ Também não há lugar a falar em *representação orgânica*, dado que não há sucessões na titularidade dos órgãos sociais.

captar o fito da sua actuação: os casos de representação legal têm, em comum, a circunstância de se querer fazer suprir uma qualquer debilidade do representado; e a actividade representativa deve ser exercida no interesse do representado⁷. No caso da insolvência, trata-se de uma intervenção no interesse de terceiros e na estrita medida em que se revele necessário para satisfazer um certo bloco de créditos.

O devedor, muito embora esteja limitado na sua actuação patrimonial, conserva, em tudo o que directamente não toque o processo de execução patrimonial, perfeita autonomia decisória – e pode, por exemplo, colocar termo à situação de insolvência. O ponto interessa ainda, porém, para um outro propósito: para fazer ressaltar que, sendo o caso, também o devedor poderá responsabilizar o administrador de insolvência (cf. tb. *if.* **2.3.VII, 3.1.I., 7.II**).

- b) Agrega-se o conjunto dos bens de que o devedor era titular, formando-se, assim, uma *massa de bens*, a *massa insolvente*.
- c) O administrador de insolvência passa a ter poderes de vinculação e de administração da massa insolvente (cf. o art. 55.º).
- d) Ao longo do processo de insolvência, deve o administrador administrar os bens integrantes da massa e conduzir o processo tendente à sua repartição pelos credores da insolvência.

Em síntese:

- (i) O *objecto* da actividade de administração é a massa;
- (ii) O *fim* é da administração é a satisfação das dívidas do insolvente;
- (iii) A administração é realizada no *interesse* dos credores da insolvência.

O administrador de insolvência administra a massa (*objecto*), para satisfação das dívidas do insolvente (*fim*) e fundamentalmente no interesse dos credores da insolvência (*interesse*)

II. Vejamos mais em detalhe a evolução do processo de liquidação. A primeira fase é destinada à tomada de controlo sobre a massa (e sobre os bens que a integram). Pela sentença de declaração de insolvência condena o devedor à entrega de todos os elementos previstos no art. 24.º que ainda não constem dos autos (36.º, 1, *f*)), devendo ser apreendidos todos os elementos de contabilidade do devedor e todos os seus bens (36.º,

⁷ Cf. tb. BORK, *Einführung...*, cit. (n. 1), 35-36 (76) .

1, g); 149.º e ss.). O devedor deixa de ter legitimidade passiva para receber o cumprimento dos seus créditos: doravante, o cumprimento deve ser realizado ao administrador de insolvência (36.º, 1, m)).

Transferidos os poderes de administração e de disposição sobre os bens integrantes da massa para o administrador de insolvência, deve proceder à respectiva apreensão (150.º). Nesta medida, o administrador de insolvência é um verdadeiro agente *executivo*⁸, equiparado aliás, na relação com os órgãos do Estado, aos agentes de execução (11.º, a) EAJ). Do mesmo modo, deve reclamar o cumprimento dos créditos do insolvente. Tem legitimidade exclusiva, v.g., para exigir o cumprimento de obrigações de entrada diferidas (82.º, 4).

III. Em seguida, o administrador há-de velar por *estabilizar* e, se possível, *maximizar o valor da massa*. Pode, então, intervir sobre os negócios em curso, recusando ou optando pelo cumprimento (102.º); passa a conduzir as acções de que o insolvente fosse parte (85.º, 1). Desde que com a concordância da comissão de credores (55.º, 8), nada obsta – uma vez respeitadas as finalidades do processo de insolvência – a que desista de uma acção com alta probabilidade de improceder, que confesse numa outra com grande probabilidade de procedência ou que transija, com vista a *estabilizar* uma situação litigiosa. Pode ainda resolver os actos praticados em prejuízo da massa (120.º e ss.).

Na medida em que, ao longo de todo este processo, intervém a mediação do tempo, e que o tempo é um factor de deterioração dos bens, o administrador de insolvência deverá prover à conservação dos bens integrantes da massa. Integrando a massa insolvente um estabelecimento comercial, deve continuar a sua exploração, começando a preparar a respectiva alienação (55.º, 1, b); 162.º, 1). Revelando-se conveniente, pode encerrá-lo antecipadamente, nos termos do art. 157.º, b). Se necessário, deve proceder à venda antecipada dos bens integrantes da massa (158.º, 2 a 5). Pode, neste período, contratar os trabalhadores necessários à liquidação e à exploração da empresa (55.º, 4), nada obstante, ainda, a que celebre contratos de outra natureza.

IV. Fixado o valor da massa, deve colocar o seu destino à apreciação dos credores da insolvência. Como ponto prévio, haverá que determinar *quem é credor* e *em que termos* o é: o prazo para a reclamação de créditos é fixado na sentença de declaração de insolvência (35.º, d)), sendo o requerimento para a verificação endereçado ao administrador de insolvência (128.º, 2). Deverá, então, apresentar lista de credores reconhecidos e não reconhecidos (129.º, 1).

8 KLOPP/ KLUTH, “Der Insolvenzverwalter”, em GOTTWALD (Org.), *Insolvenzrechtshandbuch*⁴, München, C. H. Beck, 2010, 421 (1).

V. A apresentação *relatório* da insolvência (155.º), ao qual são anexados (155.º, 2) o inventário contendo os bens e direitos integrantes da massa (153.º) e a lista provisória de credores (154.º), representa como que o ponto intermédio do processo de insolvência. Este relatório – que dá conta, globalmente, do estado da massa e das suas perspectivas futuras – é sujeito à apreciação dos credores da insolvência na assembleia de apreciação do relatório, onde são tomadas as grandes opções do processo (156.º).

VI. Não acordando validamente os credores da insolvência algo diferente que a liquidação da massa, inicia o administrador de insolvência a liquidação propriamente dita dos valores integrantes da massa. Pode então escolher a modalidade de alienação dos direitos integrantes da massa (164.º, 1) com vista a reduzi-los a dinheiro para realizar o pagamento dos créditos sobre a insolvência (173.º e ss.).

2.3. Coordenadas dogmáticas do quadro de actuação do administrador de insolvência

I. A regulação do CIRE em matéria de estatuto do administrador de insolvência é, e bem, fragmentária. Não se trata, portanto, de um regime auto-suficiente ou autárquico, devendo ser considerado de forma articulada o conjunto do ordenamento. É assim importante determinar os outros contextos regulativos do ordenamento que podem, pelo seu horizonte temático, concorrer para a resolução de problemas relativos à actividade do administrador de insolvência. E, ao mesmo tempo, identificar quais os elementos típicos da actividade do administrador de insolvência que deverão afastar a aplicação desses regimes subsidiários.

Para enquadrarmos a actividade do administrador de insolvência, devemos então reconduzi-la às formas de actuação por conta de outrem (II), quando *outrem* é uma comunidade plural de sujeitos, de interesses diferenciados (III), no exercício de funções públicas, com estritas garantias de independência e imparcialidade (IV).

II. O pano de fundo, para efeitos de actuação do CIRE, é-nos dado assim pelo regime do mandato, que regula as formas de actuação por conta de outrem. Sendo este o plano mais distante, é aquele, também, que com mais facilidade será afastado.

III. Como uma (grande) especificação, encontramos o estatuto de gerentes e administradores de sociedades comerciais: actuação por conta de uma *colectividade* de interesses difusos. Havendo uma qualquer solução aqui especificamente prevista, prefere, à partida, em relação àquele regime comum.

IV. Mas qualquer um dos dois blocos normativos referidos só poderá em todo o caso aplicar-se quando não haja uma qualquer especialidade decorrente do circunstancialismo do processo de insolvência que exija um desvio àquele quadro. E há dois aspectos que justificam um claro desvio em relação àquelas regras.

V. Em primeiro lugar, a comunidade de credores não se reuniu na sequência de um qualquer acordo constitutivo de uma nova entidade. Na insolvência, reúne-se uma certa comunidade de credores por força de uma circunstância accidental, imprevista, fortuita. Por essa razão, terá sempre de haver algum freio no que toca a estender o espaço de poder, por parte da comunidade de credores (*rectius*: por parte da “maioria”), de dar instruções ao administrador de insolvência: se, dentro de certos cânones, deverá ser admissível, igual importância deverá merecer a protecção de credores mais fracos. O administrador está ao serviço da massa, e a massa deve ser repartida no interesse da comunidade *no seu todo*. Não que no Direito societário não se coloquem alguns limites ao poder da assembleia; apenas se quer fazer notar que se essas valorações se impõem já no domínio societário, em que cada sócio, apesar de tudo, aceitou integrar uma certa comunidade, aqui valem com redobrada força, em que o encontro foi ocasionado por uma circunstância fortuita.

VI. O estatuto do administrador de insolvência procura bem-assim garantir que o administrador seja dotado de uma posição jurídica que lhe permita exercer as suas funções com uma tal autonomia.

- a) Encontram-se, no essencial, duas modalidades de designação: oficiosa e voluntária. Na designação oficiosa ou comum deve ser designado um administrador inscrito nas listas oficiais de administradores de insolvência (32.º, 1 ex vi 52.º, 2; 13.º, 1, EAJ). A escolha deve ser aleatória (13.º, 2 EAJ), dado que se parte do princípio de que qualquer administrador inscrito nas listas oficiais tem capacidade para exercer a actividade (atendendo às limitações de acesso às listas oficiais). O sistema de listas tem ainda a vantagem de não exigir o consentimento do administrador indicado para que comece a exercer funções (pois já havia consentido a inscrição nas listas oficiais).

Na designação oficiosa, não há qualquer direito de designação por parte de devedor, de credor proponente da insolvência ou da comissão de credores. Quanto muito, pode o juiz seguir uma qualquer indicação realizada (art. 32.º, 1 ex vi 52.º, 2) quando conclua que a insolvência em causa reclama especiais conhecimentos de gestão – mas repisa-se:

trata-se de possibilidade genérica de propor, não de direito a designar. Se porventura o julgador conclui que o administrador em causa não reúne especiais conhecimentos de gestão, ou que pura e simplesmente não são necessários, deve proceder a designação de acordo com critério aleatório. Por outro lado, especiais conhecimentos de gestão são uma categoria concreta: não se tem especiais conhecimentos de gestão para toda e qualquer actividade, mas para um certo leque de actividades específicas.

Um tal modelo de designação do administrador de insolvência favorece, pois, a sua independência: dado que, a ser bem aplicado, o administrador não se encontra investido em funções na sequência de um favor (ou de um pacto privatíssimo) com devedor, credor ou certa categoria de credores.

Na designação voluntária (53.º, 1), deve observar-se uma dupla maioria: nominal (de credores) e de votos, implicando a cessação automática de funções do administrador oficiosamente designado. Independentemente de uma recente alteração à lei, a escolha deve ser realizada na primeira oportunidade de pronúncia por parte dos credores da insolvência, ou seja, na primeira assembleia de credores – assim por força do art. 56.º, 1, que afasta a possibilidade de destituição imotivada. De outra forma, criar-se-ia uma situação de dependência pessoal do administrador (sob ameaça, pois, de se realizar uma nova designação). O juiz pode recusar a nomeação nos casos previstos no art. 53.º, 3, e só deve proceder à nomeação depois de recebida a aceitação do proposto, como é regra comum para a produção de efeitos jurídicos de fonte voluntária na esfera de outrem. Nada obsta ainda à escolha voluntária de administrador substituto (analogia com 56.º, 2). O duplo quórum parece satisfazer as garantias de independência. Verificados os pressupostos do art. 53.º, 2, pode neste caso ser designada pessoa não inscrita nas listas oficiais.

- b) Em segundo lugar, o administrador de insolvência só pode ser destituído por justa causa, ainda que objectiva (56.º). A razão para um tal regime também se compreende com facilidade: pretende evitar-se que, pela ameaça do exercício do direito de destituição, se controle a actividade do administrador.
- c) Em terceiro lugar, encontramos uma regra que, inversamente, procurar garantir a comunidade dos credores mais fracos perante a força do administrador de insolvência – tendo o administrador a *massa* e a *faca* na mão, há o risco, pois, de retirar para si uma parcela superior ao ajustado. Por essa razão, o seu estatuto remuneratório está normativamente previsto (cf. a regra remissiva do art. 60.º). Ainda que na designação voluntária se possa fixar um outro valor, o juiz pode recusar a designação por o considerar excessivo (60.º, 2, 53.º, 3, embora

nada deva obstar a que o administrador excepcione exercer a actividade pelo valor padronizado).

VII. O segundo aspecto diz respeito à consideração da posição do devedor. Muito embora a actividade do administrador de insolvência não esteja direccionada para a satisfação do seu interesse, a sua posição deve ser considerada. Estando a actuação do administrador limitada à liquidação da massa para a satisfação de credores, onde quer que os créditos comuns sejam satisfeitos, cessa desde logo a *ratio* da actuação do administrador de insolvência: o ensejo da insolvência do devedor não justifica uma agressão patrimonial mais intensa do que aquilo que seja reclamado pelas finalidades do processo insolvencial. Assim, o devedor que coloque termo à situação de insolvência pode responsabilizar o administrador pela *má-gestão* dos bens integrantes da massa.

2.4. Natureza dos deveres de actuação do administrador de insolvência

I. Resta-nos, antes de entrarmos no problema da responsabilidade civil, atentar num último ponto. O administrador de insolvência, no curso da sua actividade, está adstrito ao cumprimento de uma série de deveres. Sem prejuízo, tais deveres não têm sempre o mesmo grau de determinação: nalguns casos, encontra-se altamente especificado o seu conteúdo (v.g., reconhecer todos os créditos em condições de serem reconhecidos: 128.º, 129.º); noutros, conhece um verdadeiro espaço de autonomia para tomar a decisão que tenha por mais adequada (164.º: escolher a modalidade de alienação dos bens).

O grau de concretização do concreto dever de agir é por isso variável. A diferença que vai de uma a outra categoria de deveres é aquela que, no Direito administrativo, vai dos actos de estrita legalidade aos actos discricionários; em linguagem civil, está próxima daquela distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios. Mas mais precisamente, e recorrendo a um termo hoje instalado na doutrina societarista, trata-se da distinção entre deveres específicos e deveres gerais.

A distinção entre as duas categorias de deveres tem grande interesse, na medida em que o modo de responsabilização se há-de construir, consoante os casos, de diferente forma. Por um lado, pois, teremos os

- a) Deveres gerais de administração-liquidação, concretizados em tomadas de opção, em que se pede que tome decisões de gestão de acordo com certos cânones previamente dados;

Por outro lado, teremos simples

- b) Deveres específicos, cujo conteúdo está já altamente determinado, e que, no momento da apreciação, se esgotam na formulação de um juízo de adimplemento ou inadimplência.

Como veremos, a distinção terá reflexos em sede de concretização do regime de responsabilidade do administrador de insolvência.

II. No contexto obrigacional, é corrente a distinção entre deveres de *facere*, *praeestare* e *dare/ dari alicui*, a alguém. O que rigorosamente se encontra nestas hipóteses é que se deve o *agere*, a própria acção, que é realizada por conta de outrem, *pro altero*, devendo por isso falar-se em obrigações de *agere pro altero*. Não só, pois, o modelo de aferição da responsabilidade será diferente, como (i) o processo de aferição do cumprimento estará focado na avaliação da conduta do agente (e daí que se estatua a obrigação de prestação de contas), (ii) como ainda, na medida em que a acção do *agens* se repercute sobre a esfera do titular da posição jurídica, haverá vários mecanismos de fiscalização da actividade e (iii) de cessação da respectiva actividade. Da mesma forma, (iv) é ainda compreensível que tudo aquilo que o *agens* receba no exercício da sua actividade deva ser entregue ao titular da posição: porque foi no contexto da actuação por conta de outrem que o recebeu.

3. A responsabilidade civil do administrador de insolvência

3.1. *Sedes materiae*

I. A norma fundamental relativa à responsabilidade do administrador de insolvência encontra-se prevista no art. 59.º CIRE, n.ºs 1 e 2.

- [1] O administrador responde pelos danos causados ao devedor [a seu tempo se fez notar que deve também velar pela sua posição: **2.3.VII**] e aos credores da insolvência e da massa insolvente pela inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem; a culpa é apreciada pela diligência de um gestor criterioso e ordenado.

E acrescenta o n.º 2:

- [2] O administrador de insolvência responde igualmente pelos danos causados aos credores da massa insolvente se esta for insuficiente para satisfazer integralmente os respectivos direitos e estes resultarem de acto do administrador,

salvo o caso de imprevisibilidade da insuficiência da massa, tendo em conta as circunstâncias conhecidas do administrador e aquelas que não podia ignorar.

A diferença entre as duas disposições é aquela que vai da generalidade à especialidade. No n.º 1 estatui-se a regra geral relativa à responsabilidade do administrador de insolvência; no n.º 2, um caso específico de responsabilidade relativa à insuficiência da massa. Por agora atentaremos no primeiro número.

II. No art. 59.º, 1, não se refere qual é a natureza da responsabilidade do administrador de insolvência; não se toma, pois, expressa posição quanto a saber se se aplica o quadro delitual comum (483.º e ss. CC) ou o quadro de responsabilização obrigacional (762.º e ss.; 798 e ss. CC). E trata-se, na verdade, de uma boa solução: pois não se pode apurar, à partida, se a responsabilidade será delitual ou obrigacional. Bastar-nos-á em geral dizer: se praticar um qualquer acto lesivo abarcado pelas regras da responsabilidade delitual (483.º e ss. CC), aplica-se tal regime; se, porém, se tratar da o regime da responsabilidade obrigacional, seja pela violação de deveres específicos (798.º e ss. CC), seja pela violação de deveres gerais (72.º CSC), aplicam-se, na medida em que se trate de deveres desta natureza, os respectivos regimes.

A única conclusão que se pode retirar – puramente descritiva, porém – é que, tendencialmente, tratar-se-á de responsabilidade obrigacional: e assim porque, também tendencialmente, estaremos perante um caso de responsabilidade por incumprimento de funções: é a *sensação* de um incumprimento de funções que concita a nossa atenção. Pois as hipóteses de responsabilidade delitual não exigem, via de regra, qualquer qualificação especial: se o administrador de insolvência agride fisicamente um credor da insolvência, responderá por violação de direito absoluto, nos mesmíssimos termos em que responderia acaso não fosse administrador de insolvência. Ainda que a agressão ocorra numa assembleia de credores, essa colocação temporal em nada influi no regime de responsabilidade; nesse caso, a circunstância de ser administrador de insolvência é puramente accidental. Por isso dizíamos: os casos de responsabilidade do administrador de insolvência terão, tendencialmente, natureza obrigacional.

III. Deve enfim observar-se que não há sinonímia perfeita entre *responsabilidade obrigacional* e *contratual*. Há responsabilidade obrigacional sempre que alguém incumpra um dever específico a que está adstrito, independentemente da sua fonte; simplesmente, via de regra a fonte da obrigação é um *contrato*. Mas – pura e simplesmente – nada impõe que seja. Neste sentido, a responsabilidade do administrador de insolvência é ex-

tracontratual, mas *obrigacional*. Para convocar uma categoria outrora corrente, trata-se de uma responsabilidade *quase-contratual*.

3.2. Responsabilidade civil: por violação de dever específico

Tratando-se de violação de dever específico, aplicamos – na medida relevante – as regras constantes nos artigos 798.º e ss. CC, presumindo-se a culpa pelo incumprimento (799.º). O administrador de insolvência deve adimplir o comportamento devido (sem prejuízo da responsabilidade por danos moratórios), mas, ora derradeiramente não o fazendo, ora sendo já impossível praticar certo acto em falta, responde pelos danos causados.

3.2. Cont.: por violação de dever geral

Tratando-se de dever geral (2.4.I), contamos hoje com a mediação específica do Direito Societário (2.3.III). Gerando-se danos na sequência de uma decisão de gestão do administrador, presume-se a imputação (72.º, 1 CSC); pode, porém, demonstrar a razoabilidade da sua decisão, atendendo aos elementos que tinha ao seu dispor, e assim afastando a responsabilidade pelos danos gerados (72., 2 CSC).

Quer na violação de deveres específicos, quer na violação de deveres gerais, encontramos, pois, uma presunção de culpa. Simplesmente, neste último caso deparamos com um modo diferente de estruturar a responsabilidade: não se atenta apenas no *adimplemento* ou *inadimplemento*, mas também, mesmo quando tenha agido, na *razoabilidade* da decisão.

3.3. Cont.: critério de aferição de culpa

I. A culpa é apreciada pela diligência de um gestor de criterioso e ordenado (59.º, 1), que nada mais é, afinal, do que um bom pai de família quando colocado a exercer funções de administrador de insolvência.

De todo o modo, convém introduzir a precisão constante no regime comum de Direito Civil, que, não introduzindo qualquer desvio substancial, serve de sinal ao julgador para atentar no *caso jurídico* sobre o qual se debruça: a culpa afere-se de acordo pela diligência de um gestor criterioso e ordenado “nas circunstâncias do caso concreto” (487.º, 2). O julgador deve levar particularmente em conta as circunstâncias em que o administrador exerce a sua actividade: se a entidade em causa tinha contabilidade organizada e

fidedigna, se os trabalhadores prestam a colaboração devida, se o insolvente colabora com o administrador, etc.

II. A circunstância de o administrador de insolvência ter excesso de processos a seu cargo não é, naturalmente, causa de *justificação* da negligência. Tem aliás neste caso o ónus de (legitimamente) *recusar* a atribuição do processo (12.º, 3 EAJ).

3.4. Cont.: recurso a auxiliares (em sentido próprio)

I. Nos termos do art. 55.º, 3, o administrador pode ser coadjuvado por auxiliares mediante a concordância da comissão de credores ou, na sua falta, de juiz, com eles respondendo solidariamente, salvo quando prove não haver culpa da sua parte ou que, ainda que houvesse cumprido o seu dever de vigilância, os danos se teriam produzido (59.º, 3).

Numa primeira leitura, estas duas normas representariam uma dupla excepção ao regime comum da responsabilidade por actos de auxiliares: em primeiro lugar, exigindo-se o consentimento da comunidade de credores (*rectius*: da comissão), quando em regra um tal recurso é livre; em segundo lugar, ao fazer a responsabilidade do administrador depender de culpa, quando em regra não se exige.

A explicação para um tal regime é relativamente simples: é que, pura e simplesmente, não tem por objecto a responsabilidade por actos de *auxiliares em sentido próprio*. Pois, tratando-se de auxiliares em sentido próprio, a possibilidade de a eles recorrer é e tem de ser *livre*, nenhuma barreira se colocando; e, muito naturalmente, responde-se por inteiro. Um certo administrador de insolvência que prefere a folha de papel ao ecrã do computador não tem evidentemente que pedir à comissão de credores que consinta que a sua secretária dactilografe um certo documento; como não tem que pedir que consintam que consulte continuamente um antigo colega de faculdade quanto a uma qualquer questão jurídica; etc.

Nos termos gerais, o interesse de credor ou da comunidade de credores está limitado pela *prestação*. O modo como o devedor a realiza, de que se serve, com quem interage, etc., integra a respectiva esfera de autonomia: daí a regra da liberdade de utilização; e daí a regra da responsabilidade pelos actos de auxiliares – pois, do ponto de vista do credor, o único dado que ressalta é que um certo evento que se deveria produzir, que certa *pessoa* deveria proporcionar, não se realizou.

II. Nestes termos, a regra do art. 55.º, 3, vale para dois efeitos: primeiro, havendo concordância da comissão de credores ou do juiz para a escolha de auxiliares, aplica-se

o regime mais favorável de responsabilização do administrador de insolvência previsto no art. 59.º, 3 (pode afastar a responsabilização por actos *destes* auxiliares caso não haja culpa da sua parte); por outro lado, segundo parece, a remuneração *destes* auxiliares passa a ser uma dívida da massa insolvente, por se tratar de uma despesa, aceite, de administração (51.º, 1 c)).

Este nosso entendimento é ainda comprovado por uma outra regra. O administrador de insolvência pode substabelecer a prática de actos específicos a outros administradores de insolvência (55.º, 2)⁹ – respondendo “objectivamente” e sendo responsável pela respectiva remuneração. Ora, trata-se aqui de um caso *particular, qualificado*, de recurso a auxiliares, em que o auxiliar consegue influir directamente sobre a esfera do “vinculado”. Se neste caso, mais gravoso, a lei admite a livre possibilidade de substabelecimento, se assim é, pois, nesta hipótese *agravada* de recurso a auxiliares, mais o será naquela que versámos¹⁰.

3.5. Cont.: recurso a auxiliares (em sentido impróprio)

Podemos começar da mesmíssima forma que no ponto anterior: nos termos do art. 55.º, 3, o administrador pode ser coadjuvado por “auxiliares” mediante a concordância da comissão de credores ou, na sua falta, de juiz, com eles respondendo solidariamente, caso quando prove não haver culpa da sua parte ou que, ainda que houvesse cumprido o seu dever de vigilância, os danos se teriam produzido (59.º, 3).

Trata-se, agora, de responsabilidade por actos de *auxiliares em sentido impróprio*, de sujeitos de quem o administrador de insolvência se serve para exercer a sua actividade, cuja utilização para certas funções foi consentida pela comunidade de credores ou pelo juiz, aceitando o “risco” da respectiva utilização. Nestes casos, passa a recair tão-só uma presunção de culpa sobre o administrador de insolvência.

3.6. Beneficiários da responsabilidade

Estão protegidos pelo regime de responsabilidade do administrador de insolvência aqueles que, precisamente, estejam já tutelados pelos deveres que desencadeiem a res-

9 Desde a alteração introduzida pela L 16/2012, de 20/4.

10 Contra esta livre possibilidade de recurso a auxiliares – mas, se bem lemos, em última linha não ponderando o que avançamos em texto –, cf. CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE Anotado*², Quid Juris, Lisboa, 2013, 346 (55.º.11). Por isso em última linha contestamos o entendimento que é oferecido, na obra, ao art. 55.º, 3, estendendo-o à hipótese de substabelecimento.

ponsabilidade. Neste campo, a única resposta geral que se pode oferecer é a seguinte: depende de quem for o titulado pela concreta causa de responsabilidade – se o devedor, se um credor da insolvência, se um credor da massa, se um qualquer terceiro.

Interessa tão-só distinguir entre *danos comuns da massa* e *danos especiais* (todos aqueles que não são comuns): para os *danos comuns* (*Gesamtschaden*), aqueles que atingem o conjunto da massa insolvente, encontra-se previsto um regime específico de legitimidade processual que será adiante analisado (7).

3.7. Responsabilidade do comitente

I. Na eventualidade de haver *responsabilidade do comitente* (500.º CC) por acto praticado por trabalhador ao serviço da massa, figura a *massa insolvente*, e não o administrador, como comitente¹¹ (sem prejuízo de poder haver concurso de títulos de responsabilidade, por *também* eventualmente haver *culpa in vigilando* do administrador), dado que neste caso o risco de utilização deve recair sobre quem beneficia da actividade do comissário: a massa, não o administrado. (Claro é então que a massa pode responder como *comitente* por actos praticados pelo administrador enquanto *comissário*.)

II. Tratando-se, porém, de *puro auxiliar interno*, que não vincule a massa, será já o administrador a responder como comitente (*supra*, 3.4.).

4. A responsabilidade pela insuficiência da massa

I. A segunda regra fundamental de responsabilidade do administrador de insolvência, prevista no n.º 2 do art. 59.º, diz respeito à responsabilidade pela insuficiência da massa. Ao contrário do número anterior, com carácter sobretudo remissivo, encontramos aqui uma solução normativa específica. Compreende, então, as seguintes notas características:

Trata-se de responsabilidade

- (i) Apenas perante credores da massa;
- (ii) Apenas aquando da insuficiência da massa;

¹¹ Num sentido mais abrangente: CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE Anotado*², cit. (n. 8), 346 (55.º.11) e 360 (59.º.14).

(iii) Apenas em relação a dívidas constituídas na sequência de acto seu: por exemplo, em resultado de opção pelo cumprimento de negócio em curso.

Como já se ressaltou, o sentido da actuação do administrador de insolvência só se compreende à luz da própria estrutura do processo de insolvência. Teremos então de, focando a nossa atenção no processo de liquidação, procurar determinar qual a exacta problemática a que a norma visa dar resposta.

II. No processo de insolvência, os credores do insolvente (= credores da insolvência) serão potencialmente satisfeitos pelas forças da massa. Já o sabemos. Acontece, porém, que o próprio processo de insolvência – não só as custas, como todos os custos associados à liquidação – ancora-se, do ponto de vista patrimonial, na massa insolvente, que passa a gozar de um certo grau de subjectividade jurídica.

A massa torna-se, pois, um novo participante no tráfego, com as suas posições activas (bens que a integrem, ainda que formalmente atribuídas ao insolvente) e passivas (dívidas da massa insolvente¹²). Por essa razão, há a preocupação constante de controlar a sua saúde financeira. A primeira aferição da capacidade da massa para suportar os custos da insolvência é realizada desde logo pelo juiz, aquando da sentença de declaração de insolvência (39.º, 1). Admitindo que não conclui pela insuficiência do valor da massa aquando da sentença de declaração de insolvência, o ónus de apurar a suficiência da massa passa para o administrador de insolvência. Concluindo que a massa é insuficiente, deverá dá-lo a conhecer ao juiz para que encerra o processo (232.º e ss.). A preocupação fundamental é, pois, a de que os custos da insolvência não recaiam, afinal, sobre a comunidade de contribuintes (ou, o mesmo é dizer, que a comunidade de contribuintes não assuma o custo do *saneamento* do tráfego), mas sobre o *devedor* e sobre os *credores da insolvência*.

III. O problema a que, pois, o art. 59.º, 2 visa dar resposta é, pois, o da “insolvência da massa insolvente”. Por essa razão, tutela apenas os credores da massa insolvente, aqueles que, por alguma razão, entram em contacto com a massa enquanto participante no tráfego e que, nos termos gerais, lhe reputam saúde financeira.

IV. O efeito subjectivo da norma é, então, criar um ónus sobre o administrador de insolvência: caso não controle a suficiência da massa, responde patrimonialmente pela diferença. Assim se compreende que só responda na sequência de acto seu (deve tratar-se de uma dívida por si constituída) e quando a insuficiência não decorra de circunstâncias imprevisíveis (ex. súbita e imprevisível depreciação de valores mobiliários de que a massa

12 As dívidas da insolvência não são dívidas da massa: são as dívidas *para cuja satisfação* a massa é liquidada.

era titular; insolvência de entidade bancária onde se encontram depositados os bens à ordem da massa; etc.): pois, se decorrer, não se pode falar de um caso de incumprimento de um tal ónus.

A referência a ónus *passivo* em vez de *dever* tem estritas finalidades aclarativas. Pretende-se com isso fazer notar que o que está aqui sobretudo em jogo é uma extensão da garantia patrimonial de certa categoria de obrigações constituídas pelo administrador de insolvência: quando um terceiro interage com a massa insolvente, deve poder contar que, pelo simples facto de ainda funcionar, a massa insolvente estar dotada de bens suficientes para honrar as suas obrigações próprias. Pode com efeito ser insuficiente para satisfazer na totalidade os credores da insolvência, mas bastará, ao menos, para satisfazer os seus credores próprios. Em qualquer outro caso, deve o processo de insolvência ser puro e simplesmente encerrado. Daí que se fale em ónus: ónus de velar pela suficiência da massa, sob pena de com ela se responder. Por outro lado, o que está em jogo não é, directamente, um caso de responsabilidade por danos nos termos comuns, mas de extensão do património responsabilizável na insuficiência dos bens da massa. É uma regra, assim, de tutela da garantia patrimonial de cumprimento das obrigações.

5. Período temporal de responsabilização

I. Tratando-se, na responsabilidade do administrador de insolvência, de uma forma de responsabilidade por exercício de funções, está limitada, pois, ao período em que as exerceu (59.º, 4). As funções iniciam-se com a notificação da designação (na designação oficiosa) ou o da aceitação de exercício de funções (na designação voluntária) e cessam de acordo com a concreta causa em questão. Em todo o caso, o modo natural de cessação é o encerramento do processo (223.º, 1, *b*), 62.º, 1).

II. A acção de responsabilidade deve ser proposta no prazo de dois anos a contar do conhecimento do direito *ou* da data de cessação de funções, consoante o prazo que se vencer mais cedo, sob pena de prescrição (59.º, 5)¹³.

13 Causa alguma surpresa que se tenha estatuído o prazo de dois anos. No CC, para as obrigações de fonte extracontratual, o prazo prescricional é de três anos (498.º CC); na InsO, que tantas vezes serviu de texto origem de tradução, também (§62).

6. Reforço da garantia do crédito indemnizatório

I. Nos termos gerais da responsabilidade civil, nascem apenas créditos indemnizatórios: certa pessoa, uma vez verificados os factos constitutivos de uma obrigação de indemnização, fica adstrita perante outrem a realizar uma prestação que, pelo seu objecto, procura ressarcir os danos gerados. Se, *in casu*, há ou não efectiva reparação, depende em última linha das forças do património do obrigado: se tiver bens suficientes para satisfazer a obrigação de indemnização, o lesado acabará por ser ressarcido; se não tiver, não haverá ressarcimento.

Em todo o caso, o próprio regime comum da responsabilidade prevê certos mecanismos que, ainda que não garantam a efectiva satisfação dos créditos, permitem reforçar a probabilidade da sua satisfação, associando novos responsáveis, com função de garantia, à responsabilidade *patrimonial* por certa obrigação. Vimos já, aliás, como a figura da responsabilidade pela insuficiência da massa visava, em parte, satisfazer estes fins.

São dois os mecanismos a que se responde: (i) em primeiro lugar, prevendo a constituição de obrigações solidárias; (ii) depois, *cautelamente*, exigindo a constituição de seguro de responsabilidade civil.

II. A responsabilidade solidária vale especialmente em três circunstâncias:

- a) Havendo mais do que um obrigado, respondem solidariamente (497.º, 1 CC). É essa, enfim, a regra comum da responsabilidade *extracontratual* (ainda que... obrigacional: *sp.* 3.1.II). A regra encontra-se explicitada, *v.g.*, no caso da responsabilidade em conjunto com *auxiliares em sentido impróprio* (52.º, 3).
- b) Desde a L 16/2012, de 20/4, admite-se a possibilidade de administração *plural* da insolvência, quando o processo de insolvência (e não de recrutamento¹⁴) assuma grande complexidade (52.º, 4 e 5). Neste caso, e por integração das regras do Direito societário, os administradores também devem responder solidariamente (73.º CSC), ressalvando-se, com o mesmo fundamento, o caso em que um se haja oposto ao acto do outro (72.º, 3 e 4).

Façamos a este propósito um breve excursus. A introdução desta possibilidade de administração plural da insolvência não surgiu acompanhada da determinação de um regime do *modo de exercício* dos poderes de vinculação da massa: encontramos, como única referência, a circunstância de a vontade do administrador de insolvência designado pelo

14 Bem se adverte em CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE Anotado*², cit. (n. 8), 329 (52.º.14).

juiz prevalecer sobre a de qualquer outro administrador de insolvência – o que é pouco. Pode então perguntar-se: esta regra vale para as relações *internas* (entre os administradores de insolvência) ou também *para as relações externas* (com quaisquer outros sujeitos)?

O recurso ao Direito societário é também aqui conveniente. Para a representação passiva e, sobretudo, legitimidade passiva para o cumprimento, parece dever valer, como ali ocorre, a regra da disjunção: o cumprimento realizado a qualquer administrador é eficaz; a declaração endereçada a qualquer administrador também. Para a activa parece valer a regra da maioria (conjunção maioritária)¹⁵. É a regra societária e é aquela que parece mais razoável – com a precisão, pois, de que, sempre que se trate de número par de administradores, prevalecer sempre a posição do administrador designado pelo juiz.

Em todo o caso, não se deve deixar de questionar: atendendo ao regime de liberdade de substabelecimento previsto no CIRE (3.4.II), qual o sentido de uma administração plural da insolvência? Trata-se, enfim, de um regresso ao passado: tratava-se de uma possibilidade admitida pela *Konkursordnung*, no § 79, e que, precisamente para afastar problemas de repartição de competências, havia sido afastada pela *Insolvenzordnung*.

- c) Integrando o administrador de insolvência uma sociedade de administradores de insolvência (SAI) – haverá cerca de 30 em Portugal – a sociedade e os seus gerentes respondem solidariamente com o administrador (art. 6.º DL 54/2004, de 18/3)

III. Se o administrador de insolvência estiver inscrito nas listas oficiais, deve constituir seguro de responsabilidade civil (12.º, 8 EAJ, cujo valor, tanto quanto *pude* apurar, não se encontra ainda regulado).

Nos termos gerais, deverá qualquer credor da insolvência poder exigir, caso não haja seguro constituído, a sua constituição; na sua falta, aplicar-se-á a regra mais próxima relativa à prestação de garantia imposta não realizada: art. 625.º CC. Um tal regime deve aplicar-se analogamente a administrador não inscrito nas listas oficiais – outra hipótese não regulada.

15 CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE Anotado*², cit. (n. 8), 331 (52.º.19)

7. Acções relativas a danos comuns

I. Devemos atentar, por fim, num último ponto: nas regras que fixam a legitimidade para propor acção de responsabilidade do administrador.

Para acções que digam respeito aos danos comuns, i.e., criados à generalidade dos credores, tem o administrador – na pendência do processo de insolvência – legitimidade exclusiva para propor acção (art. 82.º, 3, b)). E concretiza o art. 82.º, 5, que “toda a acção” de responsabilização do administrador deve ser proposta pelo administrador que lhe suceda.

O único sentido que pode haver para uma tal regra de condicionamento do exercício de posições jurídicas que, em rigor, afectam a posição de credores da insolvência, é a ideia de *simplicidade processual*. Visa-se, pois, garantir que o processo é unitariamente conduzido por uma só pessoa, não mais, para facilitar a actividade do julgador e a celeridade processual. Mas haverá que precisar o sentido da regra.

II. Em primeiro lugar, diz respeito apenas a danos comuns. Se se trata de danos *apenas* ao devedor¹⁶, ou *apenas* a um ou vários credores, e não ao todo, qualquer um deles pode propor acção de responsabilidade. A regra só se aplica quando o crédito indemnizatório pertença formalmente à massa.

III. A acção deve ser, nos termos da lei, proposta pelo administrador que suceda ao primitivo administrador de insolvência. E se, coloca-se o ponto, o processo já estiver encerrado? Ou se o administrador ainda estiver a exercer funções que ainda não tenha sido destituído?

Das duas uma (*rectius*: na falta da primeira, a segunda; ou: se a primeira não se efectivou, a segunda):

- a) Preferencialmente, deve admitir-se a possibilidade de o julgador designar um administrador *extraordinário* com poderes limitados à condução do processo, representando, para estes efeitos, a massa insolvente¹⁷;

¹⁶ Se o devedor põe termo à situação de insolvência, deixa de haver danos comuns e passa a ser o único interessado na responsabilização: deve aí, portanto, ter legitimidade exclusiva para responsabilização do primitivo administrador (com efeito, satisfazendo todos os credores da massa e da insolvência, adquire inversamente todos os créditos da massa).

¹⁷ Trata-se do *Sonderinsolvenzverwalter*, pacificamente admitido na Alemanha, em que, contudo, ao julgador são dados poderes de designação dotados de bem maior intensidade. Na minha comunicação oral fiz observar que esta regra de legitimidade exclusiva também valia no Direito alemão; só que aí se encontrava justificada, atendendo às regras – se normativas (§ 92 *InsO*) ou de *Gewohnheitsrecht*, é indiferente – de designação do administrador de

- b) Caso essa possibilidade seja negada, a possibilidade de *qualquer credor da insolvência* propor, subrogatoriamente à massa, uma acção de responsabilidade.

IV. Mas mais: materialmente, o administrador de insolvência administra e dispõe sobre bens alheios. Por tal razão, é importante garantir, em certos termos, mecanismos processuais que procurem obviar a que a posição daqueles que *economicamente* são afectados com a eventual não propositura, ou não condução, de uma acção de responsabilidade, seja tutelada¹⁸.

- a) Nos termos gerais, qualquer devedor ou qualquer credor deve poder constituir-se como parte acessória-assistente numa qualquer acção de responsabilidade proposta pelo administrador de insolvência contra o anterior administrador (326.º CPC).
- b) Em segundo lugar, e no caso de inacção do administrador de insolvência, deve – pelo menos – um grupo de sócios minoritários propor, nos mesmos termos permitidos pelo Direito das Sociedades, acções subrogatórias à massa. Se essa regra existe nas hipóteses em que, apesar de tudo, há acto de entrada voluntária no *status socii*, muito mais deverá valer aqui, em que a convivência é forçada e os riscos bem mais assinaláveis – circunstância que nos poderá (aproveito aqui uma pertinente observação formulada no debate que se seguiu à comunicação) levar, eventualmente, a afastar o limiar exigido no Direito societário (77.º CSC)¹⁹.

Trata-se de uma acção subrogatória a expensas dos proponentes e a favor da massa. Em caso, porém, de procedência, haverá *enriquecimento da massa por poupança de despesas* na medida daquilo que se haja despendido com a acção. Note-se que um tal crédito dos proponentes tem a natureza de crédito sobre a massa insolvente (51.º, 1, i)).

insolvência. De então para agora, a única diferença na *minha posição* está na admissibilidade, em termos gerais, da possibilidade do julgador, no exercício da sua função de apoio ao tráfego jurídico, poder designar *ex officio* um tal administrador especial.

18 O interesse desta possibilidade é fácil de inteligir: “os lobos não se atacam entre si”, como certa vez um estimado colega ouviu de um advogado a quem perguntara por que havia tão poucas acções de responsabilização forense.

19 CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, “A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no Direito português”, DSR 4 (2010), 11 e ss., 73 e ss., propõem o recurso à acção subrogatória nos termos do 609.º CC, aproveitando a acção, bem assim, directa e exclusivamente ao autor proponente da acção de responsabilidade. Parece, porém, que é desconsiderada a circunstância de o crédito estar afecto à massa, não ingressando directamente no património de nenhum credor.

8. Nota conclusiva

A minha comunicação teve por objecto determinação dos termos mediante os quais o administrador de insolvência pode ser responsabilizado. Nada está porém mais distante do sentido deste trabalho do que uma apologia de acções de responsabilização – nem aliás o seu contrário. Do ponto de vista da ordem jurídica, tem de ser tão relevante, ou tão indiferente, a responsabilização como a não responsabilização. A *multiplicação* de acções de responsabilidade só é um bom sinal quando haja, também, uma *multiplicação real* de casos-de-facto de responsabilidade civil; quando não haja, trata-se tão-só de uma modalidade de *especulação mobiliária* (direitos de crédito) à custa de infortúnios, especulação que não tem outro efeito do que corroer a legitimidade do sistema público de justiça.

A responsabilidade do administrador de insolvência não é, neste sentido, mais relevante do que o quadro de actuação do administrador de insolvência; como a preocupação de um lesado pretender ser ressarcido não releva mais do que aquela de o administrador de insolvência pretender ser desresponsabilizado. Importante é haver critérios, globalmente conhecidos, que simultaneamente apontem a um qualquer interessado quando é que pode responsabilizar o administrador (*i.e.* quando o administrador viole o tal dever) e que permitam ao administrador apurar quando é que escapa a uma acção de responsabilização (*i.e.* quando *cumpre* o tal dever).

Para um tal modelo funcionar, é naturalmente necessário que haja um amplo conhecimento do corpo normativo; que todos os intervenientes gozem de um ajustado nível de qualificação; que haja condições materiais para exercício das diversas actividades forenses; que, enfim, haja um quadro normativo estável, sem o qual o Direito nunca se agarra à vida – que se resolvam, afinal, vários problemas de *administração da justiça*, que, em larguíssima medida, em nada contendem com os de *política legislativa*. Sem tempo, não há assimilação sistemática; sem assimilação sistemática, não há controlo da motivação das decisões; sem controlo da motivação das decisões, as soluções são arbitrárias, pura sorte ou azar. De resto, mesmo a melhor das soluções precisa de tempo para se tornar *razoável*, *i.e.*, para poder ser reflectida pela razão.

Tais problemas escaparam, porém, ao objecto directo desta reflexão (*sp.* 1.II): mas se é certo que a *law in action* nem sempre corresponde à *law in books*, é também seguro que, para lá de toda a *law in action* realizada, persiste uma *law in books* por realizar.

Julho-Outubro 2014

FALÊNCIA, INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

COORDENAÇÃO
MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS

O conjunto de artigos que agora se dá à estampa resultou das intervenções dos autores no I.º congresso de direito comercial das Faculdades de Direito da Universidade do Porto, de S. Paulo e de Macau, subordinado ao tema “falência, insolvência e recuperação de empresas.”