

Indisponibilidade dos créditos tributários e alternativas às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa do plano de recuperação

Intangibility of tax credits and alternatives to the partial void and to the limited effectiveness theses of the restructuring plan

José Gonçalves Machado

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona

Centro de Investigação CEAD - Francisco Suárez

Campo Grande 376, 1749-024 Lisboa, Portugal

jose.goncalves.machado@ulusofona.pt

<https://orcid.org/0000-0002-8702-9169>

Outubro de 2023

RESUMO: O breve estudo aqui apresentado, procura responder à questão de saber se é legítimo aos tribunais lançarem mão das teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa para, assim, homologarem um plano (acordo) de recuperação, negociado no contexto do PER, que viole a regra da indisponibilidade dos créditos tributários ou, *mutatis mutandis*, outros direitos de crédito que, por imperativo legal, se consideram indisponíveis ou irrenunciáveis. Procurando compreender a origem e a razão de ser do plano (acordo) de recuperação, e prestando alguma atenção a outras soluções de direito estrangeiro, propomos três alternativas às referidas teses: as duas primeiras, respeitando a regra da indisponibilidade dos créditos tributários, conferem às partes a possibilidade de declararem se aceitam o acordo (expurgado da parte viciada) ou se o pretendem modificar. A terceira via passa por adotar uma interpretação restritiva das normas que versam sobre a indisponibilidade dos créditos tributários.

PALAVRAS-CHAVE: Homologação judicial; plano de recuperação; nulidade parcial; ineficácia relativa.

ABSTRACT: In this paper one asks whether courts are allowed to confirm a restructuring plan, in the context of the PER, by using the partial void or the limited effectiveness theses, in order to not break the intangibility of tax credits rule or, *mutatis mutandis*, other credit rights that, by imperative law, cannot be modified. Looking at the foundations of the restructuring plan, and paying some attention to other foreign law solutions, one suggests three alternatives to the aforementioned theses: the first two allow parties to express their consent or to modify the restructuring plan, without breaking the intangibility of tax credits rule without their consent. The third one consists of adopting a restrictive interpretation of that rule.

KEY WORDS: Court confirmation; restructuring plan; partial void and limited effectiveness theses.

SUMÁRIO:

1. Contextualização
2. Breve perspetiva comparada
3. Divergências entre doutrina e jurisprudência
4. A natureza contratual do plano de recuperação
5. Crítica às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa
6. Alternativas às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa

Bibliografia

Jurisprudência

1. Contextualização

Mais de uma década depois da entrada em vigor do Processo Especial de Revitalização (“PER”), por via da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, e, tendo ocorrido, posteriormente, diversas alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”), continua por resolver a questão da indisponibilidade dos créditos tributários, em especial no contexto do PER¹.

Recorde-se que, em 2010, quando o PER ainda nem sequer tinha visto a luz do dia, o legislador, ao introduzir n.º 3 do artigo 30.º da Lei Geral Tributária (“LGT”), por via do artigo 125º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2011), pôs termo ao entendimento que afastava a aplicação do n. 2 do artigo 30.º da LGT² ao plano de insolvência, com o argumento fulcral de que a lei especial da insolvência se sobrepunha à lei geral tributária. A partir de então, tudo apontaria para que, com base na letra da lei, em particular no disposto no artigo 30.º, n.º 2 e 3 e no artigo 36.º, n.º 2 e 3 da LGT, se considerasse, pacificamente, que os créditos relativos a impostos e contribuições são, por natureza, indisponíveis, isto é, não podem ser alterados por vontade da Autoridade Tributária e da Segurança Social. Poder-se-ia, assim, supor que tais créditos não poderiam ser modificados a não ser nos casos e termos previstos na lei³. Porém, o entendimento não é pacífico. A doutrina e a jurisprudência têm esgrimindo argumentos em sentidos opostos.

Um dos argumentos invocados, a respeito da indisponibilidade dos créditos tributários no contexto do PER, reporta-se ao Memorando de Entendimento, assinado em 17 de maio de 2011 por Portugal, conjuntamente com o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, através do qual Portugal se comprometeu adotar medidas específicas no âmbito da reestruturação empresas, nomeadamente a introdução de procedimentos que facilitassem a “recuperação efetiva de empresas viáveis” (Compromisso 2.17), a implementação de “princípios gerais de reestruturação voluntária extrajudicial em conformidade com boas práticas internacionais” (Compromisso 2.18), e a adoção das “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” (Compromisso 2.19).

Até à data, Portugal apenas cumpriu dois daqueles compromissos: introduziu o PER, com a referida Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, e implementou os Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, por via da Resolução do Conselho de Ministros n.º

¹ Sobre a razão de ser da indisponibilidade dos créditos tributários, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, “A blindagem dos créditos tributários, o processo de insolvência e a conveniência de um Direito Tributário flexível”, *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 181-188.

² “O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária.”

³ Cfr. artigos 189.º, 190.º e 203.º, do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social (CRSPSS), artigo 81.º do Decreto-Regulamentar n.º 1-A/2011, de 3 de janeiro, e artigos 196.º, 197.º 198.º e 199.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT).

43/2011, de 25 de outubro. O terceiro compromisso continua, em nossa opinião, por cumprir. A remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas significa (deve significar) que os credores públicos (*maxime*, a Autoridade Tributária e a Segurança Social) dispõem de poder para, voluntariamente, modificarem os seus créditos nos mesmos termos (ou equivalentes) em que os credores privados o podem fazer. Quando se estabelece que, por regra, “o crédito tributário é indisponível” e se acrescenta que só pode ser modificado “com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária”, está-se a dizer que, em princípio, o credor público não dispõe de autonomia para modificar (aceitar modificar) o seu crédito, salvo se a alteração em causa respeitar os limites e os termos previstos na lei (por exemplo, o número máximo de prestações admissíveis). O mesmo é dizer que o crédito tributário não é absolutamente indisponível, mas apenas de forma relativa ou parcial. Portanto, se em causa estiver uma modificação que respeite os limites e os termos previstos na lei, o credor público dispõe de autonomia para concordar ou não com a alteração do seu crédito, tendo em conta, por exemplo, o princípio da igualdade de credores e/ou o princípio do tratamento mais favorável (ou proibição de um tratamento menos favorável)⁴. Sendo assim, podemos afirmar que, em bom rigor, os impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas (ainda) não foram removidos. Tal remoção só terá lugar se a Autoridade Tributária e a Segurança Social puderem, voluntariamente, modificar os seus créditos nos mesmos termos (ou equivalentes) em que os credores privados o podem fazer (por sua vontade, e não por imposição legal).

A problemática da indisponibilidade dos créditos tributários, outrora suscitada a respeito do plano de insolvência, coloca-se, desde 2012, com mais veemência, a propósito do plano de recuperação aprovado no contexto do PER. De facto, o disposto no artigo 30.º, n.º 2 e 3, em conjugação com o referido no artigo 36.º, n.º 2 e 3, ambos da LGT, não é condizente a com a teleologia subjacente ao PER (“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”) e com a harmonia do sistema jurídico⁵.

⁴ O que faz supor que o voto (manifestação de vontade) do credor público apenas é relevante quando a modificação em causa respeita os limites legais, ou seja, quando não afronta os limites da sua indisponibilidade. Neste sentido, por exemplo, Ac. do TRL de 22.02.2022, Proc. 10646/21.8T8LSB-A.L1-1 (Renata Linhares de Castro): apesar de o plano ter sido “aprovado com respeito pelas maiorias legalmente exigíveis (sendo que, entre os credores que assim votaram, se inclui a AT), apenas com o voto desfavorável da Segurança Social, prevendo-se quanto ao crédito desta última, a sua regularização através de plano prestacional a autorizar em 122 prestações mensais e sucessivas, no âmbito da execução fiscal (sem extinção ou redução da dívida), não ocorre violação do referido princípio da indisponibilidade, configurando uma violação negligenciável que não obsta à sua homologação e vinculação”. No mesmo sentido, Ac. do STJ de 03.11.2015, Proc. 12/12.1TYLSB-1-L1.S1 (Salreta Pereira), onde é dito, Em sentido oposto (apontando para a irrelevância quase absoluta do voto do credor público), Ac. do TRC de 26.04.2022, Proc. 840/21.7T8ACB.C1 (Maria João Areias), onde se conclui que “se o plano aprovado não contraria o regime prestacional legalmente previsto para os créditos da segurança social, a ausência de consentimento do credor Segurança Social não constitui violação “não negligenciável”.

⁵ Note-se que no âmbito do plano de insolvência, alguma jurisprudência (designadamente, Ac. do TRG de 10.04.2012, Proc. 2261/11.0TBBERG-E.G1 (Ana Cristina Duarte) tem defendido que “o perdão ou redução dos créditos tributários ao abrigo de um plano de insolvência validamente aprovado, não viola os princípios da igualdade e da legalidade tributária e, como tal, não é vedado pelo disposto no artigo 30.º, n.º 2 da LGT”; e considera que “o aditamento de um n.º 3 ao artigo 30.º da LGT, pela Lei 55-A/2010 de 31/12 que estabelece que o disposto no n.º 2 prevalece sobre qualquer legislação especial, não põe em causa aquele raciocínio, nem do mesmo se extrai que o legislador tenha querido, por esta forma, inviabilizar a homologação de planos de insolvência, não tendo, para o efeito, revogado as normas correspondentes no CIRE”. Portanto, “a

2. Breve perspectiva comparada

O credor Estado, pela sua (relativa) indisponibilidade, além de desrespeitar o que foi assumido no Memorando de Entendimento em 2011, afirma-se como obstáculo à recuperação de empresas viáveis que ele próprio preconiza (não dando o exemplo aos credores particulares) e, assim, incompreensivelmente, está (pode estar) a contribuir para a liquidação desnecessária de empresas, para a perda de postos de trabalho, para o desperdício de *know-how* e conhecimentos especializados, para o aumento da despesa com o pagamento de subsídios de desemprego, para a perda de receita fiscal (que, de outro modo, poderia ser obtida com a manutenção em atividade de empresas viáveis), e para a degradação da economia e da sociedade em geral.

A situação é distinta noutros ordenamentos jurídicos.

Em França⁶, no contexto do *Plan de Sauvegarde*, e de modo a encorajar os credores públicos a contribuírem, mais ativa e eficazmente, para a recuperação das empresas em dificuldades, permite-se que aqueles possam perdoar, total ou parcialmente, os seus créditos em situação análoga às “cedências” (modificações) que forem concedidas, em condições normais de mercado, por um credor privado colocado na mesma situação. O perdão fiscal pode incidir, nomeadamente, sobre todos os impostos diretos, incluindo o capital. Para os impostos indiretos, o perdão apenas pode incidir sobre juros de mora, majorações, penalidades ou multas. É ainda permitido aos credores públicos consentirem na transferência de categoria e até mesmo na renúncia aos seus privilégios ou garantias.

Em Itália, no âmbito do *Concordato Preventivo*⁷ e do *Piano di Ristrutturazione Omologato*⁸, o devedor poderá propor o pagamento diferido ou mesmo parcial dos créditos públicos (relativos a impostos e contribuições), caso o plano contemple a satisfação dos mesmos em medida não inferior ou menos vantajosa do que previsto para credores da mesma categoria ou de categoria inferior, tendo em conta o valor de mercado (numa perspetiva de continuidade) atribuível aos bens ou direitos sobre os quais exista algum privilégio ou preferência, a determinar por profissional independente, que atestará igualmente a viabilidade do plano e que os credores públicos não ficam em pior situação à luz do plano. O tribunal pode aprovar o plano de recuperação mesmo que os credores públicos não prestem o seu consentimento, quando a adesão destes seja determinante para efeitos de obtenção das maiorias necessárias à aprovação e, com base no relatório elaborado por um profissional independente, se verifica que a proposta é adequada e mais favorável do que a alternativa de liquidação.

indisponibilidade do crédito tributário (...) significa apenas que a administração tributária não pode dispor livremente deste crédito e, portanto, ao contrário do que acontece com qualquer outro credor, não pode, em qualquer caso e por sua livre iniciativa, perdoar, reduzir ou alterar os créditos tributários. Isso não significa, contudo, que esses créditos não possam ser objecto de perdão, redução, moratória ou qualquer alteração. Significa, apenas que estes actos estão sujeitos aos princípios da igualdade e da legalidade tributária”.

⁶ FRANÇOISE PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11e Ed., Paris, LGDJ, 2022, pp. 619-620.

⁷ ALBERTO TEDOLDI, *Crisi, Insolvenza, Sovraindebitamento*, Pisa, Pacini Editore, 2022, pp. 242-244.

⁸ *Ibidem*, pp. 392-394.

Em sentido diverso (já próximo do regime português), em Espanha⁹, o plano de reestruturação não pode, em caso algum, conduzir à redução do valor e natureza de créditos de direito público, devendo ser integralmente liquidados (na sua parte privilegiada e não privilegiada¹⁰), em geral, no prazo de doze meses a contar da data de aprovação do plano de reestruturação. Caso tenha sido previamente concedido o diferimento ou o parcelamento dos referidos créditos, o prazo é reduzido para seis meses a contar da data de aprovação do plano de reestruturação. Em qualquer caso, todos os créditos públicos devem ser integralmente satisfeitos no prazo máximo de dezoito meses a contar da data de comunicação da abertura das negociações¹¹.

Entre nós, tem-se entendido que, no âmbito dos planos de recuperação (negociados e aprovados fora do processo de insolvência¹²), não é possível ao Estado conceder quaisquer perdões ou moratórias no pagamento dos créditos tributários¹³. Relativamente aos créditos da Segurança Social, admite-se que os mesmos, à luz do plano de recuperação, possam ser modificados nas situações excecionais para regularização de dívida, previstas no artigo 81.º do Decreto-Lei n.º 411/91, de 17 de outubro, e no artigo 190.º do CRCSPSS, mediante o pagamento em prestações, mensais, iguais e sucessivas, com o limite máximo de 150, incluindo os juros de mora vencidos e vincendos¹⁴. Em extensão temporal idêntica, o artigo 196.º, n. 3, al. a), e n. 6 do CPPT, dispõe, relativamente aos créditos tributários (ou exigíveis em processo de execução fiscal) que o plano de pagamento em prestações poderá ser alargado até ao limite máximo de 150 prestações (sem necessidade de prestação de quaisquer garantias

⁹ CAYETANA LADO CASTRO-RIAL, "Posición del crédito público en reestructuraciones preconcursales y exoneración de pasivo", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, N.º 3 (Extra), 2021, pp. 163-198; JUANA PULGAR EZQUERRA, "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interes de los acreedores", *Revista de Derecho Mercantil*, Nr. 323 (Enero-Marzo), 2022, pp. 1-15; PAULA Novo CUBA, "El crédito público: refinanciación y reestructuración. Los aplazamientos y fraccionamientos como mecanismo de reestructuración informal. El caso particular del crédito ico", *El concurso y la Conservación de la empresa: 'debates sobre nuestra Inminente nueva ley Concursal', X Jornadas Concursales Vitoria-Gasteiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2022, pp. 135-158.

¹⁰ JUANA PULGAR EZQUERRA, "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interes de los acreedores", *Revista de Derecho Mercantil*, Nr. 323 (Enero-Marzo), 2022, pp. 1-15.

¹¹ Além disso, para que o devedor possa beneficiar do pagamento em prestações dentro daqueles limites temporais, é necessário que se verifiquem os seguintes requisitos cumulativos: o devedor tenha as suas obrigações fiscais e previdenciárias regularizadas aquando da abertura de negociações do plano; e os créditos tenham sido constituídos há menos de dois anos.

¹² Note-se que, por força da declaração de insolvência, extinguem-se, nomeadamente, "a) Os privilégios creditórios gerais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social constituídos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência; [e] b) Os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social vencidos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência" (artigo 97.º, n. 1 do CIRE). Porém, no que respeita ao alcance do princípio da indisponibilidade dos créditos tributários, a sua natureza (privilegiada ou comum), parece ser irrelevante. Neste sentido, por exemplo, Ac. do STJ de 06.09.2022, Proc. 20346/20.0T8LSB-D.L1.S1 (José Rainho), onde se conclui que "não podia o plano de liquidação - e à semelhança do que sucedeu com os créditos da Autoridade Tributária e Aduaneira e do Instituto da Segurança Social IP - ter sido homologado relativamente ao crédito da ANACOM emergente de taxa devida pela Insolvente e juros respetivos. Estamos aqui perante um crédito indisponível que, porém, foi alvo de autorregulação quer quanto ao montante (perdão integral de certos juros) quer quanto ao vencimento (pagamento faseado em 28 prestações trimestrais) que não foi objeto de prévia aceitação por parte da Credora nem está coberta por qualquer norma legal (nomeadamente a do artigo 196.º do CPPT, que aliás se reporta a dívida por impostos, e não é o caso; cfr também os artigos 85. e 148.º, n.º 1º do mesmo CPPT e o artigo 37.º dos Estatutos da ANACOM). Neste tipo de situação, e conforme linha de orientação pacífica no Supremo Tribunal de Justiça (...) é o plano, sem prejuízo de poder ser homologado e produzir efeitos quanto aos demais créditos, ineficaz relativamente ao credor titular do crédito indisponível."

¹³ Cfr. Ac. do TRC de 01.10.2013, Proc. 1786/12.5TBTNV.C2 (Barateiro Martins).

¹⁴ Art. 81.º, n. 1, do Decreto-Lei n.º 411/91, de 17 de outubro.

adicionais¹⁵). Apesar desta “flexibilidade”, Maria José Costeira¹⁶ alerta, e com razão, que, na prática, o credor público acaba, tendencialmente (leia-se, com frequência), por se opor à homologação do acordo de recuperação, o que sucede – acrescentámos nós – mesmo quando são respeitados os (demais) requisitos que permitiriam o pagamento prestacional, nomeadamente a viabilidade do devedor, o princípio da igualdade de credores e o princípio do tratamento mais favorável à luz do plano de recuperação.

3. Divergências entre doutrina e jurisprudência

Perante a indisponibilidade dos créditos tributários ou sempre que, respeitados os limites da sua indisponibilidade, os credores públicos se manifestam contra o plano de recuperação, a doutrina e a jurisprudência têm envidado esforços no sentido de contornar ou mitigar o imperativo legal ou o voto desfavorável dos credores públicos.

No sentido de contornar, Catarina Serra¹⁷, desde cedo, tem vindo a sustentar que o argumento literal (assente, sobretudo, nos n. 2 e 3 do artigo 30.º da LGT), frequentemente invocado pela jurisprudência, não deve prevalecer. Para a Autora, a finalidade do PER e a unidade e coerência do sistema jurídico exigem que se faça uma interpretação restritiva das normas que compõem o regime tributário. Iguais argumentos são invocados, desenvolvidamente, por António Fonseca Ramos¹⁸ que parece admitir o afastamento da indisponibilidade dos créditos tributários (“o perdão ou redução do valor dos créditos da Autoridade Tributária ou da Segurança Social sobre o passivo do devedor, quer quanto ao capital, quer quanto aos juros, bem como a modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro”), “desde que a “intervenção nos créditos do Estado credor não evidencie uma redução injusta e desproporcional, tendo em conta o somatório dos créditos dos particulares e a medida em que deles abdicam, visando a recuperação da empresa pré-insolvente”¹⁹. Miguel Pestana Vasconcelos²⁰, por seu turno, sugere que a intervenção (nos créditos tributários) não seria injusta e desproporcional se, atendendo às circunstâncias do caso, a redução tivesse por limite o valor económico dos créditos tributários (aquele que provavelmente receberia em caso de liquidação) e não ao seu valor nominal, e fosse idêntica à de outros credores da mesma classe (princípio da igualdade de credores). Também Joaquim Freitas da Rocha²¹ parece alinhar-se

¹⁵ Art. 199.º, n. 13 do CPPT.

¹⁶ “Questões práticas no domínio da assembleia de credores”, *II Congresso do Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 112-113.

¹⁷ “Processo especial de revitalização – contributos para uma “rectificação””, *Revista da Ordem dos Advogados*, N. 72, Vol. II/III, abril/setembro, 2012, pp. 739-741; “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol. 8, 2012, pp. 96-101; *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência: questões jurisprudenciais com relevo dogmático*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 97-98; *Lições de Direito da Insolvência*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2021, pp. 443-445.

¹⁸ “Os créditos tributários e a homologação do plano de recuperação da insolvência”, *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 370-381.

¹⁹ *Idem*, pp. 380.

²⁰ *Recuperação de empresas: o processo especial de revitalização*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 127-141

²¹ “A blindagem dos créditos tributários, o processo de insolvência e a conveniência de um Direito Tributário flexível”, *cit.*, pp. 188-193.

com uma visão de um direito tributário flexível, sensível aos vários bens jurídico-constitucionais em confronto, mesmo que tal implique a alteração dos contornos essenciais do crédito tributário. Estes Autores concordarão com Inês Palma Ramalho e João Serras de Sousa²² quando referem que “a *par conditio creditorum* – fundada numa ideia de justiça distributiva – reclama uma participação do próprio Estado nos sacrifícios inerentes à recuperação da uma empresa viável”.²³

No sentido de mitigar, a jurisprudência, querendo salvar os planos de recuperação aprovados pelas maiorias necessárias e, simultaneamente, respeitar a indisponibilidade dos créditos tributários (ou a vontade dos credores públicos, quando, por vezes, apesar de serem respeitados os limites da sua indisponibilidade, estes credores votam contra o plano de recuperação), tem sido favorável à homologação de acordos de recuperação sem, contudo, afetar os créditos tributários (não afrontando, assim, a indisponibilidade dos créditos tributários ou a vontade dos credores públicos). A tese da recusa por nulidade total do plano de recuperação parece ter sido abandonada por chocar demasiado com o propósito do PER e com a vontade de uma maioria favorável à recuperação. A solução do convite ao aperfeiçoamento para suprimento dos vícios (de ofensa à indisponibilidade dos créditos tributários) contidos no plano de recuperação tem tido uma aplicação muito residual²⁴, o que parece justificar-se com o carácter urgente do PER e com a natureza perentória do prazo máximo para conclusão do plano de recuperação²⁵. A tese da redução do plano por nulidade parcial²⁶, ainda que inicialmente tenha merecido o acolhimento do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”)²⁷, também não tem ganho adeptos. Pelo que nos é dado a observar, há, hoje, uma clara preferência, fundada na jurisprudência do STJ²⁸, pela tese da ineficácia do acordo homologado relativamente aos créditos tributários por força da sua indisponibilidade²⁹. Argumenta-se que é “a solução mais equilibrada e curial, que permit[e] harmonizar os interesses sociais e económicos que o legislador se propôs salvaguardar através da instituição

²² “O tratamento dos créditos tributários e a concretização das finalidades da reforma”, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX, Vol. 1, 2017, p. 139.

²³ Outra parte da doutrina, apoiando-se na letra da lei, tem-se ficado por uma posição neutra, não assumindo declaradamente uma oposição à atual solução. Neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 533-534; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os créditos tributários e a criação de normas imperativas, no contexto do direito da insolvência”, *Julgat*, Nr. 23, 2014, pp. 67-82.

²⁴ REINALDO MÂNCIO DA COSTA (“Os requisitos do plano de recuperação”, *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Edições Almedina, 2015, pp. 264-266) refere-se a esta terceira via e apresenta dois casos concretos onde isso aconteceu, ambos apreciados no Juízo Local Cível de Braga – Juiz 3. Na Sentença de 17.12.2014, Proc. 3361/14.0TBRRG, concluiu-se: “...tendo a Segurança Social votado desfavoravelmente o plano, o mesmo não poderá ser homologado senão extirpado da parte relativa a este credor nos termos do artigo 292.º do CC”.

²⁵ Neste sentido, por exemplo, Ac. do TRL de 23.03.2017 (Proc. 2340/16.8TBRR.L1-2). No Ac. de 27.04.2017 (Proc. 1839/15.8TBSTR.E1.S1), o STJ admite um prolongamento das negociações apenas em casos extremos de justo impedimento, os únicos que, assim, poderiam justificar um desvio ao prazo legalmente prevenido para a conclusão do processo negocial.

²⁶ Sobre o regime da redução, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, Reimpressão, Lisboa, AAFDL Editora, 2023; CARLOS MOTA PINTO / ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 615 e s; PEDRO EIRÓ / TERESA SILVA PEREIRA, “Artigo 292.º - Redução”, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2014, pp. 726-730.

²⁷ Ac. do STJ de 13.11.2014 (Proc. 3970/12.2TJVNFA.P1.S1).

²⁸ Neste sentido, por exemplo, Acs. de 17.01.2023 (Proc. 1311/21.7T8VFX.L1.S1), de 09.06.2021 (Proc. 1412/20.9T8VNF.G1.S1), de 03.11.2015 (Proc. 12/12.1TYLSB-I-L1.S1), de 18.02.2014 (Proc. 1786/12.5TBTNV.C2.S1).

²⁹ Esta posição tem sido igualmente seguida a propósito do plano de insolvência. Neste sentido, por exemplo, Ac. do STJ de 17.04.2018 (5781/16.7T8VIS-D.C1.S1).

do processo de revitalização, respeitando ainda os compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado Português, com a intransigente defesa dos créditos tributários em geral”^{30 31}.

A jurisprudência tem assumido que o aproveitamento (parcial) do plano de recuperação favorece a recuperação e que a opção inversa (recusa de homologação) levará a empresa devedora à insolvência. Esta posição não está isenta de críticas³². Compreendemos a bondade da solução da eficácia relativa³³, quase pacificamente assumida pela jurisprudência, mas a verdade é que a mesma, assim como a tese da nulidade parcial, traduzem-se, de facto, numa modificação dos planos de recuperação pelo poder judicial.

O plano de recuperação homologado com aquelas limitações já não é exatamente o plano desejado, acordado e aprovado pelos credores (ou categoria de credores)³⁴ ou pode não o ser. Como é evidente, a modificação de uma peça do tabuleiro pode, em concreto, ser insignificante, mas também pode fazer toda a diferença no desfecho desejado (ou desejável). A homologação de um plano naqueles termos poderá obrigar o devedor a (ter que) cumprir por inteiro (sem qualquer tipo de complacência) os créditos da Autoridade Tributária e/ou da Segurança Social, o que, no final do dia, poderá levar ao incumprimento do plano homologado e precipitar a insolvência da empresa devedora, frustrando, assim, a razão de ser do PER (e da própria homologação judicial).

4. A natureza contratual do plano de recuperação

As diversas medidas contidas no acordo (plano) de recuperação formam-se e convivem num esquema contratual *sui generis*, que se quer justo e equilibrado, de tal modo que, ainda que possam ser negociadas isoladamente com cada um dos afetados, só fazem sentido se estiverem harmonizadas, por referência à sua causa e finalidade económico-social.

O que está em jogo não é um conjunto autónomo de declarações negociais ou de contratos (estranhos à causa e finalidade económico-social próprias do plano de recuperação), mas um acordo global, baseado num “plano de negócios viável e credível, que evidencie a capacidade

³⁰ Cfr. Acs. do STJ de 17.01.2023 (Proc. 1311/21.7T8VFX.L1.S1) e de 09.06.2021 (Proc. 1412/20.9T8VNF.G1.S1).

³¹ Sobre as diversas incursões feitas pela jurisprudência, CATARINA SERRA, *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência...*, cit., pp. 97-106.

³² Neste sentido, CATARINA SERRA, *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência...*, cit., p. 106.

³³ No Ac. do STJ de ,24.03.2015, Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1 (Ana Paula Boularot), questiona-se o seguinte: “a admitir-se que o plano aprovado seja homologado apenas em relação a parte dos créditos ou quanto a parte dos credores, cabe perguntar em que situação fica o credor em relação ao qual ou a cuja crédito o plano é ineficaz: se o plano não produz efeitos em relação a ele, isso significa que ele pode de imediato lançar mão dos meios judiciais necessários à obtenção da satisfação do seu crédito, designadamente acções para execução coerciva do património do devedor?; e, se não obtiver essa satisfação, pode inclusivamente requerer a insolvência do devedor que já se encontra decretada com fundamento num crédito já reclamado na insolvência?; com que fundamento se pode excluir essa hipótese se o plano não é eficaz em relação a esse credor?; em que situação fica a empresa insolvente se à margem do plano aprovado e da eventual moratória de pagamento prevista neste e destinada a permitir-lhe obter receitas para fazer os pagamentos previstos no plano, um credor puder, afinal, atacar de imediato a massa insolvente para obter pagamento coercivo do seu crédito?”

³⁴ *Ibidem*.

do devedor de gerar fluxos de caixa necessários ao plano de reestruturação³⁵, que atende à situação patrimonial da empresa devedora e aos direitos e interesses em causa.

Considerando que é (pode ser) dispensada a declaração negocial daqueles cuja representatividade seja (na prática) irrelevante (ou desnecessária) para efeitos de aprovação e homologação do plano, dir-se-á (numa primeira análise) que este não pode ser reconduzido a qualquer união contratos (seja ela, interna, externa ou alternativa³⁶) ou a um contrato plurilateral. Em qualquer uma delas pressupõe-se, em princípio, a existência de uma declaração negocial de cada uma das partes vinculadas ao seu conteúdo. Vacilando os princípios da liberdade contratual e da sua relatividade, fica (mais) difícil sustentar a natureza contratual dos planos de recuperação homologados pelo tribunal (suscetíveis de vincular partes discordantes).

Perante estas e outras dúvidas, Stephan Madaus³⁷ questiona se é possível continuar a sustentar a natureza contratual dos planos de recuperação, isto é, se estamos diante de instrumentos de negociação de um acordo (plano) de recuperação ou, se, pelo contrário, estamos perante um procedimento concursal, sujeito a princípios e regras do direito da insolvência. O autor contesta a ideia de que os (modernos) planos de recuperação (negociados ao abrigo dos instrumentos de negociação, mais ou menos informais, e sujeitos a homologação pelo tribunal³⁸), por serem suscetíveis de vincular partes discordantes (que não prestem o seu consentimento ou que se oponham), não podem ser caracterizados (qualificados) como contratos. O autor apresenta um conjunto de argumentos que, além de cumprirem o propósito de caracterização e distinção, podem ser entendidos como critérios para se poder afirmar a natureza contratual dos planos de recuperação. Sem qualquer pretensão de esgotar o sobejo leque de fundamentos, diríamos que o essencial se resume ao seguinte:

(i) aquele género de planos de recuperação têm uma finalidade específica que consiste em proporcionar um ambiente (espaço) de negociação, destinado a alcançar a melhor solução possível para todos os potenciais (ou diretamente) afetados pela crise (insolvência provável) do devedor comum, resolvendo um problema de falta de (insuficiente) cooperação e comunicação entre as partes envolvidas, devido à tendência natural para cada um procurar, isoladamente, obter a maior vantagem possível; não visa resolver um *common pool problem*, (corporizado na falta de recursos de um devedor comum e, tradicionalmente, resolvido pela repartição concursal do ativo do devedor comum pelos credores, segundo a ordem de prioridades legalmente definida), como é próprio do processo de insolvência, mas, quando muito, evitá-lo.

³⁵ Décimo princípio do Anexo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro, que institui os "Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores", aplicáveis ao PER (artigo 17.º-D, n. 12 do CIRE).

³⁶ Sobre a diferença entre estas variantes, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Almedina, Coimbra, 1993, p. 215 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS / PEDRO LEITÃO DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 541-544

³⁷ "Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law", *European Business Organization*, Vo.19, Nr. 3, 2018, pp.632-645.

³⁸ Sobre os instrumentos negociais de recuperação de empresas, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes*, Almedina, Coimbra, 2023.

(ii) estando em causa uma “composição” negociada³⁹ (ainda que supervisionada e controlada pelo tribunal), não deve prevalecer a ideia de que o plano de recuperação é resultado simplesmente de uma posição dominante, que acautela unicamente os seus interesses em desfavor dos demais credores e do devedor. Esta ideia, vigente nos processos da insolvência, ressalta que o plano não é um produto da autonomia das partes interessadas, mas sim o resultado de uma decisão judicial baseada numa avaliação dos direitos das partes interessadas numa liquidação. Diferentemente, no plano de recuperação prevalece (deve prevalecer) a ideia de um encontro de vontades, o que, na prática, justifica um certo afastamento dos instrumentos de negociação de planos de recuperação dos processos de insolvência, nomeadamente quanto ao conteúdo do plano, quanto às regras de aprovação e quanto aos critérios de homologação.

(iii) quanto às regras de aprovação, os planos de recuperação devem, idealmente, obter o apoio de todos os afetados ou, não sendo possível, de uma maioria que seja especialmente qualificada (de dois terços ou de três quartos, por exemplo) de credores ou, ainda melhor, de categorias de credores, de modo que possa funcionar como critério (mínimo) de justiça. Na insolvência normalmente vigora a regra da maioria simples. Aquele reforço de representatividade no contexto dos instrumentos negociais de recuperação de empresas, visa impedir bloqueios abusivos ou meramente estratégicos de planos de recuperação que reúnam um apoio mínimo significativo e sejam globalmente justos para todas as categorias afetadas.

(iv) quanto às regras de homologação, destaca-se a possibilidade de os planos de recuperação poderem consagrar desvios à regra da prioridade absoluta dos créditos (o que na insolvência não é possível), como forma de (por via negocial) envolver categorias inferiores no esforço de recuperação, contando que o plano, respeitando o princípio da igualdade credores, os deixe em melhor situação do que (provavelmente) ficariam na ausência dele, e, em termos comparativos com outros sujeitos afetados (ou categoria de sujeitos), assegure um tratamento pelo menos tão favorável como o de qualquer outra categoria do mesmo grau (perspetiva horizontal), e mais favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior (perspetiva vertical)⁴⁰.

(v) perante a falta de consentimento ou a oposição de uma ou mais partes afetadas pelo plano de recuperação, é necessária a intervenção do tribunal para aferir o cumprimento daqueles requisitos e, em consequência (se necessário), suprir a vontade dos contraentes discordantes; apenas quando a sua oposição for justificada é que o plano não lhes deve ser aplicável ou, sendo, devem ser justamente compensados; por isso, as partes afetadas e discordantes devem dispor de meios para reagir.

³⁹ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes*, cit., p. 93 e ss.

⁴⁰ Sobre o tema da justificação democrática e a necessidade de a mesma ser complementada por regras adicionais, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores no âmbito dos instrumentos pré-insolventes de recuperação de empresas*, Fátima, Edição de Autor, 2022, p. 463 e s.; *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes*, cit., p. 301 e ss; “Cross-class cram-down’ à portuguesa”, *Observatório Almedina*, 24.03.2023 (disponível em <<https://observatorio.almedina.net/index.php/2023/03/24/cross-class-cram-down-a-portuguesa>>); e NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford, Oxford University Press, , 2019, pp. 60-69

(vi) em geral, consideram-se injustificadas as tentativas de bloqueio ou oposições que sejam contrárias à boa-fé. Se uma maioria qualificada de partes (e sobretudo de categorias de partes afetadas⁴¹) aprova o plano, poder-se-á “presumir” (assumir razoavelmente) que as partes (ou categorias) discordantes estão de má-fé. O apoio efetivo de uma grande maioria de credores (ou categorias de credores) igualmente afetados – não apenas daqueles(as) que exercem o direito de voto, mas daqueles(as) que representem em termos substanciais o passivo do devedor - indica (tende a significar) que o plano (proposta de acordo) é justo e que o devedor necessita dele. Qualquer rejeição é, portanto, presumivelmente um ato de má-fé, a menos que o credor (categoria de credores) possa demonstrar uma razão justa para não ficar vinculado(a) ao plano. Nalguns casos, o voto contra o plano de recuperação poderá consubstanciar uma conduta de má-fé, se precedido de um comportamento apto a criar a legítimas expectativas de apoio ao plano de recuperação (*venire contra factum proprium*).

Aderindo à qualificação do plano de recuperação como um contrato, o STJ⁴², em Acórdão de 29 de janeiro de 2019, considerou o plano de recuperação como “um contrato plurilateral, dotado de um *sui generis* procedimento formativo, cuja eficácia depende de homologação judicial, não lhe [sendo], porém, estranha a aplicação das regras dos contratos. Nesta medida, tem sido afirmado que o princípio da relatividade dos contratos, consagrado no artigo 406.º, n.2 do CC, teria como consequência que a eficácia vinculativa do plano de revitalização se confinaria aos sujeitos que nele tomam parte (os credores e o devedor “revitalizado”). (...) A relatividade dos contratos não é, porém, um princípio absoluto e hermético. Encontram-se na ordem jurídica várias figuras contratuais, em cujo regime legal se identifica uma eficácia de proteção para terceiros (como nos contratos que permitem o gozo ou o aproveitamento de faculdades de um bem de terceiro).

Pela nossa parte, temos vindo a defender a natureza contratual dos planos negociados no âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas⁴³ porque na sua génese e evolução esteve sempre patente a ideia de uma solução negociada, sustentada nos princípios da autonomia privada, da boa-fé e do primado da recuperação, dos quais emanam diversos deveres de conduta que os envolvidos devem observar. Apesar de poderem assumir várias configurações (desde instrumentos informais e extrajudiciais, até instrumentos negociais formais e judicializados, ou híbridos), o carácter negocial de tais instrumentos não se perde. Bem pelo contrário: os instrumentos formais e judicializados visam claramente reforçar a cooperação entre as partes através de mecanismos de proteção dos respetivos direitos e interesses e de controlo de situações abusivas. Por outras palavras, o legislador procura criar um ambiente de confiança para, assim, facilitar as negociações.

No caso do PER, não há dúvida de que a negociação e conclusão de um plano de recuperação obedece a um itinerário negocial específico (coberto por vários requisitos e formalidades) que

⁴¹ Sobre a diferença entre critérios de aprovação e homologação de planos consensuais e não consensuais, José GONÇALVES MACHADO, *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes*, cit., p. 301 e ss.

⁴² Proc. 1563/16.4T8AMT.P1.S2 (Maria Olinda Garcia).

⁴³ JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., p. 214 e s.; *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes*, cit., p. 93 e ss; “Cross-class cram-down” à portuguesa”, cit.

admite a celebração de negócios intercalares, destinados a garantir a viabilidade da empresa durante as negociações. O itinerário negocial poderá ter lugar em diferentes ambientes: à luz do regime comum, de natureza judicial (artigos 17.º-C a 17.º-H do CIRE) e do regime abreviado, de natureza híbrida (artigo 17.º-I do CIRE)⁴⁴.

As negociações são norteadas por princípios e regras de natureza privatística (fundados na autonomia privada) e publicista (fundados no primado da recuperação)⁴⁵. É (tende a ser), em termos de conteúdo, um contrato complexo já que é negociado num contexto económico-financeiro difícil e de relativa incerteza, pode incidir sobre diferentes negócios e operações financeiras, e procura resolver um problema futuro sério: a provável insolvência; além disso, visa a composição adequada e justa de interesses particulares e públicos (a melhor satisfação dos direitos e interesses em jogo, a proteção do tecido empresarial, do *know-how*, dos postos de trabalho, da economia e do bem-estar social em geral). A sua validade e a produção (plena) de efeitos (contra as partes afetadas, concordantes e discordantes) não resulta do mero consenso das partes, mas está dependente e condicionada pela homologação judicial⁴⁶.

Este contrato (acordo) *sui generis*, possui uma função/finalidade económico-social própria que é de natureza mista, privatística e publicista, o que ajuda a compreender (i) a razão de ser das várias limitações à autonomia das partes (visíveis, por exemplo, ao nível dos efeitos processuais e substantivos que se produzem com o início do PER, ao nível das regras de aprovação e homologação), bem como (ii) a intervenção do administrador judicial provisório, (iii) e a necessidade de controlo e homologação pelo tribunal.

Em termos gerais, o acordo de recuperação preventiva homologado pelo tribunal no contexto do PER pode, em síntese, ser caracterizado como um negócio jurídico patrimonial (o seu conteúdo é suscetível de ser avaliado em dinheiro), complexo (tende a existir uma multiplicidade de sujeitos e um conjunto de operações com reflexo direto na situação patrimonial da empresa devedora e das partes afetadas), sinalagmático (existe um nexo entre prestações e atribuições patrimoniais que as liga de tal forma que foram um vínculo negocial que possui uma razão de ser própria), com um *iter* negocial *sui generis* (que pressupõe a verificação prévia de requisitos materiais e formais e que limita a atuação das partes, no sentido de lhes proporcionar um período de tempo favorável às negociações), e um *consensus modus* tendencialmente coletivo (o consentimento individual das partes é substituído por um

⁴⁴ Sobre a caracterização do PER (e as diversas posições doutrinárias), JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-insolventes: Princípios Orientadores, PER e RERE*, Almedina, 2023, pp. 93-102.

⁴⁵ Sobre o tema, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., pp. 199-234.

⁴⁶ Cfr. Ac. do STJ de 29.01.2019, Proc. 1563/16.4T8AMT.P1.S2 (Maria Olinda Garcia). É interessante notar que o STJ reconhece, aqui, que o princípio da relatividade dos contratos admite importantes desvios. No Ac. diz que "sendo o plano de revitalização um contrato plurilateral, dotado de um *sui generis* procedimento formativo, cuja eficácia depende de homologação judicial, não lhe é, porém, estranha a aplicação das regras dos contratos. Nesta medida, tem sido afirmado que o princípio da relatividade dos contratos, consagrado no artigo 406.º, n.2 do CC, teria como consequência que a eficácia vinculativa do plano de revitalização se confinaria aos sujeitos que nele tomam parte (os credores e o devedor "revitalizado"). Aqueles que prestam garantias pessoais ao devedor, não sendo membros daquela estrutura negocial, não poderiam beneficiar das medidas aprovadas no plano. A relatividade dos contratos não é, porém, um princípio absoluto e hermético. Encontram-se na ordem jurídica várias figuras contratuais, em cujo regime legal se identifica uma eficácia de proteção para terceiros (como nos contratos que permitem o gozo ou o aproveitamento de faculdades de um bem de terceiro). Aliás, essa ideia de irradiação externa do plano de revitalização não é estranha ao legislador do CIRE, quando estabelece os limites que estão expressos no artigo 217.º, n. 4."

consentimento coletivo de uma certa maioria ou por apoio mínimo significativo), cuja função económico-social consiste em, dentro dos limites legais, e por razões de justiça e eficiência económico-financeira, acautelar os interesses dos sujeitos afetados e o interesse público na recuperação económico-financeira de empresas em dificuldades (o que se concretiza, não só na continuidade da empresa devedora em atividade e na manutenção dos postos de trabalho — ou, pelo menos, em parte —, como também na melhor satisfação possível dos créditos afetados pela crise da empresa).

5. Crítica às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa

A referida caracterização do acordo de recuperação não é despicienda. Ela tem manifesto interesse prático. Do nosso ponto de vista, as teses da redução do acordo de recuperação por nulidade parcial e da ineficácia relativa (ou inoponibilidade parcial) do acordo de recuperação homologado pelo tribunal podem não jogar perfeitamente com os elementos essenciais (substantivos e formais) e com a função/ finalidade económico-social do acordo de recuperação. Em vários acórdãos⁴⁷, a jurisprudência tem seguido os ensinamentos de Carlos Mota Pinto⁴⁸ a respeito da ineficácia e da invalidade.

Quanto à primeira (ineficácia), têm dito que se o acordo de recuperação chocar com as disposições que regem a indisponibilidade dos créditos tributários, é válido, mas não é oponível ao credor Estado que não anuiu à redução ou alteração dos seus créditos. Quanto à segunda (invalidade), têm dito que a violação de normas imperativas, respeitante à indisponibilidade dos créditos tributários, não determina a invalidade de todo o negócio, mas conduz a uma nulidade parcial. Porém, a redução dos negócios em sequência de uma nulidade parcial, tal como prevista no artigo 292.º do CC, levanta problemas de prova, pois o legislador prevê o afastamento desta via se se demonstrar que o acordo não teria sido concluído sem a parte viciada. Dito de outra forma: o artigo 292.º do CC estabelece como regra a redução dos negócios jurídicos, sendo dispensada a prova quanto à vontade de limitar os efeitos do negócio jurídico⁴⁹.

Diante disto, pergunta-se: teriam os credores que aprovaram o acordo que demonstrar que não o aprovariam sem a parte viciada? Em que momento e em que termos? Sobre isto já se disse⁵⁰ que, não tendo havido (ou não sendo o momento e o lugar adequados para que tivesse havido) alegação e discussão, no sentido de se poder inferir se o negócio teria sido ou não

⁴⁷ Por exemplo, Acs. do STJ de 18.02.2014 (Proc. 1786/12.5TBTNV.C2.S1), de 13.11.2014 (Proc. 217/11.2TBBGC-R.P1.S1), de 24.03.2015 (Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1), de 14.04.2018 (Proc. 5781/16.7T8VIS-D.C1.S1), e de 10.05.2018 (Proc. 4986/16.5T8VIS.C1.S1).

⁴⁸ CARLOS MOTA PINTO / ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 615 e s. Sobre a ineficácia ver ainda, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos VI – Ineficácia*, Coimbra, Almedina, 2020; *Contratos V – Invalidade*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2020, pp. 13-28.

⁴⁹ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 267-268.

⁵⁰ Declaração de voto de vencido do Juiz Conselheiro António Fonseca Ramos no Ac. do STJ de 13.11.2014 (3970/12.2TJVNF-A.P1.S).

concluído sem a parte viciada, não pode o tribunal (num ato de construção/valoração da vontade hipotética ou conjectural das partes) dar por não demonstrado que os credores que aprovaram o plano o não aprovariam sem as propostas nulas. Poderíamos ainda acrescentar que, se as partes, de forma expressa ou tácita, se tiverem manifestado em sentido contrário à conservação parcial do negócio, não é possível ao tribunal purgar a parte viciada⁵¹. O mesmo raciocínio poderá ser aplicado, por analogia, à hipótese de aproveitamento/ conservação de parte do acordo por via da ineficácia relativa⁵².

A homologação judicial não é um elemento meramente acidental ou insignificante do acordo de recuperação, mas um elemento fundamental e nuclear, sem o qual o acordo de recuperação não se considera concluído (de forma válida e eficaz). A homologação judicial, fundamentada e seguida das formalidades previstas (notificação, publicitação e registo pela secretaria do tribunal)⁵³, faz com que o acordo de recuperação se distinga de um contrato meramente privado, com eficácia *inter partes*, e se institua como um acordo com eficácia extensível às partes afetadas e discordantes (implicando, assim, um importante desvio à relatividade dos contratos). Até à homologação judicial existe uma proposta de acordo de recuperação ou certo consenso, consubstanciado num conjunto de manifestações de vontade que, em princípio, permanecem válidas, nos exatos termos previstos, até à homologação judicial, momento de partir do qual, em obediência à segurança no tráfico jurídico e à certeza quanto às consequências para as partes afetadas, o plano de recuperação ganha vida enquanto tal.

Portanto, a vinculação definitiva à proposta de acordo de recuperação só existe com a homologação. Claro está que por via do artigo 17.º-I do CIRE (regime abreviado do PER) é possível vincular partes afetadas e discordantes a um acordo de recuperação extrajudicial já concluído (perfeitamente válido e eficaz entre as partes que a ele livremente se vincularam), nomeadamente no contexto do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas ("RERE")⁵⁴. A diferença é que neste caso, o recurso à homologação é (tender a ser) apenas eventual, isto é, a sua conclusão e produção de efeitos não fica necessariamente dependente da homologação. As partes podem optar por não submeter o acordo a homologação e, nessa medida, a intervenção judicial não é (pode não ser) um elemento essencial, salvo se as partes condicionarem a produção de efeitos à homologação. Não se verificando esta última situação, a recusa de homologação não destrói (pode não destruir) a eficácia (relativa) do acordo submetido a homologação. Diferentemente, o acordo de recuperação judicial, negociado e aprovado no âmbito do regime comum do PER, exige sempre a homologação pelo tribunal, o que faz supor a necessidade de vincular partes afetadas e discordantes.

Quanto a esta hipótese, é legítimo questionar se o tribunal pode impor uma alteração à proposta de acordo (plano) de recuperação, purgando-o dos vícios existentes e limitando a sua produção de efeitos. Tal supõe, em nossa perspetiva, a formulação de um de juízo sobre

⁵¹ Cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., p. 268; PEDRO EIRÓ / TERESA SILVA PEREIRA, "Artigo 292.º - Redução", cit., p. 728.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Artigo 17.º-F, n. 7 e 11 do CIRE.

⁵⁴ Hipótese prevista expressamente no artigo 29.º do RERE.

a vontade hipotética ou conjectural das partes quanto à proposta de acordo de recuperação. Sendo assim, perguntar-se-á: até que ponto o tribunal está autorizado a intervir na proposta de acordo submetido a homologação por via da redução e/ou da ineficácia relativa? Em que medida a sua intervenção, por uma destas vias, pode tocar num dos elementos essenciais, alterando o seu conteúdo e/ou excluindo um dos sujeitos afetados, e colocar em causa a sua função/finalidade económico-social? Poder-se-á dizer que, sob o ponto de vista do seu conteúdo, um contrato (plano) modificado num dos seus elementos essenciais e que não cumpre adequadamente a sua função/finalidade é ainda o mesmo contrato que as partes concordaram em submeter a homologação? Qual a justificação para vincular as partes afetadas a um contrato que não é (tende a não ser) o mesmo que foi submetido a homologação? Pode o tribunal assumir, com base nas regras de aprovação e homologação de acordos de recuperação⁵⁵, que as partes originariamente favoráveis à homologação manteriam (são obrigadas a manter) o seu apoio após a limitação (alteração) do seu conteúdo e efeitos por via da por via da redução e/ou da ineficácia relativa? Podem (ou não) as partes proponentes e afetadas alterar a sua posição, revogando a sua aceitação, caso o tribunal decida purgar a proposta homologando uma parte e desconsiderando outra? Se sim, em que termos?

Estas questões não são de resposta fácil, mas ajudam-nos a perceber que aqueles regimes da redução por nulidade parcial e da ineficácia relativa podem não ser adequados para o acordo de recuperação homologado judicialmente. Não serão, evidentemente, se o plano homologado por uma destas vias não permitir a realização de sua função/finalidade económico-social.

Bem vistas as coisas, a intervenção do tribunal por via da redução e/ou da ineficácia relativa parece supor que as partes afetadas aceitam, sem reservas nem limitações, a modificação imposta pelo tribunal, e que a parte não viciada está apta a sobreviver autonomamente sem a parte viciada. No fundo, o tribunal, atendendo à natureza e às circunstâncias que presidiram à aprovação do acordo de recuperação, estaria autorizado a construir a vontade hipotética das partes, de tal sorte que estas ficariam dispensadas de aceitar o acordo modificado. Em alternativa, se as partes assim o tivessem declarado previamente, o tribunal limitar-se-ia a sanar o acordo sem ter de se substituir às partes.

Em ambos os casos, a parte restante do acordo de recuperação reuniria todos os elementos necessários para que pudesse produzir os efeitos nela contemplados e cumprir a sua função/finalidade. A diferença é que, na primeira hipótese, o julgador é chamado a decidir segunda uma vontade hipotética das partes, enquanto, na segunda hipótese, a decisão baseia-se numa vontade expressa (se não por todas as partes, pelo menos por aquelas que compõem o quórum de aprovação necessário). Na primeira hipótese, se, por alguma razão, o julgador puder concluir que os elementos excluídos são essenciais e não meramente secundários (ou manifestamente irrelevantes) e que a função/finalidade prosseguida já não pode ser atendida com a parte não viciada, fica impedido de recorrer à redução por nulidade parcial ou à ineficácia

⁵⁵ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., p. 478 e ss.; *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-insolventes...*, cit., p. 317 e ss.

relativa⁵⁶, devendo, em consequência, recusar a homologação da proposta de acordo. Na segunda hipótese, o tribunal, confrontado com a vontade expressa das partes, pode assumir que, verificados os demais requisitos formais e substanciais de homologação, os elementos excluídos não são essenciais e a função/finalidade prosseguida continua a ser assegurada.

Dessa forma, nos casos em que as partes não declarem de antemão que aceitam uma limitação do conteúdo da proposta de acordo relativamente a um dos aspetos nele contemplados (no caso em estudo, os créditos tributários), o tribunal, por via da redução e/ou da ineficácia relativa, tem sempre de fazer uma ponderação casuística.

Sendo assim, perguntar-se-á: até que ponto esta solução é compatível com a natureza, finalidade e características próprias do acordo judicial de recuperação preventiva de empresas? Pode um juiz assumir, sem avaliar o conteúdo do plano (*maxime* a sua viabilidade), que a não homologação (por violação da indisponibilidade dos créditos tributários) produz efeitos indesejáveis, mais gravosos do que aqueles que se produziriam com a homologação por via da redução e/ou da ineficácia relativa?

A resposta tende a ser negativa. Desde logo, não há acordos de recuperação iguais. A ponderação teria de ser casuística e, devendo ser casuística, o juiz teria necessariamente de atender ao conteúdo do plano para poder concluir, com razoabilidade, que a viabilidade do acordo não estaria posta em causa. Dir-se-á, com razão, que essa ponderação não é difícil de fazer nos casos em que os créditos tributários têm um peso manifestamente marginal no cômputo geral do plano⁵⁷. E, nos demais casos, naqueles que são complexos, pode o juiz substituir-se às partes e fazer essa ponderação, assumindo que o seu juízo terá de ser necessariamente aceite por quem anteriormente apoiou ou não o plano agora modificado? A resposta será a mesma se, no seu parecer fundamentado⁵⁸, o administrador judicial provisório concluir que o plano apresenta perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da mesma, ainda que não afete os créditos tributários?

Nada no regime do PER parece autorizar o juiz a substituir-se às partes na ponderação do peso de cada uma das medidas recuperatórias e, em particular, daquelas que afetem os créditos tributários. Saber se as regras de aprovação e homologação foram respeitadas⁵⁹, é substancialmente diferente de ponderar, em termos económico-financeiros, o peso de cada uma das medidas recuperatórias, para daí se poder extrair, com relativa segurança, a conclusão de que a viabilidade da empresa está assegurada (ou que apresenta perspectivas razoáveis de evitar a insolvência), mesmo com a exclusão das medidas recuperatórias sobre créditos tributários. Se as partes consideraram que a viabilidade estaria assegurada em determinados termos, aí incluindo o esforço e cooperação dos credores públicos (contra a sua

⁵⁶ PEDRO EIRÓ / TERESA SILVA PEREIRA, "Artigo 292.º - Redução", cit., p. 728.

⁵⁷ Neste sentido, ANA PAULA BOULAROT, "Apontamentos sobre os efeitos do Processo Especial de Recuperação", *Julgar*, Nr. 31, 2017, p. 24; e Ac. do STJ de 24.03.2015 (Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1); PEDRO EIRÓ / TERESA SILVA PEREIRA, "Artigo 292.º - Redução", cit., p. 728.

⁵⁸ Art. 17.º-F, n. 4 e 6 do CIRE.

⁵⁹ Sobre regras de aprovação e homologação, JOSÉ GONÇALVES, MACHADO, "Cross-Class Cram-down 'à portuguesa'", cit.; *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., p. 478 e ss.; *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-insolventes...*, cit., p. 317 e ss.

vontade e com sacrifício da sua indisponibilidade), não parece legítimo que se altere os pressupostos e, automaticamente, se extraia a mesma conclusão, a não ser nos casos em que, de facto, os créditos tributários tenham um peso manifestamente residual e insignificante. Se o parecer do administrador judicial for nesse sentido, o caminho para a homologação judicial fica, de alguma forma, facilitado. Nos demais casos, em que os créditos tributários têm um peso significativo, muito dificilmente o administrador judicial provisório dará um parecer positivo (no sentido da homologação). Nestes casos, não cremos que o tribunal vá (ou deva) contrariar o parecer do administrador judicial provisório e a vontade de uma certa maioria, excluindo os créditos tributários por via da redução e/ou da ineficácia relativa.

A questão será diferente se a empresa devedora e os credores, subsidiariamente, solicitarem a homologação da proposta de acordo sem que o mesmo mexa com a parte indisponível dos créditos tributários ou prestarem o seu consentimento quanto à não produção de qualquer efeito relativamente aos credores públicos. Nestes casos, o juiz seria chamado a apreciar e homologar, em primeira linha, o “Plano A” e, encontrando motivos para recusar a sua homologação por violação de normas imperativas (respeitantes à indisponibilidade dos créditos tributários), estaria já “autorizado” a, subsidiariamente, homologar o “Plano B” (que não afetaria a indisponibilidade dos créditos tributários) ou, em alternativa, a homologar o “Plano A” que havia merecido o consentimento prévio das partes afetadas para a sua homologação, por via da redução e/ou da ineficácia relativa.

Evitar-se-ia, assim, a modificação impositiva dos planos de recuperação pelo poder judicial e a subversão do seu esquema (função/finalidade) económico-social. O acordo proposto (desejado por uma certa maioria, reforçada por critérios adicionais de razoabilidade e justiça⁶⁰) não seria subalternizado por um outro acordo de recuperação (assente numa vontade hipotética ou conjectural), alterado pelo poder judicial, em “obediência cega” à indisponibilidade dos credores públicos e à defesa desajustada do primado da recuperação. Excetuados os casos em que o peso dos créditos tributários é claramente residual ou insignificante, não vislumbramos qualquer motivo para que o juiz possa assumir, seja por que razão for, que as partes afetadas aceitam (ou, hipoteticamente, aceitam) o acordo por si modificado e homologado.

Não se esqueça que os instrumentos de recuperação de empresas obedecem a um princípio de intervenção judicial mínima⁶¹. Estando em causa um acordo negociado entre a empresa devedora e as partes afetadas, ao juiz cumpre aferir a sua legalidade à luz dos critérios definidos pelo legislador. Nuno Gundar da Cruz⁶² defende que a atuação do juiz só pode ser no único sentido admitido por lei: homologar ou não homologar o plano de recuperação. Nesse sentido, não cabe ao juiz a tarefa de, a pretexto da indisponibilidade dos créditos tributários (ou de outros créditos indisponíveis ou irrenunciáveis), introduzir alterações ao plano submetido a homologação. Dir-se-á que, atento o disposto nos n. 2 e 3 do artigo 17.º-F do

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Cfr. JENNIFER PAYNE, “The role of the court in debt restructuring”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 77, Nr. 2, 2018, pp. 124 – 150.

⁶² *Processo Especial de Revitalização: estudo sobre os poderes do juiz*, Lisboa, Petrony, 2016, pp. 58-64.

CIRE, a empresa devedora, após a publicação da versão final do plano, tem ainda a possibilidade de, querendo, apresentar uma nova versão, antes de o plano ser submetido a votação e a homologação. Sendo assim, não haveria espaço para que o tribunal pudesse, por sua iniciativa, intervir ao nível do conteúdo e dos efeitos de um plano não purgado do vício no momento próprio, devido [apenas] à inércia das partes. Como tal, ao tribunal restaria uma opção: não homologar o plano.

6. Alternativas às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa

Tal posição, que redundaria, simplesmente, na não homologação do plano, não é desejável, assim como não nos parecem adequadas as outras vias da ineficácia relativa e da redução que têm sido adotadas pela jurisprudência. É certo que, tendo sido submetido a homologação, no final haverá sempre uma decisão de confirmação ou de recusa. Mas, insiste-se, tal decisão deve incidir sobre a proposta submetida a homologação pelas partes e não sobre qualquer outra que o Tribunal, por sua iniciativa, resolva moldar. A necessidade de acomodar devidamente os princípios da autonomia privada e do primado da recuperação – que firmam a função/finalidade económico-social do acordo de recuperação – assim o ditam⁶³.

Estamos em crer que, à luz do direito vigente, a solução deverá passar por uma de três vias. Primeira: o juiz convida a empresa devedora e os credores para, num curtíssimo prazo, declararem se aceitam ou não que a proposta de acordo seja ineficaz relativamente aos créditos tributários (*rectius*, declararem se concordam com a homologação plano sem a parte que afeta os créditos tributários indisponíveis), advertindo-os que, se nada disserem, presumir-se-á, definitivamente, o seu consentimento. Segunda: o juiz convida a empresa devedora e os credores a modificarem o plano, de modo a não colidir com a indisponibilidade dos créditos tributários, concedendo-lhes, para o efeito, um prazo razoável que não afronte desmedidamente a natureza urgente e célere do PER; e advertindo-os que, se nada disserem, presumir-se-á, definitivamente, o não consentimento. Terceira: o juiz adota uma interpretação restritiva das normas que versam sobre a indisponibilidade dos créditos tributários e, verificados os demais pressupostos, profere o despacho de homologação do plano de recuperação.

A primeira solução parece ser, de todas, a mais fácil de aplicar e, à primeira vista, não colidirá com o direito instituído⁶⁴. Ao dar de novo a palavra à empresa e aos afetados para, querendo,

⁶³ Sobre o tema, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., p. 215 e ss.

⁶⁴ Note-se que a mesma tem sido adotada pela jurisprudência no âmbito do plano de insolvência. Neste sentido, Ac. do STJ de 03.11.2015, Proc. 12/12.1TYLSB-I-L1.S1 (Salreta Pereira), onde se concluiu que “a violação do artigo 30.º da LGT – quer se traduza na ineficácia, relativamente à Fazenda Nacional, da cláusula do plano referido em I que prevê o pagamento faseado do crédito, quer se reconduza à nulidade da mesma estipulação – apenas afecta o segmento de um plano de insolvência que consagra a redução, o pagamento parcelado ou um período de carência dos créditos indisponíveis e não impede a sua homologação judicial, conquanto os demais credores pretendam manter o seu voto de aprovação, apesar de aquele não produzir efeitos em relação àqueles créditos. Não tendo os demais credores tido a oportunidade de se pronunciarem a esse respeito, deve ser ordenada baixa dos autos à 1.ª instância para que tal aí seja promovido”. Em sentido divergente, o Juiz Conselheiro Fonseca

num curtíssimo prazo, dizerem se aceitam o “plano purgado”, o juiz, sem sacrificar a celeridade processual, decorrente do artigo 17.º-A, n. 3 do CIRE, reconhece que a sua concordância é um pressuposto fundamental e imprescindível para que o mesmo possa ser homologado. Apesar de não o dizer expressamente, o legislador apresenta várias pistas que apontam para a necessidade de consentimento por parte da empresa devedora. O facto de o PER apenas poder ser desencadeado por iniciativa da empresa (artigo 17.º-A, n. 2 do CIRE) e de esta, a qualquer momento, poder pôr termo às negociações (artigo 17.º-G, n. 2 do CIRE), é revelador do que acabamos de dizer. Se aquilo que está em causa é a manutenção da empresa devedora em atividade, não poderia ser de outro modo. Esta não pode ser forçada a manter a sua atividade contra a sua vontade. Quanto ao consentimento daqueles que têm direito de voto, sabemos que o mesmo é necessário, mas de uma forma relativa e não absoluta, já que o plano poderá vincular partes discordantes (artigo 17.º-F, n. 11 do CIRE). O que se exige é um determinado quórum (ou uma representatividade mínima, mas significativa), e não uma concordância plena por parte de todos os afetados⁶⁵. O problema é que esta solução poderá precipitar um volte-face no sentido da não aprovação do plano, o que, eventualmente, poderia ser evitado se a empresa devedora tivesse oportunidade para refazer alguns aspetos do plano. Passamos, assim, para a segunda via de solução da problemática em apreço.

Na segunda via apresentada, o juiz decide dar uma nova oportunidade às partes para modificarem o plano. Por certo, não será necessário modificar todo o plano. Bastará acolher as alterações estritamente necessárias a afastar a violação da regra da indisponibilidade dos créditos tributários. Sendo assim, o prazo a conceder para o efeito deve ser reduzido, de modo a não colidir frontalmente com a natureza célere do PER. Ainda assim, importa sublinhar que a celeridade não é um fim ou um valor absoluto. Ela deve ser iluminada (orientada e limitada) pela autonomia privada e pelo primado da recuperação, para, assim, melhor servir as funções/finalidades maiores do PER: a recuperação de empresas viáveis e a melhor satisfação dos credores⁶⁶.

A questão que se levanta é a de saber até onde se pode ir sem colocar em causa a celeridade. Se o juiz decide dar uma nova oportunidade às partes para modificarem o plano, deverá também conceder-lhes um prazo de votação e apresentação de novos pedidos de não homologação, a que acresce o prazo para o juiz decidir se homologa ou não o novo plano. Se, para cada caso, se conceder um prazo de 10 dias, no final teremos (poderemos ter) uma dilação de 30 dias. Alguns, baseados, essencialmente, na questão da celeridade, dirão que este excesso representa uma violação da natureza urgente do PER. Outros, imbuídos da *ratio* do PER, dirão que a celeridade não pode ser vista em abstrato, mas em função das

Ramos votou de vencido, sustentando que aquela solução não preservava a necessária celeridade, “quicá tornando inútil o plano da insolvência”.

⁶⁵ Por outro lado, note-se que sempre que o plano afete a parte indisponível dos créditos tributários, o voto dos respetivos credores é irrelevante: estando aqueles protegidos por norma imperativa, em princípio, não existe liberdade de voto por parte dos respetivos titulares, já que estes estariam legalmente proibidos de votar favoravelmente. Neste sentido, Ac. do STJ de 03.11.2015, Proc. 12/12.1TYLSB-I-L1.S1 (Salreta Pereira).

⁶⁶ Cfr. JUANA PULGAR EZQUERRA, “Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interes de los acreedores”, cit., 2022, pp. 1-15.

circunstâncias do caso, para que não se perca uma chance séria de recuperação⁶⁷. A dimensão da empresa devedora, o número de partes afetadas e o grau de complexidade do plano são, certamente, fatores que têm impacto no tempo que é necessário para concluir as negociações. Recuperar uma grande empresa, com um elevado número de credores, por meio de um complexo plano de reestruturação, não é o mesmo que recuperar uma pequena empresa, com um número reduzido de credores, por meio de um plano simples de reestruturação. O tempo que todos os intervenientes (empresa devedora, credores, administrador judicial provisório e tribunal) precisam de empenhar tende a ser significativamente mais longo na primeira hipótese.

Consciente disso, o legislador europeu admite que o período de suspensão, durante o qual decorrem as negociações, poderá ser prorrogado até ao máximo de 12 meses, tal como consta no artigo 6.º, n. 8 da Diretiva (UE) 2019/1023. O legislador nacional não consagra tal possibilidade, mas não se pode dizer que seja totalmente insensível à problemática e a uma solução adequada (ao caso concreto) que a mesma reclama. O carácter imperativo e perentório dos prazos parece ser contrariado pela remissão expressa do artigo 17.º-D, n. 12 do CIRE para os "Princípios Orientadores"⁶⁸, introduzidos pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro, *maxime* para o Quarto Princípio, onde se estabelece o seguinte: "os credores envolvidos devem cooperar entre si e com o devedor de modo a concederem a este um período de tempo suficiente (mas limitado) para obter e partilhar toda a informação relevante e para elaborar e apresentar propostas para resolver os seus problemas financeiros". Sendo assim, parece que o juiz, concluindo que as partes não beneficiaram do tempo suficiente, está autorizado a convidar a empresa devedora e os credores para, querendo, dentro de um prazo razoável, modificarem e votarem novamente o plano de modo a não colidir com a indisponibilidade dos créditos tributários, e a atender adequadamente às finalidades do PER.

Relativamente à terceira via, o julgador não se depara com a problemática de ter de convidar as partes a manifestarem o seu consentimento e/ou a alterarem o plano de recuperação, mas, em contraste, vê-se diante de um percurso interpretativo, porventura, excessivamente complexo (o que pode, em termos práticos, justificar alguma resistência por parte da jurisprudência em aderir a esta via).

Já fizemos referência à posição de Catarina Serra e de outros autores. Vale a pena acrescentar que a Jurisprudência parece ter dado passos significativos no sentido de afastar a regra da indisponibilidade dos créditos tributários no contexto do PER. Em particular, no Ac. de 10.05.2018, Proc. 4986/16.5T8VIS.C1.S1, votado por unanimidade, o STJ, do nosso ponto de vista, estabelece importantes critérios para derrogar a indisponibilidade dos créditos

⁶⁷ Sobre a perda de uma chance séria de recuperação, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., pp. 648-657; e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização", *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 153-188.

⁶⁸ Sobre os princípios orientadores, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores...*, cit., p. 199 e ss.; *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-insolventes...*, cit., p. 101 e ss.

tributários, a saber: a relevância económico-social da empresa devedora (que é mais evidente quando está em causa uma grande empresa); a manifesta viabilidade económico-financeira da empresa devedora pré-insolvente, plasmada num plano de recuperação viável e credível (que se torna mais evidente quando é apoiado pela esmagadora maioria de partes afetadas e objeto de parecer favorável pelo Administrador Judicial Provisório); o contributo dos credores públicos (em derrogação da indisponibilidade dos seus créditos) ser necessário e decisivo para a recuperação da empresa devedora e para a aprovação do respetivo plano.

Verificados estes requisitos e os demais necessários à homologação do plano de recuperação, podem os Tribunais desconsiderar as prerrogativas dos créditos tributários, na salvaguarda de interesses públicos, que num patamar de justificados sacrifícios, imponham ao Estado, em obediência ao primado da recuperação, o seu contributo para evitar a destruição e a liquidação desnecessárias de empresas viáveis e, por consequência, evitar a perda de postos de trabalho e a perda de conhecimentos especializados, e maximizar o valor total em benefício dos credores no seu conjunto.

Seguindo os passos que outros Estados-Membros têm dado, é desejável que o legislador português, em nome da segurança jurídica e do primado da recuperação, remova os impedimentos da lei fiscal, para que as empresas viáveis e os credores privados não fiquem reféns da intransigência (indisponibilidade) flagrante e injustificada por parte dos credores públicos, com base nas ditas prerrogativas, e para que o acordo de recuperação não seja um acordo modificado e imposto pelo tribunal à revelia de todos os afetados. Só com a remoção de tais impedimentos é possível, acreditamos nós, operar uma mudança que é também uma mudança cultural. Sob o ponto de vista económico e tributário, parece que o Estado sai a ganhar se puder, voluntariamente, renegociar os seus créditos, em pé de igualdade com os demais credores. Não se diga que os credores públicos ficam desprotegidos. Os critérios de homologação de acordos de recuperação são, em nossa opinião, suficientes para acautelar os vários interesses públicos em jogo (a colheita de receita proveniente de impostos e contribuições e a preservação de empresas viáveis, com tudo o que isso significa).

Enquanto os impedimentos não são removidos pelo legislador, propõe-se a adoção, pelos tribunais, de uma das três vias referidas, ao invés da homologação do plano (acordo) de recuperação com recurso à redução por nulidade parcial ou à ineficácia relativa.

Bibliografia

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos VI – Ineficácia*, Almedina, 2020; *Contratos V – Invalidade*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2020

CASTRO-RIAL, CAYETANA LADO, "Posición del crédito público en reestructuraciones preconcursales y exoneración de pasivo", *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, N.º 3 (Extra), 2021, pp. 163-198

- COSTA, REINALDO MÂNCIO DA, "Os requisitos do plano de recuperação", *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 229-278
- COSTEIRA, MARIA JOSÉ, "Questões práticas no domínio da assembleia de credores", *II Congresso do Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 101-114
- CRUZ, NUNO GUNDA DA, *Processo Especial de Revitalização: estudo sobre os poderes do juiz*, Lisboa, Petrony, 2016
- CUBA, PAULA NOVO, "El crédito público: refinanciación y reestructuración. Los aplazamientos y fraccionamientos como mecanismo de reestructuración informal. El caso particular del crédito ico", *El concurso y la Conservación de la empresa: 'debates sobre nuestra Inminente nueva ley Concursal'*, X Jornadas Concursales Vitoria-Gasteiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2022, pp. 135-158
- DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2000
- EIRÓ, PEDRO / PEREIRA, TERESA SILVA "Artigo 292.º - Redução", *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2014
- EZQUERRA, JUANA PULGAR, "Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interes de los acreedores", *Revista de Derecho Mercantil*, Nr. 323 (Enero-Marzo), 2022, pp. 1-15
- LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987
- MACHADO, JOSÉ GONÇALVES, "Cross-Class Cram-down 'à portuguesa'", *Observatório Almedina*, 24-03-2023
- MACHADO, JOSÉ GONÇALVES, *Instrumentos de Recuperação de Empresas Pré-insolventes: Princípios Orientadores, PER e RERE*, Coimbra, Almedina, 2023
- MACHADO, JOSÉ GONÇALVES, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores no âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas*, Fátima, Edição de Autor, 2022
- MADAUS, STEPHAN, "Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law", *European Business Organization*, Vo.19, Nr. 3, 2018, pp. 632-645
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016
- OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, "Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização", *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 153-188
- PAYNE, JENNIFER, "The role of the court in debt restructuring", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 77, Nr. 2, 2018, pp. 124-150
- PÉROCHON, FRANÇOISE, *Entreprises en difficulté*, 11e Ed., LGDJ, 2022

PINTO, CARLOS MOTA / MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO / PINTO, PAULO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Ed., Coimbra, Gestlegal, 2020

RAMALHO, INÉS PALMA / SOUSA, JOÃO SERRAS DE, "O tratamento dos créditos tributários e a concretização das finalidades da reforma", *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX, Vol. 1, 2017, pp. 72-105

RAMOS, ANTÓNIO FONSECA, "Os créditos tributários e a homologação do plano de recuperação da insolvência", *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 370-381

ROCHA, JOAQUIM FREITAS DA, "A blindagem dos créditos tributários, o processo de insolvência e a conveniência de um Direito Tributário flexível", *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 181-193

SANTOS, HUGO LUZ DOS, "Os créditos tributários e a criação de normas imperativas, no contexto do direito da insolvência", *Julgar*, Nr. 23, 2014, pp. 67-82

SERRA, CATARINA, "Processo especial de revitalização – contributos para uma 'rectificação'", *Revista da Ordem dos Advogados*, N. 72, Vol. II/III, abril/setembro, 2012, pp. 715-741

SERRA, CATARINA, "Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades", *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol. 8, 2012, pp. 75-101

SERRA, CATARINA, *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência: questões jurisprudenciais com relevo dogmático*, Coimbra, Almedina, 2016

SERRA, CATARINA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina, 2021

TEDOLDI, ALBERTO, *Crisi, Insolvenza, Sovraindebitamento*, Pisa, Pacini Editore, 2022

TOLLENAAR, NICOLAES, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford, Oxford University Press, 2019

VARELA, ANTUNES, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Ed., Coimbra, Almedina, 2018

VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA, *Recuperação de empresas: o processo especial de revitalização*, Coimbra, Almedina, 2017

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2002

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217.º a 295.º)*, Reimpressão, Lisboa, AAFDL Editora, 2023

Jurisprudência

Ac. do TRG de 10.04.2012, Proc. 2261/11.0TBBERG-E.G1;

Ac. do TRC de 01.10.2013, Proc. 1786/12.5BTBTV.C2;

Ac. do STJ de 18.02.2014, Proc. 1786/12.5TBTNV.C2.S1;
Ac. do STJ de 13.11.2014, Proc. 217/11.2TBBGC-R.P1.S1;
Ac. do STJ de 13.11.2014, Proc. 3970/12.2TJVNF-A.P1.S1;
Sentença de 17.12.2014, Proc. 3361/14.0TBBERG;
Ac. do STJ de 24.03.2015, Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1;
Ac. do STJ de 24.03.2015, Proc. 664/10.7TYVNG.P1.S1;
Ac. do STJ de 03.11.2015, Proc. 12/12.1TYLSB-1-L1.S1;
Ac. do TRL de 23.03.2017, Proc. 2340/16.8T8BRR.L1-2;
Ac. do STJ de 27.04.2017, Proc. 1839/15.8T8STR.E1.S1;
Ac. do STJ de 14.04.2018, Proc. 5781/16.7T8VIS-D.C1.S1;
Ac. do STJ de 10.05.2018, Proc. 4986/16.5T8VIS.C1.S1;
Ac. do STJ de 29.01.2019, Proc. 1563/16.4T8AMT.P1.S2;
Ac. do STJ de 09.06.2021, Proc. 1412/20.9T8VNF.G1.S1;
Ac. do TRL de 22.02.2022, Proc. 10646/21.8T8LSB-A.L1-1;
Ac. do TRC de 26.04.2022, Proc. 840/21.7T8ACB.C1;
Ac. do STJ de 06.09.2022, Proc. 20346/20.0T8LSB-D.L1.S1;
Ac. do STJ de 17.01.2023, Proc. 1311/21.7T8VFX.L1.S1;
Ac. do STJ de 17.01.2023, Proc. 1311/21.7T8VFX.L1.S1.

(texto submetido a 7.07.2023 e aceite para publicação a 31.07.2023)