



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O Processo Especial de Revitalização - a sua génese, formação, execução, conclusão e cumprimento

Vânia Isabel Cândido Traguedo

Dissertação submetida como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em
Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor António Espírito Santo, Professor Auxiliar
ISCTE- Instituto Universitário de Lisboa

Outubro de 2018

ISCTE  **IUL**
Instituto Universitário de Lisboa

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O Processo Especial de Revitalização - a sua génese, formação, execução, conclusão e
cumprimento

Vânia Isabel Cândido Tragedo

Dissertação submetida como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em
Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador:

Professor Doutor António Espírito Santo, Professor Auxiliar
ISCTE- Instituto Universitário de Lisboa

Outubro de 2018

Agradecimentos

Aos meus pais, por todo o apoio prestado e, pelo investimento que fizeram na minha formação.

Aos meus colegas de escritório, em especial à minha Patrona Dra. Cláudia Tique e à Dra. Ana Catarina Sabido, pelo auxílio técnico que prestaram, no decurso do processo de escrita da presente dissertação.

RESUMO

A presente dissertação, com o tema “O Processo Especial de Revitalização – a sua génese, formação, execução, conclusão e cumprimento”, surge do interesse que se desenvolveu durante a realização de um estágio de Verão, num escritório de advogados e, foi fomentado por disciplinas lecionadas no decurso da minha licenciatura, bem como, pela disciplina de Contencioso da Insolvência e Societário, no âmbito do Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho.

Esta dissertação pretende realizar um estudo alargado da inserção do processo de recuperação de empresas no ordenamento jurídico português, abordando de forma sucinta, as questões de maior controvérsia na aplicabilidade do regime, analisando as soluções alcançadas pelo legislador ou, na falta delas, as possíveis soluções a adotar, pelos sujeitos processuais.

Palavras-chave: CIRE; PER; Plano de Recuperação; Administrador Judicial Provisório.

ABSTRACT

This master's dissertation, entitled "The Special Revitalization Process - its genesis, formation, execution, completion and fulfillment", arises from the interest that has developed during a summer internship in a law office and was promoted by disciplines taught in the course of my degree, as well as by the discipline of Insolvency and Corporate Litigation, within the scope of the Master in Business and Labor Law.

This master's dissertation intends to carry out a broad study of the insertion of the process of recovery of companies in the portuguese legal system, briefly addressing the issues of greater controversy in the applicability of the legal regime, analyzing the solutions reached by the legislator or, in their absence, possible solutions to be adopted by procedural subjects.

Keywords: CIRE; PER; Recuperation plan; Provisional Judicial Administrator.

Índice

Lista de Abreviaturas.....	1
Introdução.....	2
Capítulo I.....	4
1. Natureza Jurídica.....	4
2. Princípios Basilares.....	6
2.1. Princípio da recuperação ou primado da recuperação.....	6
2.2. O Princípio da recuperabilidade ou da suscetibilidade da recuperação.....	7
2.3. O Princípio da universalidade.....	8
3. Principais Características do Procedimento.....	9
3.1. Voluntariedade.....	9
Capítulo II.....	14
1. Pressupostos.....	14
1.1. Distinção entre insolvência iminente e situação económica difícil.....	15
2. Possibilidade de escolha entre apresentação à insolvência ou requerer o PER... 18	
Capítulo III.....	20
1.1 Possibilidade que existia do PER ser requerido apenas com a concordância de um credor.....	20
1.2. Rigorosidade da votação do PER – nomeadamente a inflexibilidade dos grandes credores: Instituições Bancárias, a Fazenda Pública e a Segurança Social.....	22
1.3. Questão transposta da jurisprudência: Votação num prazo de 10 dias subsequente ao prazo de negociação?.....	24

1.4. A não aprovação do PER pelos credores modifica a natureza, da subseqüente insolvência da empresa, não por apresentação, mas requerida pelos mesmos?.....	27
Capítulo IV	31
1.1. A possibilidade da aprovação do PER suspende a insolvência requerida como atual? 31	
1.2. O devedor no cumprimento do ónus jurídico de convocar os credores para as negociações, define o âmbito de aplicação do PER depois de aprovado, nos termos do artigo 17.º-F, n. 10 do CIRE?	32
1.3. Se o PER for aprovado, mas não for cumprido, os efeitos são oponíveis aos credores faltosos?.....	33
1.4. Importância da atividade do administrador judicial provisório no PER.....	35
1.4.1. Quanto à orientação e fiscalização das reuniões de credores.....	36
1.4.2. A necessidade do consentimento do administrador para a celebração de negócios especiais, nos termos do artigo 161.º do CIRE.....	39
1.4.3. Comunicação ao tribunal relativamente ao estado do processo.....	41
1.4.4. Efeitos do parecer do administrador judicial provisório do artigo 17.º-G. ...	43
Capítulo V	47
1.1. A proibição legal do devedor não ter acesso ao regime do PER se já o tiver utilizado.	47
1.2. Incumprimento devido a circunstâncias previsíveis à data da aprovação do PER ou supervenientes.	48
Conclusão	55
Bibliografia.....	59

Lista de Abreviaturas

Ac. – Acórdão.

CCivil - Código Civil.

Cfr. – Confrontar/conferir.

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

Coord. – Coordenação.

CPC – Código de Processo Civil.

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência.

CPPT – Código de Processo e Procedimentos Tributários.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

CSC – Código das Sociedades Comerciais.

IAPMEI – Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação, I.P.

LGT – Lei Geral Tributária.

Pág./s – Página/ Páginas.

SIREVE – Sistema de recuperação de Empresas por Via Extrajudicial.

Introdução

A presente dissertação é elaborada no âmbito do segundo ano de Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho, lecionado no ISCTE-IUL, dirigido pelo Professor Dr. Manuel António Pita, sob o tema “O Processo Especial de Revitalização – a sua génese, formação, execução, conclusão e cumprimento.”

A apresentação desta tese tem como principal objetivo desmistificar a utilização do PER. Através do levantamento das questões de maior problemática, no que diz respeito à sua aplicação, pretendemos demonstrar e apresentar soluções que, possibilitem uma utilização eficiente e proveitosa do regime.

Por isso, no primeiro capítulo desta dissertação pretendemos aferir quanto à natureza jurídica do PER, dada a importância que assume essa delimitação, na aplicação do mesmo. Após, a definição e densificação da natureza jurídica do regime, contamos com a indicação de um conjunto de princípios orientadores que, de uma forma geral, caracterizam a recuperação extrajudicial dos devedores.

No segundo capítulo apresentamos e analisamos de forma objetiva, os pressupostos de aplicação do regime do PER. Sem descurar a análise de todos, damos especial relevo ao pressuposto suscetível de maior erro e, por muitos, apontado como uma das causas de insucesso da aplicabilidade do PER, por não estar definido, isto é, a verificação da “situação económica difícil” ou de “insolvência iminente”.

Aqui chegados, no capítulo terceiro iremos apresentar um levantamento das insuficiências que o PER apresentava no seu início, após a sua inserção no CIRE, com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril e que, o legislador sentiu necessidade de suprir, aquando da alteração legislativa do Decreto-Lei 79/2017, de 30 de junho.

Ainda assim, o legislador não colmatou todas as questões existentes, pelo que, algumas ainda persistem, ora é no capítulo quarto que iremos abordar as questões que ainda estão por resolver e que, dificultam uma aplicação uniforme e satisfatória do PER. As questões suscitadas verificam-se no decorrer de todo o processo, desde a sua formação, até à sua execução.

Por fim, ao verificarmos que o regime do PER é parco, relativamente a disposições que regulam o cumprimento ou incumprimento do acordo alcançado no âmbito do PER, não podíamos deixar de dedicar o capítulo quinto exclusivamente às diversas questões que surgem na fase de execução do plano e, que muitas dúvidas causam, por não existir norma legal que regule expressamente os efeitos, em caso de incumprimento do plano homologado.

Capítulo I

1. Natureza Jurídica

Nos primórdios da legislação que regulava situações que envolviam dificuldades financeiras, a solução passava unicamente pelo processo de falência, que visava a liquidação patrimonial dos devedores. Todavia, com a crise económica, inverteu-se o entendimento e equacionou-se uma solução que passasse pela recuperação dos devedores e, para isso, seria necessário negociar.

Assim, o objetivo último de encetar negociações seria alcançar um acordo de recuperação que se pudesse aplicar ao devedor, contudo, esse acordo teria que ser reduzido a escrito, através da elaboração de um contrato.

Com base na celebração desse contrato, CATARINA SERRA¹enuncia dois novos instrumentos: os *informal workouts*² e os *out-of-court procedures*³.

Porém, as flutuações do sector financeiro demonstraram as fragilidades que uma via totalmente contratual tem.

Atualmente, o recurso às entidades de financiamento por parte dos devedores é mais difuso, porquanto é com maior dificuldade que são alcançados acordos. Por isso, foram sendo desenvolvidos os denominados “*hybrid proceeding*” que pretendem ultrapassar os obstáculos sentidos, nomeadamente bloqueios que se verifiquem por parte de alguns credores, sem que para isso seja necessário recorrer à via judicial e incorrer em mais custos.

Este instrumento harmoniza uma fase informal de negociações e uma fase formal ou judicial, usufruindo do melhor das duas. Caracteriza-se essencialmente pela homologação do acordo por uma entidade independente, que no caso concreto, será o tribunal na pessoa do Juiz, mas também pela oponibilidade dos seus efeitos,

¹ Cfr. SERRA, Catarina “*Tópicos para uma discussão sobre o processo especial de revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)*” in AB INSTANTIA, outubro 2014, Ano II, n.º.4, pág. 54.

² Instrumento inspirado no “*London Approach*” mecanismo criado pelo “*Bank of England*” (Banco Central do Reino Unido) para auxiliar a reestruturação empresarial fora dos apertados limites da lei reguladora do processo de insolvência.

³ Que se caracterizam por encetar uma resolução extrajudicial, embora por vezes seja necessário a participação de uma entidade exterior.

independentemente do acordo dos credores, afastando assim a regra do consentimento individual, característica dos contratos.

Em Portugal, exemplo paradigmático deste tipo de processos é o PER que passaremos a analisar.

Além de ser designado como um processo híbrido, o PER é entendido como um processo especial, pois pretende apresentar uma solução concreta, onde estejam envolvidos determinados sujeitos. Ainda assim, há quem entenda⁴ que na verdade se trata de um processo especialíssimo, por já ter uma relação de especialidade face ao processo de insolvência.

Contudo, este entendimento parece não ter provimento junto da doutrina: CATARIA SERRA⁵ refere que existem algumas reservas quanto a esta designação, uma vez que, é mesmo duvidoso que tal categoria exista, e depois porque embora tenha alguns aspetos conexos com o processo de insolvência, este não pode ser totalmente reconduzido àquele. Como bem referem LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA⁶, o PER é uma modalidade autónoma e paralela ao processo de insolvência. Ainda assim, como os dois processos são regulados no mesmo diploma, nada impede que sejam aplicadas ao PER as disposições gerais aplicáveis ao processo de insolvência.

Ainda que, o PER seja indicado como um processo híbrido, este tem que obedecer às características do denominado “processo adequado”, que deve ser interpretado de acordo com o artigo 20.º da CRP, ou seja, em todos os processos, tem que ter apresentada uma solução num prazo razoável, que seja equitativa e assegure a tutela jurisdicional efetiva.

⁴ REIS SILVA, Fátima, “A verificação de créditos no processo de insolvência”, in: II Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 255

⁵ SERRA, Catarina, “Tópicos para uma discussão sobre o processo especial de revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)” in AB INSTANTIA, outubro 2014, Ano II, n.º.4, pág. 56.

⁶Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís /João Labareda, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE)Anotado. Legislação Complementar”, Lisboa, Quid Juris, 2013, pág. 140

2. Princípios Basilares

Muito tem sido discutido relativamente às imperfeições que o regime do PER tem apresentado. Contudo, problema igualmente discutido, tem sido como são contornadas essas imperfeições? Qual o mecanismo a utilizar?

O facto do regime do PER se pautar por algumas lacunas e imperfeições justificaria, de alguma maneira, a regra da aplicação analógica das normas gerais do CIRE, nomeadamente das regras que dizem respeito ao regime aplicável ao plano de insolvência⁷, salvaguardando a natureza e especificidades do regime do PER. Todavia, a jurisprudência tem sido no sentido de rejeitar a aplicação das normas do plano de insolvência, invocando tratarem-se de realidades distintas, com pressupostos e finalidades distintos.⁸

Assim sendo, partiu-se para uma nova alternativa que passaria por utilizar regimes mais próximos, nomeadamente regimes extrajudiciais como é o SIREVE, pois têm como principal ponto comum a aplicação dos Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores. Ora, todos estes indicadores levam a que seja possível assinalar um conjunto de valores fundamentais constitutivos da recuperação, que podemos denominar de princípios gerais.

Esta opção reforça ainda mais a ideia já existente de que, a solução passa por uma visão unitária do regime que serve de base aos regimes de recuperação, sejam eles: judiciais, extrajudiciais ou híbridos.

2.1. Princípio da recuperação ou primado da recuperação

Em primeiro lugar podemos identificar como princípio fundamental o princípio da recuperação ou primado da recuperação. O rótulo de princípio fundamental não espanta o interlocutor que, minimamente, tenha presente como funciona o mecanismo de recuperação.

⁷ Cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís /João Labareda, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*”, Lisboa, Quid Juris, 2013, págs. 140-141.

⁸ Neste sentido, cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 13 de maio de 2013 (Relator: Caimoto Jácome) (disponível em <http://www.dgsi.pt>).

Assim, este princípio materializa-se essencialmente na ideia de que a recuperação, seja ela extrajudicial ou não, deve ser a melhor solução, e que melhor satisfaz os interesses dos sujeitos envolvidos.

Acresce que, embora tenha uma inquestionável importância, o seu alcance tem sofrido algumas variações, essencialmente devido à evolução da economia. Este princípio sofreu o seu principal declínio com a aprovação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, através do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que eliminou por completo o processo de recuperação de empresas, dando primazia ao processo de insolvência que, visa a liquidação do património do devedor para que o credor seja satisfeito. Foi mais tarde, por influência direta europeia, com a revisão ao Código processada pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que o princípio do primado da recuperação retomou a sua importância.

A principal alteração que se registou com o assumir de protagonismo do primado da recuperação foi que, o seu objeto foi alterado, deixando de ter como alvo a recuperação de empresas insolventes, mas sim empresas pré-insolventes. Contudo, alguns autores como CATARINA SERRA⁹, entendem que continua a ter um alcance excessivamente reduzido.

O desenvolvimento deste princípio centra-se principalmente na salvaguarda de interesses de natureza pública, sejam eles os diretamente ligados à reestruturação das empresas e, em última instância à recuperação da economia, ou então interesses menos densos, como são a sobrecarga dos tribunais ou as despesas que resultam de processos judiciais.

2.2. O Princípio da recuperabilidade ou da suscetibilidade da recuperação

Embora o princípio do primado da recuperação seja o princípio fundamental e, por isso, de elevada importância, não quer dizer com isso que seja um princípio absoluto.

⁹Cfr. SERRA, Catarina, “*Entre o Princípio e os Princípios da Recuperação de Empresas*”, in: II Congresso de Direito da Insolvência, 2014, Almedina, Pág. 80

Quer isto dizer que, qualquer decisão no sentido de recuperar uma empresa tem que obedecer a um critério, e esse critério é o da recuperabilidade, ou seja, uma empresa só pode ser recuperada quando assim se justifique.

Porém, existe uma dificuldade quanto à materialização deste critério. Se recuarmos no tempo, verificamos que a decisão de recuperar uma empresa assentava essencialmente em juízos quanto à viabilidade económica e à suscetibilidade da sua recuperação financeira, competindo estes juízos ao Juiz.

Contudo, o paradigma modificou-se com as alterações ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, passando a recuperação, a estar na disponibilidade dos credores, logo o critério da recuperabilidade de uma empresa assenta, apenas e só na vontade dos credores. São os credores que têm o poder relativamente ao futuro da empresa, sendo que, esta apenas é recuperada quando tal seja do interesse dos mesmos, partindo do pressuposto que estes se encontram na posse de todas as informações necessárias à tomada de decisão.

O grande problema é que nem sempre isso acontece, e os credores não partem de critérios objetivos para tomarem as suas decisões, sendo por isso, esta a base para algumas vozes se insurgirem¹⁰.

2.3. O Princípio da universalidade

No domínio dos acordos de recuperação, o princípio da recuperação vê-se obrigado a “conviver” com os princípios fundamentais aplicáveis aos contratos, a saber: o princípio da liberdade e o princípio da vinculatividade contratual.

O primeiro está diretamente ligado à liberdade de conclusão do contrato e à estrutura do mesmo. Este princípio tem aplicação direta na recuperação de empresas que visa em larga medida a celebração de um contrato em que, mais uma vez, os credores só participam se assim entenderem e se concordarem com o conteúdo do mesmo.

¹⁰ Cfr. SERRA, Catarina, “*Entre o Princípio e os Princípios da Recuperação de Empresas*”, in: II Congresso de Direito da Insolvência, 2014, Almedina, pág. 82.

O segundo encontra-se em correlação com o princípio da relatividade dos contratos, o que quer dizer que, os contratos celebrados apenas vinculam as partes que façam parte dos mesmos.

Contudo, este princípio acaba por ser mitigado. Senão vejamos, os acordos de recuperação que são celebrados têm uma eficácia universal, sem que para isso seja necessária uma concordância individual de cada um dos credores, basta apenas a aprovação de uma determinada maioria e posteriormente uma intervenção judicial.

Assim sendo, ficam vinculados ao acordo, não só os credores que prestaram o seu consentimento e concordância como aqueles que, não deram o seu consentimento ou simplesmente não integraram as negociações.

Este princípio encontra-se consagrado expressamente no artigo 17.º-F, n. 6 do CIRE, embora seja necessário ter em conta que os efeitos apenas se estendem aos credores que estivessem nas condições já mencionadas e que tenham visto o seu crédito ser reconhecido na lista de créditos.

3. Principais Características do Procedimento

Através de uma sucinta análise do CIRE é possível identificar algumas características pelas quais se pauta o regime do PER, que passaremos de seguida a analisar.

3.1. Voluntariedade

No decurso de todo o processo verificam-se manifestações desta característica, sejam estas protagonizadas pelo devedor, ou por credores.

Do lado do devedor, esta característica tem o seu foco, no impulso processual que está na disponibilidade do devedor, de acordo com o disposto no artigo 17.º-C, n. 1 do CIRE, mas da mesma forma que inicia o processo, também pode o devedor entender pôr fim às negociações, sem que para isso tenha qualquer tipo de justificação, como resulta diretamente da letra do artigo 17.º-G, n. 5 do CIRE.

Por sua vez, relativamente aos credores, estes têm na sua disponibilidade a faculdade de reclamar e impugnar os créditos, podendo igualmente aderir às

negociações quando assim entenderem, e nessas circunstâncias têm direito de voto, assim como, têm a faculdade de exercer esse direito e nesse caso de escolher o seu direito de voto, ou não.

3.2. Informalidade

Um dos objetivos que o PER visava era a desjudicialização de todo o processo, por isso mesmo, o nível de informalidade é bastante elevado.

Exemplo disso é a quase inexistente participação do Juiz no decurso do processo, nomeadamente nas negociações e na votação do plano, e mesmo quando participa, na homologação do acordo, essa participação é diminuta.

3.3. Consensualidade

Parece claro pelo exposto anteriormente, que em regra todo o procedimento do PER assenta no diálogo entre as partes e no acordo das mesmas, por isso implica a obtenção de consensos.

Esta característica é bem visível e indispensável durante as fases de negociações e aprovação do plano de revitalização.

Mais uma vez, esta característica deixa patente a sobreposição do interesse e da vontade coletiva ao interesse e à vontade individual, sendo este um dos grandes pontos chaves dos processos de recuperação e, em especial dos processos híbridos.

3.4. Estabilidade

Esta característica está diretamente ligada a um dos principais efeitos de um PER, a limitação dos direitos processuais dos credores e outros terceiros. Quer isto dizer que, durante o PER não é possível aos agentes interessados propor ou prosseguir determinadas ações contra o devedor, como resulta diretamente do artigo 17.º-E, n. 1º do CIRE.

Isto, para que, o devedor encontre a estabilidade necessária para conseguir estar em boas condições durante as negociações e, com isso, alcançar bons acordos. No fundo, tudo se subsume a um único acordo, pois mesmo que o credor, concorde com a

parte que lhe diz respeito, a final pode votar contra, por não concordar com o demais, por considerar o plano, por exemplo, de forma geral inexecutável.

3.5. Transparência

Num sentido lato, a transparência materializa-se na disponibilização e circulação de informação.

Assim, iniciado o processo de revitalização, todos os documentos que sejam relevantes devem ser publicados, na mesma ordem de ideias, devem ser prestadas as informações que os intervenientes julguem convenientes para que, participem de forma esclarecida no processo.

Nestes termos, é principalmente sobre o devedor que recai o dever de informação. É por essa razão que o CIRE estipula no seu artigo 24.º *ex vi* artigo 17.º- C, n. 3, al. b) que, logo no início do processo o devedor deve apresentar diversos documentos ao tribunal, sendo que simultaneamente, comunica aos seus credores, por carta registada, o início das negociações e convida-os a integrá-las – cfr. artigo 17.º-D, n. 1.

Esta característica assume extrema importância, dado que, o incumprimento do dever geral de informação para com os credores, acarreta uma responsabilização nos termos civis, como resulta do artigo 17.º-D, n.ºs 6 e 11 do CIRE.

Os documentos apresentados junto do tribunal obedecem a algumas exigências de publicidade, por isso, esses ficam disponíveis na secretaria judicial para que seja possível aos credores consultar durante o desenrolar de todo o processo.

Obedecem aos mesmos requisitos de publicidade e, conseqüentemente, de transparência, o despacho de nomeação do administrador judicial provisório, que deve ser publicado no portal *Citius*, assim como, a lista de credores.

3.6. Contraditório

Embora todo o procedimento do processo de PER seja pautado, como já vimos, pela informalidade e pela celeridade, há que acautelar os interesses dos credores, por isso, torna-se indispensável a existência de momentos processuais que assegurem o

contraditório, exemplo disso, é a possibilidade dada aos credores de impugnarem a lista provisória de créditos, nos termos do artigo 17.º D, n.º 3 do CIRE, ou até mesmo de impugnar a decisão judicial de homologação do plano de revitalização.

3.7. Celeridade

A característica que tem sido mais enfatizada é a celeridade, embora se entenda que não é a mais importante.

É a própria lei que induz em erro o interlocutor, ao fazer numerosas referências à celeridade.

Uma vez que, embora o processo tenha uma natureza urgente e, por isso, os atos processuais decorram com maior celeridade, o fim visado pelo processo é a recuperação da empresa.

3.8. Dever de (Re)Negociação?

Adiante, quando desenvolvermos os pressupostos do PER, abordaremos as noções de: “situação de económica difícil” ou de “situação de insolvência iminente”.

Estes conceitos relevam para a apresentação e sucesso do PER, pelo que, é necessário perceber se as circunstâncias que levaram à verificação destes conceitos, se deveram a uma alteração anormal das circunstâncias que eram a base do negócio.

Ora, se as circunstâncias que serviram de base ao negócio ou ao contrato, nos termos dos artigos 252.º e 437.º do CCivil se alteraram anormalmente, os credores têm para com o devedor um dever de estabelecer negociações com o mesmo.

Este dever de negociação dos credores, é aceite de forma consensual, em diversos ordenamentos jurídicos, como por exemplo, o alemão¹¹, o francês¹², o italiano¹³ e o espanhol.¹⁴

¹¹ Cfr. GERNHUBER, Joachim, “*Das Schuldverhältnis*”, J.C.B.Mohr (PAUL SIEBECK), TÜBINGEN, 1999, pág. 625.

¹² YVES PICOD, “*Le devoir de loyauté dans l’ exécution du contrat,*” LGDJ, Paris, 1987, págs. 430 e 431.

Em Portugal¹⁵, esse dever de negociação tem vindo a ser aceite, através da articulação entre o princípio da boa-fé, presente no artigo 762.º, n.º 2 do CCivil e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de outubro que estabeleceu os princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores.

MENEZES CORDEIRO¹⁶ afirma que existe uma “cominação, *ex bona fide*, de um dever de negociar, com vista ao acompanhamento das realidades”.

Assim, compete ao devedor apresentar aos seus credores, propostas que se enquadrem na realidade das novas circunstâncias e, que se adaptem ao conteúdo das relações obrigacionais contraídas anteriormente. Sendo que, posteriormente recai sobre o credor o dever de análise das propostas apresentadas, para responder de forma razoável às mesmas.

¹³ AURELIO GENTILI, “*Riproduzione, rinovazione, rinegoziazione*”, in: NICOLÒ LIPARI/PIETRO RESCIGNO (org.), *Diritto civile*, vol. III – *Obbligazioni*, tomo II – *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, págs. 775-830

¹⁴ PABLO SALVADOR CODERCH, “*Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*”, in: *InDret*, n.º 4/2009, págs. 45- 50.

¹⁵ PINTO MONTEIRO, António/Júlio Gomes, “*A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)*”, in: *Juris et de jure*-Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Universidade Católica, Porto, 1998, págs. 17-40

¹⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, António, “*Tratado de Direito Civil Português, Vol. II – Direito das obrigações, tomo I – Introdução. Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*”, Almedina, pág. 553

Capítulo II

1. Pressupostos

No regime inicial presente no CIRE, nomeadamente o disposto no artigo 17.º- A, n.º 2, era possível identificar como “devedor”, usufruísse do procedimento, qualquer um dos sujeitos indicados no artigo 2.º do CIRE.

Todavia, este entendimento causava alguma discussão. Alguns autores manifestavam-se no sentido, de que o PER apenas é dirigido ao devedor empresário, indicando como principal argumento a necessidade de existir uma empresa no património do devedor, indissociável do conceito de recuperabilidade.

A sustentar esta posição destacam-se as diversas menções feitas ao devedor enquanto agente do ramo comercial, no texto que fundamentou a apresentação da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de dezembro de 2011.

Através de uma breve análise jurisprudencial, constatamos que são as empresas que recorrerem em larga maioria a este mecanismo, o que nos permite afirmar que este indício sustenta a corrente indicada anteriormente.

Pelo que, o legislador, com a recente alteração legislativa do Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, dissipou todas as dúvidas existentes ao alterar a letra do já mencionado artigo, substituindo a expressão “devedor”, pela expressão “empresa”.

Não obstante, ainda que, o devedor/empresa, para utilizar este mecanismo é necessário estarem verificados os outros pressupostos, a saber: tem que estar numa “situação económica difícil” ou numa “situação de insolvência iminente” e, por fim, mas não menos importante, tem que estar numa situação de recuperação ainda possível.

O legislador entendeu esclarecer o interlocutor ao apresentar uma definição de “situação económica difícil” no artigo 17.º- B, contudo não existe qualquer indicação quanto à definição de “situação de insolvência meramente iminente”, o que em termos práticos dificulta a sua delimitação, principalmente quando surge ainda outro conceito relacionado, que é o conceito de “insolvência atual”. Dada a complexidade e importância desta distinção iremos dedicar-lhe um subcapítulo autónomo.

Por fim, a recuperabilidade do devedor é o pressuposto basilar para o avanço do processo, sendo necessário proceder a uma análise de cariz económico, quanto à possibilidade de o devedor conseguir ultrapassar a fase menos próspera que atravessa e que o coloca numa situação económica adversa.

Segundo alguns autores¹⁷ será “necessário atender ao valor *going-concern*, mediante a avaliação em termos de mercado da possibilidade de prossecução da actividade da empresa”.

Está assim subjacente a necessidade que o devedor tem, face à previsão legal, de possuir meios suscetíveis de prosseguir com a sua atividade, ou então de se socorrer de financiamento junto dos seus credores, nos termos do artigo 17.º- H.

1.1.Distinção entre insolvência iminente e situação económica difícil

Como já referimos anteriormente o legislador procedeu no artigo 17.º- B do CIRE ao afloramento da noção de “situação económica difícil”.

Não é a primeira vez que o legislador avança com uma noção deste conceito, tendo-o feito no Decreto-Lei n.º 864/76, de 23 de dezembro. Todavia, no âmbito deste diploma, o juízo quanto à “situação económica difícil” assentava na exploração da atividade económica deixando de parte a capacidade financeira ou a liquidez.

Situação diferente, é a noção apresentada no artigo 17.º-B do CIRE, em que não assume importância a viabilidade económica do devedor, mas sim, a dificuldade deste em cumprir as suas obrigações.

Por isso, como bem salienta CATARINA SERRA “as dificuldades da “situação económica difícil” corresponderão a um estado de deterioração económica e financeira em fase anterior e menos grave do que aquele que é distintivo da situação de

¹⁷ Cfr. AZEVEDO DUARTE, Suzana, “A Responsabilidade dos Credores Fortes na Proximidade da Insolvência da Empresa: A Celebração de Acordos Extrajudiciais e a Tutela dos Credores Fracos”, in: Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais, coord. de Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 189.

insolvência”¹⁸. Esta referência reforça a ideia de que o conceito apenas abarca o incumprimento pontual, como consequência direta das dificuldades económicas e financeiras do devedor¹⁹, afastando assim as situações de total incapacidade de cumprimento, que materializa o conceito de insolvência atual e, que afastaria também a aplicação do regime do PER.

Na mesma linha, NUNO SALAZAR CASANOVA E DAVID SEQUEIRA DINIS, entendem a “situação económica difícil”, como uma “situação anterior à da insolvência iminente na qual o devedor, tendo embora um ativo suficiente para fazer face às suas obrigações, não as pode cumprir sem para isso praticar atos – designadamente negócios desfavoráveis em condições normais de mercado – que ponham em causa a viabilidade económica.”²⁰

Dito isto, é oportuno perceber como se densifica o conceito de situação de “insolvência meramente iminente”. Conceito amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência, visto que não existe uma definição no nosso ordenamento jurídico, ao contrário do acontece, por exemplo, na Alemanha e em Espanha.²¹

Adensa ainda mais a discussão na doutrina e na jurisprudência o facto de o conceito ser utilizado em, pelo menos, três processos: o PER, e SIREVE e o processo de insolvência.

Em termos latos, tem sido entendido que o devedor está numa “situação de insolvência meramente iminente” quando, seja possível antever, através de um juízo de prognose, o incumprimento das suas obrigações quando estas se vençam num futuro próximo. Mas chegados a esta noção não existe consenso quanto ao lapso temporal a

¹⁸ Cfr. SERRA, Catarina, “*Alguns Aspectos da Revisão do Regime da Falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro*”, in: *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo 48, nº 277/279, Universidade do Minho, Braga, 1999, pág. 189.

¹⁹ Neste sentido, cfr REQUICHA FERREIRA, Manuel, “*Estado de Insolvência*”, in: *Direito da Insolvência – Estudos*, coord. de Rui Pinto, Coimbra Editora, 2011, p. 199.

²⁰ Cfr. SALAZAR CASANOVA, Nuno/David Sequeira Dinis, “*O Processo Especial de Revitalização, Comentários aos artigos 17.º - A a 17.º - I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, página 24.

²¹ Cfr. §18, (2), InsO e no art. 2, 3 da Ley Concursal. E JUAN PABLO UCEDA, “*La insolvência (Análisis Comparativo Espanhol Y Aleman)*”, in: *Anuario de Derecho Concursal*.

que a antevisão diz respeito. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO²² indica como limite mínimo um ano, enquanto MENEZES LEITÃO²³, defende que, esse período não pode ser definido de forma abstrata, sendo necessário ter conhecimento da data do vencimento das obrigações.

Este juízo de prognose é da responsabilidade do devedor, por ser ele o único na posse de todas as informações necessárias à tomada de decisão.²⁴ O devedor deve circunscrever um determinado período e relativamente a esse período, indicar a diferença entre os meios disponíveis e os meios esperados de pagamentos, tudo o que sejam entradas/possibilidades futuras de crédito e as saídas previstas e aqui entende-se dívidas e responsabilidades futuras.²⁵

Para ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS²⁶, não basta existir um receio de não conseguir cumprir com as suas obrigações quando estas se vencerem.

Do exposto anteriormente é possível concluir que, os dois conceitos em análise assentam em realidades e pressupostos distintos, porém, ambos têm pontos comuns, nomeadamente o facto de permitirem aferir a impossibilidade de cumprimento das obrigações vincendas.

Por isso, urge que o legislador ou a jurisprudência delimitem estes conceitos, mas que, de alguma forma densifiquem, com vista a uma fácil aplicação, não caindo assim o regime numa arbitrariedade e numa fase falaciosa.

²² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, defende um mínimo de 1 ano - cfr. “*Manual de Direito da Insolvência*”, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pág. 26

²³ “*Pressupostos da declaração de insolvência*”, in: I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 178.

²⁴ Cfr PRATA, Ana/ Jorge Morais Carvalho/Rui Simões, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, pág. 24

²⁵ Neste sentido, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, defende um mínimo de 1 ano - cfr. “*Manual de Direito da Insolvência*”, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pág. 26

²⁶ SOVERAL MARTINS, Alexandre de “*O P.E.R. (Processo Especial de Revitalização)*”, in: AB INSTITIA, abril de 2013, ano I, n.º 1, pág. 19

2. Possibilidade de escolha entre apresentação à insolvência ou requerer o PER

Depois de esmiuçados os conceitos essenciais de “situação económica difícil” e “insolvência meramente iminente” percebemos que a linha que os separa do conceito de “insolvência atual” é muito ténue o que faz com que facilmente seja transposta.

Ora, numa breve análise do CIRE, detetamos que qualquer empresa ou pessoa singular, que esteja numa situação de “insolvência atual”, segundo o artigo 18.º do CIRE, tem sobre si um dever de apresentação à insolvência, estando vedado o recurso a qualquer outro processo.

Salvo melhor opinião, entendemos que este ponto consubstancia o grande problema da correta aplicação e utilização do PER.

Senão vejamos,

Como verificámos anteriormente, tem sido entendido pela doutrina que quem deve fazer o juízo de prognose e decidir se a sua empresa está numa “situação económica difícil” ou de “insolvência meramente iminente” é o devedor, ou seja, o empresário, dono da empresa que não quer ver o seu esforço associado a um processo, ainda que extrajudicial.

Logo, existe por parte dos devedores ainda uma grande relutância de se socorrer destes processos que o legislador criou para os ajudar. Contudo, apesar da grande maioria querer afastar este tipo de processos, ainda há quem os desconheça por completo, o que acaba por complicar ainda mais.

Quando são auxiliados, o estado financeiro da sua empresa, já é de “insolvência atual”, por isso, não resta outra solução senão, apresentar-se à insolvência.

Todavia, se estes processos extrajudiciais fossem utilizados devidamente e no tempo devido, muitas dessas apresentações à insolvência seriam evitadas.

O que acontece muitas vezes, é que os devedores são mal aconselhados e, como tentam evitar recorrer ao processo de insolvência, estes processos extrajudiciais, que até seriam uma boa solução, podem já não ser adequados ao objetivo de recuperação.

Mais, o facto de o devedor deter o poder decisório, sobre a existência ou não de alguma das situações que possibilite o acesso ao PER, faz com que não tenha o distanciamento e o conhecimento técnico necessários, o que leva ao desperdício de recursos e à má utilização dos processos que tem ao seu dispor.

Embora seja o devedor que está na posse de toda a informação necessária, entendemos que esse juízo deveria ser feito por uma pessoa externa, ou na melhor das hipóteses a decisão do devedor deveria estribar-se num parecer obrigatório de um profissional. Quanto a nós, este poderia ocorrer numa fase preliminar às negociações do processo e, poderia à semelhança do que acontece numa fase posterior, ser da responsabilidade do administrador judicial provisório, atendendo às funções que lhe são inerentes no decurso de todo o processo.

Capítulo III

1.1 Possibilidade que existia do PER ser requerido apenas com a concordância de um credor.

Na redação dada ao artigo 17.º-C, n.º 1 do CIRE pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, podemos identificar como formalidade necessária ao início do processo de revitalização, a manifestação de intenção de encetarem negociações, por parte de um devedor e, pelo menos de um credor.

A manifestação de vontade dos intervenientes tem que ficar documentada, de forma escrita. Essa declaração serve para sustentar o início do processo de revitalização junto do tribunal, mas também para vincular os signatários da declaração, do ponto de vista processual, uma vez que, o devedor fica com a sua responsabilidade delimitada, perante os restantes subscritores.

Embora a declaração vise efeitos meramente processuais, verificam-se outros efeitos, nomeadamente o facto de estar vedado aos signatários a possibilidade de revogar a sua declaração, bem como, do devedor não proceder à comunicação junto do tribunal.

Ainda assim, aquando da implementação do regime, questionava-se qual a natureza dos credores que deviam manifestar a sua vontade no início das negociações, uma vez que a lei era omissa relativamente a este ponto. Assim, autores como NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS²⁷ defendiam que, atendendo ao silêncio da lei, todos os credores, incluindo os subordinados, podiam subscrever a supramencionada declaração escrita, ainda assim, apenas excecionavam os credores que detinham suprimentos sobre o devedor, atendendo à impossibilidade que resulta do disposto no artigo 245.º, n.º 2 do CSC.

Por isso, não tardaram a surgir críticas, nomeadamente quanto à ausência de estipulação de um número mínimo de créditos exigidos para a admissão da declaração escrita. Os mesmos autores referem que “*a exigência da subscrição da declaração por*

²⁷ SALAZAR CASANOVA, Nuno/ David Dinis Sequeira, “*PER- O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, págs. 27 e 28.

*um mero credor terá poucos ou nenhuns efeitos práticos, pois facilmente o devedor encontrará, ou criará um credor disposto a subscrever a declaração.*²⁸

O conteúdo da norma, não foi ao encontro dos pareceres emitidos no decurso do processo legislativo, pelo que, como bem referem os autores identificados anteriormente, os expedientes que se visavam evitar, não o estão a ser de forma eficiente, pois em última instância, o devedor não pode ser responsabilizado pelo uso indevido do processo, porque remete a responsabilidade também para o credor que compactuou com ele.

Talvez por essa razão, o legislador teve a necessidade de fazer uma alteração profunda ao artigo 17.º-C do CIRE que, resultou na alteração legislativa do Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho.

A atual redação do artigo prevê que o início do processo de revitalização opere através de um acordo entre o devedor e, pelo menos, 10 % dos credores titulares de créditos não subordinados, ou seja, ficam afastados os credores que detenham créditos subordinados – que tenham uma relação especial com o devedor, nos termos do artigo 48.º do CIRE. Quer isto dizer que, apenas os credores comuns, garantidos ou privilegiados podem declarar, sob a forma escrita, a sua intenção e disponibilidade para iniciarem as negociações.

Quanto a nós, a atual redação do artigo satisfaz de uma forma mais coerente o espírito da norma pois, desta forma, o legislador consegue dissuadir o devedor da utilização indevida deste processo, porquanto terá mais dificuldade em reunir credores que anuem no início das negociações e, ao estarem afastados os que mantenham relações especiais com o devedor, leva a que não existam relações de confiança desenvolvidas entre devedor e credor, que levem à prolação no tempo da declaração de insolvência.

²⁸ SALAZAR CASANOVA, Nuno/ David Dinis Sequeira, “*PER- O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, pág. 28.

1.2. Rigorosidade da votação do PER – nomeadamente a inflexibilidade dos grandes credores: Instituições Bancárias, a Fazenda Pública e a Segurança Social.

Como realçámos na análise dos pressupostos de aplicação do processo de revitalização, o pressuposto que oferece maior dificuldade de concretização é o da situação económica do devedor. Por isso, por vezes, os devedores recorrem indevidamente ao processo de revitalização, quando a sua situação se subsume ao processo de insolvência.

Aliás, existem devedores que recorrem ao processo de revitalização para protelar a sua declaração de insolvência ou, meramente o cumprimento das suas obrigações, uma vez que, um dos efeitos subjacentes ao processo de revitalização, é a suspensão das ações executivas pendentes ou a intentar.

Em muitos processos, o que se verifica é uma inflexibilidade por parte do Estado quanto à aprovação do plano, pois exige a prestação de garantias que os credores não têm condições para dar e, ainda exigem um tratamento mais favorável em relação aos outros credores, o que não se compadece com o regime do processo de recuperação.

Como refere MARIA JOSÉ COSTEIRA²⁹ esta tomada de posição por parte do Estado leva a que, se questione qual a sua verdadeira posição, quanto à recuperação das empresas que se encontrem numa situação económica difícil ou de insolvência eminente.

Contudo, se olharmos para o elemento histórico do regime, percebemos que, a influência do Estado remonta ao CPEREF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, pois estava sedimentada a indisponibilidade dos créditos públicos, pelo que, estes estavam sempre salvaguardados. Porém, com a aprovação do CIRE, em 2004, esse paradigma foi posto em causa, até ao nível jurisprudencial, onde se registaram diversas decisões que dispunham dos créditos públicos, ao ponto de colocar em causa a gestão do erário público.

²⁹ Magistrada Judicial do Tribunal de Comércio de Lisboa, em entrevista para a Revista “Vida Judiciária”, Recuperação e Insolvência de Empresas, novembro/dezembro de 2015, pág. 8.

Por essa razão, o legislador teve a necessidade de regular a importância e indisponibilidade dos créditos públicos, previsto no artigo 30.º, n.º 2 da LGT, através do aditamento do n.º 3 ao mencionado artigo, com a alteração legislativa da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro. Desta forma, os credores públicos assumiram novamente a sua influência, que resultava na impossibilidade de se vincularem a planos ou medidas contrárias às suas funções e fins.

Podemos observar neste sentido o duto acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa³⁰, ao referir que:

“Com o aditamento do n.º 3 ao artigo 30.º da LGT, pretendeu o legislador, de forma expressa, arredar, quanto aos créditos tributários, qualquer possibilidade de acordo quanto à sua redução ou moratória, ainda que as mesmas possam estar previstas ou serem consentidas por outros diplomas, incluindo o CIRE, designadamente em sede de plano de insolvência ou de revitalização.

Consagra-se assim o primado do complexo normativo tributário sobre a demais legislação, ainda que de natureza especial, sobrepondo-se a esta em situação de colisão de interesses.”³¹

Depois deste assumir de posição, os créditos públicos voltaram a ser beliscados, com a reforma legislativa que o CIRE sofreu em 2012, devido às exigências do memorando de entendimento da “Troika”. O paradigma adotado, passou a ser a recuperação das empresas, bem como, a sua revitalização, mas o problema que se verificou posteriormente foi a falta de densificação dos critérios de acesso aos processos, pelo legislador, o que, como já mencionámos anteriormente, levou a que muitas empresas utilizassem estes processos como meros expedientes dilatatórios.

Logo, como os créditos públicos, não podem ser afetados pelos planos homologados, para que o erário público não fique comprometido, existe por parte dos credores públicos uma maior preocupação, em avaliar os indícios de viabilidade que se

³⁰ Processo n.º 1783/12.0TYLSB-B. L1-1, de 11/03/2014, disponível em www.dgsi.pt.

³¹ Cfr. no mesmo sentido, o duto Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/05/2012, disponível em www.dgsi.pt.

verificam, o que resulta numa maior inflexibilidade na votação dos planos de recuperação.

Exemplo da preocupação demonstrada pelo legislador, em salvaguardar os créditos públicos, é o disposto no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto, referente ao regime do SIREVE, onde se prevê que, no caso de se verificar uma situação de incumprimento, se observe uma cessação automática do acordo celebrado, no caso dos créditos à Segurança Social ou Fazenda Pública.

Mais, as negociações entre devedor e credores públicos, com vista à obtenção de um acordo, estribam-se pelo disposto no artigo 196.º do CPPT, onde estão definidos os critérios a observar, para que, seja admitido a celebração de um acordo de pagamento faseado da dívida. Assim, todos os intervenientes nas negociações conseguem antever qual será a posição adotada pelos credores públicos, no decurso das mesmas.

Ciente da problemática associada à superioridade dos credores públicos, o legislador teve a necessidade de esmiuçar as regras da votação do plano de revitalização, na alteração legislativa introduzida pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, prevendo a possibilidade de homologação de um plano aprovado com maiorias diversas, afastando a necessidade de uma votação por unanimidade. Vai mais longe, ao atribuir ao poder jurisdicional do juiz, a última decisão quanto à homologação do plano, ainda que, os credores se insurjam em sentido contrário.

1.3. Questão transposta da jurisprudência: Votação num prazo de 10 dias subsequente ao prazo de negociação?

Ultrapassadas as questões procedimentais iniciais, compete ao administrador judicial provisório apresentar junto do tribunal, a lista provisória de créditos, podendo a mesma ser impugnada, no prazo de cinco dias úteis, como resulta do disposto no artigo 17.º-D, n.º 2 e 3 do CIRE. Uma vez decorrido o prazo de impugnação, inicia-se o prazo para as negociações que, podem ocorrer durante dois meses, sendo o mesmo prorrogável por mais um mês, mediante um acordo prévio e escrito, entre o administrador judicial provisório e o devedor, num total de 3 meses – Cfr. artigo 17.º-D, n.º 5 do CIRE.

Ora, a questão que tem sido amplamente discutida, por não reunir consenso junto dos tribunais superiores, prende-se com a possibilidade da votação do plano e, conseqüente apuramento de resultados ocorrerem, dentro do prazo previsto para as negociações ou, nos dez dias subsequentes ao término da negociação, para que os credores exerçam o seu direito de voto por escrito.

Considerando que, a consequência das negociações é a votação de um plano, será necessário ter presente e esmiuçar os conceitos de “negociações” e “votação do plano”.

Em termos latos, as negociações no âmbito do processo de recuperação visam *“(...) a elaboração de um plano que obtenha o acordo dos participantes ou podem vir a terminar sem a elaboração de qualquer plano que reúna o consenso dos participantes.”*³²

Contudo, frequentemente, o acordo alcançado no decurso das negociações não reúne a unanimidade dos credores – entenda-se aqui o conceito de credores, como todos aqueles que constam da lista definitiva de créditos - assim, se resultar das negociações um documento final que reúna o consenso de, pelo menos, a maioria dos credores, deve o administrador judicial provisório encerrar as negociações e, colocar o respetivo plano a votação.

Salvo melhor opinião, entendemos que a votação do plano – que resulte do mínimo consenso entre os credores que participem das negociações – não é um processo negocial, nem integra o mesmo, pois a sua realização pressupõe o prévio encerramento das negociações.

Mais, para uma melhor delimitação dos conceitos, é necessário ter em consideração que os credores com direito de voto – todos os que constem da lista de créditos – frequentemente, não participam na sua totalidade nas negociações, pelo que, existe a necessidade de apresentar o plano conseguido, pelos credores participantes, aos restantes, para que, os titulares do direito de voto e que, por qualquer razão, não participaram da negociação, tenham a possibilidade de conhecer o acordo e,

³² Cfr. o douto Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07/04/2016, processo 1202/15.0T8ACB.C1.

posteriormente votar o mesmo, sendo necessário para isso, o prazo de 10 dias fixado pelo legislador.

Contudo, entendemos que o legislador, com a última alteração legislativa do Decreto-Lei 79/2017, de 30 de junho, veio dissipar quaisquer dúvidas que ainda existissem e, uniformizou todo o regime.

Com a supramencionada alteração legislativa, o legislador modificou integralmente a redação do artigo 17.º-F do CIRE, dando por assente a existência de um período de 10 dias, posterior ao período de negociações, que visa a votação do plano, por escrito, dos credores com direito de voto – Cfr. artigo 17.º-F, n.º 3 do CIRE.

Mais, o legislador salvaguardou a posição dos credores que, embora tenham direito de voto, não participam nas negociações, uma vez que, após a publicação do plano alcançado, prevê um prazo de 5 dias, que quanto a nós, entendemos como sendo um prazo de reflexão, onde qualquer credor poderá dizer o que tiver por conveniente, relativamente ao plano. Inclusive, decorrido este prazo, a empresa devedora dispõe de mais 5 dias, para que, caso assim o entenda, modifique o plano, de acordo com as propostas apresentadas pelos credores.

Após a publicação do novo plano ou, não se verificando qualquer alteração, decorrido o prazo, inicia-se o período de votação do plano, de 10 dias, de acordo com o artigo 17.º-F, n.º 3 do CIRE.

Tudo isto, permite-nos afirmar que, a nova redação do artigo 17.º-F do CIRE que resultou da última alteração legislativa do Decreto Lei 79/2017, de 30 de junho, visou pôr fim a todas as dúvidas e questões que se levantavam relativamente aos prazos e, ao cumprimento dos mesmos. Quanto a nós, ficou bem delimitado, como era necessário, o período que diz respeito às negociações e, posteriormente ao período de votação do plano, salvaguardando sempre a posição de todos os credores com direito de voto, os participantes e os não participantes.

1.4. A não aprovação do PER pelos credores modifica a natureza, da subsequente insolvência da empresa, não por apresentação, mas requerida pelos mesmos?

Embora adiante abordaremos de uma forma autónoma, o papel desempenhado pelo administrador judicial provisório, não podíamos deixar de refletir com maior profundidade quanto à natureza da insolvência, quando esta seja requerida pelo administrador judicial provisório, como consequência da frustração das negociações, como resulta do disposto no artigo 17.º-G, n.º 4 do CIRE.

A curiosidade adensa-se se, recuarmos ao processo legislativo e verificarmos que, o texto aí apresentado, não corresponde à atual redação da norma. Ainda que, o n.º 3 do artigo 17.º-G faça referência à conversão do PER em processo de insolvência, assim que é rececionada a comunicação do administrador judicial provisório, não é aqui que a questão se coloca, mas sim no disposto no n.º 4 do artigo 17.º-G do CIRE.

De uma forma mais objetiva pode considerar-se a insolvência requerida pelo administrador judicial provisório, como uma insolvência requerida pelos credores, nos termos do artigo 20.º, n.º 1 do CIRE?

Numa primeira fase e, atendendo ao elemento literal da norma, diríamos que não, uma vez que o artigo 17.º-G, n.º 4 do CIRE, remete para o disposto no artigo 28.º do CIRE, aplicável nos casos em que a apresentação à insolvência surge por iniciativa do devedor.

Todavia, a aplicação do mencionado artigo 28.º do CIRE, ainda que, com as necessárias adaptações, não colhe a unanimidade junto da doutrina e jurisprudência.

Entende o legislador que, verificando-se a situação de insolvência atual do devedor, deve o administrador judicial, ouvindo credores e o próprio devedor, requerer a sua insolvência, para que, o devedor não beneficie da suspensão inerente ao processo de recuperação.

O cerne da questão prende-se com a admissibilidade do requerimento do administrador judicial provisório, atribuindo-lhe os efeitos definidos para a apresentação à insolvência, pelo devedor. Ainda que, este seja ouvido pelo administrador judicial

provisório, antes da elaboração da comunicação, prevista no artigo 17.º-G, n.º 1 do CIRE, estarão a ser respeitados os direitos de defesa e contraditório do devedor?

Ora, alguns autores entendem que sim, que os mesmos são salvaguardados, através da aplicação analógica do regime previsto nos artigos 40.º e 42.º do CIRE.³³ Ficando o devedor afastado do processo que decreta a sua insolvência, o momento processual adequado para reagir. No entendimento destes autores, será a dedução de embargos ou o recurso da sentença que declara a insolvência. Pelo que, se admite que a insolvência seja requerida pelo administrador judicial provisório e, conseqüentemente lhe sejam aplicados os efeitos referentes à insolvência requerida pelo devedor, devendo a mesma ser decretada no prazo fixado no artigo 28.º do CIRE.

No mesmo sentido, JOÃO AVEIRO PEREIRA³⁴ afirma que, *“o juiz só tem de decretar ou não a insolvência, sem audição das partes, pois estas já foram ouvidas pelo administrador judicial provisório, não lhes sendo dado aqui oporem-se à decisão, sem prejuízo de impugnarem a sentença, nos termos do artigo 40.º e seguintes.”*

Contrariamente, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS³⁵, entende que existe uma inconstitucionalidade, por violação do artigo 20.º da CRP, se não se admitir a possibilidade de impugnação do parecer do administrador judicial provisório – leia-se requerimento.

Por outro lado, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO³⁶ afirma *“não ser aplicável o segmento inicial do artigo 28.º, pelo que não existe reconhecimento pelo devedor da sua situação de insolvência.”*

Salvo melhor opinião, seguindo a posição adotada pela supramencionada autora, uma vez apresentado o requerimento do administrador judicial provisório, a insolvência deve ser entendida como requerida por outro legitimado, interveniente assim denominado pela epígrafe do artigo 20.º do CIRE.

³³ Cfr. SALAZAR CASANOVA, Nuno/ David Sequeira Dinis, *“PER – O Processo Especial de Revitalização, Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”*, Coimbra Editora, págs. 165 e 166.

³⁴ AVEIRO PEREIRA, João, *“O Direito 145”*, 2013, I-II, pág. 46, nota 53.

³⁵ SOVERAL MARTINS, Alexandre, *“Um curso de Direito de Insolvência”*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 531.

³⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *“O Processo Especial de Revitalização”*, Almedina, 2016, pág. 77.

Admitindo-se que, a insolvência é requerida por outro legitimado, mais uma vez a questão suscitada é se o devedor deve ser ouvido antes da decisão judicial, embora nestes casos, o artigo 12.º preveja a possibilidade de dispensa de audição do devedor, em casos de morosidade.

Mais uma vez, não existe unanimidade na doutrina e jurisprudência, sendo que, a corrente que prevalece reforça o exposto anteriormente, admitindo a dispensa de audição do devedor, porquanto a mesma está acautelada pelos procedimentos presentes nos artigos 40.º e 42.º, ambos do CIRE.

A corrente contrária afirma que, a não audição do devedor colide com o princípio do contraditório, pelo que, o normativo que seja aplicável é considerado inconstitucional por violação do artigo 20.º, n.º 1 e 4 da CRP.³⁷

Sufragando este entendimento veja-se o douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça³⁸ que afirma:

“A nosso ver (...) há que distinguir entre o caso em que, ouvido pelo AJP o devedor aceita que está em situação de insolvência e o caso em que tal não sucede. No primeiro caso é óbvio que não se justifica o exercício judicial do contraditório, competindo ao tribunal decidir de imediato sobre o requerimento de insolvência. Neste particular caso nenhum desvalor constitucional se poderá endereçar às normas em causa. Mas não assim no segundo caso. Aqui é constitucionalmente inaceitável que se coarte ao devedor a possibilidade de contrariar os fundamentos do parecer e do requerimento do APJ.”

Em face do exposto, entendemos que não pode o requerimento apresentado pelo administrador judicial provisório ser equiparado, a um requerimento apresentado por “outros legitimados”. Se olharmos para a evolução histórica do artigo, percebemos que, que a redação atual corresponde, quase na íntegra ao texto do artigo 8.º do CPREFER, contudo o legislador procedeu a algumas modificações, nomeadamente o aditamento de

³⁷ Veja-se neste sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19/01/2017, Processo 3190-16.7T8FNC-B. L1-8, disponível em www.dgsi.pt.

³⁸ Cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de novembro de 2015, disponível em www.dgsi.pt.

novos intervenientes – Ministério Público e responsáveis legais das dívidas do insolvente - legitimados para requerer a insolvência.

Uma vez que, o legislador já procedeu, a posteriores alterações legislativas sem que, alterasse o conteúdo da norma, entendemos que o elenco de “outros legitimados” apresentado pelo artigo 20.º do CIRE é taxativo. Assim, não podemos admitir que seja aplicado ao requerimento do administrador judicial provisório o regime previsto para estes casos, mas sim o regime presente no artigo 28.º do CIRE, previsto para a insolvência requerida pelo devedor.

Salvo melhor opinião, entendemos que, ao concordar com o início do processo de recuperação, o devedor, admite a fragilidade da situação financeira, pelo que, com o despacho de admissão do processo, onde é nomeado o administrador judicial provisório, este adquire poderes de administração e fiscalização, “substituindo-se” de alguma forma ao devedor. Logo, findas as negociações sem que exista qualquer plano, é o administrador judicial provisório que reúne todas as condições para aferir da viabilidade da empresa (devedor) e, que tem que requerer a insolvência do mesmo. Para que, a situação da empresa não deteriore e os credores não sejam prejudicados.

Na mesma linha de pensamento, entendemos que o direito ao contraditório do devedor não é prejudicado, uma vez que, existe a obrigatoriedade do mesmo ser ouvido antes da emissão do parecer – leia-se requerimento de insolvência. E, não podemos olvidar que o devedor continua a ter ao seu dispor, os meios legais de recurso, ou seja, o recurso da sentença de declaração de insolvência ou a dedução de embargos, previstos nos já mencionados artigos 40.º e 42.º do CIRE.

Capítulo IV

1.1.A possibilidade da aprovação do PER suspende a insolvência requerida como atual?

O artigo 20.º, n.º 1, no seu proémio, permite que qualquer credor, o Ministério Público ou responsável legal, possa dar início a um processo de insolvência. Contudo, se durante a tramitação do mesmo, for publicado no portal *Citius*, o despacho relativo à abertura das negociações no âmbito de um PER, que resulta da conjugação dos artigos 17.º- C n.ºs 1 e 3, al. a) do CIRE, este suspende-se de imediato.

De salientar que, não basta a prolação do mencionado despacho para que o processo de insolvência se suspenda, tem que se cumprir o dever de publicidade, através da publicação do mesmo no portal *Citius*.³⁹

Esta possibilidade fica vedada, quando já tenha sido proferida a sentença declarativa de insolvência, nos termos previstos, nos artigos 17.º- E, n.º 6 e 17.º- I, n.º 6 do CIRE. Ainda que a referida sentença não tenha sido publicada, ou não tenha transitado em julgado, não deve o juiz admitir que se dê início a um processo especial de revitalização, porquanto não está verificado um dos requisitos essenciais: a situação de insolvência meramente iminente ou situação de economia difícil.

Por outro lado, verificando-se a suspensão do processo de insolvência existente, se for aprovado e homologado um plano de revitalização, os processos anteriormente suspensos, extinguem-se.

Porém, se o PER encerrar sem que tenha sido aprovado qualquer plano, ou o plano não tenha sido homologado, o administrador judicial provisório pode emitir um parecer no sentido da insolvência do devedor, que pode vir a ser decretada, seja num novo processo de insolvência ou no próprio PER consoante a corrente adoptada. Ainda assim, se já existir algum processo de insolvência, à data suspenso, esta será proferida, nesse mesmo processo, como resulta do artigo 8.º do CIRE.

³⁹ Cfr. Neste sentido o douto Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26/09/2013 (Relator: José Estilita de Mendonça), disponível em www.dgsi.pt.

1.2.O devedor no cumprimento do ónus jurídico de convocar os credores para as negociações, define o âmbito de aplicação do PER depois de aprovado, nos termos do artigo 17.º-F, n.º10 do CIRE?

Estabelece o artigo 17.º-C, n.º 1 do CIRE, como formalidade para o início do processo de recuperação, a apresentação de uma declaração escrita, subscrita pelo devedor e credores que pretendam encetar negociações para a aprovação do plano.

Todavia, uma vez que, não é exigida a subscrição da declaração escrita, pela totalidade dos credores, o legislador previu no artigo 17.º-D, n.º 1 do CIRE, a obrigação de comunicação, por carta registada, aos restantes credores, do início das negociações com vista à elaboração de um plano, convidando-os a participar nas mesmas.

Da mesma forma, proferido o despacho previsto no artigo 17.º-C, n.º 4 do CIRE, o mesmo é publicado na plataforma *Citius*, pelo que, falhando o devedor no envio de qualquer comunicação, a mesma é suprida pela publicação em Edital, uma vez que, os credores tinham acesso a toda a informação relevante⁴⁰.

Assim, como resulta do disposto no artigo 17.º-D, n.º 10 do CIRE, não só o plano, como os seus efeitos, vinculam todos os credores, mesmo aqueles que não participaram nas negociações. Pela mesma ordem de razão, encontram-se vinculados ao plano e aos seus efeitos, os credores que tenham votado desfavoravelmente ou tenham requerido a não homologação do plano. Logo, o legislador ao prever a extensão dos efeitos do plano, consegue alcançar a aplicabilidade do mesmo, a todo o universo de credores.

Todavia, há que excepcionar alguns casos, nomeadamente os credores que detenham créditos constituídos após o termo do prazo da reclamação de créditos⁴¹, bem como, créditos sujeitos a condições suspensivas ou créditos que tenham por base prestações sinalagmáticas que não foram cumpridas pelas contrapartes.

⁴⁰ Por aplicação do disposto no artigo 9.º, n.º 4 do CIRE – neste sentido, CARVALHO FERNANDES, Luís A./ João Labareda, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, 2.ª, 2013, pág. 275.

⁴¹ Por isso, se afirma que, não existe no PER reclamação ulterior de créditos – cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02/05/2013, processo n.º 3695/12.9TBBRG-C-G1, disponível em www.dgsi.pt.

De mencionar que, resulta da letra da lei que, os efeitos do plano materializam-se de forma automática, com o despacho que homologa o plano e, com a notificação aos interessados, não se exigindo que o mencionado despacho, transite em julgado.

Atendendo à proximidade entre o PER e o processo de insolvência, podemos afirmar que o artigo 17.º-F, n.º 10 é uma concretização do disposto no artigo 217.º do CIRE, referente ao processo de insolvência, visto que, a *ratio* destas normas visa acautelar e assegurar os mesmos interesses.

Reforça este entendimento o disposto no artigo 14.º, n.º 5 do CIRE, onde se prevê que a interposição de um recurso, neste caso, da sentença homologatória do plano, tenha um efeito meramente devolutivo. Pelo que, existe a possibilidade de o plano de revitalização estar a ser executado e, posteriormente seja revogado, devido à procedência do recurso.

Nestes casos, são os credores que cumpriram o plano e, os terceiros que negociaram com o devedor nos termos do plano agora revogado que, ficam desprotegidos, porquanto o legislador não regulou os efeitos e as medidas a tomar nestes casos.

Assim, parece-nos que há que atender às regras gerais, bem como aos princípios gerais da confiança e boa fé para estabelecer, quais os efeitos da revogação do plano, relativamente aos negócios celebrados. Ainda assim, remetemos para o último capítulo desta dissertação, quanto aos efeitos do incumprimento do plano e as soluções a adotar que, quanto a nós, aplicam-se com as devidas adaptações neste caso.

1.3. Se o PER for aprovado, mas não for cumprido, os efeitos são oponíveis aos credores faltosos?

Relativamente aos efeitos do incumprimento do plano aprovado, mais uma vez, remetemos para o último capítulo desta dissertação.

Por sua vez, quanto à oponibilidade dos efeitos, não existe qualquer dúvida que se verifica quanto aos credores que, participaram ativamente nas negociações e que subscreveram, pugnando pela aprovação e homologação, o plano.

Por outro lado, levanta-se a questão da oponibilidade dos efeitos relativamente aos credores que não participaram nas negociações, mas que, como vimos anteriormente, o legislador previu expressamente que lhe fossem extensíveis os efeitos da aprovação do plano.

Pela mesma ordem de razão, não podemos deixar de admitir que, embora o legislador não o tenha previsto expressamente, pretendia que, em caso de incumprimento, fosse aplicado aos credores o mesmo procedimento e, consequentemente os mesmos efeitos.

Mais, este entendimento ganha sustentação se aplicarmos ao caso o disposto no artigo 194.º aplicável *ex vi* pelo artigo 17.º-A, n.º 3, ambos do CIRE. Resulta do mencionado artigo que se deve observar no plano de insolvência o princípio da igualdade dos credores, ainda que, se justifiquem tratamentos diferenciais, estes apenas visam o estabelecimento de um equilíbrio, justificado entre os credores.

Ora, salvo melhor opinião, se o legislador se preocupou em salvaguardar o tratamento igual dos credores na execução do plano, o mesmo deve ser observado na aplicação dos efeitos, aquando de um incumprimento.

Verificando-se o incumprimento do plano de revitalização homologado que, relembramos é aplicável a todos os credores, mesmo os faltosos, excepcionando-se apenas os que detêm créditos vencidos em período posterior ao fim das negociações, devem todos eles ter acesso às mesmas soluções.

Isto é, adiantando o que iremos desenvolver no último capítulo da dissertação, devem os credores ver os seus créditos repristinados, quando tal se aplique, ou em situação diversa, terem a possibilidade de recorrer à modificação do plano atendendo às novas circunstâncias.

Da nossa parte, entendemos que dificilmente se verificam circunstâncias supervenientes ao término das negociações que, possam resultar em situações objetivas que justifiquem um tratamento diferenciado entre os credores. Se, o legislador pretendeu uniformizar o tratamento dos credores na aplicação do plano de revitalização então, o mesmo deve-se verificar relativamente aos efeitos do incumprimento.

1.4.Importância da atividade do administrador judicial provisório no PER.

Do regime do PER, podemos destacar como principais agentes, os credores e o administrador judicial provisório.

No que diz respeito ao administrador judicial provisório, este assume um papel importante de direção e coordenação de todo o processo.

Todavia, autores como CATARINA SERRA⁴² têm criticado a posição do administrador judicial provisório, ao entender que o papel que assume constrange a atuação do devedor durante todo o processo, dificultando até a sua conclusão com sucesso.

A mesma autora chama a atenção para a infelicidade do legislador na escolha terminológica do nome desta figura, aludindo a uma clara comparação com a figura do administrador judicial provisório no âmbito do processo de insolvência.

Contudo, há que esclarecer que não se reconhece qualquer similitude entre as funções desempenhadas pelo administrador judicial provisório no âmbito de um processo de insolvência e o administrador judicial provisório no âmbito do PER.⁴³

No processo de insolvência, a nomeação de um administrador judicial provisório ocorre, nos termos previstos no artigo 31.º do CIRE, como medida cautelar, que visa impedir o agravamento da situação patrimonial do devedor, ficando responsável por garantir a manutenção dos bens da massa insolvente que satisfaçam as necessidades dos credores, até à declaração de insolvência – Cfr. artigo 33.º do CIRE.

Por outro lado, no PER, embora o administrador judicial provisório seja responsável por administrar e manter os bens que o devedor tenha, a sua função não se

⁴² SERRA, Catarina, in: “*PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO – Contributos para uma “rectificação”*”, consultado em <https://portal.oa.pt/upl/%7B2b7c6e07-f9ca-46f5-9116-4bf663445c0f%7D.pdf>, pág. 724.

⁴³ Neste sentido, GURREA CHALÉ, Aurelio, “*Hacia la profesionalización del administrador concursal*”, disponível em www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/hacia-la-profesionalizacion-del-administrador-concursal.

esgota aqui, porque assume com maior expressão o papel de negociador, entre o devedor e os seus credores.

A inclusão da expressão “provisório” no nome atribuído, também suscita alguma controvérsia, pois se no caso do processo de insolvência a utilização da expressão é justificada pela intervenção transitória desta figura, no âmbito do PER, o mesmo já não se verifica porquanto, a sua atuação não é transitória tendo intervenção em todo o processo, que termina com a aprovação do acordo, que leva à conseqüente cessação das funções, da figura processual, que é o administrador judicial provisório.

Parece que o legislador ao adotar esta terminologia inspirou-se no regime presente na lei alemã, implementado pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESuG)*, de 7 de dezembro de 2011, que prevê a nomeação de um órgão consultivo.

Contudo, o legislador português não efetuou de forma correta a tradução da expressão utilizada (“*Sachwalter*”), porquanto a mesma não significa, “administrador judicial” ou “administrador de insolvência”, mas sim “curador” ou “administrador de bens”.

Pelo que, afigura-se mais correta, atendendo às funções desempenhadas por esta figura, a designação, como administrador de bens.

Mais uma vez, inspirando-se na lei alemã, o legislador português, acrescentou à denominação “administrador judicial” o nome “provisório”, esquecendo-se, contudo, que o regime português diverge do alemão precisamente por não consubstanciar uma fase transitória de um processo e, por isso, provisória, mas sim um processo autónomo.

1.4.1. Quanto à orientação e fiscalização das reuniões de credores.

Aquando do despacho de admissão, é nomeado pelo juiz, um administrador judicial provisório, nos termos do artigo 17.º - C, n.º 4 do CIRE, aplicando-se ainda que com as necessárias adaptações, o regime presente nos artigos 32.º a 34.º do CIRE

Em simultâneo, o administrador judicial provisório adquire diversas funções. Todavia, estas não foram objeto de tratamento autónomo por parte da sistemática do CIRE, sendo possível identificá-las dispersas pelo regime jurídico.

Entre as mencionadas funções destacam-se as presentes no artigo 17.º-D, n.ºs 8 e 9 do CIRE, ou seja, a fixação das regras das negociações entre o devedor e os seus credores, bem como, a participação, orientação e fiscalização do decurso das mesmas.

Desta forma, o legislador pretende evitar que sejam utilizados, pelos intervenientes negociais, expedientes dilatatórios ou inúteis que influenciem a marcha do processo.

Da letra da lei do artigo 17.º-D, n.º 8 do CIRE não retiramos qualquer regra imperativa ou supletiva que defina, a tramitação a adotar nas negociações entre o devedor e os seus credores. A tramitação das negociações acontece de acordo com o que seja convencionado entre todos os intervenientes, ou seja, assenta na autonomia privada dos mesmos, existindo por isso, uma ampla discricionariedade.

Numa última *ratio*, as negociações podem desenrolar-se sem que de antemão estejam estabelecidas quaisquer regras.⁴⁴

Quer isto dizer que, o ponto essencial para a tramitação das negociações é a existência de unanimidade entre todos os intervenientes quanto à tramitação adotada nas negociações. Esta unanimidade pode ser expressa ou tácita.

Todavia, na falta de acordo entre os intervenientes, o administrador judicial provisório intervém para definir as regras que devem ser observadas durante o procedimento negocial, seja apenas relativamente a um aspeto do processo ou, a todo o processo. Inexistindo o acordo entre os intervenientes, pode o administrador judicial provisório determinar a participação de terceiros no processo de negociação, nomeadamente mediadores, consultores e peritos

⁴⁴ Cfr. Neste sentido o terceiro princípio orientador da recuperação extrajudicial dos devedores, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011.

Solicitada a participação de peritos – terceiros na negociação – os custos que lhe estejam associados são da responsabilidade do interveniente que pedir a sua colaboração, caso não seja previsto nada em contrário no plano que for aprovado.⁴⁵⁴⁶

É neste ponto que se insurge mais uma função atribuída ao administrador judicial provisório. Prevê-se no artigo 17.º-D, n.º 9 do CIRE que o administrador judicial provisório oriente e fiscalize o processo negocial, bem como, assegure a sua regularidade.

Quer isto dizer que, mesmo que os intervenientes cheguem a um acordo relativamente ao processo negocial a seguir, o administrador judicial provisório, intervém de forma ativa em todo o processo.

Segundo NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DIAS:⁴⁷

“o administrador judicial provisório não deve, portanto, remeter-se a um papel meramente passivo, intervindo quando solicitado, mas antes deve assumir um papel activo.”

Na prática, estamos perante duas funções: de orientação e de fiscalização. Na sua função de orientação, o administrador judicial provisório, através do seu papel ativo, deve indicar métodos e procedimentos a adotar durante a negociação e, como já vimos, pode mesmo impô-los caso não exista unanimidade entre os intervenientes. Mais, no decorrer das reuniões necessárias à negociação pode, a título de exemplo, definir tempos de participação dos intervenientes ou atribuir/retirar a palavra do interveniente quando seja conveniente.

Por sua vez, na sua função de fiscalização, o administrador judicial provisório, verifica a legalidade dos procedimentos negociais adotados pelos intervenientes,

⁴⁵ Cfr. Neste sentido artigo 17.º-D, n.º 8 do CIRE.

⁴⁶ Esta tomada de posição por parte de qualquer interveniente, consubstancia um direito dos mesmo que, visa garantir que todos os intervenientes tenham acesso à assistência técnica necessária durante as negociações, sem que seja necessário qualquer tipo de autorização. Da mesma forma que, todos os intervenientes, nos termos do artigo 20.º, n.º 1 da CRP têm direito a ser acompanhados ou representados por advogados nas negociações.

⁴⁷ SALAZAR CASANOVA, Nuno/David Sequeira Dinis, “PER - O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Coimbra Editora, pág. 87.

nomeadamente a observação dos deveres de informação e princípios que resultam do disposto no artigo 17.º-D, n.º 10 do CIRE, bem como, a sua utilidade e idoneidade.

Este ponto é de grande importância, uma vez que, não só os aspetos formais e legais relevam para o sucesso das negociações. As negociações devem desenrolar-se de forma a atingir o seu principal objetivo— um plano de revitalização.

Para isso, o administrador judicial provisório, através da sua função fiscalizadora deve garantir que as propostas de plano apresentadas tenham viabilidade, assim como, que seja dada a possibilidade a todos os intervenientes, através de um prazo razoável, atendendo a vários factos, como por exemplo, a complexidade do mesmo, de apresentarem contrapropostas.

Contudo, é necessária alguma cautela, para que, não exista um aproveitamento ilícito, por parte dos intervenientes, destas garantias. Não devem ser observados quaisquer expedientes dilatatórios ou inúteis. Em última instância, se assim se justificar, o administrador judicial provisório pode mesmo decidir a exclusão de um ou mais intervenientes, consoante a sua conduta no processo negocial.

Todavia, não se julgue que o administrador judicial provisório, no exercício da sua função de fiscalização, materializa o poder de *ius imperi*, uma vez que, por força do artigo 58.º aplicável *ex vi* artigos 17.º-C, n.º 3 e artigo 34.º, este está subordinado ao juiz do processo que pode, sempre que o entender, exigir-lhe informações ou a apresentação de um relatório sobre as atividades desenvolvidas e do estado das negociações.

1.4.2. A necessidade do consentimento do administrador para a celebração de negócios especiais, nos termos do artigo 161.º do CIRE.

É no artigo referente aos efeitos do PER ou, como bem referem NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS ⁴⁸, aos efeitos que resultam do despacho de nomeação do administrador judicial provisório que encontramos esta restrição à atuação da empresa.

⁴⁸ SALAZAR CASANOVA, Nuno/ David Sequeira Dinis, “PER - O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Coimbra Editora, pág. 94

Os mesmos autores destacam o facto de os efeitos aí previsto divergirem de forma substancial aos associados à declaração de insolvência, embora o artigo 17.º-E, n.º 2 remeta diretamente para o artigo 161.º do CIRE, ou seja, o regime resulta da conjugação dos dois artigos.

Assim, a atual redação do artigo 17.º-E, n.º 2 resulta do Decreto-Lei 79/2017, de 30 de junho que aditou os números 7,8 e 9 e alterou a redação dos restantes, passando a constar a palavra “empresa” onde anteriormente constava “devedor”.

O juiz ao nomear o administrador judicial provisório, limita a atuação da empresa quanto a atos de especial relevo, nos termos definidos pelo artigo 161.º do CIRE. Quer isto dizer que, para a realização destes atos o administrador judicial provisório terá que dar o seu aval.

É de salientar que, em sentido diverso ao que acontece com o processo de insolvência, à empresa devedora não são esvaziados todos os poderes de administração e de disposição do seu património para os casos correntes.

Ou seja, a norma apenas veda à empresa devedora, o exercício de poderes que a própria lei defina como de especial relevo, no artigo 161.º do CIRE.

Este entendimento é defensável, se tivermos em linha de conta a natureza atribuída ao PER, bem como, o seu regime jurídico. Como resulta do artigo 17.º-A, e tivemos o cuidado de analisar, para uma utilização correta do regime do PER, a empresa não atravessa uma situação de insolvência atual, pelo que, não existe qualquer fundamento para que o devedor seja vedado de exercer a generalidade dos seus poderes de administração e disposição de bens.

O mesmo não acontece no processo de insolvência, porquanto o devedor já demonstrou não conseguir administrar e dispor dos seus bens, ainda que não o tenha feito de forma culposa. Por isso, se justifica a inibição relativamente aos seus bens, entregues posteriormente ao administrador de insolvência.

Todavia, o facto da empresa devedora se estar a submeter a este processo (PER) já indicia que existe, pelo menos, uma “situação económica difícil” ou de “insolvência

meramente iminente”, o que se traduz numa situação instável que merece alguma atenção que se materializa na necessidade de autorização para ações de especial relevo.

O legislador ao remeter para o disposto no artigo 161.º do CIRE impossibilitou a recondução das ações de especial relevo às categorias tradicionais do direito civil (atos de disposição, de administração extraordinária e ordinária). Ainda assim, é possível reconduzir os atos vedados a atos de disposição e de administração extraordinária, que se reflitam nas perspetivas de satisfação dos credores e na suscetibilidade de recuperação na empresa.⁴⁹

Através desta opção legislativa o legislador visou salvaguardar a posição assumida pelos credores convocados para participar no PER, visto que, estes podem ser afetados pela suspensão das ações de cobrança de dívidas, nos termos previstos no artigo 17.º-E, n.º 1 do CIRE.

Desta forma, antecipou-se uma utilização indevida do regime do PER. Evitou-se uma “corrida” dos devedores a este mecanismo para beneficiar das suspensões das ações pendentes ou da inibição da apresentação de novas ações, para mais tarde, reunir todas as condições para dissipar o património livre de qualquer ónus ou encargo.

Por isso, o papel que o administrador judicial provisório assume é de limitar os direitos do devedor, de forma a proteger os credores, bem como, credibilizar o PER, evitando potenciais abusos.

1.4.3. Comunicação ao tribunal relativamente ao estado do processo.

Em sentido diverso, ao que se verifica no processo de insolvência, não existe no regime do PER uma sistematização, da forma e efeitos que, o encerramento do processo pode assumir.

Atendendo à estrutura do PER, há que distinguir entre o encerramento do processo negocial, e o encerramento do próprio PER. Todavia, esta afirmação não reúne

⁴⁹ Neste sentido, SALAZAR CASANOVA, Nuno/ David Sequeira Dinis, “*PER O Processo Especial de Revitalização Comentários aos artigos 17.º- A a 17.º- I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, nota de rodapé 26, pág. 110.

unanimidade na doutrina⁵⁰, embora maioritariamente⁵¹ os autores entendam o encerramento do processo negocial como um momento processual distinto do encerramento do PER. Quanto a nós de forma acertada.

Assim, o encerramento do processo negocial pode terminar por três vias: impossibilidade de obtenção de acordo antes do decurso do prazo das negociações; decurso do prazo previsto para as negociações, nos termos do artigo 17.º-G, n.º 1 do CIRE; e, por obtenção de acordo durante o prazo de negociações ou no término deste.

1.4.3.1. Impossibilidade de obtenção de acordo, no decurso do prazo de negociações.

Encetadas as negociações, estas podem cessar, a todo o tempo, por iniciativa do devedor, sem que para isso exista uma justa causa, como decorre do preceituado no artigo 17.º-G, n.º 5 do CIRE. O devedor deve comunicar a sua intenção ao administrador judicial provisório, atendendo ao papel desempenhado por este durante o processo e, pela mesma ordem de razão, ao tribunal.

A comunicação da pretensão do devedor deve igualmente ser feita aos credores, uma vez que, o PER se trata de um mecanismo facultativo que impõe um conjunto de restrições aos direitos dos credores, pelo que, têm legitimidade para que sejam informados de que o devedor abdicou de alcançar um acordo com eles.

Por isso, este direito do devedor, só pode ser exercido até ao envio do plano para homologação pelo juiz, processando-se as comunicações por meio de carta registada.

Mais uma vez, no decurso do prazo para as negociações, devedor e credores⁵², podem entender que não há possibilidade de chegar a um acordo que vise a recuperação da empresa, pelo que, devem comunicar ao administrador judicial provisório, nos termos do artigo 17.º-G, n.º 1 do CIRE, para que, este dê conhecimento ao processo,

⁵⁰ De forma minoritária, SALAZAR CASANOVA, Nuno/ David Sequeira Dinis, “*PER – O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º- I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 17 e 18.

⁵¹ Cfr. Neste sentido SOVERAL MARTINS, Alexandre, “*O P.E.R. (Processo Especial de Revitalização)*”, in: AB INSTANTIA – Revista do Instituto do Conhecimento AB”, Ano I, n.º 1, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 36

⁵² A maioria prevista no artigo 17.º-F, n.º 3 do CIRE.

através de meios eletrónicos, nomeadamente através da publicação da informação no portal *Citius*.⁵³

1.4.3.2. Impossibilidade de obtenção de acordo, no fim do prazo de negociações.

Por outro lado, embora não seja este o entendimento maioritário na jurisprudência⁵⁴, se o prazo previsto para as negociações decorrer sem que seja alcançado acordo, o processo negocial é encerrado. Assim, entende-se o prazo para as negociações previsto no artigo 17.º-D, n.º 5 do CIRE, como um prazo de caducidade. Resulta do mesmo artigo a possibilidade de prorrogação do mesmo, todavia esta tem que ocorrer através da celebração de um acordo, entre devedor e administrador judicial provisório, antes do decurso do prazo, sob pena de não homologação do acordo obtido posteriormente.⁵⁵

Mais uma vez, é o administrador judicial provisório que deve comunicar ao processo o término das negociações por caducidade e, conseqüentemente o seu encerramento, ou, por outro lado, deve comunicar a celebração do acordo de prorrogação.

1.4.4. Efeitos do parecer do administrador judicial provisório do artigo 17.º-G.

De entre todas as tarefas desempenhadas pelo administrador judicial provisório, podemos identificar em termos finais, o parecer previsto no artigo 17.º-G, n.º 2 e 4 do CIRE, elemento comum aos trâmites a adotar no encerramento das negociações.

O mencionado artigo foi aditado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, embora os seus números 1 a 6 tenham a redação imposta pelo Decreto-Lei 79/2017, de 30 de

⁵³ Questão diversa é a que se coloca relativamente à possibilidade dos credores, antes do decurso do prazo de negociações, solicitarem o encerramento do processo por não se verificarem os pressupostos do PER. A resposta, maioritariamente, tem sido negativa, porquanto entende autores como SALAZAR CASANOVA, Nuno / David Sequeira Dinis, “*PER – O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, págs. 17 e 18 que esta competência ao administrador judicial provisório no decorrer no processo e, ao juiz aquando da homologação ou não do plano.

⁵⁴ Veja-se no sentido do encerramento do processo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de março de 2013, Relator: Albertina Pedroso. Em sentido diverso, cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 4 de março de 2012, Relator: António Santo, que pugna pela natureza indicativa do prazo, atribuindo validade aos atos praticados posteriormente.

⁵⁵ Cfr. Neste sentido CARVALHO FERNANDES, Luís A./ João Labareda, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, Quid Juris Editora, 2.ª edição, Lisboa, 2013, pág.161, nota 17 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de outubro de 2014, Relator: Sílvia Pires.

junho, assentando a principal alteração na substituição da expressão “o devedor” por “a empresa”.

Este parecer, em termos processuais, significa uma de duas coisas: ou não existiu por parte dos credores uma aprovação do plano de recuperação, ou a própria empresa desistiu do processo. Por isso, o administrador judicial provisório, através da informação que tem ao seu dispor, e depois de ouvir o devedor e os credores, pronunciasse relativamente à existência ou não de uma situação de insolvência.

Pronunciando-se, de uma forma afirmativa, devedor e credores, o administrador judicial provisório, fica de imediato, obrigado a requerer a declaração de insolvência, sendo esta equiparada à insolvência por apresentação do devedor, através da apresentação de um requerimento inicial que dá o impulso processual para o início do processo de insolvência e, consequentemente o processo especial de revitalização será apensado, ao processo que se inicia.

Contudo, esta afirmação não é pacífica pois, na doutrina e na jurisprudência ainda se levanta a possibilidade de a insolvência ser decretada nos autos do processo de revitalização.

Para autores como CATARINA SERRA⁵⁶ o processo especial de revitalização não se converte, extingue-se por completo, tendo o administrador de insolvência que dar início a um novo processo - um processo de insolvência - afastando a possibilidade de uma declaração expressa e imediata de insolvência no seguimento do parecer do administrador provisório de insolvência.

Todavia, esta corrente doutrinária conflitua com o entendimento inicial da jurisprudência, onde a insolvência seria decretada imediatamente pelo juiz nos próprios autos, veja-se a este propósito os doutos acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 24/10/2013 (Relator: Manuel Bargado), e do Tribunal da Relação de Coimbra 03/12/2013 (Relator: Albertina Pedroso)⁵⁷.

⁵⁶ SERRA, Catarina, “Tópicos para uma discussão sobre o Processo Especial de Revitalização (com ilustrações Jurisprudenciais)”, in AB INSTANTIA – Revista do Instituto do Conhecimento, outubro de 2014, ANO II, n. °4, Almedina, pág. 92.

⁵⁷ Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Esta jurisprudência sofreu progressivas alterações, até aos dias de hoje, onde o requerimento do administrador judicial provisório é remetido para distribuição como processo de insolvência, levando ao encerramento do PER e, à sua conseqüente apensação ao processo que se inicia com o requerimento.

Nestas circunstâncias, e admitindo a aplicação do artigo 8.º, n.º 2 do CIRE⁵⁸, com as necessárias adaptações, caso exista um processo de insolvência anterior ao PER que esteja suspenso o juiz deve suspender o novo processo de insolvência que resulta da não aprovação do PER, fazendo prosseguir os autos do processo de insolvência anteriormente suspenso.

No nosso entender, a evolução verificada na jurisprudência era inevitável sob pena de, na prática um mero parecer do administrador judicial provisório vincular o juiz e dessa forma, violar o princípio do julgador.

Questão igualmente suscitada prende-se com suscetibilidade de contestação do parecer do administrador judicial provisório, por parte do devedor. Sobre este ponto, JOÃO AVEIRO PEREIRA⁵⁹ refere que o juiz pode decretar ou não a insolvência, sem que para isso ouça as partes, uma vez que, estas já foram ouvidas pelo administrador judicial provisório. Para este autor, as partes não podem opor-se à decisão, sem que seja nos termos gerais do artigo 40.º e seguintes do CIRE.⁶⁰

Entendemos que relativamente ao artigo 17.º- G, n.º 4, deve operar uma interpretação restritiva do mesmo, sendo que, o administrador judicial provisório ao ouvir o devedor, se este último concordar com a qualificação da situação como insolvência, então o alcance do parecer será maior, permitindo a equiparação do requerimento apresentado pelo administrador de insolvência a uma apresentação de insolvência, produzindo os seus efeitos de acordo com o disposto no artigo 28.º do CIRE, ou seja, a insolvência é declarada de imediato.

⁵⁸ Neste sentido, SERRA, Catarina “*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*”, in: I Congresso de Direito da Insolvência, Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, pág. 93.

⁵⁹ AVEIRO PEREIRA, João, “*O Direito*”, 145, 2013, I-II, pág. 46, nota 53

⁶⁰ Em sentido contrário, SOVERAL MARTINS, Alexandre “*Um curso de Direito da Insolvência*”, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 494, ao afirmar que a impossibilidade dada à empresa de impugnar o parecer do administrador judicial provisório é inconstitucional por violação do artigo 20.º da CRP.

Isto porque, não pode ser uma mera consequência legal a possibilidade de declarar a insolvência de devedores que não estão nessa situação. Com a apensação do PER ao processo de insolvência, o parecer do administrador judicial provisório vai assumir a função de elemento decisório do juiz sobre o estado real do devedor, ajudando na tomada de decisão consciente.

Ainda assim, admitindo-se esta interpretação o devedor não fica absolutamente vinculado à decisão, porquanto nos termos do artigo 40.º e seguintes do CIRE pode apresentar embargos ou recurso da sentença.

Capítulo V

1.1.A proibição legal do devedor não ter acesso ao regime do PER se já o tiver utilizado.

Consciente dos efeitos inerentes ao PER, o legislador quis mais uma vez, salvaguardar a posição dos credores. Assim, estabeleceu no artigo 17.º-G, n.º 6 do CIRE uma proibição legal de utilização do regime do PER, por um período de dois anos.

A mencionada proibição legal pretende que, o PER e os seus efeitos, nomeadamente a limitação dos direitos dos credores sobre o devedor, não sejam utilizados de uma forma abusiva e despropositada.

Contudo, parece resultar da norma que o legislador apenas restringiu o acesso ao regime do PER, aos casos previstos nos n.ºs 1 a 5 do artigo 17.º-G. Ou seja, quando o primeiro PER tenha terminado de forma diversa da prevista nos supramencionados números, ao devedor não lhe é imputada qualquer restrição legal.

Em suma, a limitação de recurso a um novo PER, só se aplica aos casos em que, o próprio devedor ou uma maioria qualificada dos credores concluem antecipadamente pela impossibilidade de celebração de acordo; quando após o decurso do prazo de negociações não tenha sido alcançado qualquer acordo; ou, nos casos em que o devedor tenha posto termos às negociações.

Autores como NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS⁶¹ socorrendo-se de uma interpretação extensiva da norma defendem a aplicação da mesma, nos casos em que existe um plano aprovado que, não é homologado pelo juiz.⁶²

Referem que, excluir esta possibilidade do escopo da proibição legal, seria subsumir os direitos dos credores que votaram contra o plano, à maioria dos credores que votaram favoravelmente. Sendo que, os credores minoritários viam os seus direitos

⁶¹ SALAZAR CASANOVA, Nuno, David Sequeira Dinis, “*Per – O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora, pág. 169.

⁶² Posição sufragada na jurisprudência - nesse sentido, Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 26/02/2015 -” A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico”, disponível em www.dgsi.pt.

serem comprimidos *ad eternum*, devido a uma sucessão de aprovações de planos ilegais que, ainda assim, não levavam o administrador judicial provisório a requerer a insolvência do devedor.

Entendemos o previsto no artigo 17.º-G, n.º 6 do CIRE, como uma transposição para o regime do PER, do disposto no artigo 612.º do CPC, que consagra um princípio legal, onde as partes não podem utilizar os meios processuais ao seu dispor, para atingir, de forma dilatória, fins legalmente proibidos. Se assim não fosse, estaria encontrado um meio legal que permitia protelar no tempo as ações judiciais a intentar, e processos que já estivessem pendentes.

Mais, iniciando o devedor um novo PER, no período de carência legalmente previsto (dois anos), compete ao juiz, no exercício da sua competência oficiosa, impedir que o processo siga os seus termos, caso verifique uma situação de fraude à lei, invocando o já mencionado artigo 612.º do CPC, bem como, o artigo 334.º do CPC referente ao abuso de direito.

1.2. Incumprimento devido a circunstâncias previsíveis à data da aprovação do PER ou supervenientes.

Ao analisarmos a sistemática do CIRE, relativamente ao PER, verificamos que o último artigo (17.º-J) tem como epígrafe” Encerramento do processo especial de revitalização e cessação de funções do administrador judicial provisório”.

Ora, o legislador apenas regulou as formas de encerramento do processo, bem como, a cessação das funções do administrador judicial provisório, não fixando qual o regime a aplicar, nem as respetivas consequências, verificando-se um incumprimento.

Da mesma forma, no elenco de poderes e funções do administrador judicial provisório, não consta qualquer poder de fiscalização, relacionado diretamente com a execução do plano.

Por sua vez, recorrendo a um paralelismo com o processo de insolvência, percebemos que o legislador se preocupou em prever no artigo 218.º do CIRE, quais as consequências da verificação de um incumprimento, neste processo.

Assim, podemos apontar uma lacuna no regime do PER que, para muitos é colmatada com a inclusão no próprio plano, das consequências do incumprimento⁶³. No mesmo sentido têm sido apresentadas, na doutrina, algumas soluções.

Por um lado, na ausência de qualquer menção no plano, autores como MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁶⁴ entendem que se deve aplicar por analogia o regime previsto para o processo de insolvência, no artigo 218.º do CIRE, onde a epígrafe é precisamente “incumprimento”, por existirem pontos de contacto entre o regime do PER e o processo de insolvência.

Podemos afirmar que, da aplicação do regime do artigo 218.º do CIRE, resulta como consequência do incumprimento uma reconstituição dos créditos originais, porquanto as moratórias e perdões que tenham sido concedidos ficam sem efeito. Esta consequência, só é aplicável ao devedor que foi declarado insolvente por conta de um novo processo ou, aos créditos em que o devedor se colocou numa situação de mora, quando interpelado de forma escrita, pelo credor, para cumprir a prestação acrescida de juros moratórios, num prazo de quinze dias.

Todavia, é de realçar a inaplicabilidade do regime do processo de insolvência no seu todo, excluindo como consequência do incumprimento, o previsto no artigo 20.º, n.º1, al. f) do CIRE, porquanto no mesmo, encontramos um elenco taxativo, do que, se presume insolvência atual o que, como se demonstrou anteriormente não se aplica ao PER, por extravasar os elementos objetivos de aplicação do regime.

Contudo, outros autores⁶⁵ admitem a aplicação analógica da norma que, regula o incumprimento do acordo conseguido no âmbito do SIREVE – artigo 14.º do Decreto-

⁶³ SERRA, Catarina, “*Tópicos para uma discussão sobre o processo especial de revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)*”, in AB INSTANTIA, outubro de 2014, Ano II, n.º4, Semestral, Almedina, pág. 105.

⁶⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*O Processo Especial de Revitalização*”, Almedina, pág.98.

⁶⁵ Neste sentido, SERRA, Catarina, “*Tópicos para uma discussão sobre o processo especial de revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)*”, in AB INSTANTIA, outubro de 2014, Ano II, n.º4, Semestral, Almedina, pág. 106.

Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto – todavia, atendendo a todas as adaptações que seriam necessárias à aplicação do regime, este ficaria descaracterizado, caindo por terra, uma aplicação analógica.

Senão vejamos, resulta do mencionado artigo 14.º que, verificado o incumprimento definitivo das obrigações assumidas ou, o incumprimento das mesmas num prazo de trinta dias a contar da notificação para o pagamento, os credores têm direito à resolução individual do acordo. Para operar a resolução, os credores devem recorrer ao regime geral da resolução do CCivil.

Da mesma forma, caso se verifique a existência de novas dívidas à Fazenda Pública e à Segurança Social, sem que sejam liquidadas, num prazo de noventa dias a contar do seu vencimento, o acordo conseguido com estas entidades cessa, ou seja, existe uma cessação ou extinção automática do acordo⁶⁶.

Caso os credores decidam exercer o seu direito à resolução individual do acordo celebrado, devem comunicar de imediato a sua intenção por escrito à IAPMEI, entidade que irá informar os restantes credores subscritores do acordo, bem como, o tribunal onde corram as ações que estejam pendentes contra a empresa devedora, aplicando-se com as necessárias adaptações o regime do CPC, quanto ao prosseguimento ou renovação da instância.

Todavia, o grande entrave para a aplicação analógica prende-se com o facto de inexistir no regime do PER, uma entidade que fiscalize e acompanhe o cumprimento do acordo – como o IAPMEI – e, que seja signatária do acordo, de forma a processar toda a informação que exista relativamente a incumprimentos.

Dito isto, não podemos deixar de pugnar pela aplicação analógica do artigo 218.º do CIRE, porquanto a norma não colide com os fins do PER – “recuperação do devedor por meio de uma tutela ponderada dos interesses de todos os sujeitos envolvidos”⁶⁷.

⁶⁶ Em sentido contrário, FERNANDES, Luís Carvalho/João Labareda, “*Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência Anotado*, 3.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2000, pág. 1068.

⁶⁷ SERRA, Catarina, “*Tópicos para uma discussão sobre o processo especial de revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)*”, in AB INSTANTIA, outubro de 2014, Ano II, n.º 4, Semestral, Almedina, pág. 107.

Embora, a mencionada norma consubstancie uma norma de carácter especial, esta não afasta a aplicação do regime geral do incumprimento, com as necessárias adaptações.

Sem conceder, quanto ao já mencionado, é de salientar que a aplicação analógica do regime do artigo 218.º do CIRE, não resolve todas as questões quanto ao incumprimento ou modificações do acordo obtido.

A questão central que pretendemos ver respondida diz respeito à possibilidade do devedor, numa situação de incumprimento do acordo homologado, recorrer a um novo processo de revitalização, no decurso da proibição legal dos dois anos.

Para avançarmos com uma resposta, uma vez mais, teremos que chamar à colação o preceituado no artigo 17.º - G, n.º 6 do CIRE. Da letra do mesmo, resulta como pressuposto básico da sua aplicação, a inexistência de um plano aprovado e homologado, pelo que, entendemos que não podemos equiparar o incumprimento de um plano aprovado e homologado, com a inexistência de qualquer plano.

Assim, entendemos que para chegar a uma possível solução é necessário levar em linha de conta, o já mencionado anteriormente, quanto à natureza do PER. Pelo que, se entendermos o PER como um processo híbrido, com uma diminuta índole judicial que, visa a obtenção de um acordo que potencialize a recuperação económica do devedor e, não uma decisão judicial que ponha fim ao litígio, rapidamente percebemos que o PER em muito se assemelha aos processos de jurisdição voluntária.⁶⁸

Por isso, a solução nos casos mencionados, pode passar pela aplicação do regime para este tipo de processo, nomeadamente o disposto no artigo 988.º do CPC que, prevê a possibilidade de se requerer alterações ao acordo já homologado, caindo assim, a possibilidade do devedor apresentar um novo PER.

A verificação de vicissitudes que o devedor não podia prever à data do término das negociações, ou que se verificaram posteriormente à celebração do acordo, não se traduz num fundamento bastante para que o acordo não seja cumprido, pelo que fará todo o sentido, encetar novas negociações, para adaptá-lo e, conseqüentemente alterá-lo,

⁶⁸ Neste sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 08/09/2016, disponível em www.dgsi.pt.

de forma a ser cumprido. Caso não seja possível, mantém-se em execução o plano primitivo, podendo a verificação do seu incumprimento resultar numa alteração das circunstâncias, que pode consubstanciar uma situação de insolvência atual – pressuposto do processo de insolvência.

Contudo, por outro lado, entendendo-se o PER, como um verdadeiro processo judicial e, o devedor recorrer a um novo PER, no prazo da proibição legal, o regime a aplicar, pode ser diverso.

Senão vejamos,

Tratando-se de um processo judicial, há que distinguir entre a pendência do processo e a pendência da execução do plano aprovado. No primeiro caso, não se coloca qualquer problema, porquanto o processo finda com, o despacho do juiz que homologa o acordo, pelo que, se afasta a verificação da exceção de litispendência⁶⁹ se, o devedor recorrer a um novo PER, nos dois anos subsequentes, àquele que se encontra em execução.

Por outro lado, se o devedor recorrer a um novo PER, deve o juiz officiosamente apurar se se verifica a exceção de caso julgado, isto é, se existe a repetição de uma causa, onde os sujeitos, pedido e causa de pedir são os mesmos, na pendência da causa primitiva.

Ou seja, há que verificar se existe algum processo de PER pendente – sem que tenha existido despacho de homologação – onde exista uma tríplice identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir.

A jurisprudência⁷⁰ tem entendido que, é de afastar a exceção de caso julgado porque, a verificação da tríplice identidade de sujeitos, pedido e causa de pedir, só é admissível em abstrato. Para os tribunais superiores, a realidade de um devedor – empresa – não é uma realidade estática, pelo que, facilmente surgem novos devedores

⁶⁹ No mesmo sentido, o Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 18/05/2017, disponível em www.dgsi.pt, que aplica por analogia o artigo 230.º, n.º 1, al. b) do CIRE, onde se prevê expressamente o encerramento do processo de insolvência com o trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de insolvência.

⁷⁰ Assim, Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 18/05/2017, disponível em www.dgsi.pt.

de créditos vencidos após o período de reclamações de créditos, caindo por terra, a identidade de sujeitos, ainda que, o pedido seja novamente o alcance de um plano de recuperação e, a causa de pedir, continue a ser a situação económica difícil ou a insolvência eminente.

Não podemos concordar na íntegra com o supra exposto. É verdade que a realidade de uma empresa, não é estática, todavia não podemos afirmar com toda a certeza que, os sujeitos do novo PER são díspares do primitivo. Tudo dependerá do caso concreto, cabe ao juiz aferir quais as circunstâncias, supervenientes ou não, que se verificaram e levaram o devedor a recorrer a novo PER, para sustentar o seu deferimento ou indeferimento liminar, por verificação da exceção de caso julgado.

Ultrapassadas as questões processuais, pode ainda assim o devedor requerer a abertura de um novo PER, com fundamento no incumprimento do plano homologado ou, pela antecipação de incumprimento por circunstâncias supervenientes?

Tem-se admitido na jurisprudência que, o devedor possa recorrer à abertura de um novo PER, para alcançar a modificação do plano em execução, nos termos previstos no artigo 437.º do CCivil.⁷¹

Mais uma vez, não podemos sufragar o entendimento do douto tribunal. Se considerarmos o PER um verdadeiro processo judicial, não podemos olvidar a aplicação das normas do CPC, pelo que, utilizar um novo processo para obter uma modificação num acordo alcançado colide em absoluto, com o princípio do aproveitamento dos atos processuais, bem como, com o princípio da celeridade processual.

Refere o douto tribunal que, as modificações devem ocorrer, de acordo com o disposto no artigo 437.º do CCivil. A mencionada norma, diz respeito às modificações de contratos, enquanto fontes de obrigações, pelo que, não entendemos como pode o douto tribunal admitir a sua aplicação, quando entende o PER, como um processo puramente judicial.

⁷¹ Veja-se neste sentido, o já mencionado Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18/05/2017, disponível em www.dgsi.pt.

Admitimos a aplicação do supramencionado artigo, se tivermos em conta a natureza do processo por nós defendida – ou seja, um processo híbrido – onde o acordo alcançado, não é mais que um contrato entre devedor e credores. Da mesma forma, parece-nos que a abertura de um novo PER, com vista, à mera modificação, é uma forma abusiva de utilização do processo.

Assim, entendemos que o problema pode ser sanado, se o PER for entendido como, um processo híbrido, com um pendor contratual, pelo que, pode e deve ser aplicado o disposto no artigo 437.º do CCvil. Limitando-se o devedor a requerer junto do tribunal que homologou o acordo em execução, a sua alteração, apresentando os fundamentos e as circunstâncias supervenientes que o justifiquem.

Ainda assim, e concordando que o processo termina com a sentença homologatória do acordo, o requerimento do devedor deverá criar um apenso ao processo principal, correndo os seus autos, nos exatos termos do processo principal.

Conclusão

A presente dissertação tinha como principal objetivo analisar o regime do PER, para que, fosse possível desmistificar a sua utilização, enquanto processo de recuperação. Este interesse surgiu com o contacto direto com o procedimento de um PER, onde foi perceptível que existia por parte dos sujeitos processuais alguma relutância na sua utilização, por entenderem que estaria, desde o início “condenado ao fracasso”.

Muitas são as empresas com grandes potencialidades, para a aplicação do PER, que não o fazem por desconhecimento ou, simplesmente por comodismo em trilharem o caminho mais fácil e banal, do processo de insolvência.

É precisamente nesse contexto, que surge o Processo Especial de Revitalização. Numa altura que Portugal e, o resto da Europa, atravessam uma grave crise económica e financeira e, as situações de insolvência disparam. Pelo que, quando Portugal recorre a ajuda externa e, a denominada “*Troika*” impõe a observação de determinados princípios orientadores, o legislador português implementa no CIRE, o Processo Especial de Revitalização, com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

Assim, o PER pode ser caracterizado como um processo híbrido, no seguimento do que já se vinha a observar noutros ordenamentos jurídicos, que combina uma componente judicial, com outra mais informal que assenta na confiança entre devedor e credores, no decurso de uma das fases do processo (fase de negociação). Todavia, o decurso do processo visa a materialização do princípio da recuperação que, entre outros, sustenta todas as questões processuais, deixando para trás inclusive, questões de celeridade ou economia processual. Estes princípios orientadores foram definidos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de outubro.

Contudo, uma empresa, na situação de devedor, para recorrer ao PER, tem que observar os pressupostos consagrados no artigo 17.º-A do CIRE, a saber: a verificação da sua “situação económica difícil” ou “situação de insolvência iminente”; mas, também no seguimento da materialização do princípio da recuperação, a empresa tem que se encontrar numa situação em que a recuperação seja sustentável.

Todos estes conceitos são de difícil caracterização e, o legislador apenas densificou no artigo 17.º-B, o conceito de “situação económica difícil”, o que deixa os sujeitos processuais numa situação vulnerável, por não terem os conhecimentos necessários para aferirem a verificação de tais pressupostos. Por isso, socorrem-se do aconselhamento de profissionais jurídicos e contabilísticos que não têm o conhecimento da real situação da empresa, o que pode levar a que o devedor (empresa) tome decisões erradas quanto ao processo a utilizar, ou seja, opte por um processo de recuperação de empresa, ao invés, de iniciar o processo de insolvência e vice-versa. Pelo que, este aconselhamento, quanto a nós, deve ocorrer numa fase preliminar ao início das negociações do processo, onde será o administrador judicial provisório, o profissional indicado e com conhecimento da situação da empresa devedora.

Acresce que, o regime do PER, por ser um processo híbrido que conjuga uma parte formal com uma judicial, tem algumas lacunas no seu regime que causam barreiras à sua aplicação, pelo que, o legislador tendo conhecimento das mesmas, tem vindo a efetuar alterações ao regime, nomeadamente a última alteração legislativa perpetuada pelo Decreto Lei n.º 79/2017, de 30 de junho.

Verifica-se que, em todas as fases do procedimento, existem insuficiências no regime. Desde o impulso processual que, dado o uso abusivo e indevido do procedimento, levou à necessidade de subscrição de uma percentagem de credores e, não apenas por um mero credor, como acontecia nos primórdios da norma. Por outro lado, o insucesso da aplicação do regime do PER, devia-se muitas vezes à impossibilidade de alcançar a unanimidade para a aprovação de um plano, devido à inflexibilidade que os grandes credores – leia-se Bancos, Fazenda Pública e Segurança Social – tinham quanto à possibilidade de pagamento dos seus créditos, o que obrigou o legislador a abrir mão, da aprovação dos planos por unanimidade, fixando apenas percentagens mínimas para a aprovação dos mesmos, atribuindo também um maior papel ao juiz que, assume agora a última palavra quanto à homologação do plano.

Mas, as dificuldades de aplicação do regime não afetavam apenas os sujeitos processuais, mas também a própria jurisprudência, que não reunia consenso, por exemplo, quanto ao prazo de negociações e, conseqüente prazo de votação do plano

alcançado, o que levou o legislador a uniformizar o regime, delimitando com maior rigor os conceitos de “negociações” e “votação do plano”.

Porém, o PER pode terminar na sua primeira fase, com a não aprovação de qualquer plano. Sendo que, decorrido este período de tempo e, se estiverem verificados os pressupostos do processo de insolvência, compete ao administrador judicial provisório requerer, através do seu parecer, a insolvência da empresa, o que levantava dúvidas quanto à natureza da mesma, uma vez que, a norma legal remetia diretamente para o disposto no artigo 28.º do CIRE, aplicável às insolvências requeridas pelo devedor. Mas, mais uma vez, surgiam dúvidas quanto à salvaguarda dos direitos do devedor que, quanto a nós estão protegidos, através dos mecanismos de defesa previstos no processo de insolvências, nomeadamente nos artigos 40.º e 42.º do CIRE.

Nesse seguimento e, embora se tenha verificado uma grande alteração legislativa com o já mencionado Decreto Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, entendemos que continuam a persistir algumas questões.

A primeira diz respeito à suspensão de processos de insolvência anteriores ao PER, tal como acontece com outro tipo de ações, nomeadamente ações executivas e ações declarativas – providências cautelares - que não permitam o cumprimento do plano homologado, mas no caso de não se verificar a homologação de qualquer plano entendemos que, se o parecer do administrador judicial provisório for nesse sentido, deve a insolvência ser decretada pelo juiz nesse mesmo processo, apensando-lhe o PER, aproveitando-se o processo de insolvência já existente.

Por sua vez, não estão devidamente esclarecidos alguns pontos conexos com a aplicabilidade dos efeitos do PER a credores que, não participem nas negociações por opção própria. Entendemos que resulta da letra da lei a aplicabilidade direta dos efeitos do plano, a todos os credores, mesmo os que não participem das negociações, sendo apenas de excluir, os credores que vejam os seus créditos ser constituídos após o término do prazo para reclamação de créditos. Quanto a nós, o mesmo deve valer quando se verifique um incumprimento do plano, para salvaguarda e tratamento igual dos credores.

Por outro lado, atendendo à importância da figura do administrador judicial provisório, neste processo, uma vez que, aos tribunais apenas chega o estritamente necessário, procedemos a uma cuidada análise. É na figura do administrador judicial provisório que se centra a direção e fiscalização de todo o processo, o que tem causado alguma estranheza aos sujeitos processuais intervenientes, dadas as semelhanças apresentadas com o administrador de insolvência. É inegável a sua importância em todo o processo, uma vez que, a par do devedor, este será a figura processual que melhor conhece a realidade da empresa e, que irá salvaguardar a posição de todos os intervenientes, evitando a utilização indevida dos expedientes existentes. Sendo que, quanto a nós, estas suas funções não deveriam terminar aquando da homologação do acordo, mas após cumprimento do plano, de forma a verificar a sua execução.

Por fim, identificamos como grande falha do regime do PER, a ausência de regulamentação quanto aos efeitos do seu incumprimento. Parece-nos que, o legislador ao elaborar o regime, entendeu que este seria de fácil aplicabilidade e, dada a elevada intervenção dos interessados não iriam ocorrer problemas na sua execução, esquecendo-se, contudo, da verificação de circunstâncias supervenientes e incontornáveis.

Assim, tentámos apresentar um conjunto de soluções para, quando se verificarem factos supervenientes, os sujeitos processuais possam reagir sem que, por isso, sejam prejudicados. Verificámos que, já existiam muitas opiniões do regime a adotar, que se sustentavam até na letra da lei e no seu elemento histórico, contudo eram insatisfatórios, porquanto não tinham em linha de conta as particularidades do regime em causa, nomeadamente a sua vertente híbrida. Pelo que, entendemos que a solução deve passar por um regime mitigado, que à semelhança do que acontece com o próprio procedimento, combine a índole informal, com o judicial.

Com a exposição destas questões e, conseqüente a apresentação das possíveis soluções, esperemos que tenhamos cumprido com o fim desta dissertação, que reiteramos, visa a desmistificação do Processo Especial de Revitalização e, assim facilitar a posição de todos os intervenientes processuais.

Bibliografia

AURELIO GENTILI, “*Riproduzione, rinovazione, rinegoziazione*”, in: NICOLÒ LIPARI/PIETRO RESCIGNO (org.), *Diritto civile*, vol. III – Obbligazioni, tomo II – II contratto in generale, Giuffrè, Milano, 2009;

AVEIRO PEREIRA, João, “*O Direito 145*”, 2013, I-II;

AZEVEDO DUARTE, Suzana, “*A Responsabilidade dos Credores Fortes na Proximidade da Insolvência da Empresa: A Celebração de Acordos Extrajudiciais e a Tutela dos Credores Fracos*”, in: *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*, coord. de Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2013;

CARVALHO FERNANDES, Luís /João Labareda, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*”, Lisboa, Quid Juris, 2013;

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*Manual de Direito da Insolvência*”, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2013;

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “*O Processo Especial de Revitalização*”, Almedina;

GERNHUBER, Joachim, “*Das Schuldverhältnis*”, J.C.B.Mohr (PAUL SIEBECK), TÜBINGEN, 1999;

GURREA CHALÉ, Aurelio, “*Hacia la profesionalización del administrador concursal*”, disponível em www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/hacia-la-profesionalizacion-del-administrador-concursal;

JUAN PABLO UCEDA, “*La insolvência (Análisis Comparativo Espanhol Y Aleman)*”, in: *Anuario de Derecho Concursal*;

MENEZES CORDEIRO, António, “*Tratado de Direito Civil Português, Vol. II – Direito das obrigações, tomo I – Introdução. Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*”, Almedina;

MENEZES LEITÃO, Luís, “*Pressupostos da declaração de insolvência*”, in: *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013;

PABLO SALVADOR CODERCH, “*Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en matéria de Obligaciones y Contratos*”, in: InDret, n.º 4/2009;

PINTO MONTEIRO, António/Júlio Gomes, “*A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)*”, in: Juris et de jure-Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto, Universidade Católica, Porto, 1998;

PRATA, Ana/ Jorge Morais Carvalho/Rui Simões, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”;

REIS SILVA, Fátima, “*A verificação de créditos no processo de insolvência*”, in: II Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, 2014;

REQUICHA FERREIRA, Manuel, “*Estado de Insolvência*”, in: Direito da Insolvência – Estudos, coord. de Rui Pinto, Coimbra Editora, 2011;

Revista “*Vida Judiciária*”, Recuperação e Insolvência de Empresas, novembro/dezembro de 2015;

SALAZAR CASANOVA, Nuno/David Sequeira Dinis, “*O Processo Especial de Revitalização, Comentários aos artigos 17.º - A a 17.º - I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, Coimbra Editora;

SERRA, Catarina “*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*”, in: I Congresso de Direito da Insolvência, Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, 2013;

SERRA, Catarina “*Tópicos para uma discussão sobre o processo especial de revitalização (com ilustrações jurisprudenciais)*” in AB INSTANTIA, outubro 2014, Ano II, n.º.4;

SERRA, Catarina, “*Alguns Aspectos da Revisão do Regime da Falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro*”, in: Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, tomo 48, nº 277/279, Universidade do Minho, Braga, 1999;

SERRA, Catarina, “*Entre o Princípio e os Princípios da Recuperação de Empresas*”, in: II Congresso de Direito da Insolvência, 2014, Almedina;

SERRA, Catarina, in: “*PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO – Contributos para uma “rectificação”*”, disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B2b7c6e07-f9ca-46f5-9116-4bf663445c0f%7D.pdf>;

SOVERAL MARTINS, Alexandre, “*O P.E.R. (Processo Especial de Revitalização)*”, in: AB INSTANTIA – Revista do Instituto do Conhecimento AB”, Ano I, n.º 1, 2013, Almedina, Coimbra

SOVERAL MARTINS, Alexandre, “*Um curso de Direito de Insolvência*”, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016;

YVES PICOD, “*Le devoir de loyauté dans l’ exécution du contrat,*” LGDJ, Paris, 1987.