

Entre o direito da insolvência e o direito das sociedades: tendências e perspectivas na jurisprudência e na legislação

Sumário desenvolvido da conferência de Alexandre Soveral Martins (2.6.2017)¹

1. Introdução. O âmbito da intervenção: um olhar sobre as tendências da jurisprudência recente e sobre as alterações legislativas no horizonte

Vou apresentar algumas tendências e perspectivas, no plano legislativo e jurisprudencial, quanto a matérias relacionadas simultaneamente com o direito da insolvência e com o direito das sociedades comerciais.

Relativamente à jurisprudência a tratar, a escolha foi difícil, mas as decisões que escolhi parecem-me bastante interessantes. Julgo que lhes terá sido fornecido um sumário e aí encontram a referência aos Acórdãos que vamos analisar.

No que diz respeito à atividade legislativa, penso que se justifica sobretudo tratar de alguns aspetos das reformas em curso no direito português e da União Europeia e, bem assim, do novo Regulamento sobre insolvências transfronteiriças, uma vez que este contém normas inovadoras para os grupos de sociedades.

¹ No que diz respeito à Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, e que altera a Diretiva 2012/30/EU, o texto abaixo apoia-se na apreciação que dela fiz a pedido da Ordem dos Advogados. Quanto aos projetos que estiveram em discussão pública, reproduzimos em grande parte o estudo realizado a solicitação do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados. Relativamente ao regime do Regulamento 2015/848, também seguimos de perto parte de um texto nosso que irá ser publicado nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Costa Andrade. Depois da intervenção do dia 2.6.2017 chegou ao nosso conhecimento que na página da Assembleia da República já podem ser consultadas as Propostas de Lei sobre algumas das alterações de que se trata neste texto.

2. Algumas tendências da jurisprudência

Quanto às tendências de jurisprudência recente, começo pelo Ac. da RL de 4.2.2014, Proc. 2014/12.9TYLSB.L1 (Relator: Desembargador Tomé Gomes).

Este Acórdão, proferido no âmbito de um PER, analisava um plano de recuperação em que foi adotado um aumento de capital por conversão de créditos subordinados (que alcançavam o valor de 87.859.582,34).

Embora esteja em causa um PER, o Acórdão faz uma interpretação de vários preceitos relativos ao próprio plano de insolvência.

Para além de outros aspetos, julgo dever destacar a leitura que foi feita do art. 201.º, 2, do CIRE. Como se sabe, decorre desse preceito que a «emissão das declarações de que se transmitem as entradas em espécie» e a «verificação do valor destas pelo revisor oficial de contas designado» devem ter lugar antes da homologação. Mas no Acórdão também se acrescenta que esse relatório não será necessário na medida em que a avaliação se «encontre assegurada pelo juiz na sentença de verificação e graduação de créditos». Trata-se de posição que era defendida por Carvalho Fernandes e João Labareda (p. 740). Mas é uma solução que já critiquei, pois o ROC, ao avaliar as entradas em espécie, não se limita a verificar qual é o valor nominal do crédito².

Sucedem, porém, que no caso em análise estamos perante um PER. Neste, não há sentença de verificação e graduação de créditos. O que ali temos, isso sim, são listas provisórias de créditos que se convertem (ou não) em definitivas. Mas também isso o Acórdão considerou suficiente para que se dispensasse o relatório do ROC.

² Cfr., nesse sentido quanto à avaliação de créditos, ARMANDO TRIUNFANTE, *O regime das entradas na constituição das sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 423, lembrando que o valor nominal do crédito pode não coincidir com o seu valor real «uma vez que este vai depender de fatores tão díspares como a solvabilidade do devedor, os prazos de pagamento, as garantias associadas».

O que, no entanto, ditou a procedência do recurso foi outra coisa. É que na lista de créditos definitiva não constava quais eram os créditos subordinados, os seus titulares e valores. Assim sendo, ignorava-se também qual tinha sido o sentido de voto quanto a esses créditos. E na verdade o art. 202.º, 2, do CIRE exige a anuência por escrito dos titulares dos créditos convertidos em capital, embora se considere tacitamente prestada essa anuência se o voto tiver sido favorável.

O Tribunal considerou, assim, que o plano violava de forma não negligenciável uma regra relativa ao seu conteúdo. Mas também é discutível que a violação resida no conteúdo e não no procedimento.

Um outro caso interessante foi discutido no Acórdão da Relação de Lisboa de 7/7/2016, proferido no Proc. 350/14.9TYLSB-D.L1-8 (Relatora: Desembargadora Octávia Viegas).

Do que se tratava era de saber se uma sociedade anónima podia ou não ser declarada insolvente no caso de o requerimento de apresentação à insolvência não ter sido precedido de deliberação dos acionistas. O Tribunal entendeu, com razão, que a referida apresentação era lícita e não violava o direito de propriedade dos acionistas.

A desnecessidade de deliberação dos sócios de sociedade comercial decorre do art. 19.º do CIRE. Mas é também confirmada pelo teor do art. 24.º, 2, a). O devedor que se apresenta à insolvência deve juntar, entre outras coisas, «cópia da ata que documente a deliberação da iniciativa do pedido por parte do respetivo órgão social de administração».

No Acórdão da Relação de Coimbra de 7/3/2017, Proc. 698/09.4TBLSA-Z.C1 (Relator: Vítor Amaral), foi apreciado um caso em que tinha sido proposta uma ação pela massa insolvente de uma sociedade por quotas contra os anteriores sócios daquela sociedade, sendo um deles também antigo gerente. Para além desses antigos sócios foi igualmente demandado o atual gerente. A primeira instância decidiu condenar os réus em cerca de 81 mil euros e juros por considerar que tinha havido restituição ilícita aos sócios do valor de prestações suplementares, com violação do art. 213.º do CSC. Também se considerou que essa restituição constituía uma atitude conjugada e dolosa «à custa do património social, cujo sacrifício viria a desembocar naquela insolvência». A Relação viu ali um «abuso de direito» por parte dos ex-sócios e do gerente e, quanto a este último, identificou a violação de regras tributárias (por causa da forma como o dinheiro foi movimentado) e violação do dever de lealdade para com a sociedade. Esta questão é interessante porque o gerente era o sócio único. Por outro lado, a invocação de abuso de direito no que diz respeito à responsabilidade dos ex-sócios teve lugar porque se considerou que o art. 483.º do CCiv. não se aplicava por se tratar apenas de danos económicos puros.

A Relação de Coimbra teve também oportunidade de verificar se, no caso, poderia ser invocada a business judgment rule quanto ao gerente demandado. Para o Tribunal, o gerente, «dispondo, como dispôs, de elevado montante do patrimonial social (sem estar em causa, nesta parte, satisfação do passivo), que lhe cabia proteger, vindo, ao invés, a ocorrer a rápida insolvência posterior da sociedade, sob a sua gerência, não agiu segundo critérios de racionalidade empresarial, pelo que não poderia ter-se por excluída, sem mais, a sua responsabilidade civil (era seu o ónus probatório e nada provou nesse sentido)».

O Acórdão serve para ilustrar uma tendência, a meu ver correta, de encontrar caminhos que permitam uma responsabilização que vai além do que pode ser encontrado no património da sociedade insolvente. E, neste caso, não houve resolução em benefício da massa nem qualificação da insolvência como culposa. Estávamos apenas perante uma ação de indemnização por responsabilidade civil pela prática de facto ilícito.

Um exemplo dessa tendência para encontrar outros responsáveis pode ser verificada também no Acórdão da Relação de Lisboa de 28/1/2016, no Processo 1804-11.4TVLSB.L1-6 (Relatora: Desembargadora Maria Teresa Pardal). Aí, o que estava em causa era a existência de uma sociedade integrada num grupo, a qual servia para fazer aquisições a fornecedores que depois seriam partilhadas pelas outras sociedades do grupo. Tendo ficado a sociedade adquirente sem bens nem meios para cumprir sozinha as dívidas aos fornecedores por essa aquisição, a Relação de Lisboa entendeu que se justificava recorrer ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar as outras sociedades do grupo pelo pagamento aos fornecedores. Isto, aparentemente, quanto a sociedades a que não se poderia aplicar o art. 501.º do CSC, visto que não ficou provado que a sociedade insolvente fosse totalmente dominada por alguma das outras.

No caso em concreto, se me parece compreensível a invocação do abuso de direito, já tenho reservas quanto à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. E isto porque é dito no Acórdão que se desconsidera a personalidade jurídica das Rés... para responsabilizar as Rés.

Outro Acórdão que me pareceu interessante foi o da Relação de Coimbra de 11/10/2016, no Proc. 462/12.3TJCBR-J.C1 (Relatora: Desembargadora Maria João Areias). Sobretudo, porque nele se admite expressamente algo que me pareceu sempre evidente: um administrador de uma sociedade anónima que só o seja de direito (isto é, que não exerça de facto a administração) também pode ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa. E esta linha tem sido seguida noutros Acórdãos daquela Relação (v. os de 20.9.2016, relatado pela Desembargadora Maria João Areias, e de 14.4.2015, Proc. 1830/10.0TBFIG-Q.C1, relatado pela Desembargadora Anabela Luna de Carvalho). E, naturalmente, ao ser considerado afetado também poderá ser responsabilizado nos termos do CIRE. No caso em concreto, o administrador não foi considerado afetado em 2.ª instância, embora o tenha sido em 1.ª.

Trago, por fim, um outro Acórdão recente da Relação de Lisboa com data de 16.6.2016, proferido no Proc. n.º 13004-15.0T8LSB-A.L1-2 (Relatora: Desembargadora Maria José Mouro) e que trata de questões relacionadas com a aplicação do Regulamento 1346/2000 sobre insolvências transfronteiriças.

O que ocorreu no caso em apreciação foi que o Tribunal de 1.ª instância declarou a insolvência da «Corporación Dermoestética, SA – Sucursal em Portugal», tendo sido aberto um processo principal de insolvência.

Sucedeu, porém, que já antes tinha sido aberto um processo principal de insolvência em Espanha e aí declarada a insolvência da devedora. Se é aberto um processo principal de insolvência num Estado-Membro, só é possível abrir noutro Estado-Membro um processo secundário de insolvência, que será, ao abrigo do Regulamento 1346/2000, um processo de

liquidação (cfr. os arts. 3.º, 2, 16.º e 17.º). E decorre do Regulamento 1346/2000 que a abertura do processo principal de insolvência num Estado-Membro permite abrir um processo secundário noutro Estado-Membro «sem que a insolvência do devedor seja examinada neste outro Estado-Membro» (art. 27.º).

Mas na decisão de primeira instância foi ainda assim declarada a insolvência do devedor e não se decidiu que o processo de insolvência aberto era secundário e de liquidação.

Trata-se de uma decisão que mostra bem a necessidade de conhecer o regime do Regulamento 1346/2000, que, como muitos saberão, foi substituído pelo Regulamento 2015/848. E é deste que vamos falar.

3. Alterações legislativas no horizonte

3.1. O Regulamento 2015/848

3.1.1. Introdução. As razões para um novo Regulamento

O Regulamento (EU) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2015 relativo aos processos de insolvência (novo regulamento ou NR), foi publicado em 5.6.2015, e, salvo algumas exceções, é aplicável a partir de 26 de junho de 2017³. Trata-se de um Regulamento que tem especial importância para as insolvências transfronteiriças no espaço da UE, vindo substituir o Regulamento CE 1346/2000 de 29 de maio (velho regulamento ou VR).

³ V., porém, o art. 92.º e as exceções aí contidas.

O NR tem quase o dobro dos artigos e mais do dobro de Considerandos do que o VR⁴. A Dinamarca fez *opt-out* (Considerando (88)) e não é Estado-Membro para efeitos do NR⁵ (como já não o era para o VR).

As razões para as novidades agora introduzidas⁶ podem ser facilmente apreendidas lendo a Proposta de Regulamento da Comissão COM(2012) 744 final. Destacamos as seguintes: a) O VR não abrangia muitos processos pré-insolvenciais de reestruturação de sociedades – embora o PER fosse abrangido no Anexo do VR –, e também não abrangia muitos processos em que a administração se mantinha em exercício, assim como alguns processos relativos a pessoas singulares; b) A aplicação prática do conceito de Centro dos Interesses Principais (CIP) mostrou que é possível o *forum shopping* através da transferência daquele, o que se tenta combater através de algumas das soluções alcançadas no NR; c) A abertura do processo secundário pode dificultar a atuação do AI do processo principal, tanto mais que o processo secundário do VR é de liquidação; d) As questões relacionadas com a publicidade ou falta dela, bem como os custos para pequenos credores e PME's quando pretendem reclamar créditos; e) A ausência de um enquadramento para os grupos de sociedades⁷.

Se o Centro dos Interesses Principais se situa fora da EU é certo que o NR não se aplica (Considerando 25). E isto é assim mesmo que o devedor tenha estabelecimento na UE. Já era assim também no VR (Considerando 14 do VR), parece. No entanto, era discutido se, para a aplicação do VR, bastava que o CIP se situasse num Estado-Membro ou se era necessário que

⁴ Os Considerandos não terão força normativa, mas auxiliam o intérprete.

⁵ EHRET, «EuInsVO 2017 Art. 1 Anwendungsbereich», in BRAUN, *Insolvenzordnung*, 7. Aufl., Beck (Beck-online), Rn. 23.

⁶ A essas vou dar especial atenção (e apenas às que considero mais relevantes). Quanto ao regime do Regulamento 1346/2000, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um curso de direito da insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

⁷ Sobre o processo que conduziu ao Regulamento (UE) 848/2015, v. TSCHENTSCHER, «Einführung», in BRAUN, *Insolvenzordnung*, cit., Rn. 10 e ss..

existisse uma qualquer outra conexão com outro Estado-Membro. O problema continuará a existir à luz do NR⁸.

Se parece certo que o NR contém soluções interessantes, também é verdade que deixa muito espaço à intervenção do legislador nacional.

3.1.2. O CIP. A definição

No VR e no NR o processo principal de insolvência só pode ser aberto pelos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em que está situado o CIP (Centro dos Interesses Principais)/COMI (Center Of Main Interests). E nunca é demais sublinhar a importância deste regime. Tanto mais que o art. 19.º, 1, do NR estabelece que uma «decisão que determine a abertura de um processo de insolvência, proferida por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro competente por força do artigo 3.º, é reconhecida em todos os outros Estados-Membros logo que produza efeitos no Estado de abertura do processo»⁹ (sem esquecer, evidentemente, o art. 33.º). E isso deve ser

⁸ Defendendo que é necessária uma relação transfronteiriça, embora bastando-se com a origem de um crédito ou a existência de um credor noutro Estado-Membro, EHRET, «EuInsVO 2017 Art. 1 Anwendungsbereich», cit., Rn. 21; afirmando a necessidade de um «grenzüberschreitenden Bezug», JESSICA SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 1 Anwendungsbereich», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 51; sustentando que o Regulamento não se aplica a casos puramente internos, MÜLLER, «Einleitung», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, Bech, München, 2016, Rn. 2. Lembrando, por um lado, os Considerandos (1), (3), (8) e (76), e, por outro, o art. 81 do TFUE, JESSICA SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 1 Anwendungsbereich», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 56. Não é, porém, claro se a ligação transfronteiriça tem de se verificar ou não com outro Estado-Membro. Embora a resposta afirmativa pareça mais fundamentada, outra foi a leitura do TJUE, ainda perante o VR, no Acórdão de 16.1.2014 proferido no Proc. C-328/12 (*Schmid*), bem como no Acórdão de 4.12.2014, agora no Proc. C 205/13 (*H./H.K.*). Não exigindo a ligação transfronteiriça com outro Estado-Membro para a aplicação do NR, JESSICA SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 1 Anwendungsbereich», cit., Rn. 59 e ss.. Os preceitos do NR relativos aos grupos de sociedades fazem também surgir dúvidas, como adiante se verá.

⁹ Mas v., discutindo em que medida é que está verdadeiramente em causa um «princípio da prioridade» e se o tribunal de outro Estado-Membro em que é apresentado um segundo processo principal pode ou não verificar se o primeiro foi bem aberto, MANKOWSKI, «EuInsVO 2017 Art. 3 Internationale Zuständigkeit», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 165 e ss..

tido em conta nos outros Estados-Membros¹⁰: designadamente, quando, num outro Estado-Membro, é violado o disposto no art. 19.º, 1, e é aberto um segundo processo¹¹.

Estranhamente, o VR referia-se ao CIP no Considerando 13. O NR já clarifica no art. 3.º, 1, o significado de CIP: «local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros». Como se vê, na versão em língua portuguesa surgem na definição de CIP as palavras «habitualmente» e «habitual». Mais conseguidas são as versões noutras línguas («The centre of main interests shall be the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis and which is ascertainable by third parties»; «Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers»)¹².

Para se saber onde se situa o CIP é fundamental identificar o que é ou não cognoscível por terceiros. O Considerando (28) ajuda a compreender o que está em causa¹³.

3.1.3. CIP e sede estatutária

O CIP pode não coincidir com a sede estatutária de uma sociedade ou pessoa coletiva. O VR estabelecia a presunção de que o CIP é o local da sede estatutária. Contudo, tal presunção era ilidível.

¹⁰ V. com interesse, o Acórdão de 21.1.2010 do TJ (MG Probud Gdynia), Proc. C-444/07.

¹¹ Mais discutível é o tratamento a dar aos casos em que a decisão é de recusa da abertura: sobre isto, MÜLLER, «EulnsVO 2017 Art. 19 Grundsatz», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EulnsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn.25.

¹² Como parece decorrer do Regulamento n.º 1 que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia, não pode ser dada prevalência a uma das redações. Mas os erros na redação devem ser tidos em conta: cfr. MÜLLER, «Einleitung», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EulnsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 38.

¹³ Sem esquecer, porém, que o art. 3.º, 1, obrigará a ver o que é «cognoscível por terceiros»: alertando para isso mesmo, THOLE, «VO (EG) 2015/848 Art. 2 Begriffsbestimmungen», cit., Rn. 3.

O NR intervém também nesta matéria. O art. 3.º, 1, 2.º par., dispõe que a presunção [a presunção de que o CIP é o local da sede estatutária] «só é aplicável se a *sede estatutária* não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência» (itálico meu). Como resulta do Considerando (31) do NR, estamos perante uma solução que visa «prevenir a seleção de foro fraudulenta ou abusiva»¹⁴.

3.1.4. Grupos de sociedades e insolvência

3.1.4.1. A novidade. O grupo

A insolvência de sociedades integradas em grupos tem feito correr muita tinta. Desde logo, no que diz respeito à consolidação de processos ou de massas, temas que se revestem de grande dificuldade¹⁵. Os negócios entre as sociedades do grupo¹⁶ e a intervenção de várias jurisdições fazem crescer a complexidade.

¹⁴ Quanto à possibilidade de ilidir a presunção, v. em especial o Considerando 30 e os Acs. TJ Interedil, Proc. C-396/09, de 20.10.2011, e Rastelli, de 15.13.2011 e proferido no Proc. C-191/10. Os Considerandos 28 a 30 parecem querer apresentar uma condensação da jurisprudência do TJ: TASHIRO, «EuInsVO 2017 Art. 3 Internationale Zuständigkeit», in BRAUN, *Insolvenzordnung*, cit., Rn. 14. A mudança de CIP não é sempre abusiva: cfr., com exemplos, MANKOWSKI, «EuInsVO 2017 Art. 3 Internationale Zuständigkeit», cit., Rn. 12. O mesmo autor, em «EuInsVO 2017 Art. 3 Internationale Zuständigkeit», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 34, refere-se a um «mau» *forum shopping*. Lembrando a liberdade de estabelecimento, que permite deslocações do CIP/COMI, MARIOS KOUTSIAS, «The Insolvency Regulation and the Centre of main Interest in the European Union: Are They Victims of the Company Law Conflicts within the Union?», ECL, 12, outubro 2015, p. 228.

¹⁵ Sobre as diversas propostas (total consolidação material, concentração de competência para todos os processos, consolidação processual com várias massas e um administrador, mera coordenação de processos), v. REINHART, «Vor Art. 56», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 4).

¹⁶ Lembrando o *Cash-Pool-System* e os riscos de efeito-dominó, TSCHENTSCHER, «Vorbemerkung vor Art. 56-77» in EBERHARD BRAUN, *Insolvenzordnung*, 7. Aufl, Beck (Beck-online), München, 2017, Rn. 3.

O VR não encarava a questão da insolvência de grupos de sociedades, o que deu origem a soluções «criativas»¹⁷. O NR já contém um conjunto de artigos dedicados a processos de insolvência relativos a membros de grupos de sociedades (arts. 56.º-77.º)¹⁸.

O art. 2.º, 13), do Regulamento 2015/848 esclarece que, para efeitos do mesmo, «grupo de sociedades» deve entender-se como «uma empresa-mãe e todas as suas empresas filiais». Por sua vez, o art. 2.º, 14), acrescenta que empresa-mãe é «uma empresa que controla, direta ou indiretamente, uma ou mais empresas filiais. Uma empresa que elabora demonstrações financeiras consolidadas nos termos da Diretiva 2013/34/EU do Parlamento Europeu e do Conselho é considerada uma empresa-mãe»¹⁹. O que não quer dizer que só essa seja empresa-mãe: o ponto de partida é o conceito de controlo.

3.1.4.2. Entidade por entidade (ou «a Oeste nada de novo»)

O NR pouco mais nos dá do que algumas regras que visam facilitar a coordenação entre processos de insolvência²⁰. Da Exposição de Motivos da Proposta de Regulamento constava que se mantinha «a abordagem “entidade por entidade” que subjaz ao Regulamento da Insolvência em vigor».

¹⁷ SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 43 Zusammenarbeit und Kommunikation der Verwalter», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 3.

¹⁸ Relativamente aos arts. 61.º a 77.º, o art. 2.º, 6), considera órgão jurisdicional apenas o órgão judicial de um Estado-Membro.

¹⁹ Parece, porém, que será necessária a existência de dever de consolidação de contas: TASHIRO, «EuInsVO 2017 Art. 2 Begriffsbestimmungen», in BRAUN, *Insolvenzordnung*, cit., Rn. 82.

²⁰ E a isso acresce que muito ficará dependente dos direitos dos Estados-Membros: v. REINHART, «Vor Art. 56», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 16.

Curiosamente, na versão em língua portuguesa não é claro se o NR impõe que se abra um processo de insolvência por cada sociedade membro do grupo. O art. 56.º, 1, do NR até poderia dar a entender que haveria grande abertura para que um processo de insolvência abrangesse várias sociedades membros do grupo. O preceito começa assim: «Se o processo de insolvência se referir a dois ou mais membros de um grupo [...]». Logo, o mesmo processo de insolvência poderia abranger dois ou mais membros do grupo.

Contudo, basta ver as versões noutras línguas para se concluir que a língua portuguesa é traiçoeira. No texto em inglês, por exemplo, lê-se: «Where insolvency proceedings relate to two or more members of a group of companies». E veja-se também a versão em francês: «Lorsque des procédures d'insolvabilité concernent deux membres ou plus d'un groupe de sociétés». *Proceedings* é plural, *procédures* é plural; o processo é singular... Aliás, no âmbito do regime previsto para o plano de coordenação de grupo, o art. 72.º, 3, do NR dispõe que tal plano «não pode incluir recomendações quanto à consolidação de processos ou massas insolventes».

3.1.4.3. Uma questão quanto ao âmbito de aplicação

De acordo com o Considerando (62), as «regras em matéria de cooperação, comunicação e coordenação no quadro da insolvência dos membros de um grupo de sociedades previstas no presente regulamento só deverão ser aplicáveis na medida em que tenham sido abertos processos relativos a diferentes membros do mesmo grupo de sociedades em mais de um Estado-Membro».

Porém, podem correr na mesma jurisdição processos de insolvência relativos a sociedades do mesmo grupo²¹. É o que se lê no Considerando 53: a «introdução de regras sobre o processo de insolvência de grupos de sociedades não deverá limitar a possibilidade de um órgão jurisdicional abrir o processo de insolvência relativamente a várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo numa única jurisdição, se considerar que o centro dos interesses principais destas sociedades se situa num único Estado-Membro»²². Mas o Considerando 53 não parece significar que aquelas «regras sobre o processo de insolvência de grupos de sociedades» sejam aplicáveis se todos os processos relativos às sociedades do grupo são abertos numa única jurisdição. «Várias sociedades» não é o mesmo que «todas as sociedades»...

Por outro lado, também não parece necessário que todas as sociedades do grupo tenham sede num Estado-Membro²³.

3.1.4.4. Cooperação e comunicação

No NR vamos encontrar, desde logo, normas relativas à cooperação e comunicação (entre administradores da insolvência²⁴, entre órgãos jurisdicionais²⁵ e entre administradores da

²¹ Sobre o tema, tendo em conta a Proposta, CATARINA SERRA, «Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português», cit., p. 141. Defendendo que o regime é «aplicável quando as insolvências tenham sido abertas em diferentes jurisdições», ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de grupos de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 383 (a autora parece estar a referir-se ao regime dos grupos de sociedades previsto no Regulamento, e não apenas ao processo de coordenação). Considerando que o processo de coordenação de grupo já exige que pelo menos tenham sido abertos processos de insolvência contra dois membros do grupo em Estados-Membros diferentes, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 61 Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 10.

²² Também aqui a redação em língua portuguesa não coincide com a que foi publicada noutras línguas.

²³ THOLE, «VO (EG) 2015/848 Art. 2 Begriffsbestimmungen», cit., Rn. 21.

²⁴ Art. 56.º. Está prevista, designadamente, a possibilidade de celebração de acordos ou protocolos, de celebração de acordos a conferir poderes adicionais ao administrador da insolvência nomeado num dos processos ou de repartição de competências (se isso for admitido pelas regras aplicáveis a cada processo) e a apresentação de proposta e negociação de plano de recuperação coordenado («se existem possibilidades de revitalização dos membros do grupo sujeitos a processos de insolvência»). Digna de nota é ainda a referência feita no n.º 1 ao limite à possibilidade de cooperação se houver conflito de interesses. Como esse conflito parece inevitável, REINHART, «VO

insolvência e órgãos jurisdicionais²⁶, sempre com respeito por determinados limites). Vamos ainda encontrar normas relativas aos poderes de cada administrador da insolvência quanto aos restantes processos respeitantes a membros de um grupo de sociedades e aos processos de coordenação de grupo.

3.1.4.5. Processos de coordenação de grupo

O NR distingue claramente entre os casos em que foi aberto um *processo de coordenação* e aqueles em que isso não ocorreu. Mas o facto de não ter sido aberto um processo de coordenação não afasta a possibilidade de coordenação sem processo de coordenação. Desde logo, através de um plano de recuperação coordenado (arts. 56.º, 2, c), e 60.º, b), i))²⁷ e/ou do acordo entre Als para, em certos casos, «conferir poderes adicionais ao administrador da insolvência nomeado num dos processos» ou para «repartir entre si determinadas competências» (nos termos do art. 56.º, 2, 2.º par.). E o facto de o CIP/COMI de várias sociedades do mesmo grupo se situar no mesmo Estado-Membro também permite abrir neste

(EG) 2015/848 Art. 56 Zusammenarbeit und Kommunikation der Verwalter», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 2, defende que o AI deve dar preferência aos deveres relacionados com o «seu» processo e que estes não devem ser afetados pela cooperação. De acordo com o art. 76.º, as disposições do Capítulo V «que são aplicáveis ao administrador da insolvência aplicam-se também, conforme apropriado, ao devedor não desapossado», e assim devem ser lidas aqui as referências ao AI.

²⁵ Art. 57.º. Está prevista a possibilidade de designação de uma pessoa ou organismo independente que atue de acordo com as instruções dos órgãos jurisdicionais. A designação poderá ter lugar para o «efeito» da cooperação. Indicando a utilidade da designação devido a barreiras linguísticas ou para preparar um protocolo, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 57 Zusammenarbeit und Kommunikation der Gerichte», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 10, que defende a aplicação do art. 71.º, n.º 2, para a apreciação da independência.

²⁶ Art. 58.º.

²⁷ Sobre isto, v. o Considerando (60). O plano de recuperação referido ganha especial significado quando se pretende a suspensão de medidas relacionadas com a liquidação (art. 60.º, 1, b)).

último os processos principais de insolvência respetivos e, eventualmente, nomear o mesmo AI para todos eles²⁸.

Um AI²⁹ nomeado num processo de insolvência aberto relativamente a um membro de um grupo de sociedades pode («na medida do necessário para facilitar a gestão eficaz do processo») requerer a abertura de um processo de coordenação do grupo (art. 60.º, 1, c))³⁰. E essa solicitação pode ser feita a qualquer órgão jurisdicional³¹ competente para o processo de insolvência de um membro do grupo (art. 61.º, 1)³². Tratar-se-á de um pedido a apresentar segundo a lei aplicável ao processo em que o AI foi nomeado (*lex liquidatoris*)³³. Mas não tem de ser apresentado nesse processo. Ou seja: o requerimento de abertura do processo de coordenação pode ser apresentado num Estado-Membro por um AI nomeado num processo de insolvência que corre noutro Estado-Membro e de acordo com a lei aplicável a este processo.

O pedido de coordenação de grupo é acompanhado de vários elementos indicados no art. 61.º, 3, do NR. Destaco, desde logo, a «proposta relativa à pessoa a designar como coordenador de grupo» (al. a))³⁴.

²⁸ Cfr. o Considerando (53).

²⁹ V. tb. o art. 76.º. Considerando que a legitimidade ativa está limitada porque se pretende evitar uma «race to the courts», SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 61 Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 19.

³⁰ É, no entanto, discutível se o AI nomeado num processo secundário pode apresentar esse requerimento. Defendendo que é apenas o AI nomeado num processo principal relativo a um membro do grupo que pode apresentar o pedido de abertura do processo de coordenação, REINHART, «VO (EG) 2015/848 Art. 60 Rechte des Verwalters bei Verfahren über das Vermögen von Mitgliedern einer Unternehmensgruppe», cit., Rn. 4.

³¹ Relativamente aos arts. 61.º a 77.º, o art. 2.º, 6), considera órgão jurisdicional apenas o órgão judicial de um Estado-Membro.

³² Não parece ser necessário que todos os processos de insolvência relativos a todos os membros do grupo corram em Estados-Membros: SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 61 Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 9.

³³ De acordo com o CIRE, a apresentação do pedido de abertura do processo de coordenação de grupo parece constituir um ato de especial relevo. Com a mesma opinião perante o direito alemão, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 61 Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 27.

³⁴ Sobre os requisitos que deve preencher, v. o art. 71.º do NR.

Além disso, e em regra, se a «abertura do processo de coordenação de grupo for solicitada junto de órgãos jurisdicionais de diferentes Estados-Membros, qualquer órgão jurisdicional requerido³⁵ em segundo lugar declara-se incompetente a favor do primeiro». O art. 62.º, consagra, assim, a regra da prioridade, que pode ser afastada nos termos do art. 66.º³⁶. Ou seja, o órgão jurisdicional a que é solicitado o processo de coordenação não é, necessariamente, o órgão jurisdicional competente para o processo em que foi nomeado o AI requerente, pois o art. 66.º contém regras específicas para a escolha. No entanto, o acordo quanto ao órgão jurisdicional para o processo de coordenação deve recair num órgão competente de outro Estado-Membro: tem de ser um órgão jurisdicional que pudesse ter sido escolhido nos termos do art. 61.º³⁷. Feita a escolha por acordo, o pedido de abertura do processo de coordenação tem que ser apresentado ao órgão jurisdicional acordado respeitando o art. 61.º.

Porém, o órgão jurisdicional a que foi requerida a abertura do processo de coordenação só efetuará as notificações exigidas pelo art. 63.º (para fazer andar o processo de coordenação) se, entre outras coisas, «nenhum credor de qualquer membro do grupo cuja participação no processo seja prevista é suscetível de ser financeiramente prejudicado pela participação desse membro no processo». Como resulta do Considerando (57), é necessário que o processo de coordenação tenha «um impacto geralmente positivo nos credores». Mas isso não significa que

³⁵ Sobre a questão de saber quando é que se considera ter sido solicitada a abertura do processo de coordenação de grupo, considerando aplicável o art. 32.º do Regulamento Bruxelas Ia por analogia, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 62 Prioritätsregel», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 7.

³⁶ A regra tem riscos. Desde logo, os de permitir que o processo de coordenação seja aberto no tribunal menos adequado e o de permitir o *forum shopping*: SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 62 Prioritätsregel», cit., Rn. 3.

³⁷ SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 66 Wahl des Gerichts für ein Gruppen-Koordinationsverfahren», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 9, que defende, quanto à forma, uma leitura idêntica à que resulta do art. 25.º, 1, a), do Regulamento Bruxelas Ia (Rn. 11).

todos os credores tenham de ficar a ganhar ou, até, que existam vantagens para todos os processos abrangidos³⁸.

O órgão jurisdicional requerido tem que dar aos AI nomeados para os membros do grupo a possibilidade de serem ouvidos (art. 63.º, 4). O NR permite, no art. 64.º, que o AI de cada processo de insolvência relativo a membro do grupo possa levantar objeções relativamente à inclusão do processo em que foi nomeado no processo de coordenação (*opt-out*), daí resultando que esse processo não é incluído no processo de coordenação (art. 65.º, 1)³⁹. A adesão é, nessa medida, voluntária. A decisão de participação pode carecer de aprovação prévia, nos termos da lei do Estado de abertura do processo em que o AI foi nomeado (art. 64.º, 3)⁴⁰. Pode constituir ato de especial relevo. Se o processo não foi inicialmente incluído no processo de coordenação, o AI pode, posteriormente, e nos termos da sua lei nacional, requerer essa inclusão (*opt-in*), nos termos do art. 69.º. Mas, agora, quem decide é o coordenador (art. 69.º, 3), embora depois de consultar os AI em causa.

Se um AI formula objeções ao coordenador proposto (mas não as formula quanto à inclusão do processo em que foi nomeado no processo de coordenação: art. 64.º, 1, b)), o órgão jurisdicional pode não designar a pessoa proposta e pode também convidar o AI que tenha

³⁸ Em sentido próximo, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 63 Mitteilung durch das befassende Gericht», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 9.

³⁹ Defendendo que o *opt-out* pode ter como consequência o não cumprimento das condições previstas no art. 63.º, 1, e, assim, conduzir à recusa de abertura do processo de coordenação, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 68 Entscheidung zur Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 18.

⁴⁰ A apresentação de objeções à inclusão do processo de insolvência no processo de coordenação de grupo será um ato de especial relevo, com as inerentes consequências previstas no CIRE. Considerando que é uma «Rechtshandlung von besonderer Bedeutung für das Insolvenzverfahren», SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 64 Einwände von Verwaltern», in HANS-PETER KIRCHHOF/HORST EIDENMÜLLER/ROLF STÜRNER (her), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, cit., Rn. 19.

formulado objeções a apresentar novo pedido «nos termos do artigo 61.º, n.º 3» (v. o art. 67.º do NR). E tudo começa de novo⁴¹.

O órgão jurisdicional que abre o processo de coordenação nomeia o coordenador⁴², decide as linhas gerais de coordenação⁴³ e decide sobre custos e sua distribuição pelos membros do grupo⁴⁴ (art. 68.º, 1, NR). Porém, só pode abrir o processo de coordenação se considerar que as condições previstas no art. 63.º, 1, estão reunidas.

O coordenador do grupo deve atuar com imparcialidade e a devida diligência (art. 72.º, 5). E o que deve fazer o coordenador do grupo? Deve, designadamente, formular recomendações e propor um plano de coordenação do grupo (cfr. arts. 70.º e 72.º). O plano de coordenação pode, entre outras coisas, incluir propostas sobre «medidas a tomar a fim de restabelecer o desempenho económico e a solidez financeira do grupo ou de qualquer parte do mesmo», a «resolução de litígios no interior do grupo, no que respeita a transações dentro do grupo e a

⁴¹ SCHMIDT, «EulnsVO 2017 Art. 66 Wahl des Gerichts für ein Gruppen-Koordinationsverfahren», cit., Rn.

⁴² O órgão jurisdicional competente não pode escolher o coordenador: se não foram apresentadas objeções ao coordenador proposto, escolhe o que for indicado no requerimento de abertura do processo de coordenação; se foram apresentadas objeções nos termos do art. 67.º, se não designar a pessoa proposta só pode convidar à apresentação de novo pedido de abertura (cfr., nesse sentido, SCHMIDT, «EulnsVO 2017 Art. 67 Folgen von Einwänden gegen den vorgeschlagenen Koordinator» e «EulnsVO 2017 Art. 68 Entscheidung zur Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EulnsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 6 e Rn. 13 respetivamente). No entanto, mesmo que não haja objeções, é preciso não esquecer o controlo que é feito por força do disposto nos arts. 63.º, 1, c), e 68.º, 1.

⁴³ Mas é discutível se pode ou não alterar o que resultar da proposta que acompanha o pedido de abertura do processo de coordenação: sobre os termos do problema, SCHMIDT, «EulnsVO 2017 Art. 68 Entscheidung zur Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 17 e 18 (que recusa a possibilidade exceto nos casos de opt-out). É também o órgão jurisdicional que destitui o coordenador, oficiosamente ou a pedido do AI de um membro de grupo participante, uma vez verificadas as circunstâncias previstas no art. 75.º. Defendendo uma «insolvency judgment rule», SCHMIDT, «EulnsVO 2017 Art. 75 Abberufung des Koordinators», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EulnsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 14.

⁴⁴ Afirmando que o órgão jurisdicional não pode alterar o que foi proposto no requerimento de abertura do processo de coordenação, SCHMIDT, «EulnsVO 2017 Art. 68 Entscheidung zur Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens», cit., Rn. 20 (com a exceção dos casos em que houve opt-out).

ações de impugnação pauliana» e «acordos entre os administradores da insolvência de membros insolventes do grupo» (art. 72.º, 1, b), do NR)⁴⁵.

Contudo, nem aquelas recomendações nem este plano serão obrigatórias para os AI dos processos dos membros do grupo (art. 70.º, 2), embora tenham que justificar porque não os puseram em prática (*comply or explain*)⁴⁶. Acresce que os AI têm o dever de ter em conta as recomendações do coordenador e o conteúdo do plano de coordenação de grupo (art. 70.º, 1).

O coordenador do grupo tem também, por exemplo, o poder de, em certos casos, pedir a suspensão de processos de insolvência relativos a membros do grupo ou solicitar o levantamento de «qualquer» suspensão existente (art. 72.º, 2, e))⁴⁷.

Porém, as funções e direitos que o art. 72.º prevê relativamente ao coordenador do processo de coordenação de grupo não abrangem os membros do grupo que não participam naquele processo (art. 72.º, 4).

3.1.4.6. Os processos que ficam de fora do processo de coordenação e a suspensão de medidas de liquidação

Se foi aberto um processo de coordenação de grupo, pode haver processos que ficam de fora daquele processo de coordenação. O administrador da insolvência nomeado em *processo não*

⁴⁵ Sobre o plano, tendo em conta a Proposta, CATARINA SERRA, «Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português», cit., p. 140.

⁴⁶ Considerando que pode haver casos em que o não cumprimento dê lugar à responsabilização do AI, SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 70 Empfehlungen und Gruppen Koordinationsplan», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 13.

⁴⁷ O art. 72.º, 2, enumera uma lista extensa de poderes do coordenador. Na al. c), é feita a menção à apresentação e explicação do plano de coordenação a pessoas ou órgãos «que deve informar nos termos da sua lei nacional», mas parece haver um lapso na redação da norma: v. SCHMIDT, «EuInsVO 2017 Art. 72 Aufgaben und Rechte des Koordinators», in PETER MANKOWSKI/MICHAEL MÜLLER/JESSICA SCHMIDT, *EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar*, cit., Rn. 38.

sujeito a coordenação relativo a um membro do grupo pode (e «na medida do necessário para facilitar a gestão eficaz do processo») solicitar «[...] a suspensão de qualquer medida relativa à liquidação dos bens nos processos abertos relativamente a quaisquer outros membros do mesmo grupo» em certos casos e *desde que não estejam sujeitos a coordenação* (cfr. o art. 60.º, 1, b), NR)⁴⁸.

É ainda preciso que sejam cumpridos outros requisitos para que a mencionada suspensão possa ter lugar. Será, assim, necessário que: «i) tenha sido proposto um plano de recuperação para todos ou alguns dos membros do grupo sujeitos a processos de insolvência, nos termos do artigo 56.º, n.º 2, alínea c), e esse plano tenha boas probabilidades de êxito [...]»; que «essa suspensão seja necessária para assegurar a correta execução do plano de recuperação»; que «o plano de recuperação seja benéfico para os credores no processo para o qual é solicitada a suspensão» (art. 60.º, 1, b), NR). Faz sentido que surjam estas exigências quanto a um plano de recuperação: não se esqueça que se está a pedir a suspensão de medida de liquidação.

O AI do processo para o qual é pedida a suspensão é ouvido antes da decisão (art. 60.º, 2, par. 2.º). O órgão jurisdicional que tiver aberto o processo em que é pedida a suspensão pode decidir pela suspensão de medida de liquidação dos bens no processo. Essa suspensão pode ser total ou parcial. Sendo decretada a suspensão, o período de duração da mesma não pode exceder três meses. Esse prazo é prorrogável (se tal for compatível com as regras aplicáveis ao processo), mas a duração total não pode exceder seis meses (par. 4.º). O órgão jurisdicional que decretar a suspensão pode exigir ao AI que requereu a suspensão a adoção de medidas que

⁴⁸ Pode haver processo de coordenação em relação a alguns dos processos de insolvência e não a haver em relação a outros.

sejam adequadas para salvaguardar os interesses dos credores e que estejam previstas na lei nacional (par. 3.º).

3.2. Projeto relativo a um regime de conversão de créditos em capital

3.2.1. Os pressupostos

O primeiro dos projetos a que dedicaremos alguma atenção é o que contém o regime de conversão de créditos em capital. Tal regime apenas diz respeito a créditos sobre sociedades comerciais ou que tenham forma comercial, e em ambos os casos desde que tenham sede em Portugal. Isto, naturalmente, com a exceção dos créditos sobre as entidades referidas no art. 2.º, 2. Além disso, também são excluídos do regime os créditos detidos pelas entidades referidas no art. 2.º, 3.

A conversão de créditos em capital é uma possibilidade conhecida⁴⁹. Ainda há pouco vimos um caso em que essa conversão era discutida. Do que se trata é da conversão de créditos *em capital por iniciativa dos próprios credores fora de um processo de insolvência ou de um PER*.

Mas, como salientaremos mais adiante, o projeto tem ligações com o regime da insolvência.

Para que o regime seja aplicável, será necessário que os credores que propõem a conversão satisfaçam determinados pressupostos: os seus créditos devem constituir, pelo menos, dois terços do total do passivo da sociedade e a maioria dos créditos não subordinados (art. 3.º, 3).

Mas também é necessário que estejam preenchidos determinados pressupostos quanto à sociedade: como se retira do art. 3.º, 1, a), esta deve ter um capital próprio inferior ao capital

⁴⁹ V., p. ex., sobre o tema, ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ, «La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación», in José Antonio García-Cruces (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, cit., p. 319 e ss..

social (sendo o valor do capital próprio, para este efeito, o que resultar das contas de exercício ou das contas intercalares elaboradas pelo órgão de administração e aprovadas há mais de três meses).

É ainda necessário que se encontrem em mora créditos com uma certa importância: ou se encontrem em «mora superior a 90 dias» créditos não subordinados sobre a sociedade e que esses créditos representem valor superior a 10% do total de créditos não subordinados; ou, caso estejam em causa prestações de reembolso parcial de capital ou juros, desde que estas respeitem a créditos não subordinados de valor superior a 25% do total de créditos não subordinados (aparentemente, desde que estas prestações também estejam «em mora superior a 90 dias»): cfr. o art. 3.º, 1, b).

Embora não seja claro que são os titulares destes créditos que podem propor a conversão dos seus créditos em capital, essa parece ser a leitura que se retira do art. 3.º, 1.

3.2.2. A proposta dos credores e alguns aspetos relativos ao seu conteúdo

A proposta de conversão dos créditos em capital deve conter a proposta de alteração do capital social, indicando o montante do aumento a subscrever pelos credores proponentes mediante a conversão de créditos não subordinados de que sejam titulares em participações sociais. Assim, parece que o regime não se aplicará à conversão de créditos subordinados.

No entanto, não é dito expressamente que os créditos a converter são apenas os previstos no art. 3.º, 1, b): créditos não subordinados sobre a sociedade que se encontrem em «mora superior a 90 dias» e que representem valor superior a 10% do total de créditos não subordinados; ou, caso estejam em causa prestações de reembolso parcial de capital ou juros,

desde que estas respeitem a créditos não subordinados de valor superior a 25% do total de créditos não subordinados. Há, até, uma indicação no art. 5.º, 3, de que não são apenas esses os créditos convertíveis: em caso de recurso ao suprimento judicial, «qualquer credor dispõe de 20 dias [...] para relacionar os seus créditos e para referir se pretende igualmente converter os seus créditos em capital [...]».

A proposta pode, inclusivamente, dizer respeito a uma operação acordeão: pode dizer respeito a uma prévia operação de redução do capital social para cobertura de prejuízos, seguida de aumento de capital social. A redução poderá ser para zero ou para montante inferior ao mínimo legal exigido para o tipo de sociedade em causa. Porém, só será possível propor a redução a zero do capital social «se for de presumir que, em liquidação integral do património da sociedade, não subsistiria qualquer remanescente a distribuir pelos sócios». Note-se que, embora os n.ºs 6 e 7 não façam expressa referência à proposta apresentada pelos credores, é certamente disso que se trata.

O art. 3.º, 8, faz ainda menção à possibilidade de a proposta prever a transformação da sociedade noutra de tipo distinto e a exclusão de todos os sócios «desde que as partes sociais sejam destituídas de qualquer valor». Mais uma vez, estará em causa uma proposta apresentada à sociedade. Mas parece estranho (muito estranho) que se proponha à sociedade a exclusão de todos os sócios. Tanto mais que o art. 4.º faz presumir que a proposta apresentada à sociedade se destina a obter deliberações dos sócios desta. Seria, então, uma proposta para que os sócios deliberassem excluir-se a todos. E isto sem discriminação de qualquer tipo de sociedade. Isto vale também para as SAs?

Como não será razoavelmente de esperar que os sócios deliberem excluir-se a todos, a solução apresentada parece estar dirigida a obter a recusa da proposta, assim se abrindo as portas ao suprimimento judicial.

A menos que o sentido da proposta seja totalmente diferente: a transformação e a exclusão de «todos» os sócios propostas terão lugar só após o aumento de capital? E, nesse caso, só se o aumento de capital der aos credores que participam no aumento a maioria necessária para que deliberem aquela transformação e exclusão?

A redação do art. 3.º, 8, permite ainda deixar no ar uma outra dúvida: se a exclusão de todos os sócios só pode ter lugar «desde que as partes sociais sejam destituídas de qualquer valor», será que se pode dizer que o regime diz respeito a todos os tipos de sociedades comerciais? Os termos «parte social» (ou «parte de sócio») têm um significado preciso no CSC: são usados para designar as participações sociais de sócios de sociedades em nome coletivo (arts. 176.º, 2, e 182.º – parte do sócio – do CSC), de sócios comanditados em sociedades em comandita (art. 469.º do CSC – parte do sócio) e de sócios comanditários das sociedades em comandita simples (art. 475.º do CSC – parte de um sócio). Não é assim nas sociedades por quotas, nas sociedades anónimas e, quanto às participações dos sócios comanditários, nas sociedades em comandita por ações⁵⁰. Será que se quis efetivamente restringir o âmbito de aplicação do regime?

3.2.3. O direito de «preferência» no aumento de capital

O art. 3.º, 10, confere aos sócios da sociedade um direito de «preferência» (ou de subscrição preferencial) no aumento de capital.

⁵⁰ Para mais desenvolvimentos, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS/ELISABETE RAMOS, «As participações sociais», in J. M. Coutinho de Abreu (coord.), *Estudos de direito das sociedades*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 116 e ss..

Se exercerem esse direito, o aumento deve ser realizado em dinheiro. As novas entradas realizadas pelos sócios devem ser aplicadas na amortização dos créditos que seriam convertidos em capital. Isto coloca sérias dificuldades quando se pensa que o devedor pode vir a ser declarado insolvente, com os correspondentes efeitos. Na verdade, o art. 7.º não permite resolver todos os problemas. Bem pelo contrário.

No entanto, encontram-se em discussão pública futuras alterações ao CIRE. Quanto à nova redação do art. 120.º, 6, não surge expressa menção aos acordos de conversão de créditos em capital ou aos processos de suprimimento judicial relativos àqueles. As referências a «providência de recuperação ou saneamento» ou a «outro procedimento equivalente previsto em legislação especial, cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação» não deixarão de alimentar controvérsias

3.2.4. O «suprimimento» judicial

O art. 5.º visará, à primeira vista, permitir o suprimimento judicial em caso de recusa da proposta apresentada pelos credores ou em caso de não serem executadas as deliberações nela previstas no prazo de 90 dias a contar da receção da proposta (v. o art. 4.º, 1).

No entanto, o art. 5.º, 6, faz antes referência à homologação da proposta apresentada pelos credores. O suprimimento traduz-se, assim, numa homologação. As diferenças em relação aos processos especiais de suprimimento previstos nos arts. 1000.º e ss. do CPC são óbvias

Aquela homologação pode dizer respeito à redução do capital, ao aumento de capital, à modificação dos estatutos, à transformação e à exclusão dos sócios (cfr. o art. 5.º, 8). Não é, porém, claro se a homologação tem necessariamente que dizer respeito a todas essas

propostas. É, aliás, a mesma falta de clareza que é identificável no art. 4.º, pois aí não se pode igualmente dizer com certeza quando é que se está apenas a tratar da proposta de conversão de créditos em capital ou de outras coisas também.

Mais uma vez, a necessidade de ter em conta a Diretiva do Capital relativamente às sociedades anónimas permite colocar muitas dúvidas quanto ao acerto da solução.

3.2.5. Aquisição subsequente do capital

O art. 6.º permite que, transitada em julgado a sentença homologatória, os sócios, no prazo de 30 dias, adquiram ou façam adquirir por terceiro por si indicado «o capital» da sociedade resultante da alteração, aquisição essa que deve ter lugar pelo valor nominal. Isto, se não exerceram o direito de subscrição preferencial. Para além da impropriedade da terminologia (aquisição do «capital»), será curioso, no caso de ter havido exclusão de todos os sócios, ver os mesmos a adquirirem novamente as participações na sociedade.

3.2.6. Efeitos da declaração de insolvência da sociedade

O art. 7.º, 1, enumera novos efeitos da declaração de insolvência da sociedade. Por um lado, essa declaração de insolvência conduz à caducidade, consoante os casos, da proposta apresentada pelos credores ou da deliberação dos sócios.

Por outro, a declaração de insolvência produz efeitos no processo de suprimimento judicial que o regime prevê. Nesse processo deve considerar-se extinta a instância uma vez declarada a insolvência da sociedade.

Mas, se olharmos agora para os casos abrangidos pela al. a), já tudo se torna mais confuso. Ali surge escrito que a declaração de insolvência da sociedade tem como efeito a caducidade imediata, consoante os casos, da proposta «prevista no artigo 3.º e os efeitos da deliberação prevista no artigo 4.º». Estão em causa que situações? Aquelas em que a declaração de insolvência teve lugar antes da total execução das deliberações sobre a proposta? Ou essa alínea diz respeito também aos casos em que todas as deliberações necessárias foram tomadas e executadas? Até que momento se pode dizer que os «efeitos da deliberação prevista no artigo 4.º» caducam?

3.2.7. Os processos de insolvência pendentes

De acordo com o art. 7.º, 2, após o registo das alterações ao capital social «nos termos da presente lei», a própria sociedade deve comunicar as alterações e o registo a qualquer processo de insolvência que se encontre pendente. Se ainda não tiver sido declarada a insolvência, está previsto que essa comunicação conduza à extinção da instância nos referidos processos de insolvência. Esta solução suscita dúvidas, uma vez que as alterações ao capital social não conduzem necessariamente ao afastamento da situação de insolvência. É que o devedor pode continuar impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.

3.3. As alterações ao CIRE quanto ao PER

3.3.1. O PER para as empresas, o PEPAP (Processo Especial Para Acordo de Pagamentos) para os devedores que não sejam «empresas»

De acordo com o projeto de alteração do CIRE, pretende-se que o PER seja apenas aplicável a «empresas», seguindo jurisprudência numerosa do STJ. Os arts. 1.º, e 17.º-A a I foram, por isso, alterados de forma a que se tornasse claro isso mesmo. A empresa é, agora, o sujeito devedor, afastando-se pontualmente (e criticavelmente) a noção de empresa do art. 5.º do CIRE⁵¹.

Por sua vez, o PEPAP será aplicável ao devedor que não seja empresa. Parece, desde logo, discutível que no caso das pessoas singulares se deva estabelecer a distinção entre devedor «empresa» e devedor «não empresa», confundindo sujeito e objeto.

Mas, acima de tudo, não se vê bem qual a vantagem em criar um novo regime que é praticamente decalcado do que vale para o PER. Não teria sido melhor manter o PER e fazer-lhe as necessárias adaptações quanto aos devedores pessoas singulares que não sejam empresários?

3.3.2. No PER, a exigência aumenta

As alterações propostas visam, claramente, introduzir mais exigência no regime do PER. Desde logo, pela necessidade da apresentação da declaração subscrita por contabilista certificado ou ROC, consoante os casos, de que a «empresa» não se encontra em situação de insolvência atual (art. 17.º-A, 2, da redação proposta). É de saudar esta alteração.

É igualmente digna de uma nota positiva a introdução da necessidade de que os credores que manifestam vontade de encetar negociações sejam titulares de créditos não subordinados de certa importância (cfr. o art. 17.º-C, 1 e 3).

⁵¹ Já Coutinho de Abreu, em intervenção oral no IV Congresso de Insolvência, criticava essa novidade.

3.3.3. A oportunidade perdida

Vários aspetos frequentemente criticados pela doutrina no regime do PER ficaram por tratar⁵².

Destacamos, em primeiro lugar, o carácter confuso do art. 17.º-C. No n.º 1, começa-se por dizer que o PER se inicia por meio de uma manifestação de vontade de encetar negociações, mas essa manifestação de vontade não inicia coisa nenhuma. Ou seja: não basta que essa manifestação de vontade tenha lugar para que o PER se inicie (cfr., para o PEPAP, o art. 222.ºC, 1).

Também não se compreende por que razão é que se mantém, no art. 17.º-C, n.º 3, a expressão «munida da declaração». Com efeito, a «empresa» tem que apresentar ao tribunal uma «comunicação» que não se confunde com a «declaração». Mais valia que a lei dissesse que a «empresa» (o devedor empresário) tem que apresentar requerimento acompanhado, entre outras coisas, daquela declaração (cfr., para o PEPAP, o art. 222.º-C, 3).

Mais grave, porém, é que o despacho a nomear o AJP (administrador judicial provisório) surja perdido no meio da al. a) do n.º 3. Trata-se de um despacho importantíssimo e que terá relevantes efeitos, merecendo por isso outro destaque. Tanto mais que o art. 17.º-C mantém a epígrafe «Requerimento e formalidades» (cfr., para o PEPAP, o art. 222.º-C, 3, a)). Como o despacho referido não é um «requerimento», parece ser considerado mera «formalidade»...

Justificar-se-ia também esclarecer devidamente quais são as consequências para a «empresa» se esta não comunica a todos e cada um dos seus credores que não tenham subscrito a declaração atrás mencionada que deu início a negociações com vista à sua revitalização e se não os convida a todos a participar (art. 17.º-D, 1). O mesmo se diga se os credores declaram querer participar nas negociações e isso, depois, não tem qualquer consequência (art. 17.º-D, 7). A

⁵² Para uma perspectiva crítica, v. o nosso Um curso de direito da insolvência, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 509 e ss..

prática tem demonstrado que o disposto no atual art. 17.º-D, 11, não é suficiente para desincentivar a ostracização de muitos credores (para o PEPAP, v. o art. 222.º-D, 1, 7 e 12).

A oportunidade poderia ser aproveitada, também, para melhorar a redação do art. 17.º-G. Vai continuar a discutir-se, perante os n.ºs 3, 4 e 7, e existindo situação de insolvência da «empresa», se deve iniciar-se um processo de insolvência que não se confunde com o PER ou se é o PER que, efetivamente, se converte em processo de insolvência (para o PEPAP, v. o art. 222.º-G, 3, 4 e 8).

3.3.4. O art. 17.º-F, 3

Na redação proposta para o art. 17.º-F, 3, está previsto que, a partir da publicação de um anúncio no CITIUS «advertindo da junção ou não junção de nova versão do plano, começa a correr «o prazo de votação de 10 dias, no decurso do qual qualquer interessado pode solicitar a não homologação do plano [...]».

O prazo previsto no proposto art. 17.º-F, 3, servirá para que durante o mesmo tenha lugar a votação do plano e para que «qualquer interessado» possa solicitar a não homologação do plano. Isto pode obrigar a que seja solicitada a não homologação num momento em que ainda não se sabe se o plano vai ou não ser aprovado. Se o prazo para requerer a não homologação só começasse a correr depois de se conhecer o sentido da votação, dispensava-se o requerimento de não homologação de planos não aprovados...

3.3.5. Os serviços públicos essenciais

O despacho de nomeação do AJP impedirá que seja suspensa a prestação dos serviços públicos essenciais previstos no proposto art. 17.º-E, 8. Será difícil que uma «empresa» que já não consegue pagar os custos com esses serviços ainda seja «suscetível de recuperação» (art. 17.º-A, 1) e os abusos são previsíveis.

3.3.6. As sociedades em relação de domínio ou de grupo

Nos n.ºs 6 e 7 que o projeto em discussão pública pretende acrescentar ao art. 17.º-C, prevê-se a apensação dos PER relativos a sociedades em relação de domínio ou de grupo, oficiosamente ou a requerimento do AJP ou, ainda, por todas as empresas numa dessas relações que tenham intentado o PER. Mas essa apensação só pode ser requerida até que se inicie o prazo de negociações no PER a que os demais devam ser apensados.

De acordo com o n.º 7, a «apensação referida no número anterior apenas pode ser requerida até ao início do prazo de negociações previsto no n.º 5 do artigo 17.º-D no processo ao qual os demais devam ser apensados, aplicando-se, com as necessárias adaptações o disposto no novo n.º 4 do artigo 86.º, que limita a possibilidade de apensação».

3.4. Quanto ao RERE (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas)

3.4.1. A estrutura do regime proposto

O texto em discussão relativo ao RERE suscita, desde logo, um comentário acerca da falta de clareza na organização dos preceitos. O RERE não constitui um processo (ao contrário do que se

passa com o PER), mas sim um regime que pode ou não ser aplicável a certos processos de negociação e/ou a certos acordos de reestruturação⁵³.

A estrutura do regime é confusa porque não segue o que é a «ordem natural das coisas»: em vez de começar por tratar das negociações, aborda logo o próprio acordo de reestruturação. E isso torna difícil a compreensão do regime. Pela nossa parte, teríamos preferido que o RERE começasse por se preocupar com o período das negociações e, depois, com o acordo de reestruturação.

Uma nota inicial pode ajudar a perceber melhor o que se pretende com o RERE. Como se lê no art. 2.º, 3, o RERE só se aplica às negociações e ao acordo de reestruturação se, desde logo, existir «manifestação unânime e expressa da vontade das partes participantes» de se sujeitarem ao RERE. Resulta igualmente do art. 4.º, 1, que as partes «são livres de sujeitar ao RERE os efeitos do acordo de reestruturação que alcancem, bem como os efeitos decorrentes das negociações»⁵⁴. Ou seja: o RERE não impede que haja negociações e acordos de reestruturação que não fiquem sujeitos ao RERE. As partes é que devem acordar nessa sujeição, com as consequências daí resultantes.

Há um aspeto que torna o regime perigoso. É que o art. 6.º, 4, tem o seguinte teor: «São nulos quaisquer termos ou condições reconhecidos pelo devedor a qualquer credor que não constem do acordo de reestruturação». Ou seja: parece que, havendo acordo de reestruturação sujeito

⁵³ Os acordos de reestruturação não surgiram do nada. Para a Espanha, v., p. ex., RITA LARGO GIL, «El contenido del acuerdo (II): los acuerdos de reestructuración empresarial», in José Antonio García-Cruces (dir.), *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 153 e ss.; para a Itália, quanto aos *accordi di ristrutturazione dei debiti*, GIOVANNI LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, 9.ª ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 725 e ss..

⁵⁴ O art. 3.º, 5, prevê inclusivamente que os sócios do devedor sejam admitidos a intervir nas negociações e no acordo «na medida em que, em virtude da lei ou dos estatutos do devedor, seja necessária a sua intervenção ou consentimento». Sobre a possibilidade de adesão ao acordo, v. o art. 7.º. Quanto à representação coletiva por agentes de financiamento e agentes de garantias, v. o art. 3.º, 6.

ao RERE, o devedor não pode estabelecer termos ou condições com credores se esses termos ou condições não constarem daquele acordo. E como se trata de um regime que vale para «qualquer credor», fica a dúvida se abrange os credores que não sejam partes naquele acordo. Além disso, a latitude do preceito é tal que nem sequer tem um limite no tempo: estamos a falar de termos ou condições reconhecidos quando?

Os preceitos propostos para o período das negociações mostram que a sua primeira grande utilidade, na perspetiva do devedor, consiste em antecipar a suspensão dos processos mencionados no art. 23.º, 1. Com efeito, se as negociações não ficarem sujeitas ao RERE, essa suspensão só teria lugar com o depósito do próprio acordo de reestruturação, nos termos do art. 12.º, 1 (sobre o depósito, v. o art. 9.º).

Outra das grandes vantagens para o devedor da sujeição das negociações ao RERE é a que resulta do art. 24.º: o depósito do protocolo de negociação impede os prestadores dos serviços essenciais ali mencionados de interromperem o fornecimento dos mesmos «por dívidas relativas a serviços prestados em momento anterior ao depósito» (n.º 1). Essa proibição «dura pelo prazo máximo de 3 meses, exceto se os prestadores aí referidos forem parte do protocolo de negociação e acordarem prazo mais longo» (n.º 3). Como se vê, esses prestadores de serviços essenciais não têm sequer que ser partes naquele protocolo. E não deixará de ser interessante verificar como é que um devedor que já não consegue pagar sequer os serviços essenciais em causa pode, depois, ser reestruturado. De qualquer modo, há que contar com o disposto no art. 24.º, 5.

Em terceiro lugar, deve ser destacado que o depósito do protocolo de negociação impede que, se o devedor ficar depois em situação de insolvência, a contagem do prazo de apresentação à insolvência comece a correr (art. 25.º, 1).

Pelo lado dos credores, a sujeição das negociações ao RERE não tem só desvantagens. A principal parece ser a que se lê no art. 21.º, 1: o depósito do protocolo de negociação vai obrigar o devedor a «manter o curso normal do seu negócio e a não praticar atos extraordinários de administração e disposição de bens, exceto se previstos no protocolo de negociação ou se autorizados pelos credores, diretamente ou através do comité de credores».

3.4.2. Os controlos (ou falta deles)

No que diz respeito ao acordo de reestruturação, o RERE tem em vista acordos que sejam aptos «a contribuir para a recuperação do devedor». Além disso, o acordo deve «compreender medidas que sejam comprovadamente aptas a contribuir para a recuperação do devedor [...]» (art. 6.º, 1).

O art. 6.º, 2, a), torna necessário que o acordo de reestruturação seja acompanhado de «declaração emitida por um Revisor Oficial de Contas a atestar que a sociedade não se encontra em situação de insolvência [...] e a certificar o passivo total do devedor [...]».

É certo que o art. 14.º, 3, também exige uma «declaração emitida por Revisor Oficial de Contas a certificar que, em virtude do acordo, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada, por aumento da proporção do ativo sobre o passivo, e os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social». Mas isso é assim apenas para «os efeitos previstos no n.º 1» do

mesmo art. 14.º. Será que se pode então afastar completamente que o devedor se encontre em situação de insolvência?

O acordo de reestruturação ainda terá os efeitos processuais já mencionados (art. 12.º) e, para além de outros efeitos, também impede a resolução em benefício da massa dos negócios referidos no art. 15.º⁵⁵.

3.4.3. O conteúdo

O regime proposto confere grande liberdade na fixação do conteúdo do acordo de reestruturação (v. o art. 6.º, 1). Contudo, há que ter em atenção que, se for pretendida a posterior homologação, é preciso contar com as futuras exigências que ficarão previstas no projetado art. 17.º-I, do CIRE (cfr. o art. 16.º do RERE).

3.5. As alterações ao CSC. A conversão de suprimentos em capital e o aumento do capital social por «comunicação»

No projeto que contém as alterações ao CIRE surgem também modificações ao CSC. Está prevista a possibilidade de um sócio converter suprimentos de que seja titular em capital. Essa conversão pode ter lugar se o sócio, «por si ou juntamente com outros, reunir a maioria de votos necessária para deliberar a alteração do capital social». O aumento do capital social (e, portanto, a alteração do contrato de sociedade) terá lugar por mera comunicação aos gerentes ou administradores.

⁵⁵ Nas alterações ao CIRE em discussão, surge também uma nova redação para o art. 120.º, 6, do referido Código.

Este regime, se entrar em vigor, envolve vários riscos.

Em primeiro lugar, porque, afastando o regime das deliberações sociais, cria toda uma incerteza acerca da forma de impugnar a «comunicação».

Em segundo lugar, porque não é claro o regime aplicável quando o sócio não «reúne» sozinho a maioria de votos necessária para «deliberar» a alteração do contrato de sociedade. Como é que sabemos quem se «juntou» àquele sócio? E é necessário que todos os sócios que se «juntam» para formar aquela maioria apresentem uma comunicação? É necessário que todos esses sócios que se «juntam» sejam também titulares de créditos por suprimentos? E que exigências devem valer para o aumento de capital?

Em terceiro lugar, no caso das sociedades anónimas será tudo menos pacífico que o regime proposto respeite a «Diretiva do Capital»⁵⁶.

3.6. Quanto ao estatuto do mediador de recuperação de empresas

3.6.1. Sobre a designação «mediador»

⁵⁶ Diretiva 2012/30/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade. V., em particular, os seus arts. 19.º, n.º 1, 29.º, 33.º, 34.º, 35.º, 40.º, n.º 1, alínea b), 41.º, n.º 1, e 42.º. Convém lembrar que a «Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, e que altera a Diretiva 2012/30/UE» (COM(2016) 723 final), prevê, no seu art. 32.º, alterações à Diretiva do Capital: «Artigo 32.º. Alteração da Diretiva 2012/30/EU. Ao artigo 45.º da Diretiva 2012/30/UE é aditado o seguinte n.º 4: «4. Os Estados-Membros derrogam aos artigos 19.º, n.º 1, 29.º, 33.º, 34.º, 35.º, 40.º, n.º 1, alínea b), 41.º, n.º 1, e 42.º, na medida e durante o período em que essas derrogações sejam necessárias para a instituição do quadro em matéria de reestruturação preventiva previsto na Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho [relativa aos quadros em matéria de reestruturação preventiva e à concessão de uma segunda oportunidade]».

Pretende-se criar a figura do «mediador de recuperação de empresas» para que este preste «assistência a uma empresa devedora que [...] se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência, nomeadamente em negociações com os seus credores com vista a alcançar um acordo extrajudicial de reestruturação que vise a sua recuperação». A referência à intervenção do mediador se o devedor está em situação de insolvência suscita dúvidas, como veremos adiante.

Para já, gostava de referir que o mediador deveria ser neutral. O art. 2.º, b), da Lei da Mediação define assim o mediador de conflitos: «um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio». Mas existem vários aspetos no texto do projeto que suscitam dúvidas acerca da possibilidade de se falar agora de um verdadeiro mediador de conflitos. Claro, também se pode questionar se ele irá intervir a mediar conflitos. Mas a ideia de independência e imparcialidade é que são centrais.

Desde logo, propõe-se que o mediador em causa seja nomeado apenas a requerimento do devedor interessado (art. 14.º, 2). É, também, apenas o devedor que pode fazer cessar a intervenção do mediador: até ao início da negociação com os credores, pode fazê-lo em qualquer momento (art. 16.º, 2); após a assinatura do protocolo de negociação, será necessário o consentimento de credores que sejam parte no protocolo de negociação e representem a maioria dos créditos «aí representados» (art. 16.º, 3). Note-se: nesta segunda hipótese, a iniciativa continua a pertencer apenas ao devedor.

Além disso, no art. 19.º, 2, aparece escrito que o mediador apenas «tem o dever de assegurar que todos os credores que participam na negociação têm acesso equitativo a todas as

informações relevantes para o bom andamento do processo de negociação [...]». Este juízo que o mediador fará (informações relevantes/informações não relevantes) pode gerar desconfiança entre os credores, que ficarão na dúvida acerca do que lhes pode ter sido ocultado.

Mas há mais. O próprio art. 2.º esclarece que o mediador vai «prestar assistência a uma empresa devedora». Assim, o mediador de recuperação de empresas parece ser um auxiliar do devedor⁵⁷.

3.6.2. A possibilidade de pedir a nomeação de mediador em caso de insolvência

O mediador pode intervir não só quando a empresa devedora se encontre em situação económica difícil, mas também quando esteja em situação de insolvência. Curiosamente, a Exposição de Motivos apenas faz referência à articulação do regime do mediador com o do RERE. Fica por saber se é lapso apenas ou se haverá mais alterações na forja (mais uma vez, ao CIRE).

Acresce que o próprio regime do RERE apenas tem em visa os casos em que as entidades devedoras não estejam em situação de insolvência atual (arts. 3.º, 1, b) e 6.º, 2, a), do Regime do RERE). A menos que se estivesse a pensar somente nas situações previstas no art. 32.º, 1, do regime do RERE: «Pelo prazo de 18 meses a contar da entrada em vigor do presente diploma, podem recorrer ao RERE devedores que estejam em situação de insolvência, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º».

⁵⁷ Assim é considerado, na Espanha, o mediador concursal: cfr. JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2015, p. 51.

4. Quanto à «Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, e que altera a Diretiva 2012/30/UE» (COM(2016) 723 final)

4.1. Introdução

A Comissão Europeia olha com atenção para o regime da insolvência há algum tempo. Em 2012, vimos surgir a Comunicação da Comissão intitulada «Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas», COM(2012) 742 final, de 12 de dezembro de 2012. No ano de 2014, foi publicada a «Recomendação da Comissão sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas», C(2014) 1500 final. A Proposta de que lhes vou falar hoje já estava anunciada para breve na Comunicação da Comissão intitulada «União dos Mercados de Capitais – Acelerar o processo de reformas», COM(2016) 601 final.

A Proposta tem em vista questões relacionadas com três grandes temas: processos de reestruturação preventiva à disposição dos devedores com dificuldades financeiras, caso exista uma probabilidade de insolvência (e, portanto, sem ter em vista os casos em que já existe situação de insolvência); processos de quitação das dívidas contraídas por empresários sobre-endividados e que lhes permitem iniciar uma nova atividade; medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos referidos nas alíneas a) e b), bem como dos processos de insolvência.

Tendo em conta o tema de que nos ocupamos, só nos interessam, verdadeiramente, os aspetos relacionados com a reestruturação preventiva dos devedores. É que o empresário sobre-endividado é apenas o que é pessoa singular⁵⁸.

4.2. Instrumentos de alerta rápido

O art. 3.º prevê a necessidade de os Estados-Membros assegurarem «o acesso dos devedores e empresários a instrumentos de alerta rápido que detetem a deterioração da atividade de uma empresa e avisem o devedor ou o empresário da necessidade de agir com urgência», podendo «limitar o acesso previsto nos n.os 1 e 2 às pequenas e médias empresas ou aos empresários».

Tendo em conta que muitas PME não têm na devida consideração as informações que podem ser extraídas da sua própria contabilidade e dos documentos de prestação de contas, o regime proposto neste art. 3.º é aceitável. No entanto, o Considerando (16) vai muito além do que se acha previsto neste eventual preceito. Com efeito, no referido Considerando pode ler-se, entre outras coisas, o seguinte: os «eventuais mecanismos de alerta rápido devem incluir obrigações contabilísticas e de controlo do devedor, ou da sua administração, bem como obrigações de prestação de informações ao abrigo dos contratos de mútuo. Além disso, os terceiros na posse de informações pertinentes, nomeadamente contabilistas e autoridades fiscais e da segurança social, podem ser incentivados ou obrigados pela legislação nacional a sinalizar uma evolução negativa». Como se vê, o Considerando (16) obrigaria a rever legislação interna portuguesa muito considerável. Destacam-se o Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, o

⁵⁸ Sobre o âmbito subjetivo de aplicação, v. o art. 1.º, 2, da Proposta. Criticando a falta de referência às pessoas coletivas públicas e às entidades públicas empresariais, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Contributos sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Diretiva 2012/30/UE», DSR, 2016, 4, p. 1021..

Estatuto da Ordem dos Contabilistas Certificados e o Código das Sociedades Comerciais (o art. 420.º-A, 1, por exemplo, apenas se preocupa com os casos em que se verificam factos que revelam «graves dificuldades na prossecução do objeto da sociedade», o que não parece coincidir com a «deterioração da atividade»).

O art. 2.º-A, 3, do DL 178/2012 prevê a possibilidade de «qualquer empresa que pretenda proceder ao diagnóstico da respetiva situação económica e financeira» usar a plataforma informática disponibilizada no sítio da Internet do IAPMEI, mas o alerta que daí possa resultar só surge se a empresa solicitar o diagnóstico. E penso que não é isso que se pretende na Proposta de Diretiva.

O n.º 3 do art. 3.º não esclarece se o empresário ali em causa é apenas o que exerce a sua atividade utilizando para o efeito uma empresa que respeita os limiares que permitem dizer tratar-se de uma PME. Um empresário em nome individual pode ser uma PME (cfr. a Recomendação da Comissão de 6 de maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (2003/361/CE)).

4.3. O devedor não desapossado

O art. 5.º da Proposta tem por epígrafe «Devedor na posse dos seus ativos»⁵⁹. Poderia ser antes usada a redação que consta do Regulamento 2015/848: «devedor não desapossado» (como, aliás, se vê ter sido feito nas versões em inglês, francês e espanhol).

⁵⁹ Artigo 5.º

Devedor na posse dos seus ativos

1. Os Estados-Membros devem assegurar que os devedores que adiram a processos de reestruturação preventiva mantêm o controlo total ou pelo menos parcial dos seus ativos e do exercício corrente da sua atividade.
2. A nomeação por uma autoridade judicial ou administrativa de um profissional no domínio da reestruturação não é obrigatória em todos os casos.

O n.º 1 do art. 5.º da Proposta obriga os Estados-Membros a assegurarem que os devedores que aderiram a processos de reestruturação preventiva mantêm o controlo total ou parcial dos seus ativos e do exercício corrente da sua atividade. O art. 17.º-E, 2, do CIRE parece respeitar essa exigência quanto ao PER, uma vez que apenas sujeita a autorização prévia do AJP os atos de especial relevo (art. 161.º do CIRE). O mesmo dificilmente se poderá afirmar, quanto ao SIREVE, do art. 11.º, 5, do DL 178/2012, pois este preceito, apesar da ressalva quanto à atividade que consta do seu objeto, impede a empresa de, até à extinção do procedimento, ceder, locar, alienar ou por qualquer modo onerar, no todo ou em parte, os bens que integram o seu património».

O n.º 2 parece querer dizer que a Proposta de Diretiva não torna obrigatória a nomeação de um profissional no domínio da reestruturação. Também não se deixa aos Estados-Membros a possibilidade de exigirem sempre a nomeação de um profissional no domínio da reestruturação quanto aos processos a que a Proposta de Diretiva se dirige. Com efeito, o n.º 3 identifica os casos em que a exigência dessa nomeação pode ter lugar (e essa enumeração parece ser taxativa: «podem [...] nos seguintes casos»).

O primeiro desses casos é este: a) «Se for concedida ao devedor uma suspensão das medidas de execução em conformidade com o artigo 6.º». E o que encontramos, quanto a isto, no regime do PER ou do SIREVE?

3. Os Estados-Membros podem exigir a nomeação de um profissional no domínio da reestruturação nos seguintes casos:

(a) Se for concedida ao devedor uma suspensão das medidas de execução em conformidade com o artigo 6.º;

(b) Se o plano de reestruturação carecer da confirmação de uma autoridade judicial ou administrativa, mediante a reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores, em conformidade com o artigo 11.º.

Quanto ao PER, o art. 17.º-E, 1, do CIRE estabelece, designadamente, que desde a decisão de nomeação do AJP até ao fim das negociações tem lugar a suspensão, quanto ao devedor, das ações em curso que tenham por finalidade a cobrança de dívidas contra ele.

Por sua vez, o art. 11.º, 2, do DL 178/2012 determina que o «o despacho de aceitação do requerimento [...] obsta à instauração contra a empresa, ou respetivos garantes relativamente às operações garantidas, de quaisquer ações executivas para pagamento de quantia certa ou outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias enquanto o procedimento não for extinto, e suspende, automaticamente e por igual período, as ações executivas para pagamento de quantia certa ou quaisquer outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias, instauradas contra a empresa, ou respetivos garantes relativamente às operações garantidas, que se encontrem pendentes à data da respetiva prolação».

Porém, nenhum dos regimes parece estar «em conformidade com o artigo 6.º» da Proposta.

4.4. Os acionistas «e outros detentores de participações com interesses num devedor»

O art. 12.º da Proposta contém soluções que devem ser ponderadas com cuidado e atenção tendo em conta as possíveis consequências na ordem jurídica portuguesa⁶⁰. Com efeito, se olharmos para o regime do PER, este parece pressupor a necessidade de adesão do devedor ao

⁶⁰ Artigo 12.º

Detentores de participações

1. Os Estados-Membros devem assegurar que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os acionistas e outros detentores de participações com interesses num devedor não possam obstar de forma injustificada à aprovação ou execução de um plano de reestruturação que permita restabelecer a viabilidade da empresa.

2. A fim de alcançar o objetivo fixado no n.º 1, os Estados-Membros podem conferir aos detentores de participações a possibilidade de constituírem uma ou mais categorias distintas por sua própria iniciativa, bem como o direito de votar a aprovação de planos de reestruturação. Neste caso, a aprovação e a confirmação dos planos de reestruturação ficam sujeitas ao mecanismo de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores previsto no artigo 11.º.

acordo para que possa ter lugar a homologação⁶¹. Também é claro que o SIREVE tem em vista a celebração de um «acordo entre a empresa e todos ou alguns dos seus credores» (art. 1.º do DL 178/2012).

Por sua vez, o art. 12.º, 1, da Proposta mostra que se quer criar instrumentos que permitam fazer face a eventuais dificuldades que os acionistas «e outros detentores de participações com interesses num devedor» criem à viabilização da empresa do devedor. Para isso, pretende-se que os Estados-Membros consagrem soluções que impeçam aqueles acionistas e detentores de participações de obstarem «de forma injustificada à aprovação ou execução de um plano de reestruturação» que permita restabelecer aquela viabilidade.

O que, sobretudo, pode suscitar dúvidas é a questão de saber quando é que os sujeitos em causa estão a «obstar de forma injustificada» à aprovação ou execução do plano. Nomeadamente, tendo em conta as medidas que surjam previstas na proposta de plano ou no próprio plano e as consequências das mesmas para os interesses dos «acionistas e outros detentores de participações com interesses num devedor».

A solução contida no n.º 1 é complementada pela alteração à Diretiva 2012/30/EU (Diretiva do Capital) prevista no art. 32.º da Proposta, que assim deixa de constituir um impedimento à adoção de aumentos e reduções de capital em planos de reestruturação nos casos abrangidos pelas normas daquela Diretiva ali referidas. Com efeito, autores há que entendem não ser possível que os credores de uma sociedade anónima decidam unilateralmente aqueles aumentos e reduções⁶².

⁶¹ V., sobre os termos da questão, Alexandre de Soveral Martins, Um curso de direito da insolvência, cit., p. 535, nt. 76.

⁶² V., p. ex., COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 350 e s..

Uma das formas que pode ser encontrada para superar as objeções de acionistas e outros titulares de participações com interesses no devedor está prevista no n.º 2. Os Estados-Membros podem permitir que os detentores de participações formem uma categoria. Depois, se discordarem do plano, será possível a reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores nos termos do art. 11.º.

No que diz respeito à remissão para o art. 11.º, julgamos que a mesma poderia ser redigida em termos menos equívocos. Tal como está, fica-se a pensar se a aprovação e a confirmação dos planos de reestruturação ficam sempre sujeitas ao regime do art. 11.º ou se apenas o ficam quando estejam preenchidos os pressupostos deste último. É que pode dar-se o caso de existir uma categoria constituída por detentores de participações e, apesar disso, todas as categorias de partes «afetadas» aprovarem o plano. Incluindo, portanto, a dos detentores de participações com interesses no devedor.

4.5. Obrigações dos administradores no quadro das negociações de um plano de reestruturação preventiva

Outro dos temas que queria trazer aqui diz respeito ao regime constante da Proposta quanto às obrigações dos administradores no quadro das negociações de um plano de reestruturação preventiva.

De acordo com o *art. 18.º*, «Os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham as seguintes obrigações:

- (a) Tomar medidas imediatas para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, acionistas e outras partes interessadas;
- (b) Ter em devida conta os interesses dos credores e das outras partes interessadas;
- (c) Tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência;
- (d) Evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa.

O art. 18.º da Proposta preocupa-se com o regime a que ficam sujeitos os administradores. Embora não esteja escrito, presume-se que se trata dos administradores do devedor. Não está ali em causa todo o referido regime, mas apenas o que tem em vista o período em que já é identificável a probabilidade de insolvência. As várias alíneas que encontramos no art. 18.º permitem densificar um pouco as obrigações a que os administradores ficam sujeitos.

A consagração destas obrigações é importante porque, designadamente, torna mais clara a hierarquia dos interesses em presença. Daí resultam necessariamente consequências para a leitura dos arts. 35.º e 64.º do CSC, bem como do art. 18.º do CIRE. Aquelas obrigações ajudarão também a identificar as pessoas que deverão ser consideradas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa e até mesmo para saber se a qualificação da insolvência como culposa deve ter lugar.

Em jeito de balanço

No que diz respeito à jurisprudência analisada:

a) Vemos que é claramente identificável uma corrente que procura a responsabilização de outras massas patrimoniais para além da insolvente, explorando caminhos que a lei abre mas que não passam sequer pela qualificação da insolvência como culposa;

b) A desconsideração da personalidade jurídica é vista cada vez mais como um instrumento que permite essa responsabilização;

c) Surgem com alguma frequência decisões em que o Regulamento 1346/2000 é aplicado, o que é particularmente interessante tendo em conta que em breve será substituído, obrigando a uma maior atenção para com o seu sucessor;

Quanto aos projetos que foram publicitados:

d) Nos projetos divulgados que abordam matérias relacionadas com o direito da insolvência e da recuperação de empresas está subjacente uma forte crença na iniciativa dos credores;

e) As alterações ao regime do PER no sentido de uma maior exigência são positivas;

Quanto à Proposta de Diretiva,

f) A Proposta de Diretiva contém aspetos virtuosos, mas a versão em língua portuguesa contém lapsos na sua redação (para além de obrigar a algumas alterações no regime do PER e do SIREVE;

No que diz respeito ao Regulamento 2015/848,

g) Quanto ao Regulamento 2015/848, constitui um passo em frente (designadamente no que diz respeito aos grupos de sociedades e ao combate ao forum shopping), mas muito dependerá de uma nova atitude de administradores da insolvência e dos órgãos jurisdicionais (caso contrário, crescerá o número de litígios)