

O PROCESSO EXTRAORDINÁRIO DE VIABILIZAÇÃO DE EMPRESAS – DELIMITAÇÃO FACE AOS DEMAIS MEIOS E PROCESSOS ORDINÁRIOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS, PEV E PERE

Decretada a situação de emergência de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde no dia 30 de janeiro de 2020, as medidas excepcionais e transitórias que, desde inícios de março de 2020, foram sendo tomadas pelo legislador, mais do que acudir às dificuldades financeiras sentidas pelas empresas para se manterem em atividade, centraram-se na tarefa de adaptar a atividade dos tribunais à situação de emergência de saúde pública resultante da Covid-19 e a evitar situações de contágio.

A única medida substantiva decretada, com efeitos diretos na vida das empresas, aliviando a pressão ocasionada pela iliquidez e consequente dificuldade de cumprimento dos compromissos assumidos (sem qualquer perspetiva de uma data para o retorno à “normalidade” da atividade económica), foi a suspensão do prazo de apresentação à insolvência previsto no artigo 18º nº1 CIRE, suspensão que, embora decretada pelo nº6 do art. 7º da Lei nº4-A/2020, de 6 de abril (e prevista na al. a), do nº6 do artigo 6º-A, da Lei nº 16/2020, de 29 de maio), teve os seus efeitos retroagidos a 9 de março, e que permanecerá em vigor até à cessação da situação excepcional epidemiológica do Covid-19.

Porém, tal medida não foi, sequer, acompanhada da imposição de qualquer restrição à instauração de processo de insolvência por parte de credores, ou terceiros a quem a lei atribui legitimidade para tal, ou ao prosseguimento dos processos de insolvência pendentes – processos esses que terão estado parados unicamente durante o período geral de suspensão de prazos e de realização de diligências – entre 9 de março e 6 de abril de 2020.

Só em finais de novembro de 2020, decorridos mais de 10 meses sobre a sujeição da crise sanitária à declaração de pandemia pela OMS, é publicada a Lei nº75/2020 de 27 de novembro, que, finalmente, consagra medidas e mecanismos processuais

extraordinários, especificamente destinados a manutenção da atividade de empresas viáveis.

Este diploma tem subjacente o reconhecimento de que as medidas tomadas para responder à crise sanitária – encerramento de estabelecimentos em certos setores de atividade, restrições aos horários de funcionamento, ao número de clientes, limitações à circulação e ao transporte de mercadorias –, acarretando uma diminuição da procura de produtos e serviços, importaram uma quebra abrupta das receitas, enquanto as despesas fixas se mantinham, afetando a generalidade das empresas, inclusivamente empresas saudáveis e sem prévios problemas de iliquidez.

É a este impacto, que a crise social e económica decorrente da situação de crise sanitária vem tendo sobre as empresas e empresários, com reflexos na *criação* ou *agravamento* de uma situação de insolvência iminente ou atual, que este diploma visa responder, tendo por especial objeto aquelas empresas que, no período anterior à pandemia, vinham cumprindo regularmente as suas obrigações e que, não fora uma falta de liquidez transitória, constituiriam empresas viáveis.

O seu objetivo visa facilitar e incentivar a empresa e respetivos credores à celebração de acordos de recuperação/reestruturação/ viabilização que assegurem a manutenção da atividade da empresa, e que veio a ser concretizado:

- i) pela via da introdução de alterações cirúrgicas nos mecanismos insolvenciais já existentes – de adaptação dos processos de insolvência, PER, PEAP, e RERE, instaurados ou a instaurar, à realidade económico financeira pós Covid – e ainda,
- ii) pela criação de um Processo Especial de Viabilização de Empresas.

Como notas marcantes da Lei nº 75/2020, temos:

- a sua transitoriedade, consagrando um regime a vigorar entre o dia 28 de novembro de 2020 e o dia 31 de dezembro de 2021, ou seja, durante cerca de um ano, com possibilidade de prorrogação da vigência do regime do Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas;

- a excepcionalidade das suas medidas, entre as quais se destaca a possibilidade de empresas/empresários que se encontrem em situação de insolvência atual – e não apenas em *situação económica difícil* ou *insolvência iminente* –, (desde que derivada da situação de pandemia) se sujeitarem a processo de viabilização ou a regime extrajudicial de recuperação fora do quadro do processo de insolvência.

Fora deste quadro excepcional, só através do processo de insolvência e após a sua declaração de insolvência, é permitida à empresa que se encontre em situação de insolvência atual, a satisfação dos credores mediante a aprovação de um plano de insolvência que passe pela recuperação da empresa (artigo 1º CIRE). Todos os demais meios de recuperação da empresa têm, em regra, por pressuposto que a empresa se encontre em situação económica difícil ou situação de insolvência iminente (nº2, artigo 1º, CIRE quando ao PER e artigo 3º, º1, al. b), da Lei nº8/2018, de 02 de março, quanto ao Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas.

*

1. Âmbito de aplicação e natureza do Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE)

Este processo apresenta como notas características:

a) A sua isenção de custas processuais – a empresa devedora apenas tem de suportar os honorários do administrador judicial provisório, a fixar entre 300 e 3.000€ (artº 7º, nº7 e art. 15º).

b) É um processo ao qual é atribuída natureza urgentíssima, inclusivamente na fase de recurso¹, assumindo prioridade sobre a tramitação e julgamento de processo de insolvência, de PER e de PEAP.

c) É um processo judicial para homologação de um plano de viabilização elaborado e acordado extrajudicialmente com os respetivos credores – o devedor terá de

¹ A decisão proferida sobre as impugnações é insuscetível de recurso autónomo da apelação, podendo ser impugnada com o recurso a interpor da decisão de homologação ou não homologação, a subir nos próprios autos e com efeito meramente devolutivo (ns. 5 e 10, artigo 9º Lei nº75/2020).

apresentar em tribunal um acordo de viabilização assinado pela empresa e por credores que representem, pelo menos, as maiorias necessárias à sua aprovação (maiorias de votos previstas no nº5 do art. 17º-F do CIRE)².

Neste aspeto, aproxima-se do processo de “Homologação de Acordos extrajudiciais de recuperação de Empresas”, previsto no artigo 17º-1, CIRE, constituindo um processo *híbrido*, permitindo que acordos celebrados com alguns dos credores, se tornem vinculativos para todos os credores, desde que aprovados por determinadas maiorias e sujeitos à homologação do tribunal.

d) Quanto ao âmbito subjetivo, tem por destinatários qualquer “*empresa*” em sentido amplo – “*toda a organização de capital e trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica*” –, abrangendo qualquer pessoa *jurídica* ou *física* ou *património autónomo* que seja *titular de empresa*, incluindo, assim, os empresários em nome individual, ainda que sem contabilidade organizada, dele se encontrando excluídas, tão só, as entidades previstas nos no nº2 do artigo 3º CIRE (pessoas coletivas públicas, entidades públicas empresariais, empresas de seguros, instituições de créditos, etc.).

Este processo extraordinário tem, assim, um âmbito subjetivo coincidente com o do PER (artigo 17-A, nº2 CIRE) e com o do RERE (artigo 3º, ns. 1 e 2, Lei nº8/2018, de 2 de março) – abrangem todas as empresas, independentemente de serem pessoas singulares ou coletivas, dela ficando excluído o devedor não empresário.

e) Destina-se à empresa que se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente ou atual, em virtude da pandemia da doença covid-19, mas que seja ainda suscetível de viabilização:

- *presumindo-se* que a situação de insolvência é *causada pela pandemia*, sempre que, de acordo com as normas contabilísticas aplicáveis conjugadas com o disposto no nº3 do

² Segundo o nº5 do artigo 17º-F, o plano considera-se aprovado quando: a) sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, 1/3 do total dos créditos relacionados com direito a voto, recolha o voto favorável de mais de 2/3 da totalidade dos votos emitidos e mais de metade de votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções; ou, b) recolha o voto favorável de credores que representem mais de metade dos créditos relacionados com direito de voto e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções.

artigo 3º, CIRE, a empresa demonstre ter, em 31 de dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo³.

f) Pode ser utilizado desde que a empresa/empresário não tenha pendente PER ou PEAP à data da apresentação do requerimento inicial (tratando-se de micro ou pequena empresa que se encontre em situação de insolvência técnica em data anterior a 31 de dezembro de 2019, exigir-se-á ainda que, não se encontre contra ela pendente qualquer processo de insolvência);

g) Pode ser utilizado sem dependência de qualquer intervalo temporal relativamente a anterior PER⁴ ou a anterior RERE, e, ainda que o Plano/acordo aprovado se encontre em execução e se tenha encontrado em incumprimento relativamente ao mesmo: ao contrário do que a tal respeito vigora relativamente ao PER⁵ e ao PEAP, a Lei nº 75/2020 não estabelece qualquer limite nesse campo.

Tal possibilidade (assim como a concessão de prazo para adaptação concedido num PER que se encontre pendente), assenta na ideia de que qualquer plano/acordo elaborado anteriormente se encontrará desatualizado face ao contexto da pandemia.

E, relativamente a uma empresa que se encontre em execução de Plano de Insolvência? Pode esta empresa recorrer ao PEVE?

³ O artigo 3º consagra, todavia, nos seus ns. 4 e 5, algumas exceções a tal regra permitindo-se o acesso ao PEVE a empresas que à data de 31 de dezembro de 2019 tivessem um passivo já superior ao ativo (ou seja, que se encontrassem em situação de falência contabilística):

i) relativamente às micro e pequenas empresas, desde que não tenham pendente processo de insolvência ou PEAP, e, simultaneamente, tenham recebido algum auxílio de emergência estatal em contexto da pandemia de doença covid-19 e o mesmo não tenha sido reembolsado, ou, estejam abrangidas por um plano de reestruturação no quadro das medidas de auxílio estatal;

ii) empresas que tenham logrado regularizar a sua situação ao abrigo da disposição transitória o nº1 do artigo 35º, da Lei nº8/2018 (norma transitória que, durante o prazo de 18 meses, permitiu às empresas o acesso ao RERE, ainda que estivessem em situação de insolvência) e desde que tenham procedido ao depósito tempestivo do acordo de reestruturação.

⁴ O termo do PER ou do PEAP sem aprovação de um plano de recuperação/acordo de pagamento impede a empresa/devedor de recorrer ao mesmo pelo prazo de 2 anos (nº6, artigo 17º-G e nº7, artigo 222º-G, CIRE).

⁵ Relativamente ao PER, o termo do processo negocial sem aprovação de plano de recuperação impede a empresa de recorrer ao mesmo pelo prazo de dois anos (artigo 17º-G, nº6, CIRE), e a homologação de um plano de recuperação é igualmente impeditiva de recurso a novo PER, salvo se a empresa demonstrar, no respetivo requerimento inicial, que executou integralmente o plano ou que o requerimento de novo processo de revitalização é motivado por fatores alheios ao próprio plano e a alteração superveniente é alheia à empresa (artigo 17º-F, nº6). Também o RERE não prevê qualquer limite temporal à sua renovação.

Nada dizendo em contrário a presente lei, teremos que responder afirmativamente.

Sendo certo que um plano de insolvência pode envolver a sua execução por um período alargado de vários anos e que, na sua pendência, pode a empresa vir a ser sujeita a nova declaração de insolvência – por incumprimento das obrigações estipuladas no plano ou de novos créditos incumpridos resultantes da continuação da sua atividade –, teremos de admitir que também tal empresa possa submeter ao PEVE o acordo de viabilização a que chegue com os seus credores, desde que, tal como qualquer outra empresa, satisfaça os demais requisitos exigidos pelos ns. 1, 3 e 4, do artigo 6º, da Lei nº 75/2020, ou seja, que, nomeadamente, demonstre que o incumprimento do plano ou a sua insolvência atual ou eminente é derivada da pandemia do Covid-19, mas que continua a ser suscetível de viabilização.

h) O processo extraordinário de viabilização só pode ser usado por uma única vez (nº15 do artigo 9º)

*

2. Tramitação do Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE)

Relativamente ao processado a que se encontra sujeito, o processo extraordinário de viabilização de empresas segue de perto a tramitação do processo de “Homologação de Acordos Extrajudiciais de Recuperação do Devedor”, previsto no artigo 17º-I do CIRE – que, por sua vez, remete em muitos dos seus termos para o disposto quanto ao PER (arts. 17ºA a 17º-F CIRE) –, embora aqui com prazos de impugnação e de decisão mais curtos.

Trata-se de pedir ao tribunal a homologação de um acordo já feito e assinado por credores que representem, pelo menos, a maioria de votos prevista no n.º5 do artigo 17.º-F do CIRE⁶.

O primeiro despacho a proferir pelo tribunal – decisão de nomeação de administrador judicial provisório – tem os efeitos habituais deste tipo de procedimentos judiciais ou híbridos (artigo 8.º):

- *obsta* à instauração de *quaisquer* ações para cobrança de dívidas (declarativas ou executivas) contra a empresa e importa a *sustação* das ações para tal efeito pendentes;

- impede a empresa de praticar atos de especial relevo, tal como vêm definidos no artigo 161.º CIRE, sem prévia autorização do AJP;

- suspensão de todo e qualquer *processo de insolvência* pendente contra a devedora, desde que nele não tenha sido ainda proferida declaração de insolvência (salvo no caso de micro e médias empresas em que a pendência de um processo de insolvência constituiu impedimento de recurso a este processo extraordinário);

- suspensão de todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis à empresa até à decisão de homologação ou não homologação do acordo;

- até à sentença de homologação ou não homologação do plano, a prestação dos serviços públicos essenciais aí elencados (n.º8 do artigo 8.º) tem de ser assegurada, não podendo ser suspensa, ainda que com fundamento em incumprimento anterior à entrada do requerimento inicial;

(Ao contrário do que a tal respeito se dispõe relativamente ao PER, ao PEAP e ao RERE, esta imposição aos fornecedores de serviços essenciais não é acompanhada da atribuição de um estatuto especial aos respetivos créditos:

⁶ Para além deste acordo de viabilização, a empresa deverá juntar com o requerimento inicial os seguintes documentos (art. 7.º, n.º1):

- declaração escrita assinada pelo órgão de administração da empresa que ateste que a situação em que se encontra é devida à pandemia da doença Covid-19 e que reúne as condições necessárias à sua viabilização (embora o diploma não o diga, entender-se-á que esta declaração escrita, tal como se prescreve para o PER relativamente à declaração a atestar que não se encontra em situação atual, deverá ser subscrita por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas);

- os documentos a que aludem as als. a) a i) do artigo 24.º CIRE;

- lista de credores, respetivos montantes e garantias de que gozam, subscrita pela empresa e pelo contabilista certificado ou por revisor oficial de contas sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida.

não se prevê que o preço/custo do fornecimento dos serviços públicos essenciais prestados durante tal período venha a ser considerado dívida da massa insolvente caso a insolvência venha a ser decretada nos dois anos posteriores, ou ainda, ao contrário do que se dispõe para o RERE, não se prevê para os demais casos a atribuição de privilegio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio mobiliário geral concedido aos trabalhadores (nº9 do artigo 17º-E e nº9 artigo 222-E, CIRE e nº5, artigo 12º, Lei nº8/2018).

Dada a similitude das situações, CATARINA SERRA⁷ defende ser de aplicar a tal custo, por analogia, a qualificação que a tais créditos é dada no âmbito do RERE.)

A partir da publicação da decisão a nomear administrador judicial provisório na Área de Serviços Digitais dos Tribunais, os credores dispõem de um prazo (único) de 15 dias⁸ para:

- proceder à impugnação, com fundamento na indevida inclusão ou exclusão dos créditos reconhecidos, ou da incorreção do respetivo montante ou da sua qualificação;
- solicitar a não homologação do acordo de viabilização.

Ou seja: não há aqui a abertura de uma fase para reclamações de créditos, ao contrário do que a tal respeito se dispõe para a homologação dos acordos do artigo 17º-I do CIRE (nº3, que remete para o disposto nos ns. 2 e 3 do art. 17º-D)⁹.

Uma vez que se podem socorrer deste processo empresas em situação de insolvência atual, o legislador, para além dos demais requisitos previstos no PER e no PEAP para a homologação do acordo¹⁰, optou por confiar ao tribunal, ouvidos os

⁷ “Direito da insolvência e da recuperação em tempos de emergência: a justa medida”, Web Conferência, Seminário de Direito Comercial, 9 e 10 de dezembro de 2020 (Parceria CEJ/Revista de Direito Comercial”, disponível in <https://www.justicav.com/2018/>.

⁸ No PER os credores têm o prazo de 20 dias para reclamar os seus créditos e um posterior prazo de 5 dias para impugnação dos demais créditos.

⁹ Com o intuito de assegurar celeridade ao processo e ciente das divergências existentes na doutrina e jurisprudência sobre a contagem dos prazos no PER e no PEAP, o legislador é expreso a afastar a aplicabilidade do nº5 do art. 135º CPC ao prazo para impugnação de créditos, bem como a negar a possibilidade de interposição de recurso autónomo do despacho que sobre elas incidir; ou seja, tal decisão só poderá ser impugnada com a decisão final de homologação ou não homologação do plano, recurso este que sobre imediatamente, nos próprios autos, com efeito devolutivo.

¹⁰ Quer haja, ou não haja, oposição, o juiz deverá homologar o plano aprovado, desde que satisfaça, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- i) o acordo se encontre aprovado pelas maiorias previstas no n.º 5 do artigo 17.º-F do CIRE;
- ii) presente perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa;

credores e o Parecer do AJP, a tarefa de apreciação da viabilidade da empresa, devendo rejeitar o plano de insolvência caso se convença da inexistência de perspectivas razoáveis de recuperabilidade.

A decisão de homologação vincula a empresa, os credores subscritores do acordo, e os credores que constem da relação definitiva, ainda que não hajam participado nas negociações extrajudiciais, e ainda aqueles que, no prazo de 30 dias a contar da publicação da sentença de homologação, venham no processo manifestar a sua intenção de aderir ao acordo homologado¹¹, e se tal vontade for expressamente aceite pela empresa (artigo 10º). Os créditos abrangidos serão os constituídos à data em que foi proferido o despacho inicial de nomeação do AJP.

*

3. Estatuto e garantias concedidas aos novos créditos por financiamento à reestruturação

A Lei nº 75/2020, de 27 de novembro, tendo presente as reflexões e recomendações exaradas na Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência¹² e o objetivo nela expresso – assegurar a empresas e empresários *viáveis* que estejam em dificuldades financeiras o acesso a regimes eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a sua atividade – procurou responder ao problema da falta de liquidez nas empresas.

A necessidade de proteção do financiamento para reestruturação envolveu uma atuação a dois níveis:

iii) Não subsistir alguma das circunstâncias previstas nos artigos 215.º e 216.º do CIRE.

¹¹ À semelhança do que sucede no RERE, em que o acordo de reestruturação apenas produz efeitos entre a devedora e cada um dos credores subscritores do mesmo, após depósito na Conservatória (ns. 22º, nº1 e 23º, nº1, Lei nº8/2018. Já no PER, no PEAP, e na “Homologação de Acordo Extrajudicial de Recuperação de Empresas do art. 17º-J, a homologação do Plano de Recuperação/Acordo de pagamento vincula a empresa/devedor e os credores, mesmo que não hajam reclamado os seus créditos ou participado nas negociações, relativamente aos créditos constituídos à data da nomeação do AJP (artigos 17º-F, nº10, 17º-I, nº6, e 222º-F, nº8, CIRE).

¹² Diretiva (EU) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, com prazo de transposição em todos os Estados membros da União Europeia, até 21 de julho de 2021.

i) proteção dos negócios de financiamento contra possíveis ações de nulidade, anulação ou declaração de resolução, proteção esta que, de certo modo, constava já do artigo 120º, nº6 do CIRE, com a insusceptibilidade de resolução de negócios jurídicos celebrados no âmbito do PER ou de outro procedimento equivalente, cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação;

ii) prioridade de pagamento no âmbito de eventuais e futuros processos de insolvência, que também existia já no PER, relativamente aos credores que, no decurso do processo, financiem a atividade do devedor com o propósito da sua revitalização, através da atribuição de um privilégio mobiliário geral, graduado antes dos trabalhadores.

Na sua procura de potenciar e incentivar o recurso a meios rápidos de financiamento das empresas e com custos inferiores aos que derivariam da contração de empréstimos bancários, o legislador foi aqui mais longe, privilegiando, pela primeira vez, o *autofinanciamento*, através da atribuição e alargamento de um *estatuto especial* a todos aqueles que participem no seu financiamento acudindo às suas necessidades transitórias de liquidez, contribuindo assim para a continuação da empresa em atividade.

Assim, sob o nº2 do artigo 11º, não só se prevê a concessão de um privilégio mobiliário geral a atribuir, não só aos credores que financiem a atividade da empresa concedendo-lhe os meios financeiros para a sua recuperação, a graduar antes do privilégio mobiliário geral concedido aos trabalhadores (tal como a tal respeito havia já sido consagrado relativamente ao PER, ao PEAP e à Homologação de Acordos Extrajudiciais, nos artigos 17º-H, nº2, 222º-H, nº2 e 17º-I, nº6, CIRE)—, como se estende tal privilégio aos sócios, acionistas e pessoas especialmente relacionadas¹³ com a empresa.

¹³ São havidos como “pessoas especialmente relacionadas” com o devedor pessoa coletiva (artigo 49º, nº2, CIRE):

a) Os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;

b) As pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;

c) Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;

No que constitui uma das (poucas) novidades deste regime relativamente aos demais meios de recuperação comuns já existentes, opera-se como que uma reviravolta no estatuto dos créditos dos sócios, acionistas e “outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor”, quando resultantes de financiamento à empresa no âmbito do PEVE.

Sob a consideração de que a proximidade entre o devedor e este tipo de credores importa um risco de atuação em prejuízo dos demais credores, tais créditos encontram-se sob suspeição, merecendo, pela regra geral do artigo 117º CIRE, a qualificação de *subordinados* – a graduar depois de todos os créditos sobre a insolvência e de todos os créditos sobre a massa, sendo os créditos por “suprimentos” (natureza atribuída aos empréstimos pecuniários quando efetuados por sócios, nos termos do art. 243º, ns. 2 e 3, CSC) pagos depois de todos ao demais créditos subordinados (artigo 48º, al. g)) –, encontrando-se os respetivos negócios sujeitos à *resolução para a massa* (artigos 120º, nº4, 121º, nº1, al.c), e), i), CIRE).

Ora, o disposto no nº2 do artigo 11º, não só, comporta o afastamento da sua qualificação como créditos *subordinados*, com a consequente graduação depois dos restantes créditos da insolvência, como, não se contentando com uma remissão para o regime dos créditos comuns, o legislador optou por, durante a vigência desta lei, premiar o financiamento por parte destas “pessoas especialmente relacionadas com a empresa” com a atribuição de um *privilégio mobiliário geral*, a graduar antes dos créditos dos trabalhadores.

Reconhece-se agora, face aos reparos que vinham ser feitos pela doutrina, que tais pessoas são quem, pela sua proximidade e pelo interesse que têm na recuperação da empresa, em melhores condições se encontram para a obtenção de um crédito mais fácil

d) As pessoas relacionadas com alguma das mencionadas nas alíneas anteriores por qualquer das formas referidas no n.º 1. (cônjuge, ascendente, descendente, irmão, pessoa que tenha vivido habitualmente em economia comum, com alguma das pessoas referidas na als. a) do nº1)”. Sobre o conceito de “pessoas especialmente relacionadas com o devedor e respetivo regime, cfr., MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Insolvência, pessoas especialmente relacionada, resolução em benefício da massa insolvente e subordinação de créditos, in V Congresso de Direito da Insolvência”, Coordenação-Catarina Serra, Almedina, pp.83-119.

– rápido e mais barato – e, eventualmente em muitos casos, o único a que podem aceder face à situação de endividamento em que já se encontram e as restrições impostas pelos financiadores institucionais.

Chama-se a atenção a opção o legislador de, durante a vigência da Lei nº 75/2020, também no PER, estender aos sócios, acionistas e quaisquer outras pessoas que financiem a sua atividade, disponibilizando-lhe capital para a sua recuperação, o privilégio mobiliário geral concedido aos credores que financiem a empresa durante as negociações – a graduar com preferência sobre os créditos dos trabalhadores – (previsto no nº2 art. 17º-H) CIRE) – artigo 3º.

Desconhece-se por que motivo tal privilégio não foi igualmente estendido aos sócios, acionistas e outras pessoas que participem no financiamento da empresa no âmbito do RERE.

No nº1 do artigo 11º, prevê-se a manutenção das garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores no âmbito do processo extraordinário de viabilização, com a finalidade de proporcionar àquela os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, em caso de superveniente declaração de insolvência, replicando um mecanismo já existente no PER, no PEAP e no procedimento de Homologação de acordos extrajudiciais de recuperação da empresa (artigos 17º-H, nº1, e 222º-H, nº1, e 17º-I, nº6, CIRE).

No artigo 12º prevê-se, ainda, a insusceptibilidade de resolução em benefício da massa: i) dos negócios jurídicos que hajam compreendido a *efetiva disponibilização à empresa de novos créditos pecuniários* – incluindo sob a forma de diferimento de pagamento – e ii) a constituição de garantias respeitantes a tais créditos.

A previsão desta prerrogativa, não só, não é propriamente uma novidade, como já resultaria do disposto no artigo 120º, nº6, do CIRE, onde se prevê a insusceptibilidade de resolução dos “*negócios jurídicos*” “*no âmbito de processo especial de revitalização, de providência de recuperação ou saneamento (...) ou de outro procedimento equivalente previsto em legislação especial, cuja finalidade seja prover o devedor com meios financeiros suficientes para viabilizar a sua recuperação*”

Talvez pensando nas hipóteses de abuso que possam vir a ocorrer nos casos de autofinanciamento, aí se dispõe que a insusceptibilidade de resolução será afastada se o novo financiamento vier a ser utilizado pela empresa em benefício da respetiva entidade financiadora ou de entidade que com esta esteja especialmente relacionada, nos termos referidos no artigo 49º do CIRE.

Tal regime de proteção encontra-se igualmente consagrado para os negócios e garantias celebrados no âmbito do RERE (art. 28º Lei nº8/2020).

Quanto à eficácia de tal garantia, Catarina Serra¹⁴ sustenta que, tal como está formulada, não é seguro que fiquem bloqueados todos os meios de impugnação de garantia patrimonial, nomeadamente, a impugnação pauliana, prevista no artigo 127º CIRE, embora esta não ponha em causa subsistência das garantias mas tão só a sua eficácia relativamente ao credor impugnante.

*

6. Incumprimento do acordo de viabilização

Quanto ao incumprimento do acordo de viabilização que venha a ser alcançado ao abrigo de tal diploma, seguiu-se a solução já adotada quanto ao PER ou PEAP, para o caso de incumprimento do plano de recuperação/plano de pagamentos (nº12 do art. 17º-F e nº10º do art. 222ºF), determina-se a aplicação do disposto no nº1 do artigo 218º do CIRE (nº 14º, artigo9º)¹⁵:

“A moratória e o perdão ficam sem efeito:

a) quanto ao crédito relativamente ao qual o devedor se constitua em mora¹⁶, se a prestação, acrescida de juros moratórios, não for cumprida no prazo de 15 dias após interpelação escrita do devedor;

¹⁴ “Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – Análise (e) Crítica”, Almedina, Setembro 2018, p. 145 e nota 219.

¹⁵ A moratória e o perdão ficam sem efeito:

a) quanto ao crédito relativamente ao qual o devedor se constitua em mora , se a prestação, acrescida de juros moratórios, não for cumprida no prazo de 15 dias após interpelação escrita do devedor;
b) quanto a todos os créditos se, antes de finda a execução do plano, o devedor for declarado em situação de insolvência.

¹⁶ Chama-se a atenção que este direito a retomar o formato original só se aplica aos créditos que se achem reconhecidos pela sentença de verificação de créditos ou por outra decisão judicial, ainda que não transitada em julgado – nº2 do artigo 218º CIRE.

b) quanto a todos os créditos se, antes de finda a execução do plano, o devedor for declarado em situação de insolvência.”

Ou seja:

Em regra, o incumprimento de um crédito não afeta a eficácia e a execução do plano em relação aos demais. Em caso de insolvência, todos os créditos abrangidos pelo plano retomam o seu formato original.

Já relativamente ao RERE, o legislador afastou-se deste regime, prescrevendo que o incumprimento de alguma das obrigações previstas no acordo dá ao credor lesado: i) o direito à resolução do acordo e a ii) declarar imediatamente vencidas todas as demais prestações constantes do acordo de reestruturação; mas que, em caso algum, a resolução tem efeitos retroativos ou importa a repriminção dos termos originais de obrigação alterada (artigo 30º, ns. 1, 2 e 3). E, em coerência com a ideia de que o acordo mantém a sua eficácia, igualmente se estipula que, o acordo de reestruturação constitui *título executivo* relativamente às obrigações pecuniárias nele assumidas pelo devedor. Tal regime encontra-se igualmente em articulação com a previsão de que o depósito do acordo de reestruturação tem por efeitos a *extinção das ações executivas*, declarativas e providências cautelares que respeitem a créditos incluídos no acordo (artigo 25º nº1) – precisamente porque, em caso de posterior incumprimento da devedora, o que será objeto de execução não é já a obrigação original, mas a obrigação alterada tal como se mostra assumida no acordo de reestruturação.

*

Desta análise sintética permanecem dúvidas sobre as eventuais vantagens do recurso a este Processo Extraordinário de Viabilização da Empresa relativamente ao RERE, sendo certo que este poderá, em certas condições ser submetido ao Processo de Homologação de Acordos Extrajudiciais já constante do CIRE (artigo 17º-I, CIRE e artigo 29º da Lei nº8/2018).

Este procedimento extraordinário apresenta como notas características, relativamente aos processos e procedimentos já existentes, a possibilidade de a ele recorrerem não só empresas e empresário em situação económica difícil ou iminente mas, igualmente, aqueles que se encontrem em situação de insolvência *atual*, e a *proteção* que nele é dada ao *autofinanciamento*. Contudo, tais diferenças esbatem-se quando o

legislador opta por, durante o período de vigência da Lei nº 75/2020, permitir que as empresas em situação de insolvência atual em virtude da pandemia possam igualmente recorrer ao RERE, e relativamente ao PER estende o privilégio mobiliário geral previsto no nº2 do art. 17-H, CIRE, aos sócios, acionistas ou quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas da empresa que financiem a sua atividade durante o PER.

Este procedimento extraordinário apresenta algumas vantagens:

- pode ser utilizado sem o intervalo temporal de dois anos sobre anterior apresentação a PER¹⁷ e, mesmo em caso de incumprimento de anterior PER;

- o despacho de nomeação de AJP, quer no PEVE, quer no PER, implica a suspensão de todas as ações executivas e declarativas e de processos de insolvência instaurados contra a empresa, enquanto no RERE apenas suspende as ações e os processos de insolvência instaurados por algum credor participante nas negociações;

- ao nível efeitos da homologação do acordo de viabilização:

- a) acordo de viabilização obtido no âmbito de um PEVE tem um alcance mais alargado do que o resultante de um RERE, mas mais restrito do que o que resulte de um PER: depositado o *acordo de reestruturação* produz efeitos unicamente entre o devedor e cada um dos credores que o subscreveram (arts. 23º, nº1 e 25º, RERE); o *acordo de viabilização* homologado produz efeitos relativamente a todos os créditos constantes da lista de credores (ainda que não hajam participado nas negociações ou subscrito o acordo), relativamente aos créditos constituídos à data da decisão de AJP (artigo 9º, nº9), bem como dos credores que venham a aderir ao acordo ao abrigo do artigo 10º e que obtenham concordância expressa da empresa (PEVE); o *plano de recuperação* vincula a empresa e todos os credores mesmo que não hajam reclamado os seus créditos ou participado nas negociações (PER, artigo 17º-F, nº10);

- b) quanto aos efeitos processuais, se o *acordo de reestruturação* alcançado no RERE tem efeitos mais restritivos quanto ao âmbito dos credores afetados – a extinção das

¹⁷ Também no RERE, tenha ou não alcançado um acordo de reestruturação, a empresa pode sujeitar-se a novas negociações (artigo 18º, nº2, da Lei nº8/2018, de 02 de março).

ações executivas e dos processos de insolvência e a suspensão das ações declarativas só abrange as que foram instauradas pelos credores subscritores ou aderentes ao acordo, enquanto no PER e PEVE a extinção afeta todos os credores –, no RERE, extinguem-se, não só, as ações executivas instauradas pelos credores subscritores ou aderentes contra a empresa devedora, mas igualmente quanto aos respetivos garantes, relativamente às operações garantidas.

Aqui surgem dúvidas sobre se tal extinção das ações contra os respetivos garantes constituirá um aspeto positivo ou negativo de recurso ao RERE, uma vez que, se tal previsão representará um incentivo relevante para às empresas subscritoras, os credores não verão com bons olhos este impedimento de ação contra os respetivos garantes.

- quanto à proibição de suspensão dos serviços essenciais – presente nos três diplomas (PER; PEVE e RERE) – destacamos que no RERE (ao contrário do que sucede no PER ou PEVE), tal suspensão fica condicionada ao pagamento pontual das prestações que se forem vincendo após o depósito do protocolo das negociações (artigo 12º, nº2, RERE).

*

Notas finais:

1. Opção por um acordo extrajudicial

Remetendo a elaboração do acordo de viabilização e a sua aprovação por credores que representem a maioria necessária à respetiva homologação judicial, para uma fase extrajudicial prévia e desacompanhada de uma entidade mediadora de que a empresa ou o empresário se possa socorrer, aliada ao fraco poder negocial (fraca capacidade de negociação) das micro e pequenas e médias empresas, leva-nos a reexaminar a sua real utilidade, nomeadamente face ao PER.

Com efeito, questionamo-nos como, sem o apoio de um terceiro institucional – que sirva de ponte entre a empresa e os credores e que estes reconheçam como intermediário credível, e no curto espaço de tempo de que dispõem face à urgência de uma solução –, conseguirão motivar os credores a sentar-se à mesa das negociações, o

que terá subjacente a sua disponibilização para aceitar restrições aos respectivos créditos. Tal poderá ser um obstáculo ultrapassável no caso de existência de apenas dois ou três grandes credores, mas já não quando as negociações tenham que envolver um número considerável de credores.

Por outro lado, durante tal período extrajudicial das negociações não é dada à empresa qualquer proteção – não se encontrando prevista para esta fase a suspensão das ações dos credores contra a empresa, esta permanecerá sujeita ao risco de penhora e venda judicial dos seus bens, de declaração de insolvência ou de corte do fornecimento de serviços essenciais.

Não se percebe por que motivo não se adotou a possibilidade prevista no RERE, de antecipar os efeitos de suspensão das ações judiciais e de proibição de interrupção dos serviços essenciais para a fase das negociações, bastando para tal, em qualquer momento das mesmas, proceder ao depósito na Conservatória de Registo Comercial, de um protocolo de negociações assinado pelo devedor e por credores que representem pelo menos 15% do passivo (artigos 6º, 9º a 12º, Lei nº 8/2018).

2. Ausência de um regime especial quanto ao financiamento intercalar

Não prevendo a Lei nº75/2020 qualquer meio de proteção do financiamento intercalar, através da disponibilização imediata de fundos no decurso das negociações extrajudiciais e no decurso do próprio PEVE – a aplicação das medidas de proteção aos novos créditos encontra-se dependente da aprovação do acordo de viabilização –, dificilmente algum sócio, acionista, pessoa especialmente relacionada com o devedor ou até mesmo credor, estará disposto a disponibilizar capital, correndo o risco de, caso o acordo não venha a ser homologado, vir o seu crédito a ser considerado como comum, como crédito subordinado, ou o negócio de financiamento sujeito a eventual resolução para a massa.

3. Garantias pessoais pré-existentes

A par desta facilitação e agilização da celebração de acordos da empresa com os respetivos credores, não é consagrada qualquer medida de apoio às pessoas individuais

que, fora de qualquer procedimento de recuperação, prestaram garantias pessoais pelas obrigações contraídas pela empresa, garantias estas que constituem o suporte do crédito bancário das pequenas e médias empresas de tal modo que, sem garantia, não há concessão do crédito¹⁸, e contra as quais os credores se continuarão a virar face ao incumprimento das obrigações garantidas. Tais garantes vêm contra si prosseguir execuções ou pedidos de declaração de insolvência por operações por si garantidas, muitas das quais foram, entretanto, objeto de negociação por parte da empresa e cujos acordos se encontram a ser cumpridos por esta, em execução de PER ou Plano de Insolvência.

A única medida de que se poderão socorrer será a genérica suspensão da entrega ou a faculdade de pedir a suspensão da venda de imóvel que constitua a sua morada de família, quer na ação executiva quer na insolvência contra si declarada, quando se justificaria que, face à existência de acordo relativamente à operação garantida e ao cumprimento dos respetivos termos, pelo menos durante a situação de pandemia, se sustasse a execução ou o processo de declaração de insolência contra si pendentes.

Maria João Areias

(8 de janeiro de 2011)

¹⁸ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito das Garantias”, 3ª ed., Almedina 2020, pp.125.