

APONTAMENTOS SOBRE OS EFEITOS DO PROCESSO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO

(ANA PAULA BOULAROT)

1.Os efeitos do processo especial de recuperação.

O PER constitui uma profunda alteração introduzida pela Lei 16/2012, resultante das negociações com a Troika, cujos princípios orientadores constam, de uma maneira geral da Resolução do Conselho de Ministros 43/2011 e cuja consagração legal, decorre agora dos artigos 17-A a 17-I do CIRE.

Nesses normativos veio-se a consagrar dois processos especialíssimos, urgentes, antecipatórios do estado de insolvência do devedor, com vista à sua obstaculização: o primeiro, prevenido nos artigos 17-A a 17-H, destinado à obtenção de um acordo entre o devedor e os credores, com vista à sua conclusão para recuperação daquele; o segundo, prevenido no artigo 17-I, é o processo que visa a homologação do acordo havido entre o devedor e os credores extrajudicialmente, quer dizer, enquanto no primeiro dos procedimentos se recorre desde logo ao Tribunal, através da declaração conjunta do devedor e de pelo menos um dos seus credores, na qual manifestam a intenção de encetarem negociações conducentes à revitalização daquele e através de um plano de recuperação, artigo 17-C, n.º1, no segundo dos procedimentos, o acordo é efectuado extrajudicialmente entre o devedor e os credores que representem, pelo menos a maioria dos votos a que se alude no artigo 212.º, n.º1, acompanhado dos documentos referidos no artigo 24.º (relação de credores, relatórios de actividades e de exercícios, etc), levando à prolação de um despacho de homologação ou de não homologação no prazo de dez dias, artigo 17-I, tratando-se de um procedimento mais expedito e simplificado que leva a uma tramitação processual mais abreviada ainda.

A estrutura destes dois processos é híbrida (*hibrid procedures* do direito inglês), porque fazendo apelo à autonomia privada do devedor e dos credores, deixa-lhes uma grande margem de manobra, com vista à composição dos respectivos interesses,

embora sempre pautados pelos princípios orientadores, *maxime*, da boa fé, da cooperação, da igualdade e da transparência e com a intervenção das autoridades judiciais na respectiva aprovação, obtêm a garantia do seu cumprimento, desde que o devedor se encontre numa situação económica difícil, ou em situação de insolvência eminente, mas que seja ainda possível a sua recuperação, o que pressupõe e impõe que o devedor tenha uma condição económica que não indiciem um passivo superior ao activo nem estar numa situação que já não lhe seja permitido satisfazer quaisquer dos seus compromissos, porque se assim for, este processo especialíssimo não se lhe pode aplicar, mas antes o processo de insolvência

Como se vê, estes dois procedimentos apresentam-se na sua estrutura em relação ao processo de insolvência, como se de uma verdadeira providência cautelar antecipatória se tratasse, destinada à manutenção da estrutura económica do devedor, permitindo a continuação da sua actividade, evitando-se o desmantelamento da empresa, desfecho inultrapassável em processo de insolvência, com todas as consequências daí advenientes, nomeadamente, com a consequente extinção de postos de trabalho.

Referi «da empresa», porquanto entendo que este específico procedimento se aplica apenas às empresas ou a pessoas singulares agentes económicos e não também a pessoas singulares «tout court», muito embora a Lei não estabeleça qualquer exclusão, esta verifica-se tendo em atenção os elementos históricos, sistemáticos e teleológicos orientadores da introdução do PER no nosso ordenamento jurídico, restando às pessoas singulares o recurso ao processo de insolvência e neste ao plano de pagamentos aludido nos artigos 249º e 251º do CIRE (bem sabemos que esta tese não é unívoca, a nível doutrinário, embora a nível jurisprudencial seja maioritária, tendo sido recentemente produzido o primeiro Ac do STJ neste sentido em 10 de Dezembro de 2015, proc 1430/15.9.T8STR.E1.S1 (Relator Pinto de Almeida), em vias de publicação na DGSI).

Assim sendo, estando o devedor (sendo este um agente económico) numa situação de dificuldade económica que lhe

permita solver com regularidade os seus compromissos, mas não estando ainda numa situação de incumprimento total dos mesmos e pretendendo apresentar-se a qualquer um destes dois procedimentos híbridos, o primeiro efeito imediato de tal apresentação, quer a mesma seja judicial, quer a mesma seja pré-judicial, é a de se iniciar um período de suspensão, em que os credores estão obrigados a concederem ao devedor um período de tempo suficiente, mas limitado, de onde o mesmo dever ser negociado, para todos partilharem as informações necessárias para a elaboração de propostas a fim de se levar a bom termo as negociações: é uma concessão dos credores ao devedor e não um direito deste. Por outro lado, durante este período de suspensão, os credores não devem agir contra o devedor, intentando novas acções, devendo sustar as que se encontrem pendentes contra aquele. É o chamado «*standstill*».

Este dever de cooperação dos credores para com o devedor e a consequente suspensão das acções pendentes e eventuais futuras, correspondem aos quarto e quinto princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores, constante da resolução do Conselho de Ministros que antecedeu a alteração legislativa introduzida com a criação do PER, sendo os mesmos obrigatórios e por isso deverão ser observados aquando das negociações, como impõe o nº10 do artigo 17º-D do CIRE, no qual se estipula *expressis verbis* que «*Durante as negociações os intervenientes devem actuar de acordo com os princípios orientadores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros nº43/2011, de 25 de Outubro.*».

O devedor, ao comunicar ao Tribunal o início das negociações com vista à sua recuperação económica, através da entrega da declaração a que alude o artigo 17º-C, nº1 e proferido que seja o despacho de nomeação do Administrador provisório, impede a instauração de novas acções para cobrança de dívidas enquanto perdurarem as negociações, faz suspender as que se encontrem instauradas as quais se extinguirão, logo que seja proferida a homologação do plano no caso em que os créditos delas objecto ali forem abrangidos, excepto se este prever a respectiva continuação, nº1 do artigo 17º-D.

O período de suspensão apenas poderá ter a duração de três meses, prazo este correspondente ao período legal de negociação do plano de recuperação, artigo 17-D, nº5 do CIRE, sendo este prazo preceptivo, cfr neste sentido o Ac StJ de 17 de Novembro de 2015 (Relator José Rainho), in www.dgi.pt, onde se pode ler no respectivo sumário «I - O prazo fixado no nº 5 do art. 17º-D do CIRE para a conclusão das negociações tendentes à revitalização do devedor é perentório ou preclusivo.II - Decorrido tal prazo sem que as negociações estejam concluídas, o processo negocial fica encerrado, não podendo ser homologado, por ocorrer uma violação não negligenciável de regras procedimentais, o plano que venha ainda assim a ser aprovado.».

Durante as negociações os intervenientes devem actuar de acordo com os princípios orientadores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro, artigo 17-D, nº10 do CIRE.

- A violação dos princípios orientadores por parte dos intervenientes fá-los incorrer em responsabilidade civil, devendo ser tomadas as medidas adequadas à sua efectivação.
- Perante esta violação, o AP pode excluir os intervenientes das negociações e caso o incumprimento seja generalizado, deverá encerrar o processo de negociação.

As referidas acções são todas aquelas que se destinem à cobrança de dívidas, quer sejam elas executivas ou declarativas com vista ao reconhecimento e consequente condenação no pagamento de uma quantia em dinheiro, só assim se entendendo o âmbito e alcance do aludido normativo em concatenação com o princípio quinto da Resolução, o qual faz impender sobre os credores o dever de, além do mais, não intentar novas acções contra o devedor, não distinguindo qual o tipo de acção ao contrário do processo de insolvência, onde a sua declaração impõe, obrigatoriamente, as providências executivas, cfr artigo 88º, nº1 do CIRE, face à natureza deste procedimento, o qual é universal e concursal.

Concursal, pois o objectivo é a obtenção da liquidação do património do devedor, por todos os seus credores, porquanto todos eles são chamados a nele intervirem, seja qual for a natureza do respectivo crédito, por outro lado, verificada que seja a insuficiência do património a excutir, serão repartidas de modo proporcional pelos mesmos as respectivas perdas (princípio da *par conditio creditorum*); é um processo universal, uma vez que todos os bens do devedor podem ser apreendidos para futura liquidação, de harmonia com o disposto no artigo 46º, nºs 1 e 2 do CIRE, supra enunciado, normativo este que define o âmbito e a função da massa insolvente.

Atentas estas duas características, bem se compreende que apenas as acções de cariz executivo sejam suspensas com a declaração de insolvência, e não quaisquer outras, já que, apenas estas poderiam por em causa a natureza e a finalidade deste tipo de processo, em que o património do devedor é apreendido para a massa insolvente a fim de satisfazer os respectivos credores através da sua liquidação.

Ex adverso não se destinado o PER à liquidação do património do devedor, mas antes a uma renegociação da situação económica do devedor com os seus credores, com vista à sua revitalização e conservação dos seus bens, bem se compreende que se exija que durante o período de suspensão destinado à apresentação e elaboração das propostas para resolução dos problemas financeiros daquele, os credores envolvidos não possam instaurar, nem fazer prosseguir quaisquer acções, sejam elas de que natureza forem, para não fazer perigar os acordos em curso.

Bem sabemos que esta posição não é consensual na doutrina (ver Isabel Alexandre, Efeitos Processuais da Abertura do Processo de Revitalização, II Congresso de Direito da Insolvência; Nuno Salazar Casanova, David Sequeira Dinis, O processo Especial de Revitalização) nem na jurisprudência (ver entre outros o Ac RL de 21 de Abril de 2015 (Relator Luís Espírito Santo) in www.dgsi.pt) mas parece ser a que melhor se adequa aos princípios enformadores do PER e às suas finalidades, cfr a propósito Carvalho Fernandes e João Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de

Empresas Anotado, 2ª Ed., 164/165; Ana Prata, Jorge Morais Carvalho, Rui Simões, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 64; João Aveiro, A revitalização económica do devedor, Revista O Direito, Ano 145/2013, tomos I/II, 37; Alexandre Soveral Martins, Um Curso de Direito da Insolvência, 470/471; e entre outros o Ac RL de 5 de Junho de 2014 (Relatora Ondina Carmo Alves).

Acerca desta precisa problemática o STJ ainda não teve a oportunidade de se pronunciar, encontrando-se pendente a primeira Revista em que se coloca tal questão embora a mesma já tenha sido afluída em termos genéricos no Ac STJ de 3 de Março de 2015 em que foi Relator o Cons João Camilo, onde se decidiu que:

«I - Na pendência das negociações com vista à aprovação do plano de recuperação previsto nos arts. 17.º-A a 17.º-I do CIRE, o credor não pode propor acções contra o devedor ou, simplesmente, agir contra o mesmo, tal como prescreve o art. 17.º D, n.º 10, do mesmo código e o Quinto Princípio da Resolução n.º 43/2011 da Presidência do Conselho de Ministros, publicada no DR, I série, de 25-10-2011.

II - Por essa razão e nesse período temporal, o credor que seja locador financeiro incidente sobre imóveis em que o devedor seja locatário financeiro, não pode resolver esse contrato, mesmo que tenha causa legal para o efeito, resolução essa que tornava inviável o plano de recuperação já aprovado, apesar do voto contra do locador financeiro.»

De onde se ter concluído não proceder o pedido de não homologação do plano de recuperação do devedor com base no nº1, alínea a) do artigo 216º do CIRE, a requerimento do credor locador financeiro.

Outro dos efeitos imediatos da nomeação judicial do AP é o da suspensão de processos de insolvência que corram contra o Devedor, desde que ainda não tenha sido proferida sentença declaratória da insolvência, como é óbvio, artigo 17-E, nº6.

O despacho a nomear o administrador judicial provisório, tem como efeitos essenciais, em relação ao devedor, o dever que sobre este impende de imediatamente comunicar aos credores que não subscreveram a declaração, a existência do

início das negociações, convidando-os a nelas participarem, artigo 17-D, nº1 e por outro lado, impede-o de praticar actos de especial relevo sem que para o efeito obtenha a prévia autorização do AP.

Constituem actos de especial relevo e por isso interditos ao Devedor, além do mais, os de disposição, aquisição e administração extraordinária referidos no artigo 161º, nº3 do CIRE, o que implica que neste complexo negocial, o Administrador Judicial provisório, tem um papel determinante na regulação das negociações, nelas participando, orientando e fiscalizando, nos termos do nº9 do artigo 17º-D do CIRE.

2. A aprovação do plano de recuperação

O processo especial de revitalização desenrola-se, na maioria dos seus trâmites, fora do tribunal, entre o devedor e os credores, com a participação e sob a orientação e fiscalização do administrador provisório, cabendo ao juiz intervir em momentos específicos e para concretas finalidades, vg os artigos 17-C nº 3-a) e 17-D nºs 3 e 5 do CIRE.

Previu-se um processo expedito, com prazos apertados e ao qual foi atribuído carácter urgente, de molde a não inviabilizar, pelo decurso do tempo, a recuperação do devedor.

Neste contexto, não está contemplada qualquer fase judicial de produção de prova, cabendo essencialmente aos credores (que até podem fazer-se acompanhar de peritos) e ao administrador judicial provisório, a confirmação da situação económico/financeira da empresa e a viabilidade da sua recuperação, cfr artigo 17-D nºs 1 e 6 a 10 do CIRE.

Isto não significa que ao juiz esteja totalmente vedado o controle da verificação das referidas situações. Mas tal controle só pode ser exercido na altura de homologar ou recusar a homologação do Plano e desde que se trate de violação não negligenciável de regras procedimentais ou de normas aplicáveis ao conteúdo do Plano, nos termos do artigo

17-F nº 5 do CIRE, com referência aos artigos 215 e 216 do mesmo diploma.

Vejamos então como se processa esta fase.

Se tiver havido a intervenção de todos os credores na fase negocial e houver a aprovação unânime do plano, o mesmo é remetido ao tribunal, devidamente assinado por todos, acompanhado por uma atestação do administrador, comprovativa da aprovação, artigo 17-F, nº1

Se não tiver havido a intervenção de todos, o plano mesmo assim aprovado é remetido ao tribunal, para apuramento do quórum deliberativo, nos termos do nº2, 3 e 4 do artigo 17º-F.

A sujeição do plano aprovado ao veredicto do Tribunal é uma obrigação que impende sobre os intervenientes, dependendo a sua eficácia e operância da decisão que venha a incidir sobre o mesmo.

Os planos aprovados podem ou não ser objecto de homologação ou não homologação pelo tribunal, o que significa que um plano, mesmo que seja aprovado por unanimidade pelos credores, pode ser vetado oficiosamente pelo tribunal no caso de se verificarem as circunstâncias a que alude o artigo 215, designadamente quando ocorra violação não negligenciável de regras procedimentais ou de normas aplicáveis ao conteúdo do acordo e ainda quando no prazo razoável que se estabeleça, não se verifiquem as condições suspensivas do plano ou não sejam praticados os actos ou executadas as medidas que devam preceder a homologação. Não se compreende que neste caso em que tenha havido unanimidade na aprovação, o que implica o acordo de todos (devedor e credores), que algum dos intervenientes possa vir suscitar alguma questão que implique a não homologação ao abrigo do disposto no artigo 216º, como iremos analisar.

Aqui chegados começam os problemas, sendo que o primeiro deles é que a lei não nos explica o que entende por vícios não negligenciáveis, sendo certo que serão todos aqueles que

possam influir com a justa salvaguarda dos interesses em jogo, nomeadamente no que diz respeito à tutela devida à posição dos credores e do devedor, nos diversos domínios em que se manifesta.

De outra banda, convém não descurar o preceituado no artigo 194º do CIRE, do qual resulta que o plano de recuperação deverá obedecer ao princípio da igualdade dos credores, sem prejuízo de eventuais possíveis discrepâncias provenientes de razões objectivas, devidamente justificadas, sendo o mesmo nulo se se verificar ter sido obtido em violação daquele mesmo princípio.

A título exemplificativo, pode ser oficiosamente recusada a homologação de um plano de recuperação cuja aprovação haja sido obtida por unanimidade, se o juiz verificar que o devedor aquando da apresentação do seu requerimento, nos termos do artigo 17-C, nº1, não se encontrava na situação aludida nos artigos 17-A, nº1 e 17-B, isto é, não estaria numa situação económica difícil ou numa situação de insolvência meramente eminente ainda susceptível de recuperação, mas antes numa situação de verdadeira insolvência, caso haja nos autos elementos que lhe permitam assim concluir, o que acontecerá se, por hipótese, o devedor tiver rendimentos mensais de € 3000 e dívidas computadas em cerca de 14 milhões de euros, cfr a propósito o Ac STJ de 3 de Novembro de 2015 (Relator José Rainho), com o seguinte sumário *«I Pese embora o processo especial de revitalização se resolver num procedimento de feição marcadamente extrajudicial, tal não significa que a liberdade e a autonomia da vontade dos intervenientes no processo não sofram limitações e não possam ser contrariadas pelo tribunal. II. Se o processo revelar inequivocamente que o devedor se encontra numa situação de insolvência actual, o juiz deve recusar oficiosamente a homologação do plano que, ainda assim, foi aprovado. III. Em tal situação estamos perante uma violação não negligenciável das regras procedimentais e da norma legal basilar (a que define em que situações é admitido o processo de revitalização) que permite a realização ou preenchimento do seu conteúdo. IV. Acresce que o uso ilegal e abusivo do procedimento implica a nulidade do negócio jurídico subjacente*

e, inclusivamente, a sua neutralização por excesso manifesto dos limites impostos pelo fim económico do direito.».

Por outro lado do plano de recuperação devem constar todos os elementos que permitam a percepção dos objectivos prosseguidos enquanto instrumento de tutela dos interesses dos credores e de revitalização da empresa, de modo a garantir a possibilidade de ponderação das vantagens que se estima resultarem da sua aprovação, tanto pelos credores como pelo tribunal, devendo-lhe ser aplicáveis, *mutatis mutandis* o preceituado no artigo 195º do CIRE, no que tange ao conteúdo do plano de insolvência, devendo, no caso de faltarem elementos ali enunciados, não ser homologado o mesmo, cfr neste sentido o Ac STJ de 25 de Novembro de 2014, em que fui Relatora, onde se decidiu «I. A Lei disponibiliza aos devedores que se encontrem numa situação de insolvência meramente eminente dois meios judiciais: o processo de insolvência e o processo especial de revitalização. II. O PER aplica-se apenas naquelas situações em que ainda é possível a recuperação da empresa através da negociação com os respectivos credores com vista a com eles estabelecer um acordo nesse sentido de harmonia com o preceituado no artigo 17º-A do CIRE, visando privilegiar, sempre que possível, a manutenção do devedor no giro comercial. III. É um processo negocial extrajudicial do devedor com os credores, com a orientação e fiscalização do administrador judicial provisório, focalizado na obtenção de um acordo para a revitalização da empresa, ao qual são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as regras específicas que pautam a homologação do plano insolvencial, maxime, as decorrentes do normativo inserto no artigo 195º do CIRE, constante do Título IX, para o qual nos remete o artigo 17º-F, nº5, do mesmo diploma. IV. A unidade do sistema jurídico, impõe que as leis se interpretem umas às outras, o que no caso em apreço conduz à asserção de que não contendo as regras específicas relativas ao PER – constantes dos artigos 17º-A a 17º-I, qualquer dispositivo específico de onde deflua quais os itens a observar aquando da elaboração do «plano» e remetendo aquele normativo, para o Título IX, respeitante ao «Plano de Insolvência», embora se destacando o que preceituam os artigos 215º e 216º, igualmente insertos naquele Título, mas não descartando a aplicação de todos os outros que o enformam, parece não se

poder concluir que as regras respeitantes àquele plano insolvencial não tenham aplicação no PER. V. Embora sejam realidades diversas, porque o Plano de Revitalização é uma demarche pré-insolvencial e o Plano de Insolvência, insere-se já neste processo declarativo, não se anulam quer na forma, quer na substância, nem obedecem a um critério pré-definido, porque as situações variam, resultando daquele artigo 195º do CIRE a enunciação dos elementos que o «plano» deverá conter, por forma a elucidar todos os intervenientes, com vista à sua aprovação e subsequente homologação pelo juiz.».

Poderá ainda ser recusada a homologação do plano, a requerimento do devedor e/ou de algum dos credores, nos termos do artigo 216º, nº1 do CIRE, que haja deduzido oposição ao plano e nas seguintes situações:

- a) Se o requerente demonstrar que a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável que a que interviria na ausência de qualquer plano, designadamente face à situação de acordo já celebrado em procedimento extra judicial de regularização de dívidas;
- b) O plano proporciona a algum dos credores um valor económico superior ao montante nominal dos seus créditos sobre a insolvência, acrescido do valor das eventuais contribuições que ele deva prestar.

A recusa da homologação de um plano de recuperação que tenha conferido a um credor uma benesse não justificada pode ocorrer, mas deverá ser homologado quando se verificar que o plano ao prever o pagamento de 50% dos créditos resultantes de fornecimentos e/ou serviços, com perdão total dos juros vencidos e vincendos, em 9 anos, ao mesmo tempo que propõe o pagamento integral dos créditos de instituições bancárias e financeiras, bem como os juros vencidos e vincendos, no prazo de 12 anos, quando se apure que a viabilidade e o sucesso do plano de recuperação dependem da continuidade do financiamento dos credores que aí são tratados de forma aparentemente mais vantajosa, cfr Ac STJ de 10 de Abril de 2014 (Relator Salreta Pereira) em cujo sumário se pode ler *«I - O novo CIRE privilegia a recuperação da empresa, em lugar da liquidação do património do devedor insolvente e da repartição do produto obtido pelos seus*

credores. II - A homologação do plano de insolvência só deve ser rejeitada quando a diferenciação entre os credores é meramente arbitrária, sem qualquer fundamento objectivo e racional, o que não sucede se o tratamento diferenciado dado às instituições bancárias e financeiras está objectivamente fundamentado.».

Quer isto dizer que o Tribunal perante o acordo, terá de analisar todas as vertentes do mesmo, nomeadamente, incumbe-lhe verificar a posição relativa dos credores, de forma a não ficar violado o princípio da igualdade, o que teria acontecido no caso supra citado se não se tivesse apurado a razão essencial para a diferenciação dos prazos de pagamento, entre os credores instituições bancárias e os restantes, uma vez que se tratam de credores comuns; diferente apreciação mereceria se se estivesse perante um credor hipotecário e um credor comum, cfr a este propósito o Ac da RC de 1 de Abril de 2014 (Relator Henrique Antunes).

A não homologação do plano leva ao encerramento do processo especial de revitalização, extinguindo-se os efeitos dali decorrentes, artigo 17-G, nº2.

Este encerramento ocorrerá, nos mesmos termos, caso não haja a homologação de acordos extrajudiciais de recuperação do devedor, artigo 17-I, nº5

Contudo, se o devedor estiver já em situação de insolvência, o encerramento do processo pode levar à declaração de insolvência, artigo 17-G, nº3, incumbindo ao AP na comunicação que deverá efectuar ao Tribunal, após ouvir os credores e o devedor, emitir o seu parecer acerca da situação deste último, nº4 do artigo 17-G, isto significa que a conversão do PER em Insolvência não é automática, terá de ser requerida, podendo ser requerida pelo AP, caso o devedor esteja de acordo e neste caso a declaração de insolvência será feita no prazo de três dias; se não houver a concordância do devedor, deverá ser dada a este a oportunidade de se defender e de demonstrar a sua solvência, cfr neste sentido os Ac STJ de 17 de Novembro de 2015, ambos em www.dgsi.pt, dos quais se deixam transcritos os respectivos sumários: (Relator Júlio Gomes) [I - Ao PER aplica-se o

disposto no art. 14.º, n.º1 do CIRE. II - Instaurado um processo de insolvência que ficou suspenso por se ter entretanto iniciado um PER, e tendo este último terminado sem a aprovação do plano de recuperação e com parecer do administrador judicial provisório no sentido de que o devedor está em situação de insolvência, posição contestado pelo próprio devedor, deverá o processo de insolvência retomar a sua tramitação normal, ao invés de o juiz declarar a insolvência no prazo de três dias úteis (n.º 3 do art. 17.º - G do CIRE).]; (Relator José Rainho) [I. O requerimento do administrador judicial provisório tendente à declaração de insolvência do devedor no contexto dos n.ºs 3 e 4 do art. 17º-G do CIRE não equivale ao pedido de insolvência por apresentação do devedor. II. Não é aplicável, neste caso e a despeito da remissão constante do n.º 4, o segmento inicial do art. 28º do CIRE, pelo que não existe reconhecimento pelo devedor da sua situação de insolvência. III. Os n.ºs 3 e 4 do art. 17º-G do CIRE, ao determinarem a insolvência a requerimento do administrador judicial provisório sem prévia audição judicial do devedor e sem que este tenha aceitado a situação de insolvência, padecem de inconstitucionalidade por violação dos princípios contidos nos n.ºs 1 e 4 do art. 20º da CRP. IV. Declarada a insolvência nestas circunstâncias, o recurso contra a decisão não supre a omissão do contraditório, nem cabe legalmente ao devedor a possibilidade de exercer o contraditório subsequente mediante oposição por embargos. V. Por efeito da referida inconstitucionalidade, impõe-se o exercício do contraditório mediante a aplicação, por analogia, dos art.s 30º e 35º do CIRE.º]; na doutrina Alexandre Soveral Martins, l.c.

Caso haja lista definitiva de créditos reclamados, na conversão do PER em Processo de Insolvência, o prazo para a reclamação de créditos neste processo, destinar-se-á apenas à reclamação de créditos que não tenham sido anteriormente reclamados naqueloutro procedimento, nº7 do artigo 17-G, trata-se aqui da aplicação dos princípios da economia processual e do aproveitamento dos actos.

Chamamos aqui a atenção para o seguinte: imaginemos que tenha havido créditos reclamados e impugnados no PER, mas este tenha sido encerrado sem que o Tribunal haja conhecido das impugnações. Nesta hipótese os credores deverão

reclamar os créditos no processo de insolvência e a mesma solução terá lugar no caso em que as impugnações tenham sido julgado procedentes no âmbito do PER, porquanto a decisão proferida neste processo não faz caso julgado no processo de insolvência que se lhe seguir.

Para terminar, vou abordar a questão mais polémica e sensível, dentro das muitas que o PER e o processo de insolvência nos colocam, qual é a da ineficácia do plano em relação aos créditos da SS e da Fazenda Nacional, solução esta que a secção de comércio do STJ, tem adoptado, quase unanimemente, nas suas decisões acerca desta problemática.

Esta solução, como todos sabem, é tudo menos pacífica e se foi durante um tempo pacífica dentro da secção, de há cerca de um ano a esta parte, deixou de o ser, existindo agora um colectivo a desenhar uma outra solução que passa pela declaração da nulidade relativa do acordo em relação àquelas duas instituições, Fazenda Nacional e SS.

E, se a declaração de ineficácia, não é isenta de críticas, muito menos o será estoutra declaração da nulidade relativa do acordo.

Comecemos pelo princípio.

Como sabemos, a Lei veio a reformar determinados aspectos do CIRE, introduzindo o PER, sendo certo que, o legislador, alterou a Lei Geral Tributária blindando os créditos fiscais.

O art. 30º, nº2, estatui *“O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária”*, tendo o art. 125º da Lei nº55-A/2010, de 31.12, (Lei do Orçamento para 2011), aditado um nº3, ao art. 30º para que não restassem dúvidas: *“O disposto no número anterior prevalece sobre qualquer legislação especial.”*

Reafirmando com indiscutível clareza a indisponibilidade dos créditos tributários, proibindo a sua redução ou extinção e tendo em conta a amplitude do conceito de *“relação tributária”* e o que a constitui – cfr. art. 30º, nº1, alíneas a) a

e) – o direito insolvencial, após a reforma de 2012, quando conjugado com aqueles preceitos da LGT é dificilmente harmonizável.

E, como é notório, quer os créditos do Estado, quer os de outras entidades, como a Segurança Social, representam em grande número de casos, avultadas somas, daí que, a manterem-se intocados, todo o esforço de recuperação da insolvente ficará a cargo dos credores comuns ou preferenciais da insolvência, que terão de arcar com a modificabilidade e mesmo a supressão dos seus créditos e garantias, ante o Estado que nada cedendo, se coloca numa posição de *jus imperii*, num processo em que só, excepcionalmente, deveria ter tratamento diferenciado.

Numa perspectiva de adequada ponderação de interesses, tendo em conta os fins que as leis falimentares visam, pode violar o princípio da proporcionalidade admitir que o processo de insolvência seja colocado em pé de igualdade com a execução fiscal, servindo apenas para a Fazenda Nacional actuar na mera posição de reclamante dos seus créditos, sem atender à particular condição dos demais credores do insolvente ou pré-insolvente, que contribuem para a recuperação da empresa, abdicando dos seus créditos e garantias, permanecendo o Estado alheio a esse esforço, escudado em leis que contrariam o seu Compromisso de contribuir para a recuperação das empresas, como resulta do Memorandum assinado com a troika e até das normas que, no contexto do PER, o legislador fez introduzir no CIRE.

Tudo o que acabou de se dizer é facilmente constatável e pode levar, sem mais, à recusa oficiosa da homologação do plano.

Pode e deve conduzir, porque uma leitura acrítica e inodora, dos preceitos legais, nos conduz inexoravelmente a tal conclusão.

Contudo, alguma doutrina e jurisprudência, têm remado contra a maré, procurando afastar os efeitos perniciosos de uma não homologação, que leva na maior parte dos casos à insolvência do devedor, procurando uma solução que

compatibilize os interesses do devedor, dos credores e dentro destes, os da Fazenda e da SS.

A questão que se nos suscita previamente e que se encontra no nosso entendimento a montante da problemática exposta, é a de saber se a Administração Fiscal e a Segurança Social podem vetar, sem mais, o plano, ou antes este poderá ser validado, com os votos dos restantes credores interessados, sem que tal afecte os créditos daqueles organismos.

Uma resposta positiva àquela questão, poderia implicar a inviabilização de qualquer plano insolvencial em que figurassem como credores aquelas duas entidades, sendo certo que o segmento normativo aludido no artigo 215 do CIRE não nos conduz necessariamente a uma inutilização global do acordo havido, não sendo admissível face aos princípios imanentes ao CIRE que determinados credores, Fazenda Nacional e SS, possam fazer sucumbir a recuperação de uma empresa o que contrariaria em absoluto os princípios programáticos resultantes do «Memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica», de 17 de Maio de 2011 (2ª versão) onde se afirma ««(...) as autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributárias com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dividas.(...)», cfr nesta linha Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões, Código da Insolvência Anotado e Comentado, 594/597; Catarina Serra, O Regime Português Da Insolvência, 5ª Edição, 145/154; absolutamente contra este entendimento Alexandre Soveral Martins, *in* Um Curso de direito da insolvência, já citado.

Neste quadro de prognose de *lege ferenda*, não repugnará, em termos sócio-económicos, que os Tribunais enquanto órgãos da administração da justiça, aos quais incumbe, além do mais, no cumprimento dos deveres que lhe são atribuídos constitucionalmente, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos e dirimir os

conflitos de interesses públicos e privados, cfr artigo 202, nº1 e 2 da CRPortuguesa e na sua função julgadora que passa pela exegese do regime legal aplicável, tendo especial atenção o que decorre dos artigos 8 e 9 do CCivil e sem esquecermos que o sistema jurídico funciona como um todo, interpretando-se as leis umas às outras, possam produzir uma homologação de um plano de insolvência com a menção da sua ineficácia em relação aos créditos fiscais e da segurança social, atenta a indisponibilidade destes, nos termos dos artigos 30, nºs 2 e 3 e 36 da LGT e 85 do CPPT, mantendo, todavia a sua operância no que tange a todos os demais credores, particulares, nele intervenientes, assim se respeitando o princípio da igualdade no seu expoente de tratar de forma igual o que é igual e forma diversa o que é diferente, na justa medida da sua diferença.

Esta solução, tem sido acolhida maioritariamente pela secção de comércio do STJ, vejam-se entre outros os Ac de 25 de Março de 2014 (Relator Fonseca Ramos), 1 de Abril de 2014 (Relator Fernandes do Vale) e de 24 de Março de 2015 em que eu fui Relatora.

Bem sabemos que esta solução não merece o acolhimento da comunidade jurídica, mas é a única forma de não inviabilizar, à partida, eventuais recuperações, sem prejuízo das entidades estaduais poderem exercer os seus direitos de crédito, fazendo conduzir os devedores à insolvência.

Ultimamente, um outro colectivo da secção tem entendido que a inclusão, no acordo de recuperação de empresa, da redução dos créditos tributários e do seu pagamento em prestações, com um período de carência, conduz à nulidade dessas cláusulas, o que equivale à nulidade parcial do plano, mas não à nulidade de todo o plano de recuperação, nos termos do art. 292.º do CCivil, cfr Ac STJ de 13 de Novembro de 2014 e de 3 de Novembro de 2015 (Relator Salreta Pereira), embora com o voto de vencido do segundo Adjunto Fonseca Ramos, onde se concluiu, no primeiro *«I - Apesar da alteração do CIRE, introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20-04, dando prevalência à recuperação económica do devedor e relegando para um plano secundário a liquidação do respectivo património, através da criação do processo especial de*

revitalização – cf. arts. 1.º, n.º 1, e 17.º-A do CIRE –, a LGT consagra a indisponibilidade dos créditos tributários e a prevalência do seu regime sobre qualquer legislação especial, designadamente no âmbito dos processos de insolvência – cf. arts. 30.º, n.ºs 2 e 3, e 125.º da LGT. II - Os arts. 30.º e 125.º da LGT são imperativos quanto à impossibilidade da redução ou extinção dos créditos tributários no processo de insolvência. III - A inclusão, no acordo de recuperação de empresa, da redução dos créditos tributários e do seu pagamento em prestações, com um período de carência, conduz à nulidade dessas cláusulas, mas não à nulidade de todo o plano de recuperação – cf. art. 292.º do CC.» e no segundo dos Arestos citados «I - Posto que os créditos por impostos e prestações à Segurança Social são indisponíveis (art. 30.º, n.os 2 e 3, da LGT) e que a votação pressupõe a liberdade de voto – o que não existe relativamente a tais créditos –, deve-se considerar como inócuo e inútil o voto da Fazenda Nacional contra um plano de insolvência que previa o pagamento das importâncias em causa em 36 prestações (art. 212.º, n.º 2, al. a) do CIRE), tanto mais que não se exige o pleno para a sua aprovação (n.º 1 do mesmo artigo). II - A violação do art. 30.º da LGT – quer se traduza na ineficácia, relativamente à Fazenda Nacional, da cláusula do plano referido em I que prevê o pagamento faseado do crédito, quer se reconduza à nulidade da mesma estipulação – apenas afecta o segmento de um plano de insolvência que consagra a redução, o pagamento parcelado ou um período de carência dos créditos indisponíveis e não impede a sua homologação judicial, conquanto os demais credores pretendam manter o seu voto de aprovação, apesar de aquele não produzir efeitos em relação àqueles créditos. III - Não tendo os demais credores tido a oportunidade de se pronunciarem a esse respeito, deve ser ordenada baixa dos autos à 1.ª instância para que tal aí seja promovido.», (ambos os Acórdãos encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt).

Custa-me a aceitar esta solução, já que embora a nulidade seja de conhecimento oficioso, o mesmo já não acontece com a nulidade parcial, a qual tem de ser peticionada, para além de ser difícil concatenar esta circunstância com o preceituado naquele artigo 292º do CCivil, na parte em que preceitua que a anulação parcial não implica a invalidade de todo o negócio **salvo quando se demonstre que este não teria sido**

concluído sem a parte viciada. Quer dizer, a Lei impõe que sejam sempre alegados factos no sentido de se poder inferir se o negócio teria sido ou não concluído sem a parte viciada em obediência ao princípio do pedido.

Estas válvulas de escape, por vezes podem ser evitadas, se se der o caso de haver nos autos elementos que nos permitam enveredar por uma outra solução, isto é, concluir que não consubstancia violação do princípio da igualdade, consagrado no art. 194.º do CIRE, o tratamento diferenciado de credor que, longe de ser arbitrário, decorre de circunstâncias objectivas e atendíveis e que, para além de constarem, transparentemente, no plano – que mereceu o voto favorável de credores cujos créditos totalizam € 3 842 147, 19 e desfavorável de credores, cujos créditos totalizam apenas € 299 751, 03 –, não só o aconselham, como, mesmo, o impõem em ordem à manutenção e revitalização da devedora. Em tal quadro, e sendo a Fazenda Nacional – que, ao contrário do ocorrido com o ISS (Instituto de Segurança Social), se manteve totalmente alheada ao longo das negociações e absteve na correspondente votação – titular de um crédito de apenas € 77 826, 31, pode ser havida como negligenciável, atenta a natureza e finalidade associadas ao direito insolvencial, a violação de normas tributárias – ou equiparadas – aplicáveis ao conteúdo do plano de recuperação, cfr Ac de 25 de Novembro de 2014 (Relator Fernandes do Vale), in www.dgsi.pt.

Neste mesmo sentido o Ac da RC de 1 de Abril de 2014 (Relator Manuel Capelo), in www.dgsi.pt, onde se decidiu que: *«Numa situação em que os créditos tributários e para-tributários representam apenas 1,5% do universo total dos créditos, sendo contemplado no plano de insolvência que tais créditos não sofrem redução mas apenas recalcule de juros e um prazo de pagamento mais alargado, a aprovação de tal plano por 70% dos credores representativos de igual percentagem de créditos contra a aprovação do representantes dos créditos tributários, deve considerar-se como negligenciável e não impeditiva da homologação do plano.»*

Todavia, admitimos que esta posição não esteja isenta de críticas, mas têm de convir que é aquela que melhor

interpreta os objectivos da implementação do PER e que sem ela, este procedimento estará condenado ao insucesso.