

# O Processo Especial de Revitalização: o novo CIRE

DR.<sup>a</sup> MADALENA PER ESTRELO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. Coordenadas gerais. 2. O papel central do plano de insolvência: o primado da recuperação. 3. O “novo” CIRE e a influência germânica (InsO-E) no alargamento dos poderes dos credores. Aproximação a um sistema creditor friendly. 4. O Processo Especial de Revitalização: 4.1. O “escudo protetor” e a desnecessidade de apresentação de parecer imparcial de viabilidade económica; 4.2. Uma apreciação crítica do novo regime legal: a administração pelo devedor e a eventual interferência dos credores.

## 1. Coordenadas gerais

O Processo Especial de Revitalização (“PER”), criado pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, alterou radicalmente o paradigma que vincava, desde 2004, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”). De um processo orientado para a satisfação dos credores através da liquidação da empresa insolvente passou-se para a aposta na recuperação da empresa, a qual deve ser conseguida através de um plano de insolvência. A mudança de paradigma é evidente: o PER introduz a possibilidade de o devedor em situação económica difícil [*i.e.*, que tenha dificuldades sérias em cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito (artigo 17.º-B CIRE)] ou em situação de insolvência meramente iminente beneficiar de um “escudo protetor” – já conhecido no ordenamento alemão como o “*Schutzschirm*” ou no norte americano como um “*automatic stay*” –, o qual suspende todos os processos executivos e impede a instauração de novos processos, conferindo ao devedor o espaço necessário para tentar a recuperação da empresa, liberto de todas as tentativas de os credores se fazerem pagar e da pressão de mercado que o levou à insolvência.

O plano homologado ou aprovado em sede do PER apenas difere do plano de insolvência em dois aspetos. Por um lado, para que possa ser aprovado um

plano de insolvência é necessário que a empresa se encontre insolvente ou em insolvência iminente, enquanto o PER pode – e deve – atuar em momento prévio. Por outro lado, o plano que dele resulta é vinculado, porque apenas pode regular a recuperação da empresa, enquanto no plano de insolvência também pode ser negociada a respetiva liquidação. A instituição deste processo, anterior ao processo de insolvência e que goza de autonomia face a este, constituiu, no fundo, uma forma de concretizar a posição europeia que se traduziu no Memorando de Entendimento celebrado com a “Troika” e foi operado em conformidade com o “Memorando de Enquadramento das propostas de alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 31 de agosto de 2011, que pretendeu reorientar o código para a recuperação da empresa e promover a manutenção do devedor no giro comercial. O objetivo último da introdução do PER foi, afinal, evitar a situação de “falência da falência” (*the bankruptcy of bankruptcy*)<sup>1</sup> em que o processo estava a cair e que resultava das insuficiências da lei, nomeadamente da falta de mecanismos que permitissem uma forma eficiente de recuperar a empresa insolvente. Até à entrada em vigor do diploma citado, a única forma de conseguir tal recuperação era por via da aprovação de um plano de insolvência que contemplasse esse fim, com todos as dificuldades que lhe estão associadas, como veremos de seguida.

## 2. O papel central do plano de insolvência: o primado da recuperação

Surgido em 1994, na Alemanha, com a aprovação da *Insolvenzordnung*<sup>2</sup>, o plano de insolvência sempre foi visto como a “pedra de toque”<sup>3</sup> do processo de insolvência. Em Portugal, esse plano apareceu pela primeira vez em 2004, na versão original do CIRE, escrevendo-se então, no preâmbulo do

<sup>1</sup> SUSANNE BRAUN, “German insolvency act: special provisions of consumer insolvency proceedings and the discharge of residual debts”, *German LJ*, vol. 7, n.º 1, ano, pp. 59-70 (59).

<sup>2</sup> A *InsO*, de 5 de outubro de 1994, resulta de uma combinação do anterior *Konkursrecht*, baseado na liquidação universal e rateio pelos credores, com uma análise de direito comparado, que tinha por base a recuperação do devedor.

<sup>3</sup> Cf. ANTON BURGER/BERNHARD SCHELLBERG, “Der Insolvenzplan im neuen Insolvenzrecht”, *Der Betrieb*, 47, 1994, pp. 1833-1837 (1833: o plano é a “Kernstück der InsO”). Os autores descrevem as (então) novas regras aprovadas, destacando o aumento de competências que o plano implicou para o tribunal – que se vê confrontado com a aplicação de regras como a proibição de obstrução e a proteção de minorias – e para o administrador da insolvência, que poderá ser compelido pelos credores a elaborar um plano. São aspetos que desenvolveremos *infra*. Para uma explicação curta e simplificada dos pressupostos e procedimento do plano de insolvência, cf. WALTER ZIMMERMANN, *Insolvenzrecht*, 5.ª ed., Heidelberg, 2003, pp. 127-131.

Decreto-lei n.º 53/2004, de 18 de março, que o aprovou, que a introdução da figura resultava da inspiração da lei alemã e da reforma do direito falimentar italiano, então em curso<sup>4</sup>. As acentuadas dificuldades no funcionamento deste instrumento tornam-se patentes na falta da sua aplicação prática que se fez notar nos tribunais entre 2007 e 2008, período durante o qual apenas 0,12% dos processos de insolvência terão terminado com a aprovação de um plano, o que não significa sequer que depois da sua homologação estes tenham tido sucesso. É conhecida a falta de incidência real do plano que, no contexto presente, obrigou a refletir sobre as razões que subjazem ao seu exíguo sucesso e sobre a desejabilidade de um alargamento da sua aplicação prática. As dificuldades de base da matéria são evidentes, considerando que a possibilidade de sucesso do plano depende, antes de mais, de um juízo de índole económica<sup>5</sup> sobre a suscetibilidade de recuperação. São conhecidas, aliás, as tomadas de partido, na doutrina portuguesa, contra as soluções que, em geral, procuram alargar a recuperação em detrimento da liquidação<sup>6</sup>. Também noutros ordenamentos europeus, a ideia de recuperação foi encontrando oposição: decorridos alguns anos sobre a admissão do plano de recuperação na Alemanha, p. ex., acionou-se uma reação negativa do BGH, chegando este Tribunal a aconselhar o devedor a não apresentar tal plano<sup>7</sup>. A situação veio a alterar-se, mais recentemente, após a aprovação da lei alemã relativa ao aprofundamento da facilitação do saneamento das empresas (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* – ESUG) e a abundantíssima literatura a que, desde então, deu

<sup>4</sup> As características e a natureza jurídica do plano são analisadas *infra*. Para já, diga-se apenas que este apresenta uma parte dispositiva (“*gestaltender Teil*”) e uma parte construtiva (“*darstellender Teil*”), ainda que esta distinção terminológica seja omitida na doutrina nacional que se pronuncia sobre o tema. Sobre ela, cf., *v.g.*, em FREGE/KELLER, *Insolvenzrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., München, 2008, pp. 750 ss; UWE PAUL, “Rechtsprechungsübersicht zum Insolvenzplanverfahren 2011”, *ZInsO*, 14/15/2012, pp. 613-618 (613 e 614).

<sup>5</sup> Cf. ANDREAS FRÖLICH/NICOLAS BÄCHSTÄDT, “Erfolgsaussichten eines Insolvenzplans in Eigenverwaltung”, *ZInsO*, 23, 2011, pp. 985-991 (985). O autor apresenta os princípios que deverão guiar o administrador da insolvência provisório na avaliação da perspectiva de sucesso do plano, seja em aspetos económicos, seja em questões puramente jurídicas.

<sup>6</sup> Lembre-se, em especial, MENEZES CORDEIRO, “Introdução ao direito da insolvência”, *O Direito*, ano 137, III, 2005, 465-506 (505). Note-se, porém, que as considerações são tecidas pelo autor confrontado com um diferente contexto económico, em que era bastante mais provável que uma empresa recuperável nunca chegasse a um processo judicial de recuperação por conseguir obter financiamento quer dos bancos, quer dos acionistas.

<sup>7</sup> Cf. UWE PAUL, “§§ 231, 232 InsO: Planzurückweisung trotz vorliegender Stellungnahmen der Beteiligten? Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 30.06.2011 – IX ZB 30/10”, *ZInsO*, 07/2012, pp. 259 e 260 (259). A decisão em texto é Beschl. v. 16.12.2010. Porém, esta decisão acabou por ser alterada pela Beschl. v. 30.6.2011.

lugar. Julgamos, na verdade, que o sistema germânico tem vindo a sofrer um processo de aproximação ao modelo norte-americano (*debtor-friendly*), e de afastamento da tradicional perspectiva continental tipicamente *creditor-friendly*, com a valorização da salvaguarda da empresa, como fim principal do processo de insolvência. O confronto dos ordenamentos jurídicos estrangeiros revela que o direito português procura igualmente seguir semelhante processo, ainda que sem idêntico sucesso: a exposição de motivos da proposta de lei n.º 39/XII, de 30 de dezembro de 2011 é clara a esse respeito.

### 3. O “*novo*” CIRE e a influência germânica (InsO-E) no alargamento dos poderes dos credores. Aproximação a um sistema *creditor friendly*

O CIRE surge como resultado de uma “vantajosa(a)”<sup>8</sup> influência da *Insolvenzordnung* alemã, ainda que (bem ou mal) não tenha sido transposta – pelo menos em toda a sua extensão – a ideia de fundo subjacente ao processo de insolvência nessa ordem jurídica: a concessão da máxima autonomia aos credores<sup>9-10</sup>. A aproximação das fontes alemãs não se esgotou, na verdade, no momento da génese do CIRE nem se perdeu com o passar dos anos, tendo a lei portuguesa sofrido processo equivalente ao da lei alemã: publicada em 13 de dezembro de 2011, entrou em vigor em 1 de março de 2012<sup>11</sup>, na Alemanha, a já mencionada ESUG, que modificou a InsO, ao mesmo tempo que em Portugal se

<sup>8</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, “Introdução cit.,” p. 469.

<sup>9</sup> O objetivo é sempre aumentar a autonomia dos credores e, na medida do possível, tomar as melhores medidas para o devedor. Cf. ROLF RATTUNDE, “Das neue Insolvenzplanverfahren nach dem ESUG”, *GmbHR*, 8, 15.04.2012, pp. 455-461.

<sup>10</sup> Cf. NUNO MARIA PINHEIRO TORRES, “O pressuposto objectivo do processo de insolvência”, *Direito e Justiça*, vol. 19, tomo 2, 2005, pp. 165-177 (166) afirma que o CIRE veio “revolucionar” o processo concursal, enfatizando que a escolha do termo não é excessiva: “é toda uma filosofia que perpassa pelo *iter* processual e que se encontra subjacente aos impulsos, às opções e às decisões que determinam a sorte do património do devedor”, que consiste na satisfação dos direitos dos credores, acima de tudo. Em tom crítico a respeito da modificação sofrida pelo processo de insolvência em 2004, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso”, *Direito e Justiça*, vol. 19, tomo 2, 2005, pp. 233-261 (= *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. II, PAULO PITTA E CUNHA (coord.), Coimbra, 2006, pp. 255-280 (255), que fala num “terramoto no sistema em vigor”, escrevendo: “o domínio da falência e insolvência sofre de novo um grande abalo. Já nos habituámos a isto: o mal é começar a mudar. As leis fazem-se para ser efémeras e descartáveis, como os maravilhosos e caros produtos tecnológicos que nos são constantemente oferecidos como inovadores e logo ficam obsoletos”.

<sup>11</sup> Com exceção dos artigos 4.º, 5.º, 7.º e 8.º da ESUG cuja entrada em vigor foi prevista para o dia 1 de janeiro de 2013.

procedeu à alteração do CIRE. Se o objetivo comum aos dois regimes é claro, o regime português reflete uma tendência geral europeia, mais do que apenas uma *direta* influência alemã. O reconhecimento de que a situação económica do país exigia soluções dirigidas a evitar a liquidação de agentes económicos resultou numa (pelo menos aparente) reorientação do CIRE para a revitalização da empresa e para o plano de insolvência, preferencialmente de recuperação, contanto que esta seja possível<sup>12-13</sup>. Na Alemanha, o regime da insolvência, terreno em contínua evolução<sup>14</sup>, tem sido precisamente norteado pela ideia de que os agentes economicamente afetados pelo processo de insolvência devem ser, nele, os verdadeiros decisores<sup>15</sup>.

Embora a reação da doutrina à ESUG tenha sido heterogénea<sup>16</sup>, o aumento da autonomia dos credores obteve ampla adesão, sem prejuízo de algumas críticas<sup>17</sup>. Quatro anos antes da entrada em vigor desta lei, a doutrina alemã ainda questionava se o plano de insolvência era uma “criatura desconhecida”

<sup>12</sup> Cf. exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de dezembro de 2011, onde se pode ler que cada agente que desaparece do mercado representa um custo para a economia, trazendo consigo desemprego, extinção de oportunidades comerciais e um generalizado empobrecimento do tecido económico português, dificilmente recuperável com o surgimento de novas empresas.

<sup>13</sup> A preocupação com a recuperação não é, todavia, uma absoluta novidade entre nós. De uma perspetiva histórica, no direito português, cf. ABÍLIO MANUEL DE MORGADO, “Processos especiais de recuperação da empresa e de falência – uma apreciação do novo regime”, *Ciência e técnica fiscal*, n.º 370, abril-junho, 1993, pp. 51-113 (57 e ss.), que explica a tradicional visão da “falência como liquidação de património” e os primeiros passos para a “falência-saneamento”, antes do CPEREF. Cf., posteriormente, LUÍS CARVALHO FERNANDES, “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no direito português”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO/DÁRIO MOURA VICENTE/JORGE MIRANDA (orgs.), Coimbra, 2005, pp. 1183- 1221 (1185 ss.), que trata também dos sistemas de “falência-liquidação” e de “falência-saneamento”.

<sup>14</sup> Cf. UDO MÜLLER/HEIKO RAUTMANN, “Die Unzulässigkeit des Antrags als Folge der neuen Vorgaben des § 13 InsO”, *ZInsO* 21/1012, pp. 918-921 (918).

<sup>15</sup> Os §§ 156 e 157 são um bom exemplo: o administrador da insolvência apresenta um relatório onde discute a possibilidade de manter a empresa insolvente em funcionamento e de redigir um plano, mas a decisão última sobre essa questão cabe aos credores, que podem, também, determinar que o administrador fique encarregado de preparar um plano de insolvência que será, por eles, votado. A autonomia dos credores saiu reforçada com a aprovação da ESUG.

<sup>16</sup> Assinalando as diferentes reações, cf. ACHTIM FRANK/JENS HEINRICH, “Ein Plädoyer für einen Wirksamen Beitrag zur Gläubigerautonomie im Insolvenzplanverfahren”, *ZInsO*, 20, 2011, pp. 858-860 (858).

<sup>17</sup> Para além das críticas relevantes para o tema que tratamos, cf., ainda a extensa crítica feita por MARTIN JUNGCLAUS, “Zu einem dogmatischen Grundfehler des § 108a InsO-E in der Referententwurf des BMJ v. 18.1.2012”, *ZInsO* 17/2012, pp. 724-726 (725). No fundo, o autor defende que o § 180a não deveria existir, sendo suficiente o § 130 InsO.

ou antes um “fato feito à medida do processo de insolvência”<sup>18</sup>. A pergunta era devida: no período entre 1999 e 2005, dos 127.600 processos de insolvência ocorridos na Alemanha, apenas 767 terão terminado com a aprovação de um plano. O insucesso do plano era, então, atribuído essencialmente ao desconhecimento deste instrumento pelas partes no processo, à desconfiança dos credores no seu potencial, bem como ao preconceito existente quanto à sua utilização, especialmente no caso das grandes empresas<sup>19</sup>. Apontava-se, igualmente, alguma desadequação do procedimento<sup>20-21</sup>. Mesmo assim, utilizando a analogia de Gerster, este instrumento já era visto como o “fato” do processo de insolvência, que apenas precisava de um bom “alfaiate” para se tornar mais forte e eficiente<sup>22</sup>. No entanto, é certo que até à entrada em vigor da ESUG, o direito da insolvência surgia, exclusivamente, como um direito de responsabilidade patrimonial, orientado para a satisfação, da melhor forma possível, dos direitos dos credores, sem que outras finalidades devessem ser tomadas em consideração. Apesar de a recuperação da empresa poder ser, já então, um dos fins do processo, nem sempre deveria aparecer como primeira linha, conforme se sublinhava, então, nas obras sobre a matéria<sup>23</sup>. Desde a data em que eram tecidas semelhantes considerações, o cenário alterou-se, colocando-se agora a questão de saber se a ESUG terá sido um bom “alfaiate” do plano de insolvência.

Facilmente se vê, portanto, que as mudanças que ocorreram no direito português não são exclusivamente nacionais, antes refletem problemas de índole mais geral que têm sido objeto de estudo e reflexão noutros âmbitos. Contudo, entre nós, a pergunta prévia que assoma é se a alteração formal do artigo 1.º do CIRE e o redirecionamento supostamente pretendido do processo

<sup>18</sup> Cf. ERWIN GERSTER, “Insolvenzplan, “das unbekannte Wesen” oder “der Maßanzug des Insolvenzrechts”?”, *ZInsO*, 8, 2008, pp. 437-445.

<sup>19</sup> Este preconceito foi, em parte, eliminado perante a situação da *Herlitz AG*, em cuja reestruturação se utilizou, pela primeira vez, um plano de insolvência para uma grande empresa alemã. Também a *Senator Entertainment AG* foi reestruturada, com recurso a um plano que, de forma pioneira, implicou uma redução de capital acompanhada de um subsequente aumento. No fundo, a conhecida operação “harmónio”.

<sup>20</sup> Salientando e desenvolvendo cada um destes fatores, cf. GERSTER, “Insolvenzplan cit., pp. 438-440. Para o autor, estes inconvenientes deveriam ser solucionados com o desenvolvimento de regras de maior transparência e comunicação entre credores, para que fosse eliminada a desconfiança face ao “novo” instrumento processual.

<sup>21</sup> MÁRIO JOÃO COUTINHO DOS SANTOS, “Algumas notas sobre os aspectos económicos da insolvência da empresa”, *Direito e Justiça*, vol. 19, tomo 2, 2005, pp. 181-189 (186 e ss.) apresenta as características que, do ponto de vista económico, deve apresentar “um bom procedimento falimentar”, com diversas referências.

<sup>22</sup> Cf. GERSTER, “Insolvenzplan cit., p. 445.

<sup>23</sup> Cf. STEFAN SMID/ROLF RATTUNDE, *Der Insolvenzplan*, 2.ª ed., Stuttgart, Berlin, Köln, 2005, p. 3.

de insolvência correspondem a uma real mudança de paradigma quanto ao fim principal deste, i.e., se da liquidação como regime-regra se criaram verdadeiras condições para se poder afirmar que se passou para um regime assente primordialmente na recuperação.

Curiosamente, o legislador português pretendeu, pelo menos aparentemente, ir muito longe quando se trata de (re)valorizar a recuperação como via para alcançar o objetivo do processo, o qual, nos termos do artigo 1.º CIRE, continua, naturalmente, a ser a satisfação dos credores (à semelhança, aliás, do § 1 InsO). A lei portuguesa, nesse ponto, foi designadamente mais longe – mas apenas na forma (não na substância) – do que a lei alemã. Enquanto na Alemanha se escreve que o objetivo principal do processo deverá ser cumprido mediante a liquidação do património do devedor insolvente – e a repartição, pelos credores, do produto obtido – ou, em alternativa, através de um plano de insolvência<sup>24</sup>, em Portugal o plano de insolvência é agora apresentado como a principal forma de alcançar a recuperação. Numa quebra extrema com o “anterior” CIRE<sup>25</sup>, a Lei n.º 16/2012 alterou a redação do artigo 1.º, colocando o plano de insolvência no centro de gravidade do processo. Mais determinou que a opção pela liquidação do património do devedor apenas poderá ser tomada caso “não se afigure possível” a satisfação dos credores pela forma prevista num plano. O CIRE assume, portanto, a sua supletividade, exceto relativamente às disposições que regulam a formação, aprovação e execução do plano de insolvência.

Sendo o plano uma manifestação da autonomia privada, que permite o afastamento das regras legais que enformam o processo de insolvência, poderíamos afirmar que a nova redação do artigo 1.º convola o CIRE num código construído para, preferencialmente, não ser aplicado. Nessa medida, dir-se-ia que, sem prejuízo de algumas regras legais injuntivas, a autonomia pretendida para os credores seria de âmbito máximo. Na Alemanha, autores como Stephan Madaus<sup>26</sup> têm salientado a importância que deve ter na gestão de uma empresa insolvente ou em insolvência iminente a abertura de um processo de insolvência com o objetivo de aprovação de um plano. No entanto, apesar de

<sup>24</sup> Este poderá determinar a recuperação da empresa insolvente, embora os §§ 217 e ss. não imponham esta opção, pelo que também poderá determinar a liquidação da empresa. Neste sentido, cf. HERWEG, *Das Obstruktionsverbot bei der Unternehmenssanierung*, Köln, 2004, p. 18.

<sup>25</sup> O anterior artigo 1.º CIRE dispunha que “O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”.

<sup>26</sup> *Der Insolvenzplan*, Tübingen, 2011, p. 46.

esta ser, potencialmente, uma opção desejável para a gestão da empresa, a InsO não estabelece qualquer preferência pela aprovação do plano<sup>27</sup>, ao contrário do que sucede no artigo 1.º do novo CIRE.

A alteração da lei portuguesa vai, por outro lado, também ao encontro daquilo que, em 2003, já tinha sido proclamado pelo legislador espanhol no preâmbulo da *Ley Concursal*, onde se lê que o plano é a solução normal no processo de insolvência<sup>28</sup>. Neste ordenamento, não existe qualquer disposição legal semelhante à do artigo 1.º CIRE ou do § 1 InsO que indique o objetivo do processo. A preferência pelo plano em vez do processo geral retira-se, porém, do preâmbulo do diploma e da própria sistemática da lei: o título V começa por regular o plano (“*convenio*”) e só depois trata da liquidação, sendo este um aspeto que não pode deixar de ser considerado relevante na interpretação da lei. Note-se que, no nosso ordenamento, a liquidação parece continuar a assumir o papel primacial, ao ser objeto de regulação no título VI (capítulo III), enquanto o plano é relegado para o título IX.

Independentemente desta dicotomia liquidação/recuperação, nos diversos ordenamentos europeus, permanece como objetivo principal do processo a satisfação dos credores por via da realização máxima da responsabilidade do devedor. Já nos Estados Unidos o objetivo é diametralmente oposto, sendo o processo orientado para a garantia de um “*fresh start*” da empresa insolvente, assegurando-se a proteção do devedor contra atuações dos seus credores<sup>29</sup>. Este ponto de partida diferente tem uma razão histórica, assente nas dificuldades financeiras que, no século XIX, abalaram as companhias rodoviárias em virtude da indispensabilidade dos caminhos de ferro para a abertura dos Estados Unidos ao ocidente. Por isso se compreende a aposta na recuperação das empresas e na

<sup>27</sup> Cf. MICHAEL FREGE/ULRICH KELLER, *Insolvenzrecht* cit., p. 747.

<sup>28</sup> No preâmbulo da LC lê-se: “*el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*”

<sup>29</sup> Esta diferença de perspetiva fez com que, essencialmente a propósito da insolvência de pessoas singulares e da exoneração do passivo restante (*discharge* na lei norte-americana, *Restschuldbefreiung* na Alemanha ou *esdebitazione* em Itália), a lei norte-americana tenha sido qualificada como *debtor friendly* enquanto a InsO foi apelidada como *schuldnerfreundlich*. Cf. RÖMERMANN, em NERLICH/RÖMERMANN (orgs.), *Insolvenzordnung: InsO. Kommentar*, 22.ª ed., München, 2012, §§ 286–303; entre nós, cf. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência. Uma introdução*, 4.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 132–134. Porém, tem-se questionado “quão *creditor friendly* a lei alemã realmente é”. Assim, VOLKER BEISSENHIRTZ, “Creditor’s rights in german insolvency proceedings – how effective are the procedural rules?”, *International corporate rescue*, vol. 3, 2006, 6, pp. 316–321.



sua inerente proteção<sup>30</sup>. O condicionalismo económico americano influenciaria, inevitavelmente, o *Bankruptcy Act* de 1898 e encontraria continuidade, quanto aos seus fins, no capítulo 11 do BC.

A alteração do CIRE pretende, pois, afastar o regime português da lógica continental tradicional e tornar o plano o centro do processo, aproximando-se, em certo sentido, do regime norte-americano, não obstante o grande fosso que ainda permanece entre ambos os regimes. A obtenção do fim de recuperação da empresa está, porém, longe de estar garantida, sendo diversas as dúvidas que o atual regime legal suscita. Note-se, porém, que em paralelo com a valorização do plano de insolvência, surgiu o PER, que se pauta, também, pela valorização da recuperação da empresa.

#### 4. O Processo Especial de Revitalização

É inequivocamente de aplaudir a introdução do PER, nos artigos 17.º-A a 17.º-I do CIRE, anterior e autónomo em relação ao processo de insolvência<sup>31</sup>. É frequente a empresa prolongar, para lá do razoável, a situação de dificuldade económica. Somente após o decurso de trinta dias sobre a impossibilidade de cumprir as suas obrigações vencidas (artigos 18.º/1, 3 e 3.º/1) fica esta obrigada a apresentar-se à insolvência. Este lapso temporal poderá implicar uma perda significativa, ou mesmo total, das garantias patrimoniais, para além de poder importar a entrada da empresa numa situação de insolvência irreversível, retirando-lhe, por isso, a característica da recuperabilidade<sup>32</sup>. O PER pretende, assim, obviar a esta situação, através da criação de um processo especial para os devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em insolvência meramente iminente. Nestes casos, sendo ainda possível a recuperação, o devedor poderá estabelecer negociações com os credores de modo a concluir um acordo conducente à revitalização da empresa (artigo 17.º-A/1). Refira-se que

<sup>30</sup> Cf. HERWEG, *Das Obstruktionsverbot* cit., p. 31; MICHAEL JAFFÉ, “Restrukturierung nach der InsO: Gesetzesplan, Fehlstellen und Reformansätze innerhalb einer umfassenden InsO-Novellierung aus Sicht eines Insolvenzpraktikers”, *ZGR*, 2-3, 2010, pp. 248-263 (253).

<sup>31</sup> Importância essencial para promover a visibilidade do plano de insolvência e para que o devedor tenha acesso a um meio mais forte e eficiente de recuperação da empresa. A propósito de regime similar na Alemanha, diz-se que ele é essencial para criar uma “Insolvenzkultur” e promover a apresentação à insolvência. Cf. ROBERT BUCHALIK, “Das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO (incl. Musteranträge). Ein überzeugender Schritt des Gesetzgebers, der Sanierung durch Insolvenz nachhaltig zum Durchbruch zu verhelfen”, *ZInsO*, 9/2012, pp. 339-357 (349, 356).

<sup>32</sup> Neste sentido, cf. PEDRO PIDWELL, *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra, 2011, p. 22.

no PER se introduz o requisito da viabilidade económica, esquecido na regulamentação do plano de insolvência, mesmo aquando da revisão do CIRE<sup>33</sup>.

#### 4.1. O “escudo protetor” e a desnecessidade de apresentação de parecer imparcial de viabilidade económica

Um regime deste tipo, aparentemente inovador, encontra a sua base noutros ordenamentos jurídicos, como o espanhol e o alemão. A grande especificidade – mas não única – do regime português consiste na inserção sistemática e cronológica do PER: em Portugal, este é prévio ao processo de insolvência e goza de autonomia face aos tradicionais instrumentos de recuperação, ao contrário do que acontece em Espanha e na Alemanha, onde os regimes similares surgem integrados no próprio processo<sup>34</sup>. No fundo, o sistema espanhol e o alemão parecem partir do princípio da inevitabilidade da declaração de insolvência, enquanto o sistema português tem em vista prevenir, sempre que possível, que a mesma ocorra. Em Espanha, desde a Ley 38/2011, de 10 de outubro, que reformou a *Ley Concursal 22/2003*<sup>35</sup>, que o artigo 5 *bis* prevê a possibilidade de o devedor dar a conhecer ao juiz, antes da declaração de insolvência, que estão em curso negociações com os credores com o objetivo de aprovarem (i) um acordo de refinanciamento ou (ii) um plano de insolvência. Passados três meses sobre a comunicação ao juiz, tenha sido ou não aprovado um acordo de refinanciamento ou um plano de insolvência, o devedor deverá apresentar-se à

<sup>33</sup> O PER inicia-se pela manifestação de vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores (artigo 17.º-C/1), mas também poderá iniciar-se pela apresentação, pelo devedor, de acordo extrajudicial de recuperação (artigo 17.º-I/1). Este processo baseia-se em publicações no portal *Citius*, *v.g.*, da lista provisória de créditos (artigo 17.º-D/3) e do acordo prévio respeitante ao plano de revitalização (artigo 17.º-D/5). Em Espanha, o objetivo da publicidade por via eletrónica deverá ser o acesso unificado a toda a informação relevante e foi conseguido pelo *Real Decreto 685/2005*, que criou vários portais na Internet. Um deles foi anulado por uma sentença do *Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007*. O panorama informático foi completado em Espanha pelo *Real Decreto-lei 3/2009*, que criou um *Registro Público Concursal*. Sobre este regime cf. MARÍA DEL PILAR GALEOTE, “El régimen de publicidad de las resoluciones concursales”, *Working paper IE Law School*, WPLS09-06, 2009, pp. 1-10, disponível em <http://ssrn.com>.

<sup>34</sup> Aliás, apesar de se ter pronunciado ainda antes da apresentação da *ESUG*, JAFFÉ, “Restrukturierung cit., p. 263, conclusão 7, já defendia que não era necessário introduzir no regime insolvencial alemão um processo exterior e autónomo em relação ao processo de insolvência. A lógica defendida pelo autor foi seguida: o “escudo protetor” criado em 2012 foi integrado no próprio processo.

<sup>35</sup> A *LC* é o resultado de uma reforma de carácter global que se verificou, em Espanha, em 2003. Neste ano, o legislador agrupou todo o regime insolvencial, até à data disperso por diversos diplomas de índole substantiva e processual: Código Civil, Código Comercial, *Ley de Enjuiciamiento Civil* e *Ley de Suspensión de Pagos*, de 26 de julho de 1922.

insolvência no mês seguinte, a não ser que ainda não se encontre nessa situação. O objetivo de política legislativa seria, por um lado, incrementar a flexibilidade deste mecanismo que pode evitar a insolvência efetiva de muitas empresas, mas, também, impedir excessos e abusos de que resultem prejuízos para os credores<sup>36</sup>. Aliás, em Espanha, esta *instituzione preconcursal* é bem acolhida<sup>37</sup>, por representar uma alternativa ao processo (“*concurso*”) naqueles casos em que a situação de insolvência esteja próxima.

Para além do regime concursal espanhol, o PER parece, ainda, ir buscar parte da sua inspiração aos §§ 270a, (2), e 270b InsO-E. Vejamos: o devedor em insolvência iminente pode apresentar-se ao tribunal e obter um período de 3 meses de “escudo protetor” (“*Schutzschirm*”) para apresentar um plano de insolvência. Para que este período lhe seja concedido tem de apresentar um relatório de um especialista em fiscal ou em contabilidade, de um advogado ou de alguém com competências comparáveis, no qual se explique que a empresa ainda não está insolvente, mas apenas em insolvência iminente, sendo possível a sua recuperação. Obriga-se, no fundo, o devedor a juntar um parecer de viabilidade económica. A nossa lei também exige, naturalmente, que a empresa seja economicamente viável para que possa ser candidata ao PER, mas o requisito da viabilidade é aferido por meio de declaração escrita e assinada pelo próprio devedor, em que este ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação (artigo 17.º-A/2). Tanto basta para que fique preenchido o requisito exigido pelo artigo 17.º-A/1 de que o devedor “comprovadamente” se encontra em situação económica difícil ou em insolvência iminente, solução que poderá afigurar-se, de alguma forma, precipitada: o intuito de promover a elaboração de planos de revitalização não poderá nunca abstrair da efetiva viabilidade económica da empresa. Embora seja certo que o PER – ao contrário do regime do plano de insolvência – exige que a empresa seja economicamente viável, é menos rigoroso no que toca à forma de aferir esse requisito, ao considerar suficiente que seja o próprio devedor a atestar que reúne as condições para a sua recuperação.

Porém, se é verdade que podemos perguntar se não seria preferível uma solução similar à que foi adotada no regime alemão, de acordo com o qual é uma entidade diferente do devedor a atestar a recuperabilidade da empresa, o

<sup>36</sup> Cf. FÉLIX J. MONTERO/LAURA RUIZ MONGE, “La adaptación de la Ley Concursal a los nuevos tiempos: la propuesta de anteproyecto de ley de reforma de la Ley Concursal”, *working paper IE Law School*, AJ8-173, 2010, disponível em <http://ssrn.com>.

<sup>37</sup> Cf. JAVIER ARIAS VARONA, “Instituciones preconcursales. Responsabilidad de administradores sociales y concurso. ¿Dónde está y hacia donde se dirige el derecho español?”, *Rev. e-mercatoria*, vol. 10, n.º 2, julio-diciembre 2011, pp. 203-235 (208), disponível em <http://ssrn.com>.

que se verifica é que, na prática, não parece que a solução alemã traga benefícios consideráveis, não obstante a aparente fragilidade acrescida do regime do PER. Dir-se-ia, efetivamente, que um relatório elaborado por pessoa especialmente qualificada para avaliar a situação da empresa oferece maior imparcialidade e que, por isso, seria criticável o abandono da solução do anteprojeto, que exigia uma declaração certificada por técnico oficial de contas ou, sempre que fosse obrigatório, por revisor oficial de contas, ambos independentes, atestando que o devedor reunia as condições necessárias para a recuperação. Visou-se, porém, facilitar o recurso a este processo, o que nem sequer representa, segundo parece, sacrifício excessivo dos valores contrários em jogo (de garantia de correção e imparcialidade), quando são conhecidos os casos de influência sobre os “fiscalizadores” e o papel que estes tiveram em escândalos corporativos como os da Enron, Worldcom, Parmalat, entre tantos outros. Não julgamos, pois, merecedora de censura a opção nacional, por confronto com a alemã<sup>38</sup>.

A lógica do artigo 17.º-E/1, ao suspender todos os processos executivos (portanto, independentemente da declaração de insolvência), assim facultando ao devedor o espaço necessário para levar a cabo a recuperação (“*call the dogs off*”<sup>39</sup>), não é original: o § 270b, (2), InsO-E, *v.g.*, admite que, sob proposta do devedor, o tribunal proíba a instauração e prosseguimento de ações executivas e, acima de tudo, a mesma ideia está subjacente ao instituto da “*automatic stay*”, previsto, nos Estados Unidos, no § 362 BC, enquanto forma de proteção do devedor, que fica com a faculdade de tentar a recuperação da empresa, liberto de todas as tentativas de os credores se fazerem pagar e da pressão do mercado que o levou à insolvência<sup>40</sup>. Ao mesmo tempo protege os credores, na medida em que evita que credores individuais utilizem a massa insolvente para a sua própria satisfação<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Os dois regimes coincidem no prazo de três meses concedido ao devedor em situação económica difícil para elaborar um plano de recuperação. Na *InsO-E* o prazo de 3 meses resulta diretamente do § 270b, (1), enquanto no CIRE o artigo 17.º-D/3 atribui ao devedor o prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, sendo que este pode ser prorrogado, uma só vez, por um mês, o que, na prática, resulta num prazo também de três meses para elaborar o plano. Como se vê, a influência alemã não se perdeu em muitos aspetos, como logo de início anunciamos.

<sup>39</sup> Cf. VANESSA FINCH, *Corporate insolvency law. Perspectives and principles*, 2.ª ed., Cambridge, 2009, p. 365.

<sup>40</sup> Cf. Notes of Committee on the Judiciary, Senate Report No. 95-989.

<sup>41</sup> Este era um princípio que já resultava do § 89 *InsO*. Também em Itália o artigo 182-bis *Legge Fallimentare* impõe a suspensão das ações executivas durante 60 dias. GIUSEPPE LOMBARDI/PIERDANILO BELTRAMI, “I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un’impresa in crisi”, *Giur. Comm.*, 38.5, settembre-ottobre 2011, pp. 713-740 (734 ss.) denomina este período como “stop the bleedings” ou “bloccare immediatamente le emorragie”.

Julgamos que, de uma perspectiva económica, é possível aplicar a este caso a teoria dos jogos. Na verdade, a “*automatic stay*” é – segundo cremos – especialmente importante quando se trata de evitar o conhecido “dilema do prisioneiro”. Lembre-se, nos seus contornos essenciais, este dilema: cada agente, de modo independente, quer aumentar ao máximo a sua própria vantagem, sem que se importe com o impacto da sua decisão no outro agente; aplicado ao caso que estudamos, o dilema resulta de cada credor não confiar que os outros não intentem individualmente uma ação executiva. Daí o extremo relevo que assume uma regra deste tipo, segundo a qual as ações executivas já existentes se suspendem e ficam vedadas novas ações, à semelhança do que sucede quando existe sentença de declaração da insolvência<sup>42</sup>.

O PER, se protege a empresa da pressão de credores individuais, não consegue pô-la a coberto de eventuais casos de concorrência desleal. Na realidade, a empresa continua em funcionamento, no decurso da aprovação do plano de revitalização, o que permite que, com relativa facilidade, se aproveitem as empresas concorrentes desta situação económica, surgindo agora o problema com mais premência, uma vez que este processo especial implica uma maior publicidade da situação económica difícil do devedor. Estas questões permanecem por resolver<sup>43</sup>.

Não obstante as falhas de regime, o PER concretiza, assim, o entendimento dominante, especialmente desenvolvido nos Estados Unidos, quanto ao processo de insolvência: (i) as diligências de salvamento de uma empresa devem ser tomadas suficientemente cedo para que ainda haja possibilidade de sucesso; (ii) deve ser concedido à empresa um “*breathing space*”, ou seja, um período durante o qual os credores não possam reclamar os seus créditos, para que as tentativas de recuperação sejam mais bem sucedidas e, por fim, (iii) deve ser tomado em consideração um leque mais vasto de interesses, que envolverá

<sup>42</sup> Sobre o dilema do prisioneiro, cf., por todos, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à economia*, 3.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimpr., Coimbra, 2005; *Teoria económica do contrato*, Coimbra, 2007, pp. 47-51. O autor conclui que, estrategicamente, domina o “não-contrato”; as partes em qualquer acordo assumem uma margem de risco quando decidem contratar. O contrato não seria, por isso, uma via de sair do estado hobbesiano de desconfiança generalizada. Adaptando ao campo em que nos situamos, a “captura” de bem estar conseguida por cada credor por intentar uma ação executiva será sempre mais segura do que confiar que a outra parte não fará o mesmo. Daí a importância fulcral da *automatic stay*.

<sup>43</sup> Esta questão é levantada por STEFANO AMBROSINI, “Marchi e fallimento”, *Giur. Comm.*, 36.6., novemb.-dezembro 2009, pp. 1087-1097 (1088-1091), a propósito da tutela da marca no processo de insolvência. Defende o autor que a marca da empresa insolvente deve ser considerada parte do seu ativo. Porém, se esta for alienada pelo “*curatore fallimentare*” (a par de uma licença de utilização) nunca poderá resultar em fraude para os consumidores, habituados às características dos produtos ou serviços, essenciais para o público.

todos aqueles potencialmente afetados pela insolvência, independentemente da qualidade de credores<sup>44</sup>.

Aspeto particularmente bem conseguido é a possibilidade de utilização do PER para que o devedor apresente um acordo extrajudicial de recuperação (artigo 17.º-I), que deverá ser homologado pelo juiz. A preferência por acordos sem intervenção do tribunal é compreensível, tendo em atenção os custos que implica o processo de insolvência. Para além dos evidentes custos monetários e temporais, a abertura de um procedimento judicial e a sua inerente publicidade (artigo 38.º)<sup>45</sup> gera os chamados “custos indiretos da insolvência”, *i.e.*, custos de mercado, em termos de imagem, que resultam em perda do valor de mercado. Estes custos representam, segundo estudos americanos realizados a propósito do capítulo 11 do BC, cerca de 10% do valor de mercado da empresa insolvente, enquanto os custos diretos da insolvência variam entre 3% a 4% para as pequenas empresas e 30% para as grandes empresas<sup>46</sup>. Daí que a opção do artigo 17.º-I, de promover a celebração de acordos extrajudiciais, seja uma refrescante inovação, já que, por mais rápido e económico que seja um processo de insolvência, este terá sempre associado o custo de publicidade negativa, que poderá, por esta via, ser evitado. Tais acordos são alcançados de forma menos dispendiosa, conseguindo-se, simultaneamente, que os mesmos gozem de uma estabilidade e segurança jurídica, que tornará a sua execução mais viável por via da respetiva homologação judicial<sup>47</sup>. Efetivamente, caso o acordo não fosse objeto de homologação, o princípio da relatividade das obrigações (artigo 406.º/2 CC)<sup>48</sup> permitiria que credores que votaram contra o plano considerassem que não

<sup>44</sup> Neste sentido, cf. VANESSA FINCH, *Corporate insolvency* cit., pp. 363 ss.

<sup>45</sup> Cf. também o paralelo § 30 InsO.

<sup>46</sup> Cf., sobre estes estudos, HORST EIDENMÜLLER, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz: Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht*, Köln, 1999, pp. 74 ss.

<sup>47</sup> Não é pacífica, ainda assim, a bondade de uma solução deste tipo. Em Espanha, em crítica ao artigo 5.º bis LC, ARIAS VARONA, “Instituciones cit., 217, afirma que esta regra traduz uma penetração da conservação da atividade da empresa como limite ao direito individual de tutela do crédito e derroga o princípio básico de direito civil: a relatividade dos contratos. A relatividade é, naturalmente, um princípio do direito. Mas, tanto em Portugal como em Espanha, pode ser afastado “nos casos e termos especialmente previstos na lei” (artigo 406.º/2 CC), pelo que o problema não deve ser colocado – como faz o autor – sob o prisma da violação do princípio, mas, antes, na perspectiva de saber se a opção legal de derrogar o princípio tem subjacente uma *ratio* válida. Ora, pelo menos em Portugal, a reorientação do CIRE para a recuperação da empresa terá de ser levada a cabo através de medidas que assegurem a efetividade desse objetivo. Nessa óptica, consideramos adequada a derrogação legal do princípio da relatividade.

<sup>48</sup> Sobre a relatividade das obrigações, cf., por todos, EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Coimbra, 2003; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, tomo I, 2009, pp. 347-407.

estavam por ele abrangidos e vinculados, pelo que tenderiam a bloquear a sua execução. Tendo em conta que os acordos extrajudiciais têm o inconveniente de não fornecerem a certeza de que os credores não procurem obter a satisfação dos seus créditos por via de execuções individuais, costuma incluir-se neles as cláusulas *stand still*, que têm efeito idêntico ao *automatic stay* no processo de insolvência<sup>49</sup>. No entanto, a proteção conferida pelo CIRE não vai ao ponto de tutelar a formação extrajudicial de planos de recuperação da empresa. E bem: estamos no cerne da autonomia privada<sup>50</sup>. Não se pede que o regime insolvencial retire à empresa espaço de negociação.

<sup>49</sup> Cf. ARIAS VARONA, “Instituciones cit.,” 210.

<sup>50</sup> O artigo 17.º-F do CIRE exige que o plano de revitalização seja homologado pelo juiz, aplicando-se as normas do artigos 215.º e 216.º. Em Itália discute-se a possibilidade de, no momento da homologação do “concordato preventivo” o tribunal poder fazer um juízo de mérito sobre o plano. É matéria amplamente discutida neste ordenamento. DANILO GALLETTI, “Classi obbligatorie? No, grazie!”, *Giurisprudenza Commerciale*, 37.2, Marzo-Aprile 2010, em anotação ao acórdão do Tribunale Biella 23 aprile 2009 (*ord.*), pp. 343-359/II (343, 344) considera que a estrutura do “concordato preventivo” não consente semelhante juízo de mérito. Note-se, porém, que o acórdão citado foi de opinião contrária, tal como o *Tribunale di Monza* que fez uma leitura conforme à Constituição de forma a devolver esse poder ao juiz. Aderimos, no entanto, a GALLETTI: se é verdade que o controlo do juiz pode prevenir comportamentos fraudulentos, também é verdade que o juiz terá uma menor capacidade para avaliar se a solução mais favorável à empresa insolvente é a liquidação ou a recuperação. Acrescentaríamos que, face ao fator tempo, teremos de adotar o juízo que melhor se coadune com os princípios conflitantes. A solução portuguesa parece razoável: a não homologação oficiosa apenas pode resultar da violação não negligenciável de regras procedimentais ou de conteúdo (artigo 215.º CIRE). Confrontamo-nos, neste domínio, com um juízo de mérito, ainda que limitado, no que diz respeito ao conteúdo do plano. Poderia parecer que esta possibilidade obstaria à ideia de máxima desjudicialização do processo; porém, importante é não esquecer a *ratio* dos princípios. A desjudicialização quer-se em benefício de uma maior celeridade e alívio das funções do Estado. Ora, sem qualquer tipo de juízo de mérito, a consequência última poderá ser o não cumprimento do plano e subsequentes processos, que passarão, uma vez mais, pelo juiz da insolvência. Aliás, é assinalado pela Associazione fra le società italiane per azione, *Rapporto sull’attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, 4/2012, disponível em <http://webstat.giustizia.it/AreaPubblica/Analisi%20e%20ricerche/Pubblicazione%20ASSONIME%20Note%20e%20Studi%20n4-2012.pdf>, que o “concordato preventivo”, até 2012, não obteve grande sucesso devido à tendência do tribunal para controlar de maneira forte a proposta de plano. Outro problema que se aponta é o receio (justo) de que o “concordato preventivo” – o PER em Portugal – seja utilizado com objetivos dilatórios.

#### 4.2. *Uma apreciação crítica do novo regime legal: a administração pelo devedor e a eventual interferência dos credores*

Ainda que a introdução do PER deva ser encarada positivamente, isto não significa que a nova regulação não seja passível de críticas, a começar pela solução constante do artigo 17.º-C/3, *a*), de acordo com a qual o juiz que declare a insolvência deve, de imediato, nomear um administrador judicial provisório. Não se esclarece, porém, por que fica vedada a possibilidade de administração pelo devedor (artigos 223.º e ss.), ainda que preenchidos os requisitos do artigo 224.º.

Antes consideramos, pelas razões já expressas, que se deveria promover a administração pelo devedor, mesmo em sede do PER, a qual, nos termos do artigo 223.º CIRE<sup>51</sup>, é limitada aos casos em que na massa insolvente esteja compreendida uma empresa<sup>52</sup>. Uma das metas legislativas das alterações por último introduzidas no CIRE foi fomentar a apresentação pelo devedor à insolvência, *ratio* que subjaz à redução para metade do prazo previsto: o artigo 18.º/1 concede ao devedor 30 dias após o conhecimento da situação de insolvência para requerer a respetiva declaração<sup>53</sup>. Todavia, a redução dos prazos, embora possa parecer um caminho para conseguir uma maior taxa de apresentação à insolvência, não é a via mais adequada para prosseguir este objetivo. De tal forma assim é que, noutros ordenamentos jurídicos, os prazos para a apresentação à insolvência são mais alargados ou não existem sequer, sem que isso implique consequências desvantajosas para a possibilidade de recuperação da empresa – bem pelo contrário. Tome-se o exemplo da lei norte-americana que, precisamente, omite qualquer prazo, por considerar que essa imposição resultaria num *risk-chilling effect*: os administradores da empresa devedora, perante um prazo muito estreito e a ameaça de sanções mais graves (*v.g.* resolução em benefício da massa), recerariam continuar em funções e transfeririam, o mais rapidamente possível, a responsabilidade da empresa para terceiros<sup>54</sup>. Assim, não

<sup>51</sup> Equivalente aos §§ 270 ss. e 284 InsO.

<sup>52</sup> Cf., sobre o tema, CARVALHO FERNANDES, “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, *Themis*, 2005, pp. 81-104.

<sup>53</sup> Como, em tom crítico, nota CATARINA SERRA, “Emendas cit.,” p. 107 “quando se quer aumentar a eficácia na aplicação da lei e a celeridade dos processos – e ostentar essa intenção – é habitual uma redução generalizada dos prazos”.

<sup>54</sup> Mesmo na Alemanha, apesar de o § 15a, (1), *InsO* estipular um prazo ainda mais curto do que o da lei portuguesa (3 semanas após o conhecimento da situação), a *FMSiG*, de outubro de 2008, alterou o § 19, (2), *InsO*, dispensando algumas empresas do dever de apresentação à insolvência quando o seu ativo não for suficiente para fazer face ao seu passivo, a não ser que a continuação da empresa seja a hipótese mais provável. Esta redação do § 19, (2), *InsO* estará em vigor apenas até 1 de janeiro de 2014. Contra a existência de *risk-chilling effect* na Alemanha, cf. TOM BRAEGLMANN,



está previsto um dever de apresentação à insolvência análogo ao continental, ainda que haja quem o funde num dever de lealdade do devedor perante os sócios e credores<sup>55</sup>. Apesar de não vigorar esse dever, o direito norte-americano é, consabidamente, aquele em que a recuperação da empresa maiores possibilidades conhece.

A redução dos prazos só terá, no fundo, um verdadeiro impacto quando seja acompanhada de medidas que constituam real incentivo para a apresentação do devedor à insolvência. Uma empresa insolvente ou em situação equiparada não terá estímulo para o fazer logo que tenha conhecimento da sua situação, sobretudo considerando que a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador da insolvência (artigo 81.º/1).

Perante a evidência, não podemos deixar de apontar a nossa crítica a uma alteração legislativa que considera suficiente para promover a apresentação à insolvência o encurtamento dos prazos, quando, para mais, as alterações legislativas paralelamente ocorridas noutros ordenamentos jurídicos, com o concomitante aprofundamento do estudo da matéria, poderiam ter servido de guia e fonte de inspiração para o legislador português.

Em particular, deve ser ponderado como incentivo possível para essa apresentação à insolvência o alargamento dos poderes de administração pelo próprio. A solução encontra acolhimento noutros ordenamentos europeus. ALC espanhola, por exemplo, prevê que, sendo o “concurso” voluntário, *i.e.*, quando tenha sido o devedor a apresentar-se à insolvência (artigo 22.º LC), os poderes de administração e disposição dos bens se mantenham no devedor, estando apenas dependente da autorização do administrador da insolvência (artigo 40.º/1 LC). Tendo sido o próprio devedor a apresentar-se à insolvência, não haverá, sob esta perspetiva, risco em mantê-lo na administração pois não terá, então, interesse em praticar atos que diminuam ou onerem a massa: se uma tal conduta fosse, por ele, visada, com toda a probabilidade não se teria apresentado à insolvência. Não obstante o seu caráter limitativo, este regime continua a ser bem mais flexível do que o português.

“”Chilling effect?” – Gefährdet die Rechtsprechung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzvertägen den Wirtschafts- und Forschungsstandort”, *ZInsO*, 14/15/2012, pp. 629-637. Na *Ley Concursal* espanhola, mesmo depois da reforma operada pela *Ley 38/2011, de 10 de octubre*, o prazo para a apresentação à insolvência manteve-se em 2 meses, com a particularidade de poder ser alargado se o devedor insolvente tiver iniciado negociações para celebrar um acordo de refinanciamento ou para conseguir o acordo dos credores relativamente a um plano de insolvência. Para uma explicação do regime nos vários ordenamentos jurídicos, cf. CATARINA SERRA, “Emendas cit., pp. 107 ss.

<sup>55</sup> Cf. JAFFÉ, “Restrukturierung cit., p. 265.

Também entre nós, não pode ser evitada a questão base de saber se constitui solução possível e desejável o reforço da administração pelo devedor, particularmente num momento em que as soluções dos ordenamentos estrangeiros se orientam, como dito, precisamente no sentido da manutenção do “*debtor in possession*”. Para além do caso espanhol, também na Alemanha, a ESUG alarga sensivelmente o instituto da “*Eigenverwaltung*”<sup>56</sup>, na sequência de se ter verificado que menos de 1% dos processos de insolvência abertos contaram com a concessão ao devedor desta prerrogativa, o que resultava, essencialmente, de uma desconfiança por parte dos credores e do próprio tribunal<sup>57</sup>. A nova lei germânica veio, assim, criar mecanismos que têm como finalidade a manutenção da administração do devedor, cuja bondade merece, como dissemos, ser ponderada à luz do direito português da insolvência, tendo em conta o carácter limitado da solução de redução dos prazos de apresentação à insolvência. Repare-se que a *InsO-E* chega mesmo a estabelecer, no § 270a, (2), que o devedor que se apresente à insolvência e requeira continuar com a administração da empresa, quando esta não lhe seja concedida, possa retirar o pedido de abertura do processo<sup>58</sup>. Esta é indubitavelmente uma medida com mais repercussões práticas do que uma mera redução do prazo para a apresentação à insolvência.

A solução alemã passa, em concreto, por atribuir a uma comissão preliminar de credores a faculdade de apoiar o pedido do devedor para se manter administrador da empresa insolvente, ficando, nesse caso, o tribunal impedido de recusar a decisão com o argumento de que a administração pelo devedor seria desvantajosa para os credores (§ 270, (3), *InsO-E*). Se for previsível que o devedor continue a administrar a empresa insolvente, o tribunal não deverá nomear um administrador provisório (“*vorläufiger Sachwalter*”: § 270a, (1), *InsO-E*<sup>59</sup>), mas sim um fiduciário. Por outro lado, teve-se em consideração o motivo pelo qual tanto os credores como o tribunal temiam a manutenção da administração: o risco de que esta volte a cometer os mesmos erros que levaram a empresa à

<sup>56</sup> A necessidade de eliminar as situações em que a administração pelo devedor era recusada pelo tribunal era já assinalada por FLORIAN STAPPER, “Dia Praxis der Arbeit mit Insolvenzplänen oder die Insuffizienz des insolvenzplans: Diagnose und Therapie”, *ZInsO*, 28, 2009, pp. 2361-2367 (2363 ss.).

<sup>57</sup> Cf. OBERMÜLLER, “Das ESUG cit., p. 1813. Em 2003, na Alemanha, apenas 0,3% dos processos de insolvência terminaram com a aprovação de um plano. Cf. JAFFÉ, “Restrukturierung cit., p. 252.

<sup>58</sup> Apenas se exige que o tribunal nomeie um fiduciário: § 270b, (2), *InsO-E*. O *Schutzschirmverfahren* só poderá ser revogado caso seja evidente que a recuperação da empresa não é exequível, se a comissão preliminar de credores solicitar a anulação ou, não havendo comissão preliminar, se um credor requerer a revogação deste regime e for expectável que deste procedimento resultem prejuízos para os credores (§ 270b, (4), *InsO-E*).

<sup>59</sup> A comissão preliminar de credores terá uma palavra a dizer na escolha do *trustee*: § 270a *InsO-E*.

situação de insolvência<sup>60</sup>. Porém, esse receio será injustificado quando, antes da apresentação à insolvência, tenha havido uma mudança da administração<sup>61</sup>, embora o problema persista quando a administração não tenha sido alterada antes do início do processo. A questão não escapou na alteração legislativa: o § 276a InsO-E admite, mediante consentimento do *fiduciário*<sup>62</sup>, a destituição e substituição da administração da empresa. Os novos administradores têm a vantagem, face a um administrador da insolvência estranho à sociedade, de não precisarem de um período de familiarização com a situação empresarial: estando diretamente envolvidos, conhecem melhor a situação patrimonial e poderão, ainda, beneficiar da circunstância de terem acompanhado de perto os erros da administração anterior e assim evitar a sua repetição.

No direito português, os mesmos argumentos quanto ao alargamento da administração pelo devedor serão procedentes, o que leva a que sejamos favoráveis a semelhante expansão da administração pelo próprio devedor, bem como ao modo da sua concretização através da previsão de uma comissão preliminar de credores, ainda que seja inevitável reconhecer razão àqueles que têm criticado a forma como os seus elementos são designados no direito alemão e, em especial, ao potencial de influência do devedor no processo<sup>63</sup>, a ponto de

<sup>60</sup> Em Itália, cf. ALESSANDRO DANOVI/CRISTINA MONTANARO, “L’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza; primi spunti di verifica empirica”, *Giurisprudenza Commerciale*, 37.2, Marzo-Aprile 2010, pp. 245-281/I (257-258), sobre os principais motivos que levam uma empresa a entrar em crise. Entre eles, contam-se 27% de casos de erros estratégicos, ligados a operações de aquisição ou de investimento não acompanhadas de uma planificação financeira; rigidez na estrutura produtiva (23% das situações), que levam a uma excessiva capacidade produtiva, que não é adaptada ao mercado e outros erros da administração. Perante estes dados empíricos, a desconfiança sentida pelos credores face à administração parece justificar-se.

<sup>61</sup> Cf. OBERMÜLLER, “Das ESUG cit., p. 1314.

<sup>62</sup> Este consentimento terá, apenas, de passar pelo crivo de a substituição da administração não causar danos aos credores: § 276a, *in fine*, InsO-E.

<sup>63</sup> Se, no caso concreto, tiver sido o devedor a apresentar-se à insolvência, a nova *InsO* impõe-lhe o dever de apresentar uma tabela em que deverá enumerar, nos termos do § 13, (1) os créditos: 1. mais elevados; 2. que beneficiem de mais garantias; 3. da administração tributária; 4. da segurança social, 5. que resultem da obrigação de pagamento de reformas. Acresce que este § impõe ainda que o devedor forneça a informação sobre os requisitos do § 22a *InsO-E*. Assim se desonera o tribunal de averiguar a situação do devedor quando seja este a apresentar-se à insolvência, tornando mais simples a decisão sobre a constituição da comissão preliminar de credores. Esta novidade não é, porém, isenta de críticas. PAPE, “Gesetz cit., p. 1036 faz notar que o objetivo da apresentação da tabela prevista no § 13 é identificar os credores para saber se deverá ser constituída uma comissão preliminar de credores. Ora, considerando que é esta comissão que nomeia o administrador da insolvência, caso o devedor manipule a lista de credores poderá controlar o processo desde o início. Um devedor habilidoso conseguirá filtrar os credores que votarão favoravelmente ao administrador pretendido. O autor aponta que seria mais razoável que o tribunal

se falar na “maquilhagem” aplicada pelo devedor<sup>64</sup>. Assim, deve assumir-se a excessiva rigidez dos requisitos legais que continuam a ser exigidos na nossa ordem jurídica, num contexto, para mais, em que, contraditoriamente, se visa fomentar essa espontânea apresentação à insolvência.

desse aos credores a possibilidade de reclamarem os seus créditos e, a partir daí, poderia decidir quem são os credores com maior relevância e assim constituir a comissão. Pelo contrário, FLORIAN STAPPER/CHRISTOPH ALEXANDER, JACOBI, “Der Eigenantrag (§ 13 InsO) nach neuem Recht”, *ZInsO*, 14/15/2012, pp. 628-629 avaliam positivamente a introdução do § 13. Compreendemos a crítica de PAPE, mas temos de reconhecer que a reclamação de créditos será, necessariamente, mais morosa do que a simples apresentação de uma tabela de credores por parte do devedor. Por este motivo, parece-nos que se trata de estabelecer um equilíbrio de interesses entre o risco de manipulação da lista apresentada pelo devedor e o tempo que se perderia com a formação de uma lista diferente. Sendo o próprio devedor a apresentar-se à insolvência, é certo que existe, ainda, risco de manipulação dos credores, mas será menor.

<sup>64</sup> Assim, PAPE, “Gesetz cit., p. 1036.