

Contributos sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Diretiva 2012/30/UE

PROF.^a DOUTORA ADELAIDE MENEZES LEITÃO*

SUMÁRIO: 1. Princípios e objetivos. 2. Sistematização. 3. Conteúdo. 4. Síntese.

1. Princípios e objetivos

A proposta de diretiva orienta-se em torno de três áreas:

- i) princípios comuns sobre a utilização de quadros de reestruturação precoce;*
- ii) normas que permitem que os empresários beneficiem de uma segunda oportunidade, sendo completamente exonerados da sua dívida no termo de um período máximo de três anos;*
- iii) medidas específicas para que os Estados-Membros melhorem a eficiência dos processos de insolvência, de reestruturação e de apuramento de dívidas¹.*

* Investigadora do CIDP.

¹ Comissão Europeia – Comunicado de imprensa Comissão propõe uma nova abordagem sobre a insolvência das empresas na Europa: promover a reestruturação precoce para apoiar o crescimento e proteger o emprego de 22 de novembro de 2016.

Para garantir que os quadros em matéria de insolvência e de reestruturação são coerentes e eficientes no conjunto da União Europeia estabelecem-se as seguintes regras:

- *As empresas com dificuldades financeiras, em particular as PME, terão acesso a mecanismos de alerta precoce para detetar a eventual deterioração da sua situação e permitir a reestruturação numa fase precoce;*
- *Quadros de reestruturação flexíveis e preventivos simplificarão os procedimentos judiciais longos, complexos e onerosos. Se for caso disso, os tribunais nacionais devem ser associados ao processo a fim de salvaguardar os interesses das partes interessadas;*
- *O devedor beneficiará de uma margem de manobra temporal, de um máximo de quatro meses, para a aplicação de medidas de execução, a fim de facilitar as negociações e o êxito da reestruturação;*
- *Os credores e acionistas minoritários dissidentes não poderão bloquear um plano de reestruturação, mas os seus legítimos interesses serão salvaguardados;*
- *Os novos financiamentos serão objeto de proteção específica, o que aumentará a possibilidade de êxito da reestruturação;*
- *Nos processos de reestruturação preventiva, os trabalhadores deverão beneficiar da plena proteção do direito do trabalho, em conformidade com a legislação da UE em vigor;*
- *A formação, a especialização dos profissionais da justiça e dos tribunais, e o recurso às tecnologias em linha (por exemplo, a apresentação da reclamação de créditos e a notificação aos credores) melhorarão a eficiência e reduzirão a duração dos processos de insolvência, de reestruturação e da segunda oportunidade².*

2. Sistematização

A Proposta de Diretiva é composta por seis títulos:

- Título I – Disposições gerais
- Título II – Quadros preventivos de reestruturação
- Título III – Segunda oportunidade para empresários
- Título IV – Medidas para aumentar a eficiência do processos de reestruturação, insolvência e segunda oportunidade
- Título V – Monitorização dos processos de reestruturação, insolvência e de exoneração do passivo restante
- Título VI – Disposições finais

² Comissão Europeia – Comunicado de imprensa de 22 de novembro de 2016.

O título II é, por sua vez, composto por cinco capítulos:

- Capítulo I – Disponibilização de meios de recuperação precoce
- Capítulo II – Facilitação de negociações nos planos preventivos de reestruturação
- Capítulo III – Planos de reestruturação
- Capítulo IV – Proteção de novos financiamentos, financiamentos intercalares e de outras operações relacionadas com a reestruturação
- Capítulo V – Deveres dos diretores nas negociações e planos preventivos de reestruturação

Nos presentes contributos limitar-nos-emos a uma análise dos Títulos I, II e III, nos quais se concentram as disposições substantivas de Direito pré-insolvencial e insolvencial, com o objetivo de aferir eventuais divergências em relação à legislação portuguesa e detetar a necessidade, ou não, de alterações a essa legislação em caso de aprovação da Proposta de Diretiva, na sua versão atual, e da sua transposição futura.

3. Conteúdo

Título I. Disposições gerais

A Proposta de Diretiva, no seu artigo 1.º/1 estabelece as áreas em que pretende legislar: i) reestruturação precoce; ii) exoneração do passivo restante de empresários sobre-endividados e ii) eficiência dos processos de recuperação precoce, de exoneração do passivo restante e dos processos de insolvência. Limitar-nos-emos, como anteriormente referido, a uma análise dos pontos i) e ii).

Excluem-se do âmbito de aplicação da Proposta de Diretiva os devedores que sejam nomeadamente instituições financeiras ou de seguros, à semelhança do que resulta na legislação portuguesa (artigo 2.º/2 do CIRE). Nada é referido relativamente às pessoas coletivas públicas e às entidades públicas empresariais. Seria útil saber se vão ser abrangidos pela futura Diretiva. Quanto às pessoas singulares que não sejam empresários, embora estejam excluídas do âmbito de aplicação da futura Diretiva, os Estados Membros podem aplicar-lhes as disposições relativas à exoneração do passivo restante (artigo 1.º/3 e considerando 15 sobre consumidores sobre-endividados).

O artigo 2.º da Proposta de Diretiva contém um conjunto significativo de definições. A mais problemática do ponto de vista da legislação portuguesa é a de *sobre-endividamento dos empresários*. A doutrina portuguesa tem analisado

o conceito de sobre-endividamento no contexto do Direito do Consumo³. Trata-se de um conceito ainda não vertido para a legislação nacional da insolvência, que se tem centrado nos conceitos de situação económica difícil, insolvência iminente e insolvência atual.

Segundo a Proposta de Diretiva o *sobre-endividamento empresarial* ocorre quando uma pessoa singular, que exerce uma atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional, se encontra mais do que provisoriamente incapaz de pagar as suas dívidas quando as mesmas são devidas. Tecnicamente, de acordo com a legislação portuguesa, esta pessoa pode estar quer em situação económica difícil, insolvência iminente ou até insolvência atual.

A Proposta de Diretiva vai exigir que a legislação de transposição introduza o conceito de *sobre-endividamento* na legislação nacional, conceito que pode originar problemas nas relações entre os diferentes meios de recuperação, bem como destes com o próprio processo de insolvência. Acresce que o conceito de sobre-endividamento pressupõe uma nova articulação dos regimes pré-insolvenciais e das suas relações recíprocas, desenhando as alternativas que se colocam aos diferentes tipos de devedores, segundo uma dinâmica estrutural de configuração da situação em que se encontram, designadamente pré-insolvential ou insolvential.

O artigo 3.º da Proposta de Diretiva determina que os Estados devem assegurar que os devedores e empresários têm acesso a mecanismos de alerta precoce (*early warning*) que possam detetar a eventual deterioração da situação da empresa e sinalizar a necessidade de agir de forma urgente (1); que os devedores e empresários tenham acesso a informação atualizada, clara, concisa e de fácil compreensão acerca dos mecanismos de alerta precoce e de todos os meios ao seu dispor para permitir a reestruturação numa fase precoce e a exoneração do passivo restante (2). Estes mecanismos de alerta e de informação podem apenas ser aplicáveis a pequenas e médias empresas e a empresários (3) (cfr. considerando 13).

No Direito português encontra-se previsto um mecanismo de alerta das situações pré-insolvenciais apenas no SIREVE (artigo 2.º-A do Decreto-Lei n.º 26/2015). Este mecanismo não se encontra previsto no regime do PER. Com

³ O sobre-endividamento configura “a situação em que o devedor se encontra na impossibilidade de pagar o conjunto das suas dívidas, de uma forma duradoura ou estrutural, ou mesmo a ameaça séria de que não o possa a vir a fazer no momento em que essas obrigações se tornem exigíveis”, ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Procedimentos de Reestruturação do Passivo do Devedor Insolvente*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 7, 2005, 409, e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Soluções jurídicas para o sobreendividamento dos consumidores*, Estudos do Instituto de Direito do Consumo, vol. IV, (coord. Adelaide Menezes Leitão), Almedina, Coimbra, 2014, 255 e ss.

efeito, o artigo 2.º-A do Decreto-Lei n.º 26/2015 introduz um mecanismo de autodiagnóstico que permite a realização de um diagnóstico prévio da situação económica e financeira, que se constitui como condição obrigatória para submissão ao SIREVE. Este mecanismo funciona através de uma plataforma informática disponibilizada no sítio da Internet do IAPMEI.

Título II – Quadros preventivos de reestruturação

Capítulo I. Disponibilização de meios de reestruturação precoce

O artigo 4.º da Proposta de Diretiva determina que os Estados Membros devem assegurar que em situação económica difícil com probabilidade de insolvência os devedores têm acesso aos meios de reestruturação precoce para evitar a insolvência (1). Estes meios podem consistir em um ou mais procedimentos ou medidas que o devedor pode combinar a fim de negociar e adotar um plano de reestruturação. (2). A fim de promover a eficiência e reduzir demoras e custos, pode ser limitado o envolvimento das autoridades judiciais e administrativas ao necessário e proporcional para a defesa dos direitos das partes afetadas (3) (cfr. considerando 18). Os meios de reestruturação precoce devem poder ser requeridos pelos devedores ou pelos credores com consentimento dos devedores (4).

Na legislação portuguesa surgem como meios de reestruturação precoce o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) e o Plano Especial de Revitalização (PER).

O SIREVE foi inicialmente introduzido pelo Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto, que criou um procedimento visando promover a recuperação extra-judicial das empresas através de um acordo entre estas e todos ou alguns dos credores representando no mínimo 50% do total das dívidas da empresa e que viabilizassem a recuperação da situação financeira desta (artigo 1.º).

O artigo 2.º do diploma antes referido, na sua versão inicial, acrescentava ainda que qualquer empresa que se encontrasse em situação económica difícil, insolvência iminente ou atual poderia recorrer a este procedimento. Na alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro, o SIREVE é apresentado como um procedimento que visa promover a recuperação extrajudicial de empresas, através da celebração de um acordo entre a empresa e todos ou alguns dos seus credores, que viabilize a sua recuperação e assegure a sua sustentabilidade.

Por sua vez, o artigo 2.º recusa a aplicação deste procedimento à insolvência atual, estabelecendo requisitos mais exigentes com indicadores de avaliação

global positiva dos três últimos exercícios completos à data da apresentação do requerimento.

Por outro lado, o artigo 2.º/2 do Decreto-Lei n.º 178/2012, remetia para a noção de empresa constante do CIRE, enquanto que na versão atual do artigo 2.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 26/2015 se circunscreve a noção de empresa a sociedades comerciais e a empresários em nome individual que possuam contabilidade organizada.

A Proposta de Diretiva limita-se a legislar relativamente a empresários pessoas singulares, mas como se trata de uma Diretiva de mínimos não impede a abrangência do SIREVE relativamente às sociedades comerciais.

Para além do SIREVE, o direito português prevê ainda o regime do PER, como mecanismo de reestruturação pré-insolvencial, que foi enxertado no CIRE com as alterações legislativas de 2012.

Este regime destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir um acordo conducente à sua revitalização. Este processo pode ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação (artigo 17.ª-A/1 e 2 do CIRE)

Carvalho Fernandes/João Labareda consideram que dispondo o devedor, pessoa singular, não titular de empresa, do plano de pagamentos, o PER apenas se deveria aplicar a devedores empresários⁴. Não se defende esta restrição, porque a recuperação é suscetível de aplicação a devedores não titulares de empresas. Acresce que o plano de insolvência e o plano de pagamentos são aplicáveis a situações de insolvência atual e iminente, tendo o PER viabilidade de aplicação a situações pré-insolvenciais de forma precoce e, por isso, mais potenciadora da recuperação⁵.

⁴ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.a ed, Quid Juris, Lisboa, 2015, 140.

⁵ Neste sentido, CATARINA SERRA, “Processo especial de revitalização – contributos para uma rectificação”, ROA, 2012, 716 (nota 2), O regime português da insolvência, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, 176, e O processo especial de Revitalização na Jurisprudência, Almedina, Coimbra, 2016, 35 ss, contrariando os argumentos em contrário. A existência de plano de pagamentos para os devedores pessoas singulares não titulares de empresas só existe no contexto de um processo de insolvência em que o devedor se sujeite aos efeitos da respectiva declaração, o que não acontece no PER. Apenas o SIREVE respeita exclusivamente a empresas e não o PER. O art. 17.o, n.o 2 dispõe que o PER pode ser utilizado por todo o devedor, desde que reúna as condições necessárias para a sua recuperação. Acresce ainda que a jurisprudência admite maioritariamente a

A legislação do SIREVE e do PER parece-nos suficiente enquanto meios para reestruturação precoce, ainda que a iniciativa da reestruturação se encontre limitada aos devedores, não se prevendo uma iniciativa dos credores com posterior assentimento do devedor. Deverá, porém, ser equacionado se as alterações que se imponham com a transposição da Diretiva que vier a ser aprovada se devem introduzir no regime do SIREVE ou no PER ou eventualmente em ambos ou se se deverá criar um mecanismo único que atenda às exigências do legislador europeu.

Capítulo II – Facilitação das negociações nos planos de reestruturação precoce

O artigo 5.º prevê a manutenção da *administração pelo devedor* nos processos precoces de reestruturação (1). A nomeação de um profissional na área da recuperação não é obrigatória em todos os casos (2). Os Estados Membros podem, no entanto, determinar a necessidade de nomeação de um profissional nos casos em que é garantido ao devedor uma suspensão das ações executivas nos termos do artigo 6.º da Proposta de Diretiva e quando os planos de reestruturação necessitam de ser homologados por uma autoridade judicial ou confirmados por autoridade administrativa com o poder de *cram-down* (aprovação de planos ainda que sem a concordância de todos os credores) nos termos do artigo 11.º da Proposta de Diretiva.

Em relação ao PER, na legislação portuguesa, o devedor inicia o procedimento com uma declaração escrita de acordo com um ou mais credores garantidos ou comuns para encetarem negociações conducentes à sua revitalização por meio da aprovação de um plano de recuperação (artigo 17.º-C/1 CIRE). A declaração referida deve ser assinada por todos os declarantes, nela constando a data da assinatura. O devedor deve comunicar que pretende dar início às negociações conducentes à sua recuperação ao juiz do tribunal competente para declarar a sua insolvência, devendo este nomear, de imediato, por despacho, administrador judicial provisório. Seguem-se, nos termos do artigo 17.º-E/1 e 2, os seguintes efeitos processuais: obsta-se à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas do devedor durante o tempo em que perdurarem as negociações, ficam suspensas as ações de cobrança de dívidas, extinguindo-se estas ações com a homologação do plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.

aplicação do PER a pessoas singulares não empresárias, ainda que haja decisões jurisprudenciais em sentidos opostos.

A suspensão das ações de cobrança de dívidas contra o devedor opera *ope legis*, não dispensando o devedor de informar, no respetivo processo, a existência de um PER em curso. A partir do despacho de nomeação do administrador judicial provisório, o devedor fica impedido de praticar os atos de especial relevo definidos pelo artigo 161.º, sem prévia autorização do administrador judicial provisório (artigo 17.º-E/2).

Ora, o que resulta do artigo 5.º da Proposta de Diretiva é que o legislador pretende que a regra nos processos de reestruturação precoce seja a *administração pelo devedor* e a sua atribuição a um administrador judicial provisório a exceção.

Assim, este aspeto teria de ser revisto em futura alteração legislativa ao regime do PER. Também pode entender-se que como este é o sistema existente no SIREVE que não é necessária essa alteração ao PER. Com efeito, no SIREVE mantém-se a administração pelo devedor. Porém, a Proposta de Diretiva parece pretender aplicar princípios comuns para os procedimentos de recuperação precoce, o que convida a futuras alterações no PER no sentido de uma reaproximação ao regime do SIREVE.

De referir que o instituto da administração pelo devedor é previsto no âmbito do próprio processo de insolvência em termos excecionais. Esta possibilidade, prevista no CIRE, só é aplicável quando a massa insolvente compreenda uma empresa (artigo 223.º). No que concerne ao direito português, tal possibilidade pode resultar da sentença que declara a insolvência [artigo 36.º/1, e)], sendo necessário o preenchimento dos pressupostos do artigo 224.º, que respeitam ao requerimento do devedor, à apresentação passada ou no prazo de 30 dias de um plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa por si próprio, à não existência de razões para reear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores e o requerente der o seu acordo, caso não seja o devedor.

O requerimento pode ser apresentado até ser proferida a sentença de declaração da insolvência. Pode também suceder que a administração da empresa tenha sido requerida pelo devedor e os credores na assembleia de apreciação do relatório ou em assembleia que a preceda, a confiem ao devedor. Neste caso, apenas se exige que o devedor tenha apresentado ou venha a apresentar no prazo de 30 dias um plano de insolvência a partir da deliberação dos credores (artigo 224.º/3)

Catarina Serra alerta para o facto de que o juiz quase nunca defere o pedido de administração do devedor por não ser possível garantir que não advêm atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores⁶. A admi-

⁶ CATARINA SERRA, *Os efeitos patrimoniais da declaração da insolvência: quem tem medo da administração pelo devedor?*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, vol. II, Coim-

nistração pelo devedor permitiria aproveitar a familiaridade do devedor com a empresa e reduzir os custos do processo, mas infelizmente o instituto não tem tido aplicação em Portugal. Assim, no caso de adoção da diretiva afigura-se que esta situação terá de ser alterada.

Note-se que, na Alemanha, na sequência das alterações da *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (ESUG), passou, desde 1 de março de 2012, a ser a regra a administração pelo devedor e a privação a exceção, tendo deixado de ser exigido o acordo do requerente da insolvência para a sua concessão. Atualmente os únicos requisitos para a concessão da administração pelo devedor são o requerimento do devedor e a não existência de prejuízos para os credores (§ 270, n.2).

O artigo 6.º da Proposta de Diretiva respeita à suspensão das ações durante a negociação de planos de reestruturação, abrangendo todo o tipo de credores, tanto garantidos como privilegiados, podendo a suspensão cobrir todos os credores ou ser limitada a apenas a alguns. O artigo 6.º/3 exceciona os créditos laborais que devem ter a proteção que resulta da legislação de transposição da Diretiva 2008/94/EC.

O prazo de suspensão deve ser de quatro meses, sendo, no entanto, possível que este prazo seja prorrogado por autoridade judicial ou administrativa, ou concedido um novo prazo a pedido do devedor ou dos credores, caso já tenha sido alcançado um progresso relevante nas negociações do plano de reestruturação e a continuação da suspensão não prejudique injustamente os direitos ou interesses de quaisquer partes afetadas.

Quaisquer prorrogações posteriores estão dependentes das condições anteriormente referidas e de que as circunstâncias do caso demonstrarem uma forte probabilidade de que venha a ser adotado um plano de reestruturação. A duração total da suspensão não pode, porém, ultrapassar 12 meses.

Os Estados membros devem assegurar que as autoridades judiciais ou administrativas possam proceder ao levantamento total ou parcial da suspensão se se tornar notório que a proporção de credores, segundo a legislação nacional, pode bloquear a adoção do plano de reestruturação não apoiem a continuação das negociações, a pedido do devedor ou do profissional na área da reestruturação [6.º, a) e b)]. Pode ainda, quando um credor individual ou uma determinada classe de credores for injustamente prejudicada pela suspensão, a autoridade

bra Editora, Coimbra, 2013, 540 e 563. Segundo a Autora é necessário repensar no processo de insolvência em que se vise a recuperação de empresas as posições da regra e exceção relativamente à administração pelo devedor (p. 539). A privação dos poderes de administração e disposição do insolvente não é um efeito absolutamente necessário da declaração de insolvência dado que há agora o regime da administração pelo devedor. Trata-se de um efeito automático, mas não necessário.

judicial ou administrativa não decidir conceder a suspensão ou levantá-la quanto a esse credor ou classe de credores a seu pedido.

No que concerne ao prazo das negociações no SIREVE estabelece-se um prazo de duração de três meses para a extinção do procedimento, prorrogável por mais um mês, mediante requerimento fundamentado da empresa ou de qualquer dos credores participantes no procedimento e a emissão de parecer favorável do IAPMEI. O procedimento extingue-se quando ultrapassado estes prazos sem que se celebre qualquer acordo (artigos 15.º e 16.º).

No que respeita ao prazo das negociações no PER, a lei prevê que qualquer credor dispõe de 20 dias contados da publicação no portal Citius do despacho de nomeação do administrador judicial provisório para reclamar créditos, devendo as reclamações ser remetidas ao administrador judicial provisório, que, no prazo de cinco dias, elabora uma lista provisória de créditos. Esta lista é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal e publicada no portal Citius, podendo ser impugnada no prazo de cinco dias úteis, dispendo, em seguida, o juiz de idêntico prazo para decidir sobre as impugnações formuladas. Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva (artigo 17.º-D/2, 3 e 4 CIRE). Findo o prazo para impugnações, os declarantes dispõem do prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, prazo que pode ser prorrogado, por uma só vez e por um mês, mediante acordo prévio e escrito entre o administrador judicial provisório nomeado e o devedor, devendo tal acordo ser junto aos autos e publicado no portal Citius (artigo 17.º-D/5 CIRE).

Nestes termos, a transposição da futura Diretiva pressupõe uma adaptação nos prazos do SIREVE e/ou do PER.

O artigo 7.º da Proposta de Diretiva estabelece como consequência da suspensão a não obrigatoriedade de pagamento de créditos durante o período de suspensão (1). Uma suspensão que cubra todos os credores impede qualquer credor de requerer a insolvência do devedor (2). Os Estados Membros podem derrogar o efeito da suspensão generalizada de créditos se o devedor se tornar incapaz de pagar as obrigações vencidas durante o período de suspensão, devendo, neste caso, assegurar que os procedimentos de reestruturação não terminam automaticamente e que, examinadas as possibilidades de conclusão de um acordo sobre um plano de reestruturação bem sucedido durante o período da suspensão, uma autoridade judicial ou administrativa possa decidir deferir a abertura da insolvência e manter a suspensão (3). Os credores abrangidos pela suspensão não podem terminar, acelerar ou modificar contratos em detrimento do devedor durante o período desta. Os Estados Membros podem limitar esta disposição aos contratos essenciais à gestão corrente da atividade do devedor (4). Os contratos não podem ser modificados em virtude de cláusulas contra-

tuais que prevejam modificações em resultado de o devedor ter entrado em processo de reestruturação (5). Os Estados Membros devem assegurar que o devedor pague no decorrer normal dos negócios os credores não afetados pela suspensão e os credores afetados após a suspensão (6). Os Estados Membros não devem exigir que os devedores requeiram a insolvência se o período de suspensão terminar sem se alcançar o acordo num plano de reestruturação, a não ser que outras condições se verifiquem (7).

O artigo 11.º/2 do Decreto-Lei n.º 178/2012, com alterações da Lei n.º 26/2015, prevê que o despacho de aceitação do requerimento de utilização do SIREVE obsta à instauração contra a empresa, ou respetivos garantes relativamente às operações garantidas, de quaisquer ações executivas para pagamento de quantia certa ou outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias enquanto o procedimento não for extinto, e suspende, automaticamente e por igual período, as ações executivas para pagamento de quantia certa ou quaisquer outras ações destinadas a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias, instauradas contra a empresa, ou respetivos garantes relativamente às operações garantidas, que se encontrem pendentes à data da respetiva prolação.

Por sua vez, o artigo 17.º-E/1 do CIRE, antes analisado, determina que se obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas do devedor durante o tempo em que perdurarem as negociações e que ficam suspensas as ações de cobrança de dívidas, extinguindo-se estas ações com a homologação do plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.

Encerrado o processo de aprovação do PER sem acordo, se o devedor não se encontrar em insolvência, verifica-se a extinção dos seus efeitos sem que o devedor possa recorrer a outro processo de revitalização no prazo de dois anos. Se o devedor se encontrar em insolvência, a mesma deve ser requerida pelo administrador judicial provisório, sendo decretada imediatamente pelo tribunal (artigo 17.º-G CIRE).

Os aspetos incluídos no artigo 7.º da Proposta de Diretiva não se encontram integralmente previstos no regime do SIREVE nem do PER, pelo que a transposição da futura Diretiva exige uma revisão dos respetivos regimes.

Capítulo III – Planos de reestruturação

O artigo 8.º da Proposta de Diretiva respeita ao conteúdo dos planos de reestruturação, determinando que os mesmos devem ser sujeitos a homologação judicial ou a confirmação por autoridade administrativa e que contenham a seguinte informação:

- (a) a identidade do devedor e da empresa do devedor para a qual o plano de reestruturação é proposto;
- (b) a avaliação do valor atual do devedor ou da empresa, bem como uma declaração fundamentada das causas e da extensão das dificuldades financeiras do devedor
- (c) a identidade das partes afetadas, individualmente identificadas ou com referência a categorias de credores, bem como a referência às suas ações ou interesses cobertos pelo plano;
- (d) as classes de agrupamento das partes afetadas para o propósito da adoção do plano, com a justificação para essa adoção e a informação sobre os valores dos créditos e número de credores em cada categoria;
- (e) a identidade das partes não afetadas, identificadas individualmente ou com referência a categorias de credores, com a justificação para não serem afetadas;
- (f) os termos do plano incluem a sua duração, qualquer proposta pela qual as dívidas são reprogramadas, renunciadas ou convertidas em outra forma de obrigações e qualquer novo financiamento como parte do plano de reestruturação;
- (g) um parecer ou uma declaração fundamentada da pessoa responsável pelo plano de reestruturação que explique a razão da viabilidade da empresa e como o resultado previsível da implementação do plano pode evitar a insolvência e restaurar a sua viabilidade a longo termo e que declare quaisquer pré-condições para o seu sucesso.

O artigo 8.º/2 estabelece que os Estados Membros devem construir um modelo de plano de reestruturação disponível *online*, com informação necessária de acordo com a legislação nacional e informação prática sobre como o modelo pode ser utilizado. O modelo deve ser disponibilizado em língua oficial ou noutras línguas do Estado Membro, devendo os Estados Membros esforçar-se por tornar o modelo disponível, em particular, nas línguas utilizadas no comércio internacional. Este modelo deve ser desenhado de modo a poder ser adaptado às necessidades e às circunstâncias de cada caso.

As partes podem escolher utilizar ou não o modelo de plano de reestruturação.

No regime do DL n.º 178/2012, com alterações da Lei n.º 26/2015 já citados prevê-se que o requerimento possa ser apresentado por meios eletrónicos utilizando um modelo disponibilizado no sítio da Internet (artigo 3.º/1 e 2) no qual constam *grosso modo* os elementos que devem constar do plano nos termos do artigo 8.º/1 da Proposta de Diretiva.

No que concerne ao PER, o artigo 17.º-D/1 remete para o artigo 24.º do CIRE que elenca a documentação que deve acompanhar o requerimento do PER.

O artigo 9.º da Proposta de Diretiva prevê que quaisquer credores afetados têm direito de voto na adoção dos planos de reestruturação. Esse direito de voto também pode ser assegurado aos titulares de participações sociais de acordo com o artigo 12.º/1 (1). Os Estados Membros devem garantir que os credores afetados são tratados em classes separadas que reflitam os respetivos critérios de formação. As classes devem ser formadas de maneira a que cada classe abranja ações ou interesses com direitos suficientemente idênticos que justifiquem a criação dessa classe como um grupo homogêneo com uma comunidade de interesses. No mínimo, credores garantidos e não garantidos devem ser tratados em classes separadas para efeitos do plano de reestruturação. Os Estados Membros devem também prever a constituição de uma classe separada para os trabalhadores (2). A formação de classes deve ser examinada pela autoridade judicial ou administrativa quando o requerimento para a homologação/confirmação do plano de reestruturação é apresentado (3). Um plano de reestruturação deve ser considerado adotado pelas partes afetadas quando a maioria das ações e interesses de cada classe o aprova. Os Estados Membros não deverão exigir maiorias superiores a 75% para aprovação por cada classe do plano de reestruturação (4). Os Estados Membros podem determinar que o exercício de voto nos planos de reestruturação tome a forma de uma consulta e de um acordo de uma maioria requerida de partes afetadas de cada classe (5). Se o plano de reestruturação não alcançar a referida maioria, o plano pode ser ainda homologado/confirmado se se verificarem os requisitos do *cross-class cram power* constantes do artigo 11.º

Nos termos do artigo 12.º/1 e 2 do regime do SIREVE (Decreto-Lei n.º 178/2012, de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro) o acordo obtido é obrigatoriamente reduzido a escrito e assinado pela empresa, pelo IAPMEI, I. P., e pelos credores que votem a sua aprovação. Considera-se aprovado o plano de recuperação que: sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com o direito de voto contido na lista de créditos; que recolha o voto favorável de mais da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos corresponda a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções; ou que recolha o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade das dívidas apuradas da empresa, e mais de metade destes votos corresponda a créditos não subordinados, nos termos do CIRE, não se considerando as abstenções.

Em relação ao PER, com o Decreto-Lei n.º 26/2015 deixou de haver uma remissão para o artigo 212.º, passando o artigo 17.º-F/3 do CIRE, a exigir que o plano seja votado por credores cujos créditos representem pelo menos um terço do total dos créditos relacionados com o direito de voto contido na lista de créditos e recolha o voto favorável de mais da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos corresponda a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções ou recolha o voto favorável de credores cujos créditos representem mais da totalidade dos créditos relacionados com o direito de voto e mais de metade destes votos corresponda a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções.

Há assim que alterar o regime do SIREVE e do PER de acordo com as novas exigências europeias.

O artigo 10.º da Proposta de Diretiva estabelece que os Estados Membros devem assegurar que os seguintes planos de reestruturação se tornem vinculativos para as partes, desde que homologados judicialmente ou confirmados por autoridade administrativa:

- (a) planos de reestruturação que afetem interesses de partes que não concordaram com a sua aprovação;
- (b) planos de reestruturação com novas formas de financiamento.

Os Estados Membros devem consagrar com clareza as condições para a homologação judicial e confirmação administrativa de planos de reestruturação, assegurando que incluam pelo menos as seguintes:

- (a) que o plano de reestruturação foi adotado nos termos do artigo 9.º e que todos os credores conhecidos que possam ser afetados foram notificados;
- (b) que cumpre o teste do melhor interesse dos credores;
- (c) que qualquer novo financiamento seja essencial à implementação do plano de reestruturação e não prejudique injustificadamente os interesses dos credores.

Os planos de reestruturação não devem ser homologados judicialmente ou confirmados por autoridade administrativa se não tiverem uma razoável probabilidade de evitar a insolvência do devedor e assegurar a viabilidade da empresa.

Os Estados Membros devem assegurar que quando a homologação judicial ou confirmação administrativa é essencial para que o plano seja vinculativo a decisão seja tomada no prazo de 30 dias depois do respetivo requerimento.

Trata-se de matéria não prevista *expressis verbis* no regime do SIREVE. No regime do PER o legislador prevê o seu carácter urgente (artigo 17.º-A/3) e

no artigo 17.º-F/5 estabelece que o juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação nos 10 dias seguintes à receção da documentação, devendo ser aplicada as regras previstas no título IX, em especial os artigos 215.º e 216.º do CIRE. O artigo 216.º permite que o juiz recuse a homologação do plano de insolvência por requerimento de credor se houver violação da regra do melhor interesse do credor.

O artigo 11.º da Proposta de Diretiva respeita ao *cross-class cram power* que permite que os Estados Membros assegurem, em caso de não aprovação do plano de reestruturação por algumas classes de partes afetadas, que este possa ainda assim ser homologado judicialmente ou confirmado por autoridade administrativa, por proposta do devedor ou do credor com a concordância do devedor, e que se torne vinculativo para uma ou mais partes dissidentes, desde que: preencha as condições do artigo 10.º/2; tenha sido aprovado pelo menos por uma classe de credores que não sejam titulares do capital social e qualquer outra classe que de acordo com a avaliação da empresa, não receberia qualquer pagamento e cumpra com as regras da prioridade. Os Estados membros podem exigir diferentes números de classes de credores afetados (2).

Trata-se de matéria sem correspondência na legislação nacional, pelo que a aprovação da Proposta de Diretiva, pressupõe futuras alterações ao regime do SIREVE e do PER⁷.

O artigo 12.º da Proposta de Diretiva determina que os Estados Membros assegurem que, quando houver uma probabilidade de insolvência, os acionistas e outros titulares do capital social não devem impedir de forma desrazoável a aprovação e implementação de planos de reestruturação que restaurem a viabilidade da empresa. Para atingir este objetivo, os Estados Membros devem providenciar que os titulares do capital social possam formar uma ou mais classes com direito de voto na adoção dos planos de reestruturação. Neste caso, a adoção e a confirmação dos planos de reestruturação encontra-se sujeita ao mecanismo de *cross-class cram power* regulado no artigo 11.º

Trata-se igualmente de matéria sem correspondência na legislação nacional, pelo que sendo aprovada a Proposta de Diretiva pressupõe futuras alterações ao regime do SIREVE e do PER.

⁷ No direito português a figura do *cram down power* está prevista no plano de pagamentos, em que se admite a possibilidade de o juiz substituir, em certos casos e verificados os requisitos legais, a rejeição do plano por parte de um credor por uma aprovação (artigo 258.º/1) (*cram down power*), superando-se, deste modo, uma fonte de frequentes frustrações de procedimentos extrajudiciais de conciliação, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Insolvência de Pessoas Singulares: a exoneração do passivo restante e o plano de pagamentos. As alterações da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril*, Estudos em Homagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas, 533.

O artigo 13.º da Proposta de Diretiva estabelece que um valor de liquidação deve ser determinado pela autoridade judicial ou administrativa quando um plano de reestruturação possa implicar uma violação do princípio do melhor interesse do credor (1). O valor da empresa deve ser determinado pela autoridade judicial ou administrativa com base numa perspetiva de continuidade da empresa nos casos em que o *cross-class cram power* é necessário para a aprovação do plano de reestruturação e quando o plano de reestruturação pressupõe uma alegada violação do princípio da prioridade (2). Os Estados Membros devem garantir que profissionais qualificados assistam a autoridade judicial ou administrativa, quando necessário e apropriado, para o objetivo de avaliação, incluindo quando o credor põe em causa o valor atribuído (3). Os Estados Membros devem assegurar as avaliações referidas nos parágrafos anteriores podem ter lugar em caso de recurso contra uma decisão de homologação ou confirmação de um plano de reestruturação (4).

Esta necessidade de avaliação não se encontra prevista no regime do SIREVE ou do PER.

O artigo 14.º da Proposta de Diretiva estabelece que os Estados Membros determinem que os planos de reestruturação homologados judicialmente ou confirmados por autoridade administrativa sejam vinculativos para todas as partes que constem do plano (1). Os credores que não foram envolvidos na adoção de um plano de reestruturação não são afetados.

Este regime está consagrado no artigo 13.º/1 e 2 do regime do SIREVE.

O artigo 15.º da Proposta de Diretiva em matéria de recursos determina que a homologação judicial ou a confirmação administrativa de um plano de reestruturação podem ser objeto de recurso para instância judicial superior ou para autoridade judicial, conforme os casos (1). Os recursos devem ser resolvidos de forma célere (2). O recurso não deve ter efeito suspensivo na execução do plano (3). Nos recursos a autoridade judicial pode suspender o plano de reestruturação ou confirmá-lo e conferir uma compensação pecuniária aos credores dissidentes a pagar pelo devedor e pelos credores que aprovaram o plano (4).

Estas matérias não se encontram especialmente previstas no regime do SIREVE ou do PER, aplicando-se as regras gerais em matéria de recursos.

Capítulo IV – Proteção de novos financiamentos, financiamentos intercalares e outras operações relacionadas com a reestruturação

O artigo 16.º da Proposta de Diretiva refere que os Estados Membros devem assegurar que os novos financiamentos e financiamentos intercalares são

adequadamente encorajados e protegidos. Em particular os novos financiamentos e os financiamentos intercalares não devem ser declarados nulos, anuláveis e inexecutáveis como ato prejudicial para o conjunto dos credores no contexto de processos subsequentes, a não ser que essas transações sejam fraudulentas ou de má fé (1). Os Estados Membros podem conceder aos novos financiadores que sejam pagos com prioridade em liquidação subsequente em relação a credores que de outra maneira teriam créditos superiores ou iguais. Neste caso, os credores destes financiamentos devem ser graduados acima dos credores comuns (2). Novos financiadores devem ser excluídos de responsabilidade criminal, civil e administrativa a não ser que o financiamento seja fraudulento ou de má fé (3).

O artigo 17.º da Proposta de Diretiva estabelece que os Estados Membros devem assegurar que quaisquer transações no âmbito da negociação dos planos de reestruturação que sejam homologados judicialmente ou confirmados por autoridades administrativas não sejam declaradas nulas, anuláveis ou inexecutáveis como atos em detrimento dos credores no contexto de processos subsequentes de insolvência, a não ser que essas transações sejam fraudulentas ou de má fé (1). Abrangem-se nestas transações o pagamento de custos ou de quaisquer despesas razoáveis referentes à negociação, adoção, confirmação ou implementação de planos de reestruturação; o pagamento de custos ou de quaisquer despesas razoáveis referentes a obtenção de aconselhamento profissional no âmbito do plano de reestruturação; o pagamento de salários de trabalhadores pelo trabalho realizado; qualquer razoável ou necessário pagamento e desembolso feito no domínio da gestão corrente da empresa e transações tais como novos créditos, financiamentos e transferência parcial de ativos fora da gestão corrente no contexto da negociação de um plano de reestruturação (2). Os Estados Membros podem exigir que as transações na situação ultimamente referida sejam aprovadas por um profissional da insolvência ou por uma autoridade judicial ou administrativa em ordem a obter a proteção do parágrafo 1 (3). Os Estados Membros devem garantir que quaisquer negócios no contexto da implementação de um plano de reestruturação que tenha sido objeto de homologação judicial ou de confirmação por autoridade administrativa não sejam prejudicados pelos outros credores no contexto de processos de insolvência subsequentes, a não ser que tenham sido adotados de forma fraudulenta ou de má fé.

Das disposições dos artigos 16.º e 17.º da Proposta de Diretiva retira-se uma princípio de *favor* para os novos financiamentos que permitam a reestruturação evitando a insolvência, bem como a consequente proteção dos financiadores no contexto de eventuais processos de insolvência futuros.

No artigo 11.º/6,7 e 8 do regime do SIREVE encontram-se algumas manifestações deste princípio. Com efeito, estabelece-se que as garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor, ou venha a ser por este iniciado um novo processo de reestruturação. Acrescenta-se que os negócios jurídicos celebrados no âmbito do SIREVE, cuja finalidade seja prover a empresa de meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação, são insuscetíveis de resolução por aplicação das regras previstas no n.º 6 do artigo 120.º do CIRE. Finalmente, os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade do devedor disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização, gozam, em caso de insolvência, de um privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

Por sua vez, no regime do PER, o artigo 17.º-H/1 do CIRE prevê que as garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor. O artigo 17.º-H/2 do CIRE acrescenta que os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade do devedor disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam do privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

Apesar do que se acaba de referir, estas disposições da legislação nacional só de forma incompleta contém o regime da Proposta de Diretiva.

Capítulo V – Deveres dos diretores nas negociações e planos preventivos de reestruturação

O artigo 18.º da Proposta de Diretiva respeita aos deveres dos administradores, determinando que os Estados Membros em situações em que haja uma probabilidade de insolvência prevejam as seguintes obrigações dos administradores: adotar medidas imediatas que minimizem as perdas dos credores, trabalhadores, acionistas e outros *stakeholders*; que tenham em atenção os interesses dos credores e outros *stakeholders*; adotar medidas para evitar a insolvência, evitar condutas voluntárias ou negligentes que ameacem a viabilidade da empresa.

O artigo 17.º-D/11 do CIRE prevê que o devedor, bem como os seus administradores de direito ou de facto, no caso de aquele ser uma pessoa cole-

tiva, são solidária e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas, correndo autonomamente a ação intentada para apurar responsabilidades.

Esta matéria relaciona-se igualmente com os deveres dos administradores que se encontra prevista no artigo 64.º do CSC e com o artigo 35.º do CSC. No entanto, a Proposta de Diretiva ao estabelecer uma modulação dos deveres dos administradores em fase pré-insolvencial, bem como uma reconfiguração do interesse social à luz de outros interesses, poderá não ter completo enquadramento na legislação vigente, contribuindo para desenvolver com autonomia uma área da responsabilidade dos administradores nas negociações dos planos de reestruturação precoce.

Sendo grande parte das disposições da Proposta de Diretiva essencialmente dirigida a pessoas singulares empresariais não se compreende porque é que estes deveres são apresentados apenas em relação aos administradores e não em relação a empresários pessoas singulares.

Título III. Segunda oportunidade para empresários

O artigo 19.º da Proposta de Diretiva prevê que os empresários sobre-endividados possam ser objeto de uma exoneração total do passivo restante (1). Os Estados Membros em que a exoneração total do passivo depende do reembolso parcial das dívidas do empresário devem assegurar que a obrigação de reembolso tem por base a situação individual do empresário e que é nomeadamente proporcional ao seu rendimento disponível ao longo do período de exoneração (2).

Relativamente ao artigo 19.º da Proposta de Diretiva coloca-se primeiramente a questão do âmbito da aplicação, na medida em que aponta para o sobre-endividamento dos empresários (*over-indebted entrepreneurs*). Com efeito, no sistema português de exoneração do passivo restante este é um instituto aplicável no âmbito do processo de insolvência pressupondo a insolvência atual ou pelos menos iminente do devedor.

Nos termos da Proposta de Diretiva promove-se uma antecipação da exoneração do passivo restante a situações pré-insolvenciais como seja o sobre-endividamento. Com efeito, o sobre-endividamento dos empresários encontra-se definido na Proposta de Diretiva (artigo 2.º (13) como o que ocorre quando uma pessoa singular com atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional está mais do que temporariamente incapaz de pagar as suas obrigações no momento em que as mesmas são devidas.

O artigo 235.º do CIRE estabelece que se o devedor for uma pessoa singular pode ser-lhe concedida a exoneração dos créditos sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste. Confirma-se assim que a exoneração pressupõe um processo de insolvência que nos termos do artigo 3.º/1, pressupõe a situação de insolvência ou a insolvência iminente de acordo com o artigo 3.º/4 do CIRE.

Levanta-se ainda a questão do âmbito subjetivo da exoneração do passivo restante, uma vez que a Proposta de Diretiva refere “pessoa singular”. Quanto a esta questão, no nosso direito, tanto a pessoa singular empresária como a não empresária podem requerer a exoneração de acordo com Alexandre Soveral Martins, conclusão que se retira da comparação entre as epígrafes dos Capítulos I e II do Título XII do CIRE, dado que só na segunda é que surge a menção a pessoas singulares não empresárias⁸.

A questão do âmbito subjetivo da Proposta de Diretiva resulta também do artigo 1.º/1 que, entre outras matérias, engloba os processos conducentes à exoneração do passivo restante por empresários sobre-endividados permitindo-lhes desenvolver uma nova atividade (b). O artigo 3.º/1 acrescenta que os Estados Membros podem adotar estes processos igualmente para empresários sobre-endividados que não sejam pessoas singulares.

No que concerne ao âmbito subjetivo, a Proposta de Diretiva não implica qualquer mudança relativamente à legislação portuguesa que já prevê a sua aplicação a pessoas singulares empresárias e não empresárias.

O mesmo não se pode referir relativamente à fase em que o instituto pode ser aplicado. No direito português o instituto exige um processo de insolvência, com uma declaração de insolvência, e não se encontra previsto para situações pré-insolvenciais, como o sobre-endividamento ou a situação económica difícil, mas apenas para a insolvência atual ou iminente.

O artigo 20.º da Proposta de Diretiva vem estabelecer que o período de exoneração do passivo de empresários sobre-endividados não deve ser superior a três anos, contados a partir de da data em que a autoridade judicial ou administrativa determinou a aplicação de tal procedimento, no caso de um processo que terminou com a liquidação do património do devedor, ou da data em que a implementação de um plano de pagamentos se iniciou, no caso de o processo incluir um plano de pagamentos.

⁸ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2016, 585-586.

Ora, este sistema é bastante distinto do sistema vigente na legislação portuguesa em que o plano de pagamentos e a exoneração do passivo restante são institutos alternativos que não são suscetíveis de ser cumulados⁹.

Com efeito, o artigo 254.º do CIRE com a epígrafe preclusão da exoneração do passivo restante, estabelece que não pode beneficiar da exoneração do passivo restante o devedor que, aquando da apresentação de um plano de pagamentos, não tenha declarado pretender essa exoneração na hipótese de o plano não ser aprovado.

A propósito do nosso sistema escrevemos já que a relação destes dois institutos com o da liquidação é também distinta porque enquanto a exoneração é uma medida adicional ao processo de insolvência e à respetiva liquidação, o plano de pagamentos é uma medida alternativa à liquidação. A vontade dos credores é mais relevante no plano de pagamentos do que na exoneração do passivo restante, na medida em que aqueles têm de dar o seu consentimento ou, pelo menos, estarem cumpridos os requisitos para o seu suprimento judicial. Por outro lado, o plano de pagamentos não conduz à completa exoneração do devedor, dado que terminado o processo de insolvência os credores podem continuar a reclamar créditos, só se libertando o devedor dos créditos que tenham sido extintos nos termos do plano. Atendendo ao referido, o regime de exoneração do passivo restante parece ser mais vantajoso para o devedor, pessoa singular, do que o resultante do plano de pagamentos. Esta vantagem não deixa de ser uma desvantagem assinalável para os credores¹⁰.

Ora, o sistema atual pode ser significativamente alterado nos termos da Proposta de Diretiva na medida em que se passa a prever a conjugação da exoneração do passivo restante com os planos de reestruturação em situação pré-insolvencial. Com efeito, a grande novidade da Proposta de Diretiva é a aplicação da exoneração do passivo restante às situações pré-insolvenciais.

O artigo 20.º/2 da Proposta de Diretiva acrescenta ainda que no termo do período de exoneração que é não superior a três anos, a exoneração dá-se sem necessidade de novo pedido à autoridade judicial ou administrativa.

Nos termos da lei portuguesa vigente, a decisão final do procedimento de exoneração do passivo restante é concedida por despacho do juiz nos dez dias subsequentes ao termo do período de cessão do rendimento disponível, ouvido o devedor, o fiduciário e os credores. O artigo 244.º do CIRE parece respeitar o sentido do artigo 20.º/2 da Proposta de Diretiva.

⁹ Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª edição, Quid iuris, 2015, anotação ao art. 254.º, 887.

¹⁰ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Insolvência de Pessoas Singulares* cit., 536.

Coloca-se igualmente a questão do período de cessão do rendimento disponível ter de passar de cinco anos para três anos.

A este respeito, António Frada de Sousa defende que a ausência de uniformização no domínio insolvential, em especial no âmbito da exoneração do passivo restante, – com regras bastante distintas nos diferentes ordenamentos jurídicos – tem levado à fixação, designadamente na Inglaterra de um número significativo de alemães e austríacos apenas com a intenção de serem abrangidos por um regime mais favorável do que o dos respetivos países¹¹. Com efeito, há diferenças assinaláveis em relação aos diferentes ordenamentos jurídicos, quer quanto ao prazo de exoneração (6 anos na Alemanha, 5 anos em Portugal, 18 meses na França e 12 meses na Inglaterra), quer em relação ao âmbito dos créditos abrangido pela exoneração¹².

Ora, a uniformização do prazo no espaço europeu parece ser positivo para evitar as situações de *forum shopping*.

O artigo 21.º da Proposta de Diretiva determina que no caso da obtenção da exoneração do passivo quaisquer limitações ao exercício da atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional relacionadas com o sobre-endividamento do empresário devem terminar até ao fim do prazo da exoneração sem necessidade de novo pedido para a autoridade administrativa ou judicial.

A Proposta de Diretiva é ambígua neste último domínio porque a expressão *re-apply* pode referir-se a um novo pedido ou a uma nova apreciação e neste último caso parece apontar para efeitos decorrentes da exoneração do passivo restante automáticos (*ex lege*). Esta mesma dúvida se pode colocar em relação ao artigo 20.º/2 da Proposta de Diretiva e, nesse caso, não haveria qualquer reapreciação pelo juiz ou autoridade administrativa das condições da concessão da exoneração do passivo restante como atualmente existe nos termos do artigo 244.º/1 e 2 do CIRE.

O artigo 22.º da Proposta de Diretiva admite que, em derrogação do estabelecido nos artigos 19.º, 20.º e 21.º, os Estados Membros podem manter ou introduzir disposições restringindo o acesso à exoneração do passivo restante ou estabelecer períodos mais longos de cessão do rendimento disponível e de inibição do exercício da atividade em situações bem definidas e justificadas pelo interesse público, designadamente quando o empresário sobre-endividado atuou de forma desonesta ou com má fé em relação aos credores ou quando

¹¹ ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Exoneração do passivo restante e forum shopping na insolvência de pessoas singulares na União Europeia*, Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 65.

¹² ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Exoneração do passivo restante e forum shopping na insolvência de pessoas singulares na União Europeia*, 65.

não aderiu ao plano de pagamentos ou qualquer outra obrigação legal com vista à salvaguarda dos credores; bem como no caso de acesso abusivo ao procedimento de exoneração ou no caso de acesso repetido aos procedimentos de exoneração num certo período de tempo.

O artigo 22.º/2 da Proposta de Diretiva determina que os Estados Membros podem estabelecer períodos mais longos de exoneração no casos em que a residência principal do empresário sobre-endividado está isenta de possibilidade de realização de ativos de modo a salvaguardar a subsistência do empresário e da sua própria família.

O artigo 22.º/3 da Proposta de Diretiva estabelece que os Estados Membros podem excluir certas categorias de dívidas da exoneração ou estabelecer um período de exoneração mais longo, designadamente em relação a dívidas garantidas, dívidas decorrentes de multas criminais ou de responsabilidade delitual, quando tais exonerações ou períodos alongados são justificados pelo interesse público.

Este artigo da Proposta de Diretiva vai ao encontro do regime constante no artigo 245.º/2 do CIRE que exclui da exoneração os créditos por alimentos, as indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamadas nessa qualidade; os créditos por multas, coimas e outras sanções pecuniárias por crimes ou contraordenações e os créditos tributários.

O artigo 22.º/4 da Proposta de Diretiva permite, em derrogação do artigo 21.º, que os Estados Membros possam prever períodos de inibição superiores a três anos ou mesmo indefenidos da atividade do empresário sobre-endividado, nos casos de profissão a que sejam aplicadas regras de ética específicas ou quando a inibição foi aplicada por tribunal em processo criminal.

Esta diferenciação de prazos relativamente ao instituto não se encontra prevista atualmente na legislação nacional. A Proposta de Diretiva parece apontar para uma abrangência relativamente a profissionais liberais em que a questão do perfil deontológico se coloca com mais acuidade.

O artigo 23.º da Proposta de Diretiva permite que os Estados Membros considerem um único processo de exoneração as dívidas profissionais, incorridas no decurso do seu negócio, empresa, officio ou profissão, bem como as dívidas pessoais incorridas fora destas atividades (1), admitindo, todavia, para cada uma destas dívidas processos distintos, desde que possam ser coordenados para efeito da concessão da exoneração do passivo.

Esta distinção entre dívidas profissionais e pessoais não surge na legislação portuguesa, sendo que o instituto da exoneração do passivo restante se aplica a ambas.

Resulta, assim, um novo desenho deste instituto que pode não passar sequer pela cessão do rendimento disponível na medida em que tenha havido

a aprovação de um plano de reestruturação ou de um plano de pagamentos. A doutrina portuguesa tem defendido um entendimento exigente para aplicação deste instituto¹³. A Proposta de Diretiva parece inclinar-se num sentido manifestamente oposto ao desta doutrina, defendendo uma aplicação ainda mais generalizada do instituto, o que pode ter consequências não despiciendas para os credores, implicar contração do crédito e aumentar a insegurança no tecido económico.

Esse alargamento dá-se a três níveis: aplicação do instituto ao mero sobre-endividamento, aplicação do instituto em situações pré-insolvenciais, aplicação do instituto mesmo em caso de comportamento desonesto e de má fé para com os credores (ainda que se preveja a possibilidade da sua exclusão ou a sua aplicação com prazos mais alargados).

Assim, apesar de se concordar com a uniformização do prazo de cessão de rendimento disponível para a exoneração do passivo restante, não nos parece genericamente de concordar com o alargamento das hipóteses de aplicação do instituto constantes nesta Proposta de Diretiva, atendendo às possíveis consequências para os credores e a uma eventual contração do crédito ou ao seu encarecimento em resultado de um regime tão benéfico poder ser aplicado a devedores sem um perfil de honestidade que o justifique ou a meras situações de sobre-endividamento que são de uma ambiguidade manifesta.

Concorda-se genericamente com as disposições do Título IV (medidas para aumentar a eficiência dos procedimentos de reestruturação, insolvência e segunda oportunidade) promovendo a maior profissionalização e a utilização de meios eletrónicos. O Título V (monitorização dos procedimentos de reestruturação, insolvência e exoneração) e o Título VI da Proposta de Diretiva (disposições finais) também não nos suscitam dúvidas.

4. Síntese

- 1) Concorda-se com os princípios que vêm promover uma maior utilização dos planos de reestruturação de empresas numa fase precoce, sendo, no entanto, necessário, aquando da transposição da futura Diretiva repensar uma aproximação entre os regimes do SIREVE e do PER;
- 2) Duvida-se dos resultados do alargamento que a Proposta de Diretiva promove relativamente ao instituto da exoneração do passivo restante, sendo necessária uma reavaliação das suas consequências; e

¹³ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Pré-condições para a exoneração do passivo restante – Ac. do TRP de 28.09.2010 Proc. 995/09*, Cadernos de Direito Privado, n.º 35, julho-setembro de 2011, 57-68.

- 3) Concorda-se com as disposições dos Títulos IV, V e VI da Proposta de Diretiva.

Esta é, salvo melhor juízo, a nossa avaliação da Proposta de Diretiva.

Lisboa, 19 de janeiro de 2017