



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**“Regime Extrajudicial de Recuperação
de Empresas”:
Uma evolução perante o “Sistema de Recuperação de
Empresas por Via Extrajudicial”?**

Miguel André Abrantes Fonseca

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

“Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas”:

Uma evolução perante o “Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial”?

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do
grau de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios

Orientadora: Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Miguel André Abrantes Fonseca

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, ao meu irmão e à minha avó pela família espetacular que são e sempre foram.

À Senhora Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, deixo uma palavra de gratidão pela disponibilidade demonstrada e pelos preciosos conselhos.

Aos meus amigos do Porto, por tão bem me receberem nesta cidade e nesta Escola, serei sempre grato.

À Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, por disponibilizar todos os meios necessários à elaboração da presente dissertação, um muito obrigado.

Resumo

O presente trabalho versa sobre uma análise crítica ao Regime Extrajudicial de Empresas (RERE), que contempla dois regimes: o regime do protocolo de negociação e o regime do acordo de reestruturação. Essencialmente, são abordados os requisitos de sujeição ao regime, as obrigações que dele decorrem e os efeitos que lhe são inerentes. É também feita uma comparação ao seu antecessor - o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) -, relativamente aos aspetos considerados mais pertinentes.

Palavras-chave: Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas; Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial; recuperação; reestruturação; empresas; extrajudicial;

Abstract

This dissertation focuses on the critical examination of the *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas* (RERE) which includes two procedures: the negotiation protocol procedure and the restructuring agreement procedure. We mainly address the requirements for the subjection to the procedure, the obligations and the effects that accrue from it. We also make a comparison with its predecessor – *Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial* (SIREVE) -, concerning its most relevant aspects.

Keywords: Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas; Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial; recovery; restructuring; company; extrajudicial.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	acórdão
al.	alínea
als.	alíneas
art.	artigo
arts.	artigos
AT	Autoridade Tributária
CCiv.	Código Civil
Cfr.	Confronte-se
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CIVA	Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
EBF	Estatuto dos Benefícios Fiscais
EMRE	Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas
IAPMEI	Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação
IMT	Imposto Municipal sobre as Transmissões onerosas de imóveis
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
IS	Imposto de selo
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária
p.	página
PER	Processo Especial de Revitalização
PME	Pequenas e Médias Empresas
PEC	Procedimento Extrajudicial de Conciliação
RERE	Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas
ROC	Revisor Oficial de Contas
SIREVE	Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial

SS	Segurança Social
ss.	seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães

Índice

Introdução	8
I) Enquadramento geral do Regime de Recuperação Extrajudicial de Recuperação de Empresas	9
1. Qualificação do RERE	9
2. Caracterização do RERE.....	11
3. Âmbito de aplicação do RERE	12
3.1. Âmbito subjetivo de aplicação.....	12
3.1.1. O devedor	12
3.1.2. Os credores e outros intervenientes	14
3.2. Âmbito objetivo de aplicação	15
4. Aplicação dos Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores	16
II) Regime da negociação do acordo de reestruturação	18
1. Requisitos e depósito do protocolo de negociação	18
2. Obrigações decorrentes do depósito do protocolo de negociação	19
3. Efeitos decorrentes do depósito do protocolo de negociação	21
3.1. Efeitos processuais.....	21
3.2. Prestação de serviços essenciais	22
3.3. Suspensão do prazo para apresentação à insolvência.....	24
4. Negociações tendentes à obtenção do acordo de reestruturação	25
5. Encerramento das negociações	27
III) Regime do acordo de reestruturação	29
1. O conteúdo do acordo de reestruturação.....	29
2. Requisitos e depósito do acordo de reestruturação	32
3. Efeitos decorrentes do depósito do acordo de reestruturação.....	33
3.1. Efeitos processuais.....	33
3.2. Efeitos fiscais.....	35
3.3. A insusceptibilidade de resolução dos negócios em benefício da massa insolvente.....	37
4. O incumprimento do acordo de reestruturação.....	39
Conclusão	41
Bibliografia	43
Monografias	43
Artigos em publicações periódicas	45
Artigos em publicações online.....	50

Introdução

O ambiente económico adverso que o tecido empresarial português experienciou, nomeadamente entre 2011 e 2014, implicou a aprovação da Lei nº 16/2012, de 20 de abril, que suscitou uma mudança significativa na política legislativa em matéria de insolvência. Com efeito, a recuperação dos devedores em situação económica difícil sobrepôs-se ao primado da satisfação dos credores, a base de todo o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, ficando este em segundo plano. Concebeu-se o Processo Especial de Revitalização (PER), o qual possibilita que os devedores (atualmente, apenas as empresas) não insolventes auferam de determinadas vantagens, as quais permitirão reestruturar-se e evitar a sua insolvência.

Simultaneamente, um pouco por toda a Europa, surgem mecanismos extrajudiciais, que comprovadamente se demonstram aptos na recuperação do devedor fora dos tribunais, num ambiente propício à negociação, evitando-se, assim, a imiscuição de entidades externas ao negócio e evitando-se, também, os estigmas ligados à publicidade dos planos de recuperação, os quais acarretam a perda de valor da empresa no mercado.

O Governo português seguiu esta tendência e criou o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial, aprovado pelo DL nº 178/2012, de 3 de agosto (SIREVE), o qual permitia ao devedor (ainda que insolvente) tentar a sua recuperação, contando com a ajuda especializada do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI) a quem, também, competia estabelecer os contactos necessários entre a empresa e os seus credores, analisar a viabilidade da empresa e auxiliar na elaboração do plano de negócios tendente à recuperação da empresa.

Para reduzir a utilização marginal do SIREVE e apostar na reestruturação das empresas, numa fase de pré-insolvência, promulga-se a Lei nº 8/2018, de 2 de março, que instituiu o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), atribuindo benefícios à empresa e aos credores que lhe recorram, que só seriam possíveis no âmbito de um PER ou de um processo de insolvência, sendo também um dos seus objetivos a redução da afluência das empresas aos tribunais.

Neste âmbito, no presente estudo, procuraremos, partindo de uma análise crítica ao RERE, confrontá-lo, nos aspetos que consideramos mais pertinentes, com o seu antecessor SIREVE e compará-lo ainda, de forma subsidiária, à Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho relativo aos processos de insolvência.

I) Enquadramento geral do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

1) Qualificação do RERE

O REGIME EXTRAJUDICIAL DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS (RERE) foi criado pela Lei 8/2018, de 2 de março¹, considerado um instrumento pré-insolvencial que “regula os termos e os efeitos das negociações e [ou] do acordo de reestruturação que seja alcançado entre um devedor e um ou mais dos seus credores” (art. 1^o)³. Tal acordo, terá como desiderato “permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte” (art. 2^o/2), admitindo satisfazer os interesses das partes em presença. Trata-se, pois, de um regime dual que compreende dois regimes: um respeitante à negociação do acordo de reestruturação; outro relativo ao acordo de reestruturação propriamente dito.

Este tipo regime é intrínseco a uma política que vai sendo seguida pelo legislador pátrio desde a aprovação do PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DE CONCILIAÇÃO⁴, no qual se regulava um acordo que objetivava que a empresa em dificuldades e os seus credores alcançassem uma solução que lhe permitisse reestruturar-se numa fase precoce ou até em situação de insolvência atual⁵. Procurava-se, assim, um mecanismo de índole preventiva na crise da empresa⁶, que atenuasse as desvantagens decorrentes de um processo de insolvência, nomeadamente, a sua morosidade e o estigma resultante da publicidade de

¹ Este diploma (publicado no Diário da República nº 44/2018, 1ª série, de 2 de março, p. 1148-1154), revogou o DL nº 178/2012, de 3 de agosto, que criou o SIREVE, alterou o CIRS e o CIVA (arts. 41º e 32º, respetivamente) e definiu a responsabilidade por dívidas tributárias em contexto de PER e RERE e plano de insolvência de recuperação (art. 33º).

² Ao longo do trabalho todos os artigos mencionados referem-se ao RERE, a menos que da leitura do texto resulte o contrário.

³ Para melhor se compreender o RERE, recorramos à ilustração proposta por SERRA (2018-A), p. 487: “Uma forma fácil de compreender o RERE e esta alternatividade de regimes é imaginando um corredor a que dão acesso, da parte exterior, duas portas. Uma das portas, a porta de entrada principal, permite fazer o percurso desde o início. A outra porta dá acesso a meio do corredor e permite fazer apenas a segunda parte do percurso. Cabe aos caminhantes a decisão de fazer o percurso na totalidade, isto é, as duas etapas em sequência, ou exclusivamente a segunda metade”. No entanto, repare-se que o inverso também poderá suceder, ou seja, as partes apenas sujeitarem o protocolo de negociações ao RERE e beneficiar dos efeitos previstos e depois alcançarem um acordo, o qual decidam não sujeitar ao RERE.

⁴ O PEC foi aprovado através do DL nº 316/98, de 20 de outubro, durante a vigência do CPREF. A este propósito, *vide* FONSECA (2011) p. 76.

⁵ Segundo FERREIRA (2011) p. 395., as empresas, na falta de instrumentos nacionais que promovessem a sua reestruturação, utilizavam “instrumentos disponibilizados por outros sistemas jurídicos, através nomeadamente da transferência da sua sede” - trata-se do fenómeno COMI *shifts*.

⁶ Sobre a utilização do conceito agregador de “crise económica” da empresa, veja-se SERRA (2009), p. 243.

um processo de insolvência⁷. Presidia à criação deste PROCEDIMENTO⁸ o intuito de lhe atribui as vantagens que são associadas a soluções de natureza extrajudicial: celeridade, a não interferência de entidades externas aos interesses da empresa (mormente, o juiz), o estigma que a declaração de *falência* acarretava na perda de valor da empresa no mercado, a flexibilidade e eficiência. Ficava a cargo de uma entidade pública – o IAPMEI (INSTITUTO DE APOIO ÀS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS E À INOVAÇÃO) – conduzir as diligências necessárias para a obtenção de um acordo entre a empresa e os credores, destituído de “poderes sancionatórios ou coercitivos”⁹.

Efetivamente, o PEC foi parcamente utilizado e, nesse sentido, o legislador alargou o leque de vantagens, das quais destacamos a suspensão do prazo para apresentação à insolvência, a obrigatoriedade de participação dos credores públicos e ainda a possibilidade de suprimento judicial do consentimento de credores não aderentes, no caso de a empresa obter um acordo com dois terços dos seus credores.

Posteriormente, no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal¹⁰, acordado com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, aprovou-se o DL n° 178/2012, de 3 de agosto, o qual revogou o PEC e instituiu o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial, doravante SIREVE. Justificado pela crise financeira que se projetou no tecido empresarial português¹¹, pretendia-se um procedimento mais célere e burocrático, alternativo ao tradicional processo de insolvência. Neste contexto, visava-se promover a recuperação extrajudicial de empresas, através da celebração de um acordo entre a empresa e todos ou alguns dos seus credores, que viabilizasse a sua recuperação e assegurasse a sua sustentabilidade (art. 1º do DL n° 178/2012)¹², na tentativa de colmatar as falhas que haviam ditado o insucesso do PEC.

⁷ Neste sentido, FERREIRA (2011) p. 398., além disso o processo de insolvência acarreta custos, “os riscos de degradação do valor da empresa e as dificuldades de obtenção de financiamento durante o processo” ao qual “acrescem as dificuldades relacionadas com a publicidade do processo de insolvência”.

⁸ No Preâmbulo do DL n° 316º/98, de 20 de outubro pode ler-se que “a experiência tem mostrado que [...] o consenso entre os interessados na recuperação da empresa em dificuldades pode alcançar-se através de uma entidade pública”. Para FERNANDES e LABAREDA (2000) p. 562., este Procedimento não tratava mais do que uma reformulação da “lei ou plano Mateus”, que se refere ao DL n° 172/96, de 10 de agosto.

⁹ Neste sentido, EPIFÂNIO (2012) p. 323, a autora dá conta das semelhanças entre este Procedimento e o “*règlement amiable*” aprovado pela Lei de 1 de março de 1984 em França, que desde 2005 dá pelo nome *conciliation*.

¹⁰ E também no âmbito do programa Revitalizar, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n° 11/2012, de 13 de fevereiro.

¹¹ Potenciada pela crise de 2007 originada nos Estados Unidos da América – o *sub prime*.

¹² Segundo os dados estatísticos disponibilizados na plataforma do IAPMEI recorreram ao SIREVE 625 empresas (desde a sua entrada em vigor até dezembro de 2017), das quais 98,1% são micro, pequenas

Do mesmo modo, também a nível europeu, é visível a tendência que visa desjudicializar os regimes de recuperação ou reestruturação de empresas. Frisou-se, na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera o Regulamento (CE) nº 1346/2000 do Conselho relativo aos processos de insolvência, a promoção da recuperação da empresa em dificuldades, correspondente a uma das medidas da estratégia Europa 2020 e ainda na Recomendação da Comissão de 12 de março de 2014 sobre uma nova abordagem em matéria de falência e insolvência de empresas, cujo objetivo é assegurar que empresas viáveis com dificuldades financeiras possam reestruturar-se numa fase precoce com vista a evitar a sua insolvência.

2) Caracterização do RERE

É considerado totalmente *extrajudicial*¹³, visto não compreender em nenhuma das suas duas fases, intervenção judicial – o que sucede em sede de PER -, ou até intervenção de uma entidade administrativa – ou seja, o IAPMEI, tal como atuava no SIREVE. Ainda assim, a lei permite que intervenha um mediador de recuperação de empresas¹⁴, sendo que a sua nomeação tem carácter facultativo. Apesar de a tendência europeia em matéria de insolvência, convergir na implementação de instrumentos de carácter extrajudicial, alguns autores apontam determinados riscos que, naturalmente, lhe são inerentes. Poderá haver um risco de tratamento preferencial dos credores participantes em detrimento dos não participantes: pense-se, por exemplo nos pagamentos que começarão logo a ser recebidos pelos primeiros, em virtude de um acordo de reestruturação; outro risco associado é o potencial uso deste mecanismo por empresas insolventes que poderão pôr em causa a satisfação dos créditos dos seus credores¹⁵; por fim, o risco de comportamentos oportunistas baseados em instrumentos que permitem aos credores controlar o devedor como, por exemplo, o recurso por parte da empresa ao capital alheio para a sua reestruturação¹⁶.

e médias empresas. Das empresas aceites a iniciar o procedimento, 57% obtiveram acordo, no entanto, o prazo para obtenção do mesmo continua longo, rondando os 7,69 meses.

¹³ Neste sentido, MATOS (2017) p. 308, adverte para a essencialidade da intervenção judiciária na proteção do direito de propriedade dos credores no âmbito de um plano de recuperação. Note-se que os instrumentos de reestruturação de empresas podem revestir carácter judicial, quando o juiz intervém em mais do que uma fase do processo; podem ser híbridos, quando o juiz intervém apenas numa fase do processo; e podem ser extrajudiciais, quando não existe controlo judicial em nenhuma fase do processo.

¹⁴ Regulado pela Lei 6/2018, de 22 de fevereiro, a qual estabelece o Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas.

¹⁵ Esta situação é agravada pela disposição transitória contida no art. 35º, a qual trataremos no ponto 2.3 do seguinte Capítulo.

¹⁶ Neste sentido, DUARTE (2017) p. 171.

É tendencialmente *voluntário*, pois a participação nas negociações ou no acordo a alcançar é livre, podendo o devedor convocar todos ou apenas alguns dos seus credores, de acordo com o que considerar mais apropriado (art. 4º/2 e art. 2º/1)¹⁷ e apenas a eles vinculará¹⁸. De facto, este preceito pode aparentemente colidir com o princípio da universalidade negocial, segundo o qual deverão ser concedidas aos credores as mesmas oportunidades em sede de participação no processo negocial ou no acordo propriamente dito - era este o entendimento do legislador durante a vigência do SIREVE (arts. 8º/1 e 10º, na redação do DL nº 178/2012).

Por fim, tem natureza tendencialmente *confidencial*¹⁹, uma vez que “reduz o impacto estigmatizante da publicidade de um processo de recuperação”²⁰, retraindo, muitas vezes, os agentes económicos a contratar com a empresa em dificuldades, reduzindo o valor da empresa no mercado. Trata-se de uma característica que já vinha sendo acolhida pelo SIREVE (art. 21ºB, na redação dada pelo DL nº 26/2015).

3) Âmbito de aplicação do RERE

3.1) Âmbito subjetivo de aplicação

3.1.1) O devedor

O RERE aplica-se às entidades elencadas nas als. a) a h) do art.2º/1 do CIRE (art. 3º/1/a do RERE), ou seja, os devedores pessoas singulares ou coletivas e também os patrimónios autónomos²¹. Excetuam-se, no âmbito de aplicação do RERE, as pessoas singulares que não sejam titulares de empresa, na aceção do art. 5º do CIRE²², alargando-

¹⁷ Contudo, a Segurança Social e a AT, os trabalhadores e as organizações representativas dos trabalhadores, participam obrigatoriamente nas negociações (mesmo que não subscrevam o protocolo de negociação), sempre que forem credoras do devedor. Este caráter voluntário espelha-se também no facto de todos os efeitos produzidos, quer em sede de negociações ou de acordo alcançado, apenas vincularem os credores subscritores (art. 8º/1).

¹⁸ Neste sentido, *vide* SERRA (2018-B) p. 87., que ao RERE se aplica o princípio geral da relatividade dos contratos, plasmado no art. 406º/2 do CCiv.

¹⁹ Esta regra comporta, essencialmente, quatro desvios: primeiro, as partes podem acordar estabelecer publicidade (total ou parcial) às negociações e/ou ao acordo (art. 8º/1); segundo, conforme o art. 8º/2, em virtude da suspensão dos processos judiciais (art. 11º) e à execução judicial da obrigação (art. 30º4); terceiro, a SS, a AT e os trabalhadores, sempre que forem credores da empresa, são obrigatoriamente informados do depósito do protocolo de negociação (art. 8º/6); por último, o devedor é obrigado a comunicar aos prestadores de serviços essenciais (se pretender beneficiar dos mesmos) o ato do depósito protocolo de negociação (art. 12º/6).

²⁰ Neste sentido, EPIFÂNIO (2018) p. 6.

²¹ Neste sentido, EPIFÂNIO (2018) p. 2.

²² Excetuam-se ainda as pessoas coletivas públicas e entidades públicas empresariais, as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras e as empresas de investimento que prestem

se o leque de entidades que podem recorrer a este regime, uma vez que, o DL nº 178/2012 apenas permitia que recorressem ao SIREVE apenas empresas, também elas definidas conforme o art. 5º do CIRE.

Ainda neste contexto, a noção de empresa apresentada no art. 5º do CIRE é uma conceção tendencialmente económica, pois faz corresponder a empresa a um “sujeito para o exercício de atividade económica”²³.

Mediante orientação legislativa e no sentido de restringir o uso do SIREVE, posteriormente, o DL nº 26/2015, no seu art. 2º/5, limitou este conceito de empresa²⁴, passando a abranger “somente as sociedades comerciais e os empresários em nome individual”, desde que possuíssem contabilidade organizada²⁵.

Partilhamos o entendimento de CATARINA SERRA²⁶ quando considera que o RERE apenas diz respeito às empresas – i.e., sempre que no património do devedor esteja compreendida uma empresa -, tal como sucede no caso do PER²⁷ ou sucedia no caso do SIREVE. Desde logo, pelo nome escolhido para o regime e ainda através da observância dos documentos exigidos para acompanhar o protocolo de negociação que, entre outros, trata da certidão de registo comercial (art. 7º/3/a) e dos documentos de prestação de contas relativos aos três últimos exercícios (art. 7º/3/b), ainda que, quanto a estes documentos, seja feita a ressalva “se aplicável”²⁸.

serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo. Relativamente às pessoas singulares não titulares de empresa, para além do regime previsto no CIRE (art. 222ºA a 222ºJ), poderão também beneficiar de um regime de celebração de acordos extrajudiciais relativamente a contratos de crédito (regulado pelo DL nº 227/2012, de 25 de outubro).

²³ Neste sentido, ABREU (2013) p. 326.

²⁴ Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2015) p. 1035., denotam que o legislador atentou, no DL nº 26/2015, na “forma jurídica de estruturação de estruturação da atividade empresarial” em detrimento “do substrato económico e organizacional”.

²⁵ Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2012) p. 1038., sobre as dificuldades que comportava, em sede de PEC, a noção de empresa, entendida “como toda a pessoa coletiva dotada de personalidade jurídica e com património autónomo”.

²⁶ Neste sentido, SERRA (2018-A) p. 496 e SERRA (2018-B) p. 83 e 84., para a autora mais do que empresas, o RERE aplica-se essencialmente às sociedades comerciais e aos comerciantes. Deste modo, ao longo do presente trabalho, utilizaremos o conceito de “empresa” para nos referirmos à universalidade dos sujeitos passivos de RERE. Contra este entendimento, *vide* EPIFÂNIO (2018) p. 3., considera que “o RERE não é um mecanismo de recuperação exclusivo de entidades empresariais”.

²⁷ Através do DL nº 79/2017, de 30 de junho, vedou-se o recurso ao PER por parte de pessoas singulares não titulares de empresa, na aceção do art. 5º do CIRE.

²⁸ Acresce ainda o facto de a Lei 8/2018, de 2 de março, ter revogado o DL nº 178/2012 (SIREVE), no seu art. 36º/1.

3.1.2) Os credores e outros intervenientes

Para efeitos de RERE, são considerados credores aqueles que sejam titulares de créditos de natureza patrimonial sobre a empresa, sejam créditos vencidos, vincendos e sob condição, qualquer que seja a sua nacionalidade ou domicílio (art. 3º/4 do RERE e art. 50º do CIRE). São excluídos do conceito os credores que beneficiarem de garantias sobre a empresa. Porém, os titulares de garantias sobre os bens da empresa – ainda que não revestam a qualidade de credores - poderão intervir, na medida do necessário, para prestarem o seu consentimento em caso de alterações aos termos e condições das garantias (art. 3º/5).

Contudo, podem, ainda, intervir no regime do RERE, os sócios da empresa, quando seja necessário que intervenham ou para prestar o seu consentimento de acordo com o preceituado nos estatutos da sociedade (art. 3º/6).

Admite-se, além disso, que grupos de credores e grupos de beneficiários de garantias sobre os bens da empresa sejam representados coletivamente por entidade que esteja mandatada por eles, como, no caso dos trabalhadores, as organizações representativas dos trabalhadores (art. 3º/7). Esta opção legislativa vai ao encontro do preceituado na Proposta de Diretiva (no seu art. 9º/2), onde é contemplada a possibilidade de separação dos credores por categorias, consoante o seu tipo de créditos para efeito de votação de um plano de recuperação²⁹, uma vez que os interesses que detêm sobre a empresa não são homogêneos³⁰.

No caso de a Autoridade Tributária e a Segurança Social serem credoras da empresa, a sua participação no protocolo de negociações será obrigatória (art. 8º/6) à semelhança do que sucedia no SIREVE, mas com uma diferença assinalável: neste, caso se estas entidades manifestassem a sua indisponibilidade para celebrar o acordo, teriam de fundamentar a sua decisão (art. 9º/1 do SIREVE)³¹, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil por falta de fundamentação ou fundamentação deficiente³².

²⁹ Neste sentido veja-se SERRA (2017) p. 125., que afirma que num regime deste tipo, poderá não ser viável o acolhimento desta solução, uma vez que mesmo que fosse necessária uma maioria simples em cada categoria para poder aprovar o plano, seria difícil obtê-la em todas as categorias (o máximo seria de 75% de acordo com a Proposta de Diretiva) devido aos interesses distintos que cada grupo de credores detém sobre a empresa. Cfr. MARTINS (2017) p. 265., sobre a confirmação do plano de recuperação

³⁰ Neste sentido, SERRA (2018-A) p. 497.

³¹ Se for essa a opção tomada pela Fazenda Pública e/ou pela SS, ficavam as mesmas libertas da proibição de instauração ou suspensão de ações executivas para pagamento de quantia certa ou outras a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias (art. 11º/2 do DL nº 178/2012).

³² Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2012) p. 1054.

3.2) Âmbito objetivo de aplicação

O RERE aplica-se apenas às empresas que se encontrem numa situação económica difícil ou em insolvência iminente (art. 3º/1/b). Ambos os conceitos merecem alguns reparos. Vejamos:

O ponto de partida será o estado de insolvência atual, que é definido no art. 3º/1 do CIRE, como a situação em que o devedor se encontra “impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”³³. Primeiro, a exigência legal prende-se com o vencimento das obrigações e não necessariamente com a impossibilidade³⁴ de cumprimento³⁵ pois, a título de exemplo, o devedor pode não cumprir, porque simplesmente não quer. Segundo, a impossibilidade de cumprimento não corresponde necessariamente à falta de liquidez (salvo pessoas jurídicas e patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente) e vice-versa³⁶.

Na lei equipara-se a insolvência iminente à insolvência atual (mas apenas) no caso de apresentação do devedor à insolvência (art. 3º/4 do CIRE). Apesar de não se ter consagrado uma definição legal, a doutrina e a jurisprudência caminharam no sentido de a identificar a situação em que é previsível a impossibilidade do devedor cumprir as suas obrigações, nomeadamente na data em que estas se vençam.

Por fim, a situação económica difícil, está atualmente definida no art. 17ºB do CIRE e alude à dificuldade de cumprimento pontual das obrigações assumidas pelo devedor devido à falta de liquidez ou por dificuldades de acesso ao crédito³⁷.

Em jeito de conclusão, a falta de precisão destes conceitos³⁸ *condition sine qua non* de um processo de reestruturação, abre uma “brecha” para que recorram a estes mecanismos de recuperação de empresas que se encontram já numa situação de insolvência atual. Louva-se, por isso, a alteração ao SIREVE introduzida pelo DL nº

³³ Relativamente ao CPEREF, omitia-se da definição de insolvência atual a referência à pontualidade bem como a indicação das causas determinantes da penúria do devedor.

³⁴ Sobre o conceito de *impossibilidade*, vide VARELA (2001) p. 65 e ss.

³⁵ Neste sentido, SERRA (2018-A) p. 56.

³⁶ Neste sentido, Fernandes e Labareda (2013) p. 85: o que realmente releva é a “insusceptibilidade de satisfazer as obrigações que [...] evidenciam a impotência, para o obrigado, de continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos”.

³⁷ Neste sentido LEITÃO (2018) p. 81 e ss.: Subjaz a estes conceitos o critério do *cash-flow* através do qual a empresa é insolvente logo que se torna incapaz de solver as suas dívidas no momento em que se vencem. No entanto, o critério *balance sheet* é acessório do primeiro (consagrado no art. 3º/2 do CIRE) e significa a insuficiência dos bens da empresa serem insuficientes para o cumprimento integral das suas obrigações.

³⁸ Para mais desenvolvimentos, vide REQUICHA FERREIRA (2011) p. 200 e ss.

26/2015, de 6 de fevereiro, que havia estabelecido no seu art. 2º/1, um conjunto de indicadores económicos e financeiros para aferir com mais precisão a situação de solvabilidade da empresa³⁹. Estes indicadores, apesar de não serem totalmente precisos quanto ao estado de insolvência, permitiam excluir de forma rápida as potenciais empresas em situação de insolvência atual⁴⁰. A este propósito, subjaz, muitas vezes à ideia dos regimes de reestruturação, que é necessário salvar *a todo o custo* a empresa em dificuldades. Mas não deve ser sempre este o raciocínio: faz parte do ciclo económico da vida das empresas, a sua criação como sua insolvência, não se afigurando viável tentar recuperar a todo o custo uma empresa que já está irremediavelmente comprometida com a insolvência.

Mesmo apesar destas dificuldades, no que ao RERE diz respeito, a lei remete para o art. 3º e 17ºB do CIRE para aferir a situação económica difícil, porém para indagar a insolvência iminente, a lei manda aplicar o art. 3º, todavia, apenas o seu nº4 é relevante⁴¹.

4) Aplicação dos Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores⁴²

Os Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores⁴³ aplicam-se aos devedores e aos credores que optem por sujeitar as negociações e/ou o acordo tendente à obtenção de um acordo recuperação da empresa em dificuldades (art. 5º), como

³⁹ Cfr. COSTA (2015) p. 248., que considera esses indicadores como “fortes barreiras ao acesso das [empresas] mais degradadas económica e financeiramente”. Esses indicadores eram: 1) autonomia financeira, medida pela relação entre o valor dos capitais próprios e o valor do ativo líquido total; 2) relação entre os resultados antes de depreciações, gastos de financiamento e impostos, e o valor dos juros e gastos similares; 3) relação entre a dívida financeira e os resultados antes de depreciações, gastos de financiamento e impostos. Considerava-se depois que, relativamente a cada exercício, cada indicador deveria obter, respetivamente, os seguintes resultados: 1) superior a 5%; 2) superior a 1,3; 3) igual ou superior a 0, e inferior a 10; Por fim, considerava-se que a empresa obtinha uma avaliação global positiva se cada indicador houvesse obtido, em pelo menos um dos exercícios considerados, avaliação positiva e ainda se no total das combinações possíveis deviam ser observadas, pelo menos, 50% de avaliações positivas.

⁴⁰ Através da plataforma disponibilizada pelo IAPMEI, as empresas continuam a poder recorrer a este expediente, contudo, e apesar da disponibilização do mesmo, constata-se, a nível europeu, que as empresas só muito tardiamente é que recorrem aos mesmos o que, logicamente, coloca em causa qualquer medida de reestruturação ou recuperação.

⁴¹ Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 89.

⁴² Estão publicados em anexo à Resolução do Conselho de Ministros nº 43/2011, de 25 de outubro, e foram desenvolvidos tendo em conta as boas práticas e recomendações internacionais existentes nesta matéria, nomeadamente o *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*.

⁴³ Desdobram-se em dez princípios que têm como objetivos finais que a empresa se mantenha em atividade, que os credores reduzam as suas perdas, evitar os efeitos económicos e sociais que advêm da liquidação de uma empresa, que o devedor e os seus credores tenham maior controlo do processo e das decisões adotadas e, por fim, que as partes possam adotar mecanismos mais céleres quando comparados a um processo judicial.

já antes sucedia no SIREVE (art. 11º/1, na redação do DL nº 178/2012). Surgem a este propósito algumas questões que a doutrina tem procurado resolver: em primeiro lugar, saber se os credores terão algum dever de renegociar os seus créditos com a empresa em dificuldades, e em segundo lugar, qual a dimensão valorativa destes Princípios nesse hipotético dever.

NUNO PINTO OLIVEIRA⁴⁴ debruçou-se sobre o tema e concluiu que se o devedor se encontrar em dificuldades (*máxime*, numa situação económica difícil ou em insolvência iminente) e essas se ficarem a dever à alteração de circunstâncias (de acordo com os arts. 252º e 457º do CCiv.) “os credores terão um dever de estabelecer negociações com o devedor”. Para o autor, a boa-fé, pela qual as partes se devem pautar (prevista no art. 762º/2 do CCIV.) no cumprimento das suas obrigações, está densificada e concretizada naqueles Princípios⁴⁵. Todavia, tendo sido aprovados por Resolução de Ministros – o que não se reconduz a um ato normativo -, não conferem à empresa em dificuldades um verdadeiro direito à renegociação⁴⁶.

Devido ao carácter amplamente abstrato destes Princípios, nomeadamente no que diz respeito RERE, quanto aos deveres de informação para a possível construção de um acordo recuperatório, a doutrina é crítica. Aponta, por isso, como uma possível solução a integração e densificação destes Princípios ao longo das duas fases que compõem o regime do RERE, esclarecendo o seu sentido e o seu conteúdo quer na fase de negociação do acordo, quer na fase de execução do acordo propriamente dito⁴⁷.

⁴⁴ Para maiores desenvolvimentos, *vide* OLIVEIRA (2012) p. 677 e ss.

⁴⁵ Ou seja, a boa-fé espelha-se na observância de vários deveres contemplados ao longo dos Princípios explanados: o dever de cooperação, deveres de informação e de esclarecimento e, por fim, o dever de lealdade.

⁴⁶ Cfr. FERREIRA (2012), p. 254., que reitera “a necessidade de o credor não recusar receber propostas ou de imediato recusar o seu estudo”.

⁴⁷ Neste sentido, DUARTE (2017) p. 172.

II) Regime da negociação do acordo de reestruturação

O regime da negociação do acordo de reestruturação está regulado no Capítulo II do RERE (arts. 6º a 18º) e permite que durante as negociações a empresa continue a exercer a sua atividade, com a segurança de que os credores aderentes ao protocolo não instaurarão processos de natureza judicial, contando ainda com a não interrupção de serviços essenciais. Deste modo, cria-se um ambiente negocial propício a alcançar um acordo que satisfaça os interesses de todas as partes intervenientes, obtendo vantagens que, de outro modo, só seriam possíveis no âmbito de um PER.

1) Requisitos e depósito do protocolo de negociação

Primeiramente, o protocolo de negociação deverá ser assinado por, pelo menos, 15% dos credores que representem o passivo não subordinado⁴⁸ da empresa (art. 6º/1). Esta é uma exigência legal que terá de ser atestada através de uma declaração de um contabilista certificado ou de um ROC emitida há trinta dias ou menos (art. 6º/4)⁴⁹. Relativamente ao SIREVE é menos exigente, uma vez que o art. 3º/2/c (na redação dada pelo DL nº 26/2015) exigia a presença dos credores que representassem, pelo menos, 1/3 do total das dívidas da empresa⁵⁰, não fazendo distinções em função da natureza dos créditos detidos pelos credores apresentados no requerimento inicial.

No RERE, a lei estabelece de forma taxativa os elementos obrigatórios⁵¹ (e facultativos⁵²), que deverão integrar o conteúdo mínimo do protocolo de negociação, designando, ainda, os documentos que deverão seguir em anexo (art. 7º)⁵³.

⁴⁸ Consideram-se créditos subordinados os constantes do art. 48º do CIRE.

⁴⁹ O RERE é mais exigente do que o PER no qual se exige apenas 10% do passivo não subordinado (art. 17º-C/1 do CIRE).

⁵⁰ De acordo com o art. 12º/2/a do DL 26/2015, para a aprovação do plano seria necessário o voto favorável de credores que representassem menos de 25% dos créditos da empresa, dos quais mais de metade dos votos favoráveis dissessem respeito a créditos não subordinados.

⁵¹ São os constantes do art. 7º/1: a identificação dos participantes e dos seus representantes, (al. a), o prazo máximo acordado para a duração das negociações (al. b), o passivo total da empresa (al. c), a responsabilidade pelos encargos respeitantes ao processo negocial (al. d), o acordo relativo ao processos judiciais (al. e) e, por fim, a data e as assinaturas reconhecidas dos subscritores (al. f).

⁵² São os constantes do art. 7º/2: a lista dos fornecedores essenciais referidos no art. 12º e identificação completa dos respetivos contratos de prestação de serviços (al. a) e a autorização dos credores participantes para que o devedor divulgue a existência e conteúdo do protocolo de negociação junto dos seus credores, na medida de que o devedor considere necessário à participação de outros credores no processo de negociação ou no acordo em negociação (al. b).

⁵³ São os constantes do art. 7º/3: a certidão de registo comercial ou o código de acesso à certidão eletrónica da empresa e estatutos, se aplicável (al. a), os documentos relativos à prestação de contas relativos aos três últimos exercícios (al. b), a declaração da empresa que indique com detalhe o seu passivo, nomeadamente, a identificação dos credores, a proveniência, montante e natureza dos seus créditos bem

Posteriormente, deverá o protocolo ser depositado na Conservatória de Registo Comercial e durante o tempo que durarem as negociações (balizadas pelo limite temporal máximo de três meses – art. 6º/5), poderão outros credores aderir ao mesmo (art. 7º/5)⁵⁴; podendo, também, ser alterado desde que obtenha o consentimento dos credores que inicialmente o subscreveram (art. 7º/7)⁵⁵.

Não se encontra na lei nenhuma forma de suprir eventuais deficiências que constem do referido documento, ou seja, não existe uma entidade – *máxime*, o IAPMEI tal como atuava no SIREVE – que faça uma apreciação liminar do conteúdo mínimo do protocolo, pelo que nos parece, que na falta de uma fiscalização deste género, deverá o conservador recusar o depósito do protocolo no caso de falta de algum dos elementos obrigatórios – visto o mesmo não ter competência para verificar a veracidade das informações constantes do mesmo (art. 46º do Código do Registo Comercial)⁵⁶.

2) Obrigações decorrentes do depósito do protocolo de negociação

A empresa ficará obrigada a manter o curso normal do negócio e a não praticar atos de especial relevo (conforme definidos no art. 161º do CIRE)⁵⁷, ou seja, assim como dita a Proposta de Diretiva, dever-se-á manter-se o devedor à frente da empresa – na sigla inglesa, *debtor-in-possession* – pois assume especial relevo a relação de familiaridade entre a empresa e os seus órgãos representativos e destes com os credores⁵⁸ e ainda porque, a maioria das vezes, os seus órgãos não contribuíram, de forma culposa, para a situação difícil da empresa⁵⁹.

como as garantias a ele associadas (al. c), uma lista enumerativa de todos os processos judiciais e arbitrais nos quais a empresa seja parte (al. d) e, por fim, na eventualidade de algum dos documentos exigidos não ser apresentado, uma justificação da empresa para o devido efeito (al. e).

⁵⁴ Aparentemente resulta daqui uma incongruência, vejamos: de acordo com o art. 7º/6, “apenas se admitem adesões integrais ao protocolo de negociação, considerando-se não escritas as adesões parciais ou sujeitas a condição, bem como as adesões que incidam apenas sobre parte dos créditos que o credor detém sobre o devedor”. Contudo, no que diz respeito ao acordo, já será possível que o mesmo incida “sobre a totalidade ou sobre parte dos créditos que sejam detidos pelos credores nele participantes” (art. 19º/3).

⁵⁵ Será através do Processo Especial de Depósito do RERE que será feito o depósito do protocolo bem como das suas alterações ou adesões (art. 6º/2). Note-se que este é também o procedimento utilizado para o depósito do acordo de reestruturação (art. 22º/1).

⁵⁶ Este despacho liminar poderia ter um de três desfechos: o despacho de recusa do requerimento, o despacho de convite ao aperfeiçoamento do requerimento ou o despacho de aceitação do requerimento (art. 6º do DL nº 178/2012).

⁵⁷ No entanto, poderão esses atos estar previstos no protocolo de negociações ou serem previamente autorizados pelos credores (art. 9º/1).

⁵⁸ Neste sentido, SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA (2016) p. 272.

⁵⁹ Neste sentido, DUARTE (2013) p. 173., confirma esta tomada de posição ao sustentar que “não há razões que justifiquem presumir que as dificuldades das empresas se devam a gestão de má qualidade” e, por isso, “a cessão abrupta de funções pelos gestores de empresas em dificuldades agrava a situação”.

Também deverá a empresa informar a Segurança Social, a Autoridade Tributária⁶⁰ e os trabalhadores⁶¹ do depósito, sempre que estes sejam credores da empresa (art. 8º/6 e 9º/3). Caso seja violado este último dever, o mesmo importará toda a nulidade do protocolo de negociação, assim como de todos os atos praticados e a ele conexos (art. 8º/7). Caso a empresa decidir pôr fim às negociações – por considerar não estarem reunidas as condições para prosseguir com as mesmas - deverá informar todos os credores subscritores e aderentes ao protocolo⁶².

Recairá, igualmente, sobre a empresa, em articulação com o mediador de recuperação de empresas⁶³, o credor líder e os assessores financeiros e legais, se existirem, o desígnio de elaborar o diagnóstico económico e financeiro que possa servir de base ao futuro acordo de reestruturação (art. 15º/1). Para cumprir esta incumbência, a lei manda a empresa recorrer à ferramenta de autodiagnóstico⁶⁴, disponibilizada no *site* do IAMPEI - *Early Warning*⁶⁵ - que é um dos parâmetros da Proposta de Diretiva (no seu considerando 13). Trata-se de um instrumento de “diagnóstico e alerta rápido”⁶⁶, gratuito e vocacionado para as PME. Não obstante, tal não invalida a realização da *Due Diligence*⁶⁷: corresponde *grosso modo* à auditoria societária e traduz-se num “processo de análise e avaliação detalhada de informações e documentos [...] tendo em vista o apuramento da respetiva realidade jurídica, económico-financeira e/ou laboral, a fim de permitir uma tomada de decisão sobre as medidas mais adequadas à sua preservação”⁶⁸. Este processo divide-se em quatro categorias: a financeira – i.e., o valor do passivo e do ativo, bem como a situação líquida da empresa; a societária – considera todos os atos e documentos societários; a tributária – concerne ao impacto da carga tributária na situação da empresa; a laboral – tem em vista a análise dos aspetos que dizem respeito aos recursos humanos da empresa. Tal processo visa, essencialmente, minorar as assimetrias de

⁶⁰ Neste sentido, SUBTIL (2013) p. 34., além da Fazenda Pública se preocupar com a recuperação dos créditos fiscais, preocupa-se de igual modo com a manutenção dos postos de trabalho.

⁶¹ Neste sentido, SUBTIL (2013) p. 34., considera esta regra é do mais elevado interesse pois, se por um lado, os trabalhadores querem ver satisfeitos os seus créditos (vencidos ou não) também não é menos verdade que se preocupam com a manutenção dos seus postos de trabalho.

⁶² Deverá também requerer o depósito dessa comunicação na Conservatória de Registo Comercial (art. 9º/2).

⁶³ O Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas foi aprovado pela Lei 6/2018, de 22 de fevereiro.

⁶⁴ Constava no art. 2ºA e segundo SERRA (2015) p. 51, e a sua função seria delimitar ainda mais o acesso ao SIREVE.

⁶⁵ Cfr. ARSÉNIO (2016) p. 189, apesar da disponibilização desta ferramenta conclui que “continua a verificar-se que as empresas iniciam muito tarde os seus processos de reestruturação”.

⁶⁶ Neste sentido, SERRA (2015) p. 105.

⁶⁷ Sobre o padrão de diligência exigível v. CORDEIRO (2007), p. 24.

⁶⁸ Neste sentido, SUBTIL (2013) p. 31.

informação entre a empresa e os seus credores e assim recai sobre aquela, na nossa opinião, um dever pré-contratual de informação, cujo conteúdo abrange “todas as informações que sejam de especial relevância para a decisão de contratar”⁶⁹, pelo que a sua violação originará, em princípio, responsabilidade civil baseada na *culpa in contrahendo*. Reforçamos esta posição em virtude das funções que são reconhecidas à *DD*, em especial, a função informativa⁷⁰.

Por outra parte, sobre os credores recai a obrigação de não se poderem desvincular dos compromissos assumidos no protocolo de negociação antes de decorrido o prazo máximo previsto para as negociações, embora possam cessar a participação ativa nas mesmas. No entanto, caso a empresa viole de forma grosseira as obrigações para ele decorrentes do protocolo de negociação, terão os credores aderentes um direito à resolução do mesmo (art. 10º/1), ainda que o acordo respeitante à não instauração de processos judiciais (art. 7º/1/e), se excetue desta regra (art. 10º/4)⁷¹.

3) Efeitos decorrentes do depósito do protocolo de negociação

3.1) Efeitos processuais

Os efeitos processuais têm como escopo primordial uma espécie de *paz processual*, estimulando assim a empresa e os credores à negociação do acordo de reestruturação. São dois esses efeitos: primeiro, a suspensão do processo de insolvência quando a insolvência ainda não tenha sido declarada (art. 11º/1), e segundo, a “extinção” das ações executivas para pagamento de quantia certa e a manutenção das ações destinadas a exigir o cumprimento de ações pecuniárias (11º/2). Contudo, a técnica legislativa não foi a melhor relativamente a este último grupo de efeitos. Vejamos:

De acordo com o art. 7º/1/e, será elemento obrigatório do protocolo de negociação o acordo das partes relativamente aos processos judiciais, mais concretamente à *não instauração* de processos judiciais de natureza executiva ou que visem privar a empresa da livre disposição dos seus bens ou direitos e ainda de processo relativo à declaração de insolvência do devedor.

⁶⁹ Neste sentido, RUSSO (2011) p. 21.

⁷⁰ Neste sentido, ANTUNES (2009) p. 753., acrescenta outras funções à *DD*, a saber: garantística, valorativa e probatória.

⁷¹ SERRA (2018-B) p. 93., considera que a obrigação salvaguardada pela norma é a suspensão do exercício dos poderes processuais pois, se assim não fosse, os credores “desonerados” desta obrigação poderiam prejudicar o curso das negociações.

Posteriormente, para além do acordo relativo à não instauração de processos judiciais, no art. 11º/1 estabelece-se um *efeito suspensivo*, mas apenas relativo ao processo de insolvência, acrescentando o nº 2 do mesmo artigo que “extinguem-se automaticamente as ações executivas” e “mantêm-se suspensas por prejudicialidade, as ações destinadas a exigir o cumprimento de ações pecuniárias”. No entanto, este efeito extintivo está subordinado à celebração do acordo (“celebrado acordo nos termos da presente lei”), o qual já está regulado devidamente no art. 25º (ou seja, no Capítulo III, referente ao acordo propriamente dito). Considerando a complexidade terminológica e sistemática da norma contida neste art. 11º/2, concordamos com CATARINA SERRA⁷², quando afirma que o mais adequado nesta fase de negociação será o acordo das partes no sentido da “manutenção das ações suspensas até ao depósito do acordo”⁷³.

Acresce que a suspensão das ações instauradas pelos credores quanto aos garantistas da empresa (art. 11º/2) poderão “ditar a (má) sorte do RERE”⁷⁴, uma vez que lhes estará vedada uma das formas de verem satisfeitos os seus créditos.

Novamente, advirta-se para o facto de estes efeitos processuais, pela sua natureza voluntária (e limitada) do RERE, apenas vincularem os credores aderentes.

3.2) Prestação de serviços essenciais

Prevê-se que com o depósito do protocolo de negociação⁷⁵, a empresa poderá continuar a beneficiar da prestação de serviços essenciais⁷⁶, mesmo que se encontre numa situação de incumprimento “por dívidas relativas a serviços prestados em momento

⁷² Neste sentido, SERRA (2018-A) p. 506 e SERRA (2018-C) p. 97., afirma que, ao contrário do que sucede com a suspensão automática do processo de insolvência (que resulta imediatamente do depósito do protocolo), os outros efeitos processuais deverão ser acordados pelas partes, derivando assim do próprio protocolo.

⁷³ De acordo com a Proposta de Diretiva, considera-se que a suspensão dos poderes dos credores não prejudica injustamente os seus direitos ou interesses, estabelecendo um prazo máximo de 12 meses para conclusão do processo negocial. (art. 6º da Proposta de Diretiva).

⁷⁴ Neste sentido, SERRA (2018-A) p. 506., e SERRA (2018-B) p. 98.

⁷⁵ Se a empresa quiser beneficiar da prestação de serviços essenciais, terá de incluir no protocolo de negociação a “lista dos fornecedores dos serviços essenciais referidos no art. 12º e identificação completa dos respetivos contratos de prestação de serviços” (art. 7º/2/a) e, posteriormente, deverá comunicar aos mesmos o depósito do protocolo de negociação (art. 12º/6).

⁷⁶ Estão ainda enumerados de forma taxativa no art. 12º/1 e são: o serviço de fornecimento de água, o serviço de fornecimento de energia elétrica, o serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, o serviço de comunicações eletrónicas, serviços postais, serviço de recolha e tratamento de águas residuais e, por fim, serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. Correspondendo aos serviços elencados, também, na Lei nº 23/96, de 23 de julho

anterior ao depósito” (art. 12º/2)⁷⁷, ou seja, no uso desta faculdade, a empresa impede que estes serviços sejam interrompidos por um período máximo de três meses⁷⁸, desde que sejam pagos pontualmente, a contar da data do depósito do protocolo de negociação (12º/3).

É de referir que se os prestadores de serviços forem também credores da empresa em recuperação, serão os credores com uma posição mais desfavorável relativamente aos restantes. Primeiro, não poderão recorrer à tutela do sinalagma (por exemplo, a exceção de não cumprimento ou a resolução por incumprimento); em segundo lugar, apesar de serem livres de fazer (ou não) parte do protocolo de negociações, não poderão deixar de cumprir com as suas prestações perante a empresa.

A *ratio* da norma reconduz-se à essencialidade que estes serviços desempenham, quer no contexto doméstico, quer no contexto empresarial⁷⁹, ainda que alguns autores questionem a constitucionalidade desta solução encontrada pela lei⁸⁰.

Como forma de compensar estes credores, o legislador qualifica os custos decorrentes deste fornecimento como dívidas da massa insolvente, no caso de a empresa vir a ser declarada insolvente no prazo de 2 anos após o depósito do protocolo de negociação, e nos casos em que não chegue a ser aberto um processo de insolvência, beneficiam ainda de privilégio creditório mobiliário geral⁸¹, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores⁸². FRANCISCO MENDES CORREIA é crítico quanto a esta solução por dois motivos: primeiro porque poderá ocorrer que essa compensação seja feita através créditos que seriam destinados a credores que não participaram no protocolo e alerta, ainda, para uma possível perturbação de créditos pré-existente ao depósito do protocolo⁸³.

⁷⁷ Esta norma não tem paralelo com o regime anterior – o SIREVE -, mas tem-no com o art. 17ºE/8 do CIRE, relativo ao PER. A este respeito, *vide* CARVALHO (2017) p. 318 e ss., CARVALHO (2011) p. 81 e ss.

⁷⁸ A menos que os prestadores dos serviços sejam parte do protocolo de negociação e acordem em prazo mais longo (art. 12º/3).

⁷⁹ No parecer da Ordem dos Advogados relativo ao Projeto de Lei que cria o RERE (relatora: Rita Maltez), foi sugerida a eliminação deste preceito uma vez que “constitui uma limitação abusiva dos direitos dos fornecedores e aumenta a complexidade dos processos”.

⁸⁰ Neste sentido, LEAL e TRINDADE (2017) p. 101.

⁸¹ Além disso, trata-se de uma garantia bastante limitada conforme nota LEITÃO (2015) p. 80., relativamente à posição dos prestadores de serviços essenciais em sede de PER.

⁸² Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 101., alerta ainda para o facto de esta solução colocar em causa a garantia conferida aos trabalhadores pelo art. 333º/1/a do CT.

⁸³ Neste sentido, CORREIA (2017) p. 189. Subjacente a estas críticas está a possível violação do princípio da igualdade entre credores.

A este propósito poderão colocar-se duas questões: (1) serão apenas estes serviços os essenciais para a sobrevivência de uma (qualquer) empresa? (2) uma empresa que se encontra impossibilitada de pagar estes “serviços essenciais” não estará já numa situação de insolvência atual?

3.3) Suspensão do prazo para a apresentação à insolvência

De acordo com o art. 13º, suspende-se o prazo para a apresentação à insolvência no caso de a empresa ficar insolvente após o depósito do protocolo de negociação, não sendo, neste caso, suscetível de prorrogação o prazo para as negociações (16º/4).

A este propósito, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA sustentavam a relativamente ao PEC que seria preferível que o legislador optasse pela interrupção do prazo e não pela sua suspensão, evitando-se “o inconveniente das dúvidas ligadas à consideração do prazo que tiver mediado entre a colocação do devedor em situação de insolvência e a dedução do pedido pela empresa devedora”⁸⁴.

Neste domínio particular, evidencia-se a consagração da responsabilidade dos administradores, a qual desempenha uma função preventiva na medida em que, numa situação de pré-insolvência, os seus deveres serão observados com maior intensidade e, por outro lado, os credores sociais terão uma maior garantia na satisfação dos seus credores se, efetivamente, se provar que os administradores violaram os seus deveres, nomeadamente, o dever de diligência⁸⁵.

Esta suspensão do prazo de apresentação à insolvência já havia sido contemplada no SIREVE (constava do art. 5º, o qual foi revogado pelo DL nº 26/2015⁸⁶) e torna-se aliciante na medida em que desonera os administradores de uma apresentação precipitada à insolvência, a qual, segundo MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, poderia comprometer soluções que viabilizem a recuperação da empresa em dificuldades⁸⁷.

⁸⁴ Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2012) p. 1044.

⁸⁵ Neste sentido, FRADA (2006), aponta, nomeadamente, a infração culposa do dever de diligência previsto no art. 64º do CSC.

⁸⁶ A revogação do art. 5º do SIREVE, aos olhos de FERNANDES e LABAREDA (2015) p. 1041., foi considerada precipitada uma vez que, apesar de o SIREVE ter deixado de se aplicar a empresas em insolvência atual, poderia naturalmente suceder que no decurso do procedimento a empresa entre em situação de insolvência atual.

⁸⁷ Neste sentido, RIBEIRO (2015) p. 72.

O RERE admite, ainda, uma disposição transitória⁸⁸, que permite que os devedores que se encontram em situação de insolvência atual recorram a este mecanismo até 18 meses depois da sua entrada em vigor (ou seja, até dia 2 de setembro de 2019). A este propósito, DIOGO PEREIRA DUARTE é crítico quanto a esta solução e levanta uma questão oportuna⁸⁹: o dever de apresentação à insolvência (previsto no art.18º do CIRE) produzirá os seus efeitos perante todos os credores ou apenas releva em relação aos credores não participantes no RERE? Entende, pois, que não se compreende esta opção legislativa por dois motivos: (1) porque nada obstará a que um credor requeira a declaração de insolvência da sociedade (pois estará em condições de o poder fazer); (2) no caso de vir a ser aberto um processo de insolvência, poderão ainda levantar-se questões em sede de incidente de qualificação da insolvência como culposa (arts. 186/3/a e 189/1/e, ambos do CIRE).

4) Negociações tendentes à obtenção do acordo de reestruturação

Ulteriormente ao depósito do protocolo de negociação, inicia-se o período de negociações tendentes à obtenção do acordo de recuperação⁹⁰. Como referido anteriormente⁹¹, os intervenientes nesta fase são a empresa e os credores, ainda que, participem obrigatoriamente a SS e a AT, bem como os trabalhadores e as organizações representativas dos trabalhadores (caso sejam credores da empresa), admitindo-se, identicamente, que os sócios e titulares de garantias possam intervir, na medida do necessário (arts. 3º/5 e 3º/6).

⁸⁸ Esta disposição transitória está contida no art. 35º e é justificada, segundo a exposição de motivos, pelo objetivo de “limitar o acesso ao PER efetivamente a empresas em situação económica difícil ou em insolvência iminente”.

⁸⁹ Neste sentido, DUARTE (2017) p. 176., adverte ainda para o facto de os credores não aderentes virem a ser prejudicados pois, a manutenção em atividade da empresa insolvente, poderá colocar em (maior) risco a satisfação dos seus créditos.

⁹⁰ Em Espanha, a empresa goza de um prazo de 3 meses antes da eventualidade de vir a ser declarada insolvente para assim encetar negociações tendentes à reestruturação do seu passivo (art. 5º da *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*).

⁹¹ Sobre a caracterização dos participantes em sede de RERE, veja-se o ponto 3.2.1. do Capítulo I.

Contudo, é de referir que a empresa e o “mediador de recuperação de empresas”⁹², se for nomeado⁹³, serão os atores principais desta fase⁹⁴. Relativamente ao “mediador de recuperação de empresas”⁹⁵, a doutrina tem sido crítica no que respeita a dois aspetos essenciais. Vejamos:

Primeiro, quanto à amplitude das suas competências, que se reduzem ao “papel de auxiliar ou consultor económico-financeiro de uma empresa que tem em vista a recuperação”⁹⁶, sendo que não se poderá estabelecer um paralelo com as competências desenvolvidas anteriormente pelo IAMPEI em sede de SIREVE. Esta “entidade mediadora independente” desempenhava um papel de verdadeiro mediador, porquanto promovia a participação dos credores não aderentes ao SIREVE e acompanhava as negociações (art. 8º/1, na redação do DL nº 178º/2012).

Quanto à formulação da sua designação – “mediador” -, não é a mais correta, atendendo às funções que desempenha, não estará sujeito à Lei da Mediação (Lei nº 29/2013, de 19 de abril), pelo que MENEZES CORDEIRO⁹⁷ sugere que se subsitua a sua designação para “mandatário de recuperação de empresas”.

Não obstante, esta fase tem em vista a conclusão de um acordo de reestruturação, sendo que uma das estratégias a seguir será a análise *SWOT*⁹⁸, a qual permite analisar os pontos fracos e os pontos fortes da empresa, as suas oportunidades e as suas ameaças, atendendo aos elementos internos e externos⁹⁹. A este propósito, a empresa terá de propor

⁹² Caracteriza-se o Mediador de Recuperação de Empresas como a pessoa incumbida de prestar assistência a uma empresa devedora que [...] se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência, nomeadamente em negociações com os seus credores com vista a alcançar um acordo extrajudicial de reestruturação para a sua recuperação”. Deverão, no exercício das suas funções, atuar com independência e isenção, não podendo praticar nenhum ato que possa pôr em causa a recuperação da empresa nem a satisfação dos credores (arts. 2º e 13º do EMRE).

⁹³ Segue-se uma solução semelhante à da lei belga relativa à *la continuité des entreprises* em que a empresa poderá solicitar a ajuda de um “mediador” (art. 12º desta lei).

⁹⁴ Podendo também ser designados: o credor líder que será indicado se for justificável e terá como função ser o interlocutor preferencial no contacto com a empresa. No entanto, se for necessário acautelar interesses divergentes de uma pluralidade de credores, poderá ser nomeado mais do que um credor líder (art. 14º/2/a). Além disso poderá ser nomeado também um comité de credores que terá como função acompanhar a atividade do devedor no decurso das negociações e ainda assessorar o credor líder na interligação com o devedor, devendo as suas competências ser objeto de acordo entre as partes (art. 14º/2/b).

⁹⁵ Contudo, a sua participação é no âmbito do RERE é meramente eventual (resulta isto dos arts. 7º/4/b, 14º/1 e 15º/1). Além disso o MRE poderá ainda atuar fora do RERE, em PER ou processo de insolvência desde que tenha participado anteriormente (*máxime*, no RERE) na elaboração de uma “proposta de plano de reestruturação. Neste sentido, *vide* SERRA (2018-B) p. 108.

⁹⁶ Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 112.

⁹⁷ *Vide* CORDEIRO (2017) p. 161.

⁹⁸ SUBTIL (2013) p. 33.: “é uma sigla oriunda do inglês e é um acrónimo de Forças (*Strengths*), Fraquezas (*Weaknesses*), Oportunidades (*Opportunities*) e Ameaças (*Threats*).

⁹⁹ Por exemplo, as forças podem corresponder à qualidade ou inovação dos produtos ou serviços; as fraquezas ao facto de a empresa produzir produtos semelhantes aos da concorrência ou pelo facto da localização do negócio; as oportunidades ao facto de existirem certos mercados em expansão ou a

um plano de negócios que convença os credores a aderir ao mesmo, demonstrando-lhes que a opção pelo acordo de reestruturação será a mais vantajosa para a satisfação dos seus créditos face a, por exemplo, um processo de insolvência¹⁰⁰.

5) Encerramento das negociações

O encerramento das negociações¹⁰¹ está regulado no art. 16º e pode ficar a dever-se a uma das seguintes causas: depósito do acordo de reestruturação (al. a); depósito da declaração unilateral da empresa a fazer cessar as negociações (al. b); decurso do prazo máximo (de três meses) sem que tenha havido depósito do acordo (al. c); apresentação da empresa à insolvência ou declaração da sua insolvência por credor não participante (nº 5).

No SIREVE, o IAPMEI tinha o poder de dar por encerradas as negociações a qualquer momento, no caso de ser ultrapassado o prazo de 3 meses (podendo ser prorrogado por um mês, conforme o art. 15º, na redação do DL nº 178/2012) para celebração do acordo ou por algumas das causas previstas para a recusa do requerimento de utilização do SIREVE (art. 6º, na redação dada pelo DL nº 26/2015).

Relativamente ao RERE, seja qual for a forma de encerramento das negociações (art. 16º), cessam as obrigações da empresa e dos credores participantes (arts. 9º e 10º), assim como os efeitos processuais, a prestação de serviços e ainda a suspensão do prazo para apresentação à insolvência.

Note-se que a empresa, após as negociações – quer tenham sido concluídas com êxito ou não - poderá recorrer novamente ao RERE, desde que não se tenha verificado violação dos termos do acordo anteriormente alcançado (art. 18º/2), ou seja, existem dois grupos de causas: a falta de obtenção de um acordo ou a violação dos termos de um acordo anterior. Relativamente a esta última causa, se efetivamente foi verificado, a lei não diz qual será o prazo de *nojo* atendível¹⁰². Assim, no caso do SIREVE, estas causas eram

oportunidade de alianças estratégicas com outras empresas, e por fim as ameaças que concernem ao surgimento de novos concorrentes ou a uma potencial crise económico-financeira. No entanto, está comprovado que, na maioria das vezes, o problema está no mercado no qual a empresa se insere.

¹⁰⁰ Neste sentido, SERRA (2018-A) p. 309., confirma esta posição ao afirmar que “o processo de insolvência (plano de insolvência incluído) não tem aptidão para realizar satisfatoriamente os direitos de crédito.

¹⁰¹ O encerramento das negociações está sujeito a registo na Conservatória do Registo Comercial, nos termos do Processo Especial de Registo do RERE com menção da respetiva causa (art. 17º).

¹⁰² Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2012) p. 1073.

tratadas de igual forma, ficando a empresa impedida de recorrer a este procedimento no prazo de 2 anos¹⁰³.

¹⁰³ O DL nº 178/2012, estipulava, no seu art. 17º o prazo de 1 ano nos quais a contagem se iniciava com a decisão de extinção do procedimento proferida pelo IAPMEI nos termos do art. 16. Contudo, o DL nº 26/2015, aumentou este prazo para 2 anos, mas iniciando a sua contagem com na data do despacho de aceitação do requerimento, nos termos do art. 6º deste diploma.

III) Regime do acordo de reestruturação

O acordo de reestruturação está regulado no Capítulo III do RERE (art. 19º a art. 30º) e permite à empresa reestruturar-se contando com a extinção e proibição de instauração de ações judiciais por parte dos credores aderentes. Aos credores que aceitem financiar a reestruturação da empresa, assistir-lhes-á a proteção dos atos a ela inerentes, mediante a insusceptibilidade de resolução dos mesmos em benefício da massa insolvente, no caso de a empresa vir, posteriormente, a ser declarada insolvente. Percecionar, ainda, que a empresa e os credores poderão, igualmente, auferir vantagens fiscais durante a execução do acordo de reestruturação.

1) O conteúdo do acordo de reestruturação

As medidas conducentes à reestruturação ou recuperação da empresa poderão incidir sobre a estrutura patrimonial, legal e/ou financeira da empresa¹⁰⁴, com o propósito de permitir que esta sobreviva no seu todo ou em parte (art. 2º/2). Essas medidas são de índole variada, onde sobressai o papel dos credores na sua escolha¹⁰⁵.

Neste âmbito, o acordo poderá conter todas as medidas que sejam admitidas no quadro da liberdade contratual (art. 2º/2 e 19º/1), podendo inicialmente ser concretizadas através da pessoa dos sócios da empresa - através de suprimentos, prestações suplementares ou prestações acessórias – por meio do financiamento *in house*. Caso a empresa revista a forma de sociedade comercial, o capital social poderá ser modificado (em particular, o aumento do capital social da empresa¹⁰⁶), assim como se poderá proceder à transformação do tipo societário¹⁰⁷, alteração dos sócios ou dos órgãos sociais.

Para além do mencionado, a empresa poderá ainda “socorrer-se” (e bem!) dos capitais alheios, ou seja, o financiamento por parte de terceiros. Tradicionalmente esta

¹⁰⁴ De acordo com MACHADO (2017) p. 218., as medidas poderão ser de natureza económica – alteração ou adoção de um novo modelo de gestão, novos projetos, novos mercados, novos produtos e uma nova estratégia de marketing -, ou de natureza financeira – concessão de novos financiamentos, reestruturação de dívidas, perdão de juros ou concessão de um período de carência.

¹⁰⁵ Neste sentido, COUTINHO (2013) p. 332.

¹⁰⁶ Note-se que se a empresa perder mais de metade do seu capital social estará a violar a norma contida no art. 35º do CSC. Se for este o caso, a empresa deverá proceder à redução do capital social, visando o saneamento financeiro da empresa. Sobre esta questão veja-se CUNHA (2016) p. 114., e também CUNHA (2013) p. 107.

¹⁰⁷ A reestruturação societária afeta, para além dos credores, os seus sócios ou titulares de garantias, devendo por isso estes sujeitos, se afetados e se a lei exigir o seu consentimento, prestá-lo (arts. 3º/5 e /6, 19º/5 e 24º/1).

categoria era predominantemente preenchida pelas Instituições de Crédito¹⁰⁸, contudo as tendências propostas são no sentido de as empresas reforçarem o seu financiamento através do mercado de capitais¹⁰⁹ – particularmente mediante capital de risco¹¹⁰. Para que uma medida desta importância seja revestida de sucesso pressupõe-se *a priori* a renegociação do passivo¹¹¹, pois, se assim não for, “é previsível que as transferências de riqueza realizadas pelos investidores sejam absorvidas pelo passivo da empresa”¹¹². Com efeito, depois de implementadas estas medidas, muito provavelmente, a situação financeira da empresa melhorará em virtude, mormente, do controlo na gestão da empresa¹¹³, que maximizará a sua atuação no mercado devido ao *know-how* destes gestores. Conquanto, advirta-se para os comportamentos de risco associados a este tipo de investimento, nomeadamente a prática de vendas aceleradas, a gestão da empresa condicionada pelo intuito de beneficiar outras que sejam também participadas pelo investidor, a possível apropriação de certos ativos da empresa, como por exemplo, direitos de propriedade industrial¹¹⁴.

Pela sua novidade no ordenamento jurídico português, reveste ainda particular importância a conversão de créditos em capital, prevista na Lei 7/2018 de 2 de março, e que permite à empresa conquistar uma situação financeira mais sólida. Assim, se estiverem preenchidos os pressupostos (cumulativos) previstos no art. 3º/1 desta Lei¹¹⁵, os credores que representem dois terços do passivo total da sociedade e a maioria dos créditos não subordinados poderão propor a sua conversão dos seus créditos à sociedade.

¹⁰⁸ Neste sentido, SERRA (2011-A) p. 326., lembra que “a desalanvacagem do setor bancário foi, aliás, uma das medidas impostas pela *Troika* ao Estado português”. A este propósito, cfr.. CORDEIRO (2006) e ALMEIDA (2003) acerca da responsabilidade especial que recai sobre o banqueiro na concessão de crédito à sociedade em dificuldades.

¹⁰⁹ Veja-se a Resolução do Conselho de Ministros nº 100/2015, de 23 de dezembro e ainda o Memorando de Entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica, de 17 de maio de 2011.

¹¹⁰ SERRA (2011), p. 322, adverte que, em rigor, já não se trata de capital de risco uma vez que, por norma, é exigida a prestação de garantias pessoais por parte dos sócios.

¹¹¹ De acordo com o art. 19º/3, a alteração do passivo da empresa só poderá incidir sobre os créditos detidos pelos credores participantes no acordo de reestruturação.

¹¹² Neste sentido, SERRA (2011) p. 328.

¹¹³ O controlo da gestão da empresa é um dos motivos que afasta os sócios a atraírem o investimento de capital de risco, visto o tecido empresarial português ser predominantemente constituído por PME e pelo facto de muitas delas se tratar de empresas familiares. *Vide* a este propósito CÂMARA (2011) p. 798.

¹¹⁴ Neste sentido, VASCONCELOS (2012) p. 165.

¹¹⁵ O primeiro pressuposto é o capital próprio da sociedade, tal como resultante das últimas contas de exercício aprovadas ou, caso existam, de contas intercalares elaboradas pelo órgão de administração e aprovadas há menos de três meses, seja inferior ao capital social (art. 3º/1/b) e se encontrem em mora, superior a noventa dias, créditos não subordinados ou, caso estejam em causa prestações de reembolso parcial de capital ou juros, desde que estas respeitem a créditos não subordinados de valor superior a vinte e cinco por cento do total de créditos não subordinados (art. 3º/1/b).

Todavia, é importante que esta lei só seja aplicada em situação de insolvência, porque ao permitir-se o contrário, facilmente os credores conseguirão assumir o controlo da sociedade devedora de forma injustificada¹¹⁶.

Importa agora abordar a questão sobre se, efetivamente, o crédito tributário poderá ser objeto de um plano de reestruturação. Aparentemente, o art. 14º/3 parece vedar essa possibilidade, uma vez que remete para o art. 30º/3 da LGT, no qual se consagra uma das dimensões do princípio da indisponibilidade do crédito tributário¹¹⁷. No entanto, a doutrina aponta soluções no sentido de atenuar a rigidez deste princípio. Assim, serão admissíveis alterações aos créditos tributários, como por exemplo “o diferimento do pagamento, o fracionamento em prestações ou o alargamento destas”¹¹⁸. Outros autores, mencionam outras soluções, que vão no sentido de não considerar os juros compensatórios e os juros indemnizatórios como crédito tributário para efeitos de um plano de reestruturação, justificando esta tomada de posição no argumento de que estes créditos poderiam nunca chegar a ser, efetivamente, devidos¹¹⁹.

Quanto aos créditos laborais da norma do art. 19º/8 depreende-se, à primeira vista, que estes créditos poderão ser insuscetíveis de modificação. Contudo, a admitirmos esta leitura colocar-se-ia em causa o próprio sucesso de um acordo de reestruturação em RERE, uma vez que vedaria “às empresas a possibilidade de renegociar os termos do pagamento destas dívidas”¹²⁰. Assim, propõe-se uma leitura da norma no sentido de impedir que esta reestruturação coloque apenas em causa o vínculo laboral constituído entre a empresa e os trabalhadores¹²¹.

Merece, identicamente, a nossa atenção a norma contida no art. 19º/7, que “determina a redução da obrigação dos convedores ou dos terceiros garantes em termos equivalentes aos que resultem para o *devedor* do acordo de reestruturação. Ainda que alguns autores defendam que não deverá ser admitida a regulação da posição dos garantes no âmbito de um processo de recuperação, não obstante CATARINA SERRA coloca a

¹¹⁶ Neste sentido, GOMES e PIRES (2017) p. 146.

¹¹⁷ Sobre o tema, *vide* SILVA e SANTOS (2013) p. 5 e *ss.*, considerando que a indisponibilidade do crédito tributário se justifica por constituir “uma obrigação que materializa um dever fundamental de contribuição para os encargos públicos”.

¹¹⁸ Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 166 e *ss.*, a autora justifica esta tomada de posição pelo facto de que, se assim não fosse, “não faria sentido que a AT subscrevesse o protocolo de negociação ou o acordo” E, ainda, relativamente ao PER a jurisprudência caminha no sentido de admitir estas soluções, *vide* o Ac. do TRG de 15 de outubro de 2015 (Relatora: Eva Almeida) e o Ac. do TRG de 9 de julho de 2015 (Relatora: Isabel Rocha).

¹¹⁹ Neste sentido, *vide* RAMALHO e SOUSA (2017) p. 136. Cfr. SERRA (2012) p. 154.

¹²⁰ Neste sentido SERRA (2018-B) p. 175.

¹²¹ Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 176.

hipótese de que assim não fosse poderíamos assistir a um credor ir satisfazer o seu crédito através do garante e, posteriormente ingressar no acordo de reestruturação, não sendo, por isso, a sua posição afetada¹²².

2) Requisitos e depósito do acordo de reestruturação

O acordo deverá ser acompanhado de uma declaração emitida por um ROC a atestar que à data da celebração do acordo a empresa não se encontra em situação insolvência (atual) e a certificar o passivo total da empresa (art. 19º/2/a). Considerando este pressuposto, a primeira parte deste preceito é criticável: por um lado, a declaração de apreciação negativa por parte do ROC, deveria sê-lo antes uma apreciação positiva, ou seja, aferir que a empresa se encontra em situação económica difícil ou em insolvência iminente¹²³ e que poderá ainda ser recuperada¹²⁴, considerando as medidas adotadas no acordo de reestruturação¹²⁵. Quanto ao segundo preceito – o passivo total da empresa – a lei “contenta-se” apenas com a lista dos créditos vencidos, vincendos e sob condição, detidos sobre a empresa por todos os credores (aderentes ou não).

O acordo de reestruturação deverá ser acompanhado de uma lista de todas as ações judiciais em curso contra a empresa movidas pelos credores aderentes ao protocolo para assim se produzirem os efeitos previstos no art. 25º (19º/2/b).

No entanto, verifica-se que não se encontra nenhuma disposição no RERE com paralelo ao art. 7º do SIREVE (na redação do DL nº 178/2012), segundo a qual competia ao IAPMEI¹²⁶ proceder à análise da viabilidade da empresa e da adequação do acordo pretendido¹²⁷. Deste modo, poderia propor medidas alternativas ou complementares que possibilitassem à empresa que, no final do período de 5 anos, conseguiria atingir uma

¹²² Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 126.

¹²³ Com as dificuldades que lhe são inerentes, conforme vimos *supra* (ponto 3.2 do Capítulo I). E ainda para evitar que empresas que não estão em dificuldade se usem do RERE para auferir certos benefícios, nomeadamente fiscais.

¹²⁴ Neste sentido, BRITES (2018) p. 62, critica a solução adotada propondo que esta declaração do ROC devesse ser emitida na fase do diagnóstico económico-financeiro da empresa, argumentando em seu favor o maior conforto dos credores apoiado nesta imparcialidade.

¹²⁵ Neste sentido, FESTAS (2017) p. 39, elogia a solução que havia sido adotada na Proposta de Reforma ao PER, na qual o ROC deveria atestar que a empresa “reunia as condições necessárias para a sua recuperação”.

¹²⁶ O Título I do Livro VI do Código do Comércio francês versa sobre a prevenção e recuperação de empresas em dificuldades, estatuindo dois mecanismos: o *mandat ad hoc* e o *conciliation* que contam sempre com a supervisão do Presidente do Tribunal do Comércio.

¹²⁷ Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2015) p. 1036 e 1037., explicam esta revogação em virtude da inclusão do art. 2º-A operada pelo DL nº 26/2015, procurando assim evitarem-se possíveis juízos discricionários por parte do IAPMEI.

situação económica e financeira equilibrada (art. 3º/5 do SIREVE, na redação do DL nº 178/2012).

Assim sendo, o RERE não vai ao encontro do preceituado no art. 8º/1/g da Proposta de Diretiva, que recomenda a emissão de um parecer ou uma declaração, “explicando as razões da viabilidade da empresa e de que modo a execução do plano proposto é suscetível de evitar a insolvência do devedor e restabelecer a sua viabilidade”¹²⁸.

O acordo de reestruturação deverá ser celebrado por escrito (art. 20º) e posteriormente depositado na Conservatória do Registo Comercial (art. 22º/1), produzindo os efeitos nele previstos (23º/2 *a contrario*).

3) Efeitos decorrentes do depósito do acordo de reestruturação

3.1) Efeitos processuais

Alcançado o acordo em sede de RERE, o seu depósito desencadeia a extinção de processos judiciais¹²⁹ declarativos, executivos ou de natureza cautelar¹³⁰, que respeitem a créditos incluídos no acordo de reestruturação¹³¹, a não ser que exista cláusula em contrário (art. 25º). Esta solução, já antes adotada no SIREVE relativamente às ações executivas, passou para o RERE, podendo o acordo prever diversamente, i.e., prever a manutenção da suspensão destas ações judiciais¹³². Se for este o caminho seguido pela empresa e os credores subscritores do protocolo – apenas os únicos vinculados -, a mesma parece ser desprovida de sentido útil, pois após a celebração do acordo de reestruturação,

¹²⁸ Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 110.

¹²⁹ Deste modo, configura-se um desvio à natureza confidencial do RERE, na medida da sua comunicação aos tribunais onde correrem os processos - que antes era da competência do IAPMEI (13º/3 do DL nº 178/2012) passando agora para a competência do conservador do registo comercial (art. 25º/4).

¹³⁰ Em contexto de PER, discute-se qual as ações abrangidas pela norma do art. 17ºE/1, pelo que a doutrina discute em saber se estão abrangidas, para além das ações executivas, também as ações declarativas. Em primeiro lugar, o Ac. Uniformizador de Jurisprudência de 8 de maio de 2013, aponto no sentido de extinção das ações declarativas. Cfr. ALEXANDRE (2014) p. 246., apesar de se poder considerar a pendência de uma ação declarativa durante a execução do acordo, a mesma poderá criar um ambiente hostil.

¹³¹ No SIREVE, e salvo se o acordo dispusesse de forma diversa, a sua celebração decretava automaticamente “a extinção automática das ações executivas para pagamento de quantia certa instauradas contra a empresa ou os seus respetivos garantes relativamente às operações garantidas, e, salvo transação, [mantinham-se] suspensas, por prejudicialidade ações destinadas a exigir o cumprimento de ações pecuniárias instauradas contra a empresa e ou os seus respetivos garantes relativamente às operações garantidas” (art. 13º/1 na redação do DL 26/2015). Contudo, no RERE apesar de se regular as ações instauradas contra os garantes da empresa devedora durante a fase de negociações – a sua suspensão prevista no art. 11ºº *in fine*, não regula depois o seu destino em caso de ser alcançado um acordo de reestruturação – art. 25º. A este propósito, SERRA (2018-A) p. 522.

¹³² Neste sentido, Brites (20128) p. 67, concorda com a extinção, propondo a possibilidade de renovação de acordo com o art. 850º do CPC, na eventualidade dos termos do acordo serem frustrados.

as condições e termos de exigibilidade dos créditos é alterada, o que por sua vez será incompatível com tais ações “suspensas”¹³³.

Apesar de não estar previsto na norma que regula os efeitos processuais (art. 25º), deverá entender-se que a celebração do acordo obstará, também, à instauração de qualquer tipo de processos de natureza judicial. Além disso, também se extinguem automaticamente todos os processos de insolvência pendentes, que tenham sido instaurados – claro está -, por algum dos participantes no acordo, desde que a mesma ainda não tenha sido declarada. Ainda assim, não está afastada a possibilidade de durante a execução do acordo, algum dos credores não aderentes ao acordo, instaurar um processo de insolvência contra a empresa. Nessa hipotética situação, há que distinguir duas possibilidades: (1) por um lado, a empresa por ter iniciado a execução do acordo de reestruturação do seu passivo, não se encontra em situação de lhe ser declarada a sua insolvência (art. 20º do CIRE) e, nesse caso, o juiz deverá indeferir o pedido ou citar a empresa para esta possa deduzir oposição (arts. 27º e 30º, ambos do CIRE); (2) outra possibilidade será a empresa encontrar-se em situação de insolvência e nesse caso, já recaíra sobre ela (*máxime*, os seus órgãos) o dever de apresentação à insolvência).

Advirta-se, mais uma vez, que estes efeitos apenas se produzem *inter partes*, o que é reforçado no art. 25º/2, o qual dispõe que nos processos em que sejam parte mais do que uma entidade, estes efeitos processuais apenas se verificam em relação às entidades que sejam parte no acordo.

Quanto aos processos de natureza laboral, previu-se na Proposta de Diretiva que a sua suspensão não poderá afetar os créditos dos trabalhadores, sendo esta a solução acolhida pelo legislador (art. 25º/3 e art. 6º/3 da Proposta). Contudo, previu-se, também, naquela Proposta que se assim não fosse, os créditos laborais deveriam ser assegurados de outra forma, ou seja, no caso português através do Fundo de Garantia Social¹³⁴. Não obstante, alerta CATARINA SERRA que o problema de adotar uma solução deste tipo reside no facto de que este Fundo unicamente assegura o pagamento dos créditos emergentes do contrato de trabalho no limite do “equivalente a seis meses de retribuição”¹³⁵.

¹³³ Este é o entendimento de FERNANDES e LABAREDA (2012) p. 1065.

¹³⁴ O art. 1º/2/c do DL nº 59/2015 de 21 de abril, ainda se refere ao revogado SIREVE.

¹³⁵ Neste sentido, SERRA (2017) p. 25.

3.2) Efeitos fiscais

Os efeitos fiscais¹³⁶ que a empresa e os seus credores (ou até terceiros) poderão aproveitar, mediante o depósito do acordo de reestruturação¹³⁷, tem implicado que alguns juristas denominem o RERE de “via - verde ao planeamento fiscal”¹³⁸, apesar da sua curtíssima vigência. De facto, o RERE é percecionado como um regime aliciante ao alcance de qualquer empresa que, por exemplo, pretenda vender ativos imobiliários: através de um acordo de reestruturação que preveja essa venda, a empresa poderá ficar isenta de mais-valias (em sede de IRC) e o comprador dos ativos, isento do pagamento de IMT. Vejamos:

Relativamente aos benefícios em sede de IRC previstos no art. 268º/2 do CIRE, as variações patrimoniais positivas resultantes das alterações das suas dívidas não entrarão para a formação da matéria coletável da empresa¹³⁹. Além disso, o art. 41º do CIRC permite ainda que os créditos incobráveis sejam considerados gastos ou perdas do período de tributação, assim como poderá ser deduzido o imposto relativamente a créditos de cobrança duvidosa em sede de IVA (art. 78º-A do CIVA).

Das isenções ao IS¹⁴⁰ previstas no art. 269º do CIRE, alterou-se a norma no sentido de isentar “a constituição ou prorrogação de garantias” (al. g)). É de elevar esta alteração, pois a constituição de uma garantia em favor de um credor pode ser a diferença entre a obtenção ou não de um acordo de reestruturação.

Já no que respeita à isenção de IMT (art. 270º/2), a norma vinha sendo interpretada no sentido de excluir do seu campo de aplicação a transmissão isolada de bens¹⁴¹,

¹³⁶ De acordo com o art. 2º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (aprovado pelo DL nº 215/89 de 1 de julho), consideram-se benefícios fiscais “as medidas de caráter excecional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”. Neste sentido, NABAIS (2015) p. 390, completa este conceito, sendo que “os benefícios fiscais se enquadram numa noção mais ampla – a noção de *desagravamentos fiscais* – que integra: de um lado, as *não sujeições tributárias* (ou desagravamentos fiscais *stricto sensu*), cuja modalidade mais significativa é constituída pelas chamadas *exclusões tributárias*; de outro, os benefícios fiscais”.

¹³⁷ Os atos inerentes à execução do acordo, beneficiarão ainda de uma isenção emolumentar (art. 34º, vide art. 28º/18 do DI nº 322-A/2001, de 14 de dezembro).

¹³⁸ O planeamento fiscal poderá ser definido como “qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto” (art. 3º/a do DL nº 29/2008 de 25 de fevereiro).

¹³⁹ Parece que o nº1 do art. 268º do CIRE, depois da redação que lhe foi dada pela Lei 114/2017 de 29 de dezembro, apenas parece aplicar-se aos rendimentos e ganhos e variações patrimoniais positivas, resultantes de um processo de insolvência, não se contemplando a hipótese de o mesmo se aplicar a um plano de reestruturação ou revitalização.

¹⁴⁰ De acordo com o art. 1º do CIS, este incide “sobre todos os atos, contratos, documentos, títulos, papéis e outros factos ou situações jurídicas previstas na Tabela [Geral do Imposto de Selo], incluindo as transmissões gratuitas de bens”.

¹⁴¹ Pela AT, através da Circular nº 10/2015, de 9 de setembro, seguida pela jurisprudência.

contudo, através do Ac. Uniformizador de Jurisprudência emitido pelo STA¹⁴², passou-se a admitir a transmissão isolada de bens da empresa, desde que integrada num plano de reestruturação. Note-se que esta posição não viola o art. 162º/1 do CIRE, uma vez que a venda isolada apenas terá lugar “quando a venda total não for possível ou não apresente vantagens”¹⁴³.

Para que se produzam os efeitos fiscais previstos nos artigos 268º a 270º do CIRE¹⁴⁴, apenas se exige como primeiro requisito que o acordo de reestruturação compreenda créditos correspondentes a 30% do total do passivo não subordinado da empresa¹⁴⁵. Adita-se como segundo requisito (ainda menos exigente) que essa declaração emitida por ROC deverá também certificar que a situação financeira da empresa melhorará¹⁴⁶, por isso, NUNO CASANOVA adverte que “a reestruturação de créditos é um conceito muito amplo e a venda de um ativo, por regra, melhora a situação financeira da empresa”¹⁴⁷.

Na vigência do SIREVE estes benefícios estavam previstos de igual modo no art. 13º/4 (DL nº 26/2015), os quais dependiam de reconhecimento prévio por parte da AT (conforme constava do revogado art. 16º/2 do CIRE). Assim, o possível uso indevido do RERE poderá ainda ser facilitado se tivermos em atenção o modo de aplicação destes benefícios fiscais¹⁴⁸. Relativamente ao IS e ao IMT, os mesmos são de aplicação automática conforme resulta do art. 5º do EBF.

Permite-se ainda que a AT possa estender a produção destas vantagens relativamente aos credores subordinados mediante requerimento fundamentado (art. 27º/2), pelo que aparentemente será o único caso em que se efetua fiscalização.

Em jeito de conclusão, alerta-se novamente para o facto de o RERE vir a ser “transformado num mecanismo de isenção fiscal em que a reestruturação do passivo do

¹⁴² Que seguiu a posterior direção seguida pela AT através da Circular 4/2017 de 10 de fevereiro.

¹⁴³ Neste sentido, SERRA (2018-B) p. 137.

¹⁴⁴ Surge aqui outro desvio à regra da confidencialidade uma vez que a AT poderá aceder aos documentos que fazem parte do acordo de reestruturação para verificação dos pressupostos dos quais dependem a produção destes efeitos (art. 8º/5).

¹⁴⁵ Esta exigência contida no art. 27º/1 terá de ser acompanhada por uma declaração emitida por um ROC em língua portuguesa (art. 27º/3).

¹⁴⁶ Este requisito encontra-se no art. 27º/3, por outras palavras: “a situação financeira da empresa fica mais equilibrada, por aumento da proporção do ativo sobre o passivo, e os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social”.

¹⁴⁷ Neste sentido, CASANOVA (2018) p. 14.

¹⁴⁸ Segundo o art. 22º/2, a produção de efeitos fiscais ficará dependente do depósito do acordo, o qual é automaticamente comunicado à AT por via eletrónica (art. 22º/3).

devedor será um mero pretexto”¹⁴⁹, podendo inclusive ter implicações a nível europeu no que concerne à disciplina fiscal.

3.3) A insusceptibilidade de resolução dos negócios em benefício da massa insolvente

No âmbito do acordo de recuperação, muito provavelmente os credores que aceitem financiar a recuperação do devedor só o farão se forem prestadas garantias a seu favor (art. 11º/3). Trata-se das garantias de base contratual – reais e pessoais -, visto no RERE não estarem acauteladas as garantias legais, o que apenas sucede relativamente aos prestadores de serviços essenciais.

Quanto ao PER, a doutrina tem-se debatido em saber se estas garantias aproveitam apenas aos credores financeiros ou se, pelo contrário, abrangem também os credores não financeiros, visto que ambos são essenciais na sua recuperação. A lei não distingue as duas situações, por isso, tendo em conta princípio do primado da recuperação, devemos poder aceitar que qualquer credor possa beneficiar destas garantias¹⁵⁰. Aos riscos que são inerentes a este tipo de financiamento deveremos considerar que “os benefícios associados a estes negócios se sobrepõem aos riscos de, não sendo eficaz a tentativa de recuperar a empresa, eles serem prejudiciais aos credores”. Mas, o contrário também sucederá: se a recuperação for efetivamente conseguida, ela irá também aproveitar aos credores não aderentes¹⁵¹.

A situação muda de figura relativamente ao RERE, uma vez que o art. 28º/1 refere-se expressamente aos “créditos pecuniários”, i.e., ao fluxo de dinheiro e não à disponibilização de capital em sentido lato, pelo que será quase impossível fazer uma interpretação ampla deste conceito¹⁵², no sentido de proteger outros meios de financiamento que não sejam pecuniários. Trata-se, a nosso ver, de uma solução pouco eficiente¹⁵³.

¹⁴⁹ Neste sentido, CASANOVA (2018) p. 2., sustenta que o RERE será apenas um meio para as empresas obterem benefícios fiscais, usa-se da nota de enquadramento de 16 de março de 2017, na qual o RERE é qualificado como “um novo instrumento extrajudicial para a reestruturação de empresas, que permite obter, fora dos tribunais, tratamento fiscal idêntico ao que até agora estava reservado a acordos em [...] PER e insolvência”

¹⁵⁰ Neste sentido, FERNANDES e LABAREDA (2015) p. 179, defendendo em sede de PER uma interpretação ampla do conceito de disponibilização de capital contido no art. 17ºH/2 do CIRE.

¹⁵¹ Neste sentido, CARVALHO e JERÓNIMO (2017) p. 275. *Vide* também GONÇALVES (2015) p. 51 e ss., para maiores desenvolvimentos.

¹⁵² Neste sentido, SILVA (2014) p. 76, partilha do mesmo entendimento relativamente ao PER.

¹⁵³ Neste sentido, SERRA (2012) p. 185.

Quanto às garantias pré-existentes¹⁵⁴, sendo o RERE um processo tendencialmente confidencial e voluntário, poderá prejudicar os credores não aderentes, relativamente aos seus créditos, uma vez que poderão não ser convidados a participar, nem a ter conhecimento que a empresa se encontra em RERE¹⁵⁵.

Verifica-se, portanto, que as soluções adotadas estão em consonância com a Proposta de Diretiva (art. 16º/1 da Proposta), ou seja, a proteção dos novos financiamentos consiste num fator que alicia os credores à recuperação da empresa. Se assim não fosse eles estariam desincentivados a financiar essa atividade.

No art. 28º¹⁵⁶ consagra-se a insusceptibilidade de resolução em benefício da massa insolvente dos negócios jurídicos¹⁵⁷, que se reconduzem à constituição de créditos ou constituição de garantias, no caso de a empresa vir a ser declarada insolvente¹⁵⁸, sendo uma proteção que diz apenas respeito à proteção contra a resolução incondicional e não à contra a resolução condicional (art. 120º e *ss* do CIRE)¹⁵⁹.

Manteve-se a regra constante no art. 11º/7 do SIREVE¹⁶⁰, na redação do DL nº 178º/2012, mas não passou para o RERE a ressalva da hipótese de nos termos do art. 11º/5 daquele diploma, os credores poderem impugnar atos que pusessem em causa a satisfação dos seus crédito¹⁶¹ – o que era perplexo pois ao serem convencionadas garantias

¹⁵⁴ De acordo com o art. 24º, se o acordo de reestruturação afetar as garantias preexistentes, deverá ser dado expressamente o consentimento dos seus beneficiários.

¹⁵⁵ No PER este inconveniente é acautelado pelo art. 17ºD/1 do CIRE que obriga a empresa a convidar todos os seus credores a participar nas negociações.

¹⁵⁶ Neste sentido, SERRA (2012) p. 186., considera que devido à finalidade especial destes atos que são protegidos, não haverá um tratamento discriminatório de credores uma vez que dá como verificado o princípio da igualdade de credores previsto no art. 194º do CIRE.

¹⁵⁷ Na Proposta de Diretiva prevê-se no seu art. 16º/1 a mesma solução: a insusceptibilidade de resolução em benefício da massa insolvente exceto se as transações tiverem sido realizadas de forma fraudulenta ou de má-fé.

¹⁵⁸ Para que este efeito se possa dar como garantido, a reestruturação terá que compreender 30% do passivo não subordinado e esses negócios jurídicos terão que ser expressamente previstos no acordo de reestruturação ou no protocolo de negociação, que o preceder e ainda a declaração emitida pelo ROC a certificar que a situação da empresa fica mais equilibrada, redigida em língua portuguesa (art. 28º/1 e 27º/3).

¹⁵⁹ Neste sentido, SERRA (2012) p. 186., considera que a o art. 120º/6 do CIRE apenas impede a resolução incondicional. Cfr. com OLIVEIRA (2017) p. 380., que considera que para além da resolução incondicional, a norma abrange também o regime geral previsto no art. 120º do CIRE.

¹⁶⁰ Neste sentido, MARTINS (2016) p. 573 e *ss.*, interrogava-se se esta disposição se referia à pendência do SIREVE ou se apenas aos negócios enquadrados no acordo aprovado, pelo que na sua opinião seria esta última seria a opção a mais correta. Ademais, com as alterações operadas pelo DL nº 26/2015, a redação do art. 11º/8 passou a contemplar a hipótese de em caso de insolvência da empresa, os credores que financiassem a sua recuperação, gozavam de privilégio creditório mobiliário geral graduado antes do privilegio creditório mobiliário geral dos trabalhadores, não sendo claro, mais uma vez, se poderiam ser abrangidas as garantias prestadas antes da celebração do acordo.

¹⁶¹ Neste sentido, PERALTA (2015) p. 312., justifica esta norma pelo facto de não haver no SIREVE “qualquer sindicância judicial dos atos contidos no acordo, diferentemente do que acontece no PER”.

entre os credores e a empresa que visassem a recuperação da empresa, esses atos preencheriam facilmente esse pressuposto, destituindo, assim, a norma de utilidade¹⁶².

Apesar disso, ficou por ressaltar na lei a inibição de os credores poderem recorrer ao instituto da impugnação pauliana regulado no art. 610º e ss do CCIV. Assim, se preenchidos os requisitos, a ação seja julgada procedente, o ato em causa continuará a ser válido, mas deixará de produzir os seus efeitos relativamente ao credor impugnante, na estrita medida em que esses efeitos o possam lesar¹⁶³.

No silêncio do legislador, a solução que se afigura mais coerente será a impossibilidade de recurso à impugnação pauliana, pois ao permitir-se estaria a colocar-se em causa a proteção concedida pelo art. 120º/6 do CIRE. Além do mais, seria sempre difícil provar a má-fé do devedor e do credor, requisito necessário para poder “destruir o negócio”¹⁶⁴, pois a única finalidade dos negócios praticados no âmbito de um acordo de reestruturação será a recuperação da empresa e a satisfação dos direitos dos credores.

4) O incumprimento do acordo de reestruturação

Sanciona-se o incumprimento do acordo de reestruturação¹⁶⁵ mediante o direito à resolução (art. 30º/2/a) e ainda através do credor poder declarar vencidas todas as obrigações contidas no acordo que digam respeito aos seus créditos (art. 30º/2/b). Este direito apenas poderá ser exercido pelos credores perante os quais a empresa não está a cumprir as suas obrigações e não afetará as demais obrigações da empresa assumidas perante os outros credores. Contudo, sendo um acordo plurilateral entende-se que o incumprimento de uma obrigação poderá afetar o cumprimento das restantes¹⁶⁶.

Em verdade, o direito de resolução previsto no RERE não prevê efeitos retroativos (afastando-se assim do disposto no art. 434º/1 do CCiv.), não estando em consonância com a opção tomada com o legislador no art. 218º/1 do CIRE, que contempla a hipótese

¹⁶² No RERE houve cuidado com a redação da norma do art. 28º/2, determinando que “cessa a insusceptibilidade de resolução em benefício da massa insolvente [...], se o novo financiamento tiver sido utilizado pelo devedor em benefício da respetiva entidade financiadora ou de entidade que com esta esteja especialmente relacionada”.

¹⁶³ Neste sentido, RIBEIRO (2017) p. 150., e VASCONCELOS (2015) p. 103.

¹⁶⁴ Neste sentido, PERALTA (2015) p. 311.

¹⁶⁵ Em primeiro lugar, o nº1 da referida norma determina que o incumprimento de uma das obrigações não determina a invalidade das demais obrigações assumidas. Neste sentido, PEREIRA (2017) p. 183 considera-a uma norma desnecessária pois, “o não cumprimento de um contrato, consistindo numa perturbação superveniente do mesmo, não se reflete na sua validade, a qual surge como reação ajustada apenas a perturbações originárias”.

¹⁶⁶ Já na vigência do SIREVE, MARTINS (2016) p. 579., questionava se a resolução prevista no art 14º do SIREVE (na redação do DL nº 178/2012, de 3 de agosto) dizia respeito apenas ao credor que o resolvia ou se essa resolução aproveitava a todos os credores.

de a moratória e o perdão de dívida previstos num plano de insolvência ficarem sem efeito perante a mora da empresa.

Além do mais, no caso do cenário descrito vier, efetivamente, a concretizar-se o acordo valerá como título executivo relativamente às obrigações nele assumidas pela empresa (art. 30º/4).

Conclusão

É indubitável que o RERE surge como resultado das políticas que vêm a ser seguidas no sentido de desjudicializar os processos de recuperação e de reestruturação empresarial. Apesar disso, ficou comprovado num estudo realizado pela Comissão Europeia no ano de 2014 – *Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices* – que as empresas em dificuldades só muito tardiamente é que recorrem a este tipo de regimes, colocando assim em causa o seu sucesso.

No que respeita a este regime que ora discorremos, a supressão da intervenção do IAPMEI, conforme atuava no SIREVE, não nos parece ter sido a melhor opção. Argumenta-se a este favor o facto de empresas, apesar de não se encontrarem em insolvência, verem a sua recuperação inviável e, deste modo, prejudicar a satisfação dos direitos dos credores, nomeadamente, os credores não aderentes. Também, pelo facto de não haver nenhuma entidade exterior que gere a confiança necessária nos credores dissidentes de modo a participarem no RERE.

Relativamente à fase de negociação do acordo de reestruturação, o benefício concedido, em particular a suspensão dos processos judiciais, afigura-se como uma vantagem de pouco relevo, uma vez que neste regime impera o princípio da relatividade, o qual dificilmente consegue competir com o *stand still* previsto no PER. Destaca-se, além do mencionado, a posição dos prestadores dos serviços essenciais que, mesmo que não adiram ao protocolo, estarão sempre em desvantagem relativamente aos outros credores.

No que concerne ao acordo propriamente dito, não existe nenhuma disposição no RERE que obrigue a empresa e os credores aderentes a demonstrar que, num espaço de tempo, a empresa consiga atingir uma situação económica e financeira melhor. Ainda neste domínio, conforme advertimos *supra*, é bem provável que empresas, que nem sequer se encontrem em situação económica difícil, utilizem este regime para apenas auferir vantagens fiscais, visto os requisitos necessários à sua concessão serem pouco rígidos.

Respondendo agora à pergunta que constitui o título do trabalho, teremos que ponderar duas situações distintas: (1) se o legislador com o RERE quis apenas permitir às empresas, mesmo que não estejam em dificuldades, auferir certas vantagens fiscais que só obteriam mediante um PER, a resposta será positiva e, portanto, o RERE configurará

um avanço perante o SIREVE; (2) se, por outro lado, se o que o legislador pretendia era, efetivamente, a recuperação de empresas em dificuldades, a resposta será negativa, ou seja, o RERE não representará um avanço perante o SIREVE.

Bibliografia

Monografias

Abreu (2013): Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial, Introdução, atos de comercio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, vol. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

Almeida (2003): Maria Azevedo de Almeida, *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

Câmara (2011): Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

Carvalho (2017): Jorge Morais Carvalho, *Manual do Direito do Consumo*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

Cordeiro (2006): António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006.

Epifânio (2012): Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

Epifânio (2018): Maria do Rosário Epifânio, *Manual de Direito da Insolvência*, em curso de publicação.

Fernandes e Labareda (2000): Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 2ª reimpressão da 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2000.

Fernandes e Labareda (2012): Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2012.

Fernandes e Labareda (2015): Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, 2015.

Leitão (2015): Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

Leitão (2018): Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2018.

Machado (2017): José Manuel Gonçalves Machado, *O Dever de Renegociar no âmbito Pré-insolvencial. Estudo comparativo sobre os principais mecanismos de recuperação de empresas*, Almedina, Coimbra, 2017.

Martins (2016): Alexandre Soveral Martins, *Um curso de Direito da Insolvência*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2016.

Nabais (2015): José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.

Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2016): João Pedro Scalzilli, Luís Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, *Recuperação de Empresas e Falência*, Almedina, Coimbra, 2016.

Serra (2009): Catarina Serra, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito – O problema do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

Serra (2012): Catarina Serra, *O Regime português da Insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

Serra (2018-A): Catarina Serra, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018.

Serra (2018-B): Catarina Serra, *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – Análise (e) crítica*, Almedina, Coimbra, 2018.

Silva (2014): Fátima Reis Silva, *Processo Especial de Revitalização – Notas práticas e jurisprudência recente*, Porto Editora, Porto, 2014.

Subtil (2013): Raposo Subtil & Associados – Sociedade de Advogados, *Guia Prático da recuperação e revitalização de empresas*, 2ª edição, Vida Económica, Porto, 2013.

Varela (2001): João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, vol. II, Reimpressão da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2001.

Artigos em publicações periódicas

Alexandre (2014): Isabel Alexandre, “Efeitos processuais da abertura do processo de revitalização”, in: Catarina Serra (coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2014.

Antunes (2009): José Engrácia Antunes, “A empresa como objeto de negócios: “Asset Deals” Versus “Share Deals””, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, nº2, Ordem dos Advogados, Lisboa, 2009.

Arsénio (2016): Manuel Silva Arsénio, “Recuperação de empresas por via judicial e extrajudicial: o caso SIREVE. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial”, in: José Manuel Branco e Maria do Rosário Epifânio (dir.), *Revista de Direito da Insolvência*, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016.

Carvalho (2011): Jorge Morais Carvalho, “Prescrição do direito de exigir o pagamento do preço nos contratos relativos a serviços públicos essenciais”, in: *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LC, nº 325, 2011.

Carvalho e Jerónimo (2017): Jorge Morais Carvalho e Maria Jerónimo, “As garantias dos Novos Financiamentos”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017.

Casanova (2018): Nuno Salazar Casanova, “O RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas”, in: *Atas das Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría Menéndez Proença de Carvalho*, em curso de publicação.

Costa (2015): Reinaldo Mâncio da Costa – “Os requisitos do Plano de recuperação”, in: Catarina Serra (coord.), *III Congresso de Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015.

Cordeiro (2007): António Menezes Cordeiro, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (art. 64º/1 do CSC)”, in: *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura. A reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007.

Cordeiro (2017): António Menezes Cordeiro, “Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que estabelece o Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº1, Almedina, Coimbra, 2017.

Correia (2017): Francisco Mendes Correia, “Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que aprova o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresa – Comentário aos artigos 18º a 30º do projeto: negociações do acordo de reestruturação”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº 1, Almedina, Coimbra, 2017.

Cunha (2013): Paulo Olavo Cunha, “Providências Específicas do plano de recuperação de sociedades”, in: Catarina Serra (coord.), *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013.

Cunha (2016): Paulo Olavo Cunha, “A recuperação de sociedades no contexto do PER e da insolvência: âmbito e especificidades resultantes da situação de crise da empresa”, in: José Manuel Branco e Maria do Rosário Epifânio (dir.), *Revista de Direito da Insolvência*, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016.

Duarte (2017): Diogo Pereira Duarte, “Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que aprova o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas – Comentário aos artigos 1º a 5º e 31º a 33º do projeto: aspetos gerais e disposições

transitórias”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº1, Almedina, Coimbra, 2017.

Duarte (2013): Rui Pinto Duarte, “A administração da empresa insolvente: rutura ou continuidade”, in: Catarina Serra (coord.), *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2013.

Ferreira (2011): Bruno Ferreira, “Recuperação extrajudicial de empresas viáveis em dificuldades: prevenção e preservação de valor”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano 3, nº2, Almedina, Coimbra, 2011.

Ferreira (2012): Bruno Ferreira, “Mecanismo de alerta e prevenção da crise do devedor: em especial a recuperação extrajudicial”, in: Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu, Rui Pinto Duarte (coord.), *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012.

Festas (2017): David de Oliveira Festas, “Alterações ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (artigo 3º do projeto de decreto-lei) – Alterações a introduzir no Processo Especial de Revitalização (17º-A a 17º-I),”, ano 9, nº1, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº 1, Almedina, Coimbra, 2017.

Fonseca (2011): Gisela Teixeira Jorge Fonseca, “A Natureza Jurídica do Plano de Insolvência”, in: Rui Pinto (coord.), *Direito da Insolvência. Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Gomes e Pires (2017): José Ferreira Gomes e Catarina Monteiro Pires, “Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que aprova o Regime Jurídico de Conversão de Créditos em Capital”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº 1, Almedina, Coimbra, 2017.

Gonçalves (2015): Filipa Gonçalves, “O Processo Especial de Revitalização”, in: Maria do Rosário Epifânio (coord.), *Estudos de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015.

Leal e Trindade (2017): Ana Alves Leal e Cláudia Trindade, “Alterações ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (artigo 3º do projeto de decreto-lei) – o processo especial para acordo de pagamento (PEAP): o novo regime pré-insolvencial para devedores não empresários”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº 1, Almedina, Coimbra, 2017.

Martins (2017): Alexandre de Soveral Martins, “Votação e aprovação do plano de reestruturação”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017

Matos (2017): José Igreja Matos, “Poderes do juiz no processo especial de revitalização. Divergindo de edipianas inevitabilidades”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017

Oliveira (2017): Madalena Perestrelo de Oliveira “Suprimentos para revitalização societária: entre a subordinação e o privilégio mobiliário creditório geral”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº 2, Almedina, Coimbra, 2017.

Oliveira (2012): Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Entre o Código da Insolvência e os ‘Princípios Orientadores’: um dever de (re)negociação?”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, nº 3 e 4, Ordem dos Advogados, Lisboa, 2012.

Peralta (2015): Ana Maria Peralta, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE: conceito e regime”, in: Catarina Serra (coord.), *III Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015.

Pereira (2017): Maria de Lurdes Pereira, “Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que aprova o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresa – Comentário aos artigos 6º a 17º do projeto: conteúdo, forma, depósito, efeitos e incumprimento do acordo de reestruturação”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº1, Almedina, Coimbra, 2017.

Ramalho e Sousa (2017): Inês Palma Ramalho e João Serras de Sousa, “Outras sugestões de alteração – O tratamento dos créditos tributários e a concretização das finalidades da reforma”, in: António Menezes Cordeiro (dir.), *Revista de Direito das Sociedades*, ano 9, nº1, Almedina, Coimbra, 2017.

Requicha Ferreira (2011): Manuel Requicha Ferreira, “Estado de Insolvência”, in: Rui Pinto (coord.), *Direito da Insolvência. Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Ribeiro (2015): Maria de Fátima Ribeiro, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol” in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Pedro Pais de Vasconcelos e Rui Pinto (dir.), *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, vol. 14, Almedina Coimbra, 2015.

Ribeiro (2017): Maria de Fátima Ribeiro “Um confronto entre a resolução em benefício da massa insolvente e a impugnação pauliana” in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017.

Russo (2011): Fábio Castro Russo, “Due Diligence e responsabilidade”, in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Pedro Pais de Vasconcelos e Rui Pinto (dir.), *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011.

Serra (2011): Catarina Serra, “Investimentos de capital de risco na reestruturação das empresas”, in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Pedro Pais de Vasconcelos e Rui Pinto (dir.), *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011.

Serra (2015): Catarina Serra, “Mais umas “pinceladas” na legislação pré-insolvencial – Uma avaliação geral das alterações do DL nº 26/2015 de 6 de fevereiro, ao PER e ao SIREVE (e à luz do Direito da União Europeia), in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Pedro Pais de Vasconcelos e Rui Pinto (dir.), *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, Vol. 13, Almedina, Coimbra, 2015.

Vasconcelos (2012): Pedro Pais Vasconcelos, “O acionista de capital de risco – dever de gestão”, in: Catarina Serra (coord.), *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012.

Vasconcelos (2015): Pedro Pais Vasconcelos, “Resolução a favor da massa – atos omissivos”, in: Catarina Serra (coord.), *III Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015.

Artigos em publicações *online*

Brites (2018) - Ana Catarina da Silva Brites, *A Mediação na Insolvência – o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas*, consultado em 15/setembro/2018 e disponível em:

https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/3397/1/Dissertacao_MSE_Ana%20Catarina%20Silva%20Brites.pdf

Frada (2006): Manuel Carneiro da Frada, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, consultado em 30/agosto2018 e disponível em:

<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-responsabilidade-dos-administradores-na-insolvencia/>

Serra (2017) – Catarina Serra, *Direito da Insolvência em movimento. A reestruturação de empresas entre as coordenadas da legislação nacional e as perspectivas do Direito europeu*, consultado em 23/março/2018 e disponível em:

<https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5a97cd639140b739cc290ce4/1519897957641/2017-05.pdf>

Silva e Santos (2013) – Suzana Tavares da Silva e Marta Costa Santos, *Os créditos fiscais nos processos de insolvência: reflexões críticas e revisão da jurisprudência*, consultado em 14/setembro/2018 e disponível em:

https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24784/1/STS_MCS%20insolvencia.pdf

