



## Enquadrar a recuperação das PME (*rectius*: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro

Catarina Serra

### I. Introdução

#### 1. Nota prévia sobre o tema (delimitação)<sup>1</sup>

Como é sabido, a Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro<sup>2</sup>, visa, em primeira linha, a transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência<sup>3</sup> para o ordenamento jurídico português.

Salta à vista uma grande lacuna: a ausência de atenção especial às Pequenas e Médias Empresas (PME). Isto apesar de, paradoxalmente, se fazer uma referência às Micro, Pequenas e

---

<sup>1</sup> O presente texto corresponde à intervenção com o mesmo título (com excepção da rectificação) no Curso de Formação “Direito da Insolvência e PME: o que muda com a Lei n.º 9/2022 de 11 de Janeiro”, organizado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e que teve a sua primeira sessão no dia 17 de Fevereiro de 2022.

<sup>2</sup> Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/9-2022-177455547>.

<sup>3</sup> Cfr. Directiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Directiva (UE) 2017/1132 (doravante Directiva). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32019L1023>.



Médias Empresas (MPME) na primeira frase da Exposição de Motivos da Proposta de Lei<sup>4</sup>.

Pode argumentar-se que a Directiva não contém uma disciplina para PME em sentido próprio. Mas, primeiro, não deixa de ser possível retirar dela umas quantas regras especiais. Depois, nada impediria o legislador português de conceder tratamento diferenciado às PME, se essa fosse a sua vontade. Mas a verdade é que a impressão com que se fica é a oposta: analisada a lei, parece que se propende para o tratamento uniforme das (de todas as) empresas.

Para os efeitos que agora interessam – a delimitação do tema desta intervenção –, poderia sempre dizer-se, em última análise, que todas as alterações legislativas ao Processo Especial de Revitalização (PER) se repercutem nas PME – condicionam a reestruturação das PME. O PER é o instrumento maior da reestruturação de empresas; as empresas portuguesas são, na sua esmagadora maioria, PME...

Ainda assim, procurou-se um mínimo de coerência, tratando aqui as alterações susceptíveis de ter maior impacto.

Identificou-se, evidentemente, a única norma que se refere *expressis verbis* às MPME (cfr. art. 17.º-C, n.º 4<sup>5</sup>) e, tendo em conta os problemas especiais destas empresas, as medidas que afectam o

---

<sup>4</sup> Cfr. Proposta de Lei n.º 115/XIV/3.ª (Gov) (<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=121187>).

<sup>5</sup> Todos os artigos sem indicação da fonte são do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).



regime do financiamento para a reestruturação (cfr. art. 17.º-H).

## **2. Nota prévia sobre o objecto (PME, MPME ou MPE?)**

Tendo em consideração as empresas que são susceptíveis de recondução à categoria das PME, propende-se para concentrar a atenção (exclusiva ou privilegiadamente), nem sequer nas MPME mas nas Micro e Pequenas Empresas (MPE).

A razão é simples: num contexto como o actual (em que as dificuldades se multiplicam no universo empresarial<sup>6</sup>), não será, com certeza, a pensar nas médias empresas (nem, consequentemente, adoptando o modelo da empresa média) que pode começar-se a resolver os problemas existentes. O foco deve ser o das MPE pois são estas as empresas que necessitam de uma tutela especial e de uma tutela especial urgente.

Um segundo esclarecimento dirige-se a fixar do que se fala quando se fala em MPE. Não se segue escrupulosamente a noção do DL n.º 372/2007, de 6 de Novembro, que cria a certificação electrónica do estatuto de MPME, segundo a qual são MPE as empresas que empregam menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros<sup>7</sup>. Opta-se por uma noção menos quantitativa e

---

<sup>6</sup> Tenha-se em conta o agravamento das dificuldades habituais por força da “crise COVID-19”.

<sup>7</sup> Determina-se no art. 2.º do DL n.º 372/2007, de 6 de Novembro, que cria a certificação electrónica do estatuto de MPME que, “[p]ara efeitos do presente



desejavelmente mais flexível, em que possam caber todas as empresas sob a forma de sociedade (em regra, sociedade por quotas) em que os sócios ou o sócio único sejam mais do que meros investidores e estejam directamente envolvidos na gestão e as empresas exercidas por empresários em nome individual, que não têm, em regra, sequer substrato patrimonial autónomo (cfr. art. 601.º do CC).

### **3. Os problemas especiais das MPE**

Os problemas das MPE são problemas comuns às outras empresas (ou partilhados com as outras empresas) mas agravados e ainda problemas específicos.

O agravamento dos problemas comuns às outras empresas e os problemas específicos resultam das características especiais das

---

decreto-lei, a definição de PME, bem como os conceitos e critérios a utilizar para aferir o respectivo estatuto, constam do seu anexo, que dele faz parte integrante, e correspondem aos previstos na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de Maio”. E, em conformidade com esta Recomendação, dispõe-se naquele anexo que “1 - A categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros; 2 - Na categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros; 3 - Na categoria das PME, uma micro empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros”.



MPE: dimensão, forma jurídica, modelo de governação e, sobretudo, estrutura de financiamento.

De uma forma sintética, é possível dizer que a maior dificuldade das MPE é a carência de fontes de financiamento (concentração no autofinanciamento) e o constante risco, daí adveniente, de falta de liquidez e de insolvência. Tornando-se a empresa insolvente, é inevitável o processo de insolvência, que é, na maioria das vezes, encerrado por insuficiência da massa, eliminando-se, assim, uma empresa sem que sequer os credores sejam pagos.

Dito isto, não é qualquer regime que se presta à resolução dos problemas especiais das MPE. Deve ter-se noção de que regimes onerosos ou muito exigentes, com riscos ou pouco claros desestimulam as MPE (*rectius*: os empresários) da reestruturação.

Quando a empresa adopta a forma de sociedade comercial, as vantagens da responsabilidade limitada tornam mais interessante para os empresários a opção de “deixar cair” a empresa e, eventualmente, criar outra do que suportar as agruras (exigências e riscos) de um processo de reestruturação / recuperação.

Quando a empresa é um empresário em nome individual, a via da exoneração do passivo restante exerce, sem dúvida, o seu atractivo (*fresh start*), o que é susceptível, do mesmo modo, a levar os empresários a preterir a reestruturação / recuperação da empresa.



#### 4. Soluções possíveis com inspiração em modelos (já) disponíveis

Não é por acaso que está em movimento uma “onda” de propostas de abordagem aos problemas das MPE / MPME no âmbito do Direito da insolvência.

Têm as origens e as autorias mais variadas mas a verdade é que as propostas confluem, sintomaticamente, em muitos pontos.

A tendência mais marcante é a do carácter modular do regime. Por outras palavras: propugna-se, não um regime fixo, mas um regime susceptível de composição *ad hoc*, adaptado às circunstâncias não só da categoria (das MPE / MPME) mas também de cada caso.

Seria importante ler estes trabalhos e buscar neles inspiração para a criação de um regime especial. Destacam-se entre muitos o projecto de texto sobre um regime simplificado para MPE do Grupo V da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) e o processo especial para MPE do Projecto de lei de transposição espanhol<sup>8</sup>.

Mas agora *habemus legem*.

Há que comentá-la.

---

<sup>8</sup> Foram estudados enquanto se aguardava notícias da lei de transposição portuguesa e se esperava que ela contivesse algum sinal de regimes deste tipo – o que, como se verá, não se confirmou. Cfr., sobre estes e outros documentos, CATARINA SERRA, “Nova reestruturação de empresas: perspectivas e coordenadas em tema de Micro e Pequenas Empresas (para depois da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro)”, in: *VI Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2022 (em curso de publicação).



## **II. A recuperação de MPE à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro**

A pergunta que orienta esta análise: são os problemas especiais das MPE, atrás descritos, bem abordados / resolvidos pela Lei n.º 9/2022?

### **1. Regra(s) expressamente dirigida(s) às MPE**

Na disciplina renovada do PER existe, como se disse, apenas uma regra expressamente dirigida às MPME – o art. 17.º-C, n.º 4.

Esta norma enquadra-se no novo regime da formação de categorias.

#### **1.1. Enquadramento**

O regime da formação de categorias resulta do novo art. 17.º-C, n.º 3, al. *d*), e n.º 4, e convoca, principalmente, o disposto nos arts. 2.º, n.º 1, 2) e 3), e 9.º e nos considerandos 43 a 47 e 58 da Directiva.

É sabido que na génese da formação de categorias está a ideia de que o melhor plano é aquele que melhor (em maior extensão e em maior grau) concilia todos os interesses presentes e de que a reestruturação não deve fracassar apenas por vontade exclusiva de



algum / alguns credor(es)<sup>9</sup>.

Na prática, a formação de categorias facilita a aprovação do plano. Com efeito, é mais fácil, em princípio, atingir a aprovação quando os indivíduos estão agrupados em categorias do que quando não o estão, pela simples razão de que, entre outras coisas, não é preciso confrontar o tratamento de cada indivíduo com o tratamento dos restantes mas apenas com o tratamento que é dispensado aos indivíduos da mesma categoria ou das categorias com o mesmo grau<sup>10</sup>.

Além disso, a formação de categorias é pressuposto daquilo que na Directiva se designa como “*reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores*” (também conhecido como “*cross-class cram-down*”), ou seja, a imposição do plano a categorias discordantes, verificadas certas condições, através da sua homologação judicial.

---

<sup>9</sup> Cfr., neste sentido, REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden, Beck / Hart / Nomos, 2021, p. 148.

<sup>10</sup> Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, in: *Católica Law Review*, 2021, p. 35 e pp. 39-40. Explica-se aí que a divisão em categorias distancia o princípio da igualdade dos credores individualmente considerados ou *uti singuli* (dos credores-indivíduos) e remete-o para o plano das categorias. Assim sendo, é mais fácil sindicá-lo o respeito pelo princípio da igualdade. Desde logo, não há que confrontar o tratamento de cada sujeito com o tratamento de todos os sujeitos restantes mas apenas com os sujeitos restantes da sua categoria ou das categorias do mesmo grau (*deve existir igualdade intra-categorias e igualdade entre categorias do mesmo grau*). Depois, as diferenças de tratamento entre categorias são, em princípio, compreensíveis (*a desigualdade entre categorias é justificada*).





Na al. d) do n.º 3 do art. 17.º-C, que conserva a epígrafe “*Requerimento e formalidades*”, prevê-se que a empresa apresente no tribunal:

*“[p]roposta de classificação dos credores afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, de acordo com a natureza dos respetivos créditos, em credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados e querendo, de entre estes, refletir o universo de credores da empresa em função da existência de suficientes interesses comuns, designadamente, nos seguintes termos:*

*i) Trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato;*

*ii) Sócios;*

*iii) Entidades bancárias que tenham financiado a empresa;*

*iv) Fornecedores de bens e prestadores de serviços;*

*v) Credores públicos”.*

Se bem se compreende, admitem-se, então, duas classificações: uma primeira classificação, que assenta nas *classes* já conhecidas do art. 47.º (credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados), e uma segunda classificação, que implica a formação de *categorias*, designadamente das categorias referidas na lei (trabalhadores, sócios, bancos, fornecedores e credores públicos)<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Adota-se aqui o termo “classes” para os grupos que resultem da classificação do art. 47.º e o termo “categorias” para os grupos que resultem da classificação baseada no critério dos suficientes interesses comuns.



12.

## 1.2. A regra para as MPME

No n.º 4 do art. 17.º-C estabelece-se uma ressalva, respeitante às MPME<sup>13</sup>:

*“As micro, pequenas e médias empresas, na aceção do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, estão dispensadas da obrigação de apresentar o documento indicado na alínea d) do número anterior, podendo, porém, fazê-lo, se assim entenderem”.*

O novo regime suscita muitas dúvidas<sup>14</sup>, destacando-se a

---

<sup>12</sup> Estabelecendo no art. 17.º-C, n.º 3, al. d), que a “[p]roposta de classificação dos credores afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, de acordo com a natureza dos respetivos créditos, em credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados [pode], de entre estes, refletir o universo de credores da empresa em função da existência de suficientes interesses comuns” (sublinhados nossos), a lei portuguesa sugere que, primeiro, se proceda à divisão em classes e, depois, à divisão em categorias. Esta é a metodologia pretendida pela Directiva. Cfr., neste sentido, REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, cit., p. 157. Afirmam estes autores que o critério da existência de suficientes interesses comuns só adquire (só deve adquirir) relevância para o efeito da criação de categorias adicionais.

<sup>13</sup> Note-se que a norma se refere às MPME e não às MPE.

<sup>14</sup> Para uma análise desenvolvida deste regime cfr. CATARINA SERRA, “Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização – Primeiras observações críticas à Lei n.º 9/2022, de 11 de



ausência de critérios para a formação de categorias, e põe um problema especial no que toca às MPME.

Considerando os dados da Directiva (cfr art. 9.º, n.º 4, 3.º parágrafo, e considerando 45 da Directiva), já se esperava que esta classificação fosse opcional para as MPME. E assim é (cfr. novo art. 17.º-C, n.º 4, do CIRE).

Mas, em primeiro lugar, note-se que ela também é opcional para as restantes empresas. Veja-se, em confirmação, entre outras, as expressões “*querendo*” no novo art. 17.º-C, n.º 3, al. *d*), e “*se aplicável*” no novo art. 17.º-F, n.º 1, al. *d*), ambos do CIRE.

### **1.3. Consequências ao nível da aprovação e da homologação do plano**

Em segundo lugar, e mais preocupante, é que, tal como está regulada a aprovação do plano, as MPME que optem pela classificação em categorias<sup>15</sup> não têm o poder de impedir a

---

Janeiro”, in: *Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a Transposição da Directiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho*”, Ministério da Justiça / Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2022, pp. 14-31 (em curso de publicação).

<sup>15</sup> Não se perca de vista que, em conformidade com o previsto na Directiva (cfr art. 9.º, n.º 4, 3.º parágrafo, e considerando 45 da Directiva), a formação de categorias é dispensável no caso das MPME (cfr. art. 17.º-C, n.º 4). O que não é dispensado em caso algum (nem sequer no caso das MPME) é a divisão nas classes do art. 47.º. Na prática, a diferença entre as MPME e as outras empresas é que as primeiras podem limitar-se a indicar as partes afectadas repartidas nas



reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores.

No considerando 58 da Directiva, pode ler-se:

*“Os detentores de participações em PME que não sejam simples investidores, mas antes os proprietários da empresa, e contribuam para a empresa de outra forma, por exemplo, com competências de gestão, poderão não se sentir incentivados a avançar para a reestruturação nestas condições. Por este motivo, o mecanismo de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores deverá permanecer facultativo para os devedores que sejam PME”.*

O que através deste considerando se visa evitar é a imposição do plano a categorias discordantes contra a vontade das MPME<sup>16</sup>. Como, em regra, os empresários ou os sócios destas empresas não têm uma posição de meros investidores na sociedade e contribuem com outros activos para além do capital, o risco de lhes impor um plano de reestruturação pode provocar efeitos contraproducentes, designadamente incentivando-os à apresentação da empresa à insolvência. Por esta razão, deve assegurar-se que o plano só seja quando seja aprovado também por elas.

Ora, a lei portuguesa prevê que, quando haja classificação em categorias, o plano se considera aprovado em qualquer das

---

classes do art. 47.º na versão final do plano que deve ser apresentada até ao último dia do prazo das negociações [cfr. art. 17.º-F, n.º 1, al. c)] enquanto as segundas têm de apresentar uma proposta de divisão dos credores nas classes do art. 47.º logo aquando do requerimento de abertura do PER [cfr. art. 17.º-C, n.º 3, al. d)].

<sup>16</sup> Note-se que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, al. c), da Directiva, o conceito de PME abrange as microempresas.



modalidades fixadas no art. 17.º-F, n.º 5, al. *a*), o que significa que se considera aprovado mesmo quando não é aprovado por todas as categorias. Uma vez aprovado o plano, fica automaticamente preenchida a primeira condição da homologação do plano enunciada na al. *a*) do n.º 7 do art. 17.º-F (a aprovação do plano nos termos do n.º 5). Cabe ao juiz simplesmente aferir das restantes condições [enunciadas nas als. *b*) a *g*) do n.º 7 do art. 17.º-F] e, quando conclua que elas se verificam, homologar o plano.

Quer isto dizer, numa palavra, que a opção pela formação de categorias arrasta sempre consigo a possibilidade de homologação do plano / a imposição do plano às categorias discordantes – mesmo no caso de MPME.

Porventura involuntário, este aspecto do regime representa não só um verdadeiro *drawback* relativamente ao movimento internacional de promoção da tutela especial das MPME, atrás referido, como também – o que é mais grave – configura um desvio à Directiva.

## **2. Alterações (ainda) com especial impacto nas MPE**

Como se disse, tendo em conta os problemas especiais das MPE, cumpre agora analisar o regime do financiamento para a reestruturação.

Em termos gerais e sintéticos, é possível dizer que este regime persegue dois grandes objectivos: evitar que o financiamento para a reestruturação seja posto em causa por aplicação dos princípios e



regras da lei da insolvência e assegurar que o financiamento para a reestruturação granjeia de reembolso prioritário no caso de a reestruturação fracassar<sup>17</sup>.

## 2.1. O regime do financiamento para a reestruturação

### 2.1.1. Apreciação geral

No que toca ao financiamento para a reestruturação, aquilo que mais surpreende, numa primeira leitura, são as dissonâncias entre o regime desenhado para o Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) pela Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro, e o regime desenhado para o PER, tal como alterado agora pela Lei 9/2022<sup>18</sup>.

Atendendo à proximidade cronológica dos dois diplomas e ao facto de ambos já terem sido elaborados sob a égide da Directiva, não pode deixar de se estranhar a divergência de opções terminológicas e substantivas.

---

<sup>17</sup> Cfr., em termos semelhantes, comentando os arts. 17.º e 18.º da Directiva, IRENE LYNCH FANNON, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, cit., p. 224. Observa esta autora que a parte da disciplina da Directiva dirigida ao primeiro objectivo é formulada em termos vinculativos para os Estados-membros enquanto a dirigida ao segundo objectivo é formulada em termos dispositivos / facultativos.

<sup>18</sup> Para uma análise do regime original do PER (art. 17.º-H) e do regime homólogo do PEVE (arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 75/2020) cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2021 (2.ª edição), pp. 459-473 e pp. 751-760.



Evidentemente, o regime tem de ser confrontado com a disciplina que lhe corresponde na Directiva, mais precisamente os arts. 17.º e 18.º da Directiva, do qual resulta, antes de mais, que o financiamento para a reestruturação deve ser “*devidamente protegido*” (cfr. art. 17.º, n.º 1, da Directiva). Além disso, deve convocar-se a norma que define os termos-chave [cfr. art. 2.º, n.º 1, 7) e 8)] bem como os considerandos em que se explicam as motivações para o regime [cfr. considerandos 66 a 69 da Directiva].

Numa apreciação global da disciplina, há que elogiar, sobretudo, a medida de extensão do privilégio atribuído ao financiamento para a reestruturação aos sócios e a (outras) pessoas especialmente relacionadas (cfr. art. 17.º-H, n.º 4) e a medida de classificação (não obstante parcial) do crédito resultante do financiamento como crédito sobre a massa (cfr. art. 17.º-H, n.º 2).

O regime poderia ter resultado, todavia, mais correcto, mais completo e, sobretudo, mais “generoso”.

No plano da (in)correção, um aspecto que se destaca é que, passando norma a referir-se, a certa altura, ao novo financiamento e ao financiamento intercalar (cfr. art. 17.º-H, n.ºs 6 e 7), não só não adopta esta nomenclatura *ab initio* como não disponibiliza definições.

Inevitavelmente, terá de se recorrer à definição avançada na Directiva, segundo a qual novo financiamento é “*qualquer nova assistência financeira disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor para executar um plano de reestruturação e que esteja prevista nesse plano de reestruturação*” e financiamento intercalar é “*qualquer nova assistência financeira, disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor, que abranja, no*



*mínimo, a assistência financeira prestada durante a suspensão das medidas de execução, e que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização” [cfr. art. 2.º, n.º 1, 7) e 8)].*

Adaptando e simplificando, novo financiamento será o financiamento disponibilizado à empresa “*em execução do plano de recuperação*” e financiamento intercalar o financiamento disponibilizado à empresa “*no decurso do PER*”<sup>19</sup> a que se refere o n.º 2 do art. 17.º-H.

Mas mais importante do que isto é a substância do regime.

### **2.1.2. A manutenção das garantias dos créditos (art. 17.º-H, n.º 1)**

No n.º 1 do art. 17.º-H nada se alterou, continuando a dispor:

*“As garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquela os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a sua insolvência”.*

Relendo o texto, há, contudo, a necessidade de alguma reconformação.

---

<sup>19</sup> Ou, mais precisamente, durante a suspensão das medidas executivas que se produz no PER.





Antes, era legítimo concluir-se estarem incluídas apenas as “*garantias convencionadas (...) durante o processo*” e excluídas, portanto, as garantias convencionadas na fase (posterior) da execução do plano de recuperação<sup>20</sup>.

Hoje, considerando as alterações efectuadas nos restantes números, tendentes ao acolhimento de uma nova nomenclatura (novo financiamento e financiamento intercalar) e, sobretudo, da tutela tendencialmente unitária do financiamento (e das garantias), não deve sobrevalorizar-se ou atribuir-se importância decisiva à letra da lei. Deve considerar-se que estão abrangidas não só as garantias convencionadas durante o processo mas também as que sejam convencionadas durante a execução do plano com a mesma finalidade, ou seja, com a intenção de garantir o novo financiamento<sup>21</sup>.

Note-se que as garantias são objecto de protecção adicional através de art. 120.º, n.º 6: na medida em que se destinem a prover o devedor com meios de financiamento suficientes para a sua viabilização, são insusceptíveis de resolução em benefício da

---

<sup>20</sup> O que distancia esta norma da norma que lhe corresponde no PEVE – o art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020, onde se fala em “*garantias convencionadas (...) no âmbito do processo*”.

<sup>21</sup> O mesmo era já defendido antes da alteração legislativa e apesar da convergência, neste ponto, dos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º-H (referindo-se, respectivamente, às garantias convencionadas “*durante o processo*” e aos créditos concedidos “*no decurso do processo*”). Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 462.



massa<sup>22</sup>.

### **2.1.3. Classificação como créditos sobre a massa (art. 17.º-H, n.º 2) e como créditos privilegiados (art. 17.º-H, n.º 3)**

O n.º 2 do art. 17.º-H tem o seguinte teor:

*“Os credores que, no decurso do processo ou em execução do plano de recuperação, financiem a atividade da empresa, disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização, gozam de um crédito sobre a massa insolvente, até um valor correspondente a 25 % do passivo não subordinado da empresa à data da declaração de insolvência, caso venha a ser declarada a insolvência da empresa no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação”.*

Esta norma versa, já não as garantias, mas os créditos decorrentes do financiamento e é muito claro quanto à inclusão do financiamento disponibilizado *“no decurso do processo”* (financiamento intercalar) como do financiamento disponibilizado *“em execução do plano de recuperação”* (novo financiamento)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre a intersecção entre a norma do art. 17.º-H, n.º 1, e a norma do art. 120.º, n.º 6, e o resultado da sua leitura conjunta cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 460-462.

<sup>23</sup> Desviou-se aqui, novamente, o legislador da expressão usada na norma correspondente do PEVE – art. 11.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020. Optou-se aí pela



De acordo com esta norma, este financiamento traduz-se num crédito sobre a massa insolvente até um valor correspondente a 25% do passivo não subordinado da empresa à data da declaração da insolvência.

A decisão legislativa de classificar o financiamento como crédito sobre a massa responde a uma necessidade identificada há muito tempo<sup>24</sup> e, em tese, é susceptível de funcionar como um incentivo ao financiamento para a reestruturação. Mas a concretização talvez não tenha sido a mais feliz.

Desde logo, a limitação ao máximo de 25% do passivo não subordinado pode não ser incentivo suficiente em termos quantitativos. E há um problema prévio – o da indefinição deste limite. Independentemente do sentido que possa fazer a indexação, perguntarão os potenciais financiadores: o que é o passivo não subordinado à data da declaração de insolvência?

Sendo a lista de créditos do PER o elemento mais imediatamente disponível à data do financiamento, é de imaginar que o financiador tome esta lista por referência para o fim de calcular a percentagem de 25% do passivo não subordinado. O certo é que a referência pode ser desadequada, sendo muito provável que entre a data da elaboração da lista e a data da declaração de insolvência haja uma alteração considerável do passivo da empresa.

Olhe-se agora para a duração da garantia.

Desde logo, nota-se uma diferença (injustificada) do alcance

---

expressão “*no âmbito do processo*”, que tem o mesmo alcance sem diferenciar os momentos.

<sup>24</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 469-471.



temporal em relação a outras medidas de protecção: dois anos *a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação* contra dois anos *a contar do encerramento do processo de insolvência* no caso da medida prevista no n.º 1 do art. 17.º-H e ainda contra dois anos *a contar do termo do período de suspensão* no caso da medida prevista no n.º 12 do art. 17.º-E.

A delimitação visará, por certo, a tendencial coincidência com o prazo regressivo (*lookback period*) geral da resolução em benefício da massa – dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência (cfr. art. 120.º, n.º 1). Mas a verdade é que esta coincidência dificilmente se verificará e, enquanto isso, a divergência do *dies a quo* das diversas protecções é desorientadora.

Veja-se, depois, que a concreta delimitação temporal pode desencadear efeitos perversos. Trata-se de um prazo relativamente curto, que pode incutir nos credores o desejo de pedir a declaração de insolvência sempre que a execução do plano de recuperação se depare com alguma dificuldade, para não perderem a protecção dos seus créditos.

A regra do art. 17.º-H, n.º 2 é complementada pela regra do n.º 3, com o seguinte teor:

*“Os créditos disponibilizados a empresas nas condições do número anterior, acima do valor nele referido, gozam de um privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores”.*

Fixa-se, assim, o destino do crédito remanescente (na parte em que excede o valor correspondente a 25% do valor do passivo



subordinado e, nessa medida, não possa ser classificado como crédito da massa): goza ele (apenas) do privilégio creditório mobiliário geral. As fragilidades desta garantia são conhecidas de todos.

#### **2.1.4. Extensão das (*rectius*: de certas) garantias aos financiamentos dos sócios e de (outras) pessoas especialmente relacionadas (art. 17.º-H, n.º 4)**

O n.º 4 do art. 17.º-H tem o seguinte teor:

*“Gozam do privilégio referido no número anterior os créditos decorrentes de financiamento disponibilizado à empresa por credores, sócios, acionistas e quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa em execução do plano de recuperação”.*

Desde logo há a apontar algumas incorrecções.

Primeiro, a referência aos credores representa, em parte, uma duplicação – não há necessidade de estender ao financiamento dos credores (*rectius*: ao novo financiamento dos credores) o privilégio que já lhes é atribuído pelo número anterior.

Segundo, não há que desdobrar os destinatários em sócios e accionistas, dado que os accionistas são (também) um tipo de sócios (de sociedades anónimas).

Terceiro, não há que falar, por referência aos sócios / accionistas em “outras” pessoas especialmente relacionadas, pois os sócios só em determinadas circunstâncias se qualificam como pessoas



especialmente relacionadas [cfr. art. 49.º, n.º 2, al. a)].

À parte isto, é possível dizer que a extensão do privilégio creditório ao financiamento dos sócios e de (outras) pessoas especialmente relacionadas é bem-vinda, permitindo que se produza o efeito (directo) persuasivo do autofinanciamento e o efeito (indirecto) atractivo do (subsequente) heterofinanciamento.

A medida é, porém, mais limitada do que aparenta, não dispensando uma protecção completa ao financiamento disponibilizado pelos sócios e por (outras) pessoas especialmente relacionadas ou, pelo menos, que seja equiparável àquela que é dispensada aos terceiros.

Por um lado, remetendo a norma exclusivamente para o privilégio do art. 17.º-H, n.º 3, consiste na extensão apenas *do privilégio creditório*, deixando, portanto, de fora não só a “garantia de manutenção das garantias” prevista no n.º 1 como também a classificação parcial como crédito da massa prevista no n.º 2<sup>25</sup>.

Por outro lado, numa interpretação literal, consiste na extensão do privilégio creditório apenas ao financiamento disponibilizado “*em execução do plano de recuperação*”, portanto, ao novo financiamento dos sócios e das (outras) pessoas especialmente relacionadas. Não se vislumbrando razões para um tratamento díspar do financiamento intercalar, deve entender-se, contudo, que o financiamento intercalar dos sócios e das (outras) pessoas

---

<sup>25</sup> Apesar de tudo, concluir-se-á que o financiamento disponibilizado pelos sócios e por (outras) pessoas especialmente relacionadas é abrangido pelas medidas consignadas no n.ºs 5, 6 e 7 do art. 17.º-H.



especialmente relacionadas está igualmente abrangido<sup>26</sup>.

### **2.1.5. Insusceptibilidade de impugnação dos actos e exclusão da responsabilidade dos sujeitos (art. 17.º-H, n.ºs 5, 6 e 7)**

Os n.ºs 5, 6 e 7 do art. 17.º-H carecem de uma leitura conjunta sob pena de perderem o seu sentido e significado intencional<sup>27</sup>.

O n.º 5 do art. 17.º-H tem seguinte teor:

*“Os atos de financiamento referidos nos números anteriores não podem ser objeto de impugnação pauliana”.*

Assente a insusceptibilidade de resolução em benefício da massa, que decorre do disposto no art. 120.º, n.º 6, fica agora clara a insusceptibilidade de impugnação pauliana, que era uma questão discutida na doutrina e na jurisprudência<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Como se viu, a norma é uma duplicação no que se refere ao novo financiamento dos credores, repetindo o disposto no n.º 3 do art. 17.º-H (que, por força da última norma, já gozava do privilégio creditório) e não faz qualquer referência ao financiamento intercalar disponibilizado pelos sócios e (outras) pessoas especialmente relacionadas. Se foi este o modo de o legislador deixar claro que nenhum financiamento dos sócios ou de (outras) pessoas especialmente relacionadas se classifica como um crédito sobre a massa insolvente, não era necessário.

<sup>27</sup> Correspondem eles, *grosso modo*, à disciplina disposta nos n.ºs 1 e 2 do art. 12.º da Lei n.º 75/2020 para o PEVE.

<sup>28</sup> Alguma doutrina já se inclinava para este entendimento. Cfr. ANA MARIA PERALTA, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE; conceito e regime”, in: CATARINA SERRA (coord.), *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp.



Com a introdução do número seguinte fica, no entanto, a sensação de que o esclarecimento era dispensável.

O n.º 6 do art. 17.º-H tem seguinte teor:

*“O novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução”<sup>29</sup>.*

Nota-se, em primeiro lugar, alguma falta de rigor terminológico.

Em contraste com o n.º 5, dispõe que são os financiamentos que *“não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução”* (cfr. art. 17.º-H, n.º 6). Não são, de facto, os financiamentos que *“não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução”* mas sim os actos jurídicos de constituição dos créditos que lhes correspondem.

A referência a um conceito pouco familiar na linguagem jurídica portuguesa como é o de *“insusceptibilidade de execução”*<sup>30</sup> tem uma causa evidente: o texto da norma corresponde, *ipsis verbis*, ao

---

296-298, e CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 460. Cfr., porém, em sentido contrário, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, Lisboa, Quid Juris, 2015 (3.ª edição), pp. 180-181, e NUNO SALAZAR CASANOVA / DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial de Revitalização – Comentário aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 176-177.

<sup>29</sup> A garantia tem maior alcance do que a do PEVE: o art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 apenas contempla a insusceptibilidade de resolução em benefício da massa.

<sup>30</sup> Melhor lhe corresponderia, na linguagem jurídica clássica, o termo *“ineficácia”*.





texto do art. 17.º, n.º 1, al. a), da Directiva. Mas o legislador poderia e deveria ter sido mais claro. Repare-se como mesmo na Directiva a declaração de nulidade, a anulabilidade e a insusceptibilidade de execução acabam reconduzidas, a certa altura, às acções de impugnação pauliana (cfr. considerando 66, 67, 68 e 69 da Directiva).

Por último, o n.º 7 do art. 17.º-H dispõe:

*“Os concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores salvo nos casos expressamente previstos na lei”.*

Verifica-se, de novo, uma correspondência entre o texto desta norma e o da norma correspondente da Directiva – desta vez, o art. 17.º, n.º 1, al. b), da Directiva<sup>31</sup>.

Sucede, porém, que o disposto nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 17.º da Directiva constitui uma disciplina unitária, que o legislador português quebrou ao desmembrar em três números e cabe agora

---

<sup>31</sup> Uma possível fonte da limitação à responsabilidade conasgrada nesta norma é a lei francesa, mais precisamente, o art. L650-1 do CComm, onde se dispõe: “[]orsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge”.



reconstituir.

Em suma, fazendo uma leitura conforme à Directiva, a ressalva feita, *in fine*, no n.º 7 do art. 17.º-H deve considerar-se extensível ao disposto nos n.º 5 e 6, condicionando ou limitando a garantia de insusceptibilidade de impugnação (por qualquer meio) dos actos de financiamento com fundamento na prejudicialidade para o conjunto dos credores<sup>32</sup>.

Muito importante ainda é compreender bem esta ressalva, que, tal como está formulada, pode inculcar uma ideia incorrecta.

Não se trata exactamente de salvaguardar “os casos expressamente previstos na lei”. Repare-se que no art. 17.º, n.º 1, al. b), da Directiva se pretende referir uma coisa diferente ao exceptuar “outros fundamentos previstos no direito nacional”<sup>33</sup>.

Bem interpretada esta parte do preceito, verifica-se que o que se trata é de evitar que um acto possa ser considerado ineficaz ou inválido ou que um sujeito possa ser constituído em responsabilidade *sem mais* ou *pelo mero facto* de o acto ou a conduta em questão causarem prejuízo aos credores.

---

<sup>32</sup> Efeito próximo (mais delimitado no seu alcance) é visado no PEVE através da salvaguarda contida no art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020. Cfr., sobre este ponto, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 756-757.

<sup>33</sup> Explica-se no considerando 67 da Directiva que o regime de protecção ao financiamento para a reestruturação não deverá prejudicar os fundamentos gerais da impugnação dos actos, como a fraude, a má fé, um tipo de relação entre as partes que possa ser associado a um conflito de interesses, como no caso de transacções entre partes relacionadas (por exemplo, entre os sócios e a sociedade) ou de transacções em que uma parte recebeu o valor ou a garantia sem ter direito a eles aquando da transacção ou no modo como foi realizada.



Permanecem, assim, “operacionais”, por um lado, os fundamentos habituais da responsabilidade dos sujeitos no Direito português, o que significa que há – continua a haver – responsabilidade civil por prejuízo causado aos credores quando o sujeito adopte uma conduta qualificada (i.e., tenha agido com dolo ou culpa grave)<sup>34</sup>. Permanecem “operacionais”, por outro lado, as causas gerais de ineficácia e invalidade dos negócios (ineficácia em sentido amplo<sup>35</sup>), o que significa que o acto prejudicial é – continua a ser – ineficaz ou inválido quando se verifique, designadamente, má fé (entendida em certo sentido), fraude à lei, abuso do direito,

---

<sup>34</sup> Incluir-se-ão aqui casos que, contrariando a expressão legal, não estão expressamente previstos na lei, como, por exemplo, o de responsabilidade civil por abuso do direito. Quanto às situações expressamente previstas na lei, destaca-se a responsabilidade civil decorrente da insolvência culposa, que, como é sabido, depende sempre de dolo ou culpa grave (cfr. art. 186.º, n.º 1). É favorável também a esta conclusão o comentário ao art. 17.º da Directiva de IRENE LYNCH FANNON (in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, cit., p. 227). Coordenando a norma com os sistemas inglês e irlandês, a autora considera que a ressalva respeitante ao outros fundamentos da responsabilidade tem em vista o *fraudulent trading*, o *wrongful trading* ou *reckless trading*.

<sup>35</sup> Parafraseado CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO [*Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO), p. 615], “[a] ineficácia em sentido amplo tem lugar sempre que um negócio não produz, por impedimento decorrente do ordenamento jurídico, no todo ou em parte, os efeitos que tenderia a produzir (...). A invalidade é uma espécie do género ineficácia: enquanto a ineficácia lato sensu compreende todas as hipóteses em que, por causa intrínsecas ou extrínsecas, o negócio não deve produzir os efeitos a que tendia, a invalidade é apenas a ineficácia que provém de uma falta ou irregularidade dos elementos internos (essenciais, formativos) do negócio” (sublinhados do autor).



contrariedade aos bons costumes, usura, conflito de interesses.

Em conclusão, no caso do Direito Português, a menção “*salvo nos casos expressamente previstos na lei*” era dispensável. De facto, relativamente à responsabilidade civil e à generalidade das causas (impostergáveis) de ineficácia e invalidade dos actos, tudo se passa, no essencial, como seria de esperar.

Mas, embora mal formulada, a ressalva não é completamente inútil – não é inútil no que toca à má fé.

Note-se que a premissa de que a má fé subsiste como causa de ineficácia e invalidade dos actos obriga a que o regime protector dos arts. 17.º-H e 120.º, n.º 6, seja devidamente interpretado, devendo retirar-se certas consequências para a delimitação do alcance da insusceptibilidade de resolução em benefício da massa e da impugnação pauliana – mas não sem algum cuidado.

De facto, como se advertiu noutra altura, não é justo que fiquem irrestritamente “a coberto” da protecção conferida pelo art. 17.º-H todos e quaisquer actos, nomeadamente quando seja manifesto o desrespeito pelos princípios e regras (mais) elementares de Direito<sup>36</sup>.

Ora, por força da ressalva, pode entender-se que estão, justamente, excluídos da resolução em benefício da massa e da impugnação pauliana os actos que sejam praticados com má fé comprovada. Para estes efeitos, porém, a má fé deve ser entendida, não como o (mero) *conhecimento* ou a (mera) *consciência* de que o

---

<sup>36</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit. p. 469 e ainda, a propósito da protecção ao financiamento para a reestruturação do PEVE, p. 765 e 757 (e nota 1485).



acto causa prejuízo aos credores (o que inutilizaria grande parte do alcance da resolução em benefício da massa e da impugnação pauliana<sup>37</sup>) mas como a *intenção* de causar prejuízo aos credores.

Quer isto dizer, em síntese, que permanecem susceptíveis de resolução em benefício da massa e de impugnação pauliana os actos que se apure terem sido praticados com o intuito de prejudicar os credores, isto é, dolosamente ou em “fraude preordenada” [cfr., por exemplo, art. 610.º, al. a), 2.ª parte, do CC]<sup>38</sup>.

Resta esclarecer que, não obstante isso só resulte claro do n.º 5 (que se refere a “*actos de financiamento referidos nos números anteriores*”), todo o regime dos n.ºs 5 a 7 do art. 17.º-H deve ser considerado aplicável ao financiamento disponibilizado pelos sócios ou por (outras) pessoas relacionadas.

---

<sup>37</sup> Com efeito, a má fé enquanto requisito da resolução em benefício da massa é apenas “o conhecimento, à data do acto, de [] [determinadas] circunstâncias”, entre as quais avulta, directa ou indirectamente, a do “*carácter prejudicial do acto*” (cfr. art. 120.º, n.º 5) e enquanto requisito da impugnação pauliana de actos onerosos “a *consciência do prejuízo que o acto causa ao credor*” (cfr. art. 612.º, n.º 2, do CC).

<sup>38</sup> No art. 610.º, al. a), 2.ª parte, do CC admite-se, para o efeito da impugnação pauliana de quaisquer actos, a “*substituição*” do requisito da anterioridade do crédito ao acto pela preordenação dolosa do acto ao fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor (fraude preordenada).



### 2.1.6. A (incompleta) protecção das prestações não financeiras

Apreciado o que está, é preciso identificar o que falta.

Tal como se apresenta o art. 17.º-H, referindo-se a “proporcionar meios financeiros” (n.º 1) e “disponibilizar capital” (n.º 2) parece só aplicar-se às prestações de conteúdo financeiro.

Ora, na Directiva, a assistência financeira é entendida em sentido lato, de modo a abranger tanto a disponibilização de fundos ou garantias de terceiros como o fornecimento de existências, mercadorias, matérias-primas e serviços essenciais (cfr. considerando 66 da Directiva). Prevê-se, então, para (certas) prestações – as transacções que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a negociação do plano e as transacções que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a execução do plano – uma protecção com a mesma extensão da que é concedida às prestações financeiras. Destacam-se o pagamento dos salários dos trabalhadores por trabalho já executado e o pagamento da remuneração do profissional da reestruturação.

Com as alterações legislativas, em particular com a substituição da noção de “*serviços públicos essenciais*” pela noção mais ampla de “*bens e serviços essenciais à actividade da empresa*” prestados no quadro de “*contratos executórios essenciais*”, já se assegura a certas prestações não financeiras – mas só as que sejam realizadas durante o período de suspensão – alguma protecção – mas só a que deriva da classificação como dívida da massa (cfr. art. 17.º-E, n.º



12)<sup>39</sup>.

Não se transpôs, portanto, na íntegra o disposto no art. 18.º da Directiva, aplicável a “*outras transações relacionadas com a reestruturação*”.

Na parte restante do regime que fica por estender (cfr. art. 17.º-H, n.ºs 1, 5, 6, e 7), continuará a sustentar-se que a protecção das prestações não financeiras indispensáveis à continuidade da empresa é oportuna ou mesmo exigível, por razões de equidade, eficiência e coerência. A empresa não deve ser obrigada a obter financiamento por parte de terceiros para assegurar, por exemplo, que os seus trabalhadores se mantêm em funções ou que os seus fornecedores habituais lhe fornecem a matéria-prima. E é possível, por via da extensão teleológica do artigo 17.º-H<sup>40</sup>.

### **2.1.7. O (omisso) procedimento a adoptar para beneficiar da protecção**

Outra falta importante respeita à definição do procedimento a adoptar para que o financiamento para a reestruturação beneficie

---

<sup>39</sup> Note-se, porém, que, ao contrário do que acontece quanto às prestações financeiras, a classificação como dívida da massa abrange o montante total da dívida.

<sup>40</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 464-469. Cfr. ainda, no sentido da extensão embora circunscrita ao disposto no art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE (i.e., entendendo que a extensão não deve ser feita no que respeita ao disposto no art. 17.º-H, n.º 2, do CIRE), ANA MARIA PERALTA, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE; conceito e regime”, cit., pp. 299-300, e pp. 305-306.



da protecção consagrada no art. 17.º-H.

O legislador poderia, de facto, ter aproveitado para adoptar o procedimento proposto na Directiva<sup>41</sup>, estabelecendo que o novo financiamento e as garantias associadas devem estar expressamente previstos no plano de recuperação<sup>42 43</sup>.

Isto não pressupõe que o contrato em causa se tenha celebrado, bastando a indicação dos elementos essenciais do contrato a celebrar (a identificação das partes, o montante global do crédito e as eventuais garantias associadas<sup>44</sup>)<sup>45</sup>.

Quanto ao financiamento intercalar as coisas não podem ser resolvidas da mesma maneira, pois, ao contrário do novo financiamento; que só é efectivamente disponibilizado depois de o plano de recuperação ser homologado, ele é disponibilizado em fase anterior, quando os credores ainda não sabem – não têm

---

<sup>41</sup> Prevê-se aí que do conteúdo do plano faça parte a indicação, entre as condições do plano, de qualquer novo financiamento que esteja previsto e as razões pelas quais esse novo financiamento é necessário para executar o plano [cfr. art. 8.º, n.º 1, al. *g*), *vi*), da Directiva].

<sup>42</sup> Como acontece no art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020, para os efeitos do PEVE.

<sup>43</sup> Alguma doutrina vinha alertando para a necessidade / conveniência desta previsão. Cfr. ANA MARIA PERALTA, “Os 'novos créditos' no PER e no SIREVE; conceito e regime”, cit., p. 289, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar”, in: CATARINA SERRA (coord.), *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 276, e CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 463-464.

<sup>44</sup> O modelo inspirador seria o art. 210.º, n.º 3, do CSC, em que se regula a exigência (análoga) da fixação, no contrato de sociedade, de certos elementos das prestações suplementares.

<sup>45</sup> Cfr., neste sentido, ANA MARIA PERALTA, “Os 'novos créditos' no PER e no SIREVE; conceito e regime”, cit., pp. 289-290.





possibilidade de saber – se o plano virá ou não a ser homologado; na hipótese de não haver homologação, é inútil a previsão expressa no acordo.

Buscando inspiração na Directiva<sup>46</sup>, a solução é o controlo *ex ante* dos termos em que estas operações são realizadas, o que pode ser feito pelo administrador judicial provisório<sup>47</sup>.

É possível encontrar algum apoio para esta medida e, de certa forma, alguma operacionalização desta medida no art. 17.º-E, n.ºs 5 a 8, que determina que a prática de actos de especial relevo fica sujeita a autorização prévia do administrador judicial provisório.

A verdade é que esta disciplina não é suficiente: desde logo, porque algumas das operações escaparão, com certeza, ao alcance dos actos de especial relevo tal como definidos no art. 161.º<sup>48</sup>;

---

<sup>46</sup> Prevê-se na Directiva a possibilidade de o financiamento intercalar ser sujeito a um controlo *ex ante* (cfr. art. 17.º, n.º 2, da Directiva), esclarecendo-se que este controlo pode ser realizado por um profissional no domínio da reestruturação, por uma comissão de credores ou por uma autoridade administrativa ou judicial (cfr. considerando 68 da Directiva). Mais precisamente, parafraseando-se o considerando 68, “[o]s Estados-Membros deverão poder limitar a protecção do novo financiamento aos casos em que o plano seja confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa, e do financiamento intercalar aos casos em que seja submetido a controlo *ex ante*. O mecanismo de controlo *ex ante* para o financiamento intercalar ou outras transações poderá ser utilizado por um profissional no domínio da reestruturação, por uma comissão de credores ou por uma autoridade judicial ou administrativa”.

<sup>47</sup> Defende uma solução deste tipo MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA (“Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar”, cit., p. 277).

<sup>48</sup> Como se explicou antes (cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 370), dispõe-se no n.º 2 do art. 161.º que, para qualificar um acto como de especial relevo, deve atender-se aos riscos envolvidos e às repercussões sobre a



depois, porque, para ficarem protegidas, será conveniente que o administrador judicial provisório justifique que elas são razoáveis e imediatamente necessárias para a continuação da actividade da empresa<sup>49</sup>, o que não é exigido para os actos de especial relevo.

Escusado será dizer que a exigência de controlo *ex ante* e os requisitos de que as operações sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a continuação da actividade da empresa corresponde à tentativa de prevenir os abusos<sup>50</sup>.

---

tramitação ulterior do processo, às perspectivas de satisfação dos credores da insolvência e à susceptibilidade de recuperação da empresa. Estão em causa, essencialmente, e de acordo com o n.º 3 do preceito, os actos de disposição respeitantes à empresa, como a venda da empresa ou de partes da empresa, a venda de bens necessários à continuação da actividade da empresa, a aquisição de imóveis ou a celebração de contratos de execução duradoura. Nem sempre será fácil saber se um acto é ou não de especial relevo. No que respeita, por exemplo, ao levantamento de quantias depositadas na conta bancária da empresa, pode questionar-se se aquilo a que deve atender-se é ao respectivo valor e, no caso afirmativo, quais são os limites. Aqui como noutros casos menos claros, o que deve nortear o administrador é o fim último da operação. O mesmo se aplicará aos financiamentos.

<sup>49</sup> Veja-se que, na definição de financiamento intercalar, a Directiva sobre reestruturação e insolvência se refere à assistência financeira “*que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização*” [cfr. art. 2.º, n.º 1, 8), da Directiva (sublinhados nossos)].

<sup>50</sup> Cfr., neste sentido, comentando os arts. 17.º e 18.º da Directiva, IRENE LYNCH FANNON, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, cit., p. 222.



## 2.2. Exoneração do passivo restante

Por fim, deixa-se uma breve palavra sobre o regime da exoneração do passivo restante.

Recorde-se que este regime é de extraordinária relevância para os empresários em nome individual, permitindo-lhes, se tudo correr bem, reorganizar-se e regressar à actividade económica.

O regime depois das alterações ainda preserva alguns obstáculos à plena concretização da finalidade da exoneração (concessão de uma segunda oportunidade ao empresário). Destaca-se o maior e mais resistente: a protecção concedida aos créditos públicos (créditos tributários e da Segurança Social) no âmbito da exoneração, que, apesar das alterações legislativas, continua a ter efeitos perversos sem que se encontre justificação para uma protecção tão incondicional.

Há sinais, ainda que muito tímidos, de alguma atenuação da protecção geral dos créditos públicos. Veja-se a redução excepcional de juros de mora das dívidas tributárias, prevista no art. 9.º da Lei n.º 9/2022<sup>51</sup>. E, há algum tempo, ouviu-se falar num balcão único, que alegadamente permitiria à Autoridade Tributária e à Segurança Social, nos processos de reestruturação de empresas, “*concertarem a posição do Estado para a viabilização de acordos*”. Não é imediatamente perceptível que tipo de estrutura será nem como desempenhará a função apontada mas pode ser que, de facto, ajude a garantir a coesão dos credores públicos quando funcionem em categoria (o que não será, todavia, frequente no caso

---

<sup>51</sup> Há alguma proximidade com o art. 13.º da Lei n.º 75/2021, no contexto do PEVE.



das MPE). O problema é que nunca mais se ouvir falar do assunto e, segundo se anunciou na altura, o balcão único seria uma “*medida transitória que vigorar[ia] até ao final de 2022*”.

Resta esperar que todas estas propostas sejam apuradas e se concretizem e se estendam à exoneração do passivo.

Enquanto se aguarda, advirta-se que a própria Directiva incute alguma moderação no tratamento privilegiado destes créditos.

Dispõe-se no art. 23.º, n.º 4, da Directiva o seguinte:

*“Os Estados-Membros podem excluir determinadas categorias de dívida do perdão da dívida, ou restringir o acesso ao perdão da dívida ou fixar um prazo para o perdão mais prolongado, caso essas exclusões, restrições ou prolongamentos de prazos sejam devidamente justificados, nomeadamente no caso:*

*a) Das dívidas garantidas;*

*b) Das dívidas decorrentes de sanções penais ou com elas relacionadas;*

*c) Das dívidas decorrentes de responsabilidade delitual;*

*d) Das dívidas respeitantes a obrigações de alimentos decorrentes de uma relação familiar, parentesco, casamento ou afinidade;*

*e) Das dívidas contraídas após a apresentação do pedido de abertura de um processo conducente a um perdão da dívida ou após a abertura de tal processo;*  
*e*



*f) Das dívidas decorrentes da obrigação de pagar as custas do processo conducente a um perdão da dívida”.*

Como se vê, deste elenco não constam os créditos públicos.

Embora possa argumentar-se que o elenco é meramente exemplificativo / não é exaustivo<sup>52</sup> – o que significa que pode haver outras exclusões aos efeitos da exoneração desde que devidamente justificadas –, a verdade é que ele é bastante extenso. Pode, pelo menos, concluir-se que, na perspectiva da Directiva, a opção pela exclusão dos créditos públicos, como a consignada no art. 245.º, n.º 2, al. d), do CIRE, não será das mais justificadas ou das que têm uma justificação óbvia.

Em Espanha, a mesma circunstância deu origem, já há um par de anos, ao movimento de interpretação conforme à Directiva do disposto no art. 178 *bis* da LC, de que é exemplo, por excelência, a decisão do Supremo Tribunal espanhol de 2 de Julho de 2019. Em rigor, esta norma não deixava de admitir a exoneração do crédito público (sempre que fosse atingido um limiar mínimo de satisfação dos créditos), mas havia uma grande discussão, nomeadamente quanto ao seu alcance.

Adensando a controvérsia, o *Texto Refundido de la LC* (aprovado pelo *Real Decreto Legislativo 1/2020*, de 5 de Maio) trouxe a (nova) norma do art. 491, que determina que os créditos públicos estão excluídos da exoneração. Reagiu alguma jurisprudência invocando

---

<sup>52</sup> Cfr., neste sentido, ULRICH RAMMESKOW BANG-PEDERSEN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMAN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, cit., 2021, p. 266.



a doutrina *ultra vires*: a autorização legislativa visava apenas a refundição de normas e, portanto, não atribuía ao legislador poderes para alterar o teor das normas.

A verdade é que o Projecto de lei de reforma da *Ley Concursal* mantém a solução: o art. 489, 1, 5.º da LC ressalva da exoneração as dívidas respeitantes a créditos de direito público. Se esta solução for confirmada, a solução já aventada pelos críticos é o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia, com fundamento na aplicabilidade directa da Directiva.

Nisto como em tudo, tentar-se-á sempre arranjar forma de superar os obstáculos.

Mas o ideal é mesmo que o legislador consagre expressamente as medidas justas e adequadas.

Catarina Serra