

A harmonização do direito da reestruturação e da insolvência a partir do exemplo português: “Percalços” da transposição da directiva 2019/1023 pela lei n.º 9/2022

DOI https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte01_1

CATARINA SERRA*

Resumo: A lei de transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência para o Direito português apresenta diversas deficiências. Estas poderiam ter sido evitadas se tivesse sido dado tempo para preparar e debater a transposição. Analisam-se três exemplos: a formação de categorias, a “paralisação” da obrigação de apresentação à insolvência e o impacto dos processos de insolvência e de pré-insolvência nas cláusulas *ipso facto*.

Palavras-chave: Directiva sobre reestruturação e insolvência, lei de transposição, formação de categorias, obrigação de apresentação à insolvência, suspensão das medidas executivas, cláusulas *ipso facto*

Abstract: The law transposing the Directive on restructuring and insolvency into Portuguese law has several shortcomings. These could have been avoided if it had been given time to prepare and discuss the transposition. Three examples are analyzed: the formation of classes, the suspension of the duty to file for insolvency and the impact of insolvency and pre-insolvency proceedings on *ipso facto* clauses.

Keywords: Directive on restructuring and insolvency, transposition, formation of classes, duty to file for insolvency, stay of individual enforcement actions, *ipso facto* clauses

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça desde 2018. Professora da Universidade do Minho com contrato na situação prevista no artigo 73.º do ECDU.

Sumário: 1. Sobre o processo de transposição. 2. Sobre a Lei n.º 9/2022 (o seu alcance). 3. Formação de categorias no PER. 4. Obrigação de apresentação à insolvência (e o período da suspensão das acções executivas). 5. Cláusulas *ipso facto* 6. Considerações finais na óptica *from future backwards*

1. Sobre o processo de transposição

Como é do conhecimento geral, a transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência (doravante apenas Directiva)¹ para o Direito português foi efectuada pela Lei n.º 9/2022, de 9 de Janeiro, em vigor desde 9 de Abril.

É sabido que a transposição da Directiva para o Direito português foi feita em pouco tempo, o que quer dizer sem (possibilidade de) grande reflexão prévia.

Pode invocar-se a razão COVID-19, mas isso atenua a culpa e não justifica o “crime”. As grandes linhas da Directiva são conhecidas pelo menos desde a Recomendação da Comissão de 12 de Março de 2014².

Algumas das medidas da Directiva têm um grau de novidade e um grau de complexidade acentuados e, por vezes mesmo, algum sincretismo, que é agravado por uma má tradução da versão portuguesa.

Acresce que a própria Directiva não disponibiliza um modelo de reestruturação preventiva, limitando-se a prever medidas avulsas com que os Estados-membros devem ou podem compor o regime nacional.

¹ Trata-se, mais precisamente, da 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 (Directiva sobre reestruturação e insolvência). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32019L1023>> [1.08.2022]. Sobre a Directiva, em traços largos, cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 554 e s., esp. 560 e s.

² Trata-se, evidentemente, da Recomendação da Comissão de 12 de Março de 2014 sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=celex%3A32014H0135>> [1.08.2022]. Para uma referência geral à Recomendação cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 556 e s.

Tudo isto fazia antever uma transposição muito difícil e concorre para que a transposição para o Direito português não tenha sido a melhor possível. Registam-se algumas discrepâncias, desconformidades e até desvios em relação ao que impunha a Directiva.

Mesmo sem comparar transposições (a transposição para o Direito português com a transposição para o Direito espanhol, *etc.*), só partindo do exemplo português, já é possível duvidar-se de que a Directiva venha a realizar a tão ambicionada harmonização do Direito da insolvência.

2. Sobre a Lei n.º 9/2022 (o seu alcance)

O alcance da Lei n.º 9/2022 corresponde, *grosso modo*, ao alcance da Directiva sobre reestruturação e insolvência e reflectido no seu título, mais precisamente as referências aos “regimes de reestruturação preventiva” e do “perdão das dívidas e as inibições”.

As alterações com maior impacto são, portanto, ao nível do Processo Especial de Revitalização (PER) e – com carácter mais aparente do que real – da exoneração do passivo restante.

As alterações restantes, no domínio do processo de insolvência, são residuais e, na sua maioria, dirigidas a esclarecer os pontos que suscitavam controvérsia – feitas nem tanto *por causa* mas mais *por ocasião* da transposição da Directiva.

Como se disse, em diversos pontos o regime adoptado em cumprimento do dever de transposição apresenta discrepâncias, desconformidades ou desvios relativamente ao disposto na Directiva.

Ilustre-se com três exemplos: a formação de categorias, a “paralisação” da obrigação de apresentação à insolvência e o impacto dos cenarios de insolvência e de pré-insolvência no conteúdo dos contratos.

3. Formação de categorias no PER

A matéria convoca, por um lado, os artigos 17.º-C, n.º 3, alínea *d*), e n.º 4, e 17.º-F, n.º 1, alíneas *c*), *d*) e *e*), n.º 5, alínea *a*), *i*) a *iv*), e n.º 7, alínea *a*), do CIRE e, por outro lado, os artigos 9.º e 11.º e os considerandos 43 a 47 e 53 a 56 e 58 da Directiva, bem como os artigos 2.º, n.º 1, 2), 3) e 6), da Directiva.

A possibilidade de tratamento das partes afectadas em categorias é, sem dúvida, a matéria que merece maior destaque no regime do PER.

Como já houve oportunidade de dizer, a possibilidade de tratamento em categorias tem duas grandes virtualidades: converte a aprovação do plano numa operação certificadora da sua aptidão para satisfazer uma maioria diversificada de interesses (em vez de a perpetuar como mera operação quantitativa) e facilita, na prática, a reestruturação preventiva, já que é mais fácil, em princípio, dar por verificadas as condições de homologação quando os indivíduos estão agrupados em categorias, pela simples razão de que, entre outras coisas, não é preciso confrontar o tratamento de cada indivíduo com o tratamento dos restantes; é suficiente confrontá-lo com o tratamento dos indivíduos da mesma categoria ou das categorias com o mesmo grau³⁴.

O ordenamento jurídico português era um dos poucos em que a medida nunca havia sido ensaiada⁵, pelo que a sua conformação há-de ter consumido parte significativa do tempo do legislador português – sem grandes resultados, porém. Veja-se.

De acordo com a lei portuguesa, existem hoje duas classificações dos credores (*rectius*: das partes afectadas pela reestruturação): uma obrigatória, em classes (baseada na classificação dos créditos do artigo 47.º do CIRE), e uma facultativa, em categorias (baseada no critério da suficiente comunhão de interesses).

³ Cfr., neste sentido, Catarina SERRA, “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review* (2021) 35 e p. 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 sindicar 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).

⁴ Cfr., para uma primeira abordagem às vantagens da aprovação do plano por categorias, Catarina SERRA, “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, in IDEM, coord., *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017, 15 e s. Cfr. ainda IDEM, *Lições de Direito da Insolvência*, 573.

⁵ Cfr. Catarina SERRA, “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, 16 (nota 3).

A segunda classificação apresenta várias discrepâncias em relação à Directiva⁶.

Em primeiro lugar, a Directiva refere-se à necessidade de as categorias serem “definidas com base em critérios verificáveis e nos termos do direito nacional” (cfr. artigo 9.º, n.º 4, 1.º parágrafo, da Directiva), o que aponta para a necessidade de as leis internas disponibilizarem critérios gerais e objectivos⁷.

Não correspondendo a isso, o legislador português apresenta apenas um elenco exemplificativo de categorias (trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato; sócios; entidades bancárias que tenham financiado a empresa; fornecedores de bens e prestadores de serviços; credores públicos).

Existe, pois, o risco de adopção de critérios subjectivos, por cada devedor, com o intuito de facilitar a aprovação do plano em cada caso.

Em segundo lugar, a Directiva prevê categorias de partes afectadas (cfr. artigo 9.º, n.º 4, 1.º parágrafo, da Directiva) e não de credores.

A lei portuguesa parece esquecer esse facto, associando (quase) sempre as categorias a “credores afetados”.

É verdade que, no elenco exemplificativo da lei portuguesa, é expressamente referida a categoria dos sócios. Mas não se diz que eles só podem formar uma categoria enquanto detentores de participações (no capital), portanto, enquanto titulares de interesses e não de créditos [cfr. artigo 2.º, n.º 1, 2) e 3), da Directiva].

Em terceiro lugar, enquanto na Directiva se regula a aprovação do plano numa regra separada da homologação judicial (cfr. artigo 9.º, n.º 6, da Directiva), na lei portuguesa regula-se a aprovação do plano em sede de homologação – em conjunto com as condições da homologação [cfr. artigo 17.º-F, n.º 5, alíneas *a), i) a iv)*, do CIRE].

⁶ Cfr., sobre isto, 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 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, disponível em <<https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/EbookCONF-PRR-VF2.pdf>> [1.08.2022].

⁷ Cfr. Reinhard DAMMANN, in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021, 158.

Daqui (desta indevida sistematização) decorrem mais alguns desvios em relação àquilo que é exigido ou pretendido pela Directiva.

Na Directiva determina-se, precisamente, que “[o] plano de reestruturação é adotado pelas partes afetadas mediante obtenção de uma maioria do montante dos respetivos créditos ou interesses em cada uma das categorias”.

Ao regular-se na Directiva a aprovação do plano numa regra separada, promove-se a ideia de que o plano deve ser aprovado, em primeira linha, por todas as categorias e só subsidiariamente (enquanto condição da homologação) por uma maioria ou parte das categorias – estabelece-se como que uma preferência pela unanimidade. A ideia é a de que o plano é tanto melhor quanto mais alargado / diversificado o leque de interesses que for capaz de conciliar.

Ora, na lei portuguesa não há – não pode dizer-se que haja – uma preferência pela aprovação por todas as categorias. O artigo 17.º-F, n.º 7, do CIRE dispõe que “o juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação (...), aferindo: a) Se o plano foi aprovado nos termos do n.º 5”. As várias modalidades de aprovação do plano aparecem, assim, no mesmo plano, como equivalentes.

Mas há mais: na Directiva exige-se que, para se considerar aprovado dentro de cada categoria, o plano seja aprovado por uma maioria do montante dos créditos ou interesses representados nessa categoria.

Ora, na lei portuguesa não há uma exigência de maioria dos créditos ou interesses dentro de cada categoria. O proémio da alínea a) do n.º 5 do artigo 17.º-F do CIRE dispõe que, para a aprovação do plano em cada uma das categorias, é preciso que ele seja “votado favoravelmente em cada uma das categorias por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos” – da totalidade dos votos emitidos (note-se) e não da totalidade dos créditos ou interesses com direito de voto. A maioria exigida para o plano se considerar aprovado em cada categoria não corresponde a uma genuína maioria dos interesses que cada categoria representa.

Ao regular-se na Directiva a aprovação do plano numa regra separada, consegue-se ainda assegurar que os sócios das micro, pequenas e médias empresas (MPME) têm o poder de impedir a homologação do plano quando isso não seja da sua vontade.

Segundo a Directiva, a homologação do plano é um mecanismo pensado para ultrapassar os casos em que não há aprovação por todas

as categorias e que, por razões que se prendem com a natureza e a estrutura típica das MPME, deve manter-se opcional para elas. Mais exactamente, a Directiva determina que a “*reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores*” se realize sob proposta do devedor ou, pelo menos, com o acordo do devedor (cfr. artigo 11.º, n.º 1, da Directiva), admitindo embora que os Estados-membros limitem a exigência aos casos em que o devedor seja MPME (artigo 11.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da Directiva). O que significa que, pelo menos no caso das MPME, o devedor deve dar o seu acordo para que se passe à fase da homologação.

No considerando 58 da Directiva reitera-se esta salvaguarda e disponibiliza-se a explicação:

“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”.

Diferentemente, na lei portuguesa não há forma de os sócios de MPME impedirem que o plano siga para apreciação das condições da homologação. À aprovação do plano com ou sem a aprovação por todas as categorias segue-se, inelutavelmente, a fase da homologação (*rectius*: da apreciação das condições da homologação) e, quando o plano venha a ser homologado, ele impõe-se a todas as partes afectadas, incluídos os sócios⁸.

Sendo este o enquadramento, é bem provável que as empresas portuguesas (MPME, na sua esmagadora maioria) resistam a formar categorias, ditando a inutilidade prática de um sistema que poderia ser muito importante para facilitar a reestruturação preventiva e assegurar um tratamento (mais) justo das partes afectadas.

⁸ Sobre o assunto cfr. Catarina SERRA, “Enquadrar a recuperação das PME (*rectius*: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, *Revista de Direito Comercial* (2022) 449 e s., disponível em <<https://www.revistadeldireitocomercial.com/enquadrar-a-recuperacao-das-pme>> [1.08.2022]. Cfr. também Catarina SERRA, “Nova reestruturação de empresas: coordenadas na óptica das Micro e Pequenas Empresas”, *in VI Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2022, 110-112.

4. Obrigação de apresentação à insolvência (e o período da suspensão das acções executivas)

A matéria concita, no essencial, o artigo 18.º, n.º 2, do CIRE e o artigo 7.º, n.º 1, e o considerando 38 da Directiva.

O novo artigo 18.º, n.º 2, do CIRE é do seguinte teor:

“Excetuam-se do dever de apresentação à insolvência:

- a) As empresas que se tenham apresentado a processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º -E.
- b) As pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência”.

O disposto na nova alínea a) do artigo 18.º do CIRE está diretamente relacionado como o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva, onde se prevê:

“Se durante o período da suspensão das medidas de execução, emergir uma obrigação, nos termos do direito nacional, de um devedor apresentar um pedido de abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, essa obrigação deve ser suspensa pela duração da suspensão em causa”.

Trata-se de uma regra de transposição obrigatoria, com uma utilidade evidente: salvaguardar os casos em que, verificando-se a insolvência no decurso do PER, poderia ficar comprometida a reestruturação^{9 10 11}.

⁹ Antes desta alteração, era obrigatório concluir que a obrigação de apresentação à insolvência subsistia. Entendia-se, então, que se impunha uma excepção: no caso de o plano estar aprovado (para não desaproveitar uma perspectiva já materializada de reestruturação). Cfr., neste sentido, Catarina SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in IDEM, coord., I Congresso de Direito da Insolvência, Coimbra: Almedina, 2013, 94. Cfr., também neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018, Proc. 8074/16.6T8CBR-D.CI.S2.

¹⁰ Estão, visivelmente, excluídos os casos em que as empresas já estejam insolventes antes do recurso ao PER. Tal equivaleria a admitir que há empresas insolventes que recorrem – podem recorrer ao PER –, o que seria contraditório com a configuração do PER como um processo pré-insolvencial e com o facto constitutivo da obrigação de apresentação à insolvência (só há obrigação de apresentação à insolvência quando a empresa está insolvente). Cfr. Catarina SERRA, “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a

A primeira observação a fazer é que a Directiva determina a “suspensão” e a lei portuguesa regula o caso, *ipsis verbis*, como uma “excepção”, a par do caso das pessoas singulares não titulares de empresa.

Para contrariar esta impressão, há que valorizar a delimitação no tempo (“durante o período da suspensão das medidas de execução”). Só assim a “excepção” perde a natureza de isenção em sentido próprio e se afasta, nesta medida, do caso regulado na alínea *b*).

A segunda questão advém, justamente, da duração da “excepção”. A “excepção” perdura durante o período da suspensão das medidas executivas. Mas o período da suspensão não coincide com o prazo das negociações do PER e, sobretudo, não acompanha o processo até final.

É verdade que o que vem determinado na Directiva é também que a obrigação de apresentação à insolvência se suspende “durante o período da suspensão das medidas executivas” (cfr. artigo 7.º, n.º 1, da Directiva). Mas a medida de suspensão de que se fala na Directiva não se identifica com a / não se reduz à suspensão que se produz no contexto (e por força da abertura) de um processo em sentido próprio.

Com efeito, na Directiva parece encarar-se a suspensão das medidas executivas como uma medida *a se*, uma medida avulsa e autonomizável de reestruturação preventiva, que pode ser requerida e fixada judicialmente, em termos (alcance, prazo, etc.) adequados às circunstâncias de cada caso¹². Repare-se que a Directiva se refere ao “pedido de suspensão” e à “concessão de uma suspensão” [cfr. artigo 7.º, n.º 5, alíneas *b* e *d*], da Directiva]. Veja-se ainda o considerando 40, em que se prevê a hipótese de o devedor “solicitar a suspensão”.

Ora, o legislador português concentra as medidas de reestruturação preventiva no PER. Deveria, pois, ter regulado melhor a suspensão, tendo em conta a tramitação do processo¹³.

insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, 93-94. Cfr., também neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018, Proc. 8074/16.6T8CBR-D. c1.s2.

¹¹ Lendo o artigo 7.º, n.º 2, da Directiva (bem como o considerando 38), verifica-se que a Directiva exige também a suspensão do direito dos outros legitimados de requererem a declaração de insolvência. A exigência foi cumprida através do disposto no artigo 17.º-E, n.º 9, alínea *b*), do CIRE que determina a suspensão dos processos em que seja requerida a insolvência.

¹² Cfr., neste sentido, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 576.

¹³ Esta visão redutora da reestruturação preventiva ao PER é causa de outros problemas, como se verá, a propósito das cláusulas *ipso facto*.

Em conformidade com o artigo 17.º-E, n.os 1 e 2, do CIRE o período da suspensão tem uma duração máxima de quatro meses – *rectius*: de cinco meses¹⁴ – e produz-se automaticamente com a abertura do PER (é um efeito processual do despacho de nomeação do administrador judicial provisório)¹⁵.

Enquanto isso, de acordo com o artigo 17.º-D, n.º 7, do CIRE, o prazo das negociações é de dois meses, podendo ser prorrogado, por uma vez e por um mês, o que se traduz numa duração máxima de três meses.

Atendendo a que o período da suspensão tem em vista criar condições propícias para as negociações do plano – o que é confirmado pelas exigências de que o pedido de prorrogação seja requerido dentro do prazo de negociações (cfr. artigo 17.º-E, n.º 2, do CIRE) e de que o levantamento da suspensão tenha por fundamento o facto de a suspensão deixar de cumprir o objectivo de apoiar as negociações [cfr. artigo 17.º-E, n.º 3, alínea *a*), do CIRE] –, seria natural que se tivesse feito coincidir o período da suspensão com o prazo das negociações¹⁶.

Iniciando-se, porém, o período da suspensão logo que se abre o processo e iniciando-se o prazo das negociações numa fase mais adian-

¹⁴ Olhando para o n.º 2, logo se verifica que o prazo referido como “máximo” no n.º 1 admite prorrogação, uma vez, por um mês, desde que se verifiquem determinadas condições. Lendo a norma homóloga na Directiva, verifica-se que também aí se prevê um “período máximo” de quatro meses (cfr. artigo 6.º, n.º 6, da Directiva) e que, “não obstante”, se admite a prorrogação (cfr. artigo 6.º, n.º 7, da Directiva), referindo-se adiante que a “duração total da suspensão” (prazo inicial e prorrogação) não pode exceder doze meses (cfr. artigo 6.º, n.º 8, da Directiva).

¹⁵ Este será o prazo normal ou típico, aplicável na maioria dos casos. Será maior quando houver lugar a prorrogação; será menor quando as negociações cessem antes, seja porque o plano é aprovado antes do esgotamento do prazo, seja porque se conclui antecipadamente que não é possível aprovar o plano e / ou a empresa desiste das negociações.

¹⁶ Adaptando o que observa Tomáš RICHTER (*in* Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 105-106) a propósito da Directiva, poder-se-ia dizer que a suspensão deve operar tanto retroactivamente (quando esteja em causa uma reestruturação do tipo do artigo 17.º-I do CIRE, em que o plano é negociado antes da abertura do processo) como prospectivamente (quando as negociações começem depois da abertura do processo) – numa palavra: que a suspensão deve acompanhar as negociações, seja qual for a localização temporal destas por referência a qualquer processo (em curso ou iminente).

tada (cerca de um mês depois¹⁷), o curso dos dois prazos tenderá a convergir, a partir de certa altura¹⁸.

Subsiste, em qualquer caso, a segunda “desregulação” indicada: não está previsto que o período da suspensão se prolongue até ao final do processo. Sendo assim, a obrigação de apresentação à insolvência pode ressurgir numa altura indesejável – quando o plano está aprovado mas ainda não homologado.

Nestes casos, para que não se desperdice, injustificadamente, uma possibilidade já materializada de reestruturação, deve entender-se que a aprovação do plano pelos credores dispensa a empresa da obrigação de apresentação à insolvência.

5. Cláusulas *ipso facto*

A matéria relaciona-se com o disposto nos artigos 17.º-E, n.º 13, e 119.º do CIRE e no artigo 7.º, n.º 5, e no considerando 40 da Directiva.

A expressão “cláusulas *ipso facto*” (literalmente: “por esse facto”) designa, tradicionalmente, as cláusulas que atribuem a uma das partes o direito de pôr termo ao contrato quando se verifique certo facto. Quer dizer: o efeito produz-se por mera ocorrência do facto (*ipso facto*), mesmo que o devedor não tenha faltado ao cumprimento de nenhuma obrigação¹⁹.

¹⁷ Uma vez publicado o despacho de abertura, há vinte dias para a reclamação de créditos, cinco dias para a elaboração da lista provisória de créditos e cinco dias para as impugnações desta lista, começando o prazo das negociações a contar desde o fim deste prazo.

¹⁸ Evidentemente, pode haver situações (anómalas) em que o período da suspensão termina antes de o plano ser aprovado e homologado, o que significa que as acções retomam os seus termos, para cobrança de créditos que, previsivelmente, seriam regulados no plano, causando alguma entropia.

¹⁹ Como explica Pablo D. HEREDIA [“Las cláusulas de vencimiento anticipado y de resolución contractual frente al procedimiento de reestructuración preventiva”, in María Isabel CANDELARIO MACIAS / Stefania PACCHI, dir., *La Directiva de la UE 1023/2019 sobre insolvencia (Estudios desde diferentes ordenamientos)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021, 241], “[n]inguna de tales cláusulas se vincula a incumplimientos de las prestaciones contractuales del deudor insolvente. Puede este último haber cumplido debidamente sus obligaciones y ni siquiera ser deudor de la parte “in bonis” en el momento en que la cláusula cobra operatividad. Lo que cuenta es otra cosa: el “factum” determinado por su sometimiento al procedimiento de reestructuración”.

A regulação das cláusulas *ipso facto* no quadro da insolvência e da pré-insolvência merece destaque pelas funções que desempenha / é suscetível de desempenhar.

Desde logo, impede o credor de se desvincular do contrato e com isso resolver a sua situação fora ou à margem do processo pelo simples facto de o devedor recorrer ao processo²⁰. Além disso, afasta o risco de a empresa ser penalizada pelo mero facto de adoptar medidas de reestruturação preventiva, funcionando como um mecanismo para promover a acção atempada²¹, justamente o primeiro passo para o sucesso da reestruturação.

Dispõe-se no artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE:

“É nula a cláusula contratual que atribua ao pedido de abertura de um processo especial de revitalização, à abertura de um processo especial de revitalização, ao pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou à sua concessão o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia do contrato”.

Enquanto isso, no artigo 7.º, n.º 5, da Directiva diz-se:

“Os Estados-Membros asseguram que os credores não sejam autorizados a recusar a cumprir, nem de resolver, antecipar ou, de qualquer outra forma, alterar contratos executórios em prejuízo do devedor, através de uma cláusula contratual que preveja tais medidas (...).”

²⁰ Cfr., neste sentido, Tomáš RICHTER, in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 135-136.

²¹ Esta medida relaciona-se, de facto, com o considerando 40 da Directiva, onde se explica que “[q]uando um devedor instaurar um processo de insolvência, certos fornecedores podem deter direitos contratuais, previstos nas designadas cláusulas *ipso facto*, que os habilitem a resolver o contrato de fornecimento unicamente com base na insolvência, mesmo que o devedor tenha cumprido devidamente as suas obrigações. As cláusulas *ipso facto* poderão ser igualmente de aplicação quando um devedor solicitar a aplicação de medidas de reestruturação preventiva. Se tais cláusulas forem invocadas quando o devedor esteja apenas a negociar um plano de reestruturação ou a solicitar a suspensão das medidas de execução, ou em virtude de qualquer evento relacionado com a suspensão, a resolução antecipada pode ter um impacto negativo na empresa do devedor e no êxito da sua recuperação. Por conseguinte, nesses casos, é necessário prever que os credores não possam invocar essas cláusulas *ipso facto* alusivas à negociação de um plano de reestruturação, à suspensão ou a qualquer evento semelhante relacionado com esta última”.

São notórias as diferenças entre o regime disposto na Directiva e o regime disposto na lei portuguesa²².

Em primeiro lugar, na Directiva o regime não é aplicável a todos os contratos mas apenas aos chamados “contratos executórios”²³, ou seja, aos contratos em execução ou em curso de execução²⁴, definidos como os contratos (não necessariamente bilaterais) em que, à data do início da suspensão, não haja ainda total cumprimento por qualquer das partes²⁵.

Em segundo lugar, na Directiva o regime abrange não só cláusulas com efeito extintivo do contrato (condições resolutivas, cláusulas de resolução ou denúncia e cláusulas indemnizatórias) mas também cláusulas modificativas dos termos do contrato, designadamente as cláusulas de vencimento antecipado ou de exigibilidade antecipada da obrigação²⁶.

Em terceiro lugar, na Directiva não se comina a nulidade (ou a ilicitude) das cláusulas mas tão-só a impossibilidade da sua invocação em determinadas circunstâncias. Por outras palavras: os sujeitos ficam impedidos de exercer os direitos contratuais que derivam destas

²² Para uma comparação pormenorizada cfr. Higina CASTELO, “Contratos executórios e cláusulas *ipso facto* no âmbito do PER”, *Revista de Direito Comercial* (2022) 846 e s.

²³ A nova expressão é completamente alheia à linguagem jurídica portuguesa e não é a melhor para designar está em causa. A expressão foi transposta para a lei a partir da versão portuguesa da Directiva (cfr. 17.º-E, n.os 10 e 11, do CIRE). Mas é preciso notar que nas versões em outras línguas a expressão inglesa “executory contracts” foi mais bem traduzida (não tão literalmente). Com a mesma opinião Higina CASTELO, “Contratos executórios e cláusulas *ipso facto* no âmbito do PER”, 834.

²⁴ É a expressão correspondente à de “negócios em curso” (cfr. capítulo IV do título IV) ou de “negócios ainda não cumpridos” (cfr. epígrafe da norma do artigo 102.º do CIRE).

²⁵ Seguindo as definições da Directiva, trata-se dos “contrato[s] celebrado[s] entre o devedor e um ou mais credores, ao abrigo do[s] qua[is] as partes têm ainda obrigações a cumprir no momento em que é concedida ou aplicada a suspensão das medidas de execução” [cfr. artigo 2.º, n.º 1, 5), da Directiva].

²⁶ Diferentemente, no caso dos contratos executórios essenciais conformou-se o alcance da proibição à norma da Directiva (cfr. artigo 7.º, n.º 4, da Directiva), dizendo-se, no artigo 17.º-E, n.º 10, do CIRE que “os credores não podem recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais”. Veja-se que este é um regime distinto, visando impedir os credores de porem fim ao contrato por não pagamento de dívidas anteriores à suspensão, portanto, não estando em causa, na realidade, cláusulas *ipso facto*.

cláusulas. A ideia é a de que devem repudiar-se as cláusulas na medida em que a sua invocação possa ter impacto no êxito da recuperação²⁷.

Mas o mais grave de tudo – e este é o quarto e mais importante desvio – é que na Directiva se estende o alcance da medida a qualquer negociação de plano de reestruturação enquanto na lei portuguesa, o regime está confinado ao PER, ou seja, é configurado por exclusiva referência ao PER ou a medidas que só têm lugar no quadro do PER (o pedido de prorrogação da suspensão e a sua concessão).

Efectivamente, complementando o artigo 7.º, n.º 5, da Directiva, o considerando 40 estabelece que deve ficar excluída a invocação também das cláusulas que tenham por referência a *negociação de um plano de reestruturação*.

Ora, os considerandos são mecanismos de interpretação de normas, que ajudam a compreender o fim dos instrumentos normativos, e não deixam de ter, eles próprios, uma função normativa, se bem que complementar (*supplementary normative role*)^{28 29}.

Seja como for, é evidente que se verifica igualdade de razões.

A omissão desta hipótese na lei portuguesa é um resultado da já mencionada visão excessivamente redutora da reestruturação preventiva, que determinou que as alterações legislativas contemplassem apenas o PER e as medidas que o compõem.

²⁷ Segundo Tomáš Richter (Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 137), trata-se de uma regra puramente substantiva.

²⁸ Cfr., neste sentido, Roberto BARATTA, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, *The Theory and Practice of Legislation – formerly Legisprudence: International Journal of Legislation European Union Legislation* 2/3 (2014) 296-298, disponível em <<https://pdfslide.net/documents/the-theory-and-practice-of-legislation-unimcit-theory-and-practice-of-legislation.html>> [1.08.2022]. O que, definitivamente, os considerandos não têm é um efeito normativo independente ou autónomo do articulado que complementam, ou seja, não podem estabelecer regras à margem ou completamente dissociadas do articulado a que respeitam. Cfr., neste sentido, Tadas KLIMAS / Jilrate VAITIUKAIT, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15/1 (2008) 85 e s., disponível em <<https://nsuworks.nova.edu/ilsjournal/vol15/iss1/6/>> [1.08.2022].

²⁹ Desvaloriza o considerando e diz que os Estados-membros podem optar pelos termos mais exígios do artigo 7.º, n.º 5, da Directiva Tomáš RICHTER, in Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, 136.

Mas é preciso ter em conta o artigo 17.º-E, n.º 13, com o artigo 119.º do CIRE, sobre o regime das cláusulas *ipso facto* no processo de insolvência, para perceber o alcance do problema.

O artigo 119.º do CIRE, também alterado pela Lei n.º 9/2022, é do seguinte teor:

“1 - É nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas anteriores do presente capítulo.

2 - É, em particular, nula a cláusula que atribua à declaração de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos dos previstos no presente capítulo.

3 - É lícito às partes atribuírem a quaisquer situações anteriores à declaração de insolvência os efeitos previstos no número anterior”.

No artigo 119.º do CIRE registam-se duas alterações.

No n.º 2 é substituída apenas uma palavra, passando a falar-se em “*declaração* de insolvência” em vez de em “*situação* de insolvência”³⁰, pondo-se fim à discussão doutrinal sobre se o facto relevante era a situação de insolvência ou a declaração de insolvência³¹.

Diga-se, desde já, que não era neste sentido que se esperava que fosse feito o esclarecimento. Se a finalidade principal do processo de insolvência é a satisfação dos credores com respeito pelo princípio da igualdade, deveria evitar-se que os contratos chegassem já resolvidos ao processo, sob pena de ficar precludido o direito de opção do administrador da insolvência (pelo seu cumprimento ou pela sua recusa) nos termos da lei da insolvência (cfr. artigo 102.º, n.º 1, do CIRE). A esta luz, teria sido melhor, pois, uma solução mais compreensiva, que valorizasse a (mera) situação de insolvência neste contexto³².

Mas o maior problema é que o novo texto do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE³³ vem contrariar directamente o artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE, afirmando a licitude de cláusulas que se refiram a *quaisquer*

³⁰ Sublinhado nosso.

³¹ Cfr., sobre esta discussão, e para a defesa da solução oposta à que agora é consagrada, Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 235.

³² Sem prejuízo do que se dirá a seguir no contexto normativo do PER.

³³ No n.º 3 foi substituído todo o texto, procedendo-se, na prática, à eliminação de uma regra que só com esforço era possível compreender. Cfr. Catarina SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 236.

outras situações, ou seja, incluindo cláusulas que, segundo esta última norma, são nulas. Regista-se, em suma, uma incompatibilidade entre normas.

Ora, é evidente que, sendo as novas normas contemporâneas e não podendo falar-se em revogação tácita de nenhuma delas, o alcance do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE terá de ser limitado pelo disposto no artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE, ou seja, terão de se subtrair à liberdade contratual as cláusulas que se refiram às situações anteriores à declaração de insolvência tal como descritas no artigo 17.º-E, n.º 13, do CIRE – situações de reestruturação preventiva em que a empresa recorra ao PER.

Sucede, porém, que nem com esta ressalva se evitam todas as consequências nefastas, permanecendo, como já se disse, a descoberto situações que, não se enquadrando no PER, deviam, em conformidade com a Directiva e por igualdade de razões, ser abrangidas – desde logo, outras situações de reestruturação preventiva que não passam pelo PER³⁴.

A empresa pré-insolvente não recorre sempre ao PER para estabelecer negociações com os seus credores. Isto pode ser assim porque o PER não é o instrumento adequado ou porque, simplesmente, não é possível recorrer ao PER (não estão preenchidos os respectivos requisitos). Pense-se nas negociações informais – que tanto podem ser autónomas como ser preparatórias do RERE (regime do acordo) ou do PER abreviado – e nas negociações que podem ter lugar sob a égide do RERE (regime da negociação).

Sendo todas estas formas legítimas e adequadas de acção em hipótese de crise, não deveriam ser igualmente acauteladas à luz da finalidade de promoção da acção atempada da empresa³⁵?

³⁴ Ir-se-ia mesmo mais longe: a proibição do exercício dos direitos contratuais que derivam destas cláusulas deveria ainda abranger, se não todas as situações anteriores à declaração de insolvência, de forma a incluir a situação em que a empresa insolvente se apresenta à insolvência, pelo menos, todas as situações de pré-insolvência, mesmo aquela em que a empresa (em insolvência iminente) se apresenta à insolvência. Esta não é, de facto, uma medida de reestruturação preventiva, mas é, sem dúvida, uma forma legítima de acção.

³⁵ Tudo ponderado, não seria estranho que se viesse a arguir violação do princípio da efectividade. Segundo este princípio, as regras nacionais não podem tornar impossível ou excessivamente onerosa a efectivação de um direito que decorre da ordem jurídica europeia. Significa isto que as empresas não podem ser obrigadas a recorrer especificamente ao PER para gozarem de uma protecção que o Direito da União Europeia lhes reconhece.

6. Considerações finais na óptica *from future backwards*

É sabido que no final de 2020 se iniciou um estudo para avaliar os impactos de uma possível e futura iniciativa política, destinada a reforçar a convergência das leis nacionais de insolvência dos Estados-Membros da União Europeia³⁶. Os principais objectivos políticos são os de tornar os resultados dos processos de insolvência mais previsíveis e encorajar a circulação transfronteiriça de capitais, em conformidade com os objectivos do Plano de Acção da União dos Mercados de Capitais³⁷.

Finalizado o estudo, anuncia-se para breve (para o segundo semestre de 2022) a adopção de um novo instrumento (uma Directiva, com toda a probabilidade), em que serão reguladas, segundo a última projecção conhecida, matérias como as da impugnação de actos prejudiciais à massa, do rastreio e da apreensão dos bens, da insolvência das pequenas e médias empresas e da negociação prévia de planos de recuperação³⁸.

³⁶ As referências baseiam-se nos elementos disponibilizados na página da Comissão. Disponível em <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Insolvency-laws-increasing-convergence-of-national-laws-to-encourage-cross-border-investment_en> [1.08.2022]. Foram ainda actualizadas com apoio na intervenção efectuada por Ondrej Vondracek (Director Jurídico e de Política da Direcção-Geral da Justiça e do Consumidor da Comissão no Congresso Luso-Espanhol “A transposição da Directiva 2019/1023”, organizado pelo Instituto Jurídico / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na Capela do Colégio da Trindade, no dia 3 de Junho de 2022.

³⁷ Trata-se da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma União dos Mercados de Capitais ao serviço das pessoas e das empresas - novo plano de ação”, Bruxelas, 24.9.2020 COM(2020) 590 final, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0590&from=EN&lang3=choose&lang2=PT&lang1=PT>>. [1.08.2022]. Pode ler-se aí que “[a] acentuada divergência entre os regimes nacionais de insolvência constitui um obstáculo estrutural de longa data ao investimento transfronteiriças”, prevendo-se, sob o título “acção n.º 11”, que “[a] fim de tornar mais previsíveis os resultados dos processos de insolvência, a Comissão adotará uma iniciativa legislativa ou não legislativa para assegurar uma harmonização mínima ou uma maior convergência em domínios específicos do direito da insolvência no setor não bancário. Além disso, em colaboração com a Autoridade Bancária Europeia, a Comissão irá ponderar as possibilidades de melhorar a comunicação de dados, a fim de permitir uma avaliação regular da eficácia dos regimes nacionais de execução de empréstimos”.

³⁸ Reconhece-se que outras matérias são mais difíceis de harmonizar e por isso não devem ser já abordadas. Trata-se, nomeadamente, dos deveres e da responsabilidade

Sucede que o recente esforço de harmonização encontrou mais obstáculos do que aqueles que se imaginavam, relacionados com as dificuldades inerentes à interpretação e à transposição da Directiva e as deficiências que daí decorrem. O caso português ilustra-o bem.

Deve, além do mais, ter-se presente que parte dos Estados-membros (em que se incluem a Espanha e os Países Baixos) ainda não transpôs a Directiva³⁹.

Numa palavra e em conclusão, olhando para o que foi feito (e para o que ainda está por fazer), dir-se-ia que é demasiado cedo para voltar a intervir. Mas, como sempre, deixa-se margem para que a prática demonstre o contrário.

Bibliografia

- BARATTA, Roberto, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, *The Theory and Practice of Legislation; formerly Legisprudence: International Journal of Legislation European Union Legislation 2/3* (2014).
- CASTELO, Higina, “Contratos executórios e cláusulas ipso facto no âmbito do PER”, *Revista de Direito Comercial* (2022).
- HEREDIA, Pablo D., “Las cláusulas de vencimiento anticipado y de resolución contractual frente al procedimiento de reestructuración preventiva”, in María Isabel CANDELARIO MACIAS / Stefania PACCHI, dir., *La Directiva de la UE 1023/2019 sobre insolvencia (Estudios desde diferentes ordenamientos)*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.
- KLIMAS, Tadas / VAITIUKAIT, Jūratė, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15/1 (2008).

de de administradores no caso de insolvência da empresa, da formação das comissões de credores, da graduação de créditos e dos pressupostos do processo de insolvência (a definição de insolvência).

³⁹ De acordo com o *tracker on the implementation of the EU Directive on Restructuring and Insolvency* da INSOL Europe até 21 de Julho de 2022 tinham transposto a Directiva a Grécia, a Áustria, a França, a Alemanha, Portugal, a Croácia, a Lituânia, a Eslováquia, a Estónia, a Roménia, a Dinamarca, a Itália, a Eslovénia, a Finlândia, a Suécia e a Hungria. Disponível em <<https://www.insol-europe.org/tracker-eu-directive-on-restructuring-and-insolvency>> [1.08.2022].

PAULUS, Christoph / DAMMANN, Reinhard, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021.

SERRA, Catarina - “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 Janeiro”, in MINISTÉRIO DA JUSTIÇA / SECRETARIA-GERAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”*, 2022.

- “Enquadrar a recuperação das PME (rectius: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro”, *Revista de Direito Comercial* (2022).
- “Nova reestruturação de empresas: coordenadas na óptica das Micro e Pequenas Empresas”, in *vi Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2022.
- *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review* (2021).
- “A harmonização do Direito substantivo da Insolvência”, in IDEM, coord., *iv Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2017.
- “Revitalização – A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE”, in IDEM, coord., *i Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina, 2013.