

O novo regime de aprovação do plano no PER, após a transposição da Diretiva (UE) 2019/1023

https://doi.org/10.47907/livro/2023/restruturacao_empresas/parte03_1

PAULO DE TARSO DOMINGUES*

Resumo: No presente texto são analisadas as principais alterações introduzidas no PER através da Lei 9/2022, de 11 de janeiro, que transpôs para o direito português a Diretiva 2019/1023, em especial as que dizem respeito ao plano de reestruturação e à sua aprovação no âmbito deste processo de revitalização.

Palavras-chave: Reestruturação pré-insolvidal de empresas, P.E.R., Aprovação do Plano no P.E.R., Diretiva (UE) 2019/1023

Abstract: In this text it is analysed the main amendments to P.E.R. (the Portuguese preventive restructuring proceeding) through Law 9/2022, which transposed into national law the Directive 2019/1023, especially those concerning the restructuring plan and its approval under P.E.R.

Keywords: Preventive restructuring procedures, P.E.R., (the Portuguese preventive restructuring proceeding), Approval of the restructuring plan under PER, Directive (UE) 2019/1023

Sumário: 1. Introdução. 2. A Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019. 3. A transposição para o direito português: a Lei 9/2022, de 11 de janeiro. 4. Apresentação do Plano no âmbito do PER. 4.1. Requerimento inicial: subscrição e classificação dos credores. 4.2. Âmbito de aplicação do regime de classificação dos credores. 4.3. Prazo para a apresentação

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado.

do Plano de recuperação definitivo. 4.4. Conteúdo mínimo do Plano. 5. Aprovação e homologação do Plano. 5.1. O teste de viabilidade económica. 5.2. O teste de aprovação mínima por parte dos credores. 5.2.1. A aprovação do Plano pela unanimidade dos credores. 5.2.2. A aprovação do Plano por categorias de credores. 5.2.3. A aprovação do Plano, não havendo a classificação dos credores por categorias. 5.3. O teste do melhor interesse dos credores. 6. A não aprovação ou homologação do Plano

1. Introdução

No presente texto – que corresponde basicamente à minha intervenção oral¹ no Congresso Luso-Espanhol, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sobre a transposição da Diretiva 2019/1023, com coordenação científica dos Professores Alexandre Soveral Martins e Carlos Gómez Asensio – pretendo fazer uma breve

¹ Tendo sido mantida a estrutura do discurso oral, vai o texto despido de referências bibliográficas. O leitor poderá, no entanto, encontrar análises ao novo regime do PER, após as alterações resultantes da Lei 9/2022, designadamente em Alexandre Soveral MARTINS, *Um curso de direito da Insolvência*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2022; 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 *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, Ebook, 2021, 14-31; IDEM, “Satisfação dos interesses dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?” *Católica Law Review* 5/2 (2021) 13-43; Fátima Reis SILVA, “As alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?”, in *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, Ebook, 2021, 32-41, Ana Filipa CONCEIÇÃO, “A reestruturação forçada sobre categorias de credores”, in *A Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência*, APDIR, Coimbra: Almedina, 2021, 15-30; Letícia Marques COSTA, “O Processo Especial de Revitalização com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro”, *RED* 29/3 (outubro 2022) 79-103. Sobre a transposição da Diretiva 2019/1023, pode ver-se Christoph PAULUS / Reinhard DAMMANN, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck / Hart / Nomos, 2021; Tomáš RICHTER / Adrian THERY, “Guidance note 1: The implementation of preventive restructuring frameworks under EU Directive 2019/1023 – Claims, classes, voting, confirmation and the cross-class cram-down”, *INSOL Europe*, April 2020, que se pode ler em <<https://www.insol-europe.org/publications/guidance-notes>>.

e primeira análise sobre as principais alterações introduzidas no PER2 (ou, para usar a terminologia da Diretiva, nos planos de reestruturação preventiva) através da Lei 9/2022, de 11 de janeiro³, em especial as que dizem respeito ao plano de reestruturação pré-insolvencial e à sua aprovação no âmbito deste processo de revitalização.

2. A Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019

A Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, visou precipuamente – como se pode ler no seu Considerando 1.º – contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, eliminando obstáculos à circulação de capitais e de estabelecimento, resultantes de diferentes regimes nacionais relativos aos processos de recuperação e de insolvência, assegurando nomeadamente, e para o que aqui me interessa abordar, o acesso das empresas viáveis, que se encontrem em dificuldades financeiras, a processos de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua atividade [evitando-se, assim, diz-se depois na Exposição de Motivos da nossa Proposta de Lei⁴ – de uma forma que não se pode deixar de considerar manifestamente redutora – a perda de postos de trabalho⁵].

² No presente texto, são usadas as seguintes abreviaturas:

AJP – Administrador judicial provisório

BJR – “Business Judgement Rule”

CIRE – Código da insolvência e da recuperação de empresas

CSC – Código das sociedades comerciais

EM – Estado-membro

MPME – Micro, pequenas e médias empresas

PER – Processo especial de revitalização

PEVE – Processo extraordinário de viabilização de empresas

³ A Lei 9/2022 transpôs para o direito pátrio a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que constituiu o mote do Congresso.

⁴ Proposta de Lei 115/xiv/3, com o título “Estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento e transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições”, que se pode encontrar em <<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=121187>>.

⁵ Cfr. p. 3-4 da referida Proposta de Lei 115/xiv/3, doravante simplesmente Proposta de Lei.

Como se sabe, com as Diretivas visa-se alcançar a harmonização dos diferentes regimes internos. Mas, neste caso, essa harmonização poderá vir a ser muito diminuta, porquanto a Diretiva deixa muita liberdade aos EM, consagrando apenas *standards* mínimos de regulamentação, os quais, em muitos casos, podem ainda ser objeto de derrogação pelas legislações nacionais.

De todo o modo, com esta Diretiva – e com a sua transposição –, as legislações nacionais dos EM devem, pelo menos, prever⁶:

- a obrigatoriedade da existência, nos ordenamentos jurídicos internos, de um processo de reestruturação pré-insolvental⁷ (artigo 4.º);
- um regime facilitador das negociações dos planos de reestruturação preventivos, mormente através da manutenção do controlo da empresa pelo devedor (artigo 5.º) e da suspensão de medidas de execução contra a empresa devedora (artigo 6.º e 7.º);
- um conteúdo mínimo para o plano de reestruturação (artigo 8.º) e o procedimento para a sua aprovação, nomeadamente através de classes de credores, admitindo-se que o mesmo possa ser aprovado ainda que contra a vontade de algumas categorias de credores (artigos 9.º e seguintes);
- a “confirmação” ou homologação desse plano – pelo menos, em algumas situações – por uma autoridade judicial ou administrativa (artigo 11.º);
- a proteção dos novos financiamentos ou de financiamentos intercalares necessários à viabilização da empresa; e, finalmente
- a consagração de um especial regime quanto às obrigações dos administradores na iminência da insolvência (artigo 19.º).

Irei, contudo, aqui, analisar apenas as alterações relacionadas com o PER (que, em todo o caso, foram as alterações mais numerosas e substanciais que resultaram da reforma de 2022) e, sobretudo, as alterações introduzidas no nosso ordenamento jurídico que dizem respeito ao plano de reestruturação e à sua aprovação no âmbito deste processo de revitalização.

⁶ No que respeita aos processos de reestruturação preventiva, que constitui o objeto da minha intervenção, ou seja, aos processos pré-insolventais, que visam prevenir a insolvência matéria que está contida no Título II da Diretiva, nos artigos 4.º e seguintes.

⁷ Cfr. artigo 4.º, n.º 1 da Diretiva.

Note-se que as profundas alterações introduzidas no CIRE pela lei 9/2022 relativas ao PER resultam não apenas da transposição do regime Diretiva, mas também do propósito de clarificação e afinação de alguns aspetos controvertidos do nosso regime insolvencial e para-insolvencial. Vejamos algumas das medidas com maior impacto que resultam do novo regime do PER.

3. A transposição para o direito português: a Lei 9/2022, de 11 de janeiro

A Lei 9/2022, de 11 de janeiro, que transpôs para o direito interno a Diretiva 2019/1023, visou, como se pode ler na respetiva Exposição de Motivos apresentada na AR⁸, *inter alia*, “imprimir maior agilidade aos processos de insolvência e de recuperação”⁹, “tornando, assim, o sistema judicial mais eficaz e resiliente, em benefício das micro, pequenas e médias empresas e dos investidores nacionais e, consequentemente, dos trabalhadores”.¹⁰

Esta acentuação da especial tutela a estas entidades e sujeitos, pre-
tensamente perseguida pelo regime suscita, deve dizer-se, alguma perplexidade.

O regime visa salvar as empresas viáveis. Todas! Não apenas as pequenas e médias empresas (há, de resto, aspetos do regime¹¹ que apenas são obrigatórios para as grandes empresas) e, nessa medida, tutelar todos as partes interessadas (clientes, fornecedores, financiadores) e não apenas os trabalhadores...

De resto, não se pode esquecer, que a existência de empresas (e, consequentemente a recuperação daquelas que são viáveis) é vantajosa para o mercado e para a economia em geral (na medida em que criam riqueza e satisfazem as necessidades da população) e não apenas para os respetivos trabalhadores ou, em geral, para os seus *stakeholders*.

⁸ Proposta de Lei 115/xiv/3.^a (doravante simplesmente Proposta de Lei).

⁹ Vide também o artigo 1.º, n.º 1 da Lei 9/2022.

¹⁰ Lê-se ainda na Exposição de Motivos, que este “desiderato foi transposto para o «Plano de Recuperação e Resiliência – Recuperar Portugal, Construindo o Futuro» (PRR) na sua Componente 18, intitulada «Justiça Económica e Ambiente de Negócios».

¹¹ Como, p. ex., a categorização dos credores – cfr. artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE.

Note-se que, entre nós, a transposição da Diretiva – ao contrário do que sucedeu noutros países¹² – não obrigou à criação de um processo de reestruturação preventiva, uma vez que Portugal, desde 2012, com o PER, já consagrava esse tipo de processo. Em todo o caso, a acomodação das soluções propostas pela Diretiva implicou, como veremos, alterações substanciais no respetivo regime.

Por outro lado, transpondo o regime da Diretiva¹³, é agora expressamente consagrado que durante o período de “standstill” – i.é, durante o período de suspensão das medidas de execução¹⁴ –, a sociedade fica desobrigada de se apresentar à insolvência¹⁵ e qualquer pedido de insolvência fica, durante a pendência do PER, suspenso¹⁶. Significa isto, está hoje claro, que a aprovação do PER não é prejudicada por qualquer pedido de insolvência (seja o pedido apresentado antes do início do PER¹⁷ ou na pendência do PER¹⁸).

Acresce que, tendo em vista a facilitação da aprovação da recuperação da empresa, o artigo 17.º-E, n.º 13 CIRE (transpondo o regime do artigo 7.º, n.º 4 da Diretiva) estabelece agora expressamente para o PER – à semelhança do regime já anteriormente consagrado para o processo de insolvência no artigo 119.º CIRE – que são nulas as comumente designadas cláusulas *ipso facto*¹⁹, i.e., as cláusulas que configurem a instauração do PER como uma condição que permita a resolução ou a denúncia do contrato ou que seja causa justificativa para um qualquer pedido de indemnização.

Com a mesma finalidade, de facilitar a recuperação da empresa, o artigo 17.º-H CIRE (transpondo o regime do artigo 17.º da Diretiva) prevê agora um regime ainda mais vantajoso – do que aquele que já se encontrava consagrado no nosso direito pregresso – para os credores que financiem a empresa no PER ou em execução do Plano aprovado²⁰.

¹² Cfr. p. 5 da Proposta de Lei.

¹³ Vide artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva.

¹⁴ Período de “standstill” que pode ir até 4 meses, podendo o juiz prorrogá-lo por mais um mês – cfr. artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2 CIRE.

¹⁵ Cfr. artigo 18.º, n.º 2, alínea a) CIRE.

¹⁶ Vide p. 6 da Proposta de Lei.

¹⁷ E essa era uma solução que já resultava do artigo 17.º-E, n.º 6 CIRE, antes da reforma de 2022.

¹⁸ Cfr. artigo 17.º-E, n.º 9, alíneas a) e b) CIRE.

¹⁹ Vide p. 7 da Proposta de Lei.

²⁰ Note-se, contudo, que é causa de recusa de homologação do Plano por parte do Juiz, quando, “havendo um qualquer novo financiamento necessário para executar

Tais créditos passam a ser considerados créditos sobre a massa (até ao montante máximo de 25% do passivo não subordinado da sociedade²¹), caso a sociedade venha a ser declarada insolvente no prazo de 2 anos. E os créditos que excedam tal montante, continuam a gozar – como sucedia até aqui – de privilégio creditório mobiliário geral (graduado antes do privilégio idêntico atribuído ao crédito dos trabalhadores)²².

Estes financiamentos não poderão também ser objeto de impugnação pauliana (artigo 17.º-H, n.º 5 CIRE), nem declarados nulos ou anulados ou serem considerados insuscetíveis de execução (artigo 17.º-H, n.º 6 CIRE).

A Diretiva não exige ainda que seja sempre nomeado um administrador judicial (ou “um profissional no domínio da reestruturação”, no dizer da Diretiva²³) para acompanhar as negociações e a realização do Acordo, assim como não exige que o Plano de reestruturação seja sempre “confirmado” ou homologado por uma autoridade administrativa ou judicial (cfr. artigo 10.º da Diretiva). Tal apenas será necessário em situações que atinjam de forma mais intensa – digamos assim – os interesses de partes afetadas pelo Plano, em especial os interesses dos credores (cfr. artigos 5.º e 10.º da Diretiva).

De todo o modo, o legislador português optou por tornar sempre – para todos os PERs – obrigatória a designação do AJP (cfr. artigo 17.º-C, n.º 5 e artigo 17.º-I, n.º 2 CIRE) e a homologação do Plano pelo Juiz (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7 e artigo 17.º-I, n.º 4 CIRE).

4. Apresentação do Plano no âmbito do PER

Os aspetos mais inovadores introduzidos, pela Lei 9/2022, no nosso regime do PER prendem-se, contudo, com a apresentação e conteúdo do Plano e, sobretudo, com a sua aprovação através da votação por categoria de credores, aspetos a que irei aqui precipuamente dedicar a atenção.

o plano de reestruturação, este prejudica injustamente os interesses dos credores” (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alínea *f*) CIRE).

²¹ Cfr. artigo 17.º-H, n.º 2 CIRE.

²² Vide artigo 17.º-H, n.º 3 CIRE. Os créditos concedidos em execução do Plano pelos sócios e outras pessoas especialmente relacionadas também gozam deste privilégio creditório mobiliário geral (artigo 17.º-H, n.º 4 CIRE).

²³ Cfr. artigo 5.º, n.º 2 da Diretiva.

Começemos pelo regime da apresentação do Plano no âmbito do PER.

4.1. Requerimento inicial: subscrição e classificação dos credores

Apesar de a Diretiva não o exigir, a nossa lei determina que o PER só poderá ter início através de um requerimento²⁴ assinado pela empresa devedora (pela sua administração) e por credores, não especialmente relacionados com a empresa, que representem, pelo menos, 10% dos créditos não subordinados (cfr. artigo 17.º-C, n.º 1 CIRE) e no qual deve ser manifestada a vontade de iniciarem negociações visando a revitalização da empresa.

Note-se, a este propósito, que a Lei 9/2022 veio, clarificando divergências doutrinárias sobre a matéria, prescrever o carácter taxativo do elenco das pessoas relacionadas (acrescentou-se o advérbio de modo “exclusivamente” no artigo 49.º, n.º 1 CIRE)²⁵ e dos créditos subordinados. Apesar de, quanto a este último aspeto, a letra do artigo 48.º CIRE não ser absolutamente explícita nesse sentido, é essa a solução expressamente afirmada na Proposta de Lei²⁶.

O requerimento inicial deve ser acompanhado dos documentos referidos no n.º 3 do artigo 17.º-C²⁷, e conter já uma proposta (preliminar ou provisória) do plano de recuperação, conforme dispõe o artigo 17.º-C, n.º 3, alínea c) CIRE²⁸.

Este requerimento inicial deve ainda incluir²⁹, e é isso que importa aqui especialmente sublinhar – pelo seu carácter absolutamente inovador entre nós –, a proposta de classificação dos credores por classes³⁰

²⁴ “Declaração escrita” – cfr. artigo 17.º-C, n.º 3 CIRE.

²⁵ Cfr. igualmente a p. 11 da Proposta de Lei.

²⁶ Artigo 48.º CIRE: “Consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência, os créditos que preencham os seguintes requisitos”. Vide também p. 11 da Proposta de Lei.

²⁷ Que transpõe o regime das alíneas c) a d) do n.º 1 do artigo 8.º da Diretiva.

²⁸ O Plano definitivo deve ser apresentado após a conclusão – ou o decurso do prazo para a conclusão – das negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE).

²⁹ Cfr. artigo 17.º-C, n.º 3, alínea d) CIRE.

³⁰ Tem sido entendido que a divisão dos créditos feita, de acordo com a classificação do artigo 47.º CIRE, é uma divisão/classificação por classes de credores, podendo depois fazer-se subdivisões em subclasses ou categorias. A designação usada na lei, a este propósito, não é, contudo, uniforme. No sentido de que a classificação em créditos garantidos, privilegiados, comuns e subordinados é uma divisão por classes, vide

em, pelo menos, credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados³¹.

O requerimento poderá ainda, se assim for desejado pelos subscritores³², subdividir estas classes de credores em subclasses ou categorias³³, “em função da existência de suficientes interesses comuns”, conforme prescreve a alínea *d*) do n.º 3 do artigo 17.º-C do CIRE, que com carácter meramente exemplificativo³⁴, indica as seguintes subclasses/categorias de credores:

- 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.

Note-se que a falta de densificação legal de critérios para a formação das categorias (tendo-se preferido uma enumeração meramente exemplificativa) irá seguramente originar disputas e controvérsias que poderiam ser evitadas se outra tivesse sido a opção do legislador. Na Diretiva, no Considerando 44, é feita essa densificação – a qual poderá

artigo 17.º-E, 1, alínea *c*). Mas, em sentido diferente, vide artigo 17.º-C, n.º 3, alínea *d*), que os qualifica como categorias.

³¹ Quanto à densificação do que seja cada uma destas categorias, ela é feita no n.º 4 artigo 47.º CIRE, que distingue entre:

- a*) créditos “garantidos”, que são os que beneficiam de garantias reais ou de privilégios creditórios especiais;
- b*) créditos “privilegiados”, que são os que beneficiam de privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente;
- c*) créditos “subordinados”, que são os previstos no artigo 48.º CIRE, nomeadamente os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva constituição; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé; os créditos por suprimentos; e
- d*) créditos “comuns”, que são os demais créditos.

³² A utilização do verbo “querer” no texto da lei aponta, na verdade, para uma faculdade e não uma obrigatoriedade, por parte dos subscritores do requerimento, quanto à apresentação da divisão dos credores também por subclasses ou categorias.

³³ Com esta categorização visa-se impedir que o Plano possa ser obstaculizado de ser aprovado exclusivamente pela vontade de um ou alguns credores; a vontade da maioria dos credores em situação idêntica prevalecerá sobre a vontade minoritária dos credores de cada categoria.

³⁴ Como resulta inequivocamente da norma através da utilização do advérbio “designadamente”.

servir como critério orientador entre nós –, estabelecendo-se que para a formação das categorias se deve atender aos direitos e ao grau de prioridade dos créditos e interesses das partes afetadas.

Refira-se, ainda, a este propósito, que o 4.º parágrafo do n.º 4 do artigo 9.º da Diretiva, estabelece que os “Estados-Membros tomam medidas adequadas para assegurar que a formação das categorias seja realizada tendo especialmente em vista proteger os credores vulneráveis, tais como os pequenos fornecedores”. É algo que, assim o julgo, não foi devidamente atendido, entre nós, com a alteração e transposição efetuada pela Lei 9/2022.

Esta categorização (em subclasses) efetuada pelos requerentes do PER, pode ser contestada pelos credores, no prazo para a impugnação de créditos (cfr. artigo 17.º-D, n.º 4 CIRE).

Esta norma estabelece que o credor que conteste a categorização proposta no requerimento inicial, deve indicar uma “proposta alternativa de classificação dos créditos”. Deve, contudo, considerar-se que, se esta proposta não for feita pelo credor, tal não deve determinar o indeferimento da reclamação, dado que o Juiz tem sempre de apreciar oficiosamente a classificação dos credores e, eventualmente, alterá-la (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 5 e 6 CIRE). Aquela obrigação de apresentação da proposta de classificação dos credores constituirá apenas um afloramento do princípio da cooperação, sem consequências para o apresentante, se não o fizer.

O correto agrupamento ou categorização dos credores deve depois ser objeto de controlo por parte do Tribunal, o qual deverá, em princípio, ser efetuado na decisão sobre impugnação de créditos (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 5 e 6 CIRE ³⁵). De todo o modo, a final, no momento da homologação, o Juiz deve apreciar se o tratamento dado às diferentes categorias de credores está de acordo com o regime legal, sob pena de, a não ser esse o caso, tal constituir causa para a recusa de homologação (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alíneas *b*), *c*) e *d*) CIRE).

³⁵ Vide artigo 17.º-D, n.º 5 CIRE que expressamente dispõe: “O juiz dispõe, em seguida, de cinco dias úteis para decidir sobre as impugnações apresentadas e, caso aplicável, decidir sobre a conformidade da formação das categorias de créditos nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo anterior, podendo determinar a sua alteração no caso de as mesmas não refletirem o universo de credores da empresa ou a existência de suficientes interesses comuns entre estes”.

4.2. Âmbito de aplicação do regime de classificação dos credores

O regime de classificação dos créditos não é aplicável – conforme é imposto pela Diretiva³⁶ – às micro, pequenas e médias empresas. É a solução que está, entre nós, consagrada no artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE.

Note-se, em todo o caso, que as Micro e Pequenas e Médias Empresas (MPME) não são nunca obrigadas a subdividir os credores por categorias. Já quanto à divisão dos credores pelas classes do artigo 47.º CSC, se não o têm de fazer no requerimento inicial (artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE), já terão de proceder a tal classificação no plano final que apresentam ao Tribunal após as negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea c) CIRE).

Deste regime resulta, no entanto, que só as grandes empresas – em Portugal, só as empresas que empregam mais de 250 trabalhadores ou que têm um volume de negócios anual superior a 50 milhões ou que têm um balanço total anual superior a 43 milhões de euros³⁷ – é que estão obrigadas a apresentar esta lista de credores por subclasses categorias.

Mas, se as MPME apresentarem tal lista, será com base nela que se determinará a aprovação do Plano, nos termos que veremos infra.

Não deixa, de qualquer modo, de ser curioso, que, dado o nosso tecido empresarial, que é sobretudo composto por MPME, aquela que é apresentada na lei como regra (a subdivisão dos credores por categorias) seja, afinal, a exceção.

4.3. Prazo para a apresentação do Plano de recuperação definitivo

A empresa³⁸ deve apresentar e depositar no Tribunal, até “ao último dia do prazo de negociações”, uma versão final (ou definitiva) Plano de Recuperação (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE)³⁹.

³⁶ Cfr. 3.º parágrafo do n.º 4 do artigo 9.º da Diretiva.

³⁷ Vide artigo 2.º, n.º 1, *a contrario* do Anexo ao DL 372/2007, de 6 de novembro.

³⁸ Note-se que, apesar de a Diretiva apenas impor a necessidade do acordo do devedor, relativamente ao Plano, para as PME (cfr. artigo 11.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva), o CIRE determina que, seja qual for o tipo de empresa devedora, o Plano tem sempre de merecer a sua concordância, uma vez que o mesmo deve ser por ela apresentado e depositado no Tribunal.

³⁹ Este Plano definitivo deve ser publicado, “de imediato” no Citius (artigo 17.º-F, n.º 1 CIRE), dispondo os credores de cinco dias para se pronunciarem sobre o

Este prazo de negociações é de dois meses, após o término do prazo para impugnação dos créditos, podendo ser prorrogado por um mês mais, por acordo entre o AJP e a empresa (cfr. artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE).

Note-se que este prazo para a apresentação Plano definitivo não está alinhado – podendo conduzir a soluções não coincidentes – com o prazo de “standstill” (de suspensão de medidas de execução previstas para proteção da empresa devedora⁴⁰⁻⁴¹).

mesmo, nomeadamente alegando as razões por que o mesmo não deverá ser homologado (podendo a empresa, também no prazo de cinco dias responder e, querendo-o, alterar o Plano (artigo 17.º-F, n.º 2 CIRE). Findos estes prazos, deve ser publicado novo anúncio no Cítilus, indicando se houve ou não alteração Plano, passando a partir deste anúncio a correr o prazo de 10 dias para a votação, prazo durante o qual pode qualquer credor solicitar a não homologação do Plano (artigo 17.º-F, n.º 3 CIRE).

Sublinhe-se que a lei não é clara se estes prazos se referem a dias úteis ou seguidos. Com efeito, o CIRE utiliza, sem grande critério, a referência a dias úteis, a dias “contados” (*sic*) ou simplesmente a dias (sem qualquer qualificativo, como sucede neste artigo 17.º-F - CIRE). Em todo o caso, uma vez que, na maioria dos casos os prazos, no CIRE, são contados em dias úteis, deverá entender-se que, na ausência de indicação expressa sobre a modalidade de contagem do prazo, será esta a solução aplicável.

⁴⁰ A Lei 9/2022 esclarece agora que a suspensão respeita apenas às ações executivas (cfr. artigo 17.º-E, n.ºs 1 e 2); i.é, fica apenas proibida a instauração de quaisquer ações executivas contra a sociedade para cobrança de créditos, ficando igualmente suspensas todas as ações executivas que se encontrem pendentes (vide p. 6 da Proposta de Lei). Ficam excecionadas deste regime, as ações executivas para cobrança de créditos de trabalhadores (artigo 17.º-E, n.º 4 CIRE).

Por outro lado, é, acertadamente, eliminada a referência à extinção das ações em curso com a homologação do plano de revitalização. As ações podem prosseguir, mas sujeitando-se às condições aprovadas no Plano. (ou seja, o valor exequendo, reduzido nos termos aprovados no Plano, poderá continuar a ser reclamado na execução que ficou suspensa).

⁴¹ Neste âmbito, alarga-se também a noção de “contratos executórios essenciais” (vide p. 7 da Proposta de Lei), que terão de continuar a ser pontualmente cumpridos pela contraparte, ainda que sem pagamento do preço por parte da Requerente do PER (a Diretiva expressamente admite que o período de “standstill” se aplique igualmente a contratos não essenciais – cfr. 3.º parágrafo do n.º 4 do artigo 7.º da Diretiva). De acordo com o artigo 17.º-E, n.º 11 CIRE, estes contratos passam a abranger não só os serviços públicos essenciais, como sucedia antes desta reforma de 2022, mas todos “os contratos de execução continuada que sejam necessários à continuação do exercício corrente da atividade da empresa”, proibindo-se expressamente que os credores possam recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente esses contratos em prejuízo da empresa, quando o único fundamento para tal seja a falta de pagamento de dívidas constituídas antes da suspensão (artigo 17.º-E, n.º 10 CIRE). Mantém-se o regime já vigente, de que o preço destes bens e serviços essenciais, proporcionados à sociedade, neste período de “standstill”, são dívidas da massa, numa insolvência que venha a ocorrer no prazo de dois anos (artigo 17.º-E, n.º 12 CIRE).

Com efeito, a Lei 9/2022 estabeleceu que este período de “standstill” se inicia com a designação do AJP (cfr. artigos 17.º-E, n.ºs 1 e 2), podendo prolongar-se por um período de 4 meses, o qual pode ser prorrogado, no máximo, por mais um mês⁴².

Ora, pese embora o prazo para as negociações ser mais curto (2 meses, prorrogável por mais um mês) que o prazo de “standstill” (que é de 4 meses, podendo ser prorrogado por mais um mês), poderá suceder, uma vez que o termo inicial dos dois prazos não é o mesmo⁴³, que o prazo de suspensão termine antes do prazo para as negociações, com os inconvenientes daí decorrentes, nomeadamente para a recuperação e viabilização da empresa.

4.4. Conteúdo mínimo do Plano

O artigo 17.º-F CIRE – transpondo o regime do artigo 8.º da Diretiva – estabelece qual é o conteúdo mínimo do Plano de Recuperação, que deve nomeadamente indicar:

- As partes afetadas pelo conteúdo do plano⁴⁴, designadas a título individual e, se aplicável, repartidas pelas categorias em que tenham sido agrupadas (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea *d*) CIRE)⁴⁵;

⁴² A Diretiva estabelece também este período máximo inicial de 4 meses (cfr. artigo 6.º, n.º 6 da Diretiva), mas admite que o prazo máximo de suspensão (com prorrogações) possa ir até 12 meses (cfr. artigo 6.º, n.º 8 da Diretiva).

⁴³ O prazo de “standstill” inicia-se com a designação do AJP, enquanto o prazo das negociações se inicia após o fim do prazo para a impugnação dos créditos. E apesar dos prazos curtos para a apresentação e tramitação das impugnações (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 2 a 6), poderá suceder que o prazo para a negociação se prolongue para além do prazo de “standstill”.

Os prazos para a tramitação do processo são efetivamente extremamente curtos (cfr. artigo 17.º-D, n.ºs 2 a 6): Os credores têm 20 dias “contados” (*sic!* deverá entender-se como dias “seguidos”), após a publicação do edital no Citius, para reclamar os seus créditos; o AJP tem 5 dias (úteis? – vide *supra* nota 40) para elaborar lista provisória de créditos. Segue-se um prazo de cinco “dias úteis”, após publicação da lista no Citius, para impugnação dos créditos relacionados. E, finalmente, o juiz dispõe de 5 “dias úteis” para decidir as impugnações. O prazo para as negociações começa a decorrer cinco dias após a publicação no Citius da lista provisória de créditos. E, por isso, se percebe que o prazo de dois meses para as negociações possa sem dificuldade ultrapassar o prazo de quatro meses de “standstill”.

⁴⁴ Note-se que enquanto a Diretiva menciona partes afetadas, no CIRE usa-se, um pouco indistintamente, partes afetadas e credores afetados, o que não é a mesma coisa. Pense-se, p. ex., nos sócios, que podem não ser credores e serem afetados pelo Plano.

⁴⁵ A alínea *c*) do n.º 1 do artigo 17.º-F CIRE – que respeita ao Plano apresentado por MPMEs – determina que também nestes casos se deve discriminar, por “classes de

- As partes não afetadas pelo plano de recuperação, juntamente com uma descrição das razões pelas quais o Plano não as afeta (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea *e*) CIRE);
- As condições do plano de reestruturação, incluindo, em especial, as medidas de reestruturação propostas e a sua duração (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea *f*) CIRE); e
- Uma exposição que indique as causas das dificuldades da empresa e que explique as razões pelas quais há uma perspectiva razoável de o plano de recuperação evitar a insolvência da empresa e garantir a sua viabilidade (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea *j*) CIRE).

5. Aprovação e homologação do Plano

Apresentada a versão final do Plano, ela terá depois de ser aprovada pelos credores, pelas maiorias que veremos de seguida, devendo, ainda, entre nós⁴⁶, ser sempre homologado pelo Juiz, o qual apenas poderá recusar esta homologação nas hipóteses taxativamente previstas no n.º 7 do artigo 17.º-F⁴⁷.

Uma vez homologado o Plano, a nossa lei determina que ele passa a vincular a empresa e todos os credores, mesmo os que não hajam reclamado os seus créditos ou não tenham participado nas negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 11 CIRE)⁴⁸.

Trata-se de uma solução que vem do regime inicial do PER aprovado em 2012, e que se justifica pelo princípio da igualdade de

créditos nos termos do artigo 47.º”, as partes afetadas pelo Plano. Esta solução – da classificação dos credores por categorias –, para as MPMEs, não é, porém, imposta nem pela Diretiva, nem pelo artigo 17.º-C, n.º 4 CIRE. Deve, por isso, entender-se que, tratando-se de uma MPME, tal discriminação por subclasses ou categorias de credores só terá de ser efetuada quando a empresa, voluntariamente, tenha feito tal classificação dos credores.

⁴⁶ Embora tal não seja imposto pela Diretiva.

⁴⁷ Que transpõe o regime do artigo 10.º da Diretiva.

⁴⁸ Note-se que, a este propósito, o artigo 15.º da Diretiva estabelece:

“1. Os Estados-Membros asseguram que os planos de reestruturação confirmados por uma autoridade judicial ou administrativa sejam vinculativos para todas as partes afetadas designadas ou repartidas em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, alínea c) [norma que se refere à classificação dos credores por categorias].

2. Os Estados-Membros asseguram que os credores que não estiveram envolvidos na adoção de um plano de reestruturação nos termos do direito nacional não sejam afetados por esse plano.”.

tratamento de credores e também porque a homologação do Plano passa pelo crivo judicial.

Para que o Plano possa ser homologado e entre em vigor – passando, como se disse, a vincular todos os credores, mesmo os que não hajam reclamado os seus créditos ou não tenham participado nas negociações (cfr. artigo 17.º-F, n.º 11 CIRE) – é necessário que ele supere, com sucesso, três testes:

- i)* o teste de viabilidade económica
- ii)* o teste de aprovação mínima por parte dos credores; e
- iii)* o teste do melhor interesse dos credores

Analisemos cada um deles.

5.1. O teste de viabilidade económica

Uma das inovações que resulta da Diretiva é a de permitir que os EM possam estabelecer que o Plano só seja “confirmado” ou, entre nós, homologado pelo Juiz, quando a empresa apresente viabilidade económica⁴⁹.

O nosso legislador, usando esta possibilidade, transpôs aquele regime para a alínea g) do n.º 7 do artigo 17.º-F do CIRE. E de acordo com esta norma – que reproduz o artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva –, o Juiz deverá recusar a homologação do Plano, quando este “não apresenta perspectivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da mesma”.

Para permitir esta avaliação por parte do Juiz, a lei obriga a que, com a versão final do Plano, seja apresentada, pela empresa, uma exposição em se que fundamente e explique as razões pelas quais se considera que ela é, com a execução daquele Plano, viável (cfr. artigo 17.º-F, n.º 1, alínea j) CIRE).

E também o AJP deve emitir parecer fundamentado sobre esta matéria, pronunciando-se sobre se o Plano assegura a tal perspectiva razoável de viabilização da empresa⁵⁰. E, sublinhe-se, este Parecer deverá ser emitido pelo AJP, seja quando o Plano é aprovado apenas por maioria (artigo 17.º-F, n.º 6), seja, inclusivamente, quando o mesmo é aprova-

⁴⁹ Quando “apresente perspectivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa” (cfr. artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva).

⁵⁰ À semelhança do regime que se previu no PEVE. Vide p. 8 da Proposta de Lei.

do pela unanimidade dos credores (artigo 17.º-F, n.º 4), o que mostra à evidência a preocupação do legislador em assegurar que este teste de viabilidade económica seja sempre realizado.

Note-se que, apesar de no considerando 50 da Diretiva expressamente se afirmar que esta apreciação sobre o mérito do Plano, por parte do Tribunal, não necessitar de ser oficiosa, a nossa lei não consagrou tal solução. Ou seja, entre nós, o Juiz deve sempre, officiosamente – porque se trata de uma condição para a homologação (ou recusa de homologação) do Plano –, apreciar a bondade do Plano relativamente à viabilização da empresa.

Percebe-se a finalidade do regime: evitar que possam ser homologados Planos que, afinal, não evitem que a empresa se mantenha moribunda, nem impeçam a sua insolvência!

Esta é, em todo o caso, uma solução que apresenta enormes dificuldades de ordem prática.

De facto, os juízes não têm os conhecimentos nem as competências necessárias para avaliar a razoabilidade do Plano e a viabilidade económica que do mesmo possa resultar para a empresa.

E não é plausível nem crível admitir que o Juiz possa recorrer a peritos para o ajudar nesta tarefa, atento o prazo extremamente curto de que ele dispõe – 10 dias⁵¹ – para proferir a decisão sobre a homologação ou recusa de homologação.

Seja como for, atento o regime que resulta da BJR (*Business Judgment Rule*), que tem hoje consagração legal entre nós⁵², e a consequente limitação da intrusão judicial na vida das sociedades que dela resulta, deve entender-se que o Tribunal só deverá recusar a homologação quando for absolutamente manifesto que o Plano não assegurará a viabilização da empresa. E essa recusa de homologação só deverá ocorrer – assim me parece também – quando haja alguém (p. ex., o AJP, no seu Parecer ou um requerimento de algum credor nesse sentido) que alegue fundamentadamente que o Plano não preenche aquela exigência legal.

Ou seja, se nenhum interessado contestar a viabilidade económica da empresa com o Plano aprovado, não deverá ser o Juiz, em princípio, por mote próprio, a recusar a homologação do mesmo.

⁵¹ Cfr. artigo 17.º-F, n.º 7 CIRE.

⁵² Cfr. artigo 72.º, n.º 2 CSC.

Trata-se de uma solução alinhada com a prevista no artigo 17.º-F, n.º 8 CIRE, em que o Juiz pode, em certas situações, determinar a avaliação da empresa, mas apenas quando haja um credor que discorde da aprovação do Plano⁵³.

5.2. O teste de aprovação mínima por parte dos credores

Apresentado o Plano, este tem de ser aprovado pelos credores.

E é inquestionável que com o novo regime – com a votação por categorias de credores e com a alteração dos quóruns para a sua aprovação – claramente se facilitou e aligeirou a aprovação do PER⁵⁴. Com efeito, a lei admite agora várias alternativas para a aprovação do Plano com quóruns menos exigentes do que se previa no direito progressivo, e em que se admite até, como veremos, que o Plano possa ser aprovado contra a vontade dos credores que representam a maioria dos créditos⁵⁵.

A votação do Plano é feita por escrito (artigo 17.º-F, n.º 6 CIRE), devendo a abertura dos votos feita pelo AJP em conjunto com a empresa⁵⁶ e sendo o voto contabilizado em função do capital⁵⁷. Os créditos impugnados poderão ser contabilizados se se considerar que há uma probabilidade séria de estes serem reconhecidos (cfr. artigo 17.º-F, n.º 5 CIRE); já os créditos não afetados pelo Plano não conferem direito de voto (artigo 211.º CIRE aplicável ao PER *ex vi* artigo 17.º-F, n.º 6 CIRE⁵⁸).

⁵³ Trata-se de uma posição que se aproxima – embora não seja totalmente coincidente – de uma outra que considera que desde que o Plano tenha sido aprovado pelos credores se deve “presumir” ou concluir que “tem viabilidade”.

⁵⁴ P. 12 da Proposta de Lei. Não é preciso, agora, confrontar a posição de cada credor com os demais, mas apenas o tratamento que é dado aos credores dentro da mesma categoria.

⁵⁵ Deixa de se atender apenas à tradicional divisão, que vigorava entre nós, entre os votos dos credores subordinados e não subordinados e a exigência de que o Plano fosse aprovado pela maioria dos créditos destes últimos, como continua a suceder para a aprovação do Plano na insolvência (cfr. artigo 212.º CIRE).

⁵⁶ Apesar de a lei o não referir, deve entender-se, em obediência ao princípio da transparência do procedimento, que os credores devem poder, caso o desejem e manifestem a sua vontade nesse sentido, poder estar presente no momento da abertura e contabilização dos votos.

⁵⁷ Um euro corresponde a um voto (cfr. artigo 73.º, n.º 1 CIRE).

⁵⁸ Solução que resulta igualmente do n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva.

Relativamente à votação propriamente dita, há agora que distinguir três situações:

- a situação em que o Plano é aprovado pela unanimidade dos credores;
- a situação em que tal não sucede e a aprovação é feita por categorias (ou subclasses) de credores; e
- a situação em que não há a divisão dos credores por categorias (ou subclasses).

5.2.1. A aprovação do Plano pela unanimidade dos credores

Na hipótese em que o Plano é aprovado pela unanimidade dos credores, o processo deve ser imediatamente remetido ao Tribunal pelo AJP, com o seu Parecer sobre a viabilidade da recuperação da empresa com o Plano aprovado.

Recebido o processo, o Juiz deve sindicá-lo se o mesmo passa pelo crivo dos requisitos de que depende a homologação previstos no artigo 17.º-F, n.º 7 CIRE⁵⁹, nomeadamente verificando se o mesmo passa no teste de viabilidade económica⁶⁰, mas já não tendo que apreciar o teste do melhor interesse dos credores, uma vez que este não tem carácter oficioso. I.é, o teste do melhor interesse dos credores apenas deve ser analisado pelo Tribunal quando algum credor requeira a não homologação do Plano com base nesse fundamento (cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alínea e) CIRE)⁶¹, o que aqui não sucederá uma vez que todos votaram favoravelmente o Plano.

5.2.2. A aprovação do Plano por categorias de credores

Uma segunda hipótese a considerar verifica-se quando os credores são – por imposição legal ou por vontade da empresa – agrupados por categorias⁶².

⁵⁹ Não havendo razões para recusar a homologação, o Juiz deverá homologar o Plano, que produzirá imediatamente os seus efeitos (artigo 17.º-F, n.º 4 CIRE).

⁶⁰ Cfr. artigo 17.º-F, n.º 7, alínea g) CIRE.

⁶¹ Não haverá também aqui lugar à aplicação do regime previsto no n.º 8 do artigo 17.º-F CIRE (i.e., ser determinada a avaliação da empresa pelo Juiz), uma vez que não há credores discordantes.

⁶² O regime consta do artigo 17.º-F, n.º 5, alínea a) CIRE, que transpõe o regime do artigo 11.º da Diretiva.

Neste caso, considera-se que o voto de uma categoria é favorável se obtiver dois terços da totalidade dos votos emitidos⁶³ (não se considerando como tal as abstenções) no âmbito dessa categoria⁶⁴.

Determinado o sentido de voto de cada uma das categorias, o Plano considerar-se-á aprovado, quando se verifique uma de três situações⁶⁵:

- a) quando obtenha o voto favorável de todas as categorias formadas (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *a*), item i) CIRE);
- b) quando obtenha o voto favorável da maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma das categorias que aprova o Plano seja uma categoria de credores garantidos ou, não havendo categorias de credores garantidos, pelo menos uma das categorias que aprova o Plano seja de credores não subordinados (cfr. artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *a*), item *ii*) e *iii*) CIRE)⁶⁶; ou
- c) quando, havendo empate entre categorias, a aprovação do Plano tenha sido votada por, pelo menos uma categoria de credores não subordinados⁶⁷; i. é, desde que seja votada por uma categoria de credores de grau hierárquico superior (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *a*), item *iv*) CIRE).

⁶³ Ao determinar o quórum deliberativo pelo universo de votos emitidos, isto pode fazer com que uma minoria dos credores e créditos dessa categoria – apenas os que votaram – determinem o sentido de voto. E esta é uma solução que contraria o regime da Diretiva, que manda atender à maioria créditos em cada uma das categorias (cfr. artigo 9.º, n.º 6 CIRE).

⁶⁴ Na Diretiva estabelece-se como limite máximo que pode ser exigido para a aprovação por uma categoria, votos correspondentes a 75% do montante dos créditos dessa categoria (cfr. artigo 9.º, n.º 6 da Diretiva).

⁶⁵ Questão duvidosa é a de saber – dado o modo pouco claro como se encontra redigida a interligação das diferentes alíneas do n.º 5 do artigo 17.º-F CIRE – se, havendo classificação dos credores por categorias, se poderá aplicar à respetiva aprovação do Plano o método previsto na al. c) do n.º 5 do artigo 17.º-F CIRE – ou se este é exclusivamente aplicável para as situações em que não se verifica tal classificação por subclasses ou categorias de credores.

⁶⁶ Note-se que, se não houver credores garantidos e o plano for aprovado por uma maioria das categorias formadas, poderá o Juiz determinar a avaliação da empresa. Sublinhe-se, contudo, que o Juiz só poderá determinar esta medida, se tiver sido requerida a não homologação do Plano com fundamento em não ter sido respeitado este quórum deliberativo, este teste de aprovação mínima (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8, alínea *b*) CIRE).

⁶⁷ Também em caso de empate na votação por categorias pode haver lugar à avaliação da empresa, nos mesmos termos referidos na nota anterior (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8, alínea *b*) CIRE).

Já se vê que com este regime, será possível que os credores titulares de uma parcela minoritária dos créditos sobre a empresa possam impor a aprovação do Plano contra a vontade dos demais credores; i. é, será possível impor uma reestruturação forçada da dívida contra uma ou mais categoria de credores (aquilo que no jargão anglo-saxónico se costuma designar por *cross-class cram-down*⁶⁸). Pense-se, p. ex., no caso de trabalhadores cujos créditos correspondam a 1% do passivo da empresa e de credores hipotecários (p. ex., instituições financeiras) que representem também 1% do passivo. Caso 67% dos votos daquelas duas categorias votem favoravelmente o Plano, poderão eventualmente impor a respetiva aprovação contra a vontade dos restantes credores que representam 98% da totalidade do passivo da empresa!

A Diretiva e a nossa lei estabelecem, no entanto, algumas válvulas de segurança que previnem resultados menos judiciosos e que permitirão acautelar e tutelar, em grande medida, os interesses destes credores discordantes da aprovação do Plano, numa situação como a indicada

Isso resultará, desde logo e antes de mais, do teste do “melhor interesse dos credores”, que será analisado infra.

Mas tal resulta também da circunstância de o Juiz – nos termos do artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE – dever ainda recusar a homologação do Plano pelo Juiz, nomeadamente, quando:

- “no caso de classificação dos credores em categorias distintas, os credores inseridos numa mesma categoria não forem tratados de forma igual e proporcional” (cfr. alínea b) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE); e
- “alguma categoria de credores receber ou conservar, no âmbito do plano de recuperação, mais do que o montante correspondente à totalidade dos seus créditos” (cfr. alínea d) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE).

5.2.3. A aprovação do Plano, não havendo a classificação dos credores por categorias

Finalmente, uma terceira hipótese a considerar na votação do Plano, ocorre quando os credores não são agrupados por categorias ou subclasses (o que apenas será possível, como vimos, para as MPME).

⁶⁸ Cfr. artigo 11.º da Diretiva.

Nesta situação, em que não há categorias de credores, o Plano considerar-se-á aprovado⁶⁹, quando:

- a) for votado por, pelo menos, um terço da totalidade dos votos (não se contando como tal as abstenções) e obtiver o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, desde que estes votos favoráveis correspondam a mais de 50% dos votos emitidos de créditos não subordinados (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *b*) CIRE); ou
- b) obtiver o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de 50% da totalidade dos créditos e desde que estes votos favoráveis correspondam igualmente a mais de 50% dos votos emitidos de créditos não subordinados (artigo 17.º-F, n.º 5, alínea *c*) CIRE).

Votado o Plano, deve o AJP remeter o processo ao Juiz, que deverá sindicá-lo se o mesmo foi aprovado pelos quóruns legalmente exigidos; i. é, deve verificar se o Plano passa neste teste da aprovação mínima, devendo recusar a homologação quando tal não suceda⁷⁰.

5.3. O teste do melhor interesse dos credores

Ainda que o Plano passe – na apreciação feita pelo Juiz – no teste da viabilidade económica e no teste da aprovação mínima pelos credores, o Tribunal não deverá, ainda assim, homologar o Plano se não passar no teste do melhor interesse dos credores⁷¹.

Isto é, se “a situação do credor ao abrigo do plano for menos favorável do que seria num cenário de liquidação da empresa”. É o que prescreve a alínea *e*) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE⁷².

Note-se que na alínea *c*) deste n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE é igualmente consagrado aquilo que se pode designar pelo teste do melhor

⁶⁹ O regime consta do artigo 17.º-F, n.º 5, alíneas *b*) e *c*) CIRE.

⁷⁰ Cfr. alínea *a*) do referido n.º 7 do artigo 17.º-F CIRE.

⁷¹ Cfr. considerando 52 da Diretiva e artigo 2.º, n.º 6: o teste do “melhor interesse dos credores” consiste em nenhum credor discordante poder ficar em pior situação com o plano de reestruturação do que ficaria quer em caso de liquidação, seja através da liquidação fracionada, seja da venda da empresa em atividade, quer em caso de melhor cenário alternativo, se o plano de reestruturação não for homologado.

⁷² Vide, no mesmo sentido, artigo 10.º, n.º 2, alínea *d*) e n.º 2, parágrafo final da Diretiva.

interesse das diferentes categorias de credores (que não apenas o melhor interesse de cada credor individualmente considerado). Com efeito, estatui-se nesta norma que o Plano não deve ser homologado pelo Juiz, “se os créditos das categorias votantes discordantes receberem um tratamento menos favorável do que o de qualquer outra categoria do mesmo grau ou menos favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior”.

Importa aqui sublinhar que, que, ao contrário dos dois primeiros testes, o controle deste teste não pode, no entanto, ser officiosamente feito pelo Tribunal⁷³. Ele terá sempre de ser requerido por um credor discordante, com fundamento precisamente na circunstância de ele ficar, com a execução do Plano, numa posição pior e mais desfavorável do que ficaria sem a aprovação do Plano.

Nesta hipótese, em que um credor discordante solicita que o Plano não seja homologado, alegando que ele não passa no teste do melhor interesse dos credores, o Juiz poderá determinar a avaliação da empresa (cfr. artigo 17.º-F, n.º 8, alínea *a*) CIRE) para aferir sobre a bondade do argumento invocado.

6. A não aprovação ou homologação do Plano

Para terminar, uma breve nota sobre a não aprovação ou homologação do Plano⁷⁴. O Plano poderá não ser aprovado⁷⁵ – p. ex., porque não obteve o quórum legalmente exigido ou por ter sido ultrapassado o prazo para as negociações⁷⁶ – ou não ser homologado pelo Juiz (o que apenas deverá suceder nas hipóteses previstas no artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE, nomeadamente quando não passe nos 3 testes acima referidos).

⁷³ Cfr. a parte final da alínea *e*) do n.º 7 do artigo 17.º-D CIRE.

⁷⁴ Note-se que a empresa pode pôr termo às negociações, a todo o tempo e independentemente de qualquer causa, devendo-o comunicar, por carta registada, ao tribunal, ao AJP e aos credores (cfr. artigo 17.º-G, n.º 2 CIRE).

⁷⁵ O recurso ao PER – seja ele concluído com a aprovação e homologação do Plano ou encerrado sem que tal suceda – impede a empresa de instaurar um outro PER no prazo de dois anos (cfr. artigo 17.º-F, n.º 14 e artigo 17.º-G, n.º 8 CIRE).

⁷⁶ Que é, como já se disse, de 2 meses prorrogável por mais um mês (cfr. artigo 17.º-D, n.º 7 CIRE).

Neste caso, não sendo o Plano aprovado⁷⁷ ou não sendo homologado⁷⁸, o AJP deve, depois de ouvir a empresa e os credores, emitir um parecer sobre a situação de insolvência da sociedade.

Na anterior redação do artigo 17.º-G CIRE, se o parecer emitido pelo AJP fosse no sentido de que a sociedade se encontrava insolvente, tal declaração era equiparada à apresentação à insolvência por parte da sociedade e, conseqüentemente, ela deveria ser imediatamente declarada insolvente pelo Tribunal. Esta solução foi, contudo, considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional⁷⁹.

Por isso, a Lei 9/2022 veio alterar este regime – que consta(va) do artigo 17.º-G CIRE –, por forma a ultrapassar aquela inconstitucionalidade. Assim, com a reforma de 2022 do CIRE, a emissão do Parecer pelo AJP, considerando que a empresa está insolvente, apenas equivale à apresentação da sociedade à insolvência, quando esta a isso não se opuser. Havendo oposição da empresa quanto ao sentido daquele Parecer, o PER é encerrado e todos os seus efeitos são extintos (cfr. artigo 17.º-G, n.ºs 3 a 7 CIRE). Ou seja, o encerramento do PER com a emissão do Parecer do AJP, no sentido de que a empresa está insolvente, não determina, hoje, necessariamente a insolvência da empresa, como sucedeu no passado.

Bibliografia

- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da Insolvência*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2022.
- PAULUS, Christoph / DAMMANN, Reinhard, *European Restructuring Directive – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden: Beck/Hart/Nomos, 2021.

⁷⁷ Cfr. artigo 17.º-F, n.ºs 5 a 7.

⁷⁸ Cfr. artigo 17.º-F, n.º 9, que remete para o disposto no artigo 17.º-G CIRE.

⁷⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 675/2018, de 18 de Dezembro de 2018, publicado no Diário da República, I Série, n.º 16, de 23 de janeiro de 2019, que “declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 4 do artigo 17.º-G do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, quando interpretada no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28.º – ainda que com as necessárias adaptações –, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorde da sua situação de insolvência”.

- RICHTER, Tomáš / THERY, Adrian, “Guidance note 1: The implementation of preventive restructuring frameworks under EU Directive 2019/1023 – Claims, classes, voting, confirmation and the cross-class cram-down”, *INSOL Europe*, April 2020.
- 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 *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, *Ebook*, 2021, 14-31.
- “Satisfação dos interesses dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, *Católica Law Review* 5/2 (2021) 13-43.
- SILVA, Fátima Reis, “As alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?”, in *O plano de recuperação e resiliência para a justiça económica e a transposição da diretiva 2019/1023, do parlamento europeu e do conselho*, CEJ, *Ebook*, 2021, 32-41.