

IN_SOLVENS: Direito da Insolvência em Portugal – Apresentação de um Projeto em Cursoⁱ

Administração da justiça e sua influência sobre o direito e as organizações públicas e privadas

Mariana França Gouveia (Professora Catedrática da NOVA School of Law e Sócia da PLMJ Advogados)

João Pedro Pinto-Ferreira (Professor Convidado da NOVA School of Law e Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade)

Higina Castelo (Juíza Desembargadora e Investigadora do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade)

Lua Mota Santos (Bolsista do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade)

Guilherme Gomes (Auditor de Justiça no Centro de Estudos Judiciários, Doutorando da NOVA School of Law e Investigador do CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade)

RESUMO

O projeto IN_SOLVENS partiu da constatação de dois aspetos: a duração média dos processos de insolvência em Portugal excede o que se verifica nos principais centros financeiros mundiais e mesmo a média europeia; a utilização dos mecanismos de pré-insolvência (introduzidos em 2012 e reforçados ao longo dos últimos anos) é ainda residual. O projeto tem um duplo propósito: numa dimensão analítica, identificar as causas e os efeitos associados à elevada duração dos processos de insolvência e à utilização residual dos mecanismos de pré-insolvência; numa vertente prospetiva, desenhar propostas de alteração legislativa e das práticas adotadas pelos vários agentes que promovam uma abordagem preventiva em relação à insolvência e a agilização do processo de insolvência. Neste artigo, além de apresentar o projeto e os seus objetivos (ponto 1), o intuito passa por abordar o seu caráter multidisciplinar e as várias linhas de investigação – estudo do contexto jurídico, análise económica, inquérito a empresas, entrevistas aos operadores do sistema, análise quantitativa de processos judiciais findos e análise qualitativa de decisões judiciais – (ponto 2), apresentar o enquadramento normativo atual em matéria de reestruturação preventiva e traçar as perspetivas de evolução num futuro próximo tendo em conta a transposição da Diretiva (UE) 2019/1023 (ponto 4) e partilhar os primeiros dados recolhidos na sequência da análise de 5% do total de processos especiais de revitalização findos entre 2012 e 2020 (ponto 5).

Palavras-Chave: IN_SOLVENS; insolvência; pré-insolvência; abordagem multidisciplinar; processo especial de revitalização.

ABSTRACT

The IN_SOLVENS project will focus on two main findings: the average length of insolvency proceedings in Portugal exceeds that in most major international financial centres and even the EU average; the use of pre-insolvency mechanisms (introduced in 2012 and strengthened ever since) remains scarce. The project has two main goals: on the one hand, to identify the causes and the effects associated to the considerable length of insolvency proceedings and to the low use of pre-insolvency mechanisms; on the other hand, to design a new legal framework based on a preventive approach towards insolvency and on streamlined insolvency proceedings. In this paper, our goal is to present the project and its main objectives (topic 1), explain its multidisciplinary approach – legal framework, economic analysis, business survey, interviews to key stakeholders, consultation of closed court cases and qualitative analysis of judicial decisions – (topic 2), address the current legal framework on preventive restructuring in Portugal and the future prospects following transposition of Directive (EU) (UE) 2019/1023 (topic 4) and present the first data obtained from the analysis of 5% of the total number of special proceedings for revitalization concluded between 2012 and 2020.

Keywords: IN_SOLVENS; insolvency; preventive restructuring frameworks; multidisciplinary approach; special proceedings for revitalization.

1. A ideia, o objeto e os objetivos

O projeto “Direito da Insolvência em Portugal – Uma Análise Multidisciplinar” (IN_SOLVENS) partiu da análise de dados estatísticos sobre a duração dos processos de insolvência e a utilização dos mecanismos de pré-insolvência em Portugal.

De acordo com os dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério da Justiça (Direção-Geral da Política de Justiça, 2020a), a duração média dos processos de insolvência até ao seu ingresso no arquivo do tribunal atingiu, em média, os 67 meses no 4.º trimestre de 2020. Uma parte muito significativa dessa duração – 64 meses – está concentrada na fase posterior à declaração de insolvência, ou seja, nas diligências que têm em vista a liquidação do património do devedor ou a elaboração de um plano de recuperação da empresa. A análise dos dados referentes a anos anteriores permite ainda constatar que a duração média dos processos de insolvência apresenta uma tendência de crescimento contínuo desde 2014, altura em que situava nos 29 meses.

Por seu turno, os dados divulgados pelo Banco Mundial (Banco Mundial, 2020) permitem concluir que, em Portugal, entre o incumprimento do devedor e o pagamento (ainda que parcial) do crédito no âmbito de um processo de insolvência decorrem, em média, 3 anos. Em termos comparativos, este valor é ligeiramente superior à média europeia (que se situa nos 2,3 anos) e excede largamente aquilo que se verifica em grandes centros financeiros, como o Japão (0,6 anos), os Estados Unidos da América (1 ano) ou França (1,9 anos).

No que respeita aos processos judiciais de pré-insolvência - o processo especial de revitalização (introduzido em 2012) e o processo especial para acordo de pagamento (aprovado em 2017) - os dados do Ministério da Justiça (Direção-Geral da Política de Justiça, 2020b) permitem constatar a sua utilização residual. De facto, desde a entrada em vigor do primeiro destes mecanismos - o processo especial de revitalização (PER), em maio de 2012 - até dezembro de 2020, houve perto de 14 900 processos de pré-insolvência. Este número fica bastante aquém dos cerca de 144 500 processos de insolvência iniciados durante o mesmo

período temporal. Além disso, tem-se assistido a uma redução contínua do número de PER iniciados desde 2016: de 3142 processos entrados em 2015, passou-se para apenas 398 processos em 2020.

Qualquer destes fenómenos pode conduzir a consequências negativas do ponto de vista económico, social e da administração da Justiça. Entre outros aspetos, a considerável duração dos processos de insolvência pode agravar o risco de insolvência dos credores e de produção de um “efeito dominó”, desincentivar o investimento na economia nacional, prolongar o estigma associado à situação de insolvência e protelar o acesso à Justiça dos restantes cidadãos. Por seu turno, a reduzida expressão dos processos de pré-insolvência significa que em muitos casos só haverá intervenção num momento em que o devedor já se encontra em situação de insolvência, o que é prejudicial não apenas para o próprio devedor, mas também para a economia nacional (numa perspetiva de preservação do tecido empresarial) e para os credores (numa lógica de satisfação dos respetivos créditos), entre outros.

O IN_SOLVENS pretende estudar as questões da duração do processo de insolvência e da utilização dos mecanismos de pré-insolvência numa dupla dimensão analítica e prospetiva.

A dimensão analítica do projeto visa, desde logo, determinar qual é a duração média dos processos de insolvência até ao seu encerramento (visto que esta informação não se encontra, atualmente, disponível) e recolher dados sobre a utilização do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (aprovado pela Lei n.º 8/2018, de 2 de março) e do Processo Especial de Viabilização de Empresas (criado pela Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro). Num segundo momento, o objetivo passa por identificar as causas e os efeitos associados à elevada duração dos processos de insolvência e à utilização residual dos mecanismos de pré-insolvência.

A vertente prospetiva tem como finalidade a apresentação de propostas de alteração legislativa e das práticas adotadas pelos vários agentes (designadamente, devedores, credores e operadores judiciais) com base nas conclusões extraídas a partir da análise realizada. Estas propostas deverão assentar em duas grandes linhas de força: por um lado, estimular a abordagem preventiva em relação à insolvência, uma vez que as perspetivas de recuperação do devedor serão tanto maiores quanto mais precoce for a intervenção; por outro lado, assegurar que o processo de insolvência decorre de forma tão ágil e eficiente quanto compatível com o processo equitativo, pois essa é a melhor forma de mitigar os efeitos negativos a ele associados.

O considerável impacto económico e social da pandemia da COVID-19, que afetou - em geral - a economia mundial e, em específico, as empresas e as famílias portuguesas, veio tornar ainda mais premente a adoção deste novo paradigma no direito da insolvência. De facto, uma intervenção precoce pode ser essencial no sentido de acudir a devedores cuja situação se degradou de forma inesperada e repentina em razão das medidas excecionais decretadas no último ano e meio, mas ainda é passível de recuperação. Mesmo quando tal não se verifique, a celeridade na elaboração de um plano de insolvência ou na liquidação do património dos devedores é essencial no sentido de injetar liquidez na economia nacional e evitar um fenómeno de insolvências em cadeia.

O IN_SOLVENS foi um dos mais de 3337 projetos submetidos ao Concurso de Projetos de IC&DT em Todos os Domínios Científicos de 2020, aberto pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia. Após a avaliação por um painel de peritos internacionais, o IN_SOLVENS foi o único projeto aprovado para financiamento na área do Direito, contando com um financiamento de mais de € 190 000 da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (referência: PTDC/DIR-OUT/2939/2020).

Além disso, a equipa de investigação tem contado com a colaboração ativa do Ministério da Justiça no projeto, designadamente através da partilha de estatísticas oficiais e relatórios técnicos e da criação de uma plataforma online com 66354 processos de insolvência e de pré-insolvência. Esta cooperação tem sido essencial no sentido de dotar a análise de importantes dados sobre a realidade judiciária, agilizar a consulta de processos e permitir que a mesma se baseie numa amostra representativa do panorama nacional.

Este artigo tem como propósito expor as várias perspetivas que compõem a abordagem multidisciplinar do IN_SOLVENS e apresentar o trabalho realizado até ao momento, centrado no PER. Quanto a este último aspeto, teremos oportunidade de analisar de forma sumária o atual enquadramento legislativo deste processo de pré-insolvência destinado a empresas e as principais alterações expectáveis a breve trecho, em consequência da transposição da Diretiva (UE) 2019/1023 para o ordenamento jurídico português, e de apresentar os primeiros dados obtidos através da consulta de uma amostra considerável de PER findos.

2. Metodologia

Um dos traços característicos e inovadores do IN_SOLVENS reside no seu caráter multidisciplinar, refletido na combinação de perspetivas e metodologias de análise jurídica, sociológica e económica. De facto, o projeto visa promover uma análise integrada dos fenómenos da duração do processo de insolvência e da utilização dos mecanismos de pré-insolvência, o que implica ir além de uma abordagem exclusivamente baseada no enquadramento normativo do direito da insolvência.

Desta forma, o IN_SOLVENS inclui as seguintes linhas de investigação, sempre numa lógica de complementaridade:

- Estudo do regime jurídico da insolvência, das regras aplicáveis aos instrumentos de pré-insolvência e do estatuto do administrador de insolvência. A exposição estará focada no ordenamento jurídico português e nas boas práticas identificadas em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. A análise terá ainda em conta o efeito das alterações legislativas que venham a verificar-se na sequência da transposição da Diretiva (UE) 2019/1023 sobre reestruturação e insolvência.

- Análise económica com o intuito de perceber quais são os fatores exógenos ao contexto jurídico que mais influenciam as perspetivas de recuperação económica do devedor e de satisfação dos credores e o comportamento dos principais interessados neste domínio. Os fatores a analisar incluem, entre outros, dados como o tipo de devedor, o setor de atividade deste e o número e tipo de credores.

- Realização de um inquérito a empresas sobre insolvência e pré-insolvência (se possível, no âmbito de um protocolo com o Instituto Nacional de Estatística). O objetivo passa por compreender como é que as empresas avaliam o atual quadro legal e a resposta dos tribunais em aspetos como a duração do processo, a qualidade da decisão ou a preparação dos juízes.

- Análise quantitativa de processos judiciais findos em todas as comarcas. A amostra incluirá processos de insolvência, PER e processos especiais para acordo de pagamento (PEAP), bem como – se possível – processos extraordinários de viabilização de empresas. A consulta dos processos será feita *online*, através de uma plataforma eletrónica criada pelo Ministério da Justiça especificamente para o efeito e com mais de 66 000 processos.

- Entrevistas aos principais operadores do sistema, designadamente juízes, advogados e administradores judiciais. As entrevistas terão como principal objetivo identificar boas práticas

e eventuais bloqueios ou aspetos de regime que careçam de ser repensados com base na experiência de quem trabalha diariamente com processos de insolvência e mecanismos de pré-insolvência.

- Análise qualitativa de decisões judiciais proferidas em processos de insolvência e de pré-insolvência. Neste contexto, será dada especial ênfase à forma como a duração do processo de insolvência é (ou não) refletida na decisão, às estratégias argumentativas adotadas pelos tribunais quando se deparam com bloqueios na tramitação do processo e ao modo como as alterações do contexto socioeconómico e legal que se verificaram ao longo das últimas duas décadas têm sido assimiladas no discurso judicial.

A abordagem multidisciplinar em que assenta o IN_SOLVENS reflete-se na composição da equipa de investigação. Desta forma, a equipa inclui juristas (professores universitários, advogados e juízes), economistas e sociólogos de forma a assegurar que cada linha de investigação é coordenada por investigadores com ampla experiência nas perspetivas e metodologias em causa. Além disso, o projeto conta ainda com um Conselho Consultivo, cujos membros têm uma larga experiência prática e teórica no âmbito do direito da insolvência.

3. Razão de ordem

Os trabalhos do IN_SOLVENS tiveram início em fevereiro de 2021 e prevê-se que tenham uma duração total de 36 meses. Nos primeiros seis meses, a investigação focou-se essencialmente no estudo do enquadramento legislativo do processo de insolvência e dos mecanismos de pré-insolvência em Portugal e na consulta de uma ampla amostra de PER findos.

No que respeita à análise do contexto jurídico no ordenamento jurídico português, optou-se nesta fase inicial de investigação por dar primazia a uma descrição breve dos vários mecanismos existentes. Desta forma, o intuito passou por expor de forma tão objetiva quanto possível o regime legal aplicável ao processo de insolvência e aos instrumentos de pré-insolvência (o PER, o PEAP e o regime extrajudicial de recuperação de empresas), deixando a sua análise crítica para um momento posterior. Esta mesma lógica foi adotada a propósito das leis temporárias aprovadas na sequência da pandemia da COVID-19 (com especial destaque para a Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro, que – entre outros aspetos – introduziu o processo extraordinário de viabilização de empresas) e das perspetivas para um futuro próximo resultantes da Diretiva (UE) 2019/1023 sobre reestruturação e insolvência (ainda não transposta pelo Estado português).

Por seu turno, a consulta de processos judiciais findos incidiu neste momento apenas sobre o PER. A amostra incluiu um total de 457 processos distribuídos pelas 23 comarcas em que se divide o território nacional. A análise incluiu aspetos como a caracterização dos devedores, a duração de algumas fases processuais e incidências relacionadas com a tramitação do processo.

Nos próximos pontos, o objetivo passa por apresentar as principais conclusões da investigação desenvolvida até ao momento com um foco exclusivo no PER. Desta forma, o ponto IV irá abordar de forma sumária a tramitação do PER, o impacto das leis temporárias de resposta à crise COVID-19 neste processo e as alterações que se perspetivam em função da transposição da Diretiva (UE) 2019/1023. O ponto V será dedicado à apresentação das primeiras conclusões resultantes da análise dos processos findos.

A ênfase colocada no PER explica-se por uma razão principal: a Diretiva (UE) 2019/1023 sobre reestruturação e insolvência dedica uma parte significativa das suas regras à

reestruturação preventiva (artigos 4.º a 19.º), sendo que a transposição de algumas dessas disposições para o ordenamento jurídico nacional irá implicar alterações relevantes no âmbito dos mecanismos de pré-insolvência destinados a empresas (de que o PER é o principal expoente). A análise que nos propomos desenvolver visa, assim, contribuir para a discussão pública sobre as alterações legislativas que se avizinham com dados empíricos que permitam identificar as principais dificuldades que se têm verificado na prática judiciária, as suas causas e consequências (designadamente, económicas) e boas práticas que permitam, no futuro, fortalecer o regime da reestruturação preventiva.

4. Enquadramento jurídico do processo especial de revitalização (PER)

4.1. O PER em geral, no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

I. O PER foi instituído pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que inseriu no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE) um novo capítulo, composto pelos artigos 17.º-A a 17.º-I (o Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, aditou o artigo 17.º-J). O PER destina-se a permitir à empresa que se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização (artigo 17.º-A, explicitando o artigo 17.º-B que se encontra em situação económica difícil a empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito). Desta forma, é possível constatar que o PER tem em vista a reestruturação preventiva de empresas.

II. O regime do PER sofreu alterações, sobretudo, por via do Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, destacando-se:

- a aplicação apenas a empresas (com a concomitante criação de um processo especial para obtenção de acordos de pagamento, dirigido, em geral, aos devedores que não sejam empresas);
- o aumento da exigência dos requisitos para a propositura do PER (declaração subscrita por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, percentagem de créditos necessários e qualidade dos credores que os detêm);
- a necessidade de apresentação *ab initio* de um plano de recuperação;
- o aditamento do artigo 17.º-J sobre o encerramento do processo e a cessação de funções do administrador judicial provisório (AJP);
- a possibilidade de toda a tramitação (não apenas do PER, como do processo de insolvência e de todos os demais procedimentos regulados pelo CIRE) se efetuar por meios eletrónicos.

III. Grosso modo, o processo desenvolve-se pelos seguintes passos:

- Inicia-se pela manifestação de vontade da empresa e de credor ou credores que, não estando especialmente relacionados com a empresa, sejam titulares, pelo menos, de 10% de créditos não subordinados, de encetarem negociações conducentes à revitalização daquela, por meio da aprovação de plano de recuperação (artigo 17.º-C).
- Recebido o requerimento, o juiz nomeia de imediato AJP caso o processo deva prosseguir (artigo 17.º-C, n.º 4) – a partir de então, a empresa fica impedida de praticar atos de especial relevo, sem prévia autorização do AJP; por outro lado, não podem ser instauradas ações para cobrança de dívidas contra a empresa e ficam suspensas, quanto à empresa, as ações em

curso com idêntica finalidade, extinguindo-se as mesmas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação (artigo 17.º-E).

- Após notificação do despacho de nomeação de AJP, a empresa comunica aos credores (não participantes no requerimento inicial) o início das negociações e convida-os a nelas participarem; em 20 dias contados da publicação no portal Citius do despacho de nomeação de AJP, os credores podem reclamar créditos junto do APJ; em seguida, este (em 5 dias) elabora lista provisória de créditos, que é apresentada em tribunal e publicada no portal Citius; a lista pode ser impugnada em 5 dias úteis e o juiz dispõe de idêntico prazo para decidir as impugnações; findo o prazo das impugnações, os declarantes dispõem, então, de prazo de dois meses, prorrogável por um mês, para concluir as negociações (artigo 17.º-D, n.º 5).

- Até ao último dia do prazo de negociações, a empresa deposita no tribunal a versão final do plano de revitalização; após a sua publicação, qualquer credor pode pronunciar-se em cinco dias, podendo a empresa, em idêntico prazo, alterar o plano e, nesse caso, depositar a nova versão, caso em que corre novo prazo para pronúncia pelos credores; havendo votação com a aprovação unânime de plano de recuperação conducente à revitalização da empresa, em que intervenham todos os seus credores, este é de imediato remetido ao processo, para homologação ou recusa do mesmo pelo juiz (artigo 17.º-F).

- Quando não se tenha logrado obter acordo conducente à revitalização do devedor, duas hipóteses se configuram: se as negociações forem encerradas e o devedor não se encontrar, nesse momento, em situação de insolvência, o processo será extinto, deixando de produzir quaisquer efeitos; se, ao invés, o devedor já se encontrar, nessa fase, em situação de insolvência, deve o AJP requerê-la, fundamentadamente, devendo o juiz apreciá-la e declará-la no prazo de 3 dias úteis (artigo 17.º-G).

- O termo do PER sem aprovação ou homologação de plano de recuperação impede a empresa de recorrer ao mesmo pelo prazo de dois anos (artigos 17.º-F, n.º 8, e 17.º-G, n.º 6). Este efeito de quarentena também se aplica aos casos em que seja homologado um plano de recuperação, ainda que neste caso a empresa possa eximir-se a este efeito caso demonstre no requerimento inicial que executou integralmente o plano ou que o novo PER foi motivado por fatores alheios ao plano e que a alteração superveniente é alheia à empresa (artigo 17.º-F, n.º 13).

- As garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores durante o PER, com a finalidade de proporcionar àquela os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a sua insolvência; e os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade da empresa disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores (artigo 17.º-H).

- O PER pode também iniciar-se pela apresentação pela empresa de acordo extrajudicial de recuperação, assinado pela empresa e por credores que representem determinada maioria (artigo 17.º-I), poupando-se alguns dos passos anteriores à apresentação do plano de recuperação (designadamente, a fase das negociações), o que resulta num processo ainda mais célere.

4.2. Medidas temporárias no âmbito da crise Covid-19

No âmbito da crise Covid-19, foi editada legislação de proteção social e económica com vista a atenuar os efeitos da crise na vida das pessoas, singulares e coletivas.

Entre as medidas no sentido de sustentar o colapso financeiro das empresas, destacam-se três diretamente relativas ao PER:

i. *Prorrogação do prazo para conclusão das negociações com vista à aprovação de plano de recuperação.* No âmbito do PER, findo o prazo para a impugnação da lista provisória de créditos elaborada pelo AJP, corre prazo de dois meses para a conclusão das negociações encetadas com vista ao plano de recuperação, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez e por um mês, mediante acordo prévio e escrito entre o AJP nomeado e o devedor (artigo 17.º-D, n.º 5, do CIRE). Nos termos do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 75/2020, a requerimento fundamentado da empresa ou do devedor e do AJP, o juiz pode conceder *nova prorrogação do prazo para conclusão das negociações* encetadas com vista à aprovação de plano de recuperação adaptado ao contexto da pandemia da doença COVID -19, por uma só vez e por um mês, além da prevista no n.º 5 do artigo 17.º-D do CIRE.

ii. *Extensão do privilégio previsto no n.º 2 do artigo 17.º-H do CIRE aos sócios, acionistas ou quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa.* De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 17.º-H do CIRE, os *credores* que, no decurso do PER, *financiem a atividade da empresa* disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de *privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores*. O disposto nos artigos 1.º, al. b), e 3.º da Lei n.º 75/2020 veio estender aquele privilégio aos *sócios, acionistas ou quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas* com a empresa que financiem a sua atividade, disponibilizando-lhe capital para a sua recuperação, no âmbito de um PER tramitado durante a vigência da mesma lei.

iii. *Atribuição de prioridade na tramitação de requerimentos de liberação de cauções ou garantias prestadas no âmbito de PER* (artigos 1.º, al. f), e 17.º da Lei n.º 75/2020).

Além das supra mencionadas medidas, que alteram temporariamente o PER, a mesma Lei estendeu a aplicação do *Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas* (RERE) a empresas que se encontrem em situação de insolvência atual em virtude da pandemia da doença COVID -19 e criou um novo processo judicial com vista à recuperação de empresas afetadas pela crise económica decorrente da pandemia e que intitulou *Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas* (PEVE), o que acentua a crescente importância dos regimes de reestruturação preventiva. Este regime aplica-se a empresas que, comprovadamente, estejam em situação de pré-insolvência ou em situação de insolvência em virtude da pandemia da COVID-19 e que ainda sejam passíveis de viabilização (artigo 6.º da Lei n.º 75/2020).

4.3. O PER e a Diretiva em vias de transposição

I. O ordenamento jurídico português, no que respeita ao PER, terá de sofrer alterações a breve trecho, por força da Diretiva (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, que assinalou aos Estados-Membros a adoção e publicação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para lhe dar cumprimento até 17/07/2021 (artigo 34.º), salvo para os Estados que tenham

recorrido à faculdade de prorrogação do prazo de transposição (pelo máximo de um ano – artigo 34.º, n.º 2), como foi o caso de Portugal.

II. No que respeita aos processos de reestruturação, sobre os quais a Diretiva extensamente incide, muitas das normas a eles destinadas e suscetíveis de melhorar a eficácia daqueles têm correspondência nos vários procedimentos de reestruturação do ordenamento português, ainda que tenham sido introduzidas em tempo ulterior à primitiva versão do CIRE. Entre elas, por exemplo, os mecanismos de alerta precoce (artigo 3.º da Diretiva e Decreto-Lei n.º 47/2019, de 11 de abril); e a proteção de financiamentos e transações relacionados com a reestruturação (prevista nos artigos 17.º e 18.º da Diretiva), que, ainda que mais debilmente, têm paralelo no n.º 6 do artigo 120.º do CIRE, aditado pela Lei n.º 16/2012 e alterado pelo Decreto-Lei n.º 79/2017 (e também no artigo 28.º do RERE e nos artigos 3.º e 12.º do PEVE).

III. Há, no entanto, vários conjuntos de normas que, sendo suscetíveis de influir na duração e/ou na eficácia dos processos, não têm correspondência (total ou parcial) no ordenamento português.

Um desses conjuntos encontra-se no artigo 5.º da Diretiva, com a epígrafe «Devedor não desapossado», e respeita aos poderes de gestão do devedor e ao papel do administrador judicial em ambiente de reestruturação (recuperação, revitalização, viabilização). Nos termos do citado artigo, os Estados-Membros asseguram que os devedores que adiram a processos de reestruturação preventiva *mantenham o controlo total ou pelo menos parcial* dos seus ativos e do exercício corrente da sua atividade; a nomeação por uma autoridade judicial ou administrativa de um profissional no domínio da reestruturação, caso necessária, é determinada caso a caso, salvo em certas circunstâncias em que os Estados-Membros possam exigir em todos os casos a nomeação obrigatória de um profissional neste domínio. A ideia central (v. considerando 30) é a de que os Estados-Membros devem assegurar que os devedores que acedem a procedimentos de reestruturação permanecem total, ou pelo menos parcialmente, no controlo dos seus ativos e da gestão do dia a dia dos seus negócios, e o administrador judicial, cuja necessidade de nomeação deve ser aferida caso a caso, terá, no essencial, um papel de auxílio ao devedor e aos credores na negociação de um plano para a reestruturação. Assim deverá ser porque isso vai propiciar a precocidade dos pedidos de reestruturação e, consequentemente, o sucesso das respetivas medidas. Confronte-se este regime da Diretiva com o que resulta dos artigos 17.º-C, n.º 4 (no qual se prevê que o PER implica a nomeação de um administrador judicial provisório), e 17.º-E, n.º 2, do CIRE (que faz depender a prática de atos de especial relevo pela empresa da prévia autorização do administrador judicial provisório). De dizer que as medidas em causa neste parágrafo eram, de há alguns anos, sugeridas por doutrina portuguesa (Duarte, 2014, p. 353-4; Serra, 2013, p. 95 e nota 23).

Um segundo grupo de normas que terá influência na eficácia dos processos de reestruturação encontra-se no artigo 11.º da Diretiva e vai permitir que o tribunal homologue um plano de reestruturação, a pedido do devedor ou com o seu acordo, que não tenha sido aprovado por todas as categorias de credores. Trata-se do instituto conhecido no direito anglo-saxónico como *cross-class cram-down*, sendo a principal novidade que a Diretiva comporta relativamente ao direito que vigora no nosso país. A transposição da Diretiva nesta parte irá implicar também alterações legislativas que estabeleçam a criação de categorias de credores e a votação dos planos de reestruturação (recuperação, revitalização) por categoria. Ainda que não houvesse a possibilidade de *cross-class cram-down* instituída no artigo 11.º, a votação dos

planos por categorias de credores já decorria das normas dos artigos 8.º a 10.º. A possibilidade de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores não irá necessariamente agilizar os processos de reestruturação, mas irá permitir que mais processos de reestruturação sejam procedentes.

Em terceiro lugar, uma palavra para a suspensão das medidas de execução durante o tempo em que perdurem as negociações; não porque tal norma não exista no ordenamento português (encontra-se no artigo 17.º-E, n.º 1, do CIRE, abrangendo também ações declarativas para cobrança de dívidas), mas porque a Diretiva permite que essa suspensão perdure por muito mais tempo. Nos termos do artigo 6.º, n.ºs 6 a 8, da Diretiva, a duração inicial de uma suspensão das medidas de execução é limitada a um período máximo não superior a quatro meses, mas com prorrogações e renovações poderá ascender a doze meses (v. também o considerando 35). Daqui se infere que a duração máxima dos processos de reestruturação que vierem a vigorar em conformidade com a Diretiva nunca será inferior à duração máxima que a Diretiva assinala para a suspensão das medidas de execução durante o tempo em que perdurem as negociações, o que irá redundar num aumento do prazo do PER (ou de outro processo que o venha a substituir). A inflexível e, à partida, indeterminada duração do PER também já tinha merecido críticas na doutrina portuguesa (Duarte, 2014, p. 359).

5. Apresentação de dados recolhidos até ao momento

5.1. Caracterização da amostra

O grupo de investigação dedicou-se, numa primeira fase, ao estudo do PER, procurando identificar os principais problemas que possam justificar a sua fraca utilização e os principais bloqueios ao nível da tramitação processual.

Para tal, e com apoio do Ministério da Justiça, foi elaborada uma base de dados que reúne um total de 6608 PER, compreendidos entre 2012 e 2020. Entre estes, foram selecionados 457 processos de forma aleatória, o que corresponde a 5% do total de PER tramitados nos tribunais portugueses (universo) e a 14,4% dos processos disponibilizados na referida base de dados. A amostra compreendeu 5% do volume total de processos em cada uma das 23 comarcas em que se divide o território nacional, tal como resulta da figura 1.

É importante mencionar que 75% dos casos contidos na nossa amostra foram iniciados antes de 1 de julho de 2017, data em que entrou em vigor o PEAP – processo que visa a recuperação de devedores que não sejam empresas.

Tal como salienta Catarina Serra (Serra, 2019, pp. 363-370), antes da alteração levada a cabo pelo Decreto-Lei nº 79/2017, de 30 de junho (o qual, entre outros aspetos, introduziu o PEAP), a doutrina e a jurisprudência discutiam se as pessoas singulares não titulares de empresas podiam (ou não) recorrer ao PER.

Embora segundo a autora citada fosse predominante a tese da inaplicabilidade do PER às pessoas singulares não titulares de uma empresa, os dados recolhidos parecem indicar o contrário, já que constatamos que uma parte considerável dos PER (45,3%) foram iniciados por pessoas singulares (e não foi proferida decisão de recusa de abertura com esse fundamento numa grande parte dos casos). Ainda assim, a maioria dos PER analisados – 54,7% – foram iniciados por empresas.

Ainda a propósito da caracterização da amostra, e focando apenas o conjunto de processos iniciado por empresas, temos que o setor de atividade mais preponderante é o comércio por grosso, retalho e reparação de veículos, que representa 27,8% dos casos em foco.

Seguidamente, os grupos com maior relevância estatística são a indústria transformadora (26,4%) e o setor da construção (10,4%).

5.2. Primeiros dados sobre o Processo Especial de Revitalização

Uma das variáveis analisadas respeita ao valor médio do processo: 61260,17 €. Apesar de o valor do processo dever ser determinado pelo valor do ativo do devedor (artigo 15.º do CIRE), em 23% dos casos o seu valor aparenta claramente ter sido determinado por razões de recurso – em 16% dos casos o valor era de 5 001€ e em 7% dos casos de 30 001€. Neste sentido, consideramos que um dado a explorar no futuro é o valor das dívidas, já que este permitirá retratar o passivo da empresa.

Como já vimos, o PER pode ser iniciado com vista a negociar, aprovar e homologar um plano de recuperação (artigo 17.º-A, n.º 1), ou, por outro lado, com vista a homologar judicialmente um acordo extrajudicial alcançado entre devedor e credores (artigo 17.º-A, n.º 2). Todavia, a realidade demonstra-nos que a segunda modalidade descrita é fracamente utilizada (apenas em 3,3% dos casos).

Quanto à fase liminar do processo, apesar de na maioria dos casos a mesma terminar com a prolação de despacho de nomeação de administrador judicial provisório (74,2% dos casos), é de ressaltar que em 32,8% dos processos analisados foi necessário proferir despacho de aperfeiçoamento. Este despacho teve como fundamento, nas mais das vezes, a falta de junção de documentos essenciais com o requerimento inicial, ou ainda, a partir de 2017, a ausência de comprovativo de que a pessoa singular é titular de uma empresa. Em 23,2% dos casos foi proferido despacho de recusa de abertura, sendo o fundamento mais recorrente este último referido, o que mais uma vez denota que há um abundante recurso das pessoas singulares não titulares de empresas ao PER.

É ainda digno de nota o facto de 29,7% dos processos analisados não terem chegado à fase das negociações e de em 19,6% dos casos não ter sido possível alcançar acordo entre os credores e os devedores na sequência das negociações. Quer isto dizer que em cerca de 40% dos casos foram utilizados recursos judiciais que não surtiram o efeito pretendido de alcançar um plano que viabilizasse a recuperação da empresa.

Porém, os dois maiores problemas encontrados respeitam à demora por parte do juiz na decisão sobre as impugnações de créditos e à inadequação do prazo previsto para a duração das negociações.

Segundo o artigo 17.º-D, n.º 3, a lista provisória de créditos pode ser impugnada no prazo de 5 dias úteis, tendo o juiz igual prazo para as decidir. Neste âmbito, a realidade é francamente díspar: em média, são necessários 59 dias para que esta decisão seja proferida, havendo um desvio padrão de 50 dias.

Este atraso tem, também, um forte impacto nas fases seguintes do PER. Segundo o artigo 17.º-D, n.º 5, as negociações entre a empresa e os credores devem ser concluídas no prazo de dois meses a contar do fim do prazo para as impugnações (e não da decisão sobre as mesmas por parte do juiz). Isto significa que as negociações conducentes à aprovação do plano de recuperação decorrem sem que o elenco dos créditos existentes esteja estabilizado.

Nesta linha, o prazo de dois meses para negociações é prorrogável apenas uma vez, por mais um mês, segundo o artigo 17.º-D, n.º 5, sendo que parte da doutrina entende que o mesmo é peremptório (Fernandes & Labareda, 2015, p. 157; Epifânio, 2019, p. 451). Porém, segundo a nossa análise, as negociações duram, em média, 96 dias, ou seja, excedem ligeiramente os três meses, sendo o desvio padrão de 32 dias.

Ora, em cerca de 87% dos casos foi pedida a prorrogação do prazo, o que faz denotar que o prazo seguido pelos intervenientes é o prazo de 3 meses, que, segundo a lei, deveria ser excecional. Acresce que, numa análise da duração média, mesmo este limite também não é cumprido. A amostra incluiu processos findos até setembro de 2020, pelo que a duração média das negociações não pode ser explicada pela possibilidade (introduzida pelo artigo 2.º da Lei n.º 75/2020) de nova prorrogação do prazo por mais um mês com vista à aprovação de plano de recuperação adaptado ao contexto da pandemia da doença COVID-19.

Um dos aspetos que pretendemos analisar no futuro passa, precisamente, por perceber se, em regra, os tribunais recusam a homologação dos acordos obtidos após o decurso do prazo de prorrogação das negociações.

Por fim, nos casos em que a empresa não chega a acordo com os seus credores quanto a um plano de recuperação ou quando existe recusa de homologação por parte do juiz, cabe ao administrador judicial provisório elaborar um parecer onde se pronuncie sobre se a empresa está, ou não, em situação de insolvência atual (artigo 17.º-G, n.º 1). Em 71% destes casos, o parecer do administrador judicial provisório foi no sentido de que a empresa se encontrava insolvente.

6. Conclusões provisórias

O trabalho desenvolvido até ao momento no projeto IN_SOLVENS esteve sobretudo focado no processo especial de revitalização (PER), mecanismo de pré-insolvência voltado para a recuperação de empresas. Neste contexto, a investigação centrou-se no estudo do contexto jurídico e na análise quantitativa de processos findos.

Em relação ao primeiro, o direito nacional pré-insolvencial sofrerá alterações legislativas a curto prazo, por força da diretiva a transpor, adivinhando-se normas que permitirão mais ampla aplicação e maior eficácia dos procedimentos de recuperação, mas não necessariamente menor duração processual dos mesmos.

No que respeita à análise quantitativa, foram consultados 457 PER findos entre 2012 e 2020. Esta amostra corresponde a 5% do total de PER findos neste período temporal em cada uma das comarcas em que se divide o território nacional.

Entre outros aspetos, foram detetados dois em que a prática judiciária se afasta do previsto na lei: o prazo para a decisão das impugnações da lista provisória de créditos e o prazo das negociações entre a empresa e os credores. De facto, apesar de a lei estabelecer que o juiz dispõe de 5 dias úteis para decidir as impugnações (artigo 17.º-D, n.º 3, CIRE), a análise permitiu constatar que, em média, essa decisão é proferida dois meses após a apresentação das impugnações. Quanto às negociações, a lei estabelece um prazo de dois meses para as mesmas, admitindo a sua prorrogação por uma vez e por um mês (artigo 17.º-D, n.º 5, CIRE); sucede que em 87% dos casos o prazo de 2 meses é prorrogado, sendo a duração média das negociações ligeiramente superior a 3 meses.

Não obstante a riqueza dos dados já recolhidos, há outras variáveis relevantes que pretendemos analisar e que nos permitirão compreender melhor algumas dos dados já recolhidos. Entre elas temos, por exemplo, o valor das dívidas da empresa (dado que permitirá retratar o passivo desta) ou ainda a percentagem de casos em que o juiz recusou a homologação do plano de recuperação com fundamento no incumprimento do prazo das negociações (o que nos ajudará a perceber se os tribunais têm encarado o referido prazo como perentório ou meramente ordenador).

Referências

Banco Mundial. (2020). *Doing Business*.
https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreeconomies/portugal#DB_ri.

Direção-Geral da Política de Justiça. (2020a). *Destaque estatístico trimestral – 4.º trimestre de 2020*.
https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20210430_D87_FalenciasInsolvencias_2020_T4.pdf.

Direção-Geral da Política de Justiça. (2020b). *Movimento de processos nos tribunais judiciais de 1.ª instância*.
<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Movimento-de-processos-nos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>.

Duarte, R. P. (2014). Reflexões de política legislativa sobre a recuperação de empresas. In C. Serra (Coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência* (pp. 347-360). Almedina.

Epifânio, M. R. (2019). *Manual de direito da insolvência*. (7.ª ed). Almedina.

Fernandes, L. A. C., & Labareda, J. (2015). *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*. (3.ª ed.). Quid Juris.

Serra, C. (2013). 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 C. Serra (Coord.), *I Congresso de Direito da Insolvência* (pp. 85-106). Almedina.

Serra, C. (2019). *Lições de direito da insolvência*. (1.ª ed.). Almedina.

Apêndices, anexos e notas de final de texto

Figura 1 – Amostra que serviu de base à consulta dos processos especiais de revitalização

Comarca	Total de processos findos entre 2012 e 2020	Amostra de 5%	Número de processos a consultar
Açores	207	10,35	10
Aveiro	708	35,4	35
Beja	79	3,95	4
Braga	828	41,4	41
Bragança	96	4,8	5
Castelo Branco	132	6,6	7
Coimbra	312	15,6	16
Évora	108	5,4	5
Faro	201	10,05	10

Guarda	59	2,95	3
Leiria	467	23,35	23
Lisboa	1263	63,15	63
Lisboa Norte	488	24,4	24
Lisboa Oeste	838	41,9	42
Madeira	160	8	8
Portalegre	66	3,3	3
Porto	1352	67,6	68
Porto Este	494	24,7	25
Santarém	426	21,3	21
Setúbal	279	13,95	14
Viana do Castelo	145	7,25	7
Vila Real	152	7,6	8
Viseu	210	10,5	11
Total	9070	453,5	453

ⁱ O presente texto foi elaborado no âmbito de um projeto financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., com a referência PTDC/DIR-OUT/2939/2020.