



Gustavo Junqueira

CRÉDITOS DO ESTADO E RECUPERAÇÃO DA EMPRESA NO DIREITO PORTUGUÊS

STATE CREDITS AND COMPANY RECOVERY ACCORDING TO PORTUGUESE LAW

João António Bahia de Almeida Garrett

RESUMO

Comenta a reorientação a que o direito da insolvência português foi recentemente submetido e que se evidencia pela disponibilização de uma variedade de modos de obter a recuperação da empresa em dificuldade.

Afirma que a declaração de insolvência produz alterações substanciais da posição jurídica do devedor, reconfigurando as relações jurídicas de que ele é parte.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Empresarial; recuperação de empresa insolvente; plano de recuperação; devedor; insolvência.

ABSTRACT

The author comments on the reorientation that the Portuguese insolvency law has recently been submitted to, revealed as such through an array of available means to recovering an ailing company.

He states that bankruptcy substantially alters the debtor's legal status, recomposing the jural relationship he/she is a party on.

KEYWORDS

Business Law; ailing company recovery; recovery plan; debtor; insolvency.

1 INTRODUÇÃO: O PROBLEMA

No tempo de dificuldades que vivemos é (ainda mais) preciso que o Direito assuma, em plenitude, a sua função de garantir os equilíbrios de interesses indispensáveis à harmonia social. E é neste contexto que o Estado – sempre subordinado ao Direito – intervém como regulador, no papel de quem estabelece as regras do jogo social, nos seus vários tabuleiros.

Essa intervenção faz-se, em regra, pela via ou forma de que o Estado detém o monopólio, a lei, que cria os regimes considerados adequados para determinadas situações ou ordens de situações referenciais.

Em períodos de crise econômica, a situação de quem deve e não pode pagar reveste-se, naturalmente, de uma intensidade acrescida, que ameaça pôr em causa todo o sistema da economia, desde logo pelo efeito “bola de neve”: o devedor não cumpre quando devia, o credor fica impossibilitado, por seu turno, de cumprir, o credor deste também e assim sucessivamente (e exponencialmente). Por isso, o Estado-regulador se viu obrigado a impor ou disponibilizar mecanismos que permitissem antecipar, o mais possível, tais situações, atalhando-as enquanto é tempo, isto é, enquanto não fazem mais estragos.

Assim nasceu o moderno direito da insolvência – direito que, tendo aprendido com a experiência que raramente se pode obter a satisfação, em termos razoáveis, dos credores (ABREU, 2008), põe o acento tônico na dissuasão de comportamentos nocivos e na limitação dos estragos.

Neste quadro se incluem as preocupações relativas à empresa insolvente cujo desaparecimento provoca danos a vários níveis: destruição de emprego, perda de capacidade exportadora ou de substituição de importações, redução de investimento e de consumo, redução das receitas de impostos e de contribuições, entre outros, podendo o efeito conjugado de muitos destes casos atingir proporções de calamidade pública.

Em períodos de crise econômica, a situação de quem deve e não pode pagar reveste-se, naturalmente, de uma intensidade acrescida, que ameaça pôr em causa todo o sistema da economia, desde logo pelo efeito “bola de neve” [...]

Daí que se tenha, na segunda metade do século passado, introduzido num regime tradicionalmente de *liquidação em benefício do credor* mecanismos de proteção da empresa em dificuldade (ARMSTRONG; CERFONTAINE, 2000). Perspetiva que haveria de ser, entre nós, abandonada no princípio deste século (CIRE, 2004), substituída pela ideia de que, favorecendo-se a eliminação rápida das empresas doentes, daí nasceriam, quais cogumelos afortunados, novas e promissoras oportunidades e iniciativas empresariais, numa espécie de *destruição criadora* no sentido schumpeteriano (KURZ, 1993; CARVALHO, 2012). A realidade, que não consente por via de regra e por muito tempo – felizmente! – clichés ou modelos mais ou menos utópicos, encarregou-se de chamar o legislador à terra, forçando-o a retomar, se bem que de modo não isento de críticas, o *direito da empresa em dificuldade* (OLIVEIRA, 2013).

Mas o Estado – o mesmo Estado por nós instituído para garantir a paz social e a quem, depois, fomos pedindo ou exigindo mais e mais prestações concretas e outras providências de bem-estar (SOARES, 2008, p. 87 e ss.) – é também, com frequência, credor da empresa insolvente: porque não há, de todo, possibilidade de pagar a ninguém; ou porque, naquele “ser e não ser” em que se transforma o dia a dia das empresas em dificuldade, é mais fácil não pagar impostos ou contribuições do que salários, fornecimento de serviços, matérias-primas, energia ou combustíveis – a mão pesada do Estado-credor há de chegar, mas não chega logo, ameaçando greves, distúrbios ou suspensão imediata de fornecimentos.

O problema que nos ocupa nasce desta dupla qualidade em que o Estado intervém nas situações de insolvência empresarial, como o garante de equilíbrios que permitam a sobrevivência e relançamento (recuperação) das empresas e como o credor cujo objetivo é, tão simplesmente, ressarcir-se na maior medida possível. Estado-regulador e Estado-credor: poderão os interesses deste inviabilizar os objetivos traçados por aquele?

Voltando ao Direito, nunca é demais lembrar que não se esgota na lei (NEVES, 1998, p. 5 e ss.), que esta não pode ser aplicada por mera dedução a partir do seu texto, que o ponto de partida do intérprete (o *prius* intencional e metódico) não é a norma mas sim o caso, estando aquele obrigado, não a “subsumir” o caso à norma, mas a procurar nela o critério normativo adequado à solução do caso concreto. E que o intérprete, podendo ser um qualquer jurista, teórico ou prático, é, por definição, o juiz, cuja missão é decidir o caso concreto mas cuja decisão importa uma *reelaboração constituinte do direito* – juiz que, mais do que o mediador entre o legislador e a sociedade, é um autêntico (re)criador do direito, coautor de um direito *in facendum*, permanentemente reconstituído na sua problemática realização (NEVES, 2003, p. 63 e ss. e 81).

Vêm estas considerações a propósito do problema de saber se, tendo os credores regularmente aprovado, na sede própria, um plano de recuperação da empresa insolvente prevendo a redução de créditos e nela incluindo créditos do Estado, pode este, após votar contra a proposta de plano, obter a não homologação judicial ou a declaração da sua ineficácia relativamente aos seus créditos. Ou seja: gozará o Estado, no contexto da insolvência e do seu regime jurídico, de posição absolutamente privilegiada em face dos restantes credores – posição que constitui exceção inultrapassável ao princípio *par conditio creditorum* –, não podendo impor-se-lhe, em circunstância alguma, a modificação dos seus créditos?

Problema que vem dividindo a nossa jurisprudência, sendo que a partir de finais de 2011 se verificou uma inflexão da corrente jurisprudencial até então dominante não isenta, a nosso ver, de críticas ponderosas, quer quanto às razões da decisão quer quanto aos resultados práticos desta.

O presente trabalho tem como objeto a análise desta questão e a apreciação das decisões do Supremo Tribunal de Justiça português que estiveram na origem da viragem da jurisprudência nacional.

2 A CRISE DA EMPRESA E OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DESENHADOS PARA A ULTRAPASSAR

A crise da empresa a que aqui aludimos é, naturalmente, a

que resulta das dificuldades inerentes à insuficiência dos meios económicos ou financeiros disponíveis para assegurar o seu funcionamento (GALGANO, 2013, p. 323). E, sob este ângulo, o tecido empresarial português apresenta-se cronicamente débil: constituído maioritariamente por micro, pequenas e, em muito menor escala, médias empresas, foi quase sempre obra do voluntarismo de *self made men* (ABU-EL-HAJ, 2010; ALVES, 2004, p. 193-199), pouco devendo à prática informada e sistemática das técnicas de análise estratégica, sendo que a insuficiência de capitais próprios e de crédito em condições adequadas são uma constante (FERRÃO;BAPTISTA, 1989, p. 46).

Se a isso acrescentarmos os sucessivos grandes embates sofridos durante o século XX e este início de século que vivemos – a perda de África e dos mercados protegidos, a abertura do mercado interno decorrente da adesão à então CEE, a liberalização do comércio mundial, a crise financeira global –, teremos o quadro fático que vem determinando as sucessivas intervenções legislativas no direito da insolvência, empresarial e não só.

O direito português da empresa em dificuldade, na formulação de 1993, assentava na prevalência da recuperação da empresa sobre a declaração da sua falência (CPEREF, art. 1º, 2; art. 25º, 4, *in fine*): considerada economicamente viável e recuperável a sua situação financeira, a empresa não seria declarada judicialmente falida, sendo objeto de uma medida de recuperação – a falência, com toda a carga negativa que a sua declaração formal inevitavelmente transporta, só aconteceria falhando a tentativa de recuperação.

O legislador de 1993 explicava assim o seu objectivo de fundo: *Mas trata-se ainda, por outro lado, de rever a antiquada legislação das falências, quase inteiramente desligada da sorte do devedor falido, à luz decantadora de uma época especialmente empenhada em garantir a sobrevivência dos empreendimentos rentáveis e em que é outra a dinâmica negociada exigida dos agentes económicos.*¹ Na economia do CPEREF a medida de recuperação especialmente apta a atingir este objectivo era a **gestão controlada**, pensada para *assegurar o êxito das verdadeiras intervenções cirúrgicas* de que muitas empresas viáveis careciam.

O regime atual radica na vontade dos

credores, coletivamente considerados, elevados agora à categoria de “proprietários económicos” da empresa. Estes podem, para acautelar os seus direitos, utilizar o regime legal (supletivo) de liquidação do património do devedor ou proceder a essa liquidação de modo diferente ou, ainda, promover a recuperação da empresa incluída ou constituinte desse património nos termos que entenderem – dispondo, para tanto, do plano de insolvência que, quando dirigido à recuperação da empresa, receberá, agora, esta designação. Não existem mais pressupostos (da recuperação da empresa) a observar: os credores podem manter uma empresa inviável e eliminar uma viável. Nem medidas de recuperação taxativamente impostas: os credores são livres de escolher as providências que melhor permitam, na sua perspectiva, satisfazer os seus interesses (CORDEIRO, 2013, p. 43 e ss.).

Esta ampla liberdade dos credores assenta numa premissa fundamental, estruturante de todo o regime: a sua igualdade (art. 194º). O CIRE veio dar a primazia à *vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respetivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida, e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral.*²

Em suma: **coletividade, autonomia e igualdade** dos credores são os vetores estratégicos do nosso atual regime insolvencial, os critérios normativos que a lei da insolvência oferece para a solução dos respetivos casos práticos – todas aquelas situações concretas em que a empresa, por vicissitudes várias, não consegue cumprir a generalidade das suas obrigações vencidas, lesando os credores.

Muitas destas situações não são ultrapassáveis, mesmo com a melhor boa vontade ou a mais radical das cirurgias. Outras existem em que os credores apostam na recuperação da empresa como meio de, a prazo, se ressarcirem dos seus créditos ou, pelo menos, como forma de não perderem tudo. A decisão de recuperar a empresa insolvente partirá, em regra, da estimativa do menor prejuízo, de que, por essa via, os credores obterão um melhor resultado do que pela liquidação.³

O legislador de 2004 disponibilizou,

inicialmente, dois instrumentos jurídicos que permitem a recuperação da empresa insolvente: o plano de insolvência (arts. 192º-222º) e a (continuação da) administração pelo devedor (arts. 223º-229º).⁴ Mas, na lógica do sistema, ambos pressupõem a efetiva declaração de insolvência da empresa (arts. 209º, 2, e 224º, 1), o que reduz, à partida, as possibilidades de êxito da recuperação.

2.1 O ATUAL QUADRO LEGAL: MEIOS PREVENTIVOS E MEIOS NÃO PREVENTIVOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

A alteração da orientação de base no tratamento jurídico das situações de crise empresarial assumida em 2004 – de “mudança de paradigma”⁵ ou “quebra extrema” (OLIVEIRA, 2013, p. 13) se tem falado – deu-se por imposição do Memorando de Entendimento celebrado entre o Estado Português e a tríade de instituições internacionais formada pelo Banco Central Europeu, o Fundo Monetário Internacional e a Comissão Europeia.⁶

Em que consistiu tal “mudança de paradigma”? No fundo, num certo retorno a 1993: *O memorando de entendimento celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal prevê um conjunto de medidas que têm como objectivo a promoção dos mecanismos de reestruturação extrajudicial de devedores, ou seja, de procedimentos que permitem que, antes de recorrerem ao processo judicial de insolvência, a empresa que se encontra numa situação financeira difícil e os respectivos credores possam optar por um acordo extrajudicial que visa a recuperação do devedor e que permita a este continuar a sua actividade económica.*⁷

Promover o acordo extrajudicial de recuperação da empresa em dificuldade permitiria matar dois coelhos de uma só cajadada: oferecer um procedimento mais flexível e eficiente, libertando os tribunais de processos de insolvência. Mudança de orientação que se traduz, afinal, na prioridade à recuperação da empresa viável, a obter por acordo entre o devedor e os seus credores, em contexto extrajudicial, “semi-judicial” ou judicial.

O atual quadro legal contém, assim, instrumentos preventivos (judiciais ou

“semi-judiciais” e extrajudiciais) e não preventivos da declaração de insolvência (judiciais). Na primeira categoria, temos o SIREVE e o PER,⁸ para além de procedimentos extrajudiciais não institucionalizados (art. 17º-I);⁹ na segunda, o plano (de insolvência) de recuperação e a (continuação da) administração pelo devedor.

Por qual optar? Dependerá, naturalmente, da situação concreta, uma vez que nem todos se abrem a todos os devedores, por um lado, e, por outro, há que se ter em conta a estrutura do passivo e a disponibilidade e capacidade de diálogo e negociação entre o devedor e os seus credores (SERRA, 2013, p. 90).¹⁰

2.2 O SIREVE

O Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE), instituído pelo DL 178/2012, de 3 de agosto, substituindo o Procedimento Extrajudicial de Conciliação de 1998, tem a natureza jurídica de procedimento extrajudicial, voluntário e optativo e visa promover a recuperação extrajudicial da empresa, por meio da celebração de um acordo entre esta e os seus credores.

O seu pressuposto subjetivo é tratar-se de uma empresa, aplicando-se exclusivamente a estas entidades. E os seus pressupostos objetivos são, em primeira linha, a “situação económica difícil”, a “situação de insolvência iminente” ou a “situação de insolvência atual”.

A noção de “situação económica difícil”, utilizada pelo DL 178/2012 e pelo CIRE, tem antecedentes no nosso direito: relembrem-se os Decretos-Lei n.ºs 864/76, de 23 de dezembro, e 353-H/77, de 29 de agosto. Da sua atual definição legal (art. 17º-B) depreende-se tratar-se de uma situação pré-insolvencial, em que a empresa se dá conta de não ter meios de tesouraria, próprios ou alheios, suficientes para pagar dívidas ainda não vencidas aquando do seu vencimento, ou incorre ocasionalmente em mora. Está-se aqui na antecâmara da situação de insolvência, que poderá vir ou não a ocorrer, consoante a possibilidade que a empresa tenha de realizar liquidez através de “adiantamentos” de clientes, da cobrança de crédito malparado ou da venda de ativos, de obter financiamento adicional ou de conseguir uma reestruturação da dívida por acordo com um ou mais credores.

O legislador de 2004 disponibilizou, inicialmente, dois instrumentos jurídicos que permitem a recuperação da empresa insolvente: o plano de insolvência (arts. 192º-222º) e a (continuação da) administração pelo devedor (arts. 223º-229º).

Muito próxima estará a noção de “insolvência iminente”, definível como *situação em que o devedor antevê que estará impossibilitado de cumprir as suas obrigações quando elas se vencerem* (SERRA, 2013, p. 91). O legislador português não define o conceito de insolvência iminente, limitando-se a referi-lo (arts. 3º, 4 e 17º-A, 1). Para o direito espanhol, fonte confessa do nosso direito da insolvência¹¹, tem-se dito estar em situação de insolvência iminente o devedor que prevê não poder vir a cumprir as suas obrigações quando elas se vencerem, aquele

que prevê poder vir a fazê-lo mas de modo irregular e ainda o que prevê poder vir a cumprir regularmente as suas obrigações mas com atraso (EZQUERRA, 2005, p. 383). (*Im*)pontualidade¹² ou (*ir*)regularidade previsionais parecem ser, assim, os critérios normativos decisivos para a determinação da “situação de insolvência iminente”.

De todo o modo, estes conceitos de “situação económica difícil” e “insolvência iminente” apresentam-se como conceitos indeterminados, a convocar, por isso, densificação ou concretização em função de cada caso particular e têm fundamentalmente em vista a antecipação na prevenção da situação de insolvência atual.¹³ Olhando para as expressões utilizadas – e sempre teremos de presumir que o legislador se exprimiu em termos adequados... –, parece estarmos perante diferentes gradações de uma situação de perigo: uma menos grave, mais afastada da *débâcle* representada pela situação de insolvência atual; a outra, mais grave, em que o desastre está por um fio.

Como foi já observado (SERRA, 2013, p. 90-91), apesar de o legislador não a definir expressamente, alguns contornos da situação de insolvência iminente podem dar-se como assentes: trata-se de uma situação difícil de definir e diagnosticar, não sendo fácil distingui-la da situação económica difícil e nem mesmo da insolvência atual (por isso, o legislador reserva a sua utilização em exclusivo ao devedor: art. 3º, 4); o seu eventual diagnóstico pelo devedor não determina o dever jurídico de apresentação à insolvência: art. 18º, 1; abre a porta de todas as vias disponibilizadas para (tentar) resolver a crise da empresa (SIREVE, PER, processo de insolvência).

Limitado às empresas, o SIREVE abre-se, pois, a todas as situações de crise empresarial, não constituindo, em rigor, um instrumento pré-insolvencial, na medida em que pode ter lugar quando a empresa já se encontra em situação de insolvência atual.

Para além destes pressupostos, exige-se que a empresa candidata ao SIREVE seja recuperável, ou seja, tenha condições de viabilidade após a execução do plano de recuperação que propõe aos credores – como, aliás, é natural: não se pode recuperar o que, à partida, não tem recuperação possível. Sob este aspecto, como veremos melhor, o SIREVE é mais rigoroso do que o PER, ao exigir que a empresa requerente demonstre, através de um plano de negócios fundamentado e documentado, a sua recuperabilidade num horizonte de cinco anos; e ao impor ao IAPMEI a emissão de um parecer técnico em que se analise a viabilidade da empresa e a adequação do acordo pretendido à sua viabilização.¹⁴

São, ainda, pressupostos de utilização do SIREVE: que a empresa não se tenha apresentado à insolvência; que não tenha sido declarada insolvente em processo instaurado por terceiro; que não se encontre pendente um processo especial visando a sua revitalização (PER); que não se tenha concluído, sem êxito, um processo especial de revitalização da empresa nos dois anos anteriores à apresentação do requerimento de utilização do SIREVE.¹⁵

O procedimento que materializa o SIREVE inicia-se com requerimento nesse sentido apresentado pela empresa recuperanda ao IAPMEI,¹⁶ está sujeito a apreciação liminar¹⁷ que pode resultar em recusa do pedido,¹⁸ convite ao seu aperfeiçoamento¹⁹ ou aceitação.²⁰ Aceito o pedido, o IAPMEI promove os contactos e diligências entre as partes que se revelem necessários

para a obtenção do acordo, que incluem reuniões de negociação convocadas e mediadas por esta entidade,²¹ a qual, entretanto, deve elaborar parecer técnico sobre a viabilidade da empresa.²² As partes são, *ab initio*, a empresa devedora e os credores por esta indicados no requerimento inicial, às quais se podem vir a juntar outros credores, por iniciativa própria²³ ou a convite do IAPMEI²⁴ bem como as instituições do Estado-credor.²⁵

A fase central do procedimento é constituída, naturalmente, pelas negociações entre a empresa e os seus credores – negociações às quais a lei manda aplicar os princípios orientadores constantes da Resolução do Conselho de Ministros n. 43/2011.²⁶ Concluídas as negociações com êxito, celebra-se o acordo, que terá de envolver obrigatoriamente a empresa recuperanda, o IAPMEI e os credores aderentes – sendo o *quorum* deliberativo constituído pelos credores cujos créditos representem, pelo menos, metade do passivo total apurado no procedimento.²⁷ Se as negociações fracassarem, extingue-se o procedimento.²⁸

A aceitação do pedido de recuperação através do SIREVE tem efeitos processuais relevantes (os chamados “escudos protetores”), suspendendo as ações pendentes contra a empresa e impedindo a instauração de novas ações²⁹ – efeitos que, todavia, deixam de se produzir em relação aos credores públicos que manifestem a sua indisponibilidade para celebrar o acordo³⁰ e aos credores privados que comuniquem ao IAPMEI não pretender participar no procedimento.^{31, 32} E tem também efeitos substantivos importantes, impedindo atos de administração extraordinária que envolvam diminuição da garantia patrimonial dos credores da empresa.³³

O acordo pode impor-se aos credores não aderentes por meio de suprimento judicial da aprovação e consequente homologação, nos termos previstos no CIRE para o plano de pagamentos.³⁴ E produz, a nível substantivo, os efeitos decorrentes do plano de recuperação dele constante e, a nível adjetivo, a extinção das ações executivas (quando não preveja a simples manutenção da suspensão) e a manutenção da suspensão das ações declarativas destinadas a exigir da empresa recuperanda o cumprimento de obrigações pecuniárias, salvo se, neste último caso, tiverem terminado por transação.³⁵

Em caso de incumprimento do acordo por parte da empresa devedora, os credores têm o direito de, individualmente, o resolver.³⁶ Resolvido ou cessado o acordo – ou extinto o procedimento, nos termos do art. 16º –, o devedor fica obrigado a um período de quarentena de um ano antes de poder *apresentar novo requerimento a pedir a utilização do SIREVE*.³⁷

Para o direito espanhol, fonte confessa do nosso direito da insolvência, tem-se dito estar em situação de insolvência iminente o devedor que prevê não poder vir a cumprir as suas obrigações quando elas se vencerem [...]

Refira-se, por último, que *as propostas tendentes à celebração de acordo no SIREVE podem servir de base a propostas de planos de recuperação ou de planos de pagamentos a apresentar no âmbito de processo judicial nos termos do CIRE*.³⁸ – solução que apresenta evidentes vantagens de economia de tempo e interpenetração e flexibilidade dos vários instrumentos que integram o sistema de solução da crise empresarial (SERRA, 2013, p. 104).

2.3 O PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO (PER)

O processo especial de revitalização, criado pela Lei n. 16/2012, de 20 de abril, no âmbito do Programa Revitalizar³⁹ e inserido no CIRE (arts. 17º-A a 17º-I), tem a natureza jurídica de processo (judicial) especial,⁴⁰ voluntário e optativo,⁴¹ e visa à recuperação (“revitalização”⁴²) do devedor por acordo com os credores.

Aplica-se a todo o devedor, pessoa singular ou coletiva ou património autónomo, empresa ou não (art. 17º-A, 2),⁴³ tendo como pressupostos objetivos a “situação económica difícil” ou “insolvência iminente” e a “susceptibilidade de recuperação” (art. 17º-A, 1).⁴⁴ O seu âmbito pessoal é, assim, mais amplo do que o do SIREVE, sendo mais restrito o âmbito material da sua aplicação.⁴⁵

Quanto ao requisito da susceptibilidade de recuperação, exige-se que o devedor requerente *ateste que reúne as condições necessárias* para tal. Este trecho suscita a questão da prova da existência destas condições, tendo o nosso legislador acabado por preferir, ao contrário do que lhe é habitual, uma solução de con-

fiança no cidadão-devedor, a menos que seja reflexo do receio de corrupção dos “fiscalizadores”, como já foi, infelizmente não sem razão, sugerido (OLIVEIRA, 2013, p. 27).

O PER inicia-se com a declaração do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, manifestando a vontade de *encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da*

aprovação de um plano de recuperação (art. 17º-C), sobre o qual recairá o despacho inicial do juiz que nomeará o administrador judicial provisório. Segue-se o período de verificação dos créditos e de negociações com os credores⁴⁶ cujo desfecho pode ser positivo (aprovação do plano de recuperação conducente à revitalização do devedor) ou negativo (não aprovação do plano).

A aprovação do plano de recuperação exige a maioria necessária para a aprovação do plano de insolvência (ANACORETA; DIAS, 2010, p. 89) e tem os efeitos, substantivos e processuais, nele previstos, que, com a homologação judicial, se impõem a todos os credores, mesmo aos que não tenham participado nas negociações. (art. 17º-F, 6).

Não havendo aprovação do plano, o processo especial de revitalização é encerrado (art. 17º-G, 1), extinguindo-se todos os seus efeitos caso o devedor não se encontre em situação de insolvência atual (art. 17º-G, 2); mas, se o devedor estiver em situação de insolvência atual, o juiz declara a insolvência (art. 17º-G, 3), seguindo-se os trâmites normais do processo de insolvência.⁴⁷

A compreensão deste instrumento relativamente recente na ordem jurídica portuguesa implica, a nosso ver, para além da visão geral a que procedemos, a análise de quatro grandes questões: a) Estando preenchidos os pressupostos objetivos do processo de revitalização e, em particular, o pressuposto objectivo da susceptibilidade de recuperação, os credores terão um dever (jurídico) de “estabelecer negociações” com o seu devedor? b) A utilidade do administrador judicial; c) PER

e garantias do financiamento do devedor; d) A contribuição do Estado-credor para o desfecho do procedimento.

Deixando para mais tarde, de acordo com o plano traçado para este trabalho, a última, consideremos agora as três primeiras.

O interesse principal aqui presente cabe ao devedor: é em atenção a ele, devedor na antecâmara da insolvência mas ainda suscetível de recuperação, que o legislador, tentando resolver – ou, pelo menos, atenuar – um problema social agudo, disponibilizou este instrumento jurídico. Daí que tudo se deixe, de início, na sua exclusiva iniciativa: convencer, no mínimo, um dos credores a subscrever com ele a declaração inicial, apresentá-la ao juiz e, aceito o pedido de procedimento, convidar todos os restantes credores a participarem nas negociações (arts. 17º-C e 17º-D,1). Para depois, ajudado pelo administrador judicial, tentar obter dos outros credores – ou da maioria necessária deles – o acordo para o plano que há de conduzir à sua recuperação econômico-financeira.

Mas será que os credores podem pura e simplesmente fazer “orelhas moucas” a este seu apelo, não vindo sequer à mesa das negociações, inviabilizando *ex silentio* a desejada revitalização?

A primeira distinção que se deve naturalmente fazer é entre a **situação econômica difícil** ou **insolvência meramente iminente** imputável ao devedor e a não imputável ao devedor: qual o critério para aferir esta imputabilidade? A doutrina parece inclinar-se para o critério da qualificação da insolvência (arts. 185º-191º), considerando dever distinguir-se entre uma situação econômica difícil ou insolvência meramente iminente **culposa** e uma situação econômica difícil ou insolvência meramente iminente **fortuita**, conforme se verificarem ou não os pressupostos legais respetivos (OLIVEIRA, 2012, p. 677-678). Se imputável ao devedor, não existe qualquer dever dos credores de (re)negociar; se não imputável ao devedor, tal dever poderá existir.

30

Aprovado e homologado o plano (de insolvência) de recuperação, encerrar-se-á, por via de regra, o processo de insolvência [...] podendo o administrador judicial continuar no exercício de funções de fiscalização da execução do plano

Não será imputável ao devedor, nos termos referidos, a situação de dificuldade retratada por aqueles pressupostos que resulte da alteração (anormal) das circunstâncias que constituem a base do negócio (Código Civil, art. 252º, 2) ou das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar (Código Civil, art. 437º) (CORDEIRO, 1984, II, p. 903 e ss.). *E entre as hipóteses em que a causa de uma ‘situação econômica difícil’ ou de uma ‘situação de insolvência meramente iminente’ é a alteração (anormal) das circunstâncias que constituem a base do negócio, ou das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, contam-se designadamente aquela[s] em que a ‘situação econômica difícil’ ou a ‘situação de insolvência meramente iminente’ resulta da actual crise econômica e financeira – já descrita como a segunda ‘Grande Depressão’, ou como a primeira ‘Grande Recessão’.* (OLIVEIRA, 2012, p. 678).

Ora, sendo dessa ordem a causa da **situação econômica**

difícil ou da **situação de insolvência iminente** em que se encontra o devedor e o leva a requerer a abertura do PER, os credores terão um dever de **estabelecer negociações** com o devedor. Tal decorre do princípio da boa-fé e dos deveres (acessórios de conduta) de informação, cooperação e lealdade que nele radicam.

Estes são deveres que vinculam, reciprocamente, ambas as partes numa negociação: o devedor que viole o dever de apresentar propostas razoáveis, ou o dever de responder razoavelmente às propostas que lhe sejam apresentadas, há de ficar constituído no dever de indenizar os danos causados aos seus credores (art. 17º-D, 11); em contrapartida, existindo uma violação evidente dos deveres (acessórios) de (re)negociação, concretizada na “obstrução” de um acordo razoável, ou de uma possibilidade de acordo razoável, os credores podem e devem ficar constituídos no dever de indenizar o devedor.

Será o administrador judicial, no contexto de um procedimento que tende para uma “semijudicialidade”, verdadeiramente útil e, portanto, necessário?

Começemos por verificar as funções que lhe estão aqui legalmente atribuídas: verificação de créditos (art. 17º-D, 2); orientação e fiscalização das negociações (art. 17º-D, 5, 8 e 9); fiscalização da administração pelo devedor (art. 17º-E, 2); fiscalização de atos procedimentais (art. 17º-F, 1 e 4); informação ao processo (art. 17º-G, 1); requerer a insolvência do devedor (art. 17º-G, 4).

Facilmente constatamos não desempenhar este órgão qualquer atividade de gestão ou administração de bens do devedor, o que se explica, desde logo, pela manutenção, na esfera jurídica deste, dos poderes de administração e disposição dos seus bens. Isto mesmo resulta claro dos critérios de seleção dos candidatos ao estágio profissional para recrutamento de administradores judiciais, em que a matéria da gestão de empresas, no âmbito da experiência profissional (o fator mais cotado), surge em último lugar.

O administrador judicial desempenha, neste procedimento, um papel essencialmente de mediação/negociação (credibilização da atuação, propostas e propósitos do devedor; persuasão dos credores; estabelecimento de pontes). Pode (e deve) perguntar-se se a existência, no PER, do órgão “administrador judicial”, assim configurado, representa uma ajuda ou um constrangimento prejudicial para o devedor (SERRA, 2012); mas, como quase sempre acontece, tudo dependerá da forma como, em concreto, a função for exercida.

Poderá questionar-se, também, de que lado da barricada – se é que há barricada... – está ou deve estar o administrador judicial: colaborador do devedor ou defensor dos interesses dos credores? No processo de insolvência, tal como (re)desenhado em 2004, o administrador estava, indubitavelmente, ao serviço exclusivo dos credores, do **coletivo dos credores**; mas, mesmo aí, com a **mudança de paradigma** recentemente ocorrida, as coisas não são assim tão claras, em especial quando esteja em causa um plano (de insolvência) de recuperação. No PER, o administrador judicial está ao serviço da recuperação/revitalização do devedor, particularmente (em vista das repercussões no plano macroeconômico e social, as chamadas “externalidades”) no caso de se tratar de uma empresa (objetivo do procedimento); devendo aconselhar e fiscalizar o devedor, promover a adesão

dos credores, assegurar, na medida do possível, que o acordo contém as providências necessárias e suficientes para a sua recuperação; garantir que não se trata, por parte do devedor, de mero expediente dilatório; verificar a existência, em concreto, dos pressupostos legalmente exigidos; requerer a insolvência, sendo caso disso.

Neste sentido, cremos que a figura do administrador judicial assume, no PER, na essência, o papel que cabe ao IAPMEI no SIREVE – credibilizador, mediador, negociador, fiscalizador –, nessa medida se justificando.

O problema mais urgente a resolver pelo devedor em recuperação através do PER é o de obter a liquidez necessária para fazer face às necessidades do dia a dia – tratando-se de uma empresa, fazer os pagamentos que assegurem a normalidade da laboração. Sob pena de se transformar este processo num puro expediente dilatório da insolvência, torna-se imprescindível garantir os credores que aceitem dotar o devedor do “dinheiro fresco” que lhe há de permitir a recuperação.⁴⁸ Assume, pois, importância fundamental a questão das garantias do financiamento do devedor durante o PER.

Nesse domínio, a lei começa por prever a manutenção das garantias convencionadas entre o devedor e os credores no decurso do PER para além deste e mesmo após declaração de insolvência que venha a ocorrer dentro dos dois anos posteriores ao termo do PER (art. 17º-H, 1) – preceito que, em vista do disposto no art. 97º, só pode ser interpretado no sentido de determinar a extinção dessas garantias se a insolvência do devedor vier a ser declarada **mais de dois anos após o encerramento** do PER; e, portanto, não como medida de proteção dos credores financiadores do devedor durante o PER, mas como meio de desencorajar abusos por parte destes credores – como, por exemplo, exigir, como condição para a concessão de novos créditos, a constituição de garantias reais para créditos anteriores não garantidos – ou, pelo menos, de encontrar um ponto de equilíbrio entre os seus interesses e os dos restantes credores.

Assim interpretada – e não vemos como o poderia ser de outro modo, apesar de ambigüamente redigida, parecendo conceder um especial favor a estes credores, mantendo algo que sem ela

não se manteria –, a norma não encerra, como à primeira vista poderia parecer, um benefício assinalável para os credores financiadores: pois se a insolvência do devedor for declarada **para lá do marco de dois anos** contados desde a data de encerramento do PER, estas garantias desaparecem (extinguem-se) por efeito da declaração de insolvência, o que não sucede com os credores cujas garantias foram convencionadas antes (ou depois) do PER (art. 97º).

O princípio da igualdade (par conditio creditorum) significa, assim, ressalvadas as referidas diferenciações objetivas, paridade entre os credores independentemente do seu poder econômico e força negocial [...]

Solução que se compreende e aceita na medida em que estes credores financiadores do devedor durante o PER serão, essencialmente se não exclusivamente, os Fundos Revitalizar, instrumentos de capital de risco especialmente constituídos para o efeito com capital integrado por programas europeus e pelos maiores bancos portugueses, cujos interesses, tendo naturalmente de ser protegidos, não deverão sobrepor-se aos dos restantes credores para além do estritamente necessário, sendo certo que as suas entidades gestoras dispõem de equipas profissionais altamente especializadas na avaliação, gestão e acompanhamento das empresas a recuperar.

A defesa das garantias convencionadas entre o devedor e os credores que o financiam durante o PER prevê também a inaplicabilidade a essas convenções do instituto da resolução em benefício da massa insolvente (art. 120º, 6) – solução que, apesar de significar a proteção de interesses individuais de um ou mais credores contra os interesses da massa, ou seja, do coletivo dos credores, radica na aludida proteção mínima dos credores financiadores da recuperação.

E completa-se com a atribuição de privilégio creditório mobiliário geral aos credores que financiam o devedor no decurso do PER (art. 17º-H, 2; cfr. Código Civil, art. 747º e Código do Trabalho, art. 333º, 2, a)), benefício extensível aos (eventuais) credores não financeiros.

Isso visto, não pode deixar de se concluir que o legislador português foi relativamente parco no estímulo aos cre-

dores financiadores da recuperação, cremos que pelas razões acima indicadas; ao contrário do seu congêneres espanhol, que optou por considerar os créditos relativos a entradas de tesouraria realizadas no âmbito de um acordo de refinanciamento como créditos sobre a massa, em 50% do seu montante, e, nos restantes 50%, créditos com privilégio geral (Ley Concursal, arts. 84,2, 11º e 91,6º). Atendendo à natureza institucional destes credores – pois, como se disse, este

financiamento, nas atuais condições da economia portuguesa, ficará, na prática, a cargo dos Fundos Revitalizar –, pensamos ter sido mais acertada a solução da nossa lei, favorecendo os credores não institucionais (comerciais).

Outra questão que tem sido aflorada é a de saber se os credores preexistentes terão um direito de preferência na concessão do financiamento (SERRA, 2012, p. 734-735), estando o devedor obrigado a procurar preferentemente os novos financiamentos (em dinheiro ou em espécie) junto daqueles que já eram seus credores quando da abertura do PER. Partindo do princípio de que esses credores estão interessados em conceder novos créditos ao devedor em dificuldade, aumentando assim a sua exposição – o que, cremos, só sucederá em casos muito contados –, ressalta-se aqui a natureza **coletiva, concursal**, do processo de insolvência, que não pode deixar de abranger os diversos procedimentos pré-insolventais. Natureza que imediatamente nos conduz à analogia entre a situação dos credores e a dos sócios da sociedade, devendo ser-lhes dada a oportunidade de, querendo, impedir a redução da sua posição relativa no total do passivo do devedor.

Por outro lado, dos princípios orientadores decorre, para o devedor, a obrigação de não praticar atos que, de algum modo, afetem negativamente a posição relativa de cada credor no confronto com os restantes credores ou as legítimas expectativas quanto ao pagamento dos seus créditos, em comparação com

a situação que existia antes do início das negociações (Sexto princípio), tendo os credores o *direito de esperar que a sua posição relativa e as probabilidades de realização dos seus direitos não sofram qualquer modificação ao longo do PER e, por isso, sempre que exista esse risco, o devedor deve dar-lhes a possibilidade de evitar ou reduzir o impacto da modificação* (Nono princípio).⁴⁹

2.4 O PLANO (DE INSOLVÊNCIA) DE RECUPERAÇÃO

Uma das grandes alterações introduzidas pelo CIRE consistiu na atitude perante a recuperação da empresa insolvente: à proclamação solene da prevalência da recuperação sobre a liquidação (CPEREF, art. 1º) substituiu-se a primazia absoluta da satisfação dos credores, *convertidos, por força da insolvência, em proprietários económicos da empresa*. A tal ponto que chegou a recomendar-se, na fase de apreciação do Projeto, a eliminação da referência à recuperação da empresa no próprio título do Código – *Código da Insolvência* ficaria então (SERRA, 2005).

A recuperação da empresa insolvente permaneceu, todavia, como uma finalidade possível, inteiramente entregue à vontade (estimativa) dos credores, podendo concretizar-se através do “plano de insolvência” (arts. 192º-222º).

O plano de insolvência, inspirado no *Insolvenzplan* da lei alemã (InsO, §§ 217-269), integrado no processo de insolvência e pressupondo a declaração desta (art. 209º, 2) foi concebido como um instrumento aberto, de natureza negocial (TEIXEIRA, 2011): quanto ao âmbito subjetivo de aplicação, ao seu caráter facultativo, ao princípio da consensualidade, ao seu fim, conteúdo e modalidades (arts. 192º, 1 e 3, e 195º-200º). Abertura que assenta, por conseguinte, nas ideias de **coletividade** e **autonomia** dos credores: é o coletivo dos credores, representado pela maioria formada na assembleia (art. 212º), que, interpretando os interesses comuns, aprova o plano, sendo que pode modificar a(s) proposta(s) durante a sua apreciação e discussão (art. 210º) e, mesmo, apresentar novas propostas. Na base da coletividade e autonomia dos credores tem de estar, necessariamente, como referimos, a consideração da sua **igualdade**.

O princípio da legalidade tributária significa que os impostos são criados por lei que determina a incidência, taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes (CRP, art. 103º, 2).

Como meio de recuperação da empresa insolvente e para minimizar os efeitos negativos da conotação desta com a situação de insolvência, a Revisão de 2012 aditou o atual n. 3 ao art. 192º, segundo o qual o plano de insolvência *que se destine a prover à recuperação do devedor designa-se plano de recuperação, devendo tal menção constar em todos os documentos e publicações respeitantes ao mesmo*.

Constitui, pois, este plano (de insolvência) de recuperação, como ficou já assinalado, um meio não preventivo, insolvencial, de recuperação do devedor (em regra, empresa), que este (ou qualquer outro legitimado: art. 193º) pode usar quando, falhados os meios preventivos aplicáveis, tenha sido

declarada judicialmente a sua insolvência.

Apresentada a proposta (ou as propostas) pelo devedor ou (e) outro legitimado e admitida pelo juiz do processo (art. 207º), procede-se à recolha obrigatória de pareceres sobre ela e à discussão e eventual aprovação pela assembleia de credores (arts. 209º-213º). Uma vez aprovado, o plano está sujeito a homologação judicial (art. 214º), devendo esta ser officiosamente recusada verificando-se qualquer dos fatos previstos no art. 215º ou a pedido dos interessados nos termos do art. 216º.

A primeira destas normas confirma o papel em geral atribuído ao juiz da insolvência de garante da legalidade: a recusa officiosa tem lugar quando se verifique, na elaboração e aprovação do plano, violação de normas do CIRE (ou do CPC, aplicável subsidiariamente, ou de qualquer outra lei que verse sobre a matéria em apreço), quer de natureza procedimental, processual (quanto à atuação a desenvolver no processo, aos passos que nele devem ser dados até que a assembleia de credores decida sobre as propostas que lhe foram presentes e ao modo como o plano deve ser elaborado e apresentado), quer substantiva (quanto ao conteúdo do plano, respeitantes à sua parte dispositiva, incluindo as que fixam os princípios a que ele deve obedecer imperativamente e as que definem os temas que a proposta deve contemplar). (FERNANDES; LABAREDA, 2009, p. 713).

E o que será a “violação não negligenciável” de qualquer destas normas?

A doutrina tem interpretado esta passagem no sentido de serem **não negligenciáveis** – e, por conseguinte, conduzindo à não homologação do plano – *as violações de normas imperativas que acarretem a produção de um resultado que a lei não autoriza*, sendo de considerar **negligenciáveis as infracções que atinjam simplesmente regras de tutela particular que podem, todavia, ser afastadas com o consentimento do protegido. (IDEM).**

O art. 216º, por seu turno, permite que a não homologação judicial tenha lugar a requerimento de qualquer interessado em afastar o plano. Detenhamo-nos apenas na norma da alínea a) do número 1 do preceito, que consagra a conhecida cláusula do *best interest (of creditor’s) test*: qualquer credor (ou outro interessado legitimado para o efeito: art. 216º, 1) pode obter a não homologação judicial se demonstrar que *a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que a que interviria na ausência de qualquer plano*. Já foi observado que *a sua consagração permite confirmar a soberania dos interesses dos credores, que prevalecem, em última análise, sobre os interesses na conservação da empresa: todo o plano de insolvência – de recuperação da empresa – pode sucumbir por causa de um credor; basta que ele alegue e prove o seu prejuízo nos termos referidos*. (SERRA, 2010, p. 131.)

Ora, sabendo-se que a norma abrange, para lá dos credores, o próprio devedor e os sócios, associados e membros do devedor pessoa coletiva ou patrimônio autônomo, não poderá falar-se, com inteira propriedade, de “soberania dos credores”, nem mesmo de pura e simples proteção dos credores minoritários (vencidos na votação que aprovou o plano),⁵⁰ antes de uma solução que procura o equilíbrio entre os interesses dos credores que aprovaram o plano e os interesses de todos os outros envolvidos na insolvência, credores vencidos, devedor e seus sócios (*hoc sensu*) – equilíbrio que há de ter em conta, de

modo especial, aqueles que estão privados do poder de (co)decidir a aprovação do plano – o devedor e os sócios, associados ou membros do devedor pessoa coletiva ou patrimônio autônomo; mas que não pode, em caso algum, deixar de atender ao objetivo prioritário traçado pelo legislador de 2012 – a recuperação da empresa insolvente.

Pensamos ser este o quadro atual de compreensão da norma do art. 216º, 1, a): a possibilidade de reação do oponente está condicionada pelo objetivo fundamental de recuperação da empresa e pelos princípios estruturantes do processo de insolvência, designadamente pelo princípio da igualdade dos credores, servindo apenas para salvaguardar *a sua posição em condições mínimas aceitáveis*. (FERNANDES; LABAREDA, 2009, p. 721.)

E em que se traduzem, em concreto, essas condições? No fato de a sua situação, tal como decorre do plano aprovado, não ser, em substância, menos favorável do que seria sem qualquer plano, isto é, com a liquidação da empresa. Perde o devedor empresário singular ou perdem os sócios de sociedade comercial tudo o que investiram na empresa? Não o perderiam se esta fosse liquidada? Perdem os fornecedores, os trabalhadores, o Estado uma parte dos seus créditos? Não seria assim com a liquidação? (O que implica um juízo de prognose que envolverá sempre alguma dificuldade mas que só poderá obter-se a partir do conhecimento aprofundado do caso concreto e das suas circunstâncias).

Aprovado e homologado o plano (de insolvência) de recuperação, encerrar-se-á, por via de regra, o processo de insolvência (art. 230º, 1, b)), podendo o administrador judicial continuar no exercício de funções de fiscalização da execução do plano (art.220º, 1).

2.5 A ADMINISTRAÇÃO PELO PRÓPRIO DEVEDOR²¹

Um dos efeitos necessários e tradicionais da declaração de insolvência é a inibição do insolvente para administrar e dispor dos bens que passam a integrar a massa (art. 81º, 1), inibição que se repercute, naturalmente, nos seus administradores (arts. 81º, 1, e 82º).

Daí que a recuperação na fase pós-insolvencial (plano de recuperação) implique,

em princípio, ao contrário do que sucede na recuperação pré-insolvencial (art. 17º-E, 2; DL 178/2012, art. 11º, 5), o afastamento dos administradores do devedor, substituídos pelo administrador judicial.

A manutenção em funções da administração do insolvente – ainda que porventura remodelada – revela-se, em muitos casos, fundamental para o êxito da recuperação: pelo conhecimento da empresa e do mercado, pela confiança inculcada nos clientes, fornecedores e trabalhadores, pelo evitar de rupturas susceptíveis de comprometer irremediavelmente o futuro, envolvendo a situação em algodão em rama.

Por isso, se permite que o devedor empresário (art. 223º) requeira ao juiz ou à assembleia de apreciação do relatório que a empresa contida na massa insolvente continue a ser por si administrada (art. 224º). Entre os requisitos do deferimento deste pedido está a apresentação pelo devedor de plano de insolvência (de recuperação) *que preveja a continuidade da administração da empresa por si próprio* (art. 224º, 2, b)).

A continuidade da administração da empresa insolvente está, assim, necessariamente ligada a um plano (de insolvência) de recuperação – sendo justamente a articulação destes dois instrumentos o meio mais apto a prosseguir o objetivo de recuperação da empresa insolvente nesta fase pós-insolvencial.

3 AS CONDIÇÕES E LIMITES DA MODIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO

Os termos em que os créditos sobre a empresa em dificuldade (em situação econômica difícil, em insolvência iminente ou em insolvência atual) podem ser modificados num plano de recuperação definem-se, no fundo, pelas regras legais relativas ao plano (de insolvência) de recuperação, em vista das remissões, quer do SIREVE, quer do PER.

A principal questão que aqui se põe, na medida em que estamos perante direitos patrimoniais, em regra livremente disponíveis mas apenas pelo respetivo titular, é a da afetação dos direitos dos credores sem o seu consentimento. Na relação bilateral credor-devedor, aquele tem sempre de consentir na modificação do seu crédito para que ela possa operar e produzir efeitos. Mas em situação de

dificuldade, havendo perigo de incumprimento ou já incumprimento efetivo perante o conjunto ou coletivo dos credores e não apenas perante um ou alguns deles, a solução, na perspetiva da continuidade e recuperação da empresa, terá necessariamente de passar por alterações que se imponham aos credores afetados, operando mesmo sem a sua (ou contra a sua) vontade.

Por isso, começa logo por nos dizer o art. 192º que *o pagamento dos créditos sobre a insolvência [...] pode(m) ser regulado(s) num plano de insolvência*. Plano de insolvência que, como já vimos, se chamará “plano de recuperação” sendo esta a sua finalidade e poderá afetar a esfera jurídica dos interessados, mesmo sem o seu consentimento, nos termos expressamente autorizados nas normas subsequentes do CIRE.

É indubitável que o plano de recuperação da empresa pode: modificar os prazos de vencimento dos créditos, concedendo moratórias; modificar as taxas de juro convencionadas (art. 196º, 1, c)); reduzir ou eliminar os juros, de qualquer espécie; reduzir ou perdoar o capital; estabelecer (ou não) a cláusula *salvo regresso de melhor fortuna* (art. 196º, 1, a)); constituir garantias novas ou reduzir ou extinguir garantias existentes (art. 196º, 1, d) – cf. todavia o n. 2 deste preceito).⁵²

Para que estas alterações sejam válidas e eficazes é, na essência, necessário que estejam regularmente refletidas na proposta de plano apresentada à aprovação dos credores (art. 195º), que respeitem o princípio da igualdade dos credores (art. 194º) e que o plano seja aprovado e homologado nos termos legais já analisados (art. 217º, 1).

4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS CREDITORES

4.1 SENTIDO E ALCANCE

Dissemos já que **coletividade, autonomia e igualdade** dos credores são os vetores estratégicos do nosso atual regime insolvencial, os critérios normativos que a lei da insolvência oferece para a solução das situações de crise empresarial.

Só pode falar-se de **coletividade** quando existe um conjunto de pessoas irmanadas por objetivos ou interesses comuns que estão em condições de **paridade** relativamente aos meios de que o conjunto dispõe para satisfazer esses (ou

procurar a satisfação desses) interesses.

Daí que a nossa Carta Política (art. 13º) proclame solenemente o princípio da igualdade dos cidadãos, dos membros da coletividade nacional, interpretado como *proibição do arbítrio* ou *proibição da discriminação sem razão atendível* (CUNHA, 2008, p. 128 e ss.).

No domínio da insolvência, a igualdade dos credores é afirmada *sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas*. (art. 194º, 1.) E que **razões objetivas** são essas?

O direito da insolvência distingue “classes” de créditos de acordo com os critérios das garantias e privilégios creditórios de que gozem (art. 47º, 4, a)) e da sua natureza “subordinada” (art. 47º, 4, b) e 48º), sendo que o primeiro prevalece sobre o segundo (art. 47º, 4, b), 2ª parte): esta é a primeira e mais nítida razão objetiva que legitima a diferenciação entre os credores na insolvência.

A administração de uma empresa em dificuldade implica opções delicadas entre interesses concorrentes, tendo como objetivo a continuidade da laboração e a adoção de medidas de fundo que possibilitem o seu relançamento.

Em segundo lugar, devem distinguir-se, dentro da mesma classe ou categoria, os créditos de acordo com o grau hierárquico de preferência legal.⁵³ E, por último, as circunstâncias concretas de cada caso podem justificar outras razões objetivas de diferenciação, atendendo nomeadamente às fontes do crédito (FERNANDES; LABAREDA, 2009, p. 641).⁵⁴ O limite é que não se sujeitem a regimes diferentes credores em circunstâncias idênticas, a menos, evidentemente, que os afetados nisso consintam, expressa ou tacitamente (art. 194º, 2).

O princípio da igualdade (*par conditio creditorum*) significa, assim, ressalvadas as referidas diferenciações objetivas, **paridade** entre os credores independentemente do seu poder económico e força negocial (v.g. instituições financeiras: art. 194º, 3) ou do seu estatuto público (art. 97º) ou de quaisquer outras circunstâncias (FÉRES, 2005, p. 5).^{55, 56}

4.2 O ESTADO-CREDOR E A SUA POSIÇÃO NA INSOLVÊNCIA

Os créditos do Estado gozam, em geral, de privilégio que lhes asseguram prioridade de pagamento.⁵⁷ Esta posição privilegiada radica, compreensivelmente, na natureza pública dos interesses protegidos – que, note-se, não são interesses do Estado em si mas da comunidade nacional de que ele é apenas a expressão organizada com vista à prossecução dos fins comuns.

Assim, na execução comum os créditos do Estado, munidos do respetivo privilégio, são pagos com preferência mesmo com relação a outros créditos privilegiados (Código Civil, arts. 747º e 748º). E isto porque, neste caso, a relação que intervém entre cada credor e o devedor é a relação jurídica originária, intocada, pautada pelo regime que lhe é próprio.

Sucedem que os parâmetros se alteram radicalmente quando o devedor – no nosso caso, a empresa – cai em situação de insolvência. Agora do que se trata é de optar, enquanto é tempo, entre a recuperação da empresa e a sua liquidação (eli-

minação); e, em qualquer dos casos, declarada a insolvência, a relação jurídica que intervém entre cada credor e o devedor muda, *reconfigura-se*, em virtude de o interesse do credor que a lei tutela não ser já o interesse puro, originário, mas um interesse que se renova e dilui no interesse comum do *coletivo dos credores* (ASCENSÃO, 2005).⁵⁸

Durante muito tempo – tempo em que a falência era vista como um instituto liquidatório –, o Estado-credor apresentava-se ao “concurso” falimentar sentado na sua confortável posição de privilégio. O que se revelou, na prática, impeditivo da recuperação da empresa insolvente. Por isso, o legislador português de 1993 determinou a extinção dos privilégios creditórios do Estado como efeito da declaração de falência do devedor, apresentando-a como a novidade de maior tomo da reforma (Relatório do Decreto Preambular do CPREF, 6).

Ainda que perante uma *ratio legis* tão claramente exposta pelo próprio legislador, logo surgiram os “burocratas do sistema” – “mais papistas do que o Papa” – tentando preservar o que o legislador quisera abandonar, “interpretando” a nova norma do art. 152º do CPREF restritivamente – diríamos, literalmente –, dela excluindo as hipotecas legais (GARRETT, 1999, p. 189-191).

Certo, porém, é que, mesmo com restrições temporais cuja imposição se iniciou já em 1998, mantém-se, na atual lei o mesmo regime: a declaração de insolvência determina a extinção de grande parte dos privilégios creditórios e das hipotecas legais de que beneficiam os créditos públicos (do Estado, das autarquias locais, das instituições da Segurança Social).⁵⁹ Créditos que, em princípio, se converterão em comuns por mero e automático efeito da declaração de insolvência do devedor.⁶⁰

Vemos, assim, que a lei afirma de modo claro a igualdade do Estado-credor com os restantes credores do devedor em situação de insolvência.^{61, 62}

5 A (I)MODIFICABILIDADE DOS CRÉDITOS DO ESTADO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO

5.1 A “INDISPONIBILIDADE” DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS: O SUJEITO PASSIVO INSOLVENTE

Os acórdãos do STJ que representam a já referida inflexão (ou viragem) da orientação jurisprudencial maioritária nesta matéria – Acórdãos de 15.12.2011 (Silva Gonçalves), de 10.05.2012 (Álvaro Rodrigues) e de 14.06.2012 (Oliveira Vasconcelos) – fundamentam as suas decisões na impossibilidade de modificação dos créditos do Estado pela assembleia de credores que aprova o plano de recuperação do devedor insolvente dada a sua natureza indisponível.⁶³

Convém olhar um pouco mais de perto para este preceito (LGT, art. 30º, 2). Da sua simples leitura ressalta que a indisponibilidade dos créditos tributários não é absoluta, na medida em que podem ser reduzidos ou extintos. Redução ou extinção essas que, todavia, têm de respeitar os princípios da igualdade e da legalidade tributária. Qual o sentido e alcance destes princípios?

O princípio da legalidade tributária significa que os impostos são criados por lei que determina a incidência, taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes (CRP, art. 103º, 2). Este princípio exprime-se por meio de uma dupla reserva de lei: formal, sendo a criação de impostos, taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas matéria da competência exclusiva da Assembleia da República, podendo ser delegada no Governo

mediante autorização legislativa (CRP, art. 165º, 1, i)); e material, na medida em que a lei ou decreto-lei autorizado devem prever de forma rigorosa a matéria reservada, definindo os seus elementos essenciais (princípio da tipicidade).

O princípio da legalidade fiscal encontra-se, assim, constitucionalmente consagrado, por meio de normas que o concretizam, na sua vertente de reserva de lei formal (parlamentar), quanto à criação de impostos (definindo a sua incidência *lato sensu* em termos determinados ou determináveis) bem como no que se refere aos seus elementos essenciais, ou seja, tem de ser a lei a determinar o **se** e o **quanto** de cada imposto (MARIANO, 2011, p. 15-16). Ou seja: a Administração não pode, por sua iniciativa, criar impostos ou outros tributos nem dispor quanto aos seus elementos essenciais (elementos essenciais dos quais não fazem parte os que se referem à liquidação e à cobrança): eis quanto nos diz o princípio da legalidade fiscal.

Por seu lado, o princípio da igualdade tributária, dirigido à realização da justiça material, exige que a lei fiscal trate todos os cidadãos de um modo igual, segundo o critério da capacidade contributiva, proibindo os tratamentos desiguais quando não se verificarem razões objetivas. O *dever fundamental de pagar impostos* impende sobre todos os cidadãos (princípio da generalidade) de acordo com um único critério (princípio da uniformidade) que é o da capacidade contributiva (DIAS, 2012, p. 71, nota 302). O que conduz à proibição de discriminação, quer positiva, quer negativa, com exceção da que radique na diferente capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

Que lição podemos, então, tirar do preceito do art. 30º, 2, da Lei Geral Tributária? A de que os créditos tributários podem ser modificados (reduzidos ou extintos e, portanto, também alvo de moratória quanto ao seu pagamento) desde que se verifiquem, cumulativamente, duas condições: a) que essa modificação não se funde em razões arbitrárias, antes responda a necessidades impostas pela capacidade contributiva do devedor (princípio da igualdade tributária); b) que tenha por base disposição legal que a permita (princípio da legalidade tributária). A isto se resume a decantada “indisponibilidade” dos créditos fiscais (e parafiscais).

Ora, encontrando-se o sujeito passivo-devedor insolvente, manda o princípio da igualdade tributária não o tratar de modo igual ao não insolvente, devendo aquele ser discriminado positivamente por não ser a mesma a capacidade contributiva. E requer o princípio da legalidade tributária que a Administração Fiscal atue de acordo com a lei – lei que autoriza a modificação dos créditos tributários, nas suas diversas modalidades: art. 119º da LOE2014 e arts. 190º e 191º do Código Contributivo. É a própria lei fiscal a reconfigurar, em consonância com a lei da insolvência, a relação tributária do insolvente.⁶⁴

5.2 A FIXAÇÃO DE UMA CORRENTE JURISPRUDENCIAL

Este entendimento foi amplamente sufragado pela jurisprudência dos nossos tribunais superiores: *Não se põe em causa o carácter imperativo dos arts. 30.º, n.º 2, e 36.º, n.ºs 2 e 3, da Lei Geral Tributária, aprovada pelo DL n.º 398/98, de 17-12, e do art. 196.º, n.ºs 1 e 5, do CPPT, aprovado pelo DL n.º 433/99, de 26-10. Só que tais normativos têm o seu campo de aplicação na relação tributária, em sentido estrito, ou seja, no domínio das relações entre a administração tributária, agindo como tal, e os contribuintes, não encontrando apoio no contexto do processo especial, como é o processo de insolvência, onde a actuação da Fazenda Nacional se situa num plano perfeitamente distinto, pois, ao intervir nesse processo, aceita o concurso dos demais credores de determinado contribuinte num quadro em que releva a incapacidade do devedor insolvente para satisfazer as suas dívidas, inclusive das dívidas ao Estado, mesmo de natureza fiscal, devendo em consequência este intervir como credor, tendo em conta a existência dos demais credores e aquela situação de incapacidade, e em observância do tendencial princípio da igualdade entre os credores, despido do seu jus imperii, que o colocaria numa situação de tratamento privilegiado perante os demais.*⁶⁵ Orientação jurisprudencial que se tornou maioritária.⁶⁶

5.3 A INFLEXÃO DA ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: APRECIACÃO

Os acórdãos do STJ de 15.12.2011, 10.05.2012 e 4.06.2012 decidiram, como sabemos, de modo contrário, represen-

tando o ponto de viragem da jurisprudência maioritária,⁶⁷ com fundamento nas alterações que teriam sido introduzidas na matéria pela Lei n. 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento de Estado para 2011). Vejamos o que, a este respeito, dispôs esta lei.

O seu art. 123º aditou o atual n. 3 ao art. 30º da LGT com o seguinte teor: *O disposto no número anterior prevalece sobre qualquer legislação especial.* E o art. 125º diz textualmente: *O disposto no n.º 3 do artigo 30.º da LGT é aplicável, designadamente aos processos de insolvência que se encontrem pendentes e ainda não tenham sido objecto de homologação, sem prejuízo da prevalência dos privilégios creditórios dos trabalhadores previstos no Código do Trabalho sobre quaisquer outros créditos.*⁶⁸

Já conhecemos o sentido do art. 30º, 2, da LGT: os créditos tributários podem ser modificados (reduzidos ou extintos e, portanto, também alvo de moratória quanto ao seu pagamento) desde que se verifiquem duas condições cumulativas: a) que essa modificação não se funde em razões arbitrárias, antes responda a necessidades impostas pela capacidade contributiva do devedor (princípio da igualdade tributária); b) que tenha por base disposição legal que a permita (princípio da legalidade tributária). Não se trata, como ficou anotado, de “indisponibilidade” dos créditos tributários, mas de uma disponibilidade que não é livre – como nos direitos patrimoniais dos particulares –, dependendo exclusivamente da vontade imotivada do titular, mas condicionada, dado o interesse público que subjaz àqueles créditos, à especial situação de redução da capacidade contributiva do devedor e à previsão em norma legal.⁶⁹

Bem vistas as coisas, o n. 3 do art. 30º significa apenas que os créditos tributários não podem ser reduzidos ou extintos com base em lei especial que o permita em desrespeito dos princípios da igualdade e da legalidade tributárias. Ora, isto não tem qualquer efeito sobre a aplicabilidade das normas do Código da Insolvência, que não desrespeita tais princípios, bem pelo contrário: a discriminação positiva do sujeito passivo insolvente por referência ao não insolvente é imposta pelo princípio da igualdade, devendo tratar-se essas situações de modo diferente porque diferente é,

objetivamente, a capacidade contributiva num e noutro caso; essa diferenciação, permitindo-se a modificação dos créditos tributários para ajudar a recuperar o devedor, está prevista em lei (CIRE) cuja aprovação observou as normas constitucionais relativas à reserva de lei que incida sobre questões fiscais (princípio da legalidade).⁷⁰

Não há, assim, razão que permita concluir que *A Lei n.º 55-A/2010 de 31-12, que aprovou o Orçamento do Estado para 2011 e veio dar nova redação ao art.º 30.º da Lei Geral Tributária (art.º 123.º), retomou validade dos princípios que informam o nosso sistema tributário no sentido de que a extinção ou redução dos seus créditos fiscais não podem ser perturbados contra a vontade do Estado.*⁷¹ Nem os princípios do sistema tributário estiveram alguma vez em causa, pelo menos por culpa do direito da insolvência; nem a “vontade do Estado” – no sentido em que a jurisprudência em análise a toma – tem qualquer relevo neste contexto.

Quanto a este último ponto, em vista da importância que a jurisprudência ultimamente lhe vem dando, justificam-se algumas considerações complementares. Com efeito, vem-se decidindo pela impossibilidade legal de o plano de insolvência importar a modificação dos créditos tributários com voto contrário da Administração Tributária ou da Segurança Social.⁷² Solução que não tem o mínimo apoio, porque das duas, uma: ou se aceita, como nós defendemos, que a modificabilidade dos créditos tributários opera por força da sua expressa previsão legal (CIRE) e nos exatos termos desta e, então, o acordo do Estado-credor pode ser suprido nesses mesmos termos; ou não se aceita que as normas do CIRE constituam “expressa previsão legal” no plano tributário e o acordo do Estado, prestado por meio de voto favorável da proposta de plano elaborada nos termos da lei da insolvência, será nulo por ilegal.⁷³

O Estado é, na insolvência, parte integrante do coletivo dos credores, impondo-se-lhe, como tal, os deveres de conduta – maxime de lealdade – que ligam os credores da insolvência.

Se o legislador da LOE/2011 pretendeu, com os seus arts. 123º e 125º, impedir a afetação dos créditos fiscais e parafiscais com a aprovação de planos de recuperação de devedores insolventes, falhou o tiro, porque não atendeu ao real sentido da norma do art. 30º, 2, da LGT. E o mesmo sucedeu, na sua esteira, infelizmente, à nossa jurisprudência: talvez seja este o preço a pagar pela convicção do dever (cego) de obediência à lei, *seja injusto ou imoral o seu conteúdo*,⁷⁴ ou, no mínimo, por acusar o peso do dever de obediência a uma legalidade *stricto sensu* (SERRA, 2012, p. 741, nota 44).^{75, 76}

5.4 A CLÁUSULA BEST INTEREST TEST E A SUA INVOCABILIDADE PELO ESTADO-CREDOR

Questão diferente, se bem que funcionalmente relacionada, é a de saber se pode o Estado-credor lançar mão do meio de defesa previsto no art. 216º, 1, a), requerendo ao juiz a não homologação do plano de insolvência aprovado pela assembleia de credores com base no fato de a sua situação resultante do plano ser previsivelmente menos favorável do que a que interviria na ausência de qualquer plano, isto é, na liquidação da massa.

Decorre do exposto que, desde que cumpra os requisitos do art. 216º, 1, o credor Estado pode, em paridade com qualquer outro credor vencido na votação, socorrer-se deste mecanismo – sendo certo que, atento o art. 97º, quanto aos créditos comuns, poderá ser difícil demonstrar que a liquidação lhe seria mais favorável do estrito ponto de vista da cobrança dos créditos. Mas isso serão as vicissitudes normais dos créditos sobre a insolvência, em que a posição do Estado não difere da dos restantes credores.

5.5 PLANO DE RECUPERAÇÃO E RESPONSABILIDADE FISCAL SUBSIDIÁRIA

Problema que pode considerar-se lateral relativamente ao tema que nos ocupa mas de primordial importância prática para a recuperação da empresa insolvente é o da responsabilidade subsidiária por dívidas fiscais que, nos termos da LGT, incide sobre os gerentes ou administradores da empresa devedora.

A administração de uma empresa em dificuldade implica opções delicadas entre interesses concorrentes, tendo como objetivo a continuidade da laboração e a adoção de medidas de fundo que possibilitem o seu relançamento. Sabemos que há credores presentes (trabalhadores, fornecedores) e outros ausentes (Estado), sendo diferente a pressão que exercem sobre o quotidiano da empresa e da sua administração (FURTADO, 2011, p. 13). Em contrapartida, enquanto uns contribuem, de modo direto, para a atividade empresarial, outros esperam, firmados nos seus privilégios, pelo fim da jornada, pelo estertor do moribundo, para fazer valer os seus direitos, arrecadando o que houver.

Assim se explica, muitas vezes, a tomada de decisões que envolvem grandes riscos para os seus autores – quantos deles sem consciência disso... –, como o pagamento de salários em vez do pagamento de impostos ou de contribuições para a Segurança Social.

Porque o Estado é um credor ausente, sentiu-se, em geral, a necessidade de desencorajar decisões de gestão que o privem dos impostos e outros tributos legalmente fixados: daí a responsabilidade fiscal dos gerentes ou administradores das empresas.⁷⁷ Responsabilidade subsidiária em relação à empresa devedora e que se efetiva pelo instituto da reversão fiscal. Significa isso, naturalmente, que, excutido o patrimônio da empresa devedora, os gerentes ou administradores assumem a posição de executados nos processos de execução fiscal revertidos.⁷⁸

Ora, resultando a insuficiência patrimonial da insolvência da empresa e tendo sido esta judicialmente declarada, poderá a Administração Fiscal exigir, em sede de reversão, aos gerentes ou administradores o pagamento da dívida que não for paga após a excussão da massa insolvente?

A resposta a esta questão difere, a nosso ver, consoante o processo de insolvência se oriente para a liquidação ou para a recuperação da empresa devedora.

Tratando-se de processo de finalidade liquidatória, vendidos os bens integrantes da massa insolvente e pagos os credores nos termos da sentença de verificação e graduação dos créditos, verifica-se a condição de que a lei tributária faz depender a responsabilidade dos gerentes ou administradores.⁷⁹

Mas se o processo se dirigir para a recuperação da empresa e nele for aprovado um plano que implique a redução dos créditos

tos tributários, ficará a empresa devedora e os seus gerentes ou administradores exonerados de todas as dívidas remanescentes, tributárias ou não – exceto se o plano dispuser de modo diverso (art. 197º, c).⁸⁰ Neste caso, restará ao Estado-credor, vencido na votação do plano assim gizado, lançar mão da cláusula *best interest test*, nos termos explicitados.

6 CONCLUSÃO

Sintetizando as considerações que antecedem, podemos concluir: A reorientação a que o nosso direito da insolvência foi recentemente submetido e que se evidencia pela disponibilização de um leque alargado de modos de obter a recuperação da empresa em dificuldade – batizada já de “mudança de paradigma” ou “quebra extrema” – radica nas dificuldades econômicas experimentadas e exprime a vontade política de salvaguardar quanto possível o tecido econômico nacional. A primazia deixou de ser dada à vontade dos credores, substituída pela recuperação da empresa insolvente.

A “compatibilização” da lei da insolvência com as leis fiscais não se afigura tão difícil assim: a) não há qualquer hierarquia das leis fiscais sobre o CIRE; b) a questão não se coloca no plano da relação lei geral (tributária) / lei especial (CIRE), antes no da articulação de ambos os regimes: as normas do CIRE que permitem a modificação dos créditos sobre a insolvência no âmbito do plano de recuperação – em particular, o art. 196º, 1, a) e c) – não contrariam mas adequam-se perfeitamente às exigências do art. 30º, 2, da LGT quanto à modificação dos créditos tributários, dado que respeitam os princípios da igualdade e da legalidade tributárias, pelo que o n. 3 do art. 30º da LGT é perfeitamente inócuo em relação ao CIRE, não se lhe aplicando; c) o concurso, aqui, não é entre o interesse público de cobrar impostos e o interesse privado da empresa recuperanda, dos seus titulares, dos trabalhadores e credores na sua manutenção, mas entre o interesse público de cobrar impostos e o interesse público da recuperação das empresas insolventes com vista à preservação do tecido econômico nacional – interesses, à partida, com a mesma dignidade, tendo todavia o legislador procurado acautelá-los, no máximo possível, a recuperação da empresa insolvente sobre a sua liquida-

ção: a situação de insolvência determina a subordinação do primeiro (cobrança de impostos) ao segundo (recuperação da empresa) daqueles interesses públicos; d) o n. 2 do art. 196º não exclui os créditos tributários, tendo a sua redação sido mantida na Revisão de 2012, operada pela Lei n. 16/2012, de 20 de abril, muito posterior à decantada Lei n. 55-A/2010, de 31 de dezembro – o que só pode significar ou que esta não teve o propósito que lhe foi assacado ao introduzir o n. 3 do art. 30º da LGT ou que o legislador entretanto se arrependeu; e) mas o mesmo legislador do CIRE não se esqueceu de excluir expressamente os créditos tributários do elenco de créditos sobre a insolvência que se extinguem no âmbito da exoneração do passivo restante (art. 245º, 2, d)); f) não há qualquer oposição entre os princípios da igualdade e da legalidade tributária e a *par conditio creditorum*; aliás, mesmo fora do quadro da insolvência, a relação tributária está evoluindo para uma *relação jurídica entre iguais* (CAMPOS, 2007, p. 9).

A declaração de insolvência produz alterações substanciais da posição jurídica do devedor, reconfigurando as relações jurídicas de que ele é parte. Esta reconfiguração exprime-se, quanto às relações tributárias, na extinção de privilégios creditórios e garantias afins e na introdução de limites específicos à “indisponibilidade” desses créditos, nos termos explanados.

O Estado é, na insolvência, parte integrante do **coletivo dos credores**, impondo-se-lhe, como tal, os deveres de conduta – *maxime* de lealdade – que ligam os credores da insolvência. Deveres de lealdade que, baseados na “ligação especial” que se constitui entre os credores com a declaração de insolvência do devedor comum, o obrigam a aceitar e jogar conforme as regras do jogo, de acordo com a posição que, segundo elas, detém, sob pena de poder ficar constituído na obrigação de indenizar os lesados, quer a empresa recuperanda, quer, em última análise, os credores que aprovaram o plano de recuperação.

Acrescente-se, por fim, que não vemos razão que obste à aplicação da mesma doutrina aos planos de recuperação propostos ao abrigo de procedimentos pré-insolvenciais (extrajudiciais não institucionalizados, SIREVE e PER), pois,

se nem sempre estamos aí, ainda, em presença de uma situação de insolvência atual – que, como vimos, uma vez declarada, *reconfigura* as relações jurídicas do insolvente –, há o risco ou a iminência de que tal situação se verifique convocando, por isso, uma identidade de interesses.

NOTAS

- 1 Relatório do DL 132/93, ponto 2.
- 2 Relatório do DL 53/2004, ponto 6, *in fine* (ítlico nosso).
- 3 O abandono, entre nós, dos quadros estreitos da falência-liquidação data de 1986 (DL 177/86, de 2.07), ano da adesão europeia, sob o impulso da necessidade de reestruturar o tecido econômico nacional e seguindo orientação que ganhou foros de cidade em alguns países europeus (Ponto 1, *in fine*, do Relatório do DL 132/93). Orientação que veio a ser acolhida pelo direito brasileiro com a LFR (MENDES, 2007). Esta lei – cuja matéria poderá vir a sofrer alterações com o novo Código Comercial em gestação: cf. arts. 32 e ss. do Anteprojeto, em que se nota a influência dos INSOL Principles acolhidos na recente revisão do direito português da insolvência (infra, nota 29) – disponibiliza dois instrumentos de recuperação (extrajudicial e judicial) preventivos da falência, tendo a jurisprudência vindo a insistir na concessão ao devedor empresário da oportunidade de recuperação, mesmo quando preenche os requisitos legais para a declaração de falência (art. 94): Consultar, como exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Segunda Câmara Cível, n. 0019814-20.2005.8.19.0001, de 20.09.2006 (Conceição Mousnier). Constatase que a orientação para a recuperação da empresa insolvente mas viável é hoje uma tendência mundial, ilustrando-a com os casos da Argentina e Brasil (PITASSI, 2010, p. 292-308), sobre a LFR, seu impacto e dificuldades de aplicação (BANDEIRA, 2009). Para uma breve indicação das soluções adotadas em alguns países europeus e da orientação geral do direito da União Europeia, ver infra nota 13.
- 4 Para além do plano de pagamentos aos credores, destinado apenas a pessoas singulares não empresárias ou titulares de pequenas empresas que preenchem as condições requeridas pelo art. 249º, 1, b), assumindo-se assim como um instrumento perfeitamente residual quando se trata da recuperação da empresa em dificuldade.
- 5 Ver, por exemplo, Acórdão da Relação de Coimbra de 24.09.2013 (José Avelino Gonçalves).
- 6 Resolução do Conselho de Ministros n. 43/2011, publicada no Diário da República, 1.ª série – N. 205 – 25 de outubro de 2011.
- 7 Ibidem.
- 8 Processo Especial de Revitalização, criado pela Lei n. 16/2012, de 20 de abril, que, para esse efeito, aditou ao CIRE os arts. 17º-A a 17º-I.
- 9 Infra, nota 37.
- 10 O conjunto de instrumentos jurídicos, preventivos e não preventivos da declaração de insolvência, extrajudiciais e judiciais, que o nosso direito atualmente disponibiliza à empresa em dificuldade, corresponde a uma orientação geral nos ordenamentos europeus, não só dos

- que mais de perto inspiraram, neste domínio, o legislador português (alemão e espanhol), como dos direitos francês, italiano e inglês. Na França, com a reforma de 2005 (Lei n. 2005-845, de 26.07.2005), o *Code de commerce* passou a prever dois mecanismos extrajudiciais preventivos da declaração de falência – *mandat ad hoc* (art. L611-3) e *procédure de conciliation* (art. L611-4) –, cujo resultado pode ser sujeito a homologação judicial, um procedimento judicial preventivo (*procédure de sauvegarde*: arts. L620-1 a L628-7) e um procedimento de recuperação pós falência (*procédure de redressement judiciaire*: arts. L631-1 e ss.). (BEN JABEUR, 2012, p. 39 e ss.) O direito italiano (*Regio Decreto* 16 marzo 1942, n. 267, com múltiplas e recentes alterações) contempla, também, meios preventivos da declaração de falência, extrajudiciais – *accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182-bis) – e judiciais – *concordato preventivo* (arts. 160 e ss.) –, e meios não preventivos de recuperação da empresa – *concordato fallimentare* (arts. 124 e ss.). A Lei n. 274, de 30 de julho de 1998, regulamentada pelo Decreto Legislativo n. 270, de 8 de julho de 1999, criou um instrumento específico para a crise das grandes empresas, a *amministrazione straordinaria, con finalità conservativa del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali* (art. 1. do DL n. 270). Sobre a matéria da falência e dos instrumentos jurídicos disponibilizados pelo direito italiano atual para (ajudar a) resolver a crise empresarial (genericamente designados por “*altre procedure concorsuali*”), ver Galgano, 2013, p. 323 e ss. Na Inglaterra, o *Insolvency Act* de 1986 (hoje complementado por outras leis, como o *Companies Act* de 2006) prevê cinco procedimentos (*statutory procedures*), três de recuperação (*administration, company voluntary arrangement e scheme of arrangement*) e dois de liquidação (*receivership, incluindo a administrative receivership, e liquidation*): cf. SLAUGHTER AND MAY, 2013. Vemos, pois, que o “novo” paradigma do direito insolvential português não é original (e não podia sê-lo na medida em que foi imposto pelo Memorando de Entendimento), tampouco o sendo a tendência para as múltiplas e sucessivas alterações legais. Mas não só no plano dos direitos nacionais se verifica uma evolução no sentido de promover a recuperação das empresas em dificuldade viáveis, por meio de mecanismos utilizáveis numa fase precoce dessas dificuldades; o próprio direito europeu (no sentido de direito da União Europeia) caminha nessa mesma direção: cf. a Resolução do Parlamento Europeu 2011/2006(INI), de 15 de novembro de 2011, e a Recomendação da Comissão Europeia C(2014) 1500 final, de 12 de março de 2014.
- 11 Cf. Relatório do Decreto Preambular do CIRE, ponto 40.
- 12 Impontualidade que, quando efetiva e definitiva (art. 3º, 1), configura a situação de insolvência atual. A este propósito, a jurisprudência brasileira, interpretando o art. 94º, I, da LFR, fala de “impontualidade injustificada”: cf. Acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná de 24.06.2009 (Carlos Mansur Arida); e Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina de 27.10.2011 (Jânio Machado). A lei brasileira é mais estrita a este respeito do que a portuguesa, na medida em que os incs. I e II do art. 94 parecem conter uma verdadeira presunção inilidível da situação de insolvência decorrente do não pagamento, sem relevante razão de direito, no vencimento, de obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; ou de o devedor, executado por qualquer quantia líquida, não pagar, não depositar e não nomear à penhora bens suficientes dentro do prazo legal. Orientação que, cremos, assenta na caracterização do instituto falimentar como privativo do empresário (art. 1º), o que justifica um maior rigor para com situações de incumprimento (GUIMARÃES, s/data, p. 9.)
- 13 Situação de insolvência atual que pressupõe incumprimento atual e, pelo menos potencialmente, generalizado das obrigações do devedor (art. 3º, 1).
- 14 DL 178/2012, arts. 3º, 2, e), 4 e 5, e 7º. Verifica-se aqui um claro regresso ao CPEREF (arts. 1º, 2, 15º, 1, e 25º, 3, por exemplo).
- 15 Idem, art. 18º, 1 (cf. art. 6º, 1, v)). Estabelecem-se assim as relações entre o SIREVE e o PER: a utilização do SIREVE não impede o recurso ao processo especial de revitalização (art. 18º, 6); a utilização do PER sem sucesso impede o recurso ao SIREVE durante dois anos (art. 18º, 1, d)); o recurso ao processo especial de revitalização durante a utilização do SIREVE determina a extinção deste procedimento (art. 18º, 7).
- 16 DL 178/2012, art. 3º. A apresentação do requerimento suspende o prazo para apresentação à insolvência (Idem, art. 5º, 1), o que faz sentido uma vez que se prevê à aplicação do SIREVE a situações de insolvência atual (Idem, art. 2º), tornando-se necessário resguardar o devedor das consequências do incumprimento daquele dever: sobre o ponto, ver Serra, 2013, p. 93-94.
- 17 Idem, art. 6º.
- 18 Idem, art. 6º, 1, a) e 2.
- 19 Idem, art. 6º, 1, b) e 3.
- 20 Idem, art. 6º, c).
- 21 Idem, arts. 6º, 5 e 6, e 8º.
- 22 Idem, art. 7º.
- 23 Idem, art. 10º.
- 24 Idem, art. 8º, 1.
- 25 Idem, art. 9º.
- 26 Idem, art. 11º, 1. Quanto aos “princípios orientadores”, a sua origem e sentido, ver Serra, 2012, p. 729 e nota 28, e Oliveira, 2012.
- 27 Idem, art. 12º, 1. O “*quorum* constitutivo” refere-se aos credores titulares de créditos que representem, pelo menos, metade do passivo total constante do balancete analítico (Idem, arts. 1º e 3º, 2, c)). De notar os requisitos de forma (ns. 1 e 2) e a estipulação quanto à repartição dos encargos dos processos judiciais de cobrança de créditos sobre a empresa (n. 3).
- 28 Idem, art. 16º. Extinção pelo decurso do prazo fixado no art. 15º sem obtenção de acordo, ou por declaração do IAPMEI, a todo o tempo, com fundamento em irregularidades procedimentais, incluindo a falta de *quorum* deliberativo. O prazo estabelecido para o procedimento nesta última norma (três meses) é idêntico ao fixado na *Ley Concursal* espanhola (art. 5 bis, 4) e na *Insolvenzordnung* alemã (§ 270b (1)) e próximo do prazo definido, como veremos, para o PER: cf. Oliveira, 2013, p. 27 e nota 101.
- 29 Idem, art. 11º, 2.
- 30 Idem, art. 11º, 3, a).
- 31 Idem, art. 11º, 3, b).
- 32 Soluções compreensíveis no plano da autonomia negocial e da eficácia externa das obrigações mas manifestamente inadequadas na perspetiva da promoção da recuperação da empresa viável em dificuldade.
- 33 Idem, art. 11º, 5. Verifica-se alguma semelhança com a noção de “actos de especial relevo” previstos no art. 161º do CIRE.
- 34 Idem, art. 19º, 2. Esta norma remete para as disposições do CIRE relativas ao plano de pagamentos, em particular arts. 252º, 2, 256º e 258º. E o art. 17º-I deste Código? Devendo o suprimento judicial da aprovação dos credores não aderentes no âmbito do SIREVE seguir os termos definidos para o plano de pagamentos, parece claro que “os acordos extrajudiciais de recuperação do devedor” referidos nesta última norma só podem ser outros, celebrados fora do SIREVE; e talvez por isso, impõem-se requisitos mais exigentes ao remeter-se para a maioria prevista no art. 212º, 1, relativa ao plano de insolvência, e se promove a homologação através de um processo especial de revitalização.
- 35 Idem, art. 13º, 1.
- 36 Idem, art. 14º, 1.
- 37 Idem, art. 17º.
- 38 Idem, art. 19º, 1.
- 39 Resolução do Conselho de Ministros n. 11/2012, de 3 de Fevereiro.
- 40 Cf. Serra, 2012, p. 718 e nota 5, em que se dá nota de diferentes posições sobre a natureza jurídica (judicial ou “semi-judicial”) do PER. Sobre o tema, Acórdãos da Relação de Guimarães de 18.12.2012 (Maria Rosa Tching) e da Relação do Porto de 30.09.2013 (Oliveira Abreu).
- 41 Acórdão da Relação de Coimbra de 12.03.2013 (Albertina Pedrosa).
- 42 Sobre o termo “revitalizar” e seus derivados, ver Serra (2012 e 2013).
- 43 Tratando-se de um instrumento pré-insolvential, se bem que autónomo relativamente ao processo de insolvência, o PER não se aplica, naturalmente, aos sujeitos não abrangidos por este último e na medida em que o não sejam (CIRE, art. 2º, 2).
- 44 Sobre estes conceitos, cf. supra, ponto 2.2.
- 45 Contrariamente ao que se passa com o SIREVE, o PER foi pensado exclusivamente como instrumento pré-insolvential. No entanto, não está inteiramente excluído que possa ser aplicado a devedor em situação de insolvência atual: o juiz tem sempre, no final, a possibilidade de verificar os pressupostos recusando a homologação do plano (art. 17º-F), mas isso constituirá uma hipótese de remota verificação prática (SERRA, 2013, p. 90). Contrariando esta afirmação, Acórdão da Relação de Coimbra de 10.07.2013 (Carlos Moreira), entendendo que o juiz pode e deve, logo no início do procedimento, verificar os pressupostos, rejeitando, se for caso disso, liminarmente o pedido. Mas existe jurisprudência contrária: Acórdãos da Relação de Guimarães de 16.05.2013 (Conceição Bucho), da Relação do Porto de 15.11.2012 (José Amaral) e da Relação de Évora de 12.09.2013 (Paulo Amaral).
- 46 Art. 17º-D. De notar o prazo definido para o processo negocial: 3 meses (dois mais um) – n. 5; cf. supra, nota 31.
- 47 Cf. Acórdão da Relação de Guimarães de 24.10.2013 (Manuel Bargado).

- 48 Para isso e para possibilitar as operações de recuperação da empresa, foram criados os Fundos Revitalizar, designados Fundos Regionais de Expansão Empresarial, que são instrumentos de capital de risco – a medida mais importante do Programa Revitalizar (Resolução de Conselho de Ministros n.11/2012, de 3 de fevereiro).
- 49 Princípios aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n. 43/2011. Cf. supra, nota 29.
- 50 De “proteção das minorias” (*Minderheitenschutz*) fala o direito alemão: InsO, § 251.
- 51 Ver, sobre este ponto, Serra (CEJ), 2013, p. 136 e ss. A influência do direito alemão vê-se no próprio plano formal-sistemático: na InsO, a parte relativa à *Eigenverwaltung* (auto-administração) vem na imediata sequência da que trata do plano de insolvência (§ 270- §285).
- 52 Sobre a modificabilidade dos créditos no plano de insolvência, ver o Acórdão da Relação de Lisboa de 29.03.2012 (Ilídio Sacarrão Martins) ou o Acórdão da Relação do Porto de 13.06.2013 (Deolinda Varão), ponto I do Sumário.
- 53 Preferência estabelecida pelos arts. 174º e ss. do CIRE, com remissão para as normas legais aplicáveis à fonte da preferência (garantia real ou privilégio creditório geral: art. 47º, 4, a)). De notar que os créditos subordinados também têm uma ordem hierárquica entre si: art. 177º.
- 54 Um exemplo das circunstâncias referidas em último lugar será a discriminação positiva de credor financeiro em resultado de contrato de *leasing* imobiliário das instalações da empresa recuperanda, cuja manutenção é indispensável para a continuidade da laboração e para a sua possível recuperação: Acórdão da Relação de Coimbra de 25 de junho de 2013 (Catarina Gonçalves).
- 55 Para a orientação da jurisprudência brasileira sobre o princípio da igualdade dos credores, ver, por exemplo: Acórdão da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de 8 de outubro de 2008 (Proc. AC 5020553 PR 0502055-3 – Relator Francisco Jorge); Acórdão da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo de 16 de outubro de 2012 (Proc. AG 923872020128260000 SP 0092387-20.2012.8.26.0000 – Relator Roberto Mac Cracken); Acórdão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco de 19 de julho de 2012 (Proc. AI 447947520118170001 PE 0006431-85.2012.8.17.0000 – Relator Bartolomeu Bueno). E isto sem embargo de a LFR não ter, declaradamente, entre os seus princípios fundamentais, a *par conditio creditorum* (PEREIRA, 2005), recorrendo os tribunais diretamente à Constituição Federal de 1988, em mais um reflexo da conhecida “constitucionalização” do direito privado (DANTAS, 2013).
- 56 *A igualdade aqui é garantida pela formação de uma vontade maioritária. Não se trata de uma igualdade absoluta no tratamento dos credores, permitindo-se diferenciações no tratamento, desde que fundamentadas em razões objectivas.* (Acórdão da Relação de Lisboa de 9.05.2013 – Isoleta Almeida Costa).
- 57 Código Civil, arts. 736º, 738º, 743º, 744º, 746º, 747º e 748º. O CPPT prevê a possibilidade de constituição, pelo órgão de execução fiscal, de hipoteca legal ou penhor (art. 195º). Os créditos da Segurança Social beneficiam, para além das garantias comuns eventualmente constituídas, de privilégio creditório, mobiliário geral e imobiliário (geral), e de hipoteca legal (Código Tributativo, arts. 203º, 204º, 205º e 207º). Para uma visão panorâmica das garantias de que gozam os créditos tributários, ver Regino, 2010.
- 58 Credores que, na insolvência, já não estão por sua conta mas ligados entre si, em função da sua condição de credores do devedor insolvente e da “ligação especial” que ela origina, por deveres de conduta recíprocos (OLIVEIRA, Madalena, 2013, p. 63 e ss.).
- 59 Art. 97º. Norma que, constando da versão original do CIRE, foi mantida na íntegra pela Lei n. 16/2012.
- 60 Só assim não será caso se tenham constituído garantias reais, por exemplo para obter a suspensão de processo de execução fiscal (CPPT, art. 169º), hipótese em que se manterão como créditos garantidos (art. 47º, 4, a)). Sem esquecer a faculdade que assiste aos credores de no plano de insolvência contemplarem a redução ou extinção das garantias existentes (assim como a constituição de novas garantias) – art. 196º, 1, d): (FERNANDES;LABAREDA, 2009, p. 649).
- 61 Em suma: Não havendo nenhum motivo que justifique a aplicação de regras especiais, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor (Código Civil, art. 604º): Oliveira, 2013, p. 56. Na insolvência, as *causas legítimas de preferência* estão ligadas ao critério de diferenciação dos créditos (CIRE, arts. 47º e 194º, 1). Uma parte importante dos créditos do Estado perde os privilégios creditórios (e hipotecas legais) com a declaração de insolvência do devedor (art. 97º), sendo que o plano pode afetar, reduzindo ou extinguindo, as garantias reais ou privilégios creditórios sobreviventes (art. 197º, a)), desde que respeitado o princípio da igualdade – logo, não há razão objetiva para diferenciar a posição do Estado-credor da dos restantes credores.
- 62 No direito brasileiro – ordenamento em que [...] *os privilégios para a Fazenda Pública (...) de tantos e tão exagerados, chamam a atenção da doutrina, a ponto de se afirmar que em prol da Fazenda existem favores extremos que chegam, em vários momentos, a repugnar à tradição jurídica do direito brasileiro.*” (ALMEIDA, 2010, p. 330, nota 4) – a evolução aponta no sentido da progressiva *parificação* da posição do Estado-credor com a dos restantes credores: os créditos fiscais cedem agora (desde 2005) aos créditos com garantia real (art. 83 da LFR e art. 186, § único, I, do CTN, na redação da LC 118/05). Sobre o tratamento do crédito fiscal na falência, ver Castro, 2010.
- 63 LGT, art. 30º, 2: *O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária.*
- 64 Considerando o que fica dito sobre o sentido e alcance do princípio da legalidade tributária, os termos da autorização legislativa para a aprovação do CIRE (Lei n. 39/2003, de 22.08, art. 1º, 3, a): *Fica o Governo autorizado a legislar sobre: As consequências decorrentes do processo especial de insolvência para o Estado* e o disposto no art. 165º, 1, i, da Constituição, não vemos que se devam excluir as normas do CIRE da previsão da parte final do art. 30º, 2, da LGT, restringindo-a às leis fiscais. Contra, Silva;Santos, s/d, p. 5.
- 65 Acórdão do STJ de 2.03.2010 (Silva Salazar), ponto IV do Sumário. No mesmo sentido, entre outros: Acórdãos do STJ de 4.06.2009 (Álvaro Rodrigues), de 13.01.2009 (Fonseca Ramos); da Relação de Lisboa de 17.05.2012 (Maria José Mouro), de 29.03.2012 (Ilídio Sacarrão Martins), de 22.03.2011 (Anabela Calafate), de 10.03.2011 (Ondina Carmo Alves); da Relação do Porto de 17.03.2011 (José Ferraz), de 11.05.2010 (José Carvalho), de 16.03.2010 (Anabela Dias da Silva), de 10.09.2009 (Teles de Menezes); da Relação de Coimbra de 6.09.2011 (Falcão de Magalhães), de 5.07.2011 (Regina Rosa), de 2.02.2011 (Francisco Caetano), de 1.06.2010 (Carlos Moreira); da Relação de Guimarães de 24.07.2012 (Maria Catarina Gonçalves), de 10.04.2012 (Ana Cristina Duarte), de 18.10.2011 (Maria Catarina Gonçalves), de 3.03.2011 (Isabel Rocha); da Relação de Évora de 6.06.2013 (Canelas Brás).
- 66 Cf. Acórdão da Relação de Guimarães de 18.10.2011 (Maria Catarina Gonçalves).
- 67 Neste (novo) sentido, entre outros, os Acórdãos da Relação de Lisboa de 22.10.2013 (Rosa Ribeiro Coelho), de 14.11.2013 (Alexandrina Branquinho), de 24.01.2013 (Maria José Mouro), de 14.03.2013 (Maria Teresa Pardal); da Relação do Porto de 26.11.2013 (Maria Graça Mira), de 21.10.2013 (Carlos Querido), de 30.09.2013 (Oliveira Abreu), de 11.09.2012 (Maria Cecília Agante), de 4.07.2011 (Anabela Luna de Carvalho); da Relação de Coimbra de 1.10.2013 (Barateiro Martins), de 17.09.2013 (Maria Domingas Simões), de 11.12.2012 (Maria José Guerra), de 17.01.2012 (Alberto Ruço); da Relação de Guimarães de 25.11.2013 (António Santos), de 29.10.2013 (Edgar Gouveia Valente), de 15.10.2013 (Manuela Fialho), de 1.10.2013 (Maria da Purificação Carvalho); da Relação de Évora de 28.06.2012 (Paulo Amaral). É paradigmático, quanto à viragem jurisprudencial, o Acórdão da Relação de Coimbra de 27.09.2011 (Artur Dias): “Até ao aditamento, pela Lei nº 55-A/2010, de 31/12 (Lei Geral do Orçamento para 2011), do nº 3 ao artº 30º da LGT, os créditos da Segurança Social e os créditos fiscais podiam ser afectados pelo plano de insolvência.” (Sumário).
- 68 Em vista da sua manifesta pobreza, não valerá a pena determo-nos no comentário à redação desta norma, que tanto impressionou a jurisprudência.
- 69 Cf. LGT art. 36º, 3. Casos expressamente previstos na lei são, entre outros, os constantes das alíneas a) e c) do n. 1 do art. 196º do CIRE.
- 70 Não se trata aqui, em boa verdade, nem de *hierarquia de leis* – saber se as leis tributárias se sobrepõem ao CIRE ou vice-versa (cf. Acórdão da Relação do Porto de 16.03.2010 – Anabela Dias da Silva) –, nem da *relação lei geral (lei fiscal) / lei especial (CIRE)* – premissa em que assenta grande parte das decisões judiciais em qualquer dos sentidos detetados: cf. Acórdão da Relação do Porto de 14.11.2011 (Rui Moura); do que se trata é de saber se as normas do CIRE relativas ao plano de insolvência, *maxime* o art. 196º, 1, a) e c), são aplicáveis aos créditos fiscais *nos próprios termos do art. 30º, 2, da LGT* – questão a que respondemos afirmativamente pelas razões invocadas no texto. Por isso também entendemos que o nº 3 do art. 30º é irrelevante para a nossa hipótese. Neste sentido, Acórdão da Relação do Porto de 12.09.2013 (Aristides

Rodrigues de Almeida) e Acórdão da Relação de Guimarães de 24.07.2012 (Maria Catarina Gonçalves).

- 71 Acórdão do STJ de 15.12.2011 (Silva Gonçalves), Sumário (itálico nosso).
- 72 Assim, por exemplo, os Acórdãos do STJ de 15.12.2011 e 10.05.2012, cit., para além de inúmeros acórdãos das Relações. Diz-se, por exemplo, no Acórdão da Relação de Lisboa de 14.11.2013 (Alexandrina Branquinho): *O artigo 30.º, n.º 3, da Lei Tributária Geral, na redacção da Lei 55-A/2010 de 31/12, impõe a exigência de acordo da Fazenda Nacional para a homologação do plano de insolvência que afecte os créditos tributários.* (Ponto I do Sumário); não é este, de todo, como se demonstra no texto, o sentido da citada norma legal.
- 73 Neste último sentido, Silva; Santos, s/d, p. 9.
- 74 Acórdão do STJ de 10.05.2012, cit., ponto I do Sumário. Sobre o art. 8º do Código Civil português, ver Cunha, 2009, p. 91; Martínez, 2003, p. 703.
- 75 Existe, todavia, jurisprudência resistente: por exemplo, Acórdãos da Relação de Lisboa de 21.11.2013 e de 5.12.2013 (Ilídio Sacarrão Martins), de 23.05.2013 (Maria Amélia Ameixoeira); da Relação do Porto de 12.09.2013 (Aristides Rodrigues de Almeida); da Relação de Guimarães de 24.07.2012 (Maria Catarina Gonçalves), de 10.04.2012 (Ana Cristina Duarte); da Relação de Évora de 6.06.2013 (Canelas Brás).
- 76 A conclusão a que chegamos quanto à modificabilidade dos créditos tributários no âmbito do plano de insolvência abrange, naturalmente, a exoneração dos responsáveis legais – desde logo, gerentes ou administradores da empresa insolvente – nos termos do art. 197º, c). Contra, na lógica da argumentação que desenvolve a favor da modificabilidade dos créditos tributários neste contexto, Dias, 2012, p. 79. Deverá ter-se em conta, todavia, que, não podendo embora a Administração Tributária, nesse caso, usar a faculdade do art. 24º da LGT – porque a isso obsta o citado art. 197º, c) –, não deixará o Estado de poder ser ressarcido se a insolvência for qualificada como culposa (art. 189º, 2, e)) – mas na lógica insolvencial da paridade dos credores.
- 77 LGT, art. 24º, 1. Referimo-nos no texto à responsabilidade civil, no sentido de “não penal”, a par da qual existe, como é sabido, a responsabilidade penal fiscal, de que não nos ocupamos aqui. A questão da natureza jurídica da responsabilidade fiscal subsidiária é debatida na doutrina especializada portuguesa, essencialmente entre três possíveis caracterizações: fiança legal, responsabilidade civil delitual e figura específica do Direito Fiscal (VIEIRA, 2011).
- 78 A responsabilização dos gerentes ou administradores pelas dívidas fiscais das sociedades é um tema muito discutido no Brasil, em face da LFR e do art. 135, inc. III, do CTN, norma que condiciona essa responsabilidade à prática, pelos administradores, de atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos (KOUDELA, 2010, p. 15-16.)
- 79 LGT, art. 23º, 2. Cf. Acórdão do STA de 19.12.2012 (Francisco Rothes), op. cit.
- 80 Sobre a questão do “redirecionamento” da execução fiscal uma vez executada a massa falida sem pagamento integral dos créditos fiscais, no Brasil, ver Mendes, 2007; Darós, 2008 e Menezes, 2007.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Recuperação de empresas em processo de insolvência*. In: *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 2. (Boletim da Faculdade de Direito).
- _____. *Da empresarialidade: as empresas no Direito*. Coimbra: Almedina, 1996.
- ABU-EL-HAJ, Jawdat. *Interações e práticas econômicas no capitalismo globalizado: o caso da Portugal Telecom*. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/ri/bitstream/riufc/821/1/2010_art_JAbu-El-Haj.PDF>.
- ALMEIDA, Gustavo Henrique de. *Repensando a penhora em execução fiscal contra o falido*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, jan./jun. 2010, p. 328-349. Disponível em: <www.redp.com.br>.
- ALVES, Jorge Fernandes. O “brasileiro” oitocentista: representações de um tipo social. In: VIEIRA, Benedita Maria Duque (Org.). *Grupos sociais e estratificação social em Portugal no Século XIX*. Lisboa: ISCTE, 2004.
- ANACORETA, João; DIAS, Maria João. Quórum para a aprovação do plano de insolvência (anotação ao artigo 212º do CIRE), *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n. 26, mai./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2599/documento/A9R41.pdf?id=3016>>.
- ARMSTRONG, Mark Anthony; CERFONTAINE, Alexandrine. *Échecs économiques et dérive du pragmatisme juridique: l'expérience anglaise du droit de la faillite. Droit et Société*, Paris, n. 46, p. 547-568, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira5.pdf>>.
- _____. *Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 2, set. 2005.
- BANDEIRA, Francisco Hélio Soares. *Empresas em recuperação judicial*. Faculdade Metropolitana de Caieiras, 2009. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf/empresas-recuperacao-judicial/empresas-recuperacao-judicial.pdf>>.
- BEN JABEUR, Sami. *Statut de la faillite en théorie financière: approches théoriques et validations empiriques dans le contexte français*. Tese de Doutorado apresentada à l'Université du Sud Toulon-Var, 2012. Disponível em: <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/75/96/32/PDF/these_-_ben_-_jabeur.pdf>.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 67, v. 1, jan. 2007. Disponível em: <www.oa.pt>.
- CARVALHO, Orlando de. *Empresa e lógica empresarial: direito das empresas*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 189-217.
- CASTRO, Gustavo Anderson Correia de. *Tratamento do crédito fiscal no âmbito do processo falimentar (Decreto-Lei n. 7.661/1945 e Lei n. 11.101/2005)*. ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/imprimir/17103/tratamento-do-credito-fiscal-no-ambito-do-processo-falimentar-decreto-lei-n-7-661-1945-e-lei-n-11-101-2005>>.
- CHARTIER, Yves. *Droit des Affaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984. v. 1.
- CORDEIRO, António Menezes. *Perspectivas evolutivas do direito da insolvência*. Coimbra: Almedina, 2013 (ebook).
- _____. *Saneamento financeiro: os deveres de viabilização das empresas e a autonomia privada*. In: *Novas Perspectivas do Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 61-100.

_____. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 1984. v. 2.

_____. *A boa fé nos finais do século XX*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 56, v. 3, p. 887-912, dez. 1996.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito constitucional anotado*. Lisboa: Quid Juris, 2008.

_____. *Iniciação à metodologia jurídica: memória, método e direito*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

DANTAS, Fernando Luís Lopes. *O juiz e o constitucionalismo contemporâneo: (alguns) atributos para o exercício das jurisdições ordinária e constitucional*. *RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 14, p. 16521-16545. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com>>.

DARÓS, Vilson. *O poder dos credores na reabilitação das empresas*. *Revista CEJ*, Brasília, ano 12, n. 40, p. 52-58, jan./mar. 2008.

DIAS, Sara Luis da Silva Veiga. *O crédito tributário e as obrigações fiscais no processo de insolvência*. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/21395/4/Sara%20Lu%20C%20ADs%20da%20Silva%20Veiga%20Dias.pdf>>.

EZQUERRA, Juana Pulgar. *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, 2005.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Da constitucionalidade dos condicionamentos impostos pela Nova Lei de Falências ao privilégio dos créditos trabalhistas*. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 7, n. 74, p. 1-7, ago./set. 2005.

FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João. *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*. Reimpressão. Lisboa: Quid Juris, 2009.

_____. *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado*. 2. ed. reimp. Lisboa: Quid Juris, 1997.

FERRÃO, João; BAPTISTA, A. Mendes. *Industrialização e desenvolvimento endógeno em Portugal: problemas e perspectivas*. *Sociologia*, Lisboa, n. 7, 1989. Disponível em: <<http://repositorio-iul.iscte.pt/bitstream/10071/919/1/2.pdf>>.

FREITAS, José Lebre de. *Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, v. 1, p. 23-61, 2013.

FURTADO, Maria José Varela. *A subsidiária tributária dos gerentes e administradores no regime da LGT: a sua reversão*. Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011. Disponível em: <<http://portaldoconhecimento.gov.cv/bitstream/10961/313/1/A%20Responsabilidade%20Sbsidiaria%20Tributaria%20Dos%20Gerentes%20e%20Administradores%20No%20Regime%20Da%20LGT%20A%20Sua%20Reversao%20C%20A3o.pdf>>.

GALGANO, Francesco. *Diritto commerciale: L'imprenditore*, 13. ed. atual. Bologna: Zanichelli, 2013.

GARRETT, João António Bahia de Almeida. *Crónica legislativa: a revisão do regime jurídico da recuperação da empresa e da falência*. *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Porto, n. 2, p. 185-196, 1999.

_____. *A empresa individual no direito comercial da lusofonia*. *Revista Eletrônica de Direito*, Porto, n. 2, out. 2013. Disponível em: <www.cje.up.pt/revistared>.

GONÇALVES, José Ribeiro. *O Estado a duas vozes... e desafinado*. 2013. Disponível em: <<http://www.joseribeirogoncalves.com>>.

GUIMARÃES, Márcio Souza. *Falências e recuperação de empresas*. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro, [s.d.].

KOUDELA, Marcello Souza Costa Neves. *Responsabilidade tributária pessoal de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito*

privado. *Revista Jurídica*, Blumenau – SC, v. 14, n. 28, p. 3-18, ago./dez. 2010.

KURZ, Robert. As luzes do mercado se apagam: as falsas promessas do neoliberalismo ao término de um século em crise. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 7 n. 18, 1993. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v7n18/v7n18a02.pdf>>.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito da insolvência*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MARIANO, Filipa Neto. *Contratos fiscais: regime e natureza*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2011. Disponível em: <http://run.unl.pt/bitstream/10362/6899/1/Mariano_2011.PDF>.

MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do direito*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MENDES, Marcelo Barroso. *A responsabilidade tributária do administrador da sociedade anónima no caso de falência*. 2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19837-19838-1-PB.pdf>>.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. Função sócio-económica da empresa em recuperação judicial. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 49-86, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bocater.com.br/artigos/mmm_funcao_soc_econ.pdf>.

NEVES, A. Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 74 1998.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra 2003. v. 1.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Limites da autonomia dos credores na recuperação da empresa insolvente*. Coimbra: Almedina, 2013. (ebook).

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Entre código da insolvência e “princípios orientadores”: um dever de (re)negociação? *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 72, v. 213, p. 677-689, abr./set. 2012.

PEREIRA, Clovis Brasil. *Principais mudanças na nova Lei de Falência*. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6747/principais-mudancas-na-nova-lei-de-falencia>>.

PINTO, Rui. Notas breves sobre a reforma do código de processo civil em matéria executiva. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, v. 1, p. 64-86, jan./mar. 2013.

PITASSI, Sandro Lucio Barbosa. Novas ferramentas para a superação da crise empresarial: Argentina e Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 52, p. 292-308, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_292.pdf>.

REGINO, Paula. *As garantias dos créditos tributários*. jun. 2010. Disponível em: <http://www.otoc.pt/downloads/files/1277134027_Pag60a66.pdf>.

SERRA, Catarina. 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: *CONGRESSO DE DIREITO DA INSOLVÊNCIA*, 1. Coimbra: Almedina, 2013, p. 85-106.

_____. *Processo especial de revitalização: contributos para uma “rectificação”*. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 72, v. 213, p. 715-741, 2012.

_____. *O novo regime português da insolvência: uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *O novo regime português da insolvência: uma introdução*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *A administração da massa pelo devedor*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

_____. *Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores: dois problemas no contexto*

da insolvência de sociedades. *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, ano 4, v. 8, out. 2012.

SILVA, Suzana Tavares da; SANTOS, Marta Costa. *Os créditos fiscais nos processos de insolvência: reflexões críticas e revisão da jurisprudência*. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24784/1/STS_MCS%20insolvencia.pdf>.

AN INTRODUCTION to english insolvency law. In: SLAUGHTER AND MAY. 2013. Disponível em: <<http://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-english-insolvency-law.pdf>>.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Tenacitas, 2008.

TEIXEIRA, Marta Mourão Guimarães Rocha. *A recuperação da empresa através de um plano de insolvência*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Porto, 2011. Disponível em: <[repositorio-aberto.up.pt/2/5233.Dissertação%20A%20Recupera%C3%A7%C3%A3o](repositorio-aberto.up.pt/2/5233/Dissertação%20A%20Recupera%C3%A7%C3%A3o)>.

VIEIRA, Miguel Pinto. *Reversão fiscal: a responsabilidade subsidiária dos gerentes ou administradores por dívidas, multas e coimas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/publications/reversao-fiscal>>.

Artigo recebido em 11/3/2014.

Artigo aprovado em 16/5/2014.

João António Bahia de Almeida Garrett
é professor auxiliar convidado da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.