

STVDIA IVRIDICA 91
AD HONOREM — 3

Comissão Redactora

ALMEIDA COSTA — EHRHARDT SOARES — CASTANHEIRA NEVES
LOPES PORTO — FARIA COSTA — JOÃO LOUREIRO

Redactor Delegado

JOÃO CARLOS LOUREIRO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

COIMBRA EDITORA

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ARS IVDICANDI

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES

Volume II: Direito Privado

Organizadores:

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS
JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO
JOSÉ DE FARIA COSTA



2008

COIMBRA EDITORA

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

Jorge Manuel Coutinho de ABREU

1. Linhas de enquadramento

O processo de insolvência, enquanto processo de execução universal, visa satisfazer (na medida do possível, que quase sempre é pequena) conjuntamente os credores de um devedor. Dispõem os credores de duas vias principais para aproveitarem as forças patrimoniais do devedor: ou vão pela liquidação dos bens integrantes da massa insolvente e consequente repartição dos resultados distribuíveis — tudo nos termos estabelecidos na lei —, ou se decidem por um plano de insolvência onde regulam autonomamente — respeitados que sejam certos limites legais — o modo por que serão satisfeitos os seus interesses.

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) — é dele, já se vê, que falamos — recentemente aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março, e mais recentemente ainda alterado (antes mesmo de entrar em vigor!) pelo DL n.º 200/2004, de 18 de Agosto, refere-se logo no art. 1.º, a propósito da segunda via há pouco indicada, à “recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”. Convém, no entanto, chamar já a atenção para alguns pontos.

a) O “plano de insolvência” não tem de visar a recuperação de empresa. Embora o desígnio recuperativo do plano deva ser considerado primordial (cfr. o art. 1.º), é certo que aquele instrumento pode ser utilizado com objectivos que não passam pela recuperação empresarial (*v. g.*, pode o plano regular uma liquidação mais ou menos atomística da empresa) — *v.* os arts. 1.º e 192.º, n.º 1.

b) A “recuperação” de que o CIRE trata (e presente até na designação do Código) deve ser entendida em sentido amplo. Em sentido estrito, uma empresa (em sentido objectivo) é ou pode ser objecto de medidas de recuperação se — por causa da sua organização produtiva (quantidade, natureza e combinação dos factores produtivos, espécie, qualidade e quantidade dos objectos produzidos) e/ou da estrutura do mercado em que está inserida (quantidade e qualidade das empresas concorrentes, preços de venda dos produtos em causa, níveis de consumo) — não está em condições de gerar lucros ou, ao menos, receitas suficientes para cobrir os respectivos custos de produção; a recuperação implica uma reorganização da empresa, de modo a (re)adquirir as condições de “vida” autónoma. Ora, é possível que o plano de insolvência preveja tão-só a continuidade ou manutenção da empresa, na titularidade do insolvente ou de terceiro (cfr. os arts. 195.º, n.º 2, als. b) e c), e 199.º) (1). Esta manutenção está igualmente compreendida no significado normativo de “recuperação de empresa”.

c) Mesmo na primeira via acima mencionada (a da liquidação) está possibilitada, e potenciada, a recuperação-manutenção de empresa; mas já não, naturalmente na esfera jurídica do insolvente. Diz, com efeito, o art. 162.º, n.º 1, do CIRE: “A empresa compreendida na massa insolvente é alienada como um todo, a não ser que não haja proposta satisfatória ou se reconheça vantagem na liquidação ou na alienação separada de certas partes”.

Vimos há pouco (na al. b)) que o plano de insolvência pode também prever a transmissão de empresa para terceiro. Nestes casos, porém, o terceiro adquirente que mais releva é a sociedade (ou sociedades) constituída(s) e organizada(s) nos termos indicados no plano (v., entre outros, o art. 199.º) (2).

(1) Na realidade, pode dar-se o caso de a empresa ser perfeitamente viável, resultando a situação de insolvência não dela própria mas, por exemplo, da má gestão pelo titular ou de prejuízos advindos de outros elementos patrimoniais dele. Quando a empresa (viável) continue a ser explorada pelo insolvente, o plano visará mais propriamente a “recuperação do titular da empresa” (art. 195.º, n.º 1, al. b)) do que a “recuperação da empresa”.

(2) Temos falado de (recuperação-)manutenção da empresa (também) quando ela seja transmitida. Mas é bom ter presente que, em qualquer caso de transmissão, a lei não impõe ao adquirente o dever de continuar a explorar a empresa durante um tempo mínimo (mas também não está excluída a hipótese de tal dever ser estipulado no plano de insolvência — cfr. arts. 195.º, n.º 2, al. c), 217.º, n.º 2, e 220.º do CIRE)... Ao invés do que faz a lei italiana sobre a administração extraordinária das grandes empresas em estado de insolvência (de 1999) — cfr., p. ex., MICHELE SANDULLI, *Le procedure concorsuali*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, 2.ª ed., Giappichelli, Torino, 1999, p. 1230.

d) Às duas vias atrás assinaladas não correspondem duas formas (especiais) de processo; há unicamente o “processo de insolvência” (art. 1.º do CIRE). Apesar do nome do Código (“da insolvência e da recuperação de empresas”), evocativo do precedente “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência” (CREF), de 1993, que consagrou dois processos distintos (um de recuperação, outro de falência) (3). Por outro lado, o CIRE não dá prevalência a qualquer daquelas vias, nem prefere, portanto, a recuperação de empresa à liquidação; confere aos credores o poder de decidir. Também aqui o novo código se distancia do CREF, que concedia primazia à recuperação das empresas (4).

Quem está sujeito a declaração de insolvência? Atendendo ao art. 2.º do CIRE, é possível compor três grupos (5).

Entram no primeiro “quaisquer pessoas singulares ou colectivas” (art. 2.º, n.º 1, al. a)). Enquanto pessoas colectivas, podem pois ser declarados insolventes associações, fundações, sociedades comerciais, sociedades civis de tipo comercial, sociedades civis simples personalizadas (como as de advogados), cooperativas, agrupamentos complementares de empresas (ACE), agrupamentos europeus de interesse económico (AEIE).

O segundo grupo reúne entidades ou sujeitos de natureza colectiva mas não personalizados. Por exemplo, associações sem personalidade jurídica e comissões especiais (art. 2.º, n.º 1, al. c)), sociedades civis (simples) — art. 2.º, n.º 1, al. d) —, sociedades comerciais e sociedades civis de tipo comercial antes do registo definitivo do acto pelo qual são constituídas (art. 2.º, n.º 1, al. e)), cooperativas antes do registo da constituição (art. 2.º, n.º 1, al. f)) (6). Fica

(3) Teria sido preferível a designação “Código da Insolvência”, à semelhança da alemã *Insolvenzordnung* de 1994 (InsO), grande inspiradora do diploma português; ou “Código das Falências”, dada a tradição lusa mais que centenária (mas seja pela auto-estima lusfada: é bom deixar de ter “quebrados” e “falidos”, e passar a contar somente com “insolventes”).

(4) V., entre outros, o art. 1.º, n.º 2, desta lei: “Só deve ser decretada a falência da empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira”. Fonte de inspiração principal havia sido a legislação francesa de 1985 relativa ao “redressement” e liquidação judiciais, que tinha estes objectivos: (1) salvar a empresa, (2) manter o emprego, (3) pagar aos credores (cfr., p. ex., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 2ª ed., Montchrestien, Paris, 1996, p. 30).

(5) O legislador terá pensado em dois: o das pessoas e o dos patrimónios autónomos (v. o n.º 20 do preâmbulo do DL n.º 53/2004).

(6) O Código não refere expressamente os ACE e AEIE antes do registo do acto constituinte — mas cabem na al. h) do n.º 1 do art. 2.º

agora claro que estes sujeitos sem personalidade jurídica podem também ser declarados judicialmente insolventes. Da letra do art. 125.º, n.ºs 1 e 3, do CREF parecia resultar claramente que tais entidades não eram passíveis da declaração de falência. Propugnei, contudo, que os enunciados normativos daqueles n.ºs deviam ser interpretados extensivo-teleologicamente, de modo a sujeitar igualmente esses sujeitos à falência (7).

No terceiro grupo temos a herança jacente (art. 2.º, n.º 1, al. b), do CIRE), o estabelecimento individual de responsabilidade limitada (e.i.r.l.) — art. 2.º, n.º 1, al. g) — e “quaisquer outros patrimónios autónomos” (art. 2.º, n.º 1, al. h)) (8).

Como logo deflui do art. 2.º do CIRE, os sujeitos passivos da declaração de insolvência não têm de ser comerciantes. Mantém-se, pois, o corte (iniciado pelo CREF) com o longo passado em que a falência era instituto (tendencialmente) privativo dos comerciantes (9).

Os sujeitos em causa também não têm de ser empresários (proprietários e/ou exploradores de empresa). Inclusive o plano de insolvência não pressupõe a existência de empresa na massa insolvente (cfr. o art. 192.º, n.º 1, do CIRE) — embora esse instrumento seja utilizável sobretudo quando haja

(7) V., p. ex., J. M. COUTINHO DE ABREU, *Providências de recuperação de empresas e falência (Apontamentos de direito português)*, BFD, 1998, pp. 122 e ss. Acerca da possibilidade de as entidades colectivas sem personalidade beneficiarem de providências de recuperação, v. *ibid.*, pp. 110-111.

(8) Contudo, o n.º 2 do art. 2.º do CIRE estabelece duas excepções, uma absoluta, outra relativa. Por um lado (al. a)), está vedado declarar insolventes “as pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais” (dispensava-se bem a menção às EPE: elas são pessoas colectivas de direito público; a própria lei assim as qualifica — DL n.º 558/99, de 17 de Dezembro, art. 23.º, n.º 1). Por sua vez, acrescenta a al. b): “As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades”. Para as empresas de seguros, v. o DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril, arts. 109.º e ss. (sobretudo o art. 121.º); para as instituições de crédito e sociedades financeiras, v. o DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro, arts. 139.º e ss. e 198.º. Acrescente-se ainda que parece resultar do art. 38.º da L n.º 58/98, de 18 de Agosto, não ser o CIRE aplicável às empresas municipais e intermunicipais (sem distinção quanto aos diversos tipos — o que é mau...).

(9) Tem sido essa aliás, a tendência consagrada noutros países — v., p. ex., a *InsO*, §§ 11 e 304 (era já assim antes deste diploma), e a recente *Ley Concursal* espanhola (de 9 de Julho de 2003), art. 1.

empresa (cfr. os arts 1.º, 195.º, n.º 2, als. b) e c)). Não obstante, há aspectos do regime da insolvência dependentes da existência ou inexistência de empresa. Por exemplo: não têm o dever de apresentação à insolvência as pessoas singulares que não sejam titulares de empresa (art. 18.º, n.º 2); pode ser dispensada a liquidação da massa insolvente quando ela não compreenda empresa e o insolvente seja pessoa singular, nos termos do art. 171.º; a administração da massa insolvente pelo devedor só é possível quando nela esteja compreendida empresa (arts. 223.º e ss.); do “plano de pagamento aos credores” (arts. 251.º e ss.) podem beneficiar pessoas singulares não empresários ou titulares de pequenas empresas (art. 249.º).

Pressuposto objectivo para alguém (ou algo) ser declarado insolvente é a *situação de insolvência* ou *situação equiparada*.

Em geral, “é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas” (art. 3.º, n.º 1, do CIRE). Este enunciado, semelhante aos que encontramos no § 17 (2) da *InsO* ou no art. 2 (2) da *Ley Concursal*, equivale ao resultado da interpretação preferível do art. 3.º, n.º 1, do CREF (10). A impossibilidade de cumprimento há-de assentar essencialmente na falta de meios de pagamento ou bens de liquidez (v. g., dinheiro em caixa e depósitos bancários, créditos bancários vencidos, produtos e títulos de crédito fácil e oportunamente convertíveis em dinheiro) (11). Por outro lado, as obrigações não cumpridas hão-de estar já vencidas e representar, se não a totalidade das obrigações do devedor, pelo menos parte essencial (em termos de montante) das mesmas (12).

Por conseguinte, um devedor com activo superior ao passivo pode, por falta de liquidez, encontrar-se impossibilitado de cumprir a generalidade das suas obrigações — em situação de insolvência, portanto; e, diversamente do que sucedia no antigo instituto da “insolvência dos não comerciantes”, é possível um devedor ter passivo superior ao activo mas nem por isso estar em situação de insolvência: basta que vá obtendo (por recurso ao crédito bancário, por exemplo) os meios necessários à medida que as obrigações se vençam (13).

(10) V. minha *ob. cit.*, pp. 111-112.

(11) Não releva, é claro, o facto de o devedor, podendo pagar, se recusar a fazê-lo — simplesmente porque não quer pagar, ou porque entende não ter o dever de o fazer.

(12) Cfr. tb. o art. 20.º, n.º 1, als. a) e b).

(13) Tem de ressaltar-se, porém, o disposto no n.º 2 do art. 3.º do CIRE, de que falaremos daqui a pouco.

Acrescenta o art. 3.º, no n.º 4: “Equipara-se à situação de insolvência actual ⁽¹⁴⁾ a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência”. Como se vê, o preceito não define situação de insolvência iminente. Atendendo à noção presente no § 18 (2) da *InsO* ⁽¹⁵⁾, diremos que existe tal situação quando se antevê como provável que o devedor não terá meios para cumprir a generalidade das suas obrigações (já existentes) no momento em que se vençam ⁽¹⁶⁾. A equiparação consagrada no art. 3.º, n.º 4, legitima apenas o devedor para apresentar o pedido de declaração de insolvência ⁽¹⁷⁾. Outros sujeitos (nomeadamente os credores) não têm, segundo essa norma, possibilidade de requerer tal pedido com base no mero risco (sério) de insolvência. Pretender-se-á evitar que os credores coloquem sob pressão (limitem a liberdade de iniciativa de) devedor ainda não insolvente ⁽¹⁸⁾. Não obstante, importa assinalar que o Código atribui legitimidade aos credores e outras entidades para requererem a declaração de insolvência nalguns casos em que não há ainda situação de insolvência — tal como definida no art. 3.º, n.º 1 —, havendo antes (ou podendo haver) tão-só risco de insolvência iminente: v. o art. 20.º, n.º 1, als. *d)*, *h)*...

O CIRE considera ainda uma outra situação como de insolvência (não de equiparação à insolvência) — embora não aplicável à generalidade dos devedores. Diz o art. 3.º, n.º 2: “As pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta, são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados

⁽¹⁴⁾ O adjectivo era dispensável...

⁽¹⁵⁾ V. tb., menos precisamente, o art. 2 (3) da *Ley Concursal*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. tb., p. ex., HERBERT WAGNER, *Insolvenzordnung: Taschenkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 44, e REINHARD BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 43.

⁽¹⁷⁾ Tendo em conta o art. 28.º [“A apresentação à insolvência por parte do devedor implica o reconhecimento por este da sua situação de insolvência, que é declarada (...)”], é questionável a necessidade do n.º 4 do art. 3.º para efectivar a intenção profiláctica que lhe subjaz. Neste sentido, v. JOÃO LABAREDA, *O novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Alguns aspectos mais controversos*, in IDET, col. Miscelâneas n.º 2, Almedina, Coimbra, 2004, p. 30.

⁽¹⁸⁾ V. WAGNER, *ob. cit.*, p. 43, BORK, *ob. cit.*, p. 42 (o legislador português seguiu o exemplo dos legisladores alemão — § 18 (1) da *InsO* — e espanhol — art. 2 (3) da *Ley Concursal*). Criticando a solução, v. JOÃO LABAREDA, *ob. e loc. cit.* Apoiando-a, mas com argumentação diversa da exposta há momentos em texto (e em parte contraditável com o disposto no art. 22.º do CIRE), v. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 14.

segundo as normas contabilísticas aplicáveis”. A norma é, pois, aplicável designadamente às (personalizadas) sociedades por quotas e anónimas, e sociedades em nome colectivo e em comandita em que, respectivamente, todos os sócios ou os sócios comanditados (que respondem pelas dívidas sociais) sejam pessoas colectivas “de responsabilidade limitada” (v. g., sociedades por quotas ou anónimas) ⁽¹⁹⁾, às cooperativas sem cooperadores de responsabilidade ilimitada, aos e.i.r.l., aos ACE e AEIE cujos membros sejam somente pessoas colectivas de responsabilidade limitada. O activo e o passivo das referidas pessoas colectivas e patrimónios autónomos são avaliados, adianta o preceito, “segundo as normas contabilísticas aplicáveis”. Parece tratar-se principalmente das normas constantes no Plano Oficial de Contabilidade (POC), aprovado pelo DL n.º 410/89, de 21 de Novembro (várias vezes alterado) — cfr. também a al. *b)* do n.º 1 do art. 20.º do CIRE.

No entanto, permite o n.º 3 do art. 3.º que se utilizem outros critérios de avaliação, a fim de ser feita prova de que o activo (inferior ao passivo por aplicação das normas contabilísticas comuns) é afinal superior ao passivo ⁽²⁰⁾.

Assim, “consideram-se no activo e no passivo os elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor” (al. *a)*). Apesar da indeterminação da alínea, poder-se-á avançar o seguinte. 1) São consideráveis não só os elementos identificados no balanço mas também os identificáveis, designadamente intangíveis como o direito de arrendamento, marca, patente, alvará que por qualquer razão não foram atendidos no balanço ⁽²¹⁾, e os elementos que passaram a integrar o património depois da data a que se reporta o balanço. 2) Afora os casos em que, por força da natureza das coisas ou da lei, o valor atribuído a certos elementos é em princípio inalterável (pense-se, v. g., nos meios de pagamento em caixa ou em depósitos bancários e nas obrigações pecuniárias de que é devedor ou credor o titular do património), o “justo valor” dos elementos corresponderá ao valor de troca ou de mercado, ao preço que resultaria da sua negociação em comércio livre ⁽²²⁾. Por

⁽¹⁹⁾ A norma já não é aplicável, por exemplo, a uma sociedade em nome colectivo só com pessoas colectivas como sócios, mas sendo uma (ou mais) delas outra sociedade em nome colectivo com um ou mais sócios pessoas singulares — em tal hipótese, estas pessoas respondem “por forma indirecta” pelas dívidas daquela primeira sociedade.

⁽²⁰⁾ É uma faculdade concedida sobretudo ao devedor não requerente da declaração de insolvência (v. o art. 30.º, n.º 4).

⁽²¹⁾ Cfr. o n.º 6 da Directriz Contabilística n.º 12 (“Conceito contabilístico de trespasse”), DR, II Série, de 30-3-93.

⁽²²⁾ Quanto a esta segunda dimensão, cfr., p. ex., WAGNER, *ob. cit.*, pp. 46-47.

exemplo, é sabido que, por mor da prática (ainda que legal) das amortizações, o valor registado no balanço para bens do activo immobilizado corpóreo (*v. g.*, imóveis, equipamento básico) é inferior ao “justo valor”; ou que a prática frequente (ainda que ilegal) de subvalorizar bens do activo e/ou sobrevalorizar elementos do passivo origina reservas ocultas — o “justo valor” exige a revelação e contabilização destas reservas.

Por sua vez, acrescenta a al. *b)* do n.º 3 do art. 3.º: “Quando o devedor seja titular de uma empresa, a valorização baseia-se numa perspectiva de continuidade ou de liquidação, consoante o que se afigure mais provável, mas em qualquer caso, com exclusão da rubrica de *trespasse*”. É razoável uma prognose de continuidade da empresa quando esta se mostre com viabilidade económica, quando apareça como provável que ela gerará receitas suficientes para se ir mantendo em funcionamento (pelo menos em termos de médio prazo) (23). Quando assim seja, o “justo valor”-“valor de continuação” dos elementos (do activo empresarial, essencialmente), porque integrados numa organização ou sistema funcionante, será normalmente superior ao “valor de liquidação” (“justo”), ao preço conseguível através da alienação dos singulares elementos patrimoniais (24). Em qualquer caso, o valor de continuação e, inclusive, o valor de liquidação podem ser superiores aos registados no balanço. É duvidosa a bondade do disposto na parte final da alínea — “exclusão da rubrica de *trespasse*” —, em particular nos casos em que se perspetive a continuidade da empresa. Destinando-se a rubrica *trespasse* a registar contabilisticamente a diferença entre o “custo de aquisição” e o “justo valor dos activos e passivos identificáveis” (inferior) (25), porque não considerar o valor de “aviamento” ou de “good-will” da empresa no activo do sujeito cuja situação de insolvência se pretende apurar? Porque não relevar também aqui a empresa unidade jurídica-organização, todo que é mais do que a soma das suas parte?... (26)

(23) Cfr., *p. ex.*, MATHIAS HABERSACK, in *AktG — Großkommentar*, 4. Aufl., 11. Lief., de Gruyter, Berlin, New York, 1999, pp. 22 e ss., WAGNER, *ob. cit.*, p. 46.

(24) O “valor de continuação” tende a coincidir com o “custo de reposição”. — *v. HABERSACK, ob. cit.*, pp. 28-29, com mais indicações. Diz-se no n.º 5.3.8. do POC: “Entende-se como custo de reposição de um bem o que a empresa teria de suportar para o substituir nas mesmas condições, qualidade, quantidade e locais de aquisição e utilização”.

(25) *V. o n.º 1 da citada Directriz Contabilística n.º 12, remetendo para o n.º 3.2.5 da Directriz n.º 1.*

(26) Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimpr. 1999), pp. 43-44 e 48-49.

Por último, prescreve a al. *c)* do n.º 3 do art. 3.º: “Não se incluem no passivo dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do activo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores do devedor”. Parece estarem em causa principalmente as dívidas correspondentes a prestações suplementares dos sócios (*v. o art. 213.º, n.ºs 1 e 3, do CSC*), a suprimentos e a outros créditos subordinados (*v. o art. 245.º, n.º 3, al. a), do CSC e o art. 48.º do CIRE*) (27).

O regime consagrado no art. 3.º, n.º 2 (e n.º 3), do CIRE merece umas notas mais.

a) Regime semelhante foi inaugurado entre nós pelo Código de Falências de 1935 (art. 2.º, § 1.º: “Nas sociedades de responsabilidade limitada a falência pode ser declarada com fundamento na insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo”). Perdurou no CPC de 1939 (art. 1136.º, § 1.º) e no CPC de 1961 (art. 1174.º, n.º 2). Deixou de vigorar com o CREF. Que justificação para o ressurgimento no CIRE?

No Relatório que precedeu o Código de 1935 dizia-se: “Nas sociedades de responsabilidade limitada o crédito propriamente pessoal não existe e a sua organização é de tal ordem que a sua actividade é ou deve ser bem conhecida das pessoas a quem interessa. Daqui resulta que a impossibilidade de pagar anda normalmente ligada à insuficiência do activo, motivo porque em relação às sociedades se estabelece o princípio de que poderão ser declaradas falidas quando o activo for inferior ao passivo” (28). Mas as sociedades de responsabilidade limitada dispõem ou podem dispor de crédito próprio (29); beneficiam também do eventual crédito e capacidade dos administradores e/ou sócios dominantes. A prática demonstra-o: mesmo sociedades com património líquido negativo (passivo superior ao activo) continuam obtendo crédito de modo a irem cumprindo as suas obrigações. Porquê então considerar

(27) Se depois da reavaliação operada de acordo com as regras do n.º 3 do art. 3.º do CIRE o passivo se mantiver manifestamente superior ao activo, é claro que a situação de insolvência continua a ser declarável.

(28) Discurso convergente é corrente na Alemanha, a propósito do § 19 da *InsO* (mas regime similar vinha já de trás) — onde o art. 3.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE foi beber. *V. BORK, ob. cit.*, p. 43: a disciplina do § 19 não existe para as pessoas singulares e, no fundamental, as sociedades de pessoas, pois as respectivas empresas aproveitam em considerável medida das capacidades pessoais do empresário, dificilmente avaliáveis; o verdadeiro “capital” é aqui a capacidade do empresário, que não pode ser considerada num balanço patrimonial.

(29) *V. tb. J. PINTO FURTADO, Âmbito subjectivo da falência e índices de revelação do estado de insolvência*, RB, 1990, p. 52 (cita no mesmo sentido P. Sousa Macedo).

insolventes nos termos do art. 3.º, n.º 2, do CIRE sociedades solventes (por referência ao art. 3.º, n.º 1) — sociedades não impossibilitadas de cumprir as suas obrigações vencidas? Não é isto incoerente com a “lógica de mercado” em que se louva o Código (n.º 3 do preâmbulo do DL n.º 53/2004)?

b) A situação de património líquido negativo será normalmente a antecâmara da situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações. Mas não é sempre assim. Talvez fosse preferível, pois, não considerar a situação de insuficiência do activo para cobrir o passivo como de insolvência e deixar operar o disposto no n.º 4 do art. 3.º nos casos em que aquela situação é efectivamente de insolvência iminente.

c) Independentemente do exposto nas duas alíneas anteriores, afigura-se criticável o facto de não ter havido o cuidado de conjugar a disciplina em análise com a do art. 35.º do CSC (30). De acordo com esta norma, verificando-se que o património líquido da sociedade tem valor inferior a metade do capital social (n.ºs 1 e 2), a dissolução dela é permitida (n.º 1, al. a)) ou imposta (n.º 4), podendo no entanto ser tomadas medidas de reequilíbrio entre património e capital (n.º 1, als. b), c) e d)). A iniciativa da proposta das medidas possíveis compete aos membros da administração, mas cabe aos sócios a palavra final (n.ºs 1 e 3). Ora, quando exista situação de insolvência nos termos do art. 3.º, n.º 2, do CIRE, existe igualmente a “perda de metade do capital” do art. 35.º do CSC (31). Numa situação dessas, temos o CIRE a permitir que a administração da sociedade — sem necessidade de prévia deliberação dos sócios — requeira a declaração de insolvência (cfr. os arts. 19.º, 24.º, n.º 2, al. a)) (32), ou que os credores sociais façam o mesmo

(30) Procedeu diferentemente o legislador espanhol. A *Ley Concursal*, embora não consagre regime análogo ao do art. 3.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE, deu nova redacção aos arts. 260 (1), 4.º, e 262 (2) da lei das sociedades anónimas e 104 (1), al. e), e 105 (1) da lei das sociedades por quotas, que continham (e continuam a ter, mas em medida diversa) disciplina afim da do art. 35.º do CSC. Aproveite-se para lembrar que a legislação societária alemã não apresenta regime análogo ao do nosso art. 35.º... Sobre este, e com apontamentos de direito comparado, ver por todos PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social — Noção, princípios e funções*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 153 e ss.

(31) Exemplo: uma sociedade por quotas tem 5000 euros de capital, um activo de 6000 e um passivo de 7000 [o passivo supera o activo e o património líquido (-1000) é inferior a metade do capital]. Ao invés, a “perda de metade do capital” nem sempre significa situação de insolvência. Imagine-se que aquela sociedade tem o activo de 6000 e o passivo de 4000 [o património líquido (2000) é inferior a metade do capital, mas o passivo não é superior ao activo].

(32) Dizemos “permitir”, pois o devedor somente tem o *dever* de se apresentar à insolvência quando ocorra situação prevista no n.º 1 do art. 3.º (v. o art. 18.º).

(art. 20.º, n.º 1, al. b)), e temos o CSC impondo à administração que proponha aos sócios a tomada de uma ou mais medidas, sem possibilidades de intervenção por parte dos credores... Pois bem, em situações dessas, e sem prejuízo de iniciativa dos credores sociais nos termos do CIRE, há-de prevalecer a imposição do art. 35.º do CSC.

2. Plano de insolvência e recuperação de empresas

A empresa era no CREF destinatário central (v. logo o art. 1.º, n.º 1). E aquele Código apresentava no art. 2.º uma “noção de empresa”. Que, embora não fosse inútil, era em grande medida falhada: a grande maioria das normas do CREF tomava a empresa em sentido bem diferente do estabelecido no art. 2.º (33).

O CIRE, não querendo ficar atrás, oferece também uma “noção de empresa” — substancialmente idêntica à do antecessor — no art. 5.º: “Para efeitos deste Código, considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica”. A definição, timbrada com elementos típicos das noções económicas de empresa (34) e abstracto-geral em demasia, tem (ainda mais) escassa utilidade no CIRE. Porquanto: a empresa, embora importante para efeitos vários, não é essencial para a determinação do âmbito de aplicação subjectivo do Código; a grande latitude da actividade-objecto empresarial relevante (“qualquer actividade económica”) — significativa no contexto do CREF — resulta já do art. 2.º do CIRE (os sujeitos aí indicados são comerciantes e não comerciantes, as actividades podem ser jurídico-mercantis ou não); o significado normativo das dezenas de referências à empresa que aparecem no Código alcança-se, em regra, com facilidade.

Não obstante, é de notar que agora o Código, quando se refere à empresa, o faz quase sempre respeitando a noção adiantada no art. 5.º — a empresa aparece em quase todas as normas em sentido objectivo, como objecto-instrumento de sujeito para o exercício de actividade económica (35). É ver, por exemplo, os arts. 3.º, n.º 3, al. b) (devedor titular de uma empresa), 53.º, n.º 2 (empresa compreendida na massa insolvente), 55.º, n.º 4 (contratação de tra-

(33) V. COUTINHO DE ABREU, *Providências de recuperação...*, pp. 108 e ss.

(34) Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Definição de empresa pública*, Coimbra, 1990, pp. 25 e ss.

(35) Sobre a empresa em sentido objectivo, em sentido subjectivo e em outras acepções, v. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, em particular o cap. V.

balhadores para continuação da exploração da empresa), 161.º, n.º 3, al. a) (venda da empresa), 195.º, n.º 2, al. c) (manutenção em actividade da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiro), e 249.º, n.º 1, al. a) (pessoa singular não titular da exploração de qualquer empresa) (36) (37).

E deve acrescentar-se que as notas caracterizadoras do conceito geral de empresa em sentido objectivo que vimos apresentando (38) informam igualmente, no essencial, a empresa relevante para efeitos do CIRE (39).

O plano de insolvência é um instrumento de natureza jurídico-negocial (40) utilizável pelos credores que contém (em documento particular) pri-

(36) Excepcional e (tudo o indica) inadvertidamente (reproduzindo dizeres dos arts. 41.º, n.º 1, e 126.º-A, n.º 2, als. f) e g), do CREF), o CIRE utiliza “empresa” em sentido subjectivo nos arts. 66.º, n.º 1 e 3 (“credor da empresa”, “créditos sobre a empresa”), e 186.º, n.º 2, als. e) e f) (“personalidade colectiva da empresa”, “em prejuízo da empresa”, “para favorecer outra empresa”).

(37) Aproveite-se para dizer que o “estabelecimento” mostra-se também (em menor número) no CIRE. Uma vez com significado equivalente ao de empresa em sentido objectivo (p. ex., nos arts. 55.º, n.º 4, e 156.º, n.º 2), outras vezes significando parte (secção, sucursal, etc.) de empresa (p. ex., nos arts. 37.º, n.º 7, 162.º, n.º 2, e 270.º, n.º 2).

(38) V., p. ex., *Da empresarialidade...*, pp. 303 e ss. (em síntese e com remissões).

(39) Discurso diferente apresenta CATARINA SERRA, *ob. cit.*, p. 13: “... não se exige profissionalidade ou sistematicidade no exercício da actividade e por isso admitem-se as ‘empresas ocasionais’ [mas, apesar de a A. não dizer o que entende por “empresa ocasional”, isto parece ser contraditado pelo facto de a empresa aparecer como “organização” cindível do respectivo sujeito, transmissível para outrem (art. 195.º, n.º 2, al. b)), ou como organização que pode manter-se na titularidade do devedor (art. 195.º, n.º 2, als. b) e c)) e, em qualquer caso, com “valores de continuidade” (art. 3.º, n.º 3, al. b)), não se exige fim lucrativo e por isso admitem-se as unidades de auto-consumo e as organizações com fim altruístico”. [O lucro e o fim lucrativo não são elementos necessários para a definição de diversas espécies empresariais. Mas também estas devem ser organizações produtivas para a troca (o que afasta as “unidades de auto-consumo” e as “organizações com fim altruístico” sem empresas). Tal característica tem igualmente apoio no CIRE — p. ex., a possibilidade de manutenção em actividade da empresa na titularidade do devedor, que pagará aos credores com os respectivos rendimentos (art. 195.º, n.º 1, al. c)), supõe a empresa organização produtiva para a troca. Termina a A. *ibid.* por confundir em parte sujeito empresarial e empresa (em sentido objectivo). Mas, segundo o CIRE, não é esta que está sujeita à declaração de insolvência.

Contudo, será ajustado que algumas normas do CIRE referidas à empresa se apliquem também a realidades que, em geral, não são empresariais. P. ex., os arts. 223.º e ss. (“administração pelo devedor” quando na massa insolvente esteja compreendida uma empresa) serão aplicáveis a artesãos com ou sem empresa (acerca da distinção, v. a minha *últ. ob. cit.*, pp. 92 e ss.).

(40) V. BORK, *ob. cit.*, p. 153, e n. (2).

mordialmente medidas de recuperação de empresa do devedor insolvente (41). Se este continuar a explorar a empresa, os credores esperam satisfazer-se basicamente com os resultados empresariais; no caso de a empresa ser transmitida, satisfazem-se os credores principalmente com (parte de) o produto da venda e/ou a aquisição de participações em nova sociedade por troca de créditos sobre o insolvente.

Podem apresentar proposta de plano o devedor (quando se apresenta à insolvência ou posteriormente — art. 24.º, n.º 3), o administrador da insolvência (42) (disso encarregado por deliberação da assembleia de credores que aprecia o relatório dele — arts. 36.º, al. n), 155.º, n.º 1, al. c), e 156.º, n.ºs 3 e 4), um credor ou grupo de credores com créditos correspondentes pelo menos a um quinto do total dos créditos não subordinados (43) e qualquer responsável legal pelas dívidas da insolvência (44) — art. 193.º

Se o juiz admitir a proposta (ou propostas) de plano de insolvência (cfr. o art. 207.º), notificará as entidades mencionadas no art. 208.º para, querendo, emitirem parecer sobre ela(s). E convocará a assembleia de credores para discutir e votar a(s) proposta(s) de plano (art. 209.º, n.º 1). Porém, a assembleia não poderá realizar-se antes de transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência, de esgotado o prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos (v. os arts. 128.º e ss., sobretudo o art. 130.º, n.º 1) e da realização da assembleia de apreciação do relatório (v. o art. 36.º, al. n)): art. 209.º, n.º 2, na redacção introduzida pelo DL n.º 200/2004 (45).

Para que a hipótese de recuperação empresarial pareça plausível aos credores em assembleia de discussão de proposta de plano de insolvência, é naturalmente importante que a empresa não se encontre paralisada e mantenha o

(41) Para o “conteúdo do plano”, v., para já, sobretudo o art. 195.º do CIRE.

(42) Sobre a designação do administrador (não antes da sentença que declara a insolvência), v. os arts. 36.º, al. d), 52.º, 53.º e 56.º

(43) Acerca das classes de créditos sobre a insolvência (garantidos e privilegiados, comuns, e subordinados), v. os arts. 47.º, n.º 4, 48.º e 49.º

(44) V. a definição de responsável legal no art. 6.º, n.º 2.

(45) Antes da alteração, o n.º 2 do art. 209.º exigia, em vez do termo do prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos, a prolação da sentença de verificação e graduação de créditos e o esgotamento do prazo para a interposição de recursos desta sentença. O que causaria muitas vezes delongas inoportáveis. O legislador terá atendido às críticas lançadas em colóquio organizado pelo IDET em 30-4-2004 — v. FÁTIMA REIS SILVA, *Algumas questões processuais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — Uma primeira abordagem*, in IDET, *Miscelâneas n.º 2*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 54-55, e JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, pp. 23 e ss.

maior activo possível. Ora, entre o início do processo de insolvência e a verificação das condições do art. 209.º, n.º 2, há o risco de serem tomadas decisões (em particular pelo devedor, primeiro, e pelo administrador da insolvência, depois) que comprometam a manutenção da empresa. O Código prevê, porém, algumas medidas que diminuam o risco. Assim: antes da declaração de insolvência, pode o juiz ordenar medidas cautelares, designadamente nomear um administrador judicial provisório para administrar o património do devedor ou assistir este na administração (arts. 31.º e 33.º); antes da assembleia de credores de apreciação do relatório, o administrador da insolvência deve prover à continuação da exploração da empresa (art. 55.º, n.º 1, al. b)), a menos que considere mais vantajoso encerrá-la (total ou parcialmente) e respeite as exigências do art. 157.º; a assembleia de credores de apreciação do relatório delibera sobre o encerramento ou manutenção em actividade da empresa ou parte(s) dela (art. 156.º, n.º 2) e pode determinar a suspensão da liquidação e partilha da massa insolvente se encarregar o administrador da insolvência de elaborar um plano (art. 156.º, n.º 3); a suspensão da liquidação e partilha é decretável ainda pelo juiz, quando requerida por proponente de plano de insolvência e se mostre necessária para não pôr em risco a execução do plano proposto (art. 206.º, n.º 1 — mas v. o n.º 2); o administrador da insolvência deve obter o consentimento da comissão de credores ou, se ela não existir, da assembleia de credores, para vender a empresa (ou parte dela) ou alienar bens necessários à continuação da exploração da empresa (não encerrada) — art. 161.º (46); mesmo a liquidação de bens da massa insolvente sobre que recaiam garantias reais poderá ser, pelo menos, retardada, se tal se mostrar necessário ou conveniente para a manutenção da empresa (cfr. o art. 166.º).

Na *assembleia de credores*, presidida pelo juiz (art. 74.º), têm direito de participar os credores (com ou sem direito de voto), bem como outras pessoas (sem direito de voto, naturalmente) — art. 72.º Para se poder deliberar sobre plano de insolvência é necessário que estejam presentes ou representados na assembleia credores cujos créditos constituam, pelo menos, um terço do total dos créditos com direito de voto (arts. 212.º, n.º 1, e 211.º, n.º 1) (47).

(46) Todavia, se o administrador da insolvência violar o dever, não fica prejudicada a eficácia das alienações, excepto se as obrigações por ele assumidas excederem manifestamente as da contraparte (art. 163.º).

(47) Este *quorum* constitutivo não é em regra exigido para as assembleias de credores (art. 77.º, *in fine*).

Em geral, os créditos (não subordinados) conferem um voto por cada euro ou fracção (art. 73.º). Porém, em assembleia para apreciação de plano não conferem direito de voto, nos termos do n.º 2 do art. 212.º: “os créditos que não sejam modificados pela parte dispositiva do plano” (mas v. o n.º 3) (48); “os créditos subordinados de determinado grau, se o plano decretar o perdão integral de todos os créditos de graus hierarquicamente inferiores (49) e não atribuir qualquer valor económico ao devedor ou aos respectivos sócios, associados ou membros [*sic*], consoante o caso” (v. tb. o n.º 4) (50). A votação da(s) proposta(s) de plano de insolvência realizar-se-á, por norma, na assembleia (arts. 212.º, n.º 1, e 210.º); mas é possível que o juiz determine “votação por escrito” (fora de assembleia) — art. 211.º Em qualquer caso, a proposta considerar-se-á *aprovada* se obtiver “mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções” (art. 212.º, n.º 1) (51).

O plano de insolvência aprovado pelos credores necessita, para que seja plenamente eficaz, de ser *homologado* por sentença judicial (cfr. o art. 217.º).

Segundo o art. 215.º, o juiz *recusa officiosamente* a homologação em certos casos. Um é ter havido “violação não negligenciável [*sic*] de regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu [do plano] conteúdo”. *Vício de procedimento* “não negligenciável” existirá, por exemplo, quando um credor sem direito de voto tenha sido admitido à votação e os seus votos se revelem decisivos para a obtenção de alguma das maiorias exigidas no art. 212.º, n.º 1, ou quando um credor tenha “vendido” os seus votos (cfr. o art. 194.º, n.º 3). Quanto aos *vícios de conteúdo* relevantes, importa ressaltar a violação de normas legais impondo determinados consentimentos. Assim, por exem-

(48) Os créditos que beneficiam de garantias reais ou de privilégios creditórios só podem ser modificados ou afectados quando tal estiver expressamente previsto no plano (art. 197.º, al. a)).

(49) Parece dever valer aqui a graduação que se retira do art. 48.º (v. tb. o art. 177.º).

(50) Note-se que, salvo estatuição diversa no plano, todos os créditos subordinados consideram-se objecto de perdão — art. 197.º, al. b) (normalmente, nem os créditos comuns poderão ser integralmente satisfeitos...).

(51) A exigência da maioria simples dos votos correspondentes a créditos não subordinados foi acrescentada pelo DL n.º 200/2004, “por forma a evitar que os credores subordinados possam, sem o acordo dos restantes credores, fazer aprovar um plano de insolvência” (preâmbulo do DL). A generalidade das deliberações da assembleia de credores basta-se com a maioria simples dos votos emitidos (art. 77.º).

plo, é ilegal o plano segundo o qual o devedor pessoa singular deva continuar a exploração da empresa sem que ele tenha declarado por escrito disponibilidade para o efeito (art. 202.º, n.º 1; v. tb. o art. 224.º), ou o plano dispondo a conversão de créditos em participações sociais (relativas à sociedade insolvente ou a nova sociedade) sem anuência dos respectivos titulares, prestada por escrito ou através de voto favorável à proposta do plano (art. 202.º, n.º 2) (52). Contudo, quanto a esta última hipótese, há que ressaltar os casos em que a lei dispensa o consentimento. Prescreve, com efeito (e em resumo), o art. 203.º, n.º 1: não carece de consentimento dos respectivos titulares a conversão de créditos comuns ou subordinados (53) em participações sociais referentes à sociedade insolvente ou a nova sociedade (bem como a extinção desses créditos por contrapartida da atribuição de opções de compra de participações sociais que resultem da conversão de créditos de grau superior) quando tais participações sejam acções livremente transmissíveis (em mercado regulamentado, logo que possível) (54).

Voltemos ao art. 215.º O juiz *recusa ainda officiosamente* a homologação do plano de insolvência quando, no prazo razoável que estabeleça, não se verifiquem as condições suspensivas do plano ou não sejam praticados os actos que devem preceder a homologação (sobre umas e outros, v. o art. 201.º, n.ºs 1 e 2).

Em outra banda, o juiz *recusa* a homologação do plano *por solicitação de interessado(s)* (devedor-não proponente do plano, credor, sócio, associado ou membro do devedor) que haja(m) manifestado nos autos a sua oposição antes da aprovação do plano (55), quando o requerente demonstre em termos plausíveis que a sua situação ficará pior com o plano do que sem ele (56), ou que o plano proporciona a algum credor um valor patrimonial superior ao montante nominal dos seus créditos sobre a insolvência, acrescido do valor de eventuais contribuições a que fique obrigado (57) — art. 216.º, n.º 1. Mas também aqui *não recusará* o juiz a homologação quando o plano cumpra as

(52) É (também) razoável: não devem os credores, sem ou contra a sua vontade, ser forçados a receber participações sociais em vez de dinheiro.

(53) Ficam a salvo, portanto, os créditos garantidos e privilegiados...

(54) E, por conseguinte, em princípio facilmente traduzíveis em dinheiro.

(55) Mas v. o n.º 2 do art. 216.º

(56) Imagine-se, por exemplo, um credor titular de hipoteca sobre prédio do insolvente com valor bastante para satisfazer o crédito, mas que vê estatuído no plano uma redução do valor de todos os créditos da insolvência.

(57) Em violação, pois, do "princípio da igualdade" (art. 194.º, n.º 1).

condições previstas nas três als. do n.º 3 do art. 216.º e o oponente (demonstrando embora alguma das situações referidas nas alíneas do n.º 1) seja o devedor, seu sócio, associado ou membro, ou um credor comum ou subordinado (uma vez mais se salvaguarda a posição dos credores garantidos e privilegiados) — art. 216.º, n.º 3 (58).

As providências ou *medidas de recuperação de empresa* que é possível estatuir num plano de insolvência são muito variadas, dependendo fundamentalmente da imaginação e vontade dos credores. O CIRE não mantém a taxatividade das providências de recuperação que o CREF consagrara (concordata, reconstituição empresarial, reestruturação financeira e gestão controlada) (59).

Ainda assim, o legislador do novo Código não se coibiu de indicar numerosas medidas. Algumas delas, aliás, não podiam ser acordadas pelos credores na ausência de permissão legal (v. nomeadamente o art. 198.º, n.º 2). E algumas dessas medidas são idênticas ou afins das previstas no CREF (60).

Quase todas as *providências com incidência no passivo* do devedor exemplificadas no art. 196.º, n.º 1, do CIRE eram adoptáveis em concordata e/ou reestruturação financeira. Aí se fala de perdão ou redução do valor dos créditos sobre a insolvência, com ou sem cláusula "salvo regresso de melhor fortuna" (61); condicionamento do reembolso de todos ou parte dos créditos às disponibilidades do devedor; modificação dos prazos de vencimento (pactuando-se moratórias, designadamente) ou das taxas de juro dos créditos; constituição de garantias; cessão de bens aos credores.

O *saneamento por transmissão* (epígrafe do art. 199.º do CIRE), que assenta na *constituição de uma ou mais sociedades* para a exploração de um ou mais estabelecimentos adquiridos à massa insolvente (62), aproxima-se da

(58) V. ainda o n.º 4 do art. 216.º, limitando as possibilidades de oposição por sujeitos que não os credores garantidos ou privilegiados quando nem todas as condições previstas no n.º 3 se verifiquem.

(59) O que é positivo — v. F. REIS SILVA, *ob. cit.*, p. 55.

(60) No entanto, a "gestão controlada" não tem paralelo no CIRE.

(61) Se, no período em que vigora a cláusula, o devedor recuperar, podem os credores exigir o pagamento do valor dos créditos perdoados ou reduzidos.

(62) A expressão consagrada na epígrafe do art. 199.º traduz a alemã "übertragende Sanierung". Todavia, ela é empregue na Alemanha para significar a transmissão da empresa do insolvente (ou parte autónoma dela) não apenas para sociedade constituída de

“reconstituição empresarial” regulada no CREF. Mas o novo Código não reincide em alguns pontos de regime criticáveis no anterior instituto, não suscitando juízos de inconstitucionalidade ⁽⁶³⁾.

Normalmente, a nova sociedade será constituída principalmente por credores da insolvência, que adquirem as respectivas participações sociais (partes, quotas, ou acções) em contrapartida da cessão à sociedade de créditos sobre o insolvente ⁽⁶⁴⁾. O plano de insolvência, em anexo, contém o estatuto social e provê quanto ao preenchimento dos órgãos. Deve ainda o plano discriminar o(s) estabelecimento(s) a adquirir pela nova sociedade à massa insolvente “mediante contrapartida adequada” (art. 199.º). Uma vez que a empresa (no todo ou em parte) se mantém, essa contrapartida equivalerá ao menos à soma dos “valores de continuidade” dos elementos empresariais (cfr. tb. os arts. 153.º, n.º 2, e 195.º, n.º 2, al. c), parte final) ⁽⁶⁵⁾. A sentença homologatória do plano de insolvência constitui título bastante para a “constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que deva adquirir, bem como para a realização dos respectivos registos” (art. 217.º, n.º 3, al. a)).

O “saneamento” da empresa (*rectius*, do empresário) pode ser tentado mantendo-se a *empresa na titularidade e exploração do devedor* insolvente (sem “transmissão”, portanto) — cfr. o art. 195.º, n.º 2, als. b) e c). Cabe neste quadro inclusive a “administração pelo devedor” (arts. 223.º e ss.). Apesar de estar prevista num título próprio (o título X), ela pressupõe plano

novo (por iniciativa de credores) mas também para sujeito (societário ou não) já existente (cfr. BORK, *ob. cit.*, p. 179).

⁽⁶³⁾ Acerca da inconstitucionalidade da “reconstituição empresarial”, v. COUTINHO DE ABREU, *Providências...*, pp. 116-117.

⁽⁶⁴⁾ Mas não é vedada a participação de terceiros, que entrarão, nomeadamente, com dinheiro (também os credores da insolvência, é claro, podem efectuar entradas em dinheiro — bem como entradas em espécie diferentes da cessão de créditos sobre a insolvência). A verificação do valor das entradas em espécie (cessões de créditos ou outras) será feita por revisor oficial de contas designado no plano de insolvência — v. o art. 201.º, n.º 2, do CIRE e o art. 28.º do CSC (por norma, o valor real da maioria dos créditos sobre a insolvência é inferior ao valor nominal).

⁽⁶⁵⁾ Ao preço de aquisição (“contrapartida”) subtrair-se-á o valor dos créditos sobre a insolvência cedidos à sociedade pelos fundadores (há lugar a compensação) e, eventualmente, o valor de dívidas do insolvente assumidas pela nova sociedade (p. ex., o plano estatui a dação em pagamento de créditos comuns tendo por objecto créditos sobre a nova sociedade — cfr. o art. 202.º, n.ºs 2 e 3).

de insolvência (embora procedimentalmente sujeito a alguma disciplina específica) — v. os arts. 224.º, n.º 2, al. b), e n.º 3, e 228.º, n.º 1, al. e).

Surpreendentes são algumas das “providências específicas de sociedades comerciais” indicadas no art. 198.º ⁽⁶⁶⁾.

É razoável o disposto no n.º 1: o plano de insolvência pode ser condicionado à adopção e execução, *pelos órgãos sociais competentes* ⁽⁶⁷⁾, de certas medidas — por exemplo, um aumento de capital deliberado pelos sócios.

Já o disposto no n.º 2 (associado a outros n.ºs) se me afigura desajustado. Aí se diz que pode ser adoptado “*pelo próprio plano de insolvência*” — pelos credores da sociedade insolvente, sem qualquer intervenção (decisiva) dos órgãos sociais (do sócio único ou da colectividade dos sócios, nomeadamente) — o seguinte.

a) *Redução do capital social* para cobertura de prejuízos, incluindo a redução a zero ou a montante inferior ao mínimo legal se, neste caso, for acompanhada de *aumento do capital* para montante igual ou superior àquele mínimo; porém, a redução a zero “só é admissível se for de presumir que, em liquidação integral do património da sociedade, não subsistiria qualquer remanescente a distribuir pelos sócios” (n.º 3).

b) *Aumento do capital social* a subscrever por *terceiros* ou por *credores* (designadamente mediante a conversão de créditos sobre a insolvência em participações sociais), *com ou sem respeito pelo direito de preferência dos sócios* previsto legal (cfr. arts. 266.º e 458.º do CSC) ou estatutariamente ⁽⁶⁸⁾. Porém, a supressão do direito de preferência só é lícita se o capital social for previamente reduzido a zero, ou se ela não acarretar “desvalorização das participações que os sócios conservem” (n.º 4). Na primeira hipótese, a supressão do direito de preferência significa a *exclusão dos sócios* da sociedade — tenham ou não qualquer responsabilidade pela situação de insolvência, estejam ou não disponíveis para recapitalizar a sociedade... Quanto à segunda hipótese, dificilmente se poderá dizer que a não parti-

⁽⁶⁶⁾ Deve ser interpretada extensivamente a referência às sociedades comerciais, de maneira a abranger também as sociedades civis de tipo comercial (cfr. o art. 1.º, n.º 4, do CSC).

⁽⁶⁷⁾ Repare-se que os órgãos sociais mantêm-se após a declaração de insolvência (art. 82.º, n.º 1).

⁽⁶⁸⁾ O art. 82.º, n.º 2, do CREF, apesar de permitir aumentos do capital social aprovados pela assembleia dos credores, salvaguardava sempre o direito de preferência dos sócios.

cipação dos sócios em aumento de capital não acarreta *desvalorização* das suas participações; ainda que as novas participações sejam emitidas pelo valor real, os sócios actuais verão as respectivas posições relativas enfraquecidas — e isto traduzir-se-á normalmente em diminuição (também) do valor comercial das participações.

c) Outras *alterações dos estatutos* da sociedade (além dos aumentos e reduções do capital); *transformação* da sociedade (adopção de um tipo diferente); *alteração dos órgãos sociais* (mudança de titulares dos órgãos de administração e de fiscalização, parece) — als. c), d) e e) do n.º 2. Porém, a adopção destas medidas depende geralmente da estatuição no plano de um *aumento de capital* que proporcione a credores e/ou terceiros maioria de votos (maioria qualificada pelo menos com referência às als. c) e d)) — n.º 5.

d) *Exclusão de todos os sócios* de sociedade em nome colectivo ou em comandita simples (acompanhada de admissão de novos sócios) ou dos *sócios comanditados* de sociedade em comandita por acções (acompanhada de *redução do capital a zero*), recebendo os sócios excluídos “contrapartida adequada, caso as partes sociais não sejam destituídas de qualquer valor” (als. f) e g) do n.º 2 e n.º 6). Exclusão de todos os sócios de responsabilidade ilimitada, gerentes ou não⁽⁶⁹⁾, com ou sem influência na criação ou agravamento da situação de insolvência, seja ou não culposa a insolvência⁽⁷⁰⁾!... E exclusão até dos sócios comanditários de sociedade em comandita simples!

É notável tantas medidas — que, segundo a legislação societária, em regra somente aos sócios é facultado tomar — poderem ser impostas pelos credores da sociedade⁽⁷¹⁾. É estranho que o Código não se baste com permitir aos credores dispor do património da sociedade ou condicionarem a continuação dela à adopção de medidas pelos órgãos respectivos (n.º 1 do art. 198.º) e lhes permita ainda infundirem alterações tão drásticas na organização pessoal da sociedade⁽⁷²⁾.

(69) V. os arts. 191.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 470.º, n.º 1, do CSC.

(70) V. os arts. 185.º e ss. do CIRE.

(71) As leis estrangeiras que mais influenciaram o CIRE (as citadas leis alemã e espanhola) não contêm preceitos análogos.

(72) Compreender-se-á que o legislador afirme que os credores convertem-se, por força da insolvência, em “proprietários económicos da empresa” (final do n.º 3 do preâmbulo do DL n.º 53/2004). Da empresa societária (ou, mais latamente, do patri-

Contudo, quando a insolvente seja uma *sociedade anónima*, cumpre ao juiz *recusar oficiosamente* a homologação do plano de insolvência que estatua algum *aumento ou redução do capital social*. Porquanto o n.º 2 do art. 198.º viola a 2.ª Directiva em matéria de sociedades (Dir. 77/91/CEE, de 13 de Dezembro de 1976, aplicável às sociedades anónimas), que não permite aos credores sociais decidir qualquer aumento (com ou sem direito de preferência dos sócios) ou redução do capital (v. os arts. 25.º, 29.º e 30.º)⁽⁷³⁾ (*).

mónio social), sim — os credores podem liquidá-la, transmiti-la... Mas não “proprietários” da sociedade...

(73) Cfr. os Acs. do TJCE de 30-5-91 (Karella e Karellas, C-19/90 e C-20/90), CJTJ, 1991, I, p. 2710, 24-3-92 (Syndesmos Melon, C-381/89), CJTJ, 1992, I, p. 2134, 12-11-92 (Keratina, C-134/91 e C-135/91), CJTJ, 1992, I, p. 5713, 12-3-96 (Pafitis, C-411/93), CJTJ, 1996, I, p. 1363. Cfr. tb., em conformidade com a 2.ª Directiva, os arts. 85.º, n.º 1, 456.º, 458.º e 460.º do CSC. A propósito do aumento de capital deliberado pela assembleia de credores — permitido pelo CREF —, havia já advertido para o problema M. ÂNGELA C. BENTO SOARES, *Aumento do capital*, in IDET, *Problemas do direito das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 243. Bom será que o legislador português reveja o art. 198.º do CIRE (e sem olhar somente às sociedades anónimas).

(*) Não se introduziu qualquer elemento de actualização a este texto, escrito em 2004 para homenagearmos o Mestre.