

NOTA PRÉVIA

As sucessivas crises têm revelado que as empresas assumem, em geral, um papel decisivo no desenvolvimento económico e social. O encerramento das empresas constitui um prejuízo sério para os vários intervenientes, em particular para as próprias empresas, para os sócios, para os trabalhadores, para os credores e, em última análise, para a economia e para a sociedade em geral.

Os instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes visam evitar a liquidação desnecessária de empresas viáveis por via da celebração de um acordo que satisfaça de forma mais eficiente e eficaz todos os interesses envolvidos. Tal negociação ocorrerá ao abrigo dos regimes jurídicos da recuperação de empresas pré-insolventes: os Princípios Orientadores, o RERE e o PER¹. Estes regimes, assentando numa estrutura básica comum, enriquecida com elementos adicionais distintivos, pretendem, de diferentes formas, promover a cooperação entre as partes envolvidas no processo negocial. Sendo assim, é mister compreender a *ratio* daqueles regimes à luz do direito europeu sobre a reestruturação preventiva de empresas para uma adequada interpretação e aplicação ao caso concreto.

¹ Poderíamos ainda incluir o Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE), criado com o objetivo de apoiar as empresas afetadas pela crise económica provocada pela pandemia de COVID-19, cuja vigência termina a 30 de junho de 2023. Por força do seu carácter temporário e da sua semelhança com o PER, o seu regime não será objeto de análise. Não obstante, sempre que for oportuno faremos referência a alguns aspetos que, do nosso ponto de vista, merecem destaque.

Em virtude da relevância teórico-prática desta temática, houve necessidade de autonomizar o presente estudo sobre os instrumentos negociais de recuperação de empresas pré-insolventes da obra *O Dever de Promover a Negociação e a Responsabilidade Civil dos Gestores no âmbito dos Instrumentos Pré-insolvenciais de Recuperação de Empresas* publicada em 2022 em edição de autor. Mantendo o essencial da análise aí refletida, sobretudo nas Parte I e II, excluímos alguns incursos sobre soluções de direito comparado e sobre questões de interesse iminentemente acadêmico e teórico ou conexionsados fundamentalmente com a conduta devida dos gestores na pré-insolvência. Assim, para um estudo mais aprofundado sobre o tema remetemos para a referida obra.

INTRODUÇÃO

O direito da insolvência é normalmente associado à transferência do controlo sobre o património do devedor para as mãos dos credores através de um processo concursal em que estes procuram, em condições de igualdade e de acordo com uma hierarquia legalmente definida, satisfazer os seus créditos seja por via da liquidação ou de uma possível recuperação^{2,3}.

² Sob o ponto de vista económico, gera-se então um “*common pool problem*” porque existe um devedor comum a vários credores que não dispõe de ativo suficiente para cobrir as suas responsabilidades perante aqueles. Esse problema é resolvido com o processo da insolvência através do qual os credores, em conjunto, procuram maximizar o valor a repartir por todos. O foco está na melhor satisfação dos credores, pouco importando o modo como tal é obtido, seja com recurso à liquidação da empresa no seu todo ou em partes, ou através de um plano de recuperação que preveja, por exemplo, a conversão de crédito em capital. Assim deve ser porque sem uma atuação coordenada, seria praticamente impossível alcançar o melhor resultado possível uma vez que a atuação individual de cada credor potencia o desmembramento e perda de valor da empresa devedora. A atuação individual poderia, à partida, trazer mais benefício para um ou outro credor, isoladamente considerados, mas não se traduziria num ganho maior para os credores como um todo, até porque a sua ação individual poderia ter como efeito a diminuição do valor agregado da empresa devedora, o que se justifica pela falta de coordenação e cooperação entre as partes envolvidas. Não havendo comunicação entre os credores é impossível haver coordenação e cooperação, pois cada num nem sequer sabe ou consegue antecipar o modo como cada credor atuará individualmente. A este respeito ver, por exemplo, STEPHAN MADAUS, «Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law», *European Business Organization Law Review*, Vol. 19, Nr. 3, 2018, p. 619-640.

³ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores no âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas*, M.L. Books, Fátima, 2022, p. 234 s.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	5
NOTA PRÉVIA	9
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I. A SITUAÇÃO DE PRÉ-INSOLVÊNCIA	35
1. A pré-insolvência à luz da Diretiva (UE) 2019/1023	35
2. A pré-insolvência à luz do direito português	44
3. O juízo de prognose sobre a pré-insolvência	52
3.1. O grau de probabilidade	53
3.2. Testes de cálculo	58
3.3. Período temporal	65
CAPÍTULO II. A DETECÇÃO DA SITUAÇÃO DE PRÉ-INSOLVÊNCIA	69
1. Enquadramento	69
2. Origem e evolução dos sistemas de monitorização e alerta	73
2.1.1. Caracterização dos sistemas de monitorização e alerta à luz da Diretiva (UE) 2019/1023	80
2.1.2. Sistemas de monitorização e alerta em Portugal	83
2.2. O recurso a aconselhamento especializado	87
CAPÍTULO III. OS INSTRUMENTOS DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS PRÉ-INSOLVENTES	93
1. Enquadramento	93

2. Princípios Orientadores da recuperação de empresas	101
2.1. Apresentação	102
2.2. Regras de conduta	102
2.3. Natureza dos “Princípios Orientadores”	104
CAPÍTULO IV. REQUISITOS MATERIAIS DE ACESSO	113
1. A situação de pré-insolvência e a suscetibilidade de recuperação (remissão)	113
2. A dupla função dos requisitos materiais de acesso	115
3. O controlo dos requisitos materiais	117
CAPÍTULO V. PARTILHA DE INFORMAÇÃO E DEVER DE CONFIDENCIALIDADE	125
1. Enquadramento	125
2. Razão de ser e conteúdo	126
3. Os regimes europeu e nacional	134
CAPÍTULO VI. O PERÍODO DE NEGOCIAÇÃO	147
1. Enquadramento	147
2. Limites à atuação individual dos credores à luz da Diretiva (UE) 2019/1023	155
3. Limites à atuação individual dos credores no regime português antes da entrada em vigor da Lei nº 9/2022, de 11 de janeiro	159
4. Limites à atuação individual dos credores no regime português, após a entrada em vigor da Lei nº 9/2022, de 11 de janeiro	161
5. Limites à prática de atos de especial relevo pela empresa devedora	175
6. A manutenção da gestão pela empresa devedora	179
7. Fiscalização, assistência e mediação	195
CAPÍTULO VII. A “COMPOSIÇÃO DE INTERESSES” E O CONTEÚDO DO ACORDO DE RECUPERAÇÃO	209
1. Enquadramento	209
2. Os credores financeiros	211
3. Detentores de participações sociais	238
4. Trabalhadores	262

5. Credores públicos	278
6. Categorias de partes afetadas e respetivos interesses	287
CAPÍTULO VIII. CRITÉRIOS DE APROVAÇÃO	301
1. Enquadramento	301
2. Aprovação por unanimidade	304
3. Aprovação por uma maioria de partes afetadas	307
4. Aprovação por categorias de partes afetadas	311
CAPÍTULO IX. CRITÉRIOS DE HOMOLOGAÇÃO	317
1. Enquadramento	317
2. Homologação de plano aprovado por unanimidade	319
3. Homologação de plano aprovado por uma maioria de partes afetadas	324
4. Homologação de plano votado por categorias	332
4.1. O direito europeu	333
4.2. A viabilidade da empresa pré-insolvente	334
4.3. O tratamento igual, proporcional e justo	335
4.4. A salvaguarda do melhor interesse das partes afetadas	337
4.5. As regras da prioridade absoluta e relativa	340
5. O regime português	358
5.1. A igualdade de credores	361
5.2. O cumprimento de normas procedimentais	369
5.3. A proibição do tratamento menos favorável	373
5.4. A proibição de proporcionar um valor económico superior ao montante nominal dos créditos	378
5.5. Requisitos “adicionais” aditados pela Lei n. 9/2022, de 11 de janeiro	379
5.5.1. Apreciação crítica e sumária à opção do legislador	379
5.5.2. Requisitos “adicionais” gerais	382
5.5.3. Requisitos “adicionais” apenas aplicáveis em caso de classificação dos credores por categorias	385
5.5.4. A avaliação da empresa por determinação do tribunal	386
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	395
ÍNDICE	459