

## ÍNDICE

Abreviaturas .....	3
DOCTRINA	
A recuperação do devedor vs “O melhor interesse dos credores” .....	10
LUÍS CAMPOS	
Créditos subordinados: reflexões a pretexto das recentes alterações ao CIRE ...	50
RICARDO SILVA PEREIRA	
JURISPRUDÊNCIA	
Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 70/2021 de 27 de janeiro de 2021 (sobre o valor da causa para efeitos de recurso de decisões proferidas no incidente de exoneração do passivo restante em processo de insolvência) ...	75
RUI CASTRO LIMA e SUSANA REI DIAS	
Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 272/2021 (sobre a limitação espacial do regime da responsabilidade das sociedades coligadas) .....	90
GONÇALO GAMA LOBO	
Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 418/2021 de 15 de junho de 2021 (sobre a desconsideração, para efeitos de apoio judiciário, da concreta situação económica de devedor que tenha obtido a exoneração do passivo restante) .....	156
RUI CASTRO LIMA e SUSANA REI DIAS	
Anotação ao Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 3/2021 .....	175
MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO	
Crónica de jurisprudência dos Tribunais da Relação (2021) .....	234
NUNO FERREIRA LOUSA e PAULO ABREU SANTOS	
Processo de insolvência e acções conexas - resenha jurisprudencial do STJ (2021) .....	260
ANA PAULA BOULAROT	

# A Recuperação do Devedor vs “O Melhor Interesse dos Credores”

LUÍS CAMPOS\*

Advogado

**SUMÁRIO:** Introdução. I – Da “Ratio Legis” dos Processos de Recuperação. II – O Princípio da Responsabilidade Patrimonial nos Processos de Recuperação. 1. O “Teste do Melhor Interesse dos Credores” como Proteção Mínima do Credor Discordante; 2. Das Dúvidas criadas pelo DL n.º 282/2007, de 07/08 e do “Estranho Caso” do Acórdão da Relação de Guimarães, de 8/07/2020, processo n.º 4359/19.8T8VNF.G1, Relator António Figueiredo de Almeida; 3. Do “Melhor Interesse dos Credores”: 3.1. Na Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20/06; 3.2. No Processo de Insolvência; 3.3. No Processo Especial de Revitalização. III – O “Teste do Melhor Interesse dos Credores” na Prática. 1. Os Ónus de Alegação e de Prova; 2. Problemas de Aplicação do “Melhor Interesse dos Credores” (e algumas soluções); 3. A Ditadura da Minoria ou a Democracia? Conclusão. Bibliografia.

## Introdução

As crises económicas dos últimos anos despertaram o Legislador para a necessidade de recuperação do devedor titular de uma empresa, tendo sido criados diferentes mecanismos processuais com este objetivo<sup>1</sup>.

\* Agradeço ao Sr. Dr. Joaquim Taveira da Fonseca pelas horas de debate de ideias. Agradeço à Inês pela motivação.

<sup>1</sup> Na generalidade dos países europeus assiste-se a igual preocupação. Dada a importância destes processos para o bom funcionamento da economia e para a coesão do mercado europeu, todos os Estados-Membros da União Europeia estão obrigados a conformar a sua legislação às regras da Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/06, sobre os processos de reestruturação preventiva. A data-limite para a sua transposição era o dia 17 de julho de 2021, sendo que o Estado Português pretendeu cumprir a sua obrigação com a publicação, em 11 de janeiro de 2022, da Lei n.º 9/2022. Contudo, esta lei só entrou em vigor uma vez decorridos 90 dias após a sua publicação, aplicando-se, nessa altura, aos proces-

A forma processual mais apta para garantir a recuperação do devedor é aquela que se impõe aos credores discordantes, geralmente através do voto de uma certa maioria de credores e da intervenção do Tribunal<sup>2</sup>. No nosso ordenamento jurídico, é esse o caso do processo especial de revitalização (mais conhecido por PER e regulado nos arts. 17.º-A e ss. do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), do plano de insolvência, na modalidade de plano de recuperação (na definição do art. 192.º n.º 3 do CIRE)<sup>3</sup> e, mais recentemente, do processo extraordinário de viabilização de empresas (introduzido pela Lei n.º 75/2020, de 27/11)<sup>4</sup>. Os credores que votam a favor do plano apresentado nestes processos aceitam que a recuperação do devedor é benéfica para a satisfação do seu próprio direito. Os credores que votam contra o plano não partilham desta visão e, quando estão do lado da minoria, ficam, em princípio, vinculados aos seus efeitos. Só não será assim se os efeitos do plano não lhes forem oponíveis.

O objetivo deste trabalho é analisar até que ponto é que o credor minoritário discordante poderá, por si só e mesmo não existindo vícios de carácter procedimental e do conteúdo do plano de recuperação, tutelar o seu próprio interesse. O princípio da responsabilidade patrimonial é a grande proteção

que se encontram pendentes, exceto as alterações introduzidas aos arts. 17.º-C a 17.º-F, 17.º-I e 18.º do CIRE, apenas aplicáveis aos processos especiais de revitalização instaurados após a data de entrada em vigor (art. 10.º da Lei). No presente artigo iremos guiar-nos pelo CIRE com as alterações introduzidas por esta lei.

<sup>2</sup> O “RERE” (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, criado pela Lei n.º 8/2018, de 02/03) não se inclui nesta categoria – muito embora também procure a recuperação do devedor – porque os seus efeitos não são oponíveis aos credores que não tiveram intervenção e que não estão de acordo com as condições de pagamento propostas pelo devedor (art. 23.º n.º 1 do RERE).

<sup>3</sup> O regime jurídico do plano de insolvência não poderá ser qualificado como um processo de recuperação na medida em que não tenha a finalidade prevista no art. 192.º n.º 3 do CIRE, visando antes a liquidação do património do devedor em derrogação das regras previstas nos arts. 156.º e ss. do CIRE.

<sup>4</sup> A crise económica provocada pela pandemia da doença de COVID-19 está na origem deste processo mais recente, que se assemelha ao acordo extrajudicial de recuperação de empresa, previsto no art. 17.º-I do CIRE. O Decreto-Lei n.º 92/2021, de 08/11, prorrogou a vigência deste processo até 30 de junho de 2023. Sobre este processo, vide CATARINA SERRA, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, *Revista de Direito Comercial*, 2020, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) (consultado a 24/01/2022).

do credor, mas será que tem expressão num processo que procura a recuperação do devedor? E, por outro lado, será que a tutela deste interesse creditório não impedirá a prossecução da finalidade de recuperação económica?

Ambas as questões parecem ter resposta no art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE, que atribui ao credor discordante o poder de pedir a não homologação do plano de recuperação, para que não venha a produzir quaisquer efeitos. A correta interpretação e aplicação deste poder – tarefa que deixaremos para os capítulos II e III – depende, antes de mais, da compreensão das razões que determinaram a criação deste novo tipo processual.

## **I – Da “Ratio Legis” dos Processos de Recuperação**

O princípio da autonomia privada e o princípio “pacta sunt servanda” entregam ao credor a tutela do seu próprio interesse, colocando-o numa posição de poder sobre o devedor, isto é, o poder de exigir o cumprimento pontual (nos exatos termos inicialmente acordados) da obrigação. Se o devedor pretende alterar as condições originais de cumprimento, o credor conserva o poder de recusar e de exigir o cumprimento pontual. Este poder do credor é tutelado pelo princípio da responsabilidade patrimonial, que lhe atribui a possibilidade de despojar o devedor dos seus bens, em satisfação do seu interesse<sup>5</sup> (o que se encontra consagrado no art. 817.º do nosso Código Civil). A ação executiva e o processo de insolvência (pelo menos na sua origem) são meios processuais dirigidos à concretização prática deste princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, visando a venda do seu património.

Já os processos de recuperação têm uma função completamente distinta, porque não visam, em primeira linha, satisfazer o interesse do credor, através da agressão do património do devedor, mas antes impedir esta agressão. O reconhecimento dos efeitos económicos negativos da desagregação empresarial e a elevação da “empresa” a valor jurídico digno de proteção estiveram na origem destes processos. O sistema económico capi-

<sup>5</sup> Como refere PIERO PAJARDI e ALIDA PALUCHOWSKY (*Manuale di Diritto Fallimentare*, 7.ª ed., Giuffrè Editore, Milão, 2008, p. 3) o princípio da responsabilidade patrimonial atribui ao credor a possibilidade de expropriar o devedor dos seus bens, ultrapassando assim a inércia no cumprimento das suas obrigações.

talista concede aos entes privados a capacidade e a responsabilidade de perseguir melhores condições de vida, através do desenvolvimento de uma determinada atividade económica. A empresa<sup>6</sup> revelou-se, nos anos que se seguiram à Revolução Industrial, o instrumento mais adequado para a perseguição deste objetivo, o que não poderia deixar de lhe valer a proteção do Direito<sup>7</sup>. A venda dos bens do devedor titular de uma empresa passou a ter uma relevância social e económica próxima ou igual ao próprio incumprimento generalizado de obrigações por parte do mesmo devedor, porque a decomposição daquela organização de bens representava a destruição da sua capacidade produtiva.

O interesse na manutenção desta capacidade justificou que, em 1874, fosse introduzido nos Estados Unidos da América, através de alteração ao Bankruptcy Act de 1867, um meio de recuperação de empresas designado “composition”, inspirado na legislação inglesa, onde já existia um processo semelhante e que assentava no voto de uma determinada maioria de credores<sup>8</sup>. Já no século XX, foi adotado em Itália o “concordato”<sup>9</sup> e o “concordato

<sup>6</sup> Por empresa, entendemos a organização de pessoas e bens tendo em vista a prossecução de uma determinada atividade económica, que visa a obtenção de lucro.

<sup>7</sup> No sentido de que as soluções alternativas à liquidação patrimonial surgiram no período posterior à Revolução Industrial, vide CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito – O Problema da Natureza do Processo de Liquidação aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 190.

<sup>8</sup> Cfr. DOUGLAS G. BAIRD, “Statutory Interpretation, Three Ways: “The Best Interest of Creditors” Test in Chapter 9”, *Soshnick Colloquium on Law and Economics*, Northwestern Pritzker School of Law, 2018, p. 7 e ss., disponível em [www.law.northwestern.edu](http://www.law.northwestern.edu) (consultado a 24/01/2022), sobre a origem deste processo, motivado pelo interesse dos comerciantes grossistas na continuidade da empresa do comerciante de retalho, pois o negócio valia pela pessoa que o geria. Antes da “composition”, estes retalhistas não conseguiam reestruturar as suas dívidas porque não alcançavam um acordo com todos os seus credores, muito embora contassem com o apoio dos principais credores, entre os quais os grossistas. Cfr. ainda JONATHAN HICKS, “Foxes Guarding the Henhouse: The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganizations”, *Nevada Law Journal*, vol. 5, Nevada, 2005, p. 822 e ss., disponível em <https://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol5/iss3/10> (consultado a 24/01/2022), não só sobre a “composition” – tanto nos EUA como em Inglaterra e na Escócia – mas também sobre um outro processo de recuperação, a “equity receivership”, ao qual recorriam, geralmente, as grandes sociedades, como era o caso das sociedades construtoras de caminhos de ferro.

<sup>9</sup> Cfr. FRANCESCO FERRARA, “Concordato Fallimentare”, *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Giuffrè Editore, Varese, 1961, p. 471 e ss..

preventivo” (introduzido com a Lei 24 de maio de 1903, n.º 107)<sup>10</sup>, sendo que aquele destinava-se ao devedor insolvente e este atuava num momento prévio à insolvência.

Em Portugal, a evolução chega tarde, mas acaba sempre por chegar, sendo que só no Código de Processo Civil de 1961 é que fomos apresentados a este tipo processual, com a concordata (regulada nos arts. 1147.º, 1152.º a 1166.º e nos arts. 1266.º e ss.), à qual se somava o acordo de credores (regulado nos arts. 1167.º a 1173.º). Este CPCivil de 1961 inaugurou, assim, um período que ficou conhecido como de “falência-saneamento”<sup>11</sup> – que se opõe ao período de “falência-liquidação”, que anteriormente vigorou e que tinha expressão no CPCivil de 1939 – que teve continuidade com o DL n.º 177/86, de 02/07 e com o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência. O CIRE, na sua redação original, quebrou esta evolução, concedendo total primazia à satisfação dos credores do insolvente, em especial através da liquidação de todo o património do devedor e, só excecionalmente, permitindo a recuperação do devedor (o que fica bem patente no art. 1.º do CIRE, na sua redação original, em especial se o compararmos com o art. 1.º do CPEREF)<sup>13</sup>. O regresso ao caminho anteriormente percorrido ocorreu apenas com as alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012, de 20/04<sup>14</sup> ao CIRE, que elegeram como primeira forma de satisfação do interesse dos credores do devedor insolvente a aprovação de um plano de insolvência que, em regra, deverá prever a recuperação da empresa compreendida na massa insolvente e, só quando tal não se afigure possível, a liquidação de todo o património (art. 1.º n.º 1

<sup>10</sup> Cfr. MARIO VASELLI, “Concordato preventivo”, *Ibidem*, p. 508 e ss..

<sup>11</sup> No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 44129 que introduziu o CPCivil de 1961 é dito que “a nova regulamentação do processo de falência dá primazia aos meios preventivos”, sempre preferíveis “à ruínosa liquidação judicial”.

<sup>12</sup> Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português”, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2011, p. 49.

<sup>13</sup> Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 65 e ss.. CATARINA SERRA (*A Falência...*, *ob. cit.*, p. 222) não concorda que tenha ocorrido uma quebra desta evolução, porque, na sua opinião, mantém-se a possibilidade de recuperação.

<sup>14</sup> A importância da recuperação do devedor titular de uma empresa foi bem explicitada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, que deu origem a esta lei.

do CIRE na redação conferida por esta lei). Além da importância concedida ao plano de recuperação, esta lei vincou a importância de as empresas em situação de pré-insolvência recorrerem ao novo processo então criado, o PER (art. 1.º n.º 2 do CIRE então alterado), regulado nos arts. 17.º-A e ss. do CIRE, na sua redação atual.

Este regresso ao passado<sup>15</sup> foi motivado pela crise económico-financeira iniciada em 2007 nos Estados Unidos da América, com a falência de importantes instituições financeiras e que, rapidamente, se alastrou aos países europeus. O que, inicialmente, era uma crise do sector financeiro passou a ser uma crise da dívida soberana de vários países, em especial daqueles com economias mais débeis, como é o caso de Portugal, afetando, por arrasto, as famílias e empresas nacionais. A incapacidade de cumprimento das obrigações assumidas foi uma realidade generalizada naqueles anos de crise, chamando a atenção para a necessidade de adotar novos mecanismos de recuperação dos devedores<sup>16</sup>.

Aspetto comum a estes processos é o facto de permitirem uma alteração às condições originais de cumprimento de obrigações jurídicas (considerada essencial para a viabilização da atividade do próprio devedor), que seria vinculativa para todos os credores, inclusivamente os discordantes e os ausentes, mediante o preenchimento de determinados requisitos, essencialmente relacionados com o voto de uma maioria de credores. Quer isto dizer que estes processos visam derogar os princípios da autonomia privada e de “pacta sunt servanda” que regulam a relação entre um credor e um devedor e que são típicos de um contrato.

<sup>15</sup> O “Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica” (conhecido como o “Memorando da Troika”) previa a alteração do CIRE com a finalidade de “facilitar a recuperação efetiva de empresas viáveis”, o que foi concretizado com a Lei n.º 16/2012, de 20/04. Sobre este regresso ao “espírito do CPEREF”, cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O CIRE e a recuperação das sociedades comerciais em crise”, *Coleção de Estudos n.º 1 – Instituto do Conhecimento AB*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 32.

<sup>16</sup> Sobre a transformação do Direito da Insolvência de instrumento ao serviço do credor para instrumento ao serviço da coletividade, na defesa de valores públicos como a conservação da empresa e a manutenção do emprego, vide JUANA PULGAR EZQUERRA, *Manual de Derecho Concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 50.

## II – O Princípio da Responsabilidade Patrimonial nos Processos de Recuperação

### 1. O “Teste do Melhor Interesse dos Credores” como Proteção Mínima do Credor Discordante

O credor que vota a favor do plano de recuperação apresentado pelo devedor exerce a liberdade de dispor do seu próprio direito, aceitando a alteração das condições originais de cumprimento; já o credor que vota contra o plano de recuperação recusa a modificação do seu direito, continuando a exigir a obediência do princípio “*pacta sunt servanda*”. Coloca-se então a questão de saber até que ponto é possível impor ao credor discordante as alterações propostas pelo devedor, em nome da sua recuperação.

O conteúdo de um plano de recuperação está regulado nos arts. 192.º e ss. do CIRE (em especial no art. 195.º, com a epígrafe “conteúdo do plano”), onde não se vislumbra qualquer norma que nos diga até que ponto uma determinada dívida pode ser objeto de perdão. Mas, não quer isto dizer que a liberdade do devedor seja ilimitada. O art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE estabelece que o credor discordante<sup>17</sup> pode pedir a não homologação do plano, alegando e demonstrando que “a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que a que interviria na ausência de qualquer plano”<sup>18</sup>. A situação de um determinado credor é caracterizada, essencialmente, pelo montante que poderá exigir do devedor e pelo momento em que o poderá exigir. Neste sentido, aquele preceito obriga, antes de mais, a determinar o montante que um credor afetado pelo plano poderá exigir do devedor e o momento em que o poderá fazer, seja de acordo com as disposições do plano, seja de acordo com a realidade com que se depararia na sua

<sup>17</sup> Embora não seja dito expressamente, só os credores que votaram contra a aprovação é que poderão pedir a não homologação, não fazendo sentido a hipótese contrária. Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 333, n. 616.

<sup>18</sup> Além do credor discordante, também o próprio devedor (quando não for o proponente do plano) e o sócio, associado ou membro do devedor podem pedir a não homologação com o mesmo fundamento. No entanto, para efeitos do presente estudo, importa apenas apreciar o modo como este critério, consignado no art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE, funciona na defesa do interesse do credor discordante.

ausência<sup>19</sup>. Posteriormente, a comparação entre estas duas hipóteses permite perceber se esse credor discordante é, ou não, prejudicado pelo plano.

A inspiração para o art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE tem de ser procurada, primeiramente, no Código da Insolvência Alemão (“Insolvenzordnung”), porque serviu de base ao nosso Código da Insolvência<sup>20</sup>. E, de facto, no art. 251.º da InsO, com a epígrafe “Minderheitenschutz” (isto é, “proteção de minorias”) encontramos uma norma muito semelhante ao nosso art. 216.º n.º 1, al. a), pois também prevê a possibilidade de um credor discordante alegar e demonstrar que o plano o deixa numa situação pior do que aquela em que ficaria na sua ausência<sup>21</sup>. Por sua vez, o art. 251.º da InsO inspirou-se no § 1129 (a) n.º 7 do Bankruptcy Code<sup>22</sup>. Nos Estados Unidos da América, o critério previsto nesta norma do BC (do qual descende o nosso art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE) é conhecido como o “best interest of creditors test” (“teste do melhor interesse dos credores”) e foi pela primeira vez positivado no § 5103.<sup>a</sup> da reforma de 22 de junho de 1874 ao “US Bankruptcy Act” de 1867<sup>23</sup>. A evolução económica ocorrida nos Estados Unidos da América do século XIX tornou necessária a existência de processos específicos de recuperação do devedor<sup>24</sup>, como a “composition” e foi no seio deste processo que surgiu o “best interest of creditors test”, para evitar que o plano servisse apenas o

<sup>19</sup> Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.<sup>a</sup> ed., Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 787, que referem a necessidade de um “exercício intelectual de prognose, frequentes vezes complexo, que se traduz em comparar o que se antevê resultar da homologação do plano para o reclamante, com aquilo que aconteceria na ausência dele”.

<sup>20</sup> Tanto que CATARINA SERRA (*A Falência...*, *ob. cit.*, p. 221) apelida o nosso CIRE de “reforma de importação”, dada a “extraordinária fidelidade” à “Insolvenzordnung”.

<sup>21</sup> Sobre esta norma, vide HANS-PETER VON KIRCHHOF, HANS-JÜRGEN LWOWSKI e ROLF STÜRNER, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, band 2, Verlag C. H. Beck, Munique, 2008, p. 2068 e ss..

<sup>22</sup> No sentido de que a legislação alemã sobre a insolvência se inspirou na legislação dos Estados Unidos da América, vide CATARINA SERRA, *A Falência...*, *ob. cit.*, p. 212 e s. e JUANA PULGAR EZQUERRA, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>23</sup> Cfr., neste sentido, STEPHAN MADDAUS, *Is the Relative Priority Rule right for your jurisdiction? A Simple Guide to RPR*, 2020, p. 1, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3827696> (consultado a 24/01/2022) e DOUGLAS G. BAIRD, *ob. cit.*, p. 7 e ss..

<sup>24</sup> Cfr. *supra* capítulo I.

interesse de alguns credores<sup>25</sup>. O especial interesse de alguns credores na recuperação do devedor poderia não ser acompanhado pelo interesse de outros credores. Para que estes últimos não ficassem, totalmente, à mercê do devedor e dos credores que lhe eram mais próximos, o legislador positivou aquele critério, que impede o recebimento de uma quantia inferior à que seria recebida na hipótese de liquidação da totalidade do património do devedor<sup>26</sup>. Tanto no “Bankruptcy Code”, como na “Insolvenzordnung”, a consequência da não homologação de um plano de recuperação é a liquidação do património do devedor, pelo que é compreensível que a comparação seja realizada com a situação do credor perante a liquidação em sede de processo de insolvência<sup>27</sup>.

As razões que determinaram o surgimento deste critério, entretanto positivado no art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE, confirmam a intenção de proteger os credores discordantes minoritários perante abusos das vontades do devedor e da maioria dos credores. O legislador entendeu que esta vontade de recuperar o devedor era abusiva na medida em que obrigasse um determinado credor a sofrer um prejuízo que não sofreria na hipótese de liquidação da totalidade do património em processo de insolvência. A aplicação deste critério permite, assim, garantir que o credor discordante não receberá menos do que o princípio da responsabilidade patrimonial lhe atribui<sup>28</sup>. Este princípio confere ao credor a possibilidade de compelir o devedor ao cumprimento da sua obrigação, através da expropriação do seu património, vendo satisfeito o seu interesse creditório em função do respetivo produto da venda<sup>29</sup>. Em processo de insolvência, a responsabilidade patrimonial do

<sup>25</sup> Cfr. DOUGLAS G. BAIRD, *ob. cit.*, p. 9; cfr., igualmente, *supra* n. 8, sobre o especial interesse dos “grossistas” na recuperação dos comerciantes de retalho. A respeito das origens do “best interest of creditors test” vide ainda JONATHAN HICKS, *ob. cit.*, p. 821 e ss..

<sup>26</sup> Cfr. IDEM, *Ibidem*, p. 823.

<sup>27</sup> Cfr. STEPHAN MADAUS, *Is the Relative Priority Rule...*, *ob. cit.*, p. 2.

<sup>28</sup> Conforme refere STEPHAN MADAUS (*Is the Relative Priority Rule...*, *ob. cit.*, p. 1), o “teste do melhor interesse dos credores” protege o valor realizável do direito de cada interessado (seja credor ou acionista), estabelecendo o mínimo que deverão receber em caso de reestruturação. No mesmo sentido, vide CATARINA SERRA, “Direito da Insolvência em movimento – A reestruturação de empresas entre as coordenadas da legislação nacional e as perspetivas do Direito Europeu”, *Revista de Direito Comercial*, 2017, p. 109, disponível em [www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com) (consultado a 24/01/2022).

<sup>29</sup> Cfr. PIERO PAJARDI e ALIDA PALUCHOWSKY, *ob. cit.*, p. 3.

devedor é concretizada com a venda de todo o seu património. No entanto, nos processos em que se pretende evitar a venda do património (como é o caso do plano de recuperação em sede de processo de insolvência), teria de existir um outro mecanismo de aplicação do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor.

Nesta perspetiva, o art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE poderá ser visto como a aplicação ao plano de insolvência ou ao plano de recuperação do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor<sup>30</sup>. Como refere STEPHAN MADAUS, os processos de insolvência e os processos de reestruturação (ou de recuperação) têm um efeito em comum que é o “cancelamento de dívida”: naqueles processos, determina-se a parte da dívida a cancelar após a venda de todos os bens do insolvente; nestes processos, existe um acordo entre alguns ou todos os credores e o devedor<sup>31</sup>. Esta visão merece a nossa concordância<sup>32</sup>, mas acrescentaríamos que a ausência de um acordo de vontades entre o devedor e o credor é colmatada com o critério do “melhor interesse dos credores”, que permite apurar a parte da dívida que poderá ser cancelada<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Esta norma não é aplicável no caso do “RERE”, porque, sendo necessária a vontade dos credores para que venha a vigorar o acordo de reestruturação, não se justifica a imposição de uma quantia mínima a receber por cada credor.

<sup>31</sup> Cfr. STEPHAN MADAUS, “The New Age of Debt and the Common Function of Insolvency and Restructuring Law”, *Eurofenix*, n.º 67, INSOL Europe, Spring 2017, p. 15 e s., disponível em [www.insol-europe.org](http://www.insol-europe.org) (consultado a 24/01/2022).

<sup>32</sup> Muito embora não se concorde com a posição de que os processos de recuperação são um mero acordo de vontades entre o devedor e os seus credores. O nosso entendimento está mais próximo de CATARINA SERRA (“A contratualização da insolvência: hybrid procedures e pre-packs (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, *II Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. de Rui Pinto Duarte, Pedro Pais de Vasconcelos e J. Coutinho de Abreu), Coimbra, Almedina, 2012, p. 269 e ss.) que qualifica o “PER” como um “processo híbrido”, que combina uma fase informal (ou negocial) e uma fase formal (ou judicial), mas salientando que a lei restringe a liberdade individual de cada credor, obrigando-o a conformar-se com a vontade da maioria em nome da recuperação do devedor.

<sup>33</sup> Esta convicção sai reforçada pelo facto de encontrarmos critérios semelhantes noutras legislações, como é o caso da legislação italiana, a propósito do “concordato” e do “concordato preventivo”. No art. 125.º da Legge Fallimentare (na sua redação original, datada do ano de 1942) era previsto que a proposta de concordato deveria ser “conveniente”, sendo que a doutrina interpretava este conceito no sentido de que o credor deveria receber mais do que receberia em sede de liquidação falimentar; cfr. FRANCESCO FERRARA, *ob. cit.*, p. 486. Segundo este autor, o Tribunal deveria proceder, oficiosamente, a esta análise. A mesma interpretação é defendida a respeito do “concordato preventivo” por MARIO VASELLI (*ob. cit.*, p. 516). Mas,

## **2. Das Dívidas criadas pelo DL n.º 282/2007, de 07/08 e do “Estranho Caso” do Acórdão da Relação de Guimarães, de 8/07/2020, processo n.º 4359/19.8T8VNF.G1, Relator António Figueiredo de Almeida**

A redação original do art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE não suscitava quaisquer dúvidas sobre o juízo comparativo que deveria ser realizado e que já foi explicitado. Contudo, o aditamento introduzido pelo DL n.º 282/2007, de 07/08 (“designadamente face à situação resultante de acordo já celebrado em procedimento extrajudicial de regularização de dívidas”), veio criar dúvidas desnecessárias. A reestruturação de uma dívida em data anterior à reestruturação em sede de processo de insolvência, ou, antes de um PER (já que o art. 216.º n.º 1, al. a) também se aplica a este caso, por remissão do art. 17.º-F n.º 7) nada acrescenta à situação do credor. Mesmo que tenha ocorrido esta reestruturação prévia, se o devedor recorre a nova reestruturação é porque não é capaz de cumprir a sua dívida nos termos então em vigor. Perante esta incapacidade, não se poderá comparar a situação do credor emergente do plano com a situação de que beneficiava ao abrigo de um acordo prévio que já não pode ser cumprido. Uma comparação deste tipo impediria todo e qualquer tipo de alteração das condições de cumprimento, quando um processo de recuperação visa, por natureza, uma alteração. Como é óbvio, nenhum devedor recorrerá a um processo deste tipo se conseguir cumprir o que já estiver acordado.

O ponto comparativo do “teste do melhor interesse dos credores” é concedido pelo princípio da responsabilidade patrimonial, que obriga a ponderar quanto é que o credor receberia na ausência do plano. A parte final do art. 216.º n.º 1, al. a), remete-nos para outro ponto comparativo, que é dado pelo princípio “*pacta sunt servanda*”, pois obriga a comparar quanto é que o credor recebe ao abrigo do plano e quanto receberia segundo o “acordo já celebrado em procedimento extrajudicial de regularização de dívidas”. Este

também na nossa legislação mais antiga, mais especificamente no art. 1169.º n.º 2 do CPCivil de 1961, era previsto como fundamento de oposição ao acordo de credores o facto de o credor, que nele não é parte, receber menos do que receberia com a liquidação em processo de insolvência. Fundamento de oposição que também era aplicável à concordata (que equivale ao atual plano de insolvência/recuperação). Por isso, não concordamos com LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*ob. cit.*, p. 785), quando referem que no Direito Progresso não existia norma semelhante ao art. 216.º n.º 1, al. a) do CIRE.