

# OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES NA CRISE PROVOCADA PELOS EFEITOS DA PANDEMIA COVID-19 E A SUSPENSÃO DO DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA

*Pela Prof. Doutora Maria de Fátima Ribeiro(\*)*

## *SUMÁRIO:*

1. O dever de apresentação à insolvência e a sua suspensão. 2. A suspensão do dever de apresentação à insolvência e os deveres dos administradores quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade. 3. A suspensão do dever de apresentação à insolvência quando a empresa apresente perspectivas de viabilidade. 4. O artigo 7.º, n.º 1, alínea *d*), da Lei n.º 75/2020 e as dificuldades na determinação dos requisitos necessários para o recurso a um PEVE.

A pandemia COVID-19 levou a sucessivas declarações de estado de emergência e à adopção de medidas que passaram, nomeadamente, pelo encerramento ou limitação dos períodos de funcionamento de empresas que operam nos mais diversos sectores, o que espoletou uma crise económica sem precedentes, atendendo sobretudo ao facto de ainda não ser possível prever quando serão definitivamente abandonadas essas restrições, nem tampouco o seu impacto real.

Estas dificuldades constituem um desafio acrescido aos órgãos de administração das sociedades comerciais em crise; e, por outro lado, reclamam uma intervenção legislativa atempada e equilibrada, com o fim de proporcionar aos seus membros um quadro legal que lhes permita, com

---

(\*) Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

segurança, tomar as decisões mais compatíveis com o respeito pelo dever de cuidado que sempre as deve enformar — e que se revela de uma particular intensidade em tais situações.

Uma das medidas adoptadas em Portugal (a primeira e, durante um longo período, única entre nós) consiste em afastar, na medida do possível, a responsabilidade dos administradores daquelas empresas que vejam a sua viabilidade comprometida em consequência da crise gerada pela pandemia: pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, foi suspenso o dever de apresentação à insolvência<sup>(1)</sup>. Cerca de nove meses depois, pela Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro, foi também estabelecida a possibilidade de uma empresa em situação de insolvência actual recorrer a um RERE<sup>(2)</sup> ou a um PEVE (processo excepcional especificamente criado para as empresas que se encontrem nesta situação)<sup>(3)</sup>.

Pois bem, cabe então esclarecer se uma empresa em situação de insolvência actual causada pela pandemia nunca está sujeita à obrigação de apre-

<sup>(1)</sup> Precisamente, na alínea *a*) do n.º 6 do art. 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março (com a alteração que lhe foi introduzida pela referida Lei n.º 4-A/2020) foi determinada a suspensão do prazo de apresentação do devedor à insolvência, aplicável com efeitos retroactivos desde 9 de Março de 2020, por força do disposto no n.º 2 do art. 6.º da mesma. Entretanto, com as alterações introduzidas à Lei n.º 1-A/2020 pela Lei n.º 16/2020, de 29 de Maio, a suspensão passou a constar da alínea *a*) do n.º 6 do art. 6.º-A da Lei n.º 1-A/2020. Actualmente, por força das alterações introduzidas à Lei n.º 1-A/2020 pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de Fevereiro, consta da alínea *a*) do n.º 6 do seu art. 6.º-B. Note-se que, tratando-se de uma suspensão, a cessação da vigência de norma que a preveja fará, em princípio continuar a contagem do prazo, se a mesma já se tivesse iniciado antes de 9 de Março de 2020. Todavia, esta solução pode conduzir a resultados problemáticos (cf. a análise de GEORG BITTER, “Weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG, aber nur für die Überschuldung”, in *GmbHRR*, 19/2020, R292-R294, p. R293, para questão semelhante que se coloca à luz da suspensão do dever de apresentação à insolvência no ordenamento jurídico alemão). Noutros países, o leque de medidas adoptadas nesta fase foi bastante mais vasto: desde a não legitimação dos credores para requerer a declaração de insolvência (vejam-se os exemplo alemão, italiano e espanhol), à suspensão da aplicação da regra “recapitalizar ou liquidar”, vigente em determinados países (como Espanha e Itália), ou ao afastamento da regra de subordinação dos suprimentos (foi o caso, nomeadamente, da legislação italiana). Cf. a análise de CATARINA SERRA, “Covid-19 (II)/ Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, insolvência e reestruturação de empresas”, in *Observatório Alameda*, Abril de 2020, disponível in <<https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/04/09/covid-19-ii-lei-n-o-4-a-2020-de-6-de-abril-insolvencia-e-reestruturacao-de-empresas/>>, STEPHAN MADDAUS/F. JAVIER ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, 318-352, p. 324, ss., e de LUCA ENRIQUES, “Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis”, in *European Company and Financial Law Review*, 2020, 257-273, p. 258, ss., autor que conclui, *ibidem*, a p. 268, ss., que os países que estão a conseguir debelar melhor os efeitos da crise pandémica são aqueles que actuaram “rapidamente, vigorosamente e sistematicamente” — o que não foi, de modo algum, o caso de Portugal.

<sup>(2)</sup> Cf. o art. 5.º do referido diploma.

<sup>(3)</sup> Cf. os arts. 6.º a 15.º do referido diploma.

sentação à insolvência — ou se, ao invés, se pode identificar um leque de situações nas quais essa obrigação subsista, com todas as consequências que resultam do seu incumprimento. E ainda cumprirá apurar se impende sobre a empresa em crise devido aos efeitos da pandemia Covid-19, quando não se tenha (ainda) apresentado à insolvência, o dever de recorrer a um dos meios de recuperação disponíveis.

## 1. O dever de apresentação à insolvência e a sua suspensão

No art. 18.º do CIRE determina-se que um devedor empresa está obrigado a requerer a declaração da sua insolvência nos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação descrita no n.º 1 do art. 3.º, ou seja, do conhecimento de que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas e, portanto, em situação de insolvência actual. Mas ainda se esclarece que não releva o desconhecimento culposo: aquele prazo começa a correr, ainda que o devedor não saiba que se encontra nessa situação, a partir do momento em que ele devesse conhecê-la — presumindo-se inilidivelmente o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea *g*) do n.º 1 do art. 20.º, que são as seguintes: tributárias; de contribuições e quotizações para a segurança social; dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato; e rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência. Depois, no art. 19.º do CIRE esclarece-se que, nomeadamente no caso das sociedades comerciais, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores.

Importa, então, analisar desde logo a *ratio* da consagração legal deste dever e as consequências da sua violação<sup>(4)</sup>. A fixação de um prazo no qual uma empresa devedora deve apresentar-se à insolvência deriva da

<sup>(4)</sup> Sobre o tema, cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, Vol. 14, 2015, p. 70, ss.

presunção de que, a partir do momento em que uma empresa se encontra impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas, a sua situação financeira só pode deteriorar-se, com reflexos bastante negativos para o mercado (o conjunto dos seus actuais e futuros credores). É certo que na exploração de uma empresa se procura gerir a aversão do empresário ao risco, razão pela qual ele recorre a tipos societários que lhe proporcionem a irresponsabilidade pelas obrigações da empresa societária (o chamado benefício da responsabilidade limitada), com a consequência de que a continuação da exploração da empresa nas circunstâncias descritas, agravando-se as perdas, será exclusivamente suportada pelos credores (e não já pelos seus sócios ou administradores). Por outro lado, também é certo que os administradores se sentem normalmente compelidos a prolongar a exploração deficitária, tentando a todo o custo evitar um processo de insolvência e, até, celebrando negócios anormalmente arriscados numa tentativa de o evitar<sup>(5)</sup>. Por estas razões, entre outras, determina-se que impende sobre eles, que são aqueles que têm o dever de conhecer a todo o tempo a situação económico-financeira da empresa, a obrigação de apresentação da mesma à insolvência — e num prazo (anormalmente) curto.

Tendo em conta o que fica exposto, facilmente se conclui então que a norma que consagra este dever é uma norma de protecção dos credores sociais e que, portanto, a sua violação é geradora de responsabilidade, nos termos gerais do Direito. Porém, o legislador concursal consagrou expressamente, desde 2012<sup>(6)</sup>, uma forma específica de responsabilidade dos administradores neste contexto, que passaremos a analisar — não sem antes acrescentar que esta não é a única consequência legalmente prevista para essa actuação dos administradores, como se exporá.

O facto de os administradores de uma sociedade comercial não terem cumprido o dever de apresentação à insolvência, nos termos em que ele vem estabelecido no já referido art. 18.º do CIRE (no prazo de 30 dias a contar da data em que souberam ou deveriam ter sabido que a empresa estava em situação de insolvência actual, por se encontrar impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas), leva à presunção de existência de

<sup>(5)</sup> Cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *O Direito*, 142.º, 2010, I, 81-128, p. 84, ss., e “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2011, 391-413, p. 394, ss.

<sup>(6)</sup> E na sequência do que já se defendia na doutrina. Cf., entre outros estudos, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, *cit.*, p. 120, ss.; e *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 476, ss.

culpa grave nesta sua actuação, nos termos do disposto no art. 186.º, n.º 3, alínea *a*) do CIRE.

Isto significa que a insolvência pode vir a ser qualificada como culposa (e não fortuita; cf. o art. 185.º do CIRE). Existe divergência doutrinal e jurisprudencial quanto ao alcance desta presunção. O que é certo é que se trata de presunção ilidível — pode vir a ser afastada através da prova realizada pelos administradores afectados. Mas enquanto alguns autores (acompanhados por parte das decisões dos nossos tribunais superiores) defendem que a presunção tem o alcance que a letra da lei lhe dá, presumindo-se tão-só a culpa grave, outros, por seu lado, defendem (e em algumas das decisões dos nossos tribunais superiores decide-se) que esta é uma presunção de insolvência culposa<sup>(7)</sup>.

Passamos a explicar o alcance desta divergência. Para que a insolvência seja qualificada como culposa é necessário que a situação tenha sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (cf. o n.º 1 do art. 186.º do CIRE). Deste modo, considerando-se que se presume na norma estritamente a culpa grave, para que uma insolvência venha a ser considerada culposa por força do incumprimento (ou cumprimento tardio) do dever de apresentação à insolvência será ainda mister que fique provado que essa actuação dos administradores criou ou agravou a situação de insolvência, pois esse nexo de causalidade é um dos requisitos necessários para aquela qualificação.

Se porventura se entender que se trata, no n.º 3 do art. 186.º, de presunções ilidíveis de insolvência culposa (e que a única diferença entre as pre-

<sup>(7)</sup> Na doutrina, defendem tratar-se de uma mera presunção ilidível de culpa grave, entre outros, ADELAIDE LEITÃO, “Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012”, in *I Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2013, pág. 275; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 422, ss.; mas defendem que se trata de uma presunção ilidível de insolvência culposa, nomeadamente, CATARINA SERRA, “‘Decoctor ergo fraudator’? — a insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, Janeiro/Março 2008, p. 169. Na jurisprudência, veja-se nomeadamente o acórdão do STJ, de 29 de Outubro de 2019 (MARIA OLINDA GARCIA), no qual se decidiu que a não demonstração da existência de nexo de causalidade entre a falta de cumprimento atempado do dever de requerer a declaração de insolvência e a criação ou agravamento dessa situação impede a qualificação da insolvência como culposa com fundamento na alínea *a*) do n.º 3 do art. 186.º do CIRE: e, em sentido divergente, o acórdão do mesmo STJ, de 23 de Outubro de 2018 (CATARINA SERRA), no qual se decidiu que, por força do disposto no art. 186.º, n.º 3, alínea *a*), do CIRE, o incumprimento do dever de apresentação à insolvência dá origem a uma presunção (relativa ou *juris tantum*) de insolvência culposa, que abrange a culpa grave e o nexo de causalidade.

sunções constantes no n.º 2, que estabelece presunções inilidíveis de insolvência culposa, e as do n.º 3 é o facto de as primeiras não poderem ser afastadas mediante prova em contrário, ao invés do que acontece com as segundas), então o juiz deverá qualificar sempre necessariamente a insolvência como culposa se tiver havido incumprimento do dever de apresentação à insolvência e não tiver sido afastada a presunção de que houve culpa grave e/ou causação ou agravamento da insolvência quer essa actuação tenha concretamente causado ou agravado a insolvência da sociedade quer não.

Em nosso entender, esta última não é a melhor interpretação, desde logo porque, além de contrariar frontalmente a letra da lei, não faria sentido associar a um comportamento que poderá ter sido inócuo para o mercado (os credores) consequências como aquelas previstas no art. 189.º<sup>(8)</sup> — e no labor de fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, tal como se impõe no n.º 3 do art. 9.º do Código Civil. Pelo que deverá prevalecer o entendimento de que as presunções do art. 186.º, n.º 3, do CIRE são estritamente presunções ilidíveis de mera culpa dos administradores, de direito e de facto, tornando-se ainda necessária, para que a insolvência possa ser qualificada como culposa, a prova de que a situação de insolvência foi criada ou agravada em consequência dessa actuação, como se exige no n.º 1 do mesmo artigo.

Cabe agora analisar as consequências que decorrem da qualificação de uma insolvência como culposa. Elas estão enumeradas no art. 189.º, n.º 2, do CIRE, nos termos do qual o juiz deve: identificar as pessoas, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, contabilistas certificados e revisores oficiais de contas, afectadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa; decretar a inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos; declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa; determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos; e condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos

<sup>(8)</sup> Mesmo tendo em conta que os afectados poderão vir ilidir a presunção que se considere existir.

não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados.

Como facilmente se percebe, trata-se de consequências de significativo impacto na vida, pessoal e profissional, das pessoas afectadas, com particular destaque para a última: tendo sido a insolvência qualificada como culposa, os administradores (e, eventualmente, outras pessoas) afectados por essa qualificação serão condenados a indemnizar todos os credores do devedor (v.g., da sociedade) declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos — ou seja, no montante correspondente à parte do passivo que a massa insolvente, depois da liquidação, não consiga satisfazer<sup>(9)</sup>. Acrescenta-se ainda que o limite dessa obrigação é “as forças dos

<sup>(9)</sup> Também neste ponto existe divergência doutrinal e se identificam orientações distintas nas decisões dos nossos tribunais superiores. Se, por um lado, se defende a interpretação declarativa desta norma, entendendo-se que o tribunal deve sempre, uma vez qualificada a insolvência como culposa, condenar os afectados a indemnizar os credores na totalidade do passivo que a massa insolvente não se mostra capaz de satisfazer (cf., embora com justificações distintas, RUI PINTO DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, in *III Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, 151–173, p. 165; J. M. COUTINHO DE ABREU, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interações”, in *IV Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017, 181–202, p. 192; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 332, ss.; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, in *V Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2019, 135–167, p. 149, ss.), por outro lado existem propostas de interpretação restritiva da norma neste ponto, no sentido de se reduzir o montante da indemnização ao grau de culpa dos afectados, ou de se fazer esse montante corresponder ao dano que terá sido causado pela actuação dos administradores que levou à qualificação da insolvência como culposa (sobretudo, partindo da aparente contradição entre o disposto na norma em análise e o teor do n.º 4 do mesmo art. 189.º, na medida em que aqui se determina que, ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença), sobretudo nos casos em que essa qualificação resulta precisamente da atraso na apresentação da sociedade à insolvência (cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores: entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 216, ss., invocando a violação do princípio constitucional da proporcionalidade e a falta de conexão de ilicitude adequada entre uma conduta que apenas agrave a insolvência e uma indemnização no montante de todos os créditos não satisfeitos; cf., ainda, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 161, ss., que parece aderir à tese exposta no acórdão do TRC, de 20 de Maio, no qual se propõe uma leitura da norma em análise com o sentido de ela estabelecer uma dupla presunção, ilidível por todas ou algumas das pessoas afectadas, de que estas causaram danos aos credores e que esse dano corresponde ao montante dos créditos não satisfeitos — ilidida desta forma alguma destas presunções, o sentido do n.º 4 do art. 189.º seria o de permitir ao juiz, em consequência, fixar as indemnizações devidas por cada um dos afectados atendendo ao nexo de causalidade entre a sua actuação e o dano sofrido pelos credores). As decisões dos tribunais superiores adoptam tendencialmente a segunda posição referida, fixando ou admitindo a fixação do valor da indemnização em montante inferior ao que resultaria da interpretação declarativa da norma em análise (cf., por todos, os acórdãos do TRC, de 16 de Dezembro de 2015 (MARIA DOMINGAS SIMÕES) e do TRP, de 27 de Outubro

respectivos patrimónios” e que a responsabilidade é solidária entre todos os afectados (pelo que aquele montante pode ser globalmente exigido a qualquer um dos afectados, independentemente do respectivo grau de culpa, cabendo-lhe depois, em via de regresso, demandar os restantes afectados quanto ao montante correspondente ao grau de culpa de cada um)<sup>(10)</sup>.

Depois de resumidamente exposto o essencial deste regime, facilmente se compreenderá então o especial cuidado que deve enformar a actuação de um administrador quando a empresa societária se encontra em situação de crise — a falta de tempestividade da sua reacção, se ela for devida, pode implicar consequências que se revestem de significativa gravidade.

Esta foi a razão pela qual, como *supra* se expôs, a primeira (e durante demasiado tempo, a única) medida legislativa em matéria estritamente concursal em tempos de pandemia foi a suspensão do dever de apresenta-

---

de 2020 (VIEIRA E CUNHA), disponíveis in <www.dgsi.pt>. Curiosamente, no ordenamento jurídico francês o legislador sentiu a necessidade de modificar os requisitos para a condenação dos administradores na “responsabilidade por insuficiência do activo” na liquidação da sociedade: pela *loi n.º 2016-1691 du 9 décembre 2016* modificou-se o art. L. 651-2 do *code de commerce*, determinando-se assim que não basta uma actuação com “simples negligência” para a responsabilização dos administradores por insuficiência do activo da sociedade, alteração com impacto particularmente relevante quando o que está em causa é o atraso na declaração de cessação de pagamentos — embora a determinação do que possa, neste contexto, extravasar a “simples negligência” tenha vindo a colocar sérias dificuldades aos tribunais [cf. a análise de MAUD LAROCHE, “Le retard à déclarer la cessation des paiements n’est pas une simple négligence. Note sous Cour de cassation, com, 5 février 2020, n.º 18-15.072 (F-D)”, in *Revue des Sociétés*, n.º 7-8, Juillet-Août 2020, 431-434, p. 432, ss.].

<sup>(10)</sup> O legislador português ter-se-á inspirado essencialmente nas normas que, no ordenamento espanhol, regulam esta matéria — embora afastando-se deste exemplo, em alguns aspectos, e também não acompanhando as sucessivas alterações de que foi objecto o art. 172 *bis* da *Ley Concursal*. Sobre o tema, cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, cit., p. 71, ss. Entretanto, com a entrada em vigor do *Texto Refundido de Ley Concursal*, a matéria está regulada no art. 456 (e, também, 461) deste diploma, com modificações relativamente ao regime anterior que procuraremos agora sintetizar. Desde logo, na reabertura do incidente de qualificação da insolvência por incumprimento de plano de insolvência, precisa-se que a condenação na cobertura do passivo pode ser “total ou parcial”. Depois, especifica-se no n.º 1 do art. 456 que o juiz pode condenar “com ou sem solidariedade” as pessoas afectadas, na cobertura total ou parcial do passivo (*déficit*). Finalmente, introduz-se um conceito de *déficit* no novo n.º 2 do art. 456 (“Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”), distinto do conceito de *déficit* resultante da liquidação. Estas últimas alterações gerarão, previsivelmente, debate doutrinal e jurisprudencial, nas palavras de ALBERTO ALONSO UREBA, com a “consequente insegurança jurídica”, dada a acrescida dificuldade em dotar este regime (lá como cá...) de “coerência e unidade”. Cf. ALBERTO ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLC Conc”, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2021, n.º 34, 21-58, p. 23.

ção à insolvência: desse modo, os administradores não estarão sujeitos à eventualidade destas consequências enquanto a norma estiver em vigor, mesmo que a empresa se encontre em situação de insolvência actual (desde que essa situação não existisse já antes da sua entrada em vigor — a norma veio apenas suspender um prazo que estivesse em curso).

Mas entre o dia da entrada em vigor dessa lei e o final de Novembro, ou seja, durante mais de oito meses, a situação dos administradores de empresas era insustentável: se por um lado não estavam obrigados a apresentar a empresa à insolvência, por outro estavam impedidos de recorrer a um qualquer meio de recuperação extrajudicial, uma vez que a legislação vigente exigia para o efeito, como se expôs, que a empresa se encontrasse em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente, afastando a sua aplicação numa situação de insolvência actual. Acresce ao exposto que o legislador português, quando suspendeu aquele prazo, não cuidou de, simultaneamente, afastar a possibilidade de qualquer credor poder requerer a declaração de insolvência da empresa, como aconteceu em ordenamentos jurídicos muito próximos do nosso.

Então, os administradores não estavam obrigados a apresentar a empresa à insolvência e estavam impedidos de recorrer a um qualquer meio de recuperação extrajudicial — mas continuavam sujeitos a que a empresa fosse declarada insolvente a requerimento de qualquer credor.

É que o facto de um devedor não se apresentar à insolvência não impede a declaração da sua insolvência — existem outros legitimados, (nomeadamente qualquer um dos seus credores, qualquer que seja a natureza do crédito), para o requerer, verificando-se algum dos factos enumerados no n.º 1 do art. 20.º do CIRE: suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas; falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal actividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo; dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruínosa de bens e constituição fictícia de créditos; insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor; incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos, nas condições previstas na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do art. 218.º; incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias, de contribuições e quotizações para a segurança social, de divi-

das emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato, de rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência; manifesta superioridade do passivo sobre o activo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.

Mais: o facto de um devedor se encontrar em situação de insolvência (ou seja, sem que tenha — ainda — existido a declaração judicial da sua insolvência) importa a perda do benefício do prazo relativamente às obrigações cujo prazo tenha sido estabelecido a seu favor<sup>(11)</sup>, pelo que os respectivos credores passam a poder exigir imediatamente o cumprimento dessas obrigações, nos termos do disposto no art. 780.º, n.º 1, do Código Civil<sup>(12)</sup>. Pois bem, se os credores, apercebendo-se da insolvência actual do devedor, lançarem mão desta possibilidade de lhe exigirem antecipadamente o cumprimento das respectivas obrigações isso irá, seguramente, agravar a sua insolvência e pôr em causa a viabilidade de uma sua recuperação.

Ora, entre nós (e ao contrário do que aconteceu noutros ordenamentos jurídicos, como se viu *supra*) não se suspendeu a possibilidade de um credor requerer a declaração de insolvência de uma empresa que, comprovadamente, se encontre em situação de insolvência actual devido à pandemia Covid-19. A isto acresce que a suspensão do dever de apresentação à insolvência não afasta a qualificação da insolvência como culposa sempre que se verifique o disposto no n.º 1 do art. 186.º do CIRE ou em qualquer das alíneas do n.º 2 do seu art. 186.º (que, agora sim, estabelece presunções inilidíveis de insolvência culposa)<sup>(13)</sup>, com particular destaque para o dis-

<sup>(11)</sup> No Código Civil não se admitiu, ao contrário do que se previa na redacção do art. 741.º do Código Civil de 1867, que a mesma solução contemplasse as situações de “justo receio de insolvência” do devedor. Cf. a proposta de VAZ SERRA, “Tempo da prestação. Denúncia”, in *BMJ*, n.º 50, 1955, 49-211, p. 128.

<sup>(12)</sup> Note-se que a perda do benefício do prazo não corresponde ao vencimento imediato da obrigação, com a consequente constituição em mora do devedor — o credor pode exigir antecipadamente o cumprimento, devendo para o efeito interpelar o devedor para cumprir imediatamente.

<sup>(13)</sup> Nos termos deste preceito, considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham: destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor; criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas; comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em

posto na alínea g): se os administradores, de direito e de facto, prosseguiram, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência — ou seja, quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade, requisito necessário para que ela possa recorrer a um RERE ou a um PEVE, mesmo quando se encontra em situação de insolvência actual.

## 2. A suspensão do dever de apresentação à insolvência e os deveres dos administradores quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade

Uma interpretação possível da norma que suspende o dever de apresentação à insolvência é a de considerar que qualquer devedor em situação de insolvência actual, tenha ou não recorrido a um meio pré-concursal de recuperação, não está entretanto obrigado a apresentar-se à insolvência, mesmo que essa situação não decorra dos efeitos da pandemia Covid-19. Consequentemente, este devedor não ficará sujeito às consequências do incumprimento do dever de apresentação à insolvência, nomeadamente em termos de responsabilidade, mesmo que a situação de insolvência se tenha agravado com o decurso do tempo.

Este entendimento, se oferece a vantagem de trazer aparentemente segurança jurídica a todos aqueles que em regra estão sujeitos ao dever de apresentação à insolvência, ou seja, os administradores das empresas, não importa necessariamente para estes a definição de linhas claras pelas quais devem orientar as suas decisões na crise presente, como se verá; para mais, não existem dúvidas de que, quando deixar de estar suspenso este dever,

pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação; disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros; exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa; feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto; prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência; incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor; incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do art. 188.º.

serão apresentadas à insolvência empresas em situação bastante mais deficitária do que o teriam sido sem a existência desta intervenção legislativa, com grave prejuízo para os credores e, claro, o mercado.

Analisemos a hipótese de uma empresa, apesar de se encontrar em situação de insolvência exclusivamente em virtude dos efeitos da pandemia, não apresentar já qualquer possibilidade de viabilização. Essa empresa não poderá recorrer a um PEVE, nem a qualquer outro meio de recuperação (pois mesmo o recurso extraordinário a um RERE em situação de insolvência actual, previsto no art. 5.º da Lei n.º 75/2020, apenas é possível se a empresa ainda for “susceptível de viabilização”. Imaginemos que, nesta situação, os seus administradores decidem prosseguir a exploração da empresa, continuando a contrair dívidas e a recorrer a crédito, apesar de saberem de antemão que não existirá a possibilidade de a empresa cumprir estas obrigações. Pense-se, também, que esta situação acaba por ser potenciada pelo facto de, entretanto, a empresa ir beneficiando de um conjunto de moratórias de crédito, concedidas com o único fim de assegurar o reforço da sua tesouraria e liquidez, atenuando os efeitos da redução da sua actividade económica — e não de lhe proporcionar um meio de adiar a declaração da sua insolvência, quando não exista qualquer possibilidade séria e razoável de recuperação. Trata-se de casos em que o défice vai sendo conscientemente agravado, em consequência da inércia aparentemente permitida pela norma que suspende o dever de apresentação à insolvência<sup>(14)</sup>.

Neste caso, não pode qualificar-se a insolvência como culposa através do funcionamento da presunção estabelecida na alínea *a*) no n.º 3 do art. 186.º do CIRE (presunção de culpa grave quando o devedor não tenha cumprido o dever de apresentação à insolvência nos termos do disposto no art. 18.º). Mas não nos parece que deva ficar afastada, em virtude da suspensão do dever de apresentação à insolvência, a possibilidade de qualificação da insolvência como culposa à luz do disposto no n.º 1 do art. 186.º, provando-se que a situação foi criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor ou dos seus administradores, de

<sup>(14)</sup> Isto leva ao fenómeno a que se tem chamado, noutras latitudes, proliferação de empresas “zombie”: um número significativo de empresas, já em crise antes da pandemia, ou sem viabilidade, beneficiando de todas as medidas de apoio que têm sido disponibilizadas e do quadro legal favorável, continua em actividade (ainda que, frequentemente, em modo “hibernação”, o que levará a que estas medidas concebidas para combater os efeitos da pandemia Covid-19 acabem por ter o efeito perverso de dificultar a declaração de insolvência de empresas que deveriam ser afastadas do mercado, permitindo-lhes que continuem assim a contrair obrigações que não satisfarão e a absorver recursos que seriam essenciais para a recuperação de empresas com efectiva previsão de viabilidade.

direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Com efeito, não pode deixar de se afirmar a existência de culpa grave dos administradores que, sabendo ou não podendo ignorar que a empresa se encontra em situação de insolvência iminente ou actual, sem perspectiva razoável de recuperação, recorrem aos apoios especificamente estabelecidos para as empresas que apresentam possibilidade de viabilização e aproveitam a suspensão do dever de apresentação à insolvência para prolongar artificialmente a actividade de uma empresa que, sabem com antecipação, não será capaz de cumprir as obrigações entretanto contraídas<sup>(15)</sup>.

Importa lembrar neste ponto que, entre nós (e diferentemente do que aconteceu noutros ordenamentos jurídicos), não se suspendeu a legitimidade dos credores para requererem a declaração de insolvência de empresas em situação de insolvência actual, prevista no art. 20.º do CIRE, mesmo quando essa situação resulte exclusivamente dos efeitos da pandemia COVID-19 — e, portanto, mesmo quando essa empresa estivesse solvente (ou, como duvidosamente se determina na Lei n.º 75/2020, quando o activo fosse superior ao passivo nos termos do art. 3.º do CIRE) em 31 de Dezembro de 2019.

Mais: provando-se que aqueles administradores tenham prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, “não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”, nos termos da alínea *g*) do n.º 2 do mesmo artigo, fica inilidivelmente presumida a insolvência culposa [desde que provado, naturalmente, que os administradores “sabiam, ou

<sup>(15)</sup> Atente-se, a este propósito, na eventual necessidade de repensar, na fase pós-*lockdown*, a situação de insolvência actual enquanto pressuposto objectivo da declaração de insolvência, como propõe VITTORIO MINERVINI, “Il (necessario) ripensamento delle procedure concorsuali dopo il “lockdown”: dal concetto di “insolvenza” a quello di “risanibilità”?”, in *Il Diritto Fallimentari e delle Società Commerciali*, 5/2020, 965-989, p. 976, ss., passando a considerar-se a possibilidade de viabilização da empresa como impeditiva da declaração da sua insolvência. De facto, como resulta da análise de STEPHAN MADAUS/F. JAVIER ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *cit.*, pp. as excepcionais circunstâncias da crise pandémica afectam, neste âmbito, a pertinência do mero recurso aos tradicionais *balance sheet test* e *cash flow test*. Idêntica preocupação, a nosso ver, terá inspirado as alterações recentemente introduzidas na *Insolvenzordnung*, no ordenamento jurídico alemão: para a verificação da situação de insolvência iminente, de modo a legitimar a apresentação do devedor à insolvência, deve passar a ser em regra considerado, no âmbito da incapacidade para cumprir as obrigações vencidas, um período de previsão de 24 meses (cf. a alteração do § 18 *Absatz 2* da *InsO*); por outro lado, na determinação da situação de sobreendividamento, que existe quando os ativos do devedor “deixam de cobrir as obrigações existentes, a menos que as circunstâncias tornem mais provável que a continuidade da empresa”, acrescentou-se que período a atender para aferir dessa probabilidade é de 12 meses (cf. a alteração do § 19 *Absatz 2* da *InsO*). Cf., para a análise crítica destas alterações, GEORG BITTER, “Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zum 1.1.2021 in Kraft getreten”, in *GmbHR*, 2/2021, R16-R18, p. R16.

tinham a obrigação de saber, que, agindo desse modo, estavam no caminho da insolvência, pois há que distinguir entre a situação tipicamente prevista na alínea g) e aquela outra em que o devedor ou os seus administradores persistem numa atividade não lucrativa porque acreditam, fundadamente, que conseguirão superar um período deficitário e voltar a uma atividade rentável”, como se esclarece no acórdão do STJ, de 29 de Outubro de 2019<sup>(16)</sup>, com a consequente identificação das pessoas afectadas e a respectiva condenação na indemnização dos credores do devedor declarado insolvente, nos termos do art. 189.º do CIRE. O mesmo vale, de resto, para uma qualquer actuação dos administradores que possa subsumir-se a outra das alíneas do n.º 2 do art. 186.º (caso em que existirá presunção absoluta de insolvência culposa) ou à cláusula geral do n.º 1 do mesmo artigo<sup>(17)</sup>.

Uma situação que cabe esclarecer, ainda, é aquela em que já havia decorrido o prazo de 30 dias para apresentação da empresa à insolvência, aquando da entrada em vigor da norma que suspende o dever o fazer. Nestes casos, não deve entender-se que se encontra “sanado”<sup>(18)</sup> o incumprimento

<sup>(16)</sup> Acórdão em que é relatora OLINDA GARCIA e que se encontra publicado in <www.dgsi.pt>.

<sup>(17)</sup> Em Espanha, a mesma questão encontra respostas semelhantes. Resulta da conjugação dos artigos 13 e 6 da *Ley 3/2020* (este último, alterado pela *Disposición Final 10.ª* do *Real Decreto-Ley 34/2020 de 17 de noviembre*), que está suspenso o dever de os administradores promoverem a dissolução por perdas da sociedade (que decorre do art. 363.1 e) do *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, até ao encerramento do exercício de 2021 (em regra, 31 de Dezembro de 2021). Também o dever de apresentação da sociedade à insolvência, em caso de insolvência actual, está suspenso até 14 de Março de 2021. Daqui decorre que os administradores de uma sociedade em situação de insolvência actual podem prosseguir a actividade empresarial, mas ali até sem receio de que os credores possam vir a intentar uma acção de responsabilidade com base no já referido art. 363.1 e), ou possam pedir entretanto a declaração de insolvência da sociedade. Todavia, isso não implica o afastamento da responsabilidade destes administradores, quer com base numa eventual violação do dever de cuidado quer, no plano concursal, com base na qualificação da insolvência como culposa com outro fundamento, nos termos dos arts. 442 e 443 TRLC (note-se que o art. 442 contém uma cláusula geral de qualificação da insolvência como culposa quando ela tenha sido causada ou agravada pela actuação, com dolo ou culpa grave, dos seus administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, dos seus directores gerais e de quem, nos dois anos anteriores à data da declaração de insolvência, tenha exercido alguma destas funções). Para mais desenvolvimentos, cf. CARLOS GÓMEZ ASENSIO, “Los deberes pre-concursales de los administradores sociales”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34, 2021, 155-172, p. 156, ss. Também à luz da suspensão do dever de apresentação à insolvência no ordenamento jurídico alemão a doutrina alerta para a possibilidade de responsabilização dos administradores com base na violação de outros deveres na crise da empresa. Cf. VOLKER RÖMERMANN, “Insolvenzantragspflicht ausgesetzt — ein kurzes Gesetz mit weitreichenden Folgen”, in *GmbHHR*, 10/2020, R148-R149, p. R148, ss.; GEORG BITTER, “Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und Einschränkung der Organhaftung — eine Zwischenbilanz nach vier Monaten COVInsAG”, in *GmbHHR*, 15/2020, 797-807, p. 803, ss.

<sup>(18)</sup> A expressão é de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34/2021, 89-100, p. 94.

mento do mesmo: o devedor não cumpriu o dever de se apresentar à insolvência quando estava já esgotado o prazo legal para o fazer, pelo que ainda antes da entrada em vigor da norma que suspende o prazo existiria presunção de culpa grave para efeitos da qualificação da insolvência como culposa — nada justificaria uma solução diferente.

### 3. A suspensão do dever de apresentação à insolvência quando a empresa apresente perspectivas de viabilidade

Cabe então agora responder a outra questão: a de saber se, apresentando a empresa em situação de insolvência actual viabilidade, existe o dever de recurso a um RERE ou a um PEVE<sup>(19)</sup>, como transitariamente permitido (pois, na ausência das regras que excepcionalmente o permitam, o recurso a um mecanismo pré-insolvental apenas pode ter lugar desde que a empresa se encontre ainda em situação económica difícil ou de insolvência iminente, mas já não de insolvência actual)<sup>(20)</sup> — e afastado que está, nestas circunstâncias, o recurso a um PER<sup>(21)</sup>.

Na crise de uma empresa, é entendimento pacífico que os deveres dos administradores devem ser adaptados a essa nova situação, particularmente apta à transferência de um risco agravado para o mercado, o mesmo é dizer, os credores. Nos termos do art. 64.º do CSC, a actuação dos administradores está vinculada ao respeito pelos deveres de cuidado e de lealdade.

<sup>(19)</sup> Embora, como se analisará *infra*, exista inadmissível incerteza relativamente aos requisitos para o recurso a este mecanismo, que resulta do art. 7.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 75/2020.

<sup>(20)</sup> Cf., para o PER, o art. 17.º-A, n.º 1, do CIRE; e, para o RERE, o art. 3.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 8/2018.

<sup>(21)</sup> Note-se que a Lei n.º 75/2020, autorizando o recurso a um RERE nestas circunstâncias, não esclarece se, sendo o acordo de reestruturação no seu âmbito subscrito por credores que representem as maiorias previstas no n.º 1 do art. 17.º-I do CIRE, ou a ele vierem posteriormente a aderir os credores suficientes para perfazer aquela maioria, pode o devedor iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação (devendo nesse caso acautelar que este cumpre o previsto no n.º 4 do art. 17.º-I do CIRE), nos termos do disposto no art. 29.º da Lei n.º 8/2018. A esta possibilidade parece obstar, contudo, o disposto no art. 17.º-A, n.º 2, do CIRE (que exige nestes casos que a empresa devedora apresente declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, atestando que não se encontra em situação de insolvência actual, à luz dos critérios previstos no art. 3.º), aplicável por força de remissão expressa do art. 17.º-I, n.º 1.



O dever de cuidado pode definir-se, nomeadamente, como o dever de os administradores recolherem, antes de tomarem decisões de gestão, toda a informação a que possam ter acesso e que se relacione com a matéria a decidir. Depois de recolhida a informação necessária à tomada de uma decisão, um administrador deverá optar por uma decisão racional, que possa ser justificada pelas informações obtidas, tendo em vista a prossecução do fim da sociedade. Deste modo, uma das concretizações do dever de cuidado é a obrigação de evitar riscos injustificáveis — o que corresponde, *mutatis mutandis*, ao dever de tomar decisões substancialmente razoáveis<sup>(22)</sup>.

Adaptando o exposto ao risco que normalmente envolve a exploração de uma actividade comercial — e particularmente a uma situação de crise (crise essa que pode, como na actualidade acontece frequentemente, ser causada pelas medidas impostas pelo Estado para conter uma situação de pandemia), torna-se claro que a concretização deste dever de cuidado passa também pelo constante acompanhamento da situação da sociedade e da sua evolução previsível. A actuação com a diligência de um gestor criterioso e ordenado deverá implicar que os administradores identifiquem e até antecipem dificuldades financeiras assim que elas sejam passíveis de identificação. Esta concretização do dever de cuidado é geralmente denominada dever de vigilância ou de monitorização<sup>(23)</sup>.

Por outras palavras: na crise da empresa, densifica-se a obrigação de os administradores obterem e actualizarem constantemente a informação relevante<sup>(24)</sup> e, considerando-a, de ponderarem com especial cuidado

<sup>(22)</sup> Para usar a nomenclatura de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 21.

<sup>(23)</sup> A densificação do dever de diligência foi recentemente objecto de uma significativa intervenção legislativa em Itália. Na verdade, o *codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, de 2019 (*D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14*), já entretanto alterado (pelo *D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147*) foi profundamente inovador no que respeita à actuação exigida aos administradores relativamente aos credores da empresa, quando ela se encontra em crise: nas palavras de BRUNO INZITARI, “Crisi, insolvenza prospettica, alerta: nuovi confini della diligenza del debitore”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Vol. 118, n.º 2, 2020, 199-225, p. 210, passa a perspectivar-se de outro modo o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, que deixa de estar limitado a uma mera sujeição ao exercício dos direitos dos credores, para passar a abranger comportamentos activos de conservação, no plano funcional, da garantia patrimonial oferecida aos credores — nomeadamente, através do cumprimento dos deveres de identificação da situação de crise e da adopção das medidas idóneas a evitar ou circunscrever os danos que possam derivar, para os credores, da insuficiência patrimonial.

<sup>(24)</sup> Nas palavras de MICHAEL SCHILLIG, “The transition from corporate governance to bankruptcy governance — convergence of German and US law?” in *European Company and Financial Law Review*, Vol. 7, n.º 1, 2010, p. 133, a situação de crise financeira da sociedade gera a obrigação de os administradores manterem e monitorizarem permanentemente um balanço organizado de acordo com os critérios de avaliação da situação de insolvência e de procurarem assessoria legal e financeira independente.

todas as vantagens e inconvenientes das decisões que se apresentem como possíveis e aptas para a prossecução do fim da sociedade e a salvaguarda dos interesses de todos os *stakeholders* (v.g. sócios, credores sociais, trabalhadores, fornecedores)<sup>(25)</sup>.

Assim, caberá em primeiro lugar aos administradores diagnosticar habilmente a situação da empresa e, numa segunda fase, identificar todas as vias que, na situação identificada, se apresentem como legalmente possíveis<sup>(26)</sup>. Só depois, analisando e ponderando todos os riscos envolvidos em cada uma das opções, estarão em condições de tomar a decisão que melhor se possa subsumir à actuação de um gestor criterioso e ordenado.

A importância de uma actuação atempada na crise da empresa mereceu também recentemente a intervenção do legislador da União Europeia: nos termos do art. 3.º da recente Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, ainda não transposta, deverão ser criados, por iniciativa dos Estados-Membros, mecanismos de alerta de situações em que exista probabilidade de insolvência, nomeadamente em face da falta de realização atempada de certos pagamentos. Perante a comunicação de algum alerta no âmbito deste sistema, o administrador deverá tomar devida nota da sua recepção e tomar as medidas que se mostrem adequadas — ou fundamentar a sua omissão (possivelmente por discordância com o alerta emitido). E no seu art. 19.º estabelece-se que os Estados-Membros devem assegurar que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos: os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas; a necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e a necessidade de evitar uma

<sup>(25)</sup> O que, de algum modo, leva a que também se perspetive de modo distinto a concretização do dever de lealdade na crise da empresa. A este propósito, cf. CATARINA SERRA, “Entre *Corporate Governance* e *Corporate Responsibility*: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, 211-258, p. 244, ss.

<sup>(26)</sup> Na legislação societária portuguesa, impende ainda sobre os administradores um dever específico sempre que resulte das contas de exercício ou de contas intercalares que metade do capital social se encontra perdido (ou existam em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica), ou seja, quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social: o de requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes. Assim, os administradores deverão sujeitar a deliberação pelos sócios, pelo menos, os seguintes assuntos (que deverão constar do aviso convocatório): a dissolução da sociedade; a redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade; a realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital (cf. o art. 35.º do CSC).

conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa<sup>(27)</sup>.

O regime jurídico resultante da transposição da diretiva deverá ser apto a facilitar o controlo do cumprimento do dever de vigilância da situação financeira da sociedade pelos administradores: sendo detectada uma situação de crise pelo sistema de alerta, será impossível aos administradores invocarem o desconhecimento (não culposo, dado que o desconhecimento culposo nunca lhes aproveitaria) da situação de crise. Eles deverão, então, registar a sua concordância ou discordância com o alerta emitido; em caso de discordância, deverão fundamentá-la; mas em caso de concordância deverão adotar as medidas correctivas que se afigurem possíveis e adequadas.

Não existe margem para dúvidas: no art. 19.º, alínea b) da Directiva (UE) 2019/1023<sup>(28)</sup>, ainda não transposta, estabelece-se que o dever de cuidado impõe aos administradores que tomem efectivamente as decisões que se afigurem necessárias, uma vez que, em cumprimento do dever de vigilância, se identifique uma situação de crise<sup>(29)</sup>. E a transposição da Directiva levará em breve à introdução deste específico dever na legislação portuguesa.

Cabe esclarecer agora dois pontos. Em primeiro lugar, a existência deste sistema de alerta não substitui a obrigação de vigilância através da recolha e monitorização da informação interna — os dois sistemas deverão coexistir e complementar-se<sup>(30)</sup>.

<sup>(27)</sup> Cf. CARLOS GÓMEZ ASENSIO, “Los deberes preconcursales de los administradores sociales”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 34, 2021, 155-172, p. 156, ss., que analisa aquele que considera um “auténtico regime legal de deveres pré-concursais dos administradores”, estabelecendo para eles “concretos deveres de conduta positivos e negativos” num cenário de crise da empresa.

<sup>(28)</sup> Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* L 172/18, de 26 de Junho de 2019, acessível in <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>>.

<sup>(29)</sup> É o seguinte o texto desse artigo: “[o]s Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos: a) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas; b) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e c) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa”. Tendo em conta este texto, parece que o legislador comunitário caracteriza a situação de “probabilidade de insolvência”, na qual surgem estes deveres, como uma situação em que a insolvência actual ainda pode ser evitada (daí, que os administradores devam tomar medidas para a evitar) e em que a empresa ainda é viável (o que explica que se estabeleça, para os administradores, a obrigação de evitar condutas dolosas ou com negligência grosseira que ameacem essa viabilidade).

<sup>(30)</sup> Cf. a análise de SABRINA MASTURZI, “Le misure di prevenzione della crisi e i controlli nel sistema dell’allerta”, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 5/2020, 1067-1101, p. 1078, ss.

Mas não pode esquecer-se que a crise que se vive na actualidade surgiu repentinamente e que algumas decisões tiveram que ser tomadas num ambiente de urgência e pressão, sem que tenha sido possível obter toda a informação relevante em tempo útil; mais: ainda hoje não será possível prever sempre, para cada decisão, o seu impacto real, dada a incerteza que apresenta a evolução da situação pandémica<sup>(31)</sup>. Estas circunstâncias (informação limitada e contexto de excepcional incerteza relativamente ao futuro) deverão ser ponderadas na actual e futura análise *ex post* da actuação dos administradores na reacção à crise pandémica, sempre que esteja em causa a sua responsabilidade, nomeadamente em sede de recurso à *business judgment rule*, sob pena de a aversão ao risco poder vir a conduzir, na presente crise e em crises que venham a surgir em condições análogas, a uma gestão essencialmente defensiva e, portanto, nem sempre apta a prover à desejável recuperação do maior número possível de empresas<sup>(32)</sup>.

Em segundo lugar, não pode concluir-se do exposto que o cumprimento do dever de cuidado deve conduzir obrigatoriamente, numa situação de crise que não se traduza em insolvência actual, ao recurso a um dos meios pré-insolvenciais de recuperação, revitalização ou viabilização da empresa, ou à apresentação à insolvência<sup>(33)</sup>. O que é exigível à luz do dever de cuidado é que os administradores promovam um processo de decisão através do qual identifiquem e avaliem as opções à disposição da sociedade, para escolherem uma delas — que deve ser independente de interesses pessoais alheios aos da sociedade e justificável à luz de critérios de racionalidade empresarial (cf. o art. 72.º, n.º 2, do CSC). Isto significa que, numa situação de crise, podem ser admissíveis várias decisões diferentes, todas elas respeitando o estrito cumprimento do dever de cuidado<sup>(34)</sup>.

<sup>(31)</sup> Para a análise das causas e efeitos, ao nível da gestão de empresas, desta excepcional incerteza, cf. STEPHAN MADDAUS/F. JAVIER ARIAS, “Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law”, *cit.*, p. 320, ss.

<sup>(32)</sup> Neste sentido, cf. as propostas de LUCA ENRIQUES, “Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis”, *cit.*, p. 267, ss.

<sup>(33)</sup> Como defende, nomeadamente, Nuno Manuel Pinto Oliveira, que enuncia um “dever de requerer a recuperação da empresa ‘cujos problemas financeiros possam ser ultrapassados’”, mencionando os diferentes instrumentos de recuperação disponibilizados pelo Direito da Insolvência e fazendo referência aos “Princípios Orientadores da recuperação extrajudicial de credores” — constantes da Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 23 de Outubro. Avançando, com reservas, a possibilidade de estes deveres serem a concretização de um dever mais amplo de minimizar os danos dos credores da sociedade em situação económica difícil, cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores. Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 72, ss.).

<sup>(34)</sup> Até porque, tal como afirma Nuno Manuel Pinto de Oliveira, a recuperação do devedor é

É importante salientar este segundo ponto, porque se começa a defender a necessidade de impor aos administradores, na crise da empresa, o recurso a um destes mecanismos pré-insolvenciais<sup>(35)</sup> — com o argumento de que o processo de insolvência, embora permita a via da recuperação da empresa, acaba por comprometê-la, dado o estigma associado à necessária declaração de insolvência que a precede. Ora, não é demais repetir que o dever de cuidado vincula a actuação dos administradores no sentido de lhes impor tão-só que, depois de devidamente informados e de ponderadas todas as possibilidades, optem pela solução que se lhes apresente como a mais adequada à situação concreta<sup>(36)</sup>.

Cabe ainda notar que quer o dever de cuidado quer o dever de lealdade impõem aos administradores, na crise da empresa, a ponderação dos interesses dos credores: o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis exclui do âmbito das condutas admissíveis nessa fase aquelas que desconsiderem em absoluto os interesses dos credores. Em particular, os administradores estão obrigados a evitar decisões que importem riscos manifestamente excessivos. Do mesmo modo, não pode aceitar-se que, até ao momento da incapacidade de fazer face às suas obrigações vencidas, ou seja, até ao momento em que a empresa societária se encontre numa situa-

---

um resultado aleatório, pelo que o bem jurídico protegido, nomeadamente para fins de responsabilização cível, é a chance de recuperação e não a recuperação propriamente dita. Cf. NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA, “Responsabilidade pela perda de uma chance de revitalização”, in *II Congresso de direito da insolvência* (coordenação Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2014, p. 185, ss.

<sup>(35)</sup> Cf., nomeadamente, SÉRGIO ANTÓNIO MARREIROS COIMBRA HENRIQUES, *A Crise Empresarial Enquanto Situação de Pré-insolvência, em Particular a Sociedade de Responsabilidade Limitada em Situação de Pré-insolvência e os Deveres dos Administradores*, tese de doutoramento em Direito apresentada e defendida na Universidade Nova de Lisboa, 2020, p. 361, ss.

<sup>(36)</sup> Na verdade, no Considerando 70 da Directiva 2019/1023 enuncia-se, com carácter exemplificativo, um conjunto de medidas que os administradores devem adoptar com o objectivo de evitar a insolvência da empresa societária, tais como procurar aconselhamento especializado em matéria de reestruturação e insolvência (recorrendo aos instrumentos de alerta precoce, se for caso disso) e estabelecer negociações com os credores e iniciar o processo de reestruturação preventiva. Pois bem, daqui não pode retirar-se a existência de um dever de os administradores iniciarem um processo de reestruturação preventiva: desde logo, porque se trata de uma exemplificação de comportamentos a adoptar; depois, porque um Considerando não tem carácter normativo; finalmente, porque o texto da alínea b) do art. 19.º, apesar de impor aos administradores uma actuação com o fim de evitar a insolvência, não estabelece medidas que devam ser por eles concretamente adoptadas. Assim sendo, consoante a situação específica de cada empresa societária, o recurso a um processo de reestruturação preventiva pode ou não ser a medida mais adequada para evitar a insolvência. Caberá aos administradores decidir quais as medidas que se revelam adequadas, admitindo-se que a sua actuação possa vir a ser apreciada à luz da *business judgment rule* (cf. RECAMÁN GRAÑA, E, “Hacia una determinación del comportamiento debido por los administradores en la reestructuración”, in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 32, 2020, 127-143, p. 134. Certo é que a sua inacção corresponderá à violação culposa do dever de cuidado.

ção de insolvência actual, o órgão de administração de uma sociedade não tenha de considerar os interesses da generalidade dos credores e demais *stakeholders*.

Assim, o dever de cuidado imporá aos administradores, pelo menos, a consideração da hipótese de início de um processo de recuperação pré-insolvencial — mas não lhes impõe necessariamente que tomem a iniciativa de optar por um desses meios, se outras soluções se apresentarem como decisão tomada segundo critérios de racionalidade empresarial, depois de devidamente avaliados e ponderados os riscos que cada decisão possível pode comportar. No leque dessas outras decisões pode estar uma medida concreta relativamente a um determinado credor [como a tentativa de negociação do valor do crédito<sup>(37)</sup> ou mesmo a impugnação judicial desse crédito], mas também pode estar, até, a própria apresentação da empresa à insolvência (v.g., com a apresentação de plano de insolvência no qual se preveja a continuidade da empresa) — essa é, de resto, a razão pela qual se estabelece expressamente na legislação insolvencial que o devedor pode apresentar-se à insolvência ainda que a situação seja, não a de insolvência actual, mas tão-só a de insolvência iminente. Em síntese, o objectivo da adopção atempada de medidas de recuperação é o de evitar que a sociedade venha a encontrar-se numa situação de insolvência actual, mas essas medidas não se esgotam no recurso a um qualquer dos procedimentos pré-concursais expostos<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Até por força da existência de um “dever de revelação” formulado por PAULO OLAVO CUNHA, “Os deveres dos gestores e dos sócios no contexto da revitalização de sociedades”, in *II Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Almedina, Coimbra, 2014, p. 229: se a empresa “se encontra em situação económica crítica, os gestores têm o dever de revelar essa circunstância e de adotar as medidas que possam conduzir à sua superação. Assim, devem divulgar a real situação da empresa [...] e tomar as medidas indispensáveis para ultrapassar a difícil situação em que a empresa se encontra”.

<sup>(38)</sup> Atente-se, por exemplo, no caso (frequente) de os créditos vencidos do Estado (v.g., de natureza fiscal) construírem parte muito significativa do passivo da empresa; e de a viabilidade da empresa depender essencialmente da de uma eventual negociação desses créditos. É certo que também no âmbito de um qualquer dos mecanismos de revitalização existe a possibilidade (e, até, necessidade) de negociar com qualquer dos credores. Mas não é menos certo que o credor Estado, independentemente da natureza que se venha a reconhecer ao seu crédito, não se mostra habitualmente disponível para agilizar soluções que impliquem alguma forma de renúncia aos seus créditos ou de flexibilização do respectivo pagamento, o que pode implicar um elevado risco de insucesso das negociações e da própria revitalização da empresa. O princípio da indisponibilidade dos créditos tributários pode, então, levar a que se antecipe que o recurso a um dos possíveis mecanismos de revitalização não será apto a evitar a insolvência da empresa (apesar de, no PEVE, o legislador ter dado um tímido passo em frente, no caminho para a relativização deste princípio no âmbito de uma situação de crise). Os factores que condicionam, neste contexto, a actuação do credor Estado são múltiplos: por um lado, os interesses públicos que representa o seu crédito; por outro, as repercussões económicas e laborais (e, portanto,

Podemos concluir que o facto de a administração de uma empresa em crise estar comprovadamente a monitorizar a situação da empresa e a perspectivar a sua previsível evolução, recolhendo toda a informação relevante e consultando peritos nas matérias em causa, a fim de, atempadamente, tomar as decisões que se demonstre serem as mais aptas à preservação do valor da empresa e à sua conciliação com os interesses dos respectivos *stakeholders* é revelador de uma actuação que plenamente corresponde à diligência de um gestor particularmente criterioso e ordenado.

#### 4. O artigo 7.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 75/2020 e as dificuldades na determinação dos requisitos necessários para o recurso a um PEVE

Finalmente, cabe alertar para os perigos que representa para os administradores de empresas em crise devido à pandemia COVID-19 o texto do art. 7.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 75/2020, que estabelece os requisitos para o recurso ao PEVE, no que respeita à percentagem de credores que devem, com o devedor, assinar o acordo de viabilização<sup>(39)</sup>.

O PEVE (processo extraordinário de viabilização de empresas) é uma figura introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 75/

---

também em sede de interesses públicos) da total indisponibilidade deste crédito; finalmente, ainda, os limites que devem ser respeitados para evitar que o seu comportamento, activo ou omissivo, possa vir a ser considerado auxílio de Estado, proibida pelo art. 107.º, n.º 1, do TFUE. O tema merece abordagem semelhante à luz do ordenamento espanhol e tem merecido a atenção da doutrina. Para o seu desenvolvimento, cf. CAYETANA LADO CASTRO-RIAL, “El crédito tributario ante los institutos concursales”, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2021, n.º 34, 123-138, p. 126, ss.

<sup>(39)</sup> Os requisitos para o recurso a este processo merecem ainda outras críticas, que não cabe desenvolver nesta sede, com particular destaque para o facto de se prever que a empresa deve fazer prova de que, em 31 de Dezembro de 2019, apresentava um activo superior ao passivo. Ora, como já tem sido afirmado entre nós, este critério pode, simultaneamente, pecar por excesso (uma empresa poderia nessa data ter um passivo superior ao activo, mesmo depois de aplicados os critérios indicados no n.º 3 do CIRE e, ainda assim, não se encontrar insolvente, por essa superioridade não ser manifesta) e por defeito (uma vez que o facto de o activo ser superior ao activo não implica necessariamente que a empresa se encontrasse capaz de cumprir as suas obrigações). Solução mais equilibrada parece ser aquela adoptada pelo legislador italiano, que passou a prever, com o “*decreto liquidità*” (cf. o art. 7 da *legge 5 giugno 2020, n. 40*) a “cristalização” de um princípio de continuidade da empresa na elaboração do balanço de exercício, com a fim de neutralizar os efeitos da pandemia, desde que a perspectiva de continuidade da empresa resultasse, de modo consistente, do último balanço de exercício anterior a 23 de Fevereiro de 2020. Cf. a análise de MONICA COSSU, “Il diritto e l’incertezza. La legislazione d’impresa al tempo della pandemia”, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 6/2020, 1221-1254, p. 1232, ss.

/2020, de 27 de Novembro (e aí regulada nos arts. 6.º a 15.º): trata-se de um novo processo, com carácter extraordinário e transitório, vigorando, nos termos do art. 18.º, n.º 1, da mesma lei somente até 31 de Dezembro de 2021 (embora esse prazo possa ser estendido por Decreto-Lei, como se prevê no art. 18.º, n.º 2); e ainda com carácter urgentíssimo, dado que assume prioridade sobre a tramitação e julgamento de processos como o processo de insolvência e o PER, já de si processos urgentes (cf. o art. 6.º, n.º 1, da referida lei).

Tratando-se de um processo com estas características e especificamente destinado a potenciar a viabilização das empresas afectadas pela crise económica decorrente da pandemia da doença COVID-19, impunha-se que a sua regulação se pautasse pela certeza e segurança jurídicas, só assim se assegurando e justificando, sempre com respeito pela justiça, a celeridade que se anuncia na Lei n.º 75/2020 e que se revela essencial neste contexto. São, todavia, muitos os aspectos do seu regime legal que põem em causa a razão de ser do PEVE — e um deles respeita, desde logo, aos elementos que devem acompanhar o requerimento para iniciar o processo, a apresentar pela empresa no tribunal competente: o acordo de viabilização.

No art. 7.º da Lei n.º 75/2020 determina-se que o processo se inicia com um requerimento da empresa, acompanhado por um acordo de viabilização assinado por si e por credores que representem, “pelo menos”, as maiorias previstas no art. 17.º-F, n.º 5, do CIRE. Ora, a determinação desta percentagem mínima da participação dos credores no impulso do processo apresenta sérias dificuldades.

A remissão para o n.º 5 do art. 17.º-F, quando se procede às necessárias adaptações, dá azo a algumas perplexidades — é que as normas em causa pressupõem a existência de uma votação, na qual podem participar todos os credores. Então, recordamos que se considera aprovado, no âmbito do PER, o plano de recuperação se: *a*) sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos a que se referem os n.ºs 3 e 4 do art. 17.º-D, recolher o voto favorável de 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; ou, em alternativa, *b*) recolher o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto, calculados de harmonia com o disposto na alínea anterior, e mais de metade destes votos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as

abstenções. Sendo que no PEVE não existe votação, mas antes a assinatura do acordo de viabilização por credores que representem pelo menos as maiorias de votos previstas para a aprovação do plano de recuperação no âmbito de um PER, cabe sempre proceder, desde logo, a esta adaptação.

Passemos desde já à análise da segunda possibilidade: o plano considerar-se-á aprovado se recolher o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto e mais de metade destes votos correspondentes a créditos não subordinados. Ou seja: nos termos da remissão para a alínea *b*), exige-se que o acordo seja subscrito por credores que representem mais de 50% dos créditos relacionados com direito de voto, sendo que mais de metade desses créditos devem ser não subordinados. Assim, será necessário pelo menos o acordo de credores titulares de mais de 25% de créditos relacionados não subordinados com direito de voto, se apenas credores relacionados titulares de metade mais um votos subscreverem o acordo. A aplicação das regras relativas a estas maiorias estabelecidas na alínea *b*) não coloca dúvidas [ao contrário do que acontece quanto à remissão para a alínea *a*) do n.º 5 do art. 17.º-F], razão pela qual até se defende entre nós a possibilidade de apenas esta remissão dever ser considerada no âmbito do PEVE, como se verá.

É, então, na remissão para a alínea *a*) que surgem os problemas. Exige-se ali que o plano seja votado por credores que representem pelo menos um terço dos créditos relacionados com direito de voto, embora não seja necessário que pelo menos esse um terço vote no sentido da aprovação do plano — a lei basta-se literalmente, para esse efeito, com o voto favorável de credores que representem pelo menos dois terços dos votos emitidos, ou seja, no mínimo, dois terços daquele um terço de créditos relacionados com direito de voto. Isto posto, *o plano é aprovado ainda que apenas votem favoravelmente credores que representem mais de dois nonos* (ou seja, mais de 22,22%) dos créditos relacionados com direito de voto. Acresce ao exposto que mais de metade destes votos deve corresponder a créditos não subordinados. Por outras palavras, no mínimo mais de metade destes mais de dois nonos deve corresponder a créditos não subordinados.

Então, por força da estrita remissão para o regime do PER, os credores que no âmbito do PEVE deveriam assinar o acordo de viabilização seriam aqueles que representassem mais do que os dois nonos (mais do que 22,22%) dos créditos relacionados com direito de voto — sendo que mais de metade destes (por exemplo, se os credores subscritores representam 25% dos créditos relacionados, mais de 12,5%) deveriam corresponder a créditos não subordinados. Simplesmente, já foi defendido na doutrina que se deve

entender que os credores subscritores do plano deverão, no PEVE, representar no mínimo um terço dos créditos contidos na relação com direito de voto<sup>(40)</sup>. E também se tem defendido que a alínea *a*) do n.º 5 do art. 17.º-F é inaplicável a este processo, dado pressupor necessariamente uma votação, pelo que a remissão apenas operaria para a alínea *b*), bastante mais exigente, como se viu<sup>(41)</sup>.

Pois bem: existem argumentos que militam a favor de uma e de outras interpretações. Por um lado, uma vez que os efeitos da homologação do acordo de viabilização se estendem a todos os credores relacionados, percebe-se que se sinta a necessidade de acautelar a existência de eventuais recursos abusivos a este mecanismo de viabilização, que afinal se poderia iniciar e fazer prosseguir apenas com a vontade de credores que representem pouco mais de 10% de créditos não subordinados (para além da vontade do devedor e dos credores que representam créditos subordinados).

Mas a favor desta solução, menos exigente, pela qual seria apenas necessária a subscrição por mais de dois terços de um terço do total dos créditos temos a letra da lei e até a sua *ratio*: este é um mecanismo assumidamente extraordinário, estritamente aplicado num contexto verdadeiramente excepcional — e ao qual só podem recorrer empresas que, seguramente, apresentavam um activo superior ao passivo antes de sentirem os efeitos das medidas tomadas para travar a evolução da pandemia. Pelo que se justifica que seja ágil, no sentido de não exigir às empresas infundáveis rondas de negociações, realizadas sem qualquer protecção, nomeadamente, relativamente à prestação de serviços considerados essenciais, a processos de insolvência iniciados pelos credores e a acções judiciais para cobrança de dívidas (uma vez que estes efeitos “protectores” se produzirão apenas em momento ulterior ao da apresentação do requerimento)<sup>(42)</sup>. Depois, não é seguro que tenha sido intenção do legislador ser mais exigente com as maiorias necessárias para recorrer ao PEVE do que com aquelas que são necessárias para fazer aprovar um plano de recuperação no âmbito de um PER. Mais: se é certo que na subscrição do acordo de

<sup>(40)</sup> Cf. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, in *Revista de Direito Comercial*, 2020, 2105-2142, p. 2122; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 13, Vol. 25, 2021, 37-55, p. 45, ss.

<sup>(41)</sup> Cf. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 129, ss.

<sup>(42)</sup> Diferentemente do que acontece no âmbito do recurso a um PER (cf. o art. 17.º-E do CIRE) ou a um RERE (cf. , nomeadamente, os arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 8/2018).

viabilização não existe necessariamente a intervenção de todos credores afectados, não o é menos que todos têm ao seu alcance a possibilidade de vir ao processo solicitar a não homologação do acordo de viabilização; e que o juiz está vinculado, nessa decisão de homologação ou não homologação, ao disposto nos arts. 215.º e 216.º do CIRE — devendo, nomeadamente, recusar officiosamente a homologação de plano cujo conteúdo não respeite o princípio da igualdade dos credores da insolvência, nos termos em que vem formulado pelo art. 194.º do CIRE.

Pois bem, os problemas colocados pela remissão para o disposto no n.º 5 do art. 17.º-F no âmbito de um processo com as características do PEVE não acabam aqui. É que, neste processo, a alternativa deixa de fazer sentido, pois, seja qual for a interpretação que se defenda para a aplicação do disposto na alínea *a*) (desde que se considere que ela é aplicável, bem entendido), deixa de fazer sentido a remissão para o disposto na alínea *b*), por as maiorias nela exigidas serem mais exigentes do que as resultam da aplicação da alínea *a*). Por outras palavras, não faz sentido afirmar que o devedor pode apresentar o acordo assinado por credores que representem mais do que uma determinada percentagem de créditos ou, em alternativa, apresentá-lo assinado por credores que representem uma maioria superior a essa, pois esta segunda possibilidade já se encontra necessariamente contida na primeira.

Em síntese: devido à equívoca formulação legal e respectiva remissão, são possíveis várias interpretações quanto às maiorias de créditos que devem estar representados pelos credores que assinam o acordo de viabilização a apresentar pela empresa, o que gerará grande incerteza e insegurança jurídica numa área que reclama, dadas as circunstâncias, especial atenção. Está em causa o próprio recurso ao novo processo de viabilização, que tem carácter urgentíssimo — e as empresas precisariam de conhecer inequivocamente os elementos que devem acompanhar o requerimento a apresentar no tribunal competente, até porque no art. 9.º, n.º 15, da mesma lei se determina que o “termo” do processo extraordinário de viabilização (sem que se esclareça exactamente o alcance desta previsão da norma, nomeadamente, se ela abrange as situações de não homologação do acordo por não estarem respeitadas as maiorias necessárias) impede a empresa de recorrer novamente ao mesmo. Urge uma intervenção legislativa que clarifique (pelo menos) este aspecto de regime.