



Dissertação

Mestrado em Solicitadoria de Empresa

***A Mediação na Insolvência – o Regime Extrajudicial
de Recuperação de Empresas***

Ana Catarina da Silva Brites

Leiria, março de 2018



Dissertação

Mestrado em Solicitação de Empresa

***A Mediação na Insolvência – o Regime Extrajudicial
de Recuperação de Empresas***

Ana Catarina da Silva Brites

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação da Doutora Ana Filipa Conceição Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria e coorientação da Doutora Cátia Marques Cebola, Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria.

Leiria, *março* de 2018

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Dedicatória

Aos meus pais.

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Agradecimentos

A gratidão é um reflexo da importância e reconhecimento que atribuímos a determinadas pessoas, seus gestos e influências que conseguiram provocar na origem uma panóplia de condições para que algo fosse possível.

Reconhecer esses gestos e atitudes, nada mais é que a mais profunda gratidão. E eu sou grata, muito grata.

Em primeiro lugar, o meu agradecimento às excepcionais orientadoras, Doutora Cátia Marques Cebola e Doutora Ana Filipa Conceição que mesmo perante as minhas adversidades, conseguiram encorajar-me a continuar o meu percurso e de forma sábia me orientaram e acompanharam constantemente.

Este agradecimento é extensível à Doutora Ana Lambelho e ao Doutor Francisco Nicolau Domingos, que não desistiram de mim numa fase que eu própria pensei que não fosse possível.

À minha família, agradeço todo o amor, toda a logística necessária, apoio incondicional e motivação para conseguir concluir o objetivo a que me propus. Sem vocês, nada disto era possível.

À minha entidade patronal que contribuiu em muito com compreensão e apoio no necessário!
Às minhas colegas de trabalho pela paciência que tiveram em lidar comigo dia após dia sem que eu tivesse dormido noite após noite.

Aos meus amigos, em particular Hugo e Catarina que de forma incondicional, compreenderam a ausência e motivaram-me constantemente a “focar-me” no desenvolvimento deste trabalho.

Não menos importante mas sem dúvida, o mais especial, a ti, Vasco. Obrigado pela compreensão da minha ausência, pelas vezes que troquei um aglomerado de livros e papéis pelas tuas brincadeiras. Pelos mimos, aqueles mimos só nossos... Eram precisamente esses mimos que me davam a força necessária para, por ti, por mim e por nós, continuar esta caminhada. Meu filho, esta foi por ti.

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Resumo

A manutenção do tecido empresarial constitui uma preocupação para qualquer ordenamento jurídico, mostrando-se crucial que estes, usando da experiência anterior, construam políticas baseadas na recuperação de empresas em situação económica passível de reestruturação.

A criação de incentivos para que a via extrajudicial seja a via preferencial para a recuperação de empresas, assume especial relevância para uma recuperação célere por via da celebração de acordos entre os agentes económicos e os seus devedores.

Sendo o acesso aos meios extrajudiciais de recuperação condicionados pela situação económica da empresa devedora, estabelecemos como primeiro objetivo a sua caracterização, nomeadamente aferir em que situação económica os devedores tem de se encontrar para se recuperarem de forma extrajudicial e qual o mecanismo pré-insolvencial que tem à disposição, ao qual dedicamos o primeiro capítulo.

Motivados pelas recentes alterações legislativas, no segundo capítulo analisamos o segundo objetivo, nomeadamente procedemos a uma análise crítica ao Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas enquanto mecanismo pré-insolvencial e totalmente extrajudicial que visa a obtenção voluntária de um acordo de reestruturação entre as partes intervenientes.

Por fim, traçamos como terceiro e último objetivo a análise ao Estatuto do mediador de recuperação de empresas, nomeadamente em que medida a sua intervenção pode ser benéfica para a obtenção de um acordo de reestruturação entre as partes, debruçando-nos sobre esta análise no terceiro capítulo.

Para cumprimento dos objetivos a que nos propusemos (analisar criticamente a Lei n.º 8/2018, de 2 de março e a Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro), tivemos presente as orientações internacionais, os princípios subjacentes à recuperação extrajudicial, os ensinamentos da doutrina a respeito e em algumas situações a jurisprudência.

Palavras-chave: *Recuperação de Empresas; Pré-Insolvencial; Acordo de reestruturação; Mediador de recuperação de empresas*

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Abstract

The maintenance of the business fabric is a concern for any legal system, and it is crucial that, using previous experience, policies are built based on the recovery of companies in a restructuring of the economic situation. Incentives for out-of-court ways to business recovery is particularly important for a faster recovery through agreements between companies and their debtors.

The access to out-of-court means of recovery is conditioned by the economic situation of the debtor company, so we set out as the first objective its characterization, namely access in which economic situation the debtors are to recover to extrajudicial ways and what pre-insolvency mechanism companies are able to access.

Motivated by the recent legal changes, we settle as second objective the critical analysis to the out-of-court regime for companies recovery as pre bankruptcy mechanism and totally out-of-court, which aims the voluntary settlement of restructuration between parties.

Finally, we draw as third and final objective the analysis to the Statute of the mediator recovery of companies, namely how its intervention can be beneficial to obtain a restructuring agreement between the parties.

In order to achieve our objectives (critically analyze Law n.º 8/2018, of March 2 and Law n.º 6/2018, of February 22), we took into account the international guidelines, the principles underlying extrajudicial recovery, the doctrine and, in some cases, case laws.

Keywords: Recovery; Pre-Insolvency; Restructuring agreement; Business Recovery Broker

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Lista de siglas

al.	Alínea
als.	Alíneas
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cfr.	Conforme
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
CN	Código do Notariado
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CPC	Código de Processo Civil
CRCom	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DGPJ	Direção-Geral da Política da Justiça
DL	Decreto-Lei
EMCE	Estrutura de Missão para Capitalização de Empresas
FGS	Fundo Garantia Salarial
GAS	Gabinete de Apoio ao Sobre-endividado
IAPMEI	Instituto de Apoios às Pequenas e Médias Empresas
LM	Lei de Mediação
LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MRAL	Meio(s) de Resolução Alternativa de Litígios
n.º	Número
nrs.	Números
p.	Página
pp.	Páginas
RGCO	Regime Geral das Contraordenações e Coimas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Índice

DEDICATÓRIA	III
AGRADECIMENTOS	V
RESUMO	VII
ABSTRACT	IX
LISTA DE SIGLAS	XI
ÍNDICE	XIII
INTRODUÇÃO	1
1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	1
1.1 A situação económica da empresa	5
1.1.1. Situação económica difícil	6
1.1.2 Insolvência meramente iminente	7
1.2 Mecanismos de recuperação pré-insolvenciais	8
2. REGIME EXTRAJUDICIAL DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	11
2.1 Âmbito de aplicação objetivo	12
2.2 Âmbito de aplicação subjetivo	13
2.2.1 O devedor	13
2.2.2 Os credores	15
2.2.3 Outros intervenientes	16
2.2.4 Intervenção do mediador de recuperação de empresas	18
2.3 Princípios do RERE	19
2.3.1 Princípio da voluntariedade	20

2.3.2 Princípio da confidencialidade	22
2.3.3 Princípio da boa-fé	24
2.4 Procedimento	25
2.4.1 Tramitação inicial	25
2.4.2 Protocolo de negociação	26
2.4.3 Registo do protocolo de negociação	27
2.4.4 Efeitos do Registo do protocolo de negociação	29
2.4.4.1 Sobre o devedor	29
2.4.4.2 Sobre os credores	30
2.4.4.3 Sobre as ações judiciais	31
2.4.4.4 Sobre os prestadores de serviços essenciais	33
2.4.5 Negociação do acordo de reestruturação	34
2.4.6 Participação nas negociações	34
2.4.7 Negociação de créditos tributários	35
2.4.8 Encerramento das negociações	36
2.5 Acordo de reestruturação	38
2.5.1 Forma do acordo	39
2.5.2 Conteúdo do acordo	39
2.5.3 Impacto do acordo na esfera jurídica de terceiros	41
2.5.4 Vícios do acordo	43
2.6 Efeitos do acordo de reestruturação	43
2.6.1 Sobre as garantias	44
2.6.2 Processuais	44
2.6.3 Societários	46
2.6.4 Fiscais	47
2.6.5 Resolução em benefício da massa insolvente	49
2.7 Articulação com o PER	49
2.8 Incumprimento	50
2.9 Executoriedade do acordo	52

3.	ESTATUTO DO MEDIADOR DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	54
3.1	Requisitos gerais de acesso à atividade	54
3.1.1	Formação base e experiência profissional	55
3.1.2	Formação específica	58
3.1.3	Idoneidade	59
3.2	Listas oficiais de mediadores de recuperação de empresas: integração e manutenção	60
3.2.1	Documentação exigida	61
3.2.2	Requerimento de integração	62
3.2.3	Renovação da inscrição	64
3.2.4	Reconhecimentos e Qualificações adquiridas fora do território nacional	65
3.3	Procedimento de nomeação	66
3.4	Impedimentos, incompatibilidades e suspensão da atividade	68
3.4.1	Impedimentos e incompatibilidades	68
3.4.2	Suspensão de funções	70
3.5	Deveres do mediador de recuperação de empresas	70
3.5.1	Independência e isenção	71
3.5.2	Igualdade e imparcialidade	71
3.5.3	Seguro de responsabilidade civil	72
3.5.4	Pagamento de taxas	72
3.6	Direitos do mediador de recuperação de empresas	73
3.6.1	Direito à remuneração	73
3.7	Regime Sancionatório	76
	CONCLUSÃO	79
	BIBLIOGRAFIA	86

Introdução

A oscilação dos mercados reflete-se inevitavelmente e, em especial, no tecido empresarial, podendo ser favorável ou desfavorável a este, potenciando ou condicionando a sua condição económico-financeira particular.

Não obstante, o tecido empresarial tem de ser visto como um todo e não isoladamente, sendo da responsabilidade coletiva a preservação e potenciação do mesmo.

Para tal, mostra-se crucial que, na globalidade, e no nosso ordenamento jurídico em especial, o legislador adote mecanismos eficazes e capazes de potenciar o desenvolvimento empresarial, nomeadamente dando primazia à recuperação dos devedores de modo a que estes se mantenham em atividade e consigam cumprir atempadamente os seus compromissos.

Ao longo dos tempos verificamos que as alterações legislativas em matéria de recuperação de empresas, seja pela via judicial ou extrajudicial, são evidentes. Tal revela que o legislador se mantém atento na procura de alternativas e soluções para fazer face às realidades económicas, que, com relativa frequência, oscilam.

A pendência processual e a morosidade na recuperação dos créditos pela via judicial mostrou-se, em determinada altura, um problema no nosso ordenamento jurídico, problema esse que tinha forte impacto na análise à atratividade do nosso país para potenciais investidores. Afinal, um país que detenha mecanismos eficazes na recuperação de créditos torna-se mais atrativo para investidores.

Portugal, na sequência da intervenção europeia de resgate e de potenciação à economia¹, adotou medidas ao nível da recuperação de empresas, nomeadamente dando primazia à recuperação extrajudicial e revitalização judicial do devedor, através da obtenção de acordos com os seus credores.

Deste modo, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011 estabeleceu um conjunto de princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores, entrando nessa sequência em vigor o DL n.º 178/2012, de 3 de agosto que cria o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) e através da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, é conferida uma

¹ Concretizada no Memorando de Entendimento, celebrado em 17 de maio de 2011, entre o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e a República Portuguesa, disponível em www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf (última consulta em 30 de março de 2018).

nova redação ao Código de Insolvência e Recuperação de Empresas que passa a integrar nos artigos 17º-A a 17º-I o Processo Especial de Revitalização (PER).

No entanto, o SIREVE apesar de ter a intervenção do IAPMEI enquanto entidade pública reguladora, teve pouca adesão por parte dos devedores em contraposição ao regime judicial, não se mostrando assim um sistema eficaz.

Não obstante, era objetivo da União Europeia² a existência de mecanismos nos Estados-Membros eficazes, voluntários e capazes de potenciar as negociações entre o devedor e os seus credores, com o eventual apoio de um terceiro, que enquanto profissional, desempenharia as suas funções numa perspetiva de auxílio e acompanhamento às partes, sem qualquer poder decisório ou adjudicatório.

Nesta sequência, o legislador nacional repensou os mecanismos extrajudiciais que detinha, revogou o SIREVE e criou o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (consagrado na Lei n.º 8/2018, de 2 de março). Simultaneamente consagrou na Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, o estatuto do mediador de recuperação de empresas.

Este regime, visa a reversibilidade da situação económica do devedor, recuperando-o e revertendo a sua situação económico-financeira, para um patamar de estabilidade, por via do acordo de reestruturação que eventualmente celebre com os seus credores.

A figura do mediador de recuperação de empresas surge para que as partes, no âmbito e na medida da sua intervenção no Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, caso assim o entendam, possam solicitar junto de uma entidade pública, a sua intervenção, obtendo desta forma o acompanhamento de um profissional especializado para o efeito.

O tema pela sua atualidade e relevância jurídica mereceu o nosso interesse e a nossa análise. Numa primeira parte da presente dissertação, tendo como ponto de partida a entrada em vigor do DL n.º 53/2004, de 18 de março que publica o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), será efetuada uma abordagem à evolução legislativa em matéria de recuperação, caracterizando a situação económica do devedor para que este possa usar de um mecanismo pré-insolvencial de recuperação.

² Consagrado com a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, de 2016, e doravante designada apenas por Diretiva, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52016SC0358> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

No segundo capítulo, analisaremos criticamente o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (doravante RERE), delimitando o seu âmbito de aplicação objetivo, subjetivo e tecendo uma análise à natureza do regime e quais são os seus princípios norteadores.

Analisaremos ainda no segundo capítulo a tramitação do RERE desde que se inicia até ao encerramento, englobando os efeitos que a obtenção do protocolo de negociação e o acordo de reestruturação produzem, bem como o incumprimento do mesmo.

O terceiro capítulo é dedicado ao mediador de recuperação de empresas enquanto profissional interveniente na mediação que visa obtenção do acordo de reestruturação. Cumpre assim efetuar uma análise crítica aos requisitos gerais e específicos de acesso à atividade, percebendo nesta sede que conjunto de condições tem de reunir um candidato a exercer funções de mediador de recuperação de empresas bem como o procedimento de candidatura a realizar por este junto do IAPMEI.

Importa ainda no terceiro capítulo, analisarmos criticamente de que forma o mediador de recuperação de empresas é integrado nas listas de mediadores de recuperação de empresas, qual a entidade responsável pela sua nomeação, respetivo procedimento bem como quais são os deveres e os direitos do mediador de recuperação de empresas inerentes ao desempenho das suas funções.

Na prossecução da presente dissertação, recorreremos à doutrina, alguma jurisprudência e teremos em conta essencialmente a Lei n.º 8/2018, de 2 de março (RERE) e a Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro (Estatuto do mediador de recuperação de empresas).

Não obstante, regemo-nos ainda pela Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, bem como pelos princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011.

Tendo em conta que o RERE se traduz na aplicação da mediação para a tentativa de obtenção de um acordo de reestruturação entre devedor e credores, analisar-se-á a mediação de recuperação de empresas enquanto meio de resolução alternativa de litígios em comparação e convocar-se-á sempre que assim se considere pertinente a lei de mediação (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril).

Por fim, iremos tecer as conclusões finais subordinadas ao tema, nomeadamente entender em que medida o RERE, enquanto mecanismo extrajudicial de recuperação de empresas, contribuirá para uma recuperação do tecido empresarial e qual o impacto que a intervenção do mediador de recuperação de empresas pode ter neste regime.

1. Evolução Legislativa na Recuperação de Empresas

Ao longo dos tempos e em face das necessidades à época, a perspetiva com que o legislador encarava a recuperação de empresas não se manteve imutável, alternando entre sistemas que privilegiavam a recuperação (falência-saneamento) e sistemas que privilegiavam a liquidação (falência-liquidação).

A entrada em vigor do DL n.º 53/2004, de 18 de março que publica o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), mudou o paradigma até então vigente abandonando um sistema de falência-saneamento³ até então em vigor, substituindo-o pelo sistema de falência-liquidação.

Segundo José Machado (2017, p. 53) à semelhança do *Insolvenzordnung* a satisfação do interesse dos credores passa a ser o único fim do CIRE, não excluindo, porém, a possibilidade de recuperação da empresa, alcançada, segundo Silvana Nascimento (2015, pp. 9-14) através de um plano de insolvência⁴.

No ano 2007, origina-se nos Estados Unidos uma nova crise económica, com repercussões à escala mundial que afetou⁵, o nosso país. José Machado (2017, p. 116) destaca que as instituições internacionais⁶, aproveitando a experiência dos países que passaram por

³ Refletido no DL n.º 132/93, de 23 de abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e da Falência (CPEREF) e no DL n.º 316/98, de 20 de outubro, que consagrava o Procedimento Especial de Recuperação (PEC).

⁴ De referir que o plano de insolvência era a única forma de recuperação judicial existente em Portugal na época.

⁵ Encerramento de empresas, quebra de produção das existentes, aumento do desemprego, diminuição do poder de compra das famílias, entre outras.

⁶ Foram várias as entidades internacionais que promoveram políticas de recuperação empresarial: o EBRD – *European Bank for Reconstruction and Development* no desenvolvimento de princípios; o Guia Legislativo da *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* sobre o regime da insolvência, cuja finalidade é informar e contribuir para a reforma dos regimes de insolvência em todo o mundo, devendo os mesmos promover uma resolução rápida e eficiente das dificuldades financeiras do devedor, bem como os interesses das partes afetadas; o FMI – Fundo Monetário Internacional, no seu documento *Orderly and effective Insolvency Procedures: Key Issues*, disponível em <https://www.imf.org/en/Publications/Books/Issues/2016/12/30/Orderly-and-Effective-Insolvency-Procedures-3147> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018); o Banco Mundial também elaborou documento com um conjunto de princípios, extraídos a partir das melhores práticas internacionais em matéria de recuperação de empresas em situação económica difícil, disponível em <http://www.worldbank.org/> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018). No entanto, pese embora seja várias as organizações que se mostrassem preocupadas e elaborassem documentos orientadores, destaca José Machado (2017, pp. 115-123) que o principal é o *Statement of Principles for a Global Approach* promovida pela INSOL, com o apoio do Banco Mundial, do Banco de Inglaterra e da Associação Inglesa de Banqueiros, publicada em 2000, que determina que, “estando o devedor em dificuldades financeiras, todos os credores relevantes devem estar preparados para cooperar com ele e para lhe conceder um período de tempo, ainda que limitado, durante o qual devem as partes: partilhar informações relevantes e guardando sigilo sobre as confidenciais; apresentar

situações de crise económica e financeira, privilegiaram a desjudicialização e contribuíram para a promoção dos mecanismos de negociação em empresas em situação económica difícil, preferindo mecanismos céleres, ágeis, de baixo custo e com o objetivo de promover a recuperação rápida.

A crise socioeconómica, que Portugal atravessou, conduziu a que o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, em 17 de maio de 2011, celebrassem com a República Portuguesa o Memorando de Entendimento⁷, que, em matéria de recuperação de empresas, visava a existência de mecanismos de recuperação extrajudiciais eficazes.

Nesse seguimento e com forte inspiração no *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de setembro, estabeleceu um conjunto de princípios⁸ que visavam a orientação da conduta a adotar pelos intervenientes em sede de recuperação extrajudicial de empresas⁹.

É porém com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2012 de 3 de fevereiro, que foi criado o Programa Revitalizar que envolvia vários Ministérios¹⁰ na busca de uma estratégia que permitisse com sucesso a revitalização do tecido empresarial Português, criando-lhes incentivos e condições para optarem pela via extrajudicial como caminho para anteciparem problemas económicos a curto prazo que a maioria das vezes se mostravam irreversíveis.

propostas adequadas; abstenção dos credores em intentar ações executivas; cooperar os credores entre si e com o devedor; atuação coordenada e o devedor não praticar atos prejudiciais ao ressarcimento dos seus credores.

⁷ Disponível em https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

⁸ De referir que o legislador, no art. 17º-D n.º 14 do PER, faz uma remissão legal para a Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de setembro.

⁹ Seguindo a interpretação de Ana Ramos (2014, p. 25), nos princípios subjacentes à Resolução do Conselho de Ministros, destaca-se o facto do procedimento extrajudicial corresponder a um compromisso assumido entre o devedor e os credores envolvidos e não a um direito, mantendo o devedor a viabilidade económica; as partes estarem de boa fé e cooperarem entre si; concessão ao devedor de um período moratório, abstendo-se os credores de na sua vigência de agir judicialmente contra o devedor; comprometimento do devedor em não praticar atos prejudiciais aos credores; e as propostas de recuperação devem basear-se num plano de negócios viável.

Nuno Oliveira (s.d, p. 685), questiona a Resolução do Conselho de Ministros, nomeadamente se subjacente à teologia dos princípios existe por parte dos credores um dever de re(negociar). Defende o autor que “o dever de estabelecer negociações é consensual no direito alemão, no direito francês, italiano e espanhol e tende a sê-lo no direito português”. Alerta ainda o autor que no sistema jurídico-constitucional português, as resoluções do Conselho de ministros não são atos normativos (art. 112.º CRP)” refletindo apenas os princípios já consagrados, nomeadamente quanto à boa-fé (regulado no art. 762º, n.º 2, do CC). Não obstante, considera o autor que a negociação que vem estabelecida nos princípios orientadores, deve ser feita entre credores e devedores “que se encontrem em situação económica difícil” ou situação de insolvência meramente iminente.

¹⁰ Ministério da Economia e do Emprego, o Ministério das Finanças, o Ministério da Justiça e o Ministério da Solidariedade e da Segurança Social.

O Programa Revitalizar teve vários objetivos¹¹, destacando-se como primordial no que ao nosso objeto de estudo concerne, “a execução de mecanismos eficazes de revitalização de empresas viáveis nos domínios da insolvência e da recuperação de empresas”.

Como efeito do Programa Revitalizar e num regresso ao sistema falimentar liquidação-saneamento, surge o DL n.º 178/2012, de 3 de agosto, que cria o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) e através da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, é conferida uma nova redação ao Código de Insolvência e Recuperação de Empresas que passa a integrar nos artigos 17º-A a 17º-I o Processo Especial de Revitalização (PER).

Por outro lado, a nível europeu, em 2016 o Parlamento Europeu e o Conselho efetuaram um Proposta de Diretiva relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação que teve como objetivo primordial a redução dos obstáculos mais importantes à livre circulação de capitais resultantes das diferenças dos quadros jurídicos em matéria de insolvência e de reestruturação em vigor nos Estados-Membros.

A Diretiva¹² tinha assim o objetivo que todos os Estados-Membros aplicassem princípios essenciais em quadros jurídicos eficazes em matéria de reestruturação preventiva, destinando-se especificamente esses quadros a “ajudar a aumentar o investimento e as oportunidades de emprego no mercado único, a reduzir as liquidações desnecessárias de empresas viáveis, a evitar perdas de postos de trabalho desnecessárias, a impedir a criação de crédito malparado, a facilitar as reestruturações transfronteiriças, a reduzir os custos e a dar aos empresários honestos mais oportunidades para um novo começo”.

¹¹ Constituíram objetivos do Programa Revitalizar: a) A execução de mecanismos eficazes de revitalização de empresas viáveis nos domínios da insolvência e da recuperação de empresas; b) O desenvolvimento de mecanismos céleres e eficazes na articulação das empresas com o Estado, em particular com a Segurança Social e a Administração Tributária, tendo em vista o desenho de soluções que promovam a viabilização daquelas; c) O reforço dos instrumentos financeiros disponíveis para a capitalização e reestruturação financeira de empresas, com particular enfoque no capital de risco e em outros instrumentos que em simultâneo concorram para o desenvolvimento regional; d) A facilitação de processos de transação de empresas ou de ativos empresariais tangíveis ou intangíveis; e) A agilização da articulação entre as empresas e os instrumentos financeiros do Estado e os do sistema financeiro, com vista a acelerar processos decisórios e a assegurar o êxito das operações de revitalização empresarial.

¹² Diretiva do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

A respeito é de referir que a Diretiva¹³, no seu art. 4º, n.º 1, consagra que *os Estados-Membros devem assegurar que caso exista uma probabilidade de insolvência, os devedores com dificuldades devem ter acesso a um quadro de reestruturação preventiva eficaz que lhes permita reestruturar as suas dívidas ou empresa, restabelecer a sua viabilidade e evitar a insolvência.*

O Plano Nacional de Reformas¹⁴, doravante PNR, estabelecido pelo XXI Governo Constitucional, detinha áreas específicas de atuação¹⁵ que visavam essencialmente “ultrapassar os bloqueios da economia e simultaneamente responder aos desafios Europeus”.

É no âmbito da medida “Capitalização das Empresas” do PNR que nasce a Estrutura de Missão para Capitalização das Empresas (EMCE) que analisou a economia e a realidade empresarial, apresentando ao Governo um conjunto de medidas inseridas em cinco campos estratégicos de atuação¹⁶, tendo o Governo na Resolução do Conselho de Ministros n.º42/2016, de 18 de agosto, aprovado o Programa Capitalizar¹⁷ que veio consubstanciar esse conjunto de medidas que a EMCE apresentou, importando para o nosso objeto de estudo a Reestruturação Empresarial, os seus motivos e princípios orientadores uma vez que é neste âmbito que surge e é criado o nosso objeto de estudo.

O Programa Capitalizar trouxe assim alterações legislativas ao nosso ordenamento jurídico, nomeadamente o DL n.º 79/2017, de 30 de junho, que alterou o regime do PER e consagrou nos seus arts. 222º-A a 222º J do CIRE o Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP). Por outro lado, a nível de mecanismos extrajudiciais, motivado pelo fracasso do SIREVE¹⁸, surge através da Lei n.º 8/2018, de 2 de março, o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (doravante RERE) que lado a lado com a figura do mediador de recuperação de empresas, cujo Estatuto está consagrado na Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro,

¹³ Diretiva do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

¹⁴ Programa do XXI Governo Constitucional 2015-2019, in <http://www.portugal.gov.pt/pt-o-governo/programa21/20151127-programa.aspx> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

¹⁵ “Qualificação dos Portugueses; Inovação na Economia; Valorização do Território; Modernização do Estado; Capitalização das Empresas; Reforço da Coesão e da Igualdade Social”.

¹⁶ Os cinco campos estratégicos de atuação consistem: “Simplificação Administrativa e Enquadramento Sistemático; Fiscalidade; Reestruturação Empresarial; Alavancagem de Financiamento e Investimento; Dinamização do Mercado de Capitais”.

¹⁷ Fonte: <http://capitalizar.pt/> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

¹⁸ O SIREVE, apesar de ser um mecanismo extrajudicial, foi “*marginalmente utilizado pelas empresas em dificuldades*” não tendo o impacto desejado aquando a sua consagração. Alcança-se da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 84/XIII, que entre o ano 2012 e o ano 2016 foram aprovados com sucesso cerca de 220 acordos no âmbito do SIREVE.

vem agilizar as negociações voluntárias entre credores e devedor com vista à recuperação extrajudicial da empresa.

Passam assim a existir no nosso ordenamento jurídico¹⁹, quatro formas de recuperação: pela via unicamente judicial e inserido no processo de insolvência, o plano de recuperação; pela via extrajudicial o RERE; e num sistema híbrido, com componentes judiciais e extrajudiciais, o PER e o PEAP.

Deste modo, para que um devedor se possa recuperar de forma extrajudicial através do RERE ou por via do PER/PEAP (enquanto sistemas híbridos de recuperação²⁰), têm de estar verificados um conjunto de condições, sendo crucial e comum a estes mecanismos pré-insolvenciais o estado financeiro da empresa.

1.1 A situação económica da empresa

Como supra referido, importa verificar a situação económica da empresa de forma a que o devedor possa optar pelo melhor mecanismo de recuperação, uma vez que é mediante a análise daquela que se afere a potencial via da recuperação da empresa.

Cumpra assim efetuar uma alusão aos conceitos legais que permitem ao devedor desencadear os mecanismos referidos, como sejam a situação económica difícil e a insolvência iminente, fazendo um enquadramento e distinção entre ambos.

¹⁹ Na Bélgica a lei *relative à la continue des entreprises*, consagra mecanismos informais e extrajudiciais destinados à reorganização de empresas em dificuldade, tendo sido revista em 2013 através da *Loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises*, consagrando-se a investigação comercial e o acordo amigável efetuado com um mínimo de dois credores. Este acordo amigável, pode ter duas modalidades, isto é, uma inserida num modelo jurisdicional e outra, extrajudicial. Pode ainda a empresa em dificuldades solicitar a ajuda de um mediador (*médiateur*), com o propósito de ajudar a encontrar um acordo com os credores, sendo a Comissão Federal que regulamenta a atividade profissional dos mediadores (fonte: <http://www.parlamento.pt> com última consulta em 30 de março de 2018).

Ensina José Machado (2017, pp. 103-111) que em Espanha, a legislação de recuperação de empresas não é recente, prevendo a Ley 22/2003 de 9 de julio, *Concursal* um conjunto de cinco mecanismos de renegociação, a saber: a *Propuesta de Convenio Comum*, ou *Antecipada*, os *Acordos de Refinanciación Generales*, ou *Particulares* e o *Acuerdo Extrajudicial de Pagos*, sendo este último, aprovado pela Ley 14/2013, de 27 de septiembre um mecanismo que permite a negociação de um *Plan de Pagos* com os credores, intervindo um mediador que comprova a quantidade e qualidade dos documentos anexos ao *Plan de Pagos*, que após aprovado, é sujeito a escritura pública e publicado no *Boletín Oficial del Estado* e no *Registro Público Concursal*.

²⁰ Na senda de Maria Epifânio (2015, p. 14), o PER é um processo híbrido uma vez que é composto por uma forte componente extrajudicial, temperada com a intervenção do juiz em momentos chave”. A intervenção do juiz é para a autora motivo bastante para lhe ser conferida a componente judicial e por esse motivo considerar que o PER é um processo híbrido.

1.1.1. Situação económica difícil

Fruto das alterações introduzidas ao CIRE pela Lei 16/2012, de 20 de abril, nomeadamente com a consagração e sistematização do PER, o legislador elucida nos arts. 17º-B e 222º-B do CIRE a noção de “situação económica difícil”, referindo que se encontra nessa situação o “*devedor que enfrenta dificuldades sérias para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito*” (Cfr. art.º 3º, n.º 1, al. b) e n.º 3 do RERE).

Este conceito foi evoluindo e adaptando-se às necessidades, não permanecendo imutável no tempo. Surge no Decreto-Lei n.º 864/76, de 23 de Dezembro²¹, diploma este revogado pelo Decreto-Lei n.º 353-H/77, de 29 de Agosto, que afastou as dúvidas de interpretação do diploma revogado e esclarece no seu art. 1º que “*podem ser declaradas em situação económica difícil empresas públicas ou privadas cuja exploração se apresente fortemente deficitária, prevendo-se que a sua recuperação seja problemática ou demorada*”. Salazar Casanova e Dinis (2014, p. 22) consideram por isso que a “*situação económica difícil era vista na ótica da exploração da atividade económica, e não da capacidade financeira ou liquidez*”.

Ainda na senda dos autores, existe uma previsão de que o devedor “*num futuro próximo fique impossibilitado de cumprir as suas obrigações*”, considerando ainda que esta situação é a situação prévia à situação de insolvência atual ou iminente uma vez que os devedores por falta de liquidez ou por o crédito lhes ser inacessível, cumprem com sérias dificuldades as obrigações existentes.

Salazar Casanova e Dinis (2014, p. 24), definem situação económica difícil como “*a situação anterior à da insolvência iminente na qual o devedor, tendo embora um ativo suficiente para fazer face às suas obrigações, não as pode cumprir sem para isso praticar atos que ponham em causa a sua viabilidade económica*”.

Concordamos com os autores no sentido de consideramos que esta situação poderá ser o caminho prévio até à situação de insolvência mas não necessariamente, isto é, pensamos ser uma situação reversível uma vez que não é uma situação estática, ou seja, o devedor poderá,

²¹ Como se alcança do ponto 1 do preâmbulo, “*o Governo e a população em geral têm conhecimento de todo um conjunto de situações a necessitarem de urgente correção de acordo com os limites do actual contexto sócio-económico-laboral português, de empresas que, sem contrapartida relevante de produção de riqueza, em bens ou serviços, ou com contrapartida que fica muito aquém daquilo que consome o seu funcionamento, vivem artificialmente à custa do orçamento do Estado, ao abrigo de intervenção ou de recebimento sistemático do que só formalmente se pode chamar «avales» do Estado, já que o respectivo reembolso se mostra ou impossível ou de difícil exequibilidade*”.

por exemplo, obter liquidez atempadamente às suas obrigações, alienar ou rentabilizar ativos, entre outros.

Por exemplo, uma empresa que cumpre pontualmente as suas obrigações se em determinada altura tiver dificuldade em receber dos seus clientes, tal refletir-se-á na sua liquidez e consequentemente poderá ter influência ao nível do cumprimento das obrigações para com os seus credores.

Esta diminuição da liquidez poderá ser suficiente para que a empresa deixe de ser economicamente saudável e passe a encontrar-se numa situação económica difícil, mas de possível reversão.

1.1.2 Insolvência meramente iminente

Na senda de José Machado (2017, p. 128), a situação de insolvência iminente teve “a sua origem no conceito *“Drohende Zahlungsunfähigkeit”*, introduzido no direito alemão da insolvência em 1994 com o objetivo de antecipar a faculdade de a empresa devedora solicitar a declaração de insolvência”.

O legislador equipara a situação de insolvência atual à que seja meramente iminente no caso de apresentação pelo devedor à insolvência (art. 3º, n.º 4, do CIRE). Concordamos com Alexandre Martins (2015, p. 29) quando o autor lamenta que *“a lei portuguesa não contém um esclarecimento como aquele que resulta do modelo alemão e espanhol”*, considerando ainda que *“se já estamos a falar de insolvência iminente é porque nos encontramos já perante uma ameaça”*, não sendo bastante que exista receio ou pavor de incumprir a curto prazo com as obrigações, sendo necessário que em causa esteja uma probabilidade objetiva, conseguida através de juízos de prognose.

Na senda de Luís Fernandes e João Labareda (2009, p. 73), a iminência da insolvência *“caracteriza-se pela ocorrência de circunstâncias que, não tendo ainda conduzido ao incumprimento em condições de poder considerar-se a situação de insolvência atual, com toda a probabilidade a vão determinar a curto prazo, exatamente pela insuficiência do ativo líquido e disponível para satisfazer o passivo exigível”*.

O legislador, ao equiparar a insolvência iminente à atual no caso de apresentação do devedor à insolvência, pretende que um homem médio consiga ter o discernimento suficiente para perceber e projetar a situação financeira da empresa a curto prazo²², sendo que, caso exista

²² Para aferir do curto prazo é difícil projetar no tempo, um tempo ajustado aquilo que o legislador considera curto prazo para efeitos de projeção da situação económica. Entendemos que o curto prazo será eventualmente nos meses subsequentes, sem ultrapassar os limites do art. 20º, n.º 1, al. g).

uma forte possibilidade de a curto prazo se encontrar em situação de insolvência, o próprio devedor se apresente à insolvência através da insolvência iminente.

Luís Martins (2014, p. 69) adverte, e na nossa opinião bem, que não existe dever de apresentação à insolvência nos casos da insolvência ser meramente iminente. Refere ainda que da mesma forma que poderá a situação de insolvência iminente ser conduzida à situação de insolvência porque já se encontram esgotadas as possibilidades do devedor cumprir com as suas obrigações, poderá também a situação por qualquer motivo, reverter-se.

Quer a situação económica difícil, quer a insolvência iminente, caracterizam estados económico-financeiros de um devedor com potencial de recuperação, podendo este para tal recorrer aos sistemas que o ordenamento jurídico coloca à sua disposição: PER, PEAP e RERE, sistemas estes que designamos de mecanismos pré-insolvenciais que seguidamente, analisamos.

1.2 Mecanismos de recuperação pré-insolvenciais

O objetivo comum de todos os mecanismos de recuperação pré-insolvencial é a recuperação do devedor como forma de obstar à liquidação do seu património para ressarcimento dos credores, dando o devedor continuidade à sua atividade.

Encontrando-se o devedor numa situação económica difícil ou de insolvência iminente, este, consoante a sua realidade deverá decidir/deliberar da forma tida como ideal tendente à sua recuperação, atendendo a alguns critérios, sendo numa fase inicial relevante a decisão de usar da via judicial (ainda que via processo híbrido) ou extrajudicial e dentro de cada uma das vias, é relevante a apreciação da qualidade do devedor.

Querendo ser parte de um processo de recuperação, a primeira tomada de decisão do devedor deve ser a escolha pela via judicial ou extrajudicial.

Ainda que de forma híbrida, o PER e o PEAP, não deixam de ser processos judiciais com intervenção do juiz em várias fases, destacando-se a nomeação de administrador provisório (arts. 17º-C, n.º 4 e 222º-C, n.º 4, do CIRE) e a homologação do acordo de revitalização quer as negociações entre o devedor e os credores decorram num ambiente judicial (arts. 17º-F nrs. 4 e 7, 222º-F, nrs. 1 e 5, do CIRE) ou extrajudicial (arts. 17º-I e 222º-I do CIRE).

O RERE é um mecanismo totalmente extrajudicial que permite a recuperação do devedor por via de um acordo de recuperação que estabelece com os seus credores, e ainda que

detenha a possibilidade de participação do IAPMEI, I.P.²³., este não tem qualquer poder de decisão quanto aos termos do acordo, tendo a responsabilidade inicial de, quando assim for solicitado pelas partes, de nomear um mediador de recuperação de empresas, em consonância com os seus Estatutos (art. 14º, n.º 1 do RERE).

Tomando o devedor a decisão da via pelo qual pretende inverter a sua situação económica difícil ou de insolvência iminente, cabe ao devedor a opção pelo mecanismo que se pode integrar atendendo à sua qualidade.

Assim, as empresas, como mecanismo de recuperação tem à sua disposição o PER (art. 17º-A, n.º 1 do CIRE²⁴) e o RERE (art. 3º, n.º 1 al. a) do RERE), ficando o PEAP reservado às

²³ Conforme art. 1º do Decreto-Lei n.º 266/2012, de 28 de dezembro, é um “*Instituto público de regime especial, nos termos da lei, integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio*”.

²⁴ O Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, que introduziu alterações no CIRE, esclareceu o âmbito subjetivo do PER. Antes da alteração legislativa, a doutrina dividia-se a respeito dos sujeitos passivos, considerando José Machado (2017, p. 135) que “tem legitimidade para recorrer a este processo tanto as empresas como as pessoas singulares”, Nuno Casanova e David Dinis (2014, p. 13), mantem a mesma posição considerando que “as pessoas singulares e as demais pessoas coletivas e os patrimónios autónomos previstos no art. 2º, n.º 1 do CIRE podem ser objeto de um PER”, bem como Maria Epifânio (2015, p. 15) considera que o PER é “aplicado, na sua plenitude, o disposto no art. 2º, n.º 1 do CIRE”, e em sentido oposto, Carvalho Fernandes e João Labareda (2013: 143), defendiam que o PER só se aplica aos devedores empresários, pois só a eles faz sentido o requisito da recuperabilidade. A discussão doutrinária refletia-se na jurisprudência que não era unânime quanto aos sujeitos do PER, nomeadamente quanto às pessoas singulares, existindo Jurisprudência que inclui as pessoas singulares como devedoras e outra Jurisprudência (dominante) que as exclui.

“*O regime do PER aplica-se a qualquer devedor seja ele, pessoa singular, pessoa coletiva, património autónomo, titular de empresa ou não, dado o silêncio da lei quanto a qualquer dos requisitos - cfr. artºs 1º, n.º 2, 2º, n.º 1 e artº 17º-A, n.º 1, do CIRE*” (Ac. TRE proferido em 07/09/2015 no processo 1518/14.3T8STR.E1.- <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9efb194188a9732780257e830052d37f?OpenDocument> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018), mantendo a mesma posição em 21/01/2016 no processo 1279/15.9T8STR.E1 <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/3e8932da6bf3b87480257f4f00522630?OpenDocument> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

“*O Processo Especial de Revitalização (PER) é aplicável às pessoas singulares (não comerciantes).*” (Ac. TRC proferido em 04/07/2016 no processo 3876/15.3T8ACB.C1. <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/2e62311341a5b31f80257f9b003dd2bf?OpenDocument> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

“*O regime jurídico do PER não é aplicável às pessoas singulares, que não exerçam a sua atividade profissional como agentes económicos. A estas é apenas possível o recurso ao processo de insolvência e neste podem socorrer-se do plano de pagamentos aludido nos artigos 249º a 251º do CIRE, expediente este, mais célere e expedito, destinado a ser utilizado, precisamente, por pessoas singulares não empresárias e titulares de pequenas empresas.*” (Ac. STJ proferido em 21/06/2016 no processo 3377/15.0T8STR.E1.S1). <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/AE10CDAC4397A70180257FDB003D55F2> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

“*As normas que regem o PER devem ser interpretadas restritivamente, no sentido de que esse processo especial não é aplicável às pessoas singulares que não sejam comerciantes, empresários ou que não desenvolvam uma atividade económica por conta própria.*” (Ac. STJ proferido em 12/10/2015 no processo 1430/15.9T8STR.E1.S1). <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/506140dbf2f60a0180257f1c0034bd17?OpenDocument> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

Atualmente, por força da já referida alteração legislativa, dúvidas inexistem quanto à aplicabilidade do mesmo, sendo nos termos do art. 1º do CIRE exclusivo a empresas.

entidades que não sejam empresas²⁵ (art. 222º-A, n.º 1 do CIRE). Importa no entanto referir que o RERE não se mostra um mecanismo exclusivo a empresas, tal como o PER, mas é vedado o acesso a pessoas singulares²⁶.

Não obstante outras abordagens comparativas entre os mecanismos pré-insolvenciais, na nossa opinião, os pontos fulcrais que um devedor deve atender aquando a tomada de decisão ao mecanismo ideal para inverter uma sua situação de insolvência meramente iminente ou económica difícil para uma situação economicamente viável, centram-se na acessibilidade, informalidade, baixo custo, celeridade e necessidade de maior ou menor apoio ao devedor²⁷. Tomando como ponto de partida a entrada em vigor do CIRE e efetuada a evolução legislativa desde então, e apreciando a situação económica do devedor de modo a que este possa lançar mão de um mecanismo pré-insolvencial, cumpre procedermos à análise do RERE enquanto mecanismo pré-insolvencial de recuperação, ao qual ser-lhe-á dedicado o próximo capítulo.

²⁵ Conforme consta do art. 5º do CIRE, para efeitos do CIRE, “*considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica*”.

²⁶ Para mais desenvolvimentos, veja-se o ponto 2.1.1.

²⁷ Na senda de Catarina Frade (2013, p. 10) o funcionamento de sistemas de mediação extrajudicial de dívidas tem servido com vantagem para a resolução de uma parte significativa dos casos de sobreendividamento.

2. Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

No âmbito do PNR e da Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto, o Governo aprovou o Programa Capitalizar que, entre várias medidas, levou à apresentação à Assembleia da República da Proposta de Lei n.º 84/XIII, que criava o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE).

Como se alcança pela leitura da exposição de motivos da Proposta de Lei 84/XIII, este regime permite que *“um devedor que se encontre em situação económica difícil ou de insolvência iminente possa encetar negociações com todos ou alguns dos seus credores com vista a alcançar um acordo – voluntário, de conteúdo livre e, por regra, confidencial – tendente à sua recuperação”*.

Após discussão parlamentar²⁸ o Decreto da Assembleia da República n.º 185/XIII foi publicado²⁹ e promulgado, consagrando-se o RERE na Lei n.º 8/2018, de 2 de março.

Neste capítulo analisaremos o enquadramento jurídico do RERE³⁰ enquanto mecanismo pré-insolvencial, bem como os efeitos que produz na esfera jurídica da empresa que a ele se submeteu e dos seus credores, sendo crucial, numa primeira fase, entendermos o seu âmbito de aplicação objetivo e subjetivo.

²⁸<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41397> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

²⁹<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/03/062S1/2018-01-30/12?pgs=12-24&org=PLC> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

³⁰ Ensinam Montalvão Machado e Paulo Pimenta (2010, p. 11), que o processo civil é *“o conjunto das regras e dos comandos normativos que acompanham a vida de uma ação e tribunal, desde que ela é instaurada até ser proferida a decisão que lhe ponha termo”*. Daqui, verificamos que o RERE não é um processo e *a contrario*, extraímos duas ideias chave: não corre termos em tribunal; não existe uma decisão que lhe ponha termo.

Poderá, eventualmente, ser criada alguma analogia aos termos do processo, mais especificamente ao processo de insolvência uma vez que, à sua semelhança, o RERE regula a forma de tramitação até à obtenção do acordo de reestruturação, sendo, no entanto, um regime autocompositivo que atribui às partes intervenientes o poder de decisão. Não obstante, o RERE, enquanto regime, obedece a um conjunto de requisitos necessários para que, por esta via, as partes possam obter um acordo de reestruturação.

2.1 Âmbito de aplicação objetivo

Plasmado no art. 2º do RERE, encontra-se o âmbito objetivo de aplicação do RERE, isto é, regulam-se quer os termos, quer os efeitos do acordo de reestruturação obtido entre o devedor e um ou mais dos seus credores, visando a sua recuperação. É ainda assinalado que será necessária a manifestação expressa e unânime da vontade das partes participantes nas negociações e no acordo de reestruturação.

Entende o n.º 2 do mesmo artigo que reestruturar a empresa através de acordo passa por poder alterar a *composição das condições ou da estrutura do ativo ou do passivo do devedor ou de qualquer outra parte da estrutura de capital do devedor, incluindo o capital social, ou uma combinação destes elementos, incluindo a venda de ativos ou de partes de atividade, com o objetivo de permitir que a empresa sobreviva na totalidade ou em parte.*

De modo geral, reestruturar significa efetuar mudanças que se preveem ser mais vantajosas para o alvo da reestruturação, no sentido de lhe permitir concretizar determinadas situações/eventos/compromissos que sem a reestruturação não seriam possíveis.

Objetivamente o RERE traduz-se num mecanismo extrajudicial em que o devedor conjuntamente com um ou mais dos seus credores, de forma expressa e esclarecida de ambos, acordam iniciar este procedimento e efetuar as negociações necessárias com vista à obtenção de um acordo de reestruturação, recuperando assim o devedor.

Para obtenção do acordo de reestruturação podem as partes recorrer à mediação de recuperação de empresas, requerendo para tal ao IAPMEI³¹ a intervenção de um mediador de recuperação de empresas, que intervirá nos termos do estatuto do mediador de recuperação de empresas, aprovado pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro (art. 14º, n.º 1 do RERE e art. 14º, n.º 2 da Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro).

Sendo solicitada a intervenção do mediador de recuperação de empresas para assistir a empresa devedora (art. 2º da Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro), decorrerá a mediação e a intervenção do mediador de recuperação de empresas no âmbito de um sistema que, pese

³¹ Ao abrigo do art. 30º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, *os sistemas de mediação visam fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas*, cabendo no caso da mediação de recuperação de empresas, ao IAPMEI efetuar essa gestão.

embora o RERE não o especifique expressamente, tem um funcionamento similar a um sistema público de mediação.

2.2 Âmbito de aplicação subjetivo

O âmbito subjetivo de aplicação do RERE diz respeito às pessoas e entidades que são, ou podem ser, parte no procedimento de recuperação da empresa, em concreto o devedor, os credores e outros intervenientes, nomeadamente titulares de garantias, sócios, Autoridade Tributária e Segurança Social, trabalhadores e estruturas representativas, cuja participação analisamos seguidamente.

2.2.1 O devedor

À luz do art. 3º do RERE, podem recorrer a este regime todas as pessoas coletivas e entidades mencionadas no art. 2º, n.º 1, do CIRE, com exceção das pessoas singulares que não sejam titulares de empresas^{32/33}.

Cumulativamente, é necessário que essa pessoa coletiva, entidade ou pessoa singular titular de empresa, esteja em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente (art. 3º, n.º 2, do RERE e art. 1º, n.º 2, do CIRE³⁴).

O legislador, e na nossa opinião bem, excluiu as pessoas singulares não titulares de empresas do âmbito de aplicação subjetivo do RERE. Pese embora no nosso ordenamento jurídico não exista um regime autónomo e extrajudicial para a recuperação das pessoas singulares não titulares de empresas, estas não ficam totalmente desamparadas, existindo mecanismos de

³² Como referido na nota de rodapé n.º 32, encontramos a definição legal de empresa no art. 5º do CIRE. Segundo Luís Martins (2014,p. 72), o CIRE veio trazer uma definição de empresa mais abrangente que o CPEREF uma vez que o CPEREF no seu art. 2º considerava empresa “*toda a organização dos fatores de produção destinada a qualquer atividade agrícola, comercial, industrial ou de prestação de serviços*”, verificando-se assim que o CIRE, ao contrário do CPEREF não limita a noção de empresa a qualquer setor de atividade.

³³ Subsiste uma diferença em relação a outros mecanismos de recuperação pré-insolvenciais, nomeadamente quanto ao PER que apenas pode ser utilizado por empresas (art. 17º-A do CIRE) e quanto ao PEAP que se destina a devedores que não sejam empresas (art. 222º-A n.º 1 do CIRE).

³⁴ Repare-se que anteriormente à existência da Proposta de Lei 84/XIII não era taxativo que as entidades referidas no n.º 2 do art. 2º do CIRE, pela sua qualidade, estavam impedidas de recorrer a este procedimento. Parece-nos prudente por parte do legislador em acrescentar esta exclusão de modo a que não sejam levantadas dúvidas quando à qualidade do sujeito interveniente no procedimento.

apoio ao sobreendividamento³⁵ à sua disposição, tendo ainda o PEAP como forma híbrida de recuperação.

São dois os critérios pelos quais se pode aferir da qualificação do âmbito subjetivo, isto é, ou por via da autonomia patrimonial ou por via da personalidade jurídica.

A aquisição da personalidade jurídica pressupõe, nas pessoas coletivas, a realização do registo junto da Conservatória do Registo Comercial (art. 3º, n.º 1 al. a) do CRCom), sendo o critério da personalidade jurídica atendido no momento do registo.

Em contrapartida e de acordo com Luís Martins (2014, p. 63) o critério da autonomia patrimonial é um critério mais abrangente que engloba não só as pessoas coletivas com personalidade jurídica adquirida, como também as “*sociedades comerciais, outras pessoas coletivas em processo de constituição (as designadas sociedades irregularmente constituídas), o EIRL, associações sem personalidade jurídica e quaisquer outros patrimónios autónomos*”, considerando assim Luís Martins que o critério para aferir da qualidade do sujeito, deve ser o da autonomia patrimonial.

À semelhança do CIRE, o RERE adota o critério da autonomia patrimonial na qualificação dos sujeitos³⁶. No nosso entendimento tal circunstância faz sentido uma vez que, por exemplo, se uma entidade que não efetuou o registo mas constituiu-se como sociedade ao abrigo do art. 960º do CC³⁷, pode ser sujeito de obrigações e, portanto, poderia ficar numa

³⁵ Desde o ano 2000 que a DECO dispõe de um Gabinete de Apoio ao Sobre-endividado (GAS) que com base na informação prestada pelas pessoas singulares, tem por missão a celebração de propostas de reestruturação junto das entidades credoras e obter um plano de pagamentos, que permita a recuperação.

Em 2012, através do DL n.º 227/2012, de 2 de janeiro, foi criado um procedimento extrajudicial que prevenisse situações de incumprimento de contratos celebrados entre o consumidor e instituições de crédito, tendo cada instituição de crédito de criar um Plano de Ação para o Risco de Incumprimento (PARI). Simultaneamente, o referido diploma consagrou o Procedimento Extrajudicial de Regularização de Situações de Incumprimento (PERSI), *no âmbito do qual as instituições de crédito devem aferir da natureza pontual ou duradoura do incumprimento registado, avaliar a capacidade financeira do consumidor e, sempre que tal seja viável, apresentar propostas de regularização adequadas à situação financeira, objetivos e necessidades do consumidor* (Preâmbulo do DL n.º 227/2012, de 2 de janeiro).

Consagra ainda o diploma: a existência de uma rede extrajudicial de apoio a clientes bancários que se encontra regulada pela Portaria n.º 2/2013, de 2 de janeiro, bem como a mediação das situações de incumprimento por um mediador de crédito que desenvolve a sua atividade junto do Banco de Portugal e tem como missão tem por missão “*a defesa e a promoção dos direitos, garantias e interesses legítimos de quaisquer pessoas ou entidades que sejam parte em relações de crédito, bem como contribuir para melhorar o acesso ao crédito junto do sistema financeiro*” (art. 3º do DL n.º 144/2009, de 17 de junho, diploma que estabelece o estatuto do mediador de crédito).

³⁶ Para Luís Martins (2014, p. 63), o critério da autonomia patrimonial é privilegiado e considerado pelo autor como o critério de aferição da qualidade do sujeito passivo.

³⁷ Na senda de Paulo Olavo Cunha (2010, pp. 241-242), uma sociedade irregular é uma sociedade que “*tem um mero acordo de princípio com vista à constituição da sociedade mas ainda não foi celebrado o contrato de sociedade ou o contrato de sociedade já foi celebrado, mas ainda não se encontra definitivamente registado*”.

situação económica difícil ou insolvência iminente. Caso o critério adotado pelo RERE não fosse o da autonomia patrimonial, esta sociedade estaria impedida de lançar mão do RERE como via da sua recuperação.

É ainda previsto pelo art. 35º do RERE que, a título transitório, os devedores que se encontrem em situação de insolvência aferida nos termos do n.º 3 do art. 3º possam recorrer ao RERE, com dispensa da apresentação da declaração prevista na al. a) do n.º 2 do art. 19º, ou seja, a declaração que atesta que não se encontram em situação de insolvência.

O regime transitório, em vigor pelo prazo de 18 meses após a entrada em vigor do RERE, merece algumas críticas da nossa parte. Se regra geral, cumulativamente à qualidade do sujeito é necessário que a situação não seja de insolvência, não nos parece coerente que um devedor em situação de insolvência possa beneficiar do regime transitório quando o regime geral exclui a situação de insolvência como condição de acesso ao RERE.

Esta premissa, salvo melhor opinião, contribuirá para que devedores que estejam em situação de insolvência usem do regime transitório para atrasar a resolução da sua situação e inviabilizar ainda mais uma verdadeira e potencial recuperação. Partilhamos assim da opinião de que o regime transitório não deveria consagrar a possibilidade de devedores em situação de insolvência poderem beneficiar do RERE. Defendemos esta posição por dois motivos: a situação económica viola o disposto no regime geral e não fica excluída a possibilidade de recuperação do devedor, tendo para tal que recorrer ao processo de insolvência na perspetiva de aprovação de um plano de recuperação.

2.2.2 Os credores

A participação no RERE por parte dos credores, visa para estes o ressarcimento do seu crédito por via da obtenção de um acordo de reestruturação. De acordo com o art. 3º, n.º 4 do RERE, são *“credores do devedor os titulares de créditos³⁸ de natureza patrimonial sobre o devedor, vencidos, vincendos e sob condição, tal como definidos no n.º 1 do artigo 50.º do CIRE, qualquer que seja a sua nacionalidade ou domicílio”*.

Às sociedades irregulares não é atribuída personalidade jurídica (cfr. art. 5º CSC), motivos pelos quais o património que as integra são patrimónios autónomos e portanto, potenciais intervenientes no RERE.

³⁸ Ana Prata (2014, p. 406 e p. 408) define credor como *“o titular de um direito de crédito, sendo a pessoa que é portadora do interesse que a prestação visa satisfazer e que pode exigir o seu cumprimento”* e que *“o direito de crédito é a posição ativa na relação obrigacional: é portanto o direito a exigir de outrem uma prestação (art. 397º CC)”*.

À semelhança do CIRE, o RERE recorre ao critério da patrimonialidade dos créditos³⁹ que o credor detenha sobre o devedor. Denota assim que além da patrimonialidade estar presente na qualidade dos sujeitos, está também na obrigação, podendo a mesma estar vencida, ser vincenda ou sob condição. Pensamos que o legislador valoriza a natureza dos créditos e desconsidera a exequibilidade da obrigação, isto é, para ser credor no RERE não é necessário que o crédito esteja vencido ou sob uma condição, que até pode ainda nem se ter verificado, sendo bastante a existência de um credor com créditos de natureza patrimonial sobre o devedor.

2.2.3 Outros intervenientes

Ainda como partes no RERE existem, além do devedor e dos credores, outras entidades que procuram ver os seus interesses ou das estruturas que representam acautelados, nomeadamente: os titulares de garantias, sócios, Autoridade Tributária e Segurança Social, trabalhadores e estruturas representativas.

O art. 3º, n.º 5 do RERE atribui aos titulares de garantias de bens do devedor a possibilidade de intervir no processo de negociação e no acordo de reestruturação na medida em que seja necessária a sua intervenção para prestar consentimento relativo à alteração dos termos e condições da garantia⁴⁰. Importa referir que os titulares de garantias que não sejam credores do devedor podem intervir nestes termos. Ou seja, imaginemos uma hipoteca voluntária que o devedor concedeu a um terceiro. Este terceiro, caso seja necessário a sua intervenção para alterar os termos e condições da garantia real, poderá intervir quer nas negociações, quer no acordo de reestruturação de modo a prestar o seu consentimento à alteração das condições iniciais.

Projetando na prática o que significa ser titular de garantia sem que exista um direito de crédito associado, apenas se vislumbra uma situação⁴¹, ou seja, uma garantia real que se

³⁹ Mário Costa (2008, p. 101), refere que “*a doutrina clássica considera o carácter patrimonial como elemento do conceito de obrigação. Admitindo esta patrimonialidade um duplo entendimento, ou seja: por um lado “alude-se à exigência que a prestação debitória revista necessariamente natureza económica, que se mostre suscetível de avaliação pecuniária”* (requisito que hoje se encontra afastado). Por outro lado, significa a patrimonialidade da obrigação que ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento só confere ao credor a possibilidade de agir contra o património do devedor e não contra a sua pessoa (art. 601º e 817º CC).

⁴⁰ O princípio geral da garantia geral das obrigações está previsto no art. 601º CC e consubstancia-se no património do devedor suscetível de penhora.

⁴¹ Poderia levantar-se outras questões a respeito, nomeadamente as garantias pessoais por via de fiança ou aval. Este tipo de garantias, pese embora os fiadores/avalistas se assumam como devedores solidários da obrigação subjacente, terão o direito de regresso sobre os devedores originários, motivos pelos quais a relação destes, ainda que seja de forma indireta, tem sempre um direito de crédito associado. Já relativamente às garantias reais, ainda que o crédito que lhes deu origem não se encontre vencido, a hipoteca confere ao seu titular o

encontre registada mas que o crédito subjacente se encontre liquidado. Ainda que temporariamente, por via do registo o sujeito ativo da hipoteca continue a ser titular de garantia mas já não é credor por o seu crédito ter sido liquidado.

Os sócios do devedor podem ao abrigo do n.º 6 do mesmo artigo participar quer na negociação, quer na obtenção do acordo na medida em que seja necessária a sua intervenção nos termos da lei ou dos estatutos do devedor.

São admitidos pelo art. 3º, n.º 7 do RERE que os grupos de credores sejam representados coletivamente por entidade mandatada para atuar enquanto agente de financiamento, possibilidade esta extensível aos grupos de beneficiários de garantias sobre bens do devedor, atuando como agente de garantias. O mesmo se aplica às organizações representativas dos trabalhadores que sejam credores⁴². Esta possibilidade poderá ter impacto ao nível da negociação uma vez que o diálogo será tanto mais ‘facilitador’ quanto menos pessoas nele intervierem, isto é, ter uma só entidade em representação de um grupo torna o diálogo mais fácil, transmitindo a entidade aquela que é a vontade do representado. Ao nível do acordo de reestruturação, terá impacto apenas para os credores, motivos pelos quais consideramos uma mais-valia para o sucesso da negociação/ procedimento.

As partes, ao longo do procedimento podem fazer-se representar, quer por via de procuração com poderes representativos, quer por via de mandato^{43/44}. Não obstante, não nos podemos olvidar que a obtenção de acordo de reestruturação poderá ser mediada por um mediador de recuperação de empresas, pelo que, a presença de um mandatário, ainda que este atue em sua representação, poderá, eventualmente, pressionar as partes, em especial o devedor que é, à partida, tido como o elemento mais fraco⁴⁵.

direito de reclamar créditos no caso de ser para tal citado na qualidade de credor com garantia real e não obstante, com o crédito vencido ou não, não deixa de ser credor.

⁴² Na Proposta de Lei n.º 84/XIII, os trabalhadores não se encontravam representados enquanto grupos de credores. Atendendo ao facto dos trabalhadores representarem, por norma, uma grande parte dos créditos sobre o devedor, consideramos que o resultado da discussão parlamentar foi positivo quanto a esta integração específica (disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=41397> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

⁴³ Conforme art. 1157º do CC, “*mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra*”.

⁴⁴ Esmeralda Nascimento e Márcia Trábulo (2015, p. 239) consideram que procuração “é o ato pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos. Se o mandatário realizar o negócio em nome do mandante e com os poderes de representação, o mandato diz-se com representação”.

⁴⁵ Ainda que estejamos no âmbito das relações privadas, desprovidas de qualquer imposição e que por isso as partes são paritárias entre si, o devedor e seus representantes legais, podem de alguma forma sentir-se como o elo mais fraco em relação aos seus credores.

Ao abrigo do art. 18º, n.º 1 da LM, as partes podem fazer-se representar ou ser acompanhadas por advogados, advogados estagiários ou solicitadores, considerando Mariana Gouveia (2014, pp. 52-56) que a presença destes profissionais, quer para acompanhamento, quer para representação, deve ser encarada por estes não como uma disputa, mas como uma procura constante para a melhor solução para as partes que auxiliam e/ou representam.

Perfilhamos da opinião da autora e consideramos ainda, à semelhança de Luís Louro (2011, p. 3), que desde que o devedor cumpra os requisitos da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, relativa à concessão de apoio judiciário, poderia o devedor, caso reúna as condições legais exigíveis, requerer apoio judiciário para se fazer acompanhar ou representar na sua recuperação.

2.2.4 Intervenção do mediador de recuperação de empresas

Não sendo parte no processo mas podendo intervir no mesmo, o mediador de recuperação de empresas, pode desempenhar um papel fundamental na obtenção do acordo de reestruturação.

A sua intervenção tem de ser requerida pelas partes ao IAPMEI e uma vez nomeado, a sua intervenção, ao abrigo do art. 18º do seu Estatuto, passa por *analisar a situação económico-financeira do devedor, aferir conjuntamente com o devedor as suas perspetivas de recuperação, auxiliar o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações a estabelecer com os seus credores relativas à mesma.*

Esta possibilidade que o mediador detém vai de encontro à ideologia de Catarina Frade (2013, pp. 18-23) no sentido de ser uma mediação interventiva e auxiliada e/ou de Mariana Gouveia (2014, pp. 103-105) na sua perspetiva de mediação facilitadora⁴⁶.

Tal papel mais interventivo do mediador não contraria a LM nem nenhum dos princípios associados à mesma uma vez que a essência da mediação é a tentativa de obtenção do acordo pelas partes, o que não obsta a que o mediador adote uma postura mais interventiva, ajudando no diagnóstico e propondo soluções às partes que deverão optar pela que melhor se adapte à sua situação.

⁴⁶ Ensina Paula Rios (2005, p. 5) que “a primeira estrutura de mediação criada em Portugal data de 1993 e foi o Instituto Português de Mediação Familiar” elucidando Mariana Gouveia (2014, p. 63) que a mediação facilitadora é introduzida em 2001 com os Julgados de Paz.

Consideramos a respeito que esta postura interventiva do mediador de recuperação de empresas, trará benefícios ao sucesso da sessão, uma vez que este, além de facilitar o diálogo, pode apresentar várias propostas de solução para discussão entre as partes, sendo no entanto as partes, por si só, que optam por aquela que é a melhor solução para a reestruturação do devedor.

Esta forma de intervenção do mediador de recuperação de empresas, pode, eventualmente, levantar algumas questões, nomeadamente quanto à distinção da mediação com outros MRAL, como a negociação e a conciliação.

Assim, na senda de Mariana Gouveia (2014, p. 42), “a diferença entre a negociação e a mediação pode estar apenas na existência do terceiro imparcial. Enquanto na mediação é essencial a existência de um mediador, terceiro imparcial que conduz as partes no caminho do consenso, na negociação⁴⁷ as partes podem estar sozinhas a negociar”.

No que concerne à distinção entre a mediação e a conciliação a doutrina não é unânime, referindo Mariana Gouveia (2014, p. 104) que existem autores que consideram que a conciliação é apenas jurisdicional⁴⁸, quando outros propõem que a conciliação e a mediação se distingam como MRAL autónomos⁴⁹ e ainda autores que consideram inexistir qualquer diferença entre ambas, uma vez que estes são apenas níveis diferentes de mediação⁵⁰.

2.3 Princípios do RERE

A caracterização do RERE é, em parte, fruto dos princípios que nele subjazem e que o legislador especificamente consagrou: voluntariedade, confidencialidade e boa fé.

Estes princípios coadunam-se não só com o objetivo do RERE como via para a recuperação de empresas, como também vão de encontro aos princípios gerais da mediação, consagrados na LM.

⁴⁷ Existe doutrina que considera que a negociação não passa de uma mera e essencial componente de outros MRAL e que por esse motivo, não deveria ser autonomizado enquanto MRAL. Considera ainda Mariana Gouveia (2014, pp. 42-43) que existem dois modelos de negociação, ou seja: um modelo competitivo em que o negociador pretende ganhar a discussão e o modelo cooperativo em que o foco está na solução do problema.

⁴⁸ Por exemplo, Joana Paixão Campos.

⁴⁹ Juan Carlos Vezzulla e Lúcia Dias Vargas.

⁵⁰ Henry Brown e Arthur Marriott.

2.3.1 Princípio da voluntariedade

Consagrado no art. 4º da LM o princípio da voluntariedade representa um princípio basilar da mediação com impacto significativo no RERE. Sendo a mediação uma forma extrajudicial de resolução de conflitos de natureza autocompositiva, é necessário que ambas as partes se mostrem disponíveis e com interesse em recorrer a este meio para colocar termo ao conflito que as separa, podendo, ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo, revogar o seu consentimento (conjunta ou unilateralmente) quanto à participação na mediação, não havendo qualquer tipo de violação do dever de cooperação⁵¹ caso a parte recuse iniciar ou prosseguir com o procedimento de mediação.

Ora, se a recusa de iniciar ou continuar um procedimento de mediação de recuperação de empresas não implica uma consequência, salvo melhor opinião, estamos perante uma situação em que a(s) parte(s) têm a liberdade absoluta para participar, desistir ou não iniciar um procedimento de mediação.

Cátia Cebola (2011, p. 169) considera que a ausência deste princípio, no âmbito da mediação em geral, inviabilizaria a resolução do conflito através deste meio, uma vez que constitui uma condição para que as partes se predisponham a dialogar e tentar encontrar uma solução para o seu conflito⁵².

Concordamos com a autora e estendemos esta posição ao âmbito do RERE, por considerarmos relevante que as partes tenham pleno livre arbítrio para optar pelo RERE, sujeitando-se aos efeitos do acordo de reestruturação que alcancem, bem como aos efeitos decorrentes das negociações (art. 4º, n.º 1 do RERE).

⁵¹ Neste caso, o dever de cooperação restringe-se ao previsto no art. 417º do CPC, ou seja “*todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade (...)*” sendo que “*aqueles que recusem a colaboração devida são condenados a multa (...)*”.

⁵² O legislador além de dar às partes a liberdade de escolha no recurso a este procedimento, faz uma exigência, isto é, obriga as partes a dar o “*seu consentimento esclarecido e informado*” em como querem recorrer à mediação, inculcando ainda a “*responsabilidade às partes pelas decisões tomadas no decurso do procedimento*”. Na senda de Mariana Gouveia (2014, pp 50-51), que perfilhamos, é a “*ideia de responsabilidade pessoal que se traduz na atribuição às partes do domínio do problema e do processo (...) na medida em que podem sair quando quiserem, nada as obrigando a chegar a um acordo. Mas tem sobretudo, o domínio do conteúdo, não sendo possível qualquer solução do litígio que nelas não tenha origem. É precisamente da aplicação inexorável do princípio do domínio das partes que se retira a impossibilidade de o mediador fazer sugestões sobre o conteúdo do litígio*”.

Dulce Lopes e Afonso Patrão (2014, pp.26-29) consideram que é este princípio que torna a mediação “*atrativa para as partes, porquanto são elas que controlam todo o procedimento, assumindo a responsabilidade pessoal de solucionar o seu próprio problema*”.

Existe ainda uma voluntariedade na disponibilidade apenas do devedor, sendo-lhe permitido convocar todos ou apenas alguns dos seus credores a participar nas negociações, sem prejuízo de posteriormente existirem adesões ulteriores por parte de credores que não hajam sido convocados (art. 4º, n.º 2 do RERE)⁵³.

Segundo o art. 14º, n.º 3 do RERE, os credores públicos (Segurança Social e Autoridade Tributária), os trabalhadores e as organizações representativas dos trabalhadores⁵⁴, ainda que não subscrevam o protocolo de negociações, participam obrigatoriamente nas negociações.

Esta norma e obrigatoriedade de participação, levanta algumas questões quanto à voluntariedade associada ao RERE.

Os credores públicos são, no nosso entendimento obrigados a participar nas negociações de maneira a que estes consigam salvaguardar o interesse da coletividade com observância do princípio da igualdade e da legalidade tributária (art. 30º, n.º 2 da LGT).

Apesar de parecer que a função *ius imperium* do Estado se sobrepõe à voluntariedade, os mesmos não se contradizem, sendo complementares. Isto é, a participação obrigatória por parte dos credores públicos permite que estes tomem conhecimento das negociações, conseguindo, enquanto credores, salvaguardar o interesse público na perspetiva de manutenção do acordo prestacional que detêm em curso, bem como antever a produção de efeitos ao abrigo dos arts. 27º, 31º e 32º do RERE.

Relativamente à participação obrigatória dos trabalhadores e suas organizações participativas, já temos algumas reticências. A relação jurídica laboral, celebrada por via de contrato de trabalho, não sai do âmbito da autonomia privada das partes. Assim, existir por imposição legal a participação destas entidades na negociação do acordo, visa a proteção do trabalhador mas, salvo melhor entendimento, condiciona a voluntariedade associada ao RERE na medida em que, ainda que não sejam obrigadas a intervir, são obrigados a participar.

⁵³ Na discussão parlamentar do Decreto n.º 185/XIII, o PCP propôs uma alteração ao art. 4º, n.º 2, nomeadamente salvaguardando as adesões de credores posteriores. Com votos a favor do PS, BE e PCP e abstenção dos restantes partidos políticos, concordamos com a salvaguarda legal da voluntariedade dos credores que apenas adiram ao protocolo de negociação.

⁵⁴ A participação dos trabalhadores e das organizações representativas dos trabalhadores foi introduzida no RERE por via da discussão parlamentar, não contemplando a Proposta de Lei n.º 83/XIII esta possibilidade.

Salvaguardando o art. 19º, n.º 8 do RERE que os trabalhadores não podem ser prejudicados em virtude da celebração de acordo⁵⁵, a sua presença é importante mas a sua obrigatoriedade é, salvo melhor opinião, desnecessária.

Possivelmente a intenção do legislador é convidar os trabalhadores a participar nas negociações, usando indevidamente o termo “obrigatório”. Caso a intenção não fosse prescrever um convite à participação mas uma obrigatoriedade, deveria existir no RERE a norma que penalizasse a sua falta e elucidasse dos efeitos da falta sobre o acordo de negociação. Sendo omissa, pensamos que o legislador se equivocou na utilização da expressão “obrigatório”.

2.3.2 Princípio da confidencialidade

As negociações, bem como o protocolo de negociação, regra geral, são confidenciais. Porém, o princípio da autonomia privada⁵⁶ ganha algum destaque neste ponto ao permitir que as partes, por unanimidade, possam acordar o afastamento da confidencialidade, derogando-a em todo ou em parte (art. 8º do RERE), implicando a violação deste princípio a nulidade do protocolo de negociação (art. 8º, n.º 7 do RERE).

Na nossa opinião, é vantajoso para o procedimento que a confidencialidade seja a regra geral uma vez que tal, gera um ambiente de confiança e não potencia constrangimentos⁵⁷.

⁵⁵ No âmbito da análise à Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Novembro de 2016, elucida Catarina Serra que uma das ideias subjacentes é a impossibilidade de “afetar os trabalhadores exceto se e na medida em que os Estados-Membros garantam por outros meios o pagamento dos seus créditos com um nível de proteção pelo menos equivalente ao previsto nos termos da legislação nacional aplicável que transpõe a Diretiva 2008/94/CE”, Considera Catarina Serra (2017, pp 23-25) que “é a garantia de pagamento que constitui o Fundo de Garantia Salarial” nos termos do DL n.º 59/2015, de 21 de Abril, o FGS assegura o pagamento dos créditos emergentes do contrato de trabalho ou da sua violação ou cessação quando a empresa tenha lançado mão do PER ou do SIREVE [cfr. art. 1.º, n.º 1, als. b) e c), do DL n.º 59/2015, de 21 de Abril]”. Neste seguimento, em face da revogação do SIREVE, ainda que o RERE preveja no art. 19º, n.º 8 que os trabalhadores sejam prejudicados e acautele os seus interesses, aguardaremos pela alteração legislativa ao DL n.º 59/2015, de 21 de Abril concedendo a possibilidade dos trabalhadores recorrerem ao FGS para pagamento de créditos emergentes do contrato de trabalho como alternativa ao RERE.

⁵⁶ Conforme art. 405º CC, a autonomia privada atribui às partes a possibilidade de estipularem contratualmente as cláusulas que entendam por convenientes. Ana Prata (2014, p. 196) considera que a autonomia da vontade se expressa no “princípio em virtude do qual, dentro dos limites estabelecidos na lei, a vontade livremente expressa tem o poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas”.

⁵⁷ No âmbito da mediação civil e comercial o art. 7º da Diretiva 2008/52/CE, privilegia este princípio, mas dá flexibilidade aos Estados-Membros para atribuir liberdade às partes para decidirem esta questão: “*Salvo se as partes decidirem em contrário*” (sublinhado nosso), *nem os mediadores, nem as pessoas envolvidas na administração do processo de mediação sejam obrigadas a fornecer provas em processos judiciais ou arbitragens civis ou comerciais, no que se refere a informações decorrentes ou relacionadas com um processo de mediação (...)*”. Assim, no âmbito do RERE, o legislador nacional acolhe o constante na Diretiva supra mencionada, ao atribuir às partes a possibilidade de, por unanimidade, conferirem publicidade a todo o acordo ou em parte deste, afastando-se em completo do previsto na LM quanto à confidencialidade que não pode ser afastada pelas partes (art. 5º da LM).

Não obstante, concordamos com a possibilidade de derrogação da confidencialidade, por unanimidade, uma vez que promove transparência e valoriza a autonomia da vontade das partes.

A questão da confidencialidade poderá ainda surgir quanto ao registo do protocolo de negociação. Ao abrigo do art. 70º do CRCCom a publicidade não é obrigatória, sendo apenas efetuada oficiosamente pela Conservatória (art. 71º CRCCom) no caso de o protocolo de negociação o autorizar, caso em que são identificadas quer as partes envolvidas nas negociações, quer o devedor⁵⁸.

O art. 8º, n.º 4 do RERE por permitir que os envolvidos tenham cópia dos documentos arquivados na Conservatória, não coloca em causa a confidencialidade uma vez que, por participarem, têm conhecimento dos termos negociados e do conteúdo do protocolo. A Autoridade Tributária terá a mesma permissão de modo a que possa oficiosamente ter conhecimento e verificar os pressupostos necessários à produção de efeitos, nomeadamente dos previstos nos arts. 268º a 270º do CIRE.

A Segurança Social, a Autoridade Tributária e os trabalhadores, sempre que forem titulares de créditos sobre os devedores, são obrigatoriamente informados do depósito do protocolo de negociação e do seu conteúdo (art. 8º, n.º 6 do RERE).

Da Proposta de Lei n.º 84/XIII não constava a esta obrigatoriedade, tendo a mesma sido introduzida após discussão parlamentar⁵⁹. Aplaudimos esta iniciativa, porém, o legislador não foi claro nem articulou com clareza esta norma com outras prescrições existentes no RERE.

Deste modo, apesar do legislador consagrar no art. 9º, n.º 3 do RERE que é ao devedor que compete comunicar à Segurança Social, à Autoridade Tributária ou trabalhadores com créditos sobre o devedor o depósito do protocolo de negociação e o seu conteúdo, não consagrou a forma ou o prazo, deixando apenas expressamente consagrado que o protocolo padecia de nulidade caso este dever de informação fosse violado.

Assim, salvo melhor entendimento, pensamos que o devedor dispõe de um prazo de dez dias (prazo supletivo nos termos do art. 149º do CPC) para informar a segurança social, a autoridade tributária e os trabalhadores com créditos sobre este, preferencialmente por

⁵⁸ Pese embora, ao momento se aguarde a publicação do diploma que regula o processo especial de depósito, cremos que nele deverá figurar a forma de publicidade por parte da conservatória, nomeadamente, no portal publicacoes.mj.pt

⁵⁹ Proposta pelo PCP, com votos a favor do PCP, PS e BE e abstenção de PSD e CDS-PP.

comunicação eletrónica com aviso de receção e leitura, ou utilização da forma de comunicação habitual no caso dos trabalhadores.

O princípio da confidencialidade é salvaguardado também no art. 21º do RERE, quanto ao conteúdo do acordo, não prejudicando que os sócios tenham acesso à informação, nem que por vontade das partes envolvidas seja conferida, no todo ou em parte, publicidade.

A respeito do dever de informação dos sócios e porque se relaciona com a confidencialidade, cumpre esclarecer que ao abrigo do art. 21º, n.º 1 al. c) do CSC, todos os sócios tem direito a obter informações da vida da sociedade, nos termos da lei⁶⁰ e do contrato.

Ensina Coutinho de Abreu (2002, pp. 251-253) que o direito à informação dos sócios pode, segundo a lei, manifestar-se por três modos: em sentido estrito – poder do sócio fazer perguntas à sociedade sobre a vida social e de exigir que ela responda verdadeira, completa e elucidativamente; como direito de consulta – poder do sócio exigir à sociedade a exibição dos livros de escrituração e de outros elementos sociais para serem examinados; direito de inspeção que é o poder do sócio exigir à sociedade o necessário para que vistorie os bens sociais.

A confidencialidade cessa na estrita medida do necessário para suspender processos judiciais em curso, caso em que o Conservador tem o dever de informar o(s) tribunal(is) do depósito onde as ações judiciais correm, obtendo essa informação no protocolo de negociação (art. 8 n.º 2 conjugado com o art. 11º, n.º 4 do RERE).

2.3.3 Princípio da boa-fé

A boa-fé está refletida nos princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores e, no âmbito do RERE, a boa-fé assume especial relevância enquanto elemento clarificador, em especial na fase das negociações (art. 5º do RERE), sendo fundamental que a transmissão da situação real da empresa seja efetuada⁶¹ e corretamente diagnosticada pois um diagnóstico económico-financeiro efetuado com base em informações erradas, indevidas ou distorcidas da realidade financeira, influencia a tomada de decisão dos credores e, conseqüentemente, poderá comprometer o acordo. Como tal, poderemos afirmar que a autonomia em obter

⁶⁰ Vide artigos 181º, 214º a 216º, 288º a 292º, 474º, 478º e 480º, todos do CSC.

⁶¹ De referir que cumulativamente à boa-fé, devem o acordo de reestruturação e as respetivas negociações, ser norteadas pelos Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011 de 25 de outubro, sem prejuízo de estabelecerem e adotarem um código de conduta que constituirá uma formalização às regras de conduta e ética que as partes devem adotar no caso concreto.

acordo ou não, e o poder de decisão das partes está em parte condicionado, pelo princípio da boa-fé.

Na senda de José Machado (2017, p. 177), a “boa-fé negocial é entendida como regra objetiva de boa conduta que deve iluminar a atuação das partes, quer na fase de formação da vontade contratual, quer durante e após a execução do contrato. Agir de boa-fé significa atuar sempre de forma honesta, transparente e leal”.

2.4 Procedimento

O capítulo III do RERE é dedicado à negociação do acordo de reestruturação sendo que, caso as partes de forma voluntária o pretendam obter, deve “*o devedor e os seus credores que representem 15% do passivo daquele*” referente a créditos que à luz do CIRE não sejam subordinados, assinar um protocolo de negociação e depositá-lo na Conservatória do Registo Comercial⁶² sendo após o depósito do protocolo que se inicia o prazo de 3 meses (máximo) para as negociações (art. 6º do RERE).

2.4.1 Tramitação inicial

Em termos temporais, o momento de apresentação ao RERE deverá ser após um diagnóstico à saúde financeira da empresa. Caso seja verificado que a empresa não dispõe de liquidez nem consegue obter crédito, e que por isso a sua situação económica não melhora, então a empresa enfrenta sérias dificuldades no cumprimento pontual de obrigações, podendo o devedor, nos termos do art. 15º, n.º 2 do RERE, aferir da sua situação económica financeira através da ferramenta de diagnóstico disponibilizada no sítio⁶³ do IAPMEI.

Alertamos que os devedores, na pessoa dos seus representantes, nomeadamente gerentes/administradores, em conformidade com os seus deveres societários⁶⁴ consigam perceber o momento exato que o RERE poderá ser benéfico e possível à sua recuperação.

⁶² Na senda de Seabra Lopes (2011, p. 155), o registo comercial é “primordialmente um registo de factos referentes a pessoas singulares ou coletivas, que exercem uma atividade mercantil”. À luz do art. 53º-A n.º5 al. i) CRCom, o registo é efetuado por depósito na conservatória e a pedido dos interessados (art. 28º, n.º 1 CRCom), podendo estes serem representados (art. 30º CRCom).

⁶³[https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Assistencia-Tecnica-e-Formacao/Ferramentas/Autodiagnostico-financeiro-\(1\).aspx](https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Assistencia-Tecnica-e-Formacao/Ferramentas/Autodiagnostico-financeiro-(1).aspx) (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

⁶⁴ “O dever de lealdade é indissociável do princípio de confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiros. O acautelar do interesse social não se confina apenas ao interesse societário *tout court*, ou seja, a uma atividade que vise lucros. A eticização do direito e da vida societária impõem uma atuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela atuação do ente societário através da atuação de quem delinea a sua estratégia e é

Salvo melhor opinião, a manutenção do património do devedor nesta fase prévia à decisão de lançar mão do RERE é crucial uma vez que a existência ou inexistência de património irá contribuir para a tomada de decisão dos credores no âmbito das negociações e celebração do acordo.

2.4.2 Protocolo de negociação

O protocolo de negociação visa a criação de um ambiente favorável e antecedente às negociações entre as partes. O seu registo na Conservatória assinala o início da contagem do prazo para a conclusão das negociações bem como produzirá efeitos ao nível das partes, dos processos judiciais em curso e da prestação de serviços essenciais.

O art. 7º do RERE, elucida quanto ao conteúdo do protocolo de negociação, e pese embora que o conteúdo do mesmo seja de livre preenchimento pelas partes, consagra o mesmo artigo a obrigatoriedade de alguns elementos.

Assim, é obrigatório constar do protocolo de negociação a identificação das partes; o prazo máximo para as negociações, com o limite de 3 meses; o passivo total do devedor⁶⁵; a responsabilidade quanto aos encargos financeiros a suportar com o processo negocial bem como a forma de repartição dos mesmos; o acordo para a abstenção dos credores em iniciar processos de natureza judicial coerciva contra o devedor, durante o prazo que estipularem para o decurso das negociações; a data do mesmo e as assinaturas reconhecidas dos intervenientes.

Nos termos do n.º 3 do art. 7 do RERE, é ainda obrigatória a junção de documentos ao protocolo de negociação, tais como: certidão do registo comercial do devedor ou código de acesso *online* e estatutos (caso aplicável); prestação de contas do devedor dos últimos três exercícios; declaração detalhada do devedor quanto ao seu passivo; lista de processos judiciais e arbitrais que o devedor seja parte. Caso não sejam apresentados estes documentos, deverá o devedor juntar declaração justificativa da ausência de um ou mais destes documentos.

responsável pela atuação da sociedade, o que convoca os princípios da atuação de boa fé, da confiança e a da proibição do abuso do direito.” (Ac. STJ proferido no processo 1195/08.0TYLSB,L1.S1 em 30/09/2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0b422d8f5e52e6ba80257d6300470f78?OpenDocument>).

⁶⁵ Apurado conforme art. 3º, n.º 3 do RERE que remete para o art. 3º e 17º-B do CIRE.

Não alcançamos os motivos pelos quais o legislador reparte as informações e elementos necessários de constar do protocolo entre o n.º 1 e o n.º 3 do art. 7 do RERE, podendo, salvo melhor opinião, ter unificado todos os elementos obrigatórios num só ponto.

Adicionalmente, pode o protocolo conter: lista dos fornecedores de serviços essenciais e identificação dos respetivos contratos de prestação de serviços; autorização dos credores participantes na divulgação por parte do devedor aos credores não participantes, da existência e conteúdo do protocolo com o intuito da sua participação posterior nas negociações ou no acordo em negociação (art. 7º, n.º 2 do RERE).

É nesta fase que é deliberada pelas partes a confidencialidade a conferir ao acordo; identificação do credor líder e/ou do mediador de recuperação de empresas que seja nomeado; identificação do comité de credores e respetivas competências; identificação do assessor jurídico ou financeiro nomeado bem como os termos e condições aplicáveis ao novo financiamento a conceder no decurso das negociações e respetivas garantias (art. 7º, n.º 4 do RERE).

Um dos elementos obrigatórios, é a junção de declaração dos credores quanto à abstenção em instaurar processos de natureza judicial coerciva contra o devedor.

Esta declaração, salvo melhor opinião, além de refletir o princípio da boa-fé negocial por parte dos credores, visa a igualdade dos credores participantes na medida em que nenhum destes, no período de negociações do protocolo e até ao seu depósito, possa intentar ação executiva isoladamente contra o devedor de modo a que o património deste não fique prejudicado. Tal, não prejudica o acesso à função jurisdicional na medida em que o art. 2º, n.º 2 do CPC, consagra essa premissa por legislação especial, nomeadamente o art. 7º, n.º 1 al. e) do RERE.

2.4.3 Registo do protocolo de negociação

O registo do protocolo de negociação é efetuado por depósito. Na senda de Seabra Lopes (2011, p. 190), o registo por depósito “consiste no mero arquivamento dos documentos que titulam factos sujeitos a registo” e critica o autor que “chamar de registo ao mero arquivamento de documentos, sem qualificação pelo conservador, representa um manifesto abuso da linguagem jurídica registal”.

Realça ainda Seabra Lopes (2011, p. 191) que no registo por depósito, “apenas é feita na conservatória a respetiva menção na ficha, que pode ser efetuada, não só pelo conservador

ou oficial de registo, mas também pelo próprio requerente quando o pedido for efetuado por via eletrónica nos termos da Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de dezembro”, estando as causas de rejeição plasmadas no art. 46º, n.º 2 do CRCCom⁶⁶.

Importa referir especificamente uma das causas de rejeição. Ao obrigo do art. 46º, n.º 2 al. c) do CRCCom, constitui causa de rejeição do registo por depósito quando “*não se mostre efetuado o primeiro registo da entidade, nos termos previstos no art. 61º*”.

Privilegiando o critério de admissibilidade ao RERE a autonomia patrimonial, como supra referido, é admissível que uma sociedade irregular, e portanto ainda não registada, seja um devedor que se tenta recuperar por via do RERE.

Salvo melhor opinião, se por um lado o RERE permite que esta sociedade irregular seja devedora, por outro lado a lei registral irá rejeitar o registo do protocolo de negociação desta sociedade irregular.

Não obstante, aguarda ainda o ordenamento jurídico pela publicação do Processo Especial de Depósito que, salvo melhor entendimento, deverá salvaguardar esta possibilidade.

Se o conservador não qualifica o registo, e apenas procede ao arquivamento dos documentos, a responsabilidade de aferir se os documentos necessários juntar ao protocolo foram juntos é, salvo melhor opinião, transferida para as partes subscritoras, nomeadamente para o interessado que promover o registo.

O registo assinala ainda o início das negociações, delimitando-as temporalmente em três meses, contados do pedido de registo (art. 6º, n.º 5 do RERE).

Durante o prazo das negociações pode qualquer credor do devedor aderir ao protocolo de negociação mediante uma declaração de adesão, ou seja, este credor dá a sua concordância integral ao protocolo de negociação tal como ele está, não podendo intervir para o alterar, considerando-se não escritas as adesões parciais ou sujeitas a condição, bem como as adesões que incidam apenas sobre parte dos créditos que o credor detém sobre o devedor (art. 7º, n.º 6 do RERE).

⁶⁶ Ao abrigo do art. 46 n.º 2 do CRCCom, constitui causa de rejeição: a legitimidade do requerente; quando não se mostre efetuado o primeiro registo da entidade, nos termos previstos no art. 61º; quando o facto não estiver sujeito a registo; quando o requerimento não respeitar modelo aprovado, quando tal for exigível; quando a entidade objeto de registo não tiver número de identificação coletiva atribuído; quando não se mostrarem pagas as quantias devidas (a respeito, é concedida pelo art. 35º do RERE uma isenção emolumentar para registos efetuados ao abrigo do RERE).

Conforme consta no n.º 7 do art. 7º do RERE, para que o protocolo de negociação possa ser alterado, é necessário que todas as partes que o subscreveram, numa fase inicial ou ulteriormente através da declaração de adesão, dêem o seu consentimento expreso.

2.4.4 Efeitos do Registo do protocolo de negociação

Com o registo do protocolo de negociação, nascem obrigações para o devedor (art. 9º RERE), para os credores subscritores do mesmo (art. 10º RERE), sobre as ações judiciais em curso (art. 11º RERE) bem como para entidades que prestam serviços essenciais ao devedor (art. 12º RERE), sobre os quais seguidamente nos debruçaremos.

2.4.4.1 Sobre o devedor

De acordo com o art. 9º do RERE, o devedor fica obrigado a manter o curso normal da sua atividade e a não praticar atos de especial relevo⁶⁷, exceto se o protocolo de negociação permitir a sua prática ou, caso não preveja, se os mesmos forem autorizados por todos os credores, direta ou indiretamente, através do comité de credores.

Da mesma forma que os credores subscrevem declaração em que não intentam ação judicial até ao registo do protocolo de modo a não prejudicar isoladamente o seu património, esta proibição legal ao devedor, permite que este mantenha o seu património de modo a não inviabilizar a sua recuperação.

Caso o devedor considere que não existem condições para prosseguir com as negociações, decidindo cessar as mesmas, acrescem-lhe mais dois deveres: comunicação da decisão aos credores que subscreveram o protocolo (ainda que posteriormente por declaração de adesão); requerer o depósito da comunicação na Conservatória do Registo Comercial.

Poderá ainda, existir um dever adicional, isto é, o eventual dever de apresentação à insolvência. Se no decurso das negociações, o devedor se aperceber que inexistem condições para a sua prossecução porque a sua situação económica agravou, estando agora em situação de insolvência, apesar do prazo para a sua apresentação, nos termos do art. 13º só se iniciar

⁶⁷ O art. 9º do RERE, remete para o art. 161º nrs. 2 e 3 do CIRE os “atos de especial relevo”. Em suma, são atos de especial relevo aqueles que podem criar repercussões na esfera jurídica do devedor que sejam capazes de influenciar o seu património e, prejudicar os seus credores e/ou que possam colocar em causa o sucesso da recuperação da empresa. Luís Martins (2014, p. 380), considera que o art. 161º, n.º 3 do CIRE não é taxativo e que abrange apenas algumas situações. Porém, ressalva o autor que deverá sempre ser colocado ao consentimento dos credores qualquer intervenção que se possa repercutir a saúde financeira da empresa.

após o termo das negociações, na nossa opinião, nada obsta a que este se apresente antecipadamente à insolvência, cessando primeiramente as negociações.

Pese embora o RERE não o defina, suscitam-nos dúvidas sobre a forma de comunicação do devedor para com os credores. Para tal, defendemos que deve constar como informação obrigatória no protocolo de negociação a forma de comunicação nestes casos, isto é, o protocolo de negociação deverá conter a forma acordada entre as partes e o devedor para as comunicações entre estes bem como o contacto a usar, privilegiando, à semelhança do disposto no art. 28º, n.º 1 (c) da Diretiva⁶⁸, o endereço de correio eletrónico para o efeito com aviso de leitura em detrimento das cartas registadas com aviso de receção de modo a não criar delongas e despesas com correio desnecessárias.

2.4.4.2 Sobre os credores

Conforme disposto no art. 10º, n.º 1 do RERE, os credores, uma vez depositado o protocolo de negociação, não podem desvincular-se dos compromissos aí assumidos antes de decorrido o prazo máximo para as negociações. Tal não obsta a que possam cessar a participação ativa nas negociações, isto é, os credores ainda que adotem uma postura menos interventiva ou simplesmente não intervenham nas negociações, ficam vinculados ao protocolo celebrado.

Com o depósito do protocolo, são acordados os termos das negociações subjacentes à recuperação do devedor. Não pode, o credor por isso, ainda que não subscreva posteriormente o acordo de reestruturação, criar obstáculos à recuperação do devedor e impedir o desenvolvimento saudável de todo o processo negocial. A obrigatoriedade de cumprimento dos termos acordados por parte dos credores subscritores do protocolo, potencia a confiança em todo o procedimento negocial, deixando a mesma de vigorar caso o devedor comunique a cessão das negociações (art. 10º, n.º 3 do RERE).

A violação grosseira das obrigações por parte do devedor bem permite ao(s) credor(es) resolver o protocolo e não o cumprir (art. 10º, n.º 3 do RERE).

Fruto da discussão parlamentar, foi introduzido o n.º 4 ao art. 10º do RERE, que salvo melhor interpretação, mantém como válido o acordo em como os credores não intentam ações no decurso das negociações.

⁶⁸ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

Na nossa opinião, esta premissa é aplicável quando os credores, por si só, não pretendem continuar o procedimento, ficando da mesma forma adstritos aos termos do protocolo de negociação. Não obstante, entendemos que, havendo uma violação grosseira das obrigações por parte do devedor, não se aplicará esta obrigatoriedade, podendo, neste caso, o credor intentar ação judicial coerciva para ressarcimento isolado do seu crédito. Se assim não fosse, o devedor poderia, propositadamente violar as suas obrigações, por exemplo, dissipar património sem que o credor pudesse agir em sua defesa.

2.4.4.3 Sobre as ações judiciais

Durante as negociações, por força do art. 11º, n.º 1 do RERE, os processos de insolvência que tenham sido intentados contra o devedor por credor participante ou aderente ao protocolo, suspendem-se no caso desta ainda não ter sido declarada, sendo, ainda, concedida liberdade às partes de disporem no protocolo em sentido diverso.

Esta disposição legal, considera o disposto no art. 6º da Diretiva⁶⁹ e o *Quinto Princípio* da Resolução de Ministros n.º 43/2011, de 25 de setembro e adota como regra geral a suspensão, visando o legislador o impedimento da expurgação do património do devedor em benefício da sua recuperação, podendo, no entanto, dispor o protocolo em sentido diverso, nomeadamente, permitindo a continuidade do processo de insolvência.

A menos que seja em benefício do devedor e que tal preveja a extinção do processo de insolvência, não vislumbramos qualquer outra vantagem em conceder às partes autonomia para decidir a eventual prossecução do processo de insolvência até à sua declaração. Se a mesma fosse declarada, então o RERE era insuscetível de aplicação por força do art. 3º, n.º 1 al. b) do RERE. Não sendo declarada, não produziria qualquer efeito. Deste modo, pensamos que não deve estar na disponibilidade das partes o acordo em continuar com o processo de insolvência.

Diversamente dispõe o n.º 2 do art. 11º do RERE, isto é, a regra geral quanto a ações executivas contra o devedor, é a extinção das mesmas, a mesmo que o acordo preveja a sua suspensão.

⁶⁹ Diretiva do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

No nosso entendimento, é pertinente esta abordagem do legislador uma vez que não prevê a possibilidade de prossecução das mesmas, privilegiando assim a recuperação em vez da execução do património.

A articulação entre o RERE e os processos em curso, são da responsabilidade do Conservador, a quem compete, nos termos do art. 11º, n.º 4 do RERE, informar do depósito do protocolo aos respetivos tribunais onde correm as ações.

Dispõe ainda o n.º 3 do art. 11º do RERE que os credores que não hajam subscrito o acordo, não são afetados por esta norma, sobressaindo assim a voluntariedade ao RERE associada.

É assim, nosso entendimento que os credores que não hajam subscrito o acordo, não devam poder instaurar ações de cobrança contra o devedor. Assumimos esta posição por dois motivos: se assim fosse não existiria o comprometimento do património do devedor e tal poderia consubstanciar numa forma de motivação do credor em participar no acordo, privilegiando assim a recuperação do seu devedor em detrimento da liquidação do seu património. Note-se que o acesso desses credores aos tribunais não ficaria comprometido se existisse normal legal no RERE que o proibisse (art. 2º, n.º 2 do CPC)⁷⁰.

O RERE é omissivo quanto às ações coercivas em que o devedor seja credor ou exequente. Nestes casos, existindo uma possibilidade de recuperação do crédito exequendo ou recebimento por conta do devedor, pensamos que não se devem suspender tais ações, devendo, no entanto os credores do devedor ter conhecimento da(s) mesma(s).

Ainda que não seja uma ação, importa desde já referir que, durante a fase das negociações, é vedado ao devedor a submissão ao regime jurídico do RERE de outro processo de negociação (art. 18º do RERE). Pensamos que a este respeito, o legislador pretende acautelar os interesses dos credores, unificando e centralizando a problemática num só procedimento, isto é, além de agilizar com a celeridade possível a recuperação do devedor, impede que o devedor possa paralela e simultaneamente iniciar outra recuperação.

O ponto de vista que o legislador aqui adotou, foi a proteção dos interesses dos credores, bem como a ideia que o devedor que está a ser recuperado por esta via, seja vista na ótica da recuperação e não no ressarcimento prévio e antecipado aos credores intervenientes.

⁷⁰ Ensina José Machado (2017, pp 98-103) que na Alemanha, em matéria de recuperação extrajudicial, em alternativa ao *Insolvenzplan*, existe um regime extrajudicial, designado *Vorbereitung Einer Sanierung* que profbe na fase de negociações a instauração de ações de natureza executiva contra o devedor (cfr. 270 b(2) e 21(2), *InsO*), adotando o ordenamento jurídico italiano, no *Accordi de Ristrutturazione*, a mesma perspetiva.

2.4.4.4 Sobre os prestadores de serviços essenciais

Os prestadores de serviços essenciais⁷¹ ficam impedidos de interromper os serviços ao devedor por dívidas deste, anteriores ao depósito do protocolo de negociação. Tal não afeta o crédito dos prestadores de serviços perante o devedor, apenas lhe retira a exigibilidade necessária para obrigar ao cumprimento, motivos pelos quais estes não podem ser interrompidos durante o prazo estipulado no protocolo (máximo 3 meses), podendo, no entanto, e caso o fornecedor desse serviço integrar o elenco de credores envolvidos no protocolo, ser acordado um prazo mais longo, cabendo sempre ao devedor o dever de informação aos seus prestadores de serviços essenciais que se encontra depositado o protocolo de negociação com vista à sua recuperação.

Após o depósito do protocolo na Conservatória, ao abrigo do art. 12º, n.º4 do RERE, se o devedor incumprir pontualmente com o pagamento dos serviços prestados, cessa a obrigação da manutenção do fornecimento dos mesmos por parte dos fornecedores.

Concordamos com esta abordagem do legislador uma vez que, se os créditos dos fornecedores de serviços essenciais durante esta fase fossem exigíveis e por esse motivo pudessem cessar o fornecimento dos mesmos devido ao incumprimento, isso poderia colocar em causa a atividade que o devedor tem o dever de manter e consequentemente comprometer o sucesso da recuperação.

Se, por um lado, o legislador torna o crédito inexigível durante um período de tempo, por outro lado, considera que caso o devedor seja declarado insolvente no prazo de dois anos após o depósito do protocolo de negociação, que a dívida deste ao fornecedor de serviços essenciais que foi obrigado a não suspender o serviço por força da lei, constitui dívida da massa insolvente, beneficiando nos demais casos de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

Afinal, da mesma forma que existe uma possibilidade de recuperação por parte do devedor e aumento da liquidez necessária para fazer face aos compromissos, é possível também que ocorra a situação inversa, ou seja, o incumprimento generalizado de obrigações e o enquadramento do devedor numa situação de insolvência.

⁷¹ Conforme art. 1º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho e art. 12º, n.º 1 do RERE, são serviços essenciais: *água, energia elétrica, gás natural ou petrolíferos liquefeitos canalizados, comunicações eletrónicas, postais, recolha e tratamento de águas residuais e gestão de resíduos de sólidos urbanos.*

2.4.5 Negociação do acordo de reestruturação

A secção III do RERE é dedicada às negociações do acordo de reestruturação que têm como ideal culminar com a obtenção do acordo de reestruturação entre os credores e um devedor em situação de insolvência meramente iminente ou económica difícil e por isso, possível de recuperar.

Como afirma José Machado (2017, p. 218), a viabilidade pode ser económica ou financeira, isto é, pode o devedor ser “*recuperado ou viabilizado por medidas de natureza económica (novo modelo de gestão, novos projetos, novos mercados, novos produtos, novas estratégias de marketing), como por medidas financeiras (concessão de novos financiamentos, reestruturação de dívidas, perdão de juros, concessão de período de carência)*”.

Note-se que, diversamente do que dispunha toda a legislação em matéria de recuperação de créditos, inexistente qualquer direito ou percentagem de votos associadas ao acordo para votação do mesmo. Existindo uma proposta de acordo, os credores, com mais ou menos flexibilidade da sua parte, ou aceitam os termos, ou não, sendo que, neste caso, os termos acordados com os outros credores não lhes são aplicáveis.

2.4.6 Participação nas negociações

Para acompanhar e participar nas negociações, conforme consta do art. 14º do RERE, no caso de não ter sido nomeado previamente, pode o devedor solicitar no decurso das negociações a nomeação de um mediador de recuperação de empresas, cujo estatuto, aprovado pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro será posteriormente abordado de uma forma detalhada no capítulo subsequente da presente dissertação.

Não obstante a nomeação de um mediador de recuperação de empresas, podem os credores no decurso das negociações⁷² designar um credor líder que assumirá um papel preferencial de interlocução entre os demais credores e o devedor, ou alternativamente, poderá ser designado mais que um credor líder quando os demais considerarem que os seus interesses ficam sobre uma melhor tutela se for constituído mais que um credor líder (art. 14º, n.º 2 al. a) do RERE).

⁷² Ao abrigo do art. 7º, n.º 4 al. b) do RERE, o credor líder e/ou o mediador de recuperação de empresas podem já estar identificados no protocolo. Entendemos que, caso a sua identificação já exista, não deve, sem motivo justificativo (eventual violação de deveres), serem desnomeados. No entanto, caso ainda não estejam identificados, podem-no ser no decurso das negociações.

Poderá ainda, nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 14º do RERE, ser designado um comité de credores que desempenhará funções de acompanhamento da atividade do devedor e de assessoria à interlocução entre estes e o devedor, devendo porém as funções do comité de credores ser previamente (no âmbito do protocolo de negociação, cfr. art. 7º, n.º 4 al. c) do RERE) definidas entre as partes.

À semelhança da comissão de credores no âmbito do art. 66º do CIRE, o comité de credores tem natureza facultativa, podendo ser constituído o comité de credores por acordo entre os credores.

Pese embora o RERE seja omissivo quanto à estrutura do comité de credores, salvo melhor opinião, pensamos que a mesma deverá constar na deliberação proveniente do acordo em criar este órgão para o desempenho de funções estabelecido no art. 14º, n.º 2 al. b) do RERE.

Nos termos do art. 14º, n.º 3, a Autoridade Tributária, a Segurança Social bem como os trabalhadores e organizações representativas destes, tem uma participação obrigatória nas negociações, termos supra abordados no ponto 2.3.1, a respeito da voluntariedade. Não obstante, relativamente aos credores públicos a sua forma de negociação, não pode violar o disposto no art. 30º da LGT, assunto que dedicaremos o subcapítulo subsequente.

2.4.7 Negociação de créditos tributários

Conforme o art. 30º, n.º 2 da LGT, os créditos tributários são indisponíveis e subjacentes ao princípio da legalidade tributária e igualdade, não podendo ser afastada a indisponibilidade por lei especial (art. 30º, n.º 3 da LGT)⁷³.

A indisponibilidade do crédito tributário é considerada pela doutrina um princípio basilar do Direito Tributário uma vez que por força do mesmo, a Autoridade Tributária fica vedada quanto à disposição ou renúncia dos seus créditos. Vítor Faveiro (2002, p. 704-705) entende que *“a indisponibilidade dos créditos tributários é um princípio subjacente à ordem constitucional, ou seja em tudo que, por ato administrativo, possa implicar a afetação do princípio da igualdade e legalidade na distribuição do dever de contribuir e na correspondência de tal dever com a capacidade contributiva tomada como base da lei tributária”*.

⁷³ De acordo com Suzana Silva e Marta Santos (2012, pp. 4-9) ao abrigo do art. 36º 1 da LGT, a obrigação tributária constitui-se com o facto tributário, não podendo os elementos essenciais da relação jurídica tributária serem alterados por vontade das partes (n.º 2 do art. 36º LGT), revelando esta norma o “carácter *ex lege* da obrigação fiscal”.

Não nos surpreende esta posição da doutrina uma vez que a consagração dos créditos tributários visa a prossecução do interesse público com a satisfação das necessidades coletivas, promovendo a justiça social, igualdade de oportunidades e a correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (art. 5º 1 LGT).

Na opinião das autoras Suzana Silva e Marta Santos (2012, pp. 4-9), a origem da indisponibilidade do crédito tributário reside no carácter *ex lege* da obrigação tributária fundamentando a sua posição com o “facto da Fazenda Pública estar a exigir créditos fiscais pertencentes ao Estado (...) que justifica o facto de as condições para a redução ou extinção desses créditos tributários dependerem de normas legais e não ficarem assim na disponibilidade da Administração Tributária, assegurando-se, desta forma o respeito pelo princípio da igualdade (art. 30º, n.º 2 LGT) (...) prevalecendo a indisponibilidade do crédito tributário sobre qualquer legislação especial, incluindo o regime da insolvência⁷⁴”.

O legislador nacional, ao considerar a indisponibilidade dos créditos tributários aquando da negociação do acordo, não acolhe o constante no ponto 2.19 do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica⁷⁵ quando refere que a “*lei tributária deve ser revista com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas*”.

Na nossa opinião, da mesma maneira que a prossecução do interesse público é crucial, a continuidade e a preservação do tecido empresarial não se deve olvidar. Deste modo, consideramos que no âmbito da celebração de acordo que visem a recuperação do devedor, não deve o credor estado criar impedimentos ou barreiras que dificultem a recuperação.

Assim, dentro do princípio da legalidade a que o credor estado está adstrito, consideramos que com vista à manutenção do interesse público na manutenção do tecido empresarial, o princípio da legalidade deva ser alargado e sem que, no entanto, prescindam o credor público do seu crédito mas tornando-se flexível à semelhança dos outros credores.

2.4.8 Encerramento das negociações

As negociações terminam pelos motivos expostos no art. 16º do RERE, nomeadamente: com o depósito do acordo de reestruturação; com o depósito por parte do devedor da comunicação aos credores intervenientes no protocolo de negociação em como não existem condições

⁷⁴ Com exceção das normas especiais, vide DL 151-A/2013, de 13 de outubro

⁷⁵ Disponível em https://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

para prosseguir com as negociações; após o término do prazo previsto no protocolo sem que o acordo seja submetido a registro; se no decurso do prazo das negociações o devedor se apresentar à insolvência ou for declarado insolvente em processo de insolvência requerido por um credor.

Ao abrigo do art. 17º do RERE, a Conservatória do Registo Comercial, nos termos do Processo Especial de Registo do RERE, mediante requerimento, regista o encerramento das negociações identificando o motivo. Relativamente à publicidade do registo, a mesma irá depender daquilo que as partes tenham decidido previamente no protocolo a respeito da confidencialidade, nomeadamente se o mesmo princípio se aplica ao registo.

Caso as partes tenham atribuído carácter público às negociações, a Conservatória dá a publicidade ao registo mediante anúncio publicado relativo ao termo das negociações e causa de encerramento, indicando se foi ou não alcançado o acordo de reestruturação.

Realçamos a importância do prazo para as negociações (máximo de três meses, cfr. art. 6º, n.º 5 do RERE) uma vez que o mesmo é preclusivo na medida em que, caso decorra o prazo estipulado no protocolo sem que seja o acordo submetido a registro, existe um motivo de encerramento que a Conservatória deve registar, conferindo-lhe, ou não, publicidade consoante o disposto no protocolo de negociação.

No n.º 3 do art. 17º do RERE, o legislador consagrou que os fornecedores de serviços essenciais e processos judiciais em curso devidamente identificados no protocolo de negociação, são informados do encerramento das negociações, não dizendo porém qual é a entidade responsável por comunicar.

Sendo a epígrafe do art. 17º do RERE “*registo e publicidade do encerramento*” e não sendo um dever do devedor (art. 9º do RERE), somos da opinião que compete à Conservatória do Registo Comercial efetuar essa comunicação. No entanto, caso as partes tenham conferido carácter público às negociações e que por esse motivo subsista um edital para a comunicação do encerramento, partilhamos da opinião que deixa de fazer sentido que exista um dever acrescido da Conservatória em comunicar às entidades que prestam serviços essenciais e aos processos judiciais, sendo bastante a publicação do edital.

Não obstante, caso não haja sido derogado o princípio da confidencialidade, então as entidades prestadoras de serviços essenciais bem como os processos judiciais em curso, têm de ser informados pela Conservatória, preferencialmente por via eletrónica.

Reconhecemos que é um esforço adicional e um dever adicional para as Conservatórias que poderia ser, eventualmente, transferido para o devedor. No entanto, salvo melhor opinião, esgota-se essa possibilidade com a necessidade da conservatória qualificar o registo obrigatório que irá marcar o início da produção de efeitos entre o devedor e cada um dos credores.

Ora, já que a Conservatória vai analisar se o acordo é revestido de confidencialidade, então, poderá agir em conformidade, informando as entidades constantes do art. 17º, n.º 3 do RERE de modo a que os efeitos do depósito do acordo possam produzir efeitos nos termos do art. 16º, n.º 2 do RERE.

Ao abrigo do art. 18 n.º 2 do RERE, concluídas as negociações, inexistente qualquer impedimento de serem celebrados novos acordos, com os mesmos ou com outros credores, desde que não viole os termos específicos do acordo anteriormente celebrado por via do RERE.

Se por um lado, consagra o legislador a liberdade de celebração de novo acordo, por outro lado afasta o legislador a possibilidade de violar os termos do acordo que, nos termos do RERE, existe.

Tecemos algumas considerações. Concordamos com o legislador em permitir a possibilidade de obtenção de novo acordo nos termos do RERE, no entanto, mostramos alguma preocupação na medida em que o mesmo possa ser utilizado pelos devedores como forma dilatória de contornar a sua situação financeira, obstando e suspendendo as execuções e não se recuperar efetivamente, tendo ainda mais impacto no caso de não ter sido obtido acordo.

2.5 Acordo de reestruturação

O objetivo primordial do RERE é a obtenção do acordo entre as partes. Assim, encerrando as negociações com a obtenção de acordo, este deverá obedecer a requisitos de forma e conteúdo, seguidamente abordados.

2.5.1 Forma do acordo

Nos termos do art. 20º do RERE, formalmente, o acordo tem de ser reduzido a escrito e o seu conteúdo integralmente aceite, ainda que por termo de adesão, sendo necessária a assinatura reconhecida⁷⁶ por parte dos subscritores.

Pese embora o art. 20º do RERE não o especifique em concreto, é nosso entendimento que os titulares de garantias sobre obrigações do devedor ou os condevedores, na medida do consentimento que concedem ao acordo na parte que versa sobre a sua obrigação em específico, devem assinar de igual modo o conteúdo do acordo, sendo igualmente reconhecidas as suas assinaturas.

Quanto à forma do mesmo, deverá assumir a forma mais solene exigida, consoante o tipo de negócio jurídico que foi celebrado, isto é, se em causa estiver, por exemplo, a celebração de um negócio jurídico que inclua a transmissão ou alienação de bens imóveis, este, nos termos do art. 875º do CC deverá ser celebrado por documento particular autenticado ou escritura pública.

Pese embora o art. 34º do RERE conceda uma isenção emolumentar aos registos celebrados no âmbito do mesmo e que sejam relativos à execução dos atos previstos no acordo de reestruturação, salvo melhor entendimento, tal não prejudica o pagamento de emolumentos de atos de registo associados à transmissão de bens ou titularidades de participações sociais a eles adstritos.

Nos termos do art. 22º do RERE, obtendo as partes o acordo e apondo nele as suas assinaturas, este deverá ser sujeito a depósito eletrónico na Conservatória do Registo Comercial, a requerimento do devedor ou de qualquer credor, ao abrigo do Processo Especial de Depósito do RERE.

2.5.2 Conteúdo do acordo

O acordo deve versar sobre os termos da reestruturação da atividade económica do devedor, o seu passivo, a sua estrutura legal, os novos financiamentos a conceder ao devedor, bem como sobre as novas garantias a prestar por este. É ainda acompanhado de declaração

⁷⁶ O reconhecimento de assinaturas, conforme art. 153º do CN, podem ser simples (respeita à letra e assinatura ou só à assinatura do signatário do documento) ou com menções especiais (que inclui, por exigência da lei ou a pedido do interessado, a menção de qualquer circunstância especial que se refira a estes, aos signatários ou aos rogantes e que seja conhecida do notário ou por ele verificada em face do documentos exibidos e referenciados no termo).

emitida por Revisor Oficial de Contas de modo a que este certifique que o devedor não se encontra em situação de insolvência além de certificar o passivo total do devedor, calculado nos termos do art. 3º, n.º 3 do CIRE (art. 19º do RERE que acolhe o disposto no art. 8º, n.º 1 (g) da Diretiva⁷⁷).

O legislador prevê que nesta fase, haja a intervenção de ROC, enquanto entidade especializada, para emitir a declaração supra referida. Salvo melhor entendimento, esta intervenção do ROC, era importante que pudesse ser antecipada aquando do diagnóstico à situação económico-financeira do devedor.

Adotamos este entendimento por dois motivos: em primeiro lugar, deixaria os credores mais confortáveis uma vez que já tinha existido uma análise externa por profissional certificado para o efeito; em segundo lugar a garantia da imparcialidade ficava ainda mais vincada.

Projetando, a título de exemplo, uma situação prática, imaginemos que no decurso das negociações o devedor fica numa situação de insolvência e não o informa aos credores. Neste caso, pensamos que seria benéfico para todo o procedimento, ficar na fase de diagnóstico ressalvado que a situação económica do devedor não lhe permitia iniciar a sua recuperação por via do RERE.

Não obstante a nossa posição quanto a uma intervenção do ROC numa fase de diagnóstico, concordamos com a intervenção do ROC para os efeitos consagrados no art. 19º do RERE.

A intervenção do ROC/Contabilista Certificado, não obstava a que o princípio da boa fé fosse colocado em causa, tendo assim o devedor o dever de entregar toda a documentação necessária⁷⁸ para que o ROC pudesse aferir da situação real e concreta.

Não obstante as competências de um ROC, o art. 18º do Estatuto do mediador de recuperação de empresas, confere ao mediador de recuperação de empresas, competências para analisar a situação económico-financeira do devedor, aferindo em conjunto com este as suas perspectivas de recuperação, auxiliando o devedor na elaboração de uma proposta de acordo de reestruturação e nas negociações entre o devedor e os seus credores.

Pese embora o mediador de recuperação de empresas não tenha as competências necessárias para emitir a certidão nos termos do art. 19º, n.º 2 do RERE e a mesma seja de emissão

⁷⁷ Diretiva do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação

⁷⁸ Conforme supra abordado, ao abrigo do art. 7º, n.º 3 al. b) do RERE, o protocolo de negociação é acompanhado dos documentos de prestação de contas relativos aos três últimos exercícios.

exclusiva pelo ROC, o mediador de recuperação de empresas, poderá também nesta fase do procedimento, caso assim as partes o entendam, desempenhar um papel de orientação e de ligação entre o devedor e os credores, agilizando o conteúdo do acordo consoante o que as partes entendam que é preferível para si enquanto credor/devedor mas também, tendo a consciência dos objetivos comuns a todos os intervenientes: a recuperação do devedor.

A acompanhar o acordo de reestruturação, deverá ser junta uma lista de todas as ações judiciais em curso contra o devedor, movidas por entidades que sejam parte do acordo de modo a que o mesmo produza efeitos processuais sobre os processos em curso e infra abordados (art. 19º, n.º 2 al. b) do RERE).

Acolhendo o legislador nacional a Diretiva⁷⁹ (art. 14º, n.º 2), o acordo poderá incidir sobre a totalidade ou sobre parte dos créditos que sejam detidos pelos credores nele participantes, não afetando o acordo os credores que não subscreveram nem o protocolo e, conseqüentemente, não participaram nas negociações.

Esta possibilidade, consagrada no n.º 3 do art. 19º do RERE, salvo melhor entendimento, reflete a flexibilidade do legislador em atribuir às partes o poder de optarem pelo acordo que melhor visa a satisfação dos credores sem prejuízo da recuperação económica do devedor. Existindo uma obrigatoriedade do acordo versar sobre a totalidade dos créditos, poderia comprometer não só o princípio da autonomia privada como também o sucesso da recuperação.

2.5.3 Impacto do acordo na esfera jurídica de terceiros

O acordo, pode, naturalmente, versar a respeito de obrigações em que o devedor não seja o único titular, isto é, em causa podem estar direitos de crédito sobre este, garantias pelo devedor prestadas ou obrigações em que seja condevedor.

Relativamente aos direitos de crédito sobre o devedor, bem como às garantias sobre os seus bens, só são afetados na medida em que se encontra contratualmente consagrado no acordo, mantendo-se inalterada a situação se nada constar ou se o titular dos créditos/garantias não intervir no acordo (art. 19º, n.º 5 do RERE).

⁷⁹ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

Caso o devedor tenha obrigações comuns com outros condevedores ou tenha sobre as suas obrigações garantias de terceiros, existindo uma redução dessa obrigação em virtude da celebração do acordo, os terceiros garantes ou condevedores são afetados na medida e que as suas responsabilidades são também reduzidas nos exatos termos acordados (art. 19º, n.º 7 do RERE).

A este respeito, tecemos algumas considerações. Uma obrigação comum, quer por via da solidariedade quer por via da subsidiariedade, tem a intervenção de todos os devedores. Somos da opinião que, ainda que seja em potencial benefício dos condevedores ou garantes, estes verem a alteração da mediada da sua responsabilidade por aquela obrigação, não pode ocorrer à revelia destes. Assim, ainda que seja para seu benefício, havendo a possibilidade de alteração das condições contratuais iniciais, devem obrigatoriamente estar presentes os titulares de garantias da obrigação em causa assim como os condevedores, dando assim o seu consentimento aos termos do acordo que diretamente afete o seu património.

O princípio da voluntariedade não fica, salvo melhor opinião, colocado em causa uma vez que, fora do âmbito do RERE, já existe essa obrigatoriedade de consentimento, consagrando assim a segurança jurídica associada à celebração de negócios.

Deste modo, devem os titulares de garantias sobre obrigações do devedor adstritas ao acordo de reestruturação e seus condevedores estar presentes e darem o seu consentimento aos eventuais novos termos na negociação do crédito que lhes diz respeito, sob pena do mesmo não se poder renegociar e manter os termos iniciais contratados.

Conforme art. 19º, n.º 8 do RERE, os trabalhadores do devedor não podem ser prejudicados quanto às obrigações do devedor para com estes por força do termos do acordo de reestruturação. Esta foi uma alteração introduzida por via da discussão parlamentar⁸⁰ e no nosso entendimento, bem, uma vez que os trabalhadores se forem afetados, por exemplo, ao nível da retribuição, trará um forte impacto nas famílias e no conseqüente cumprimento pontual de obrigações daqueles.

O art. 19º do RERE, reflete não só o princípio da autonomia privada além de salvaguardar a segurança jurídica dos negócios jurídicos anteriormente celebrados.

⁸⁰ Alteração proposta pelo PCP com votos a favor do PS, BE e PCP; abstenção do PSD e do CDS-PP.

2.5.4 Vícios do acordo

Não cumprindo o acordo os requisitos de forma ou sendo celebrado com violação de requisito de conteúdo, este padece de um vício.

Os vícios de forma, podem, facilmente serem sanados com a correção do mesmo, nomeadamente, submetendo à forma mais solene exigida; ou, por exemplo, serem juntos posteriormente os documentos que devam ser anexos ao conteúdo do acordo ou inclusive, ao protocolo de negociação.

Em conformidade com o art. 8º, n.º 6 e art. 19º, n.º 4 do RERE, a nulidade é o vício do qual padece a violação de requisitos de conteúdo ou formalidades. A nulidade, pode ser arguida a todo o tempo e por qualquer interessado.

Nos termos do art. 8º, n.º 6 do RERE, a Autoridade Tributária, a Segurança Social e os trabalhadores são obrigatoriamente informados do depósito do protocolo de negociação e do seu conteúdo, sempre que sejam titulares de créditos sobre o devedor, sob pena de originar a nulidade do protocolo de negociação e todos os atos a ele inerentes.

Caso o devedor e algum dos seus credores participantes, no lapso de tempo entre o início das negociações e na pendência do acordo de reestruturação, celebre de forma ‘paralela’ e extra acordo, algum negócio jurídico que tenha como objeto o assumir de responsabilidades, garantias, ou direitos que versem de forma diferente do acordo, então esse negócio, nos termos do art. 19º, n.º 4 do RERE, é nulo.

O legislador ao referir que o vício subjacente à celebração de “negócios paralelos” durante o período de tempo já referido, é a nulidade, está, salvo melhor opinião, a salvaguardar os interesses dos credores bem como está a zelar pelo cumprimento com sucesso do acordo de reestruturação.

2.6 Efeitos do acordo de reestruturação

Uma vez celebrado, depositado na Conservatória competente, o acordo de reestruturação começa a produzir os seus efeitos. Apesar do acordo poder dispor em sentido diverso, ao abrigo do art. 23º, n.º 2 do RERE, a produção de efeitos é para o futuro e tem impacto ao nível das garantias, processuais, societários e fiscais, os quais, seguidamente, abordaremos.

2.6.1 Sobre as garantias

No caso do acordo de reestruturação afetar as garantias já pré-existentes, o consentimento dos seus beneficiários tem de constar em anexo ao acordo. Porém, para constituição de novas garantias ou modificação às garantias que o devedor preste, inexistente a necessidade da sua junção ao acordo, sendo no entanto uma possibilidade que este tem.

A formalização destas garantias que o devedor dá seja a nível pessoal ou real, decorrem dos termos gerais consoante a garantia em causa.

É nosso entendimento que as garantias dadas por terceiros referentes a obrigações do devedor, tenham a produção dos efeitos constantes no art. 24º do RERE.

2.6.2 Processuais

Os efeitos processuais estão plasmados no art. 25º do RERE e o depósito do acordo de reestruturação junto da Conservatória implica a imediata extinção dos processos judiciais declarativos, executivos ou de natureza cautelar, que respeitem a créditos incluídos no acordo. Caso se encontre em curso um processo de insolvência instaurado por credor interveniente no acordo e desde que ainda não tenha sido declarada, implica a imediata extinção do processo.

Situação diversa é a constante no art. 11º do RERE em que o processo de insolvência suspende por força do depósito do protocolo de negociação na Conservatória (situação já supra abordada no ponto 2.4.3.3).

Pensamos que a extinção dos processos judiciais, sem mais, é um efeito demasiado radical uma vez que, à semelhança da analogia que se efetua entre o processo executivo e o processo de insolvência, insolvendo o executado, são verificados em sede de execução os pressupostos de suspensão (art. 88º CIRE) uma vez que no decurso da insolvência a situação pode reverter favoravelmente ao devedor insolvente.

Deste modo, defendemos que o legislador deveria ter optado pela suspensão dos processos executivos e de insolvência (ainda não decretada) enquanto durarem os termos do acordo ou, mantendo-se a extinção da execução, deveria ser atribuída a possibilidade de renovação da instância, nos termos infra abordados.

Não obstante, compreendemos o legislador em considerar a extinção como efeito processual uma vez que uma das bases de todo este regime é a diminuição da pendência processual,

nomeadamente em sede executiva, não fazendo por isso sentido que se mantivesse um processo suspenso enquanto o acordo de reestruturação se mantiver.

Fazemos uma distinção clara daqueles que poderiam ser os efeitos processuais no processo de insolvência (ainda não decretada) e no processo de execução e procedimentos cautelares.

Assim, consideramos que a extinção do processo de insolvência (ainda não decretada) é a solução mais acertada uma vez que é ilógico a pendência de um processo urgente quando o próprio tribunal ainda não aferiu da situação económico-financeira do devedor e que, na vigência do acordo, poderá o devedor insolver e ele próprio apresentar-se à insolvência.

Por outro lado, dentro dos processos executivos pendentes, deveria ser efetuada uma distinção entre os processos em que os subscritores são parte, daqueles em que não o são.

Relativamente ao processos executivos em que os subscritores do acordo são parte, concordamos que os mesmos sejam extintos, com a possibilidade de renovação nos termos do art. 850º CPC, uma vez que caso o acordo se frustrar, poderá a execução renascer para cobrança coerciva do seu crédito, situação que abordaremos com mais detalhe, aquando dos efeitos do incumprimento do acordo.

Quanto aos processos executivos em que o credor subscritor do acordo não é exequente, então faz sentido que o mesmo seja suspenso da mesma forma que a execução fica suspensa quando no decurso da mesma surge uma situação de insolvência ou PER (art. 88º CIRE), uma vez que a execução coerciva e a penhora de bens a favor de um dos credores que não interveio no acordo, poderá obstar ao sucesso do mesmo, prejudicando a recuperação do devedor. Por outro lado, levanta-se a questão da liberdade que esse credor possui em optar ou não pela via extrajudicial ou judicial, não podendo ser também este prejudicado na recuperação do seu crédito exequendo.

Como proposta de solução, parece-nos que uma simples notificação ao exequente por parte do tribunal, na fase protocolar, seria fator bastante para que este pudesse optar em, sem prejuízo da execução em curso, resolver de forma extrajudicial o seu crédito. Na hipótese deste credor concordar em fazer parte da recuperação do devedor por via do RERE, então fazia sentido que a execução se extinguisse por força do acordo, existindo sempre a possibilidade de renovação. Caso o credor, ao abrigo do princípio da voluntariedade, se negasse a participar na recuperação do devedor por via do RERE, então, salvo melhor opinião, não deveria a execução prosseguir uma vez que isso iria colocar em causa o sucesso da recuperação do devedor.

A voluntariedade subjacente a todo este regime, impede o legislador de obrigar a que o credor exequente participe e adira ao RERE, mas não impede o legislador de obrigar o tribunal, atribuindo-lhes essa competência específica, para convidar o credor a participar.

Privilegiando o legislador a extinção dos processos em detrimento da sua suspensão, salvo melhor entendimento, deveria o legislador ter consagrado a possibilidade de renovação da instância executiva para o caso do acordo de reestruturação fracassar.

Existindo coligação⁸¹ ou litisconsórcio⁸², os efeitos processuais apenas se verificam relativamente às entidades que sejam parte no acordo de reestruturação.

Por via da discussão parlamentar, foi introduzido o n.º 3 do art. 25º do RERE que exclui os processos laborais, sejam estes declarativos, executivos ou cautelares. Assim, existindo um processo de natureza laboral, o mesmo não se extingue nem suspende por força do acordo de reestruturação, a menos que o mesmo verse em sentido contrário.

Compete ao Conservador comunicar no prazo de 3 dias úteis ao Tribunal onde correm os autos, o depósito do acordo de reestruturação, devendo o conservador utilizar a informação constante na lista de processos judiciais anexa que é entregue com o pedido de registo do protocolo de negociação.

2.6.3 Societários

Ao nível societário, a obtenção e depósito do acordo, produz efeitos desde que as alterações aos estatutos sejam efetuadas com as formalidades necessárias à sua efetivação, ou seja, o depósito na conservatória não é bastante para que o registo à alteração, por exemplo dos estatutos societários, seja possível (art. 26º do RERE).

Ensina Coutinho de Abreu (2002, p. 140) que os estatutos, são “negócios jurídicos expressivos de ordenação baseada na vontade dos sócios fundadores (e, quando seja caso disso, dos sócios participantes as alterações estatutárias)”.

⁸¹ A pluralidade de partes pode verificar-se através da coligação que António Machado e Paulo Pimenta (2011, p. 83) definem como “na coligação, há pluralidade de partes e pluralidade correspondente de relações materiais controvertidas” o que significa que a causa de pedir é distinta de sujeito para sujeito mas que aproveitam todos a mesma ação para fazer valer a sua pretensão em juízo.

⁸² Segundo António Machado e Paulo Pimenta (2011, p. 78), litisconsórcio ocorre “quando se discute em juízo uma determinada relação jurídica que envolve diversos sujeitos, os quais, por isso são partes na ação. Quer dizer, à unicidade da relação controvertida corresponde uma pluralidade de partes”, ou seja, independentemente do número de sujeitos em juízo, a causa de pedir é a mesma para todos eles.

Uma questão se levanta a respeito, nomeadamente a de saber se é bastante a assinatura dos sócios no acordo para que este possa produzir efeitos ou se aprovação do mesmo tem de ser sujeita a assembleia. Na nossa opinião, é bastante a assinatura do(s) sócio(s) que conforme os estatutos sociais tenha poderes para obrigar a sociedade.

No entanto, qualquer alteração no pacto social só é possível fazer por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social ou por número maior de votos que o pacto social exija (arts. 85º e 246º, n.º 1 al. h) e 265º, todos do CSC).

Assim, prevendo o acordo de reestruturação a alteração ao pacto social, o depósito do acordo não produzirá, por si só, efeitos, existindo a necessidade de deliberação dos sócios em assembleia a respeito.

2.6.4 Fiscais

O depósito do acordo produz também efeitos fiscais e desde que sejam reestruturados por via do acordo 30% do total do passivo não subordinado do devedor, gozam as partes por força do art. 27º do RERE os benefícios constantes nos artigos 268º a 270º do CIRE, nomeadamente benefícios em sede de IRC, imposto de selo e IMT. Caso alguma das partes subscritoras do acordo requeiram de forma fundamentada à AT, esta pode conceder que os efeitos se produzam mesmo que a percentagem total do passivo não subordinado seja inferior a 30%.

Os credores que detenham créditos subordinados com o devedor, apenas podem beneficiar dos benefícios, após autorização específica da AT que aprecia esse requerimento a apresentar pelo credor ou devedor.

De acordo com Luís Martins (2014, p. 525), relativamente ao benefício concedido em sede de IRC tem o seu impacto com a isenção concedida aquando a dação em cumprimento, cessão de bens e variação patrimonial positiva, nomeadamente as mais-valias geradas com a concretização destes atos não são consideradas para efeitos de matéria coletável do devedor.

Em sede de imposto de selo e de IMT⁸³, é concedida também uma isenção aos atos refletidos no art. 269º e 270º CIRE, respetivamente, de forma taxativa em que releva o ato em si e é desconsiderado pelo legislador a qualidade do interveniente que o aproveita.

⁸³ Urgem a respeito questões, nomeadamente se a transmissão onerosa de imóveis isoladamente da empresa ou do estabelecimento fica abrangida nos mesmos termos pela isenção. A Doutrina e a Jurisprudência dividiam-

Segundo Paiva e Januário (2014, p. 155) no âmbito do Processo de Insolvência, o reconhecimento dos benefícios é reconhecido de forma automática e não depende de procedimentos administrativos para o respetivo reconhecimento por parte da AT, cabendo ao tribunal reconhecer a isenção no caso de venda judicial ou ao notário caso a venda seja extrajudicial.

No RERE, ao abrigo do art. 27º, n.º 3, o legislador não prevê que seja automático o reconhecimento, exigindo que o acordo seja acompanhado de declaração, em língua portuguesa, do Revisor Oficial de Contas, certificando que o acordo versa sobre, pelo menos, 30 % do total do passivo não subordinado e que, em virtude do acordo de reestruturação, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada, por aumento da proporção do ativo sobre o passivo, e os capitais próprios do devedor são superiores ao capital social.

Uma vez que é permitido, desde que requerido, a AT pode autorizar que os efeitos fiscais se verifiquem quando não são atingidos os 30 % do passivo não subordinado, pensamos que a declaração do ROC referente à projeção do estado do devedor apenas faz sentido nesta situação dado que todo o acordo tem por base a reestruturação e recuperação do devedor, não podendo por esta via ficar em situação económico-financeira pior do que se encontrava antes da tomada de decisão de usar deste regime para se recuperar. Sendo necessário que sejam efetuadas adaptações funcionais, económicas e estruturais, salvo melhor opinião, está subjacente ao RERE o objetivo de reestruturação, motivo pelo qual consideramos desnecessário que o ROC certifique que o devedor fique numa posição de maior equilíbrio no caso de se reestruturar 30 % ou mais do seu passivo não subordinado.

se a respeito. Segundo o Parecer 166, de 28/05/2008 da DSJC, com Despacho Concordante do DGI, de 11/06/2008, a aplicação dos benefícios fiscais constantes no art. 270º, n.º 2 do CIRE dependia da integração dos bens imóveis na universalidade da empresa ou estabelecimento vendidos, permutados ou cedidos no âmbito de plano de Insolvência ou de pagamentos ou na liquidação da empresa insolvente. Porém, o Ac. STA 949/2011 de 30/05/2012 manifestou posição contrária no sentido de poder ser concedido de forma isolada o benefício desde que o enquadramento fosse o mesmo.

O Orçamento de Estado para 2014 (Lei n.º 83-C/2013, de 31/12) aditou o n.º 4 ao art. 68º-A da LGT e consagrou que *“a administração tributária deve rever as orientações genéricas referidas no n.º 1 atendendo, nomeadamente, à jurisprudência dos tribunais superiores”*. Pese embora tenha integrado o conjunto de normas jurídicas, a AT emitiu uma circular n.º 10/2015 em que considerava que *“a transmissão isolada de bens da empresa não está isenta, sendo necessário que a coisa vendida, permutada ou cedida abranja a universalidade da empresa insolvente ou um seu estabelecimento”*.

Recentemente e motivado pelo art. 68º-A n.º 4 da LGT a questão parece unânime, tendo a AT alterado a Circular n.º 10/2015 e manifestado outra posição na vigente Circular n.º 4/2017 que *“os atos de venda, permuta ou cessão, de forma isolada, de imóveis da empresa ou de estabelecimentos desta estão isentos de IMT, desde que integrados no âmbito de planos de insolvência, de pagamentos ou de recuperação ou praticados no âmbito da liquidação da massa insolvente”*.

A respeito do CIRC, o legislador estabelece no art. 27º, n.º 4 do RERE uma presunção legal em como os acordos de reestruturação que cumpram o disposto nos números 1 a 3, revestem para efeitos de dedução de prejuízos fiscais (art. 52º, n.º 12 CIRC), reconhecido interesse económico.

2.6.5 Resolução em benefício da massa insolvente

O legislador prevê no art. 28º do RERE que os negócios jurídicos celebrados em harmonia com o acordo de reestruturação, desde que sejam acompanhados pela declaração do ROC nos termos do art. 27º, n.º 3, são insuscetíveis de resolução em benefício da massa insolvente (art. 120º do CIRE) no caso do devedor ser ulteriormente declarado insolvente.

Ensina Luís Martins (2014, p. 316) que a resolução em benefício da massa, pretende “resolver atos praticados ou omitidos pelo insolvente no período anterior à data de início do processo”. Considera ainda o autor que os requisitos gerais da resolução em benefício da massa são a temporalidade (ato praticado nos dois anos anteriores à data do início do processo) e a prejudicialidade, na medida em que o ato praticado tem de ser prejudicial à massa insolvente no sentido de afetar os interesses dos credores, ou seja, implica uma diminuição da massa, ou u atraso no pagamento.

Não obstante, motivado na finalidade de recuperação do devedor por via da sua provisão com meios de financiamento e fundado no art. 28º, n.º 1 do RERE, conforme art. 120º, n.º 6 do CIRE, nem todos os atos podem ser resolvidos em benefício da massa, nomeadamente os negócios jurídicos que hajam compreendido a efetiva disponibilização ao devedor de novos créditos pecuniários, incluindo sob a forma de deferimento de pagamento, e a constituição, por este, de garantias respeitantes a tais créditos pecuniários.

Porém, ao abrigo do art. 28º, n.º 2 do RERE, se o novo financiamento tiver sido utilizado pelo devedor em benefício da respetiva entidade financiadora ou entidade com esta especialmente relacionada, nos termos do art. 49º do CIRE, então este negócio jurídico já é possível de resolução em benefício da massa o caso de uma declaração de insolvência superveniente por parte do devedor

2.7 Articulação com o PER

O legislador consagra no art. 29º do RERE a articulação entre o RERE e o PER. Assim, fazendo uma relação entre o RERE, o PER e o CIRE, *mutatis mutandis*, se o acordo for subscrito por credores que de forma originária ou ulterior (com declaração de adesão),

representem pelo menos um terço do total dos créditos⁸⁴ e o acordo for aprovado por pelo menos 2/3 da totalidade dos votos emitidos, correspondentes a créditos não subordinados, pode o devedor submetê-lo para iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação devendo para tal, previamente, acautelar que o acordo está em conformidade com o disposto no art. 17º I n.º 4 do CIRE, ou seja, que o requisito do quórum está preenchido.

Para Maria do Rosário Epifânio (2015, p. 91), o art. 17º I do CIRE regula uma modalidade de PER, mais abreviada e rápida, destinada à homologação de acordos extrajudiciais de recuperação. Neste caso, antes da abertura do PER, o devedor já celebrou acordo com os seus credores (que representem pelo menos a maioria dos votos prevista no art. 212º, n.º 1 do CIRE), não havendo em consequência no decurso do processo um período de negociações entre o devedor e os credores.

Ainda na senda da autora, se o juiz homologar o acordo, os credores ficam vinculados, mesmo aqueles que não tenham participado nas negociações, sendo notificada, publicitada e registada nos termos dos arts. 37º e 38º do CIRE.

Constituindo o acordo de reestruturação título executivo⁸⁵, a única vantagem que vislumbramos na sua homologação em sede de PER é a segurança jurídica associada ao acordo homologado.

O mesmo pensamos em relação à publicidade do acordo no portal *Citius*, isto é, sendo o acordo homologado publicado no portal *Citius*, a menos que o próprio acordo o permita, irá derrogar o importante princípio da confidencialidade. Defendemos assim que, provindo o acordo do RERE, a publicidade do acordo homologado deveria apenas ser efetuada caso o acordo de reestruturação o permitisse.

2.8 Incumprimento

Chegando as partes a acordo, existe sempre a possibilidade de incumprimento, pontual ou generalizado, por parte do devedor, em relação a um ou mais do que um credor (art. 30º RERE).

⁸⁴ De acordo com o art. 212º do CIRE, tem de estar presentes 1/3 do total de credores com direito de voto, e o plano tem de ser aprovado, por pelo menos por 2/3 da totalidade dos votos emitidos, correspondentes a créditos não subordinados.

⁸⁵ Desenvolveremos a questão em detalhe no ponto 2.9.

As partes podem acordar os efeitos do incumprimento, fazendo os mesmos constar no acordo, sob pena de nada versar a respeito, aplicar-se as normas constantes no art. 30º, n.º 2º do RERE.

Assim, um dos efeitos legalmente previstos é a possibilidade atribuída à parte afetada pelo incumprimento de resolver, quanto a si e de forma unilateral, o acordo.

Nos termos do art. 432º do CC, a resolução do contrato é admitida por força da lei ou mediante convenção das partes. Pires de Lima e Antunes Varela (2011, p. 409) consideram que a convenção pode coincidir com o próprio contrato, normalmente incluindo uma cláusula no mesmo, nada obstando que seja objeto de acordo posterior. Em termos gerais, à luz do art. 434º do CC, a resolução tem efeito retroativo, porém por Lei especial (art. 30º, n.º 3 do RERE) não tem a resolução unilateral efeitos retroativos ou tão pouco importa a repristinação dos termos originais da obrigação alterada no acordo de reestruturação, o que significa que os termos acordados se mantêm, apenas não podem ser nem alterados nem deixar de produzir efeitos, durando os mesmos até à resolução unilateral que só terá impacto no futuro.

À luz do art. 436º do CC, para que a resolução ocorra, é necessário que o credor lesado comunique ao devedor, mediante declaração. Mais uma vez, reforçamos a ideia que a forma de comunicação deverá constar no protocolo de negociação, sendo também salvaguardada a forma de comunicação, preferencialmente eletrónica, em caso de resolução unilateral por força do incumprimento. Esta forma de comunicação não ofende o disposto no art. 224º do CC quanto à forma da declaração negocial na medida em que o mesmo refere “*torna-se eficaz logo que chegue ao poder do destinatário ou dele é conhecida*”.

À semelhança das normas gerais do direito civil, o incumprimento de uma prestação legítima o credor a declarar imediatamente vencidas todas as demais prestações de que seja credor, constantes do acordo de reestruturação.

Pese embora o acordo de reestruturação verse sobre todos os credores e o acordado entre estes em sede de negociações, os credores não se relacionam entre si na medida em que o incumprimento com um dos credores implica o vencimento automático da sua obrigação constante no acordo, mas não obsta a que o credor que não tem a sua obrigação exigível, o possa fazer.

2.9 Executoriedade do acordo

Conforme n.º 4 do art. 30º do RERE, o acordo de reestruturação constitui título executivo⁸⁶ relativamente às obrigações pecuniárias nele assumidas pelo devedor.

O legislador, com esta consagração, integra o acordo de reestruturação no elenco taxativo dos títulos executivos constante no art. 703º, n.º 1 al. d) do CPC, reconhecendo assim a força probatória suficiente ao acordo de modo a que este, em caso de incumprimento, seja documento bastante para a cobrança coerciva do crédito exequendo.

Urgem algumas questões a respeito e vários cenários que tentaremos projetar na prática.

Ora, imaginemos que antes da celebração do acordo, se encontra pendente uma execução na qual exequente intervém no acordo e subscreve-o. O acordo começa a produzir efeitos e de acordo com o RERE, a execução, extinguir-se-á. No caso de incumprimento do acordo, o que poderá/deverá fazer o credor que outrora foi exequente mas que agora se mune de um título executivo diverso do título que serviu de base à ação executiva mas que versa sobre o mesmo crédito?

A resposta é complexa.

Sendo a relação cambiária subjacente a mesma, mas fundada em títulos diversos, pensamos que a “chave” reside no momento concreto da execução e no caso concreto. Assim, de modo geral, e de acordo com o RERE, partindo do princípio que a execução se extingue, se o credor com o qual o devedor incumpriu o acordo, intentar nova ação executiva com base no novo título, terá necessariamente na exposição dos factos alegados no requerimento executivo de justificar o motivo pelo qual o montante em dívida é diverso do título executivo

⁸⁶ Título executivo é o documento que se consubstancia no exteriorizar de uma obrigação entre as partes, que irá determinar os fins (art. 550º CPC) da ação executiva. Associado ao mesmo está uma presunção de veracidade e força probatória do mesmo, motivos pelos quais os embargos de executado em sede de oposição são tanto mais taxativos, consoante o tipo de título executivo em causa (art. 703º CPC).

Em termos processuais, o acordo de reestruturação seria título executivo por força do art. 703º, n.º 1 al. d) do CPC e consoante o valor da quantia exequenda (valor em dívida apenas referente ao credor exequente e não o valor total em dívida de todos os credores que constam do acordo) a forma de processo seria sumária, se o valor fosse inferior ao dobro da alçada da primeira instância, ou seja, 10.000,00 Euros (art. 550º, n.º 2 al. d) conjugado com o art. 44º da LOSJ) ou assumindo a forma de processo ordinária caso o valor excedesse os 10.000,00 Euros.

No caso do acordo de reestruturação fosse homologado nos termos do art. 29º da Proposta de Lei 84/XIII, então independentemente do valor da ação, a forma de processo seria sumária uma vez que ao abrigo do art. 705º do CPC, são equiparados às sentenças do ponto de vista executório, os despachos e quaisquer outras decisões ou atos da autoridade judicial que condenem ao cumprimento de uma obrigação.

bem como ter em conta os montantes já recebidos por via do acordo e/ou por via da execução que anteriormente decorria.

Pensamos que, se a possibilidade de renovação da instância fosse permitida conforme os termos do art. 850º do CPC, facilitava em muito o processado dado que o historial do processo já existia, os montantes recebidos/penhorados eram tidos em conta⁸⁷.

Certo é que, o credor ficaria munido de um outro título executivo que versava sobre a mesma relação cambiária mas que em nada afeta o devedor no caso de execução simultânea ou posterior uma vez que este, em sede de embargos de executado, opunha-se à execução com fundamento no caso julgado (art. 729º, al. f) se o acordo for homologado ou art. 731º do CPC).

Importa ainda referir o panorama da extinção da execução contra o devedor mas com existência de reclamações de créditos na execução, feita por credores públicos que não interferem no acordo de reestruturação em virtude da indisponibilidade dos seus créditos.

Se é verdade que a execução extingue contra o devedor, esta poderá prosseguir os seus termos para a venda de bens do devedor, sobre os quais tenham sido reclamados créditos. Esta situação afigura-se algo complexa uma vez que o bem que poderá fazer a diferença na tomada de decisão dos credores no âmbito do RERE, encontra-se penhorado e com as diligências em curso até à venda judicial.

Analisado de forma geral o RERE, será absolutamente crucial a abordagem e compreensão da figura do mediador de recuperação de empresas que desempenhará um papel preponderante na obtenção do acordo de reestruturação, bem como ao potencial impacto que este regime, inserido no contexto socioeconómico atual, possa deter a médio/longo prazo, o que procuraremos descortinar no capítulo seguinte.

⁸⁷ Na eventualidade de se encontrar um bem penhorado na execução, por exemplo, bem imóvel, e na execução os credores públicos já tivessem sido citados (art. 786º, n.º 2º CPC) e tivessem vindo reclamar créditos, se após esta fase e antes da venda o credor e o devedor chegassem a acordo por via do RERE, a execução extinguiu-se por força do acordo e prosseguia com os credores reclamantes para ressarcimento por via do produto da venda do bem sobre o qual reclamaram créditos. Ora, ainda antes da venda, se o devedor incumprisse o acordo, o anterior exequente e credor, potencial detentor de hipoteca voluntária, não faria sentido iniciar uma nova execução para cobrança coerciva. A possibilidade de renovação da instância quanto a este, mediante requerimento com atualização do valor em dívida, era motivo bastante para não contribuir para a pendência processual e agilizar o processo executivo que prosseguiria com o credor reclamante em relação ao bem que reclamou créditos e com o credor que assume novamente a posição de exequente para cobrança coerciva dos bens do devedor que sejam suscetíveis de penhora.

3. Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas

A Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, estabelece o Estatuto do mediador de recuperação de empresas (doravante designada por Estatuto), cuja análise levaremos a cabo no presente capítulo, pretendendo-se observar o seu papel enquanto profissional no desempenho das suas funções. Sempre que se considerar pertinente teremos em conta a lei geral de mediação (Lei n.º 29/2013).

3.1 Requisitos gerais de acesso à atividade

É no art. 3º do Estatuto que se encontram plasmados os requisitos específicos e cumulativos para que alguém se possa habilitar a exercer funções de mediador de recuperação de empresas⁸⁸.

Assim, ao abrigo do art. 3º, n.º 1 e 2 do Estatuto, são requisitos cumulativos de acesso à atividade:

- a) Ter uma licenciatura
- b) Evidenciar experiência profissional adequada ao exercício da atividade com mínimo de 10 anos em funções de administração ou direção ou gestão de empresas, auditoria económico-financeira ou reestruturação de créditos;
- c) Frequentar com aproveitamento ação de formação em mediação de recuperação de empresas;
- d) Não se encontrar em situação de incompatibilidade para o exercício da atividade⁸⁹;
- e) Ser pessoa idónea para o exercício da atividade

Analisaremos seguidamente estes requisitos, nomeadamente quanto à formação e experiência necessárias, bem como a idoneidade do candidato.

⁸⁸ Conforme art. 39º da LM, cada um dos sistemas públicos de mediação deve considerar nos respetivos atos constitutivos ou regulatórios os requisitos de acesso ao exercício de funções.

⁸⁹ A respeito das incompatibilidades, surgem surpreendentemente no art. 4º da Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro. Estas vigoram para os mediadores de recuperação de empresas, isto é, numa fase em que já se encontram inseridos nas listas e não na fase de acesso à atividade, motivos pelos quais, infra, no ponto 3.5, abordado. Salvo melhor opinião, as incompatibilidades, impedimentos e suspeições deveriam constar sistematizados no diploma posteriormente à nomeação do mediador de recuperação de empresas e não no capítulo III de epígrafe “acesso à atividade”, tal causa confusão no leitor, sendo facilmente confundido com os impedimentos de acesso à habilitação ao desempenho de funções de mediador de recuperação de empresas.

3.1.1 Formação base e experiência profissional

A exigência legal do grau acadêmico de licenciado merece a nossa concordância, uma vez que a frequência do ensino superior permite a aquisição de conhecimentos, não só específicos da área de estudo, como também potencia a aquisição de conhecimentos globais com incidência a vários níveis⁹⁰.

O projeto inicial de Proposta de Lei do Governo, aprovado em Conselho de Ministros em março de 2017, contemplava no seu art. 3º, n.º 2, que a licenciatura teria de ser em áreas como a gestão ou economia.

O Projeto de Proposta de Lei não contemplava a área jurídica na área de estudo, solução com a qual discordávamos. Defendemos que não pode a área jurídica ficar excluída do acesso às funções de mediador de empresas. A área jurídica (licenciatura em Direito ou Solicitadoria), pelas suas características, apresenta-se como uma área capaz de formar profissionais com as características base necessárias à função de um mediador, bem como estão estes profissionais familiarizados com a divergência e conflitos⁹¹.

No entanto, conforme disposto no art. 3º, n.º 1, al. a) do Estatuto, o legislador desconsiderou a necessidade de área específica de licenciatura, extraindo-se daqui que qualquer licenciatura é admitida.

Discordamos do legislador uma vez que pensamos que a licenciatura admitida deveria estar limitada às áreas exigidas em termos de experiência profissional nos termos do n.º 2 do art. 3º do Estatuto, nomeadamente a licenciatura deveria estar restringida às áreas: jurídica⁹²; económica e financeira, bem como de gestão, uma vez que qualquer destas áreas permite a

⁹⁰ Como por exemplo a preparação cognitiva para a procura de soluções criativas e inovadoras com interferência não só na área específica de estudo como também na globalidade de situações do quotidiano.

⁹¹ De acordo com o Estatuto da Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, a mediação não é impedimento para acumulação de funções com a prática de Solicitadoria e de Mediação. No entanto, O DL n.º 88/2003, de 26 de abril, consagrava no seu art. 114º, n.º 1 al. e) uma incompatibilidade do exercício da mediação com solicitadoria. Porém, a Lei n.º 154/2015, de 14 de setembro que transformou a Câmara dos Solicitadores na Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução, consagrou no seu art. 102º, n.º 1 al. n) que o impedimento se verifica apenas em relação à mediação imobiliária.

⁹² Em 04/02/2013 foi efetuada a Pergunta n.º 1120/XII/2ª de 4 de Fevereiro de 2013 ao Governo (cfr. Diário da Assembleia da República II Série B-número 95, de 6 de Fevereiro de 2013, pág. 1, 2 e 90) referente à equivalência da Licenciatura em Solicitadoria à licenciatura em Direito para fins públicos. O Gabinete do Ministro de Estado e das Finanças, respondeu que “os licenciados em solicitadoria poderão candidatar-se, nos termos legais, a procedimentos concursais para o recrutamento de trabalhadores para a ocupação de postos de trabalho (previstos e não ocupados) correspondentes a carreiras de grau 3 de complexidade funcional, desde que tal área de formação conste do respetivo aviso de abertura, tendo em conta a caracterização dos postos de trabalho, em conformidade com o estabelecido no mapa de pessoal de cada serviço, nomeadamente, tendo em conta a atribuição, competência ou atividade a cumprir ou a executar (cfr. Diário da Assembleia da República II Série B-número 112 de 8 de Março de 2013, pág. 1, 2, 78 e 80).

aquisição de conhecimentos específicos que vão mostrar-se cruciais para o desempenho das funções do mediador de recuperação de empresas.

Pese embora para acesso ao desempenho das funções de mediador de conflitos no âmbito da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro⁹³, não seja necessária uma licenciatura em área específica, atendendo às funções que no âmbito do RERE o mediador de recuperação de empresas desempenha, deveriam ter sido consideradas pelo legislador algumas especificidades quanto às licenciaturas admitidas.

Relativamente à experiência profissional exigida pelo n.º 2 do art. 3º do Estatuto, partilhamos da opinião que o tempo exigido para demonstração da experiência profissional adequada não deverá ser inferior a cinco anos ao invés de dez anos como está legalmente previsto.

Existindo uma formação superior adequada, a exigência de 10 anos parece-nos demasiado extensa. Fazemos ainda um paralelismo com a Lei 2/2008, de 14 de janeiro⁹⁴ que no seu art. 5º al. c) refere que a experiência para o ingresso na formação inicial de magistrados é de duração efetiva não inferior a cinco anos. Ora, se para a formação inicial de magistrados a experiência tida como adequada é de cinco anos, defendemos que não faz sentido para o ingresso na função de mediador de recuperação de empresas a experiência profissional exigida ser de dez anos.

Defendemos ainda esta posição por questões práticas. A título de exemplo, alguém com uma licenciatura em música, mas que seja administrador de direito de uma sociedade há dez anos, reunirá a componente prática necessária ao desempenho das funções de mediador de recuperação de empresas? Temos dúvidas e, por este motivo, pensamos que deveria ter sido parcialmente acolhida na lei o constante no Projeto de Proposta de Lei supra referido a respeito, nomeadamente a exigência de licenciatura em gestão ou economia, com a adenda relativa ao direito e solicitadoria.

Consideramos ainda que o legislador, quanto à experiência profissional que exige, deveria usar da expressão utilizada na Lei n.º 2/2008, de 14 de janeiro e salvaguardar a “duração efetiva” da mesma, não dando assim margem para o levantar de questões, dissipando dúvidas

⁹³ De acordo com o art.º 3º da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, os requisitos de inscrição para mediadores de conflitos são cumulativamente: a) pleno exercício dos seus direitos civis e políticos; b) frequência com aproveitamento em curso de mediação de conflitos, ministrado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça nos termos da lei, ou com curso de mediação de conflitos reconhecido pelo Ministério da Justiça nos termos da Portaria n.º 237/2010, de 29 de abril; c) domínio da língua portuguesa.

⁹⁴ Regula o ingresso nas magistraturas, a formação de magistrados e a natureza, estrutura e funcionamento do Centro de Estudos Judiciários e procede à quarta alteração à Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprova o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

e obstando a que a experiência exigida seja meramente formal mediante, por exemplo, a apresentação de certidão permanente da empresa em que exercia funções de administração.

Urge a este respeito uma outra questão. Como se comprova a experiência na área? O legislador é omissivo quanto à prova da experiência profissional. Assim, pensamos que a mesma se comprova documentalmente, com apresentação de certidões permanentes, relatórios de contas, contratos de trabalho ou de prestação de serviços, podendo no entanto o IAPMEI, nos termos do n.º 2 do art. 7º, solicitar documento comprovativo dos factos declarados pelo candidato.

Ao abrigo do art. 3º, n.º 3 do Estatuto, é permitido também aos administradores judiciais e aos revisores oficiais de contas⁹⁵ o exercício das funções de mediador de recuperação de empresas desde que se inscrevam no IAPMEI e que frequentem com aproveitamento ação de formação em mediação de recuperação de empresas, ministrada por entidade certificada pela DGPJ ao abrigo da Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro.

Repare-se que, de acordo com o Estatuto dos Administradores Judiciais, para ter acesso a esta atividade é, entre outras, necessária “*licenciatura e experiência profissional adequadas*” (art. 3º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 22/2013 de 26 de fevereiro), não sendo nem exigida uma licenciatura específica, nem a demonstração de tempo mínimo de experiência⁹⁶.

Não obstante a formação base e experiência profissional exigida, não deixa de ser necessária, atendendo à especificidade do assunto, a exigência de uma formação específica em mediação de recuperação de empresas.

⁹⁵ Os revisores oficiais de contas não constavam no elenco da Proposta de Lei n.º 83/XIII, tendo sido, e na nossa opinião bem, acolhida pelo legislador. Conforme o art. 148º, n.º 1 al. c) da Lei n.º 140/2015, de 7 de setembro que estabelece o Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, relativamente ao grau académico exigido é de “*licenciado pré-Bolonha, mestre ou doutor, ou de um grau académico superior estrangeiro que tenha sido declarado equivalente a um daqueles graus ou reconhecido como produzindo os efeitos de um daqueles graus*”.

⁹⁶ De acordo com o art. 3º, n.º 2 do Estatuto dos administradores judiciais “*Considera-se licenciatura e experiência profissional adequadas ao exercício da atividade aquelas que, apreciadas conjuntamente, atestem a existência de formação de base e experiência do candidato na generalidade das matérias sobre que versa o exame de admissão*”.

3.1.2 Formação específica

A Diretiva⁹⁷, no seu art. 25º, n.º 1, consagra que devem os Estados-Membros assegurar que os mediadores nomeados no domínio da reestruturação tem a formação inicial e contínua necessária para garantir a qualidade dos serviços por estes prestados.

Consideramos que esta disposição da Diretiva referida é acolhida pelo legislador nacional em duas vertentes: 1) na fase de acesso à atividade, no art. 3º, n.º 1, al. b), do Estatuto, que consagra a necessidade de frequência com aproveitamento de uma ação de formação em mediação de recuperação de empresas; 2) e no art. 13º, n.º 6 do Estatuto que consagra o dever de formação contínua por parte do mediador de recuperação de empresas.

Os membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça e da economia devem definir os termos da formação, tendo esta que ser, no entanto, ministrada por entidade certificada pela Direção-Geral da Política de Justiça (Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro).

Ao momento do presente estudo, aguarda-se ainda pela Portaria que fixará a duração da formação inicial, bem como os requisitos que as entidades que pretendam ministrar a formação têm de preencher, nomeadamente: competências dos formadores, módulos de formação (elementos de mediação, direito da insolvência e das sociedades comerciais) e ainda o método de avaliação (art. 8º da Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro).

O mediador de recuperação de empresas, conforme art. 13º, n.º 6 do Estatuto, tem um dever de formação contínua, nas ações de formação levadas a cabo pelo IAPMEI, que por sua vez tem o dever de estabelecer protocolos com universidades e centros de formação profissional legalmente reconhecidos pelo IAPMEI e pela DGPI.

Concordamos com o dever de formação contínua em ações de formação conduzidas pelo IAPMEI, uma vez que, na nossa opinião, o mesmo visa a manutenção da preparação, a uniformidade e o atingir dos níveis de excelência por parte dos mediadores.

Não basta, no entanto, que o candidato detenha a formação e experiência profissional tida pelo legislador como adequada. Este, enquanto pessoa, tem de ter características próprias e demonstrar que é idóneo e capaz de fazer uma gestão adequada daquela que é a sua vida pessoal, como veremos seguidamente.

⁹⁷ Diretiva do Parlamento Europeu e o do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

3.1.3 Idoneidade

O candidato, mediante a apresentação de declaração por ele subscrita, tem de declarar ao IAPMEI, que dispõe da aptidão necessária para o exercício de funções, e que conduz a sua vida profissional e pessoal de forma idónea, conforme art. 5º do Estatuto e art. 3º, n.º 1, al. d), do mesmo diploma.

Esta declaração apresentada pelo candidato é apreciada pelo IAPMEI, a quem compete avaliar a idoneidade, tendo em conta o modo de gestão de negócios profissionais ou pessoais, ou como exerce a sua profissão, especialmente nos aspetos que revelem a sua capacidade de tomada de decisão ponderada e criteriosa; tendência para cumprimento pontual de obrigações e existência de comportamentos compatíveis com a preservação da confiança de terceiros.

Concordamos com o legislador em considerar a demonstração de idoneidade relevante para acesso ao desempenho de funções enquanto mediador de recuperação de empresas. No entanto, o art. 5º, n.º 4, do Estatuto, não é taxativo e, além de ser demasiado extenso quanto aos factos que possam colocar em causa a idoneidade do mediador de recuperação de empresas⁹⁸, atribui uma discricionariedade ao IAPMEI na avaliação dos mesmos que, salvo

⁹⁸ Constanam como circunstâncias a atender pelo IAPMEI: “*Indícios de que o candidato não agiu de forma transparente ou cooperante nas suas relações com quaisquer autoridades judiciais, de supervisão ou regulação, ordens profissionais ou organismos com funções análogas; b) Recusa, revogação, cancelamento ou cessação de registo, autorização, admissão ou licença para o exercício de uma atividade comercial, empresarial ou profissional, por autoridade de supervisão, ordem profissional ou organismo com funções análogas, ou destituição do exercício de um cargo por entidade pública; c) As razões que motivaram um despedimento, a cessação de um vínculo ou a destituição de um cargo que exija uma especial relação de confiança; d) Proibição, por autoridade judicial, autoridade de supervisão, ou organismo com funções análogas, de agir na qualidade de administrador ou gerente de uma sociedade civil ou comercial ou de nela desempenhar funções; e) Infrações de regras disciplinares, deontológicas ou de conduta profissional, no âmbito de atividades profissionais reguladas; f) Os resultados obtidos, do ponto de vista financeiro ou empresarial, por entidades geridas pela pessoa em causa ou em que esta tenha sido ou seja titular de uma participação que lhe confira poderes de controlo dessa entidade, tendo especialmente em conta quaisquer processos de recuperação, insolvência ou liquidação, e a forma como contribuiu para a situação que conduziu a tais processos; g) A insolvência, declarada por sentença nacional ou estrangeira, transitada em julgado, nos últimos 15 anos, da pessoa interessada ou de empresa por si dominada ou de que tenha sido administrador, diretor ou gerente, de direito ou de facto, ou membro do órgão de fiscalização; h) Condenação, com trânsito em julgado, no país ou no estrangeiro, por crime de furto, roubo, burla, burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de confiança, recetação, infidelidade, falsificação, falsas declarações, insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente, favorecimento de credores, emissão de cheques sem provisão, abuso de cartão de garantia ou de crédito, apropriação ilegítima de bens do sector público ou cooperativo, administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo, usura, suborno, corrupção, tráfico de influência, peculato, receção não autorizada de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, prática ilícita de atos ou operações inerentes à atividade seguradora ou dos fundos de pensões, fraude fiscal ou outro crime tributário, branqueamento de capitais ou crime previsto no Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto- Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, ou no Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto- Lei n.º 486/99, de 13 de novembro; i) Factos praticados na qualidade de administrador, diretor ou gerente de qualquer sociedade comercial que tenham determinado a condenação por danos causados à*

melhor opinião, não deveria existir, isto é, permite ao IAPMEI, aferir a gravidade da situação concreta aplicável e decidir se “*pela gravidade, frequência ou quaisquer outras características atendíveis, permitam fundar um juízo de prognose sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma atividade de mediação idónea*” (art. 5º, n.º 5, do Estatuto).

Esta discricionariedade legalmente atribuída ao IAPMEI, sem qualquer critério, por exemplo de verificação temporal que afira a gravidade de um facto, abre precedentes a que situações análogas sejam decididas de forma distinta, nomeadamente, que se considere uma situação admissível e, por isso, aceite e outra situação similar seja inadmissível por se enquadrar uma alínea do art. 5º, n.º 4 do Estatuto e por isso o candidato seja excluído.

Ainda que criteriosa⁹⁹, esta discricionariedade está também latente no n.º 6 do art. 5º na apreciação de casos de candidatos que tenham sido efetivamente condenados por fatos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra.

Deste modo, consideramos que deveria o legislador, em benefício da transparência e uniformidade, repensar a discricionariedade concedida ao IAPMEI e, para tal, considerar taxativo o n.º 4 e n.º 6 do art. 5º do Estatuto, considerando a exclusão dos candidatos que neles não se enquadrem.

Cumprindo cumulativamente os requisitos supra referidos, reúne o candidato condições para solicitar a sua inscrição na(s) lista(s) oficiais de mediadores de recuperação de empresas, assunto ao qual dedicaremos o próximo ponto.

3.2 Listas oficiais de mediadores de recuperação de empresas: integração e manutenção

O IAPMEI dispõe de onze centros de Apoio Empresarial¹⁰⁰ e cada um deverá conter uma lista pública de mediadores de recuperação de empresa que atuam na respetiva zona de

sociedade, a sócios, a credores sociais ou a terceiros; j) Ações cíveis, processos administrativos ou processos criminais, bem como quaisquer outras circunstâncias que, atento o caso concreto, possam ter um impacto significativo sobre a idoneidade da pessoa em causa.” (art. 5º, n.º 4 do Estatuto de Mediador de Recuperação de Empresa).

⁹⁹ Devendo ser atendíveis os seguintes critérios: relação do ilícito com a atividade de mediação; carácter ocasional ou reiterado do ilícito; nível de envolvimento do candidato ao ilícito; benefício obtido por este ou por outros diretamente com este relacionados; prejuízos causados a instituições, clientes, credores ou terceiros.
¹⁰⁰ <https://www.iapmei.pt/PRODUTOS-E-SERVICOS/Assistencia-Tecnica-e-Formacao/Apoio-de-proximidade-as-empresas/Centros-de-Apoio-Empresarial.aspx> Bragança, Braga, Porto, Aveiro, Viseu, Guarda, Covilhã, Leiria, Lisboa, Évora e Faro, consultado pela última vez em 30 de março de 2018.

jurisdição, sendo assim evidente a valorização da territorialidade do mediador em face do devedor, o que, salvo melhor opinião, é de elogiar.

As listas são atualizadas e mantidas pelo IAPMEI que as disponibiliza *online*¹⁰¹ e visam a informação do nome, domicílio profissional, endereço de correio eletrónico e o telefone profissional das pessoas habilitadas a exercer a atividade.

Caso o mediador integre sociedade de auditoria, consultoria ou outra pessoa coletiva, apesar de exercer as funções a título individual, deve a lista indicar ainda a qualidade do mediador na pessoa coletiva e a respetiva identificação (art. 6º do Estatuto).

Para que o mediador de recuperação de empresas seja inscrito na lista e se mantenha na mesma, é necessário que este adote um conjunto de procedimentos abordados subsequentemente.

3.2.1 Documentação exigida

Para que o mediador integre a lista de mediadores do IAPMEI, é necessário remeter um conjunto de documentação¹⁰², elencada no art. 7º, n.ºs 1 e 3 do Estatuto, podendo, no entanto, o IPAMEI, solicitar ao interessado qualquer outro documento probatório dos factos que considere necessário para instrução do pedido de inserção nas listas¹⁰³.

Conforme art. 7º, n.º 4 do Estatuto, existindo documentos na posse de qualquer autoridade administrativa pública nacional, os interessados estão dispensados da apresentação de documentos, devendo no entanto indicar os dados necessários para obtenção dos elementos instrutórios em questão e dar o seu consentimento para que o IAPMEI proceda à sua obtenção, nos termos do art. 5º al. d) do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho¹⁰⁴, e do art.

¹⁰¹ <https://www.iapmei.pt/> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

¹⁰² Em concreto: *curriculum vitae*; certificado de habilitações; certificado do registo criminal; declaração do exercício de outra atividade remunerada e sobre a inexistência de qualquer incompatibilidade; declaração de idoneidade; certificado de aproveitamento obtido em formação de mediadores de recuperação de empresas; documento com identificação da lista que o mediador pretende integrar (pode ser mais do que uma lista oficial, havendo mais do que uma por Centro de Apoio Empresarial); qualquer outro documento relevante que o mediador considere necessário para instruir a sua candidatura.

No caso de administradores judiciais e revisores oficiais de contas, a inscrição deve ser acompanhada do comprovativo da aptidão para o desempenho das respetivas funções, declaração do exercício de outra atividade remunerada e sobre a inexistência de qualquer incompatibilidade; certificado de aproveitamento obtido em formação de mediadores de recuperação de empresas e documento com identificação da lista que pretende integrar (art. 7º, n.º 3 do Estatuto).

¹⁰³ Esta possibilidade pode mostrar-se importante para a exigência da demonstração profissional exigida.

¹⁰⁴ Que estabelece os princípios e as regras necessárias para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços e transpõe a Diretiva n.º2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, considerando o art. 5º al. d) “os prestadores de serviços podem requerer que a apresentação dos documentos

28º-A do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril¹⁰⁵ alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 73/2014, de 13 de maio.

Esta dispensa de apresentação de documentos vem de encontro ao incentivo à desburocratização, bem como às medidas de modernização administrativa. Se a administração pública detém a informação necessária, com um funcionamento integrado do sistema público, o IAPMEI teria acesso à informação.

No entanto, em face da ineficiência dos sistemas em utilização e inexistindo uma base de dados global de acesso aos vários serviços públicos, com informação internamente não sigilosa, mas restrita quanto à utilização, torna-se o acesso à informação ineficaz.

Pensamos que o legislador numa tentativa de simplificar e desburocratizar, irá ter o efeito contrário, na medida em que recai sobre o IAPMEI a solicitação, por exemplo, à autoridade tributária da declaração de atividades a título independente.

Deste modo, consideramos que enquanto não existir um sistema informatizado de partilha de informação restrita mas não sujeita a sigilo fiscal, onde o IAPMEI, por mera consulta, tenha acesso aos dados não protegidos, será mais fácil que cada interessado obtenha a sua própria documentação, ao invés do IAPMEI a solicitar a cada uma das entidades.

3.2.2 Requerimento de integração

Apresentando o candidato o requerimento de inscrição junto do IAPMEI, conforme disposto no art. 9º do Estatuto, e rececionada a documentação, o IAPMEI delibera sobre o requerimento dentro de 30 dias, suspendendo-se, no entanto, este prazo em caso de solicitação de informações ao candidato ou de regularização do requerimento.

Somos da opinião que este prazo de 30 dias é corrido e contado a partir do dia seguinte da data de receção da documentação pelo IAPMEI, e, analogicamente ao disposto no art. 138º, n.º 2 do CPC, terminando o prazo em fim de semana ou feriado, este transfere-se para o dia útil seguinte.

Pese embora nada conste no Estatuto, sendo o candidato instruído para proceder à regularização do requerimento ou prestar informações adicionais, este deverá ter um prazo para proceder em conformidade, prazo esse a conceder pelo IAPMEI, que consideramos que

em posse de qualquer autoridade administrativa pública nacional seja dispensada, cabendo à autoridade administrativa pública responsável pelo procedimento a sua obtenção”.

¹⁰⁵ Que estabelece as medidas de modernização administrativa.

não deve ser inferior ao prazo supletivo de dez dias, sob pena do seu requerimento ser inepto e, por isso, rejeitado.

Nos termos do n.º 3 do art. 9º do Estatuto, os candidatos podem requerer a sua inscrição em mais que uma lista oficial, havendo uma por cada Centro de Apoio. Salvo melhor entendimento, existe um duplo sentido de territorialidade subjacente a esta norma, ou seja: quanto às listas oficiais, estas existem consoante a zona do Centro de Apoio, estando uma lista adstrita a um único Centro de Apoio, valorizando-se assim a territorialidade. Relativamente aos mediadores de recuperação de empresas, podendo estes inscreverem-se em todas as listas, há uma desconsideração, por parte do legislador, da territorialidade.

Pela Proposta de Lei n.º 83/XIII, o IAPMEI poderia recusar novas inscrições no caso de considerar que a lista em que opera a zona empresarial em questão já se encontrasse completa.

No entanto, o legislador, desconsiderou essa possibilidade, o que implica que, cumprindo o mediador de recuperação de empresas os requisitos para inscrição, não pode o IAPMEI recusar novas inscrições nas listas, o que levanta algumas questões, sobre as quais nos debruçamos.

É certo que, o IAPMEI, enquanto responsável pelo acompanhamento, fiscalização e disciplina da atividade do mediador de recuperação de empresas (art. 12º do Estatuto), tem a gestão de toda a atividade destes profissionais, o que inclui a gestão das listas oficiais (art. 6º, n.º 3 do Estatuto).

No entanto, se o legislador mantivesse os termos da Proposta de Lei n.º 83/XIII, e impedisse que o IAPMEI pudesse recusar uma nova inscrição, estaria, salvo melhor opinião, a limitar os seus poderes de gestão quanto às listas.

Deste modo, é nosso entendimento que deveria o IAPMEI ter poderes para recusar novas inscrições, uma vez que nos termos no art. 12º é ao IAPMEI que compete a gestão da atividade dos mediadores de recuperação de empresa.

No entanto, consideramos que esse poder de recusa de novas inscrições, não pode ser discricionário, devendo obedecer a critérios concretos e a definir consoante as necessidades do próprio mercado, ou seja: n.º ideal de mediadores por Centro de Apoio atendendo a dados estatísticos a recolher num futuro próximo¹⁰⁶; necessidades da zona abrangente pelo Centro

¹⁰⁶ Sendo o Estatuto recente no nosso ordenamento jurídico, não existem dados concretos que se possam analisar de modo a atribuir um concreto número ideal de mediadores inscritos por Centro de Apoio.

de Apoio; n.º de nomeações atribuídas a cada mediador de recuperação de empresas; entre outras.

3.2.3 Renovação da inscrição

A inscrição dos mediadores de recuperação de empresas vigora durante cinco anos. Verificando-se o termo de vigência da mesma, sob pena de caducidade (art. 9º, n.º 4 do Estatuto)¹⁰⁷, o mediador de recuperação de empresas tem a obrigatoriedade de reunir a documentação constante no art. 7º, n.º1 de maneira a renovar a sua inscrição.

Concordamos com o legislador na necessidade de renovação da inscrição, mas discordamos do mesmo quanto ao momento em que é necessário proceder à mesma. Conforme consta no art. 9º, n.º 4 do Estatuto, “*a inscrição deve ser renovada no termo do prazo de cinco anos a contar da respetiva inscrição*”, o que conduz à inevitável ideia que só no último dia do prazo é que poderá o mediador solicitar a renovação.

Sendo o Estatuto omissivo quanto ao prazo que o IAPMEI dispõe para decidir da renovação, conduz-nos inevitavelmente ao n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, 30 dias.

Ora, se o mediador só pode solicitar a renovação no termo do prazo e o IAPMEI partindo do pressuposto que tem 30 dias para decidir da mesma, poderá/deverá o mediador continuar no exercício de funções enquanto não for decidida a sua renovação na lista? Dúvidas se levantam a respeito desta questão. A nossa opinião é que não deverá o mediador exercer as suas funções enquanto não for decidida da sua readmissão à(s) lista(s) uma vez que poderá a mesma ser indeferida.

De forma a dissipar as dúvidas e eventuais questões práticas a respeito, somos da opinião que o legislador deveria ter salvaguardado as mediações de recuperação de empresas em curso e consagrar que 30 dias antes do termo do prazo da inscrição na lista ou renovação anterior, o mediador que pretendesse ver renovada a sua inscrição deveria agir em conformidade com o legalmente estipulado.

Desta forma, o legislador não colocaria em causa as mediações em curso nem novas mediações, nem transferia para o mediador de recuperação de empresas o risco de ver a sua inscrição caducada por renovação da mesma de forma inadvertidamente extemporânea.

¹⁰⁷ Esta norma legal, afasta-se do que a LM prevê no âmbito dos Sistemas Públicos de Mediação, não estando previsto que o mediador necessite de renovar a sua inscrição.

Somos críticos em relação à exigência da reunião de documentação a cada cinco anos para o mediador que pretenda renovar a sua inscrição. A nossa opinião é que para efeitos de renovação, o legislador deveria apenas considerar a manifestação expressa de vontade do mediador de recuperação de empresas em continuar a exercer funções, juntando os documentos que tivessem sofrido alterações desde a data do pedido inicial.

Compete ao IAPMEI, nos termos do art. 9º, n.º 5 do Estatuto, decidir da renovação com base em critérios de desempenho anterior, podendo recusar a renovação com fundamento no número de recusas de nomeação sem os fundamentos legais do art. 13º, n.º 3 do Estatuto, no número de processos de recuperação concluídos pelo mediador e tempo de intervenção, bem como com base em outros elementos que o IAPMEI considere relevantes.

O IAPMEI tem assim o poder de recusar a renovação do mediador de recuperação de empresas com base em dois tipos de critérios: um puramente estatístico de avaliação de desempenho (número de processos concluídos e tempo de intervenção) e outro de cariz discricionário (outros relevantes).

A respeito, em nossa opinião, deveria estar especificamente consagrado a forma de avaliação do desempenho dos mediadores de recuperação de empresas, nomeadamente os parâmetros de avaliação, uma vez que constitui um fator decisivo em termos de renovação da inscrição.

Ainda a respeito da inscrição nas listas, é nosso entendimento que, caducando a inscrição de um mediador de recuperação de empresas por o mesmo não a ter renovado no decurso do prazo de vigência da mesma (5 anos) e querendo mais tarde regressar ao desempenho de funções, deverá requerer uma nova inscrição ao abrigo do art. 7º do Estatuto, aplicando-se-lhe as disposições do presente subtítulo.

3.2.4 Reconhecimentos e Qualificações adquiridas fora do território nacional

À semelhança do art. 3º, n.º 3 al. a) da Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, o art. 7º, n.º 6 do Estatuto, atribui competência à DGPI para reconhecer qualificações profissionais adquiridas fora do território nacional, por cidadãos da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Nos termos da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, alterada pelas Leis n.ºs 41/2012, de 28 de agosto, 25/2014, de 2 de maio e 26/2017/2017, de 30 de maio, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2005/36/CE, do Parlamento e do Conselho, de 7 de Setembro, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais.

Assim, caso os prestadores de serviços reconhecidos noutra Estado-Membro ou em Espaço Económico Europeu cumpram os requisitos do Estatuto do mediador de recuperação de empresas, tendo em conta o art. 7º, n.º 7 do Estatuto e o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho¹⁰⁹, podem exercer a sua atividade em Portugal.

Estando o mediador de recuperação de empresas inscrito na(s) lista(s), este reúne condições para poder ser nomeado e iniciar, nos termos do Estatuto e para os efeitos contidos no RERE, o desempenho das suas funções.

3.3 Procedimento de nomeação

O devedor interessado na intervenção de um mediador de recuperação de empresas, conforme se alcança do art. 14º do Estatuto, deve apresentar requerimento eletrónico junto do IAPMEI¹¹⁰, bem como a informação empresarial simplificada¹¹¹ dos últimos três anos de modo a que o IAPMEI nomeie no prazo de cinco dias um mediador que conste nas listas oficiais.

Para a nomeação do mediador é apenas atendível o fator geográfico da sede da empresa requerente dos seus serviços, nomeadamente a lista que o IAPMEI irá consultar é a lista que consta do Centro de Apoio Empresarial da área geográfica da sede do requerente.

Dentro de cada lista irá o IAPMEI, regra geral, efetuar de forma sequencial a nomeação do mediador, voltando este a ser nomeado quando todos os anteriores hajam sido nomeados.

Caso o mediador recuse a nomeação sem que tenha motivo de escusa (art. 13º, n.º 3 do Estatuto), para efeitos de nomeação, conta como se tivesse sido nomeado, isto é, pese embora não seja nomeado para aquela mediação de recuperação de empresas, a ordem da lista para efeitos de nomeação sequencial não é alterada, tendo o mediador que solicitou escusa, sem motivo legal, de aguardar que todos os mediadores sejam nomeados de forma a receber a sua próxima nomeação.

O IAPMEI pode, no entanto, não seguir a ordem sequencial da lista aplicável à zona geográfica da sede da empresa se, em função dos elementos do requerimento apresentado

¹⁰⁹ Que estabelece os princípios e as regras para simplificar o livre acesso e exercício das atividades de serviços realizadas em território nacional.

¹¹⁰ Ao momento, talvez por ainda não estarem reunidas as condições, não se encontra ainda disponível *online* o formulário.

¹¹¹ Criada pelo Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro, a IES “consiste na prestação da informação de natureza fiscal, contabilística e estatística respeitante ao cumprimento das obrigações legais através de uma declaração única transmitida por via eletrónica”.

pelo devedor, se constatar: 1) que a empresa é de grande dimensão; 2) que tem relações de domínio ou de grupo com outras empresas que igualmente solicitaram a nomeação de mediador; 3) que o processo compreenda um número elevado de credores; 4) ou que a respetiva atividade ou estrutura do passivo é de especial complexidade¹¹².

Nestes casos, o IAPMEI, sem prejuízo do art. 5º, n.º 4, pode designar um mediador que considere ter a experiência adequada, de entre aqueles que se seguem na ordem da lista, mas não necessariamente aquele que se segue imediatamente. Concordamos com o legislador, devendo ser designado um mediador específico para situações que se mostrem de especial complexidade. No entanto, o legislador não distingue, em termos de designação, o mediador que seguiu a ordem corrente da lista, do mediador que foi especificamente escolhido para o caso concreto.

Deste modo, somos da opinião que o mediador ao qual lhe foi atribuído o procedimento de mediação de forma sequencial, deveria ser designado de “mediador distribuído”, enquanto que o mediador especificamente escolhido deveria ser apontado como “mediador designado”, sendo a nomeação de qualquer um destes efetuada por “distribuição” ou “designação”.

Se existe uma diferenciação nos processos de especial complexidade, os mediadores de recuperação de empresas, consoante a sua forma de nomeação, deveriam, salvo melhor opinião, assumir a sua forma de nomeação. Tal, apesar de ter pouca relevância prática, fomentava a transparência para com as partes envolvidas na mediação, deixando-as mais tranquilizadas quanto às competências específicas do mediador para o caso concreto que o IAPMEI considerou de especial complexidade.

Segundo o n.º 2 do art. 13º do Estatuto, os mediadores só devem aceitar as nomeações efetuadas pelo IAPMEI caso disponham do tempo e dos meios necessários para o efetivo acompanhamento dos processos que são nomeados.

Consideramos que este dever de “consciencialização” atribuído ao mediador pelo legislador possa trazer algumas questões que são difíceis de articular. Se por um lado o mediador tem o dever de não aceitar nomeações se não dispuser do tempo e meios para o acompanhamento,

¹¹² As normas legais constantes no art. 14º, n.º 4 e n.º 6 do Estatuto, incorpora o constante no art. 26º, n.º 1 e n.º 3 da Diretiva relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, considerando a mesma que os Estados-Membros devem assegurar um processo de nomeação previsível e imparcial sendo que nos casos de especial complexidade, podem, com base em critérios de escolha transparentes e claros, considerar a experiência e competência do profissional em causa.

por outro lado, no momento de renovação da inscrição do mediador nas listas oficiais, o número de recusas é tido em conta para efeitos de apreciação pelo IAPMEI.

As nossas reticências em relação a este dever prendem-se com a possibilidade de o mediador aceitar um processo em que foi nomeado quando não dispõe do tempo necessário, por receio de não ver renovada a sua inscrição. Não obstante, este dever de consciencialização que recai sobre o mediador, consideramos que se coaduna com uma tentativa do legislador em obter a entrega ao processo por parte do mediador.

3.4 Impedimentos, incompatibilidades e suspensão da atividade

As incompatibilidades, impedimentos e suspeições, consagrados no art. 4º do Estatuto, visam acautelar o conflito de interesses, bem como a transparência e imparcialidade do mediador, respeitando assim os princípios transversais à mediação e específicos da mediação de recuperação de empresas.

3.4.1 Impedimentos e incompatibilidades

Considera o legislador que os mediadores de recuperação de empresas estão sujeitos às regras gerais de incompatibilidades aplicáveis aos titulares de órgãos sociais da empresa devedora (art. 4º, n.º 1 do Estatuto), devendo o mediador de recuperação de empresas, casuisticamente e com base no pacto social, aferir se se encontra numa situação de incompatibilidade.

É ainda vedado pelo legislador, enquanto impedimento, a possibilidade de nomeação do mediador para mediar negociações em que esteja envolvida empresa (credora e/ou devedora) relativamente à qual aquele haja desempenhado funções nos respetivos órgãos sociais nos três anos anteriores à sua nomeação ou tenha sido nomeado e exercido funções de administrador judicial provisório ou de administrador judicial (art. 4º, n.º 2 do Estatuto), podendo ainda este envolvimento decorrer das relações pessoais e familiares do próprio mediador¹¹³.

O legislador consagra ainda uma incompatibilidade futura, isto é, após a mediação, sem que tenham decorridos três anos após a cessão do exercício de funções, por si ou por interposta

¹¹³ De acordo com o art. 4º, n.º 3 do Estatuto “*Não pode ser nomeador para mediar negociações em que esteja envolvida empresa de que seja titular, ou o seu cônjuge, parentes ou afins até ao 2º grau da linha reta ou colateral, ou de que seja titular pessoa coletiva em que estes detenham, direta ou indiretamente, participações sociais qualificadas*”.

pessoa, não pode o mediador ser membro de órgãos sociais ou dirigente de empresas envolvidas em processos de recuperação ou reestruturação em que haja desempenhado funções; celebrar contrato de trabalho ou de prestação de serviços; ser nomeado administrador judicial provisório ou administrador judicial em processo de insolvência, nos quais seja devedora a empresa que o mediador tenha assistido no exercício de funções (art. 4º, n.º 4 do Estatuto)¹¹⁴.

Esta incompatibilidade é, na prática e na nossa opinião, difícil de controlar. Ainda que, nos termos do art. 7º, n.º 4 do RERE, essa informação possa constar do protocolo que por sua vez é sujeito a registo, era ainda necessário a ocorrência de vários acontecimentos, designadamente: a Segurança Social e a Autoridade Tributária terem acesso a essa informação por forma a que impedirem a celebração do contrato de trabalho ou prestação de serviços, penalizando quer o mediador, quer a entidade patronal; e, ainda, que a informação constar em base de dados dos tribunais de comércio de modo a que o juiz que nomeia o administrador judicial, tivesse conhecimento do impedimento legal (art. 52º CIRE).

O legislador, com uma norma proibitiva, veda no art. 21º do Estatuto a prática de atos ao mediador que possam de alguma forma colocar em causa a transparência da mediação, vedando-lhe a intermediação em negócios realizados entre o devedor e credores ou entre os credores do devedor, ou entre entidades em relação de domínio ou grupo ou de simples participação com o devedor ou com algum dos seus credores, bem como fica vedado, pela al. b) do mesmo artigo, que o mediador preste assessoria ao devedor, a qualquer dos credores do devedor e a entidades em relação de grupo ou de simples participação com o devedor ou algum dos seus credores, consubstanciando-se tal num impedimento.

Não obstante, qualquer entidade que detenha conhecimento que existe violação da disposição legal, tem o direito subjetivo de apresentar queixa junto da entidade competente, requerendo, eventualmente, a anulação dos atos praticados.

Verificando-se uma situação de incompatibilidade, impedimento ou mera falta de tempo ou meios, acresce um outro dever ao mediador, nomeadamente de comunicação. Neste caso deve o mediador comunicar ao IAPMEI, no prazo de cinco dias, a sua recusa. Este dever de comunicação, plasmado no n.º 3 do art. 13º do Estatuto, assume especial relevância para não condicionar o normal desenvolvimento do processo.

¹¹⁴ Sendo o mediador de recuperação de empresas também Solicitador, ao abrigo art. 103º, n.º 2 al. b) do Estatuto da OSAE, verificar-se-á um impedimento ao exercício da sua atividade profissional para entidades às quais preste, ou tenha prestado, nos últimos três anos serviços de mediação.

Pese embora o prazo de cinco dias para a comunicação nos pareça adequado, consideramos que, decorrido o prazo, não existe uma aceitação tácita do mediador na aceitação da nomeação.

Assim, após a nomeação do mediador, caso este tenha motivo de escusa ou impedimento, está vinculado ao dever de comunicação. Aceitando a nomeação, deverá efetuar o pagamento da taxa ao IAPMEI¹¹⁵, que, salvo melhor opinião, é o momento que, na ausência de comunicação de recusa, marca a aceitação.

3.4.2 Suspensão de funções

Conforme se alcança do art. 10º do Estatuto, pode o mediador suspender o exercício da sua atividade pelo período máximo de dois anos, devendo para tal requerer ao IAPMEI, identificando os processos de mediação que tenha em curso bem como os seus intervenientes.

Caso o IAPMEI defira o requerimento de suspensão do mediador, deve este comunicar às entidades envolvidas nos processos em curso, de modo a que se proceda à sua substituição, devendo o mediador substituído prestar toda a colaboração ao mediador que o substitui.

Somos críticos a este nível. Com efeito, se o mediador pretender suspender a sua atividade e a mesma for deferida, esta encontra-se suspensa desde a data da notificação ao mediador do deferimento. Motivado pela suspensão e pelo facto do IAPMEI deter a gestão da atividade dos mediadores de recuperação de empresa (art. 12º do Estatuto), competindo-lhe o processo de nomeação, consideramos que deve ser o IAPMEI a notificar as partes da suspensão de atividade do mediador, não se desvinculando, no entanto, o mediador substituído dos seus deveres de colaboração para com o mediador seu substituto.

3.5 Deveres do mediador de recuperação de empresas

O mediador de recuperação de empresas, enquanto profissional e no desempenho das suas funções, está adstrito a um conjunto de deveres¹¹⁶ que merecem, a nossa análise. Assim, em conformidade com o seu Estatuto, procederemos à análise de cada um dos seus deveres.

¹¹⁵ A respeito do pagamento da taxa, será efetuada uma análise no ponto 3.5.4 da presente dissertação.

¹¹⁶ Ana Prata (2014, p. 490) define dever como uma situação que “determina para uma pessoa a necessidade de praticar ou não determinado facto” sendo que um dever, só o é por ter uma consequência quando se verifique uma violação do mesmo.

3.5.1 Independência e isenção

No exercício das suas funções, os mediadores devem atuar com independência e isenção, estando-lhes vedada a prática de quaisquer atos que, para seu benefício ou de terceiros, possam pôr em crise a recuperação da empresa e a satisfação dos interesses dos respectivos credores em cada um dos processos que lhes sejam confiados (art. 13º, n.º 1 do Estatuto).

Neste primeiro número, estão explícitos dois princípios: independência e isenção.

A independência do mediador traduz-se na responsabilidade pelos seus atos, devendo abstrair-se de qualquer pressão oriunda quer dos seus próprios interesses, valores pessoais¹¹⁷ ou de influências externas.

Relativamente à isenção, esta passa por o mediador não tomar partido de nenhuma das partes no desempenho das suas funções e efetivamente adotar um comportamento que demonstre a sua independência quanto a fatores externos e internos a si, bem como se demonstre isento, respeitando os interesses de ambas as partes, sem prejuízo ou benefício de nenhuma delas.

3.5.2 Igualdade e imparcialidade

O legislador consagra no art. 20º do Estatuto o princípio da igualdade e da imparcialidade, segundo o qual “*os credores devem ser tratados de forma equitativa durante todo o procedimento de negociação, cabendo ao mediador gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio e a transparência do mesmo*” (n.º 1 do art. 20º do Estatuto).

A respeito, salvo melhor entendimento, o legislador concedeu ao mediador de recuperação de empresas o dever de tratar os credores de forma equitativa, devendo este efetuar uma gestão pautada pelo equilíbrio e transparência.

O n.º 2 do art. 20º do Estatuto, atribui ao mediador de recuperação de empresas o dever de agir de forma imparcial durante toda a negociação, o que salvo melhor entendimento, não obsta a que este, nos termos do art.º 18º do Estatuto, auxilie o devedor na elaboração de proposta de acordo de reestruturação e nas negociações a estabelecer com os credores deste.

Assumimos esta posição por consideramos que o facto do mediador de recuperação de empresas auxiliar o devedor, não significa que seja parcial para com este.

¹¹⁷ É necessário que o mediador seja capaz de se afastar das suas crenças pessoais, intervindo em cada processo de forma independente sem descurar os deveres a que está sujeito.

3.5.3 Seguro de responsabilidade civil

Ao abrigo do n.º 4 do Estatuto, os mediadores tem ainda o dever de contratar um seguro de responsabilidade civil que cubra o risco inerente ao exercício das suas funções, sendo o montante do risco definido por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da economia, devendo ainda remeter ao IAPMEI cópias das apólices e respetivas renovações.

Segundo Ana Prata (2014, p. 1335) no contrato de seguro o segurador garante o segurado (mediador de recuperação de empresas) contra os danos que este cause a terceiros (mediados) e por que seja responsável; por força de tal contrato, o segurador fica, portanto, obrigado a cumprir as obrigações de indemnizar que o seu segurado venha a ter relativamente a terceiros, em virtude de um dado tipo de atividade.

3.5.4 Pagamento de taxas

Por decreto-lei, que na presente data ainda não foi publicado, os mediadores estão sujeitos ao pagamento de taxas¹¹⁸.

Atendendo ao disposto no art. 22º, n.º 1 do Estatuto, entendemos que o pagamento desta taxa ao IAPMEI, I.P., deva ser efetuado pelo mediador nomeado ou substituído mas que o mesmo deverá incluir no reembolso de despesas.

Aguardaremos a publicação do decreto-lei que fixará o montante desta taxa e os termos em que a mesma se aplica. É nossa opinião que o pagamento da mesma marcará a aceitação do processo por parte do mediador, sem prejuízo do dever de comunicação em cinco dias após a nomeação se este tiver algum impedimento, motivo de escusa ou recusar.

Salvo melhor entendimento, deverá ainda a taxa ser fixa para qualquer mediador de recuperação de empresas independentemente do processo em que seja nomeado, quer por via da substituição, quer por via da nomeação originária.

¹¹⁸ Analogicamente aos administradores judiciais, que suportam uma taxa na distribuição de processos de insolvência, “a taxa de acompanhamento, fiscalização e disciplina dos auxiliares da justiça visa custear o exercício, pela CAAJ, dessas atividades, bem como permitir o financiamento de ações de divulgação das atividades dos auxiliares da justiça” (art. 2º da Portaria 90/2015, de 25 de março), assim, “por cada processo distribuído a um administrador judicial é por este devida à CAAJ, nos termos do n.º 9 do artigo 12,º da Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, uma taxa de (euro) 100 (cem euros), a pagar no prazo contínuo de 30 dias subsequente à notificação da nomeação, a qualquer título, no processo” (art. 5º, n.º 1 da Portaria 90/2015, de 25 de março).

O mediador de recuperação de empresas não tem associado ao desempenho de funções apenas deveres. Este tem direitos pelo exercício das suas funções, os quais, abordaremos no ponto seguinte.

3.6 Direitos do mediador de recuperação de empresas

O Estatuto do mediador de recuperação de empresas não dedica de forma expressa e autónoma os direitos deste profissional. Contudo, pode inferir-se do regime legal previsto que o mediador de recuperação de empresas terá direito, nomeadamente, ao exercício autónomo da mediação no que à metodologia e procedimentos concerne; ao pagamento da sua remuneração; a invocar a sua qualidade de mediador e promover a mediação enquanto autor de obras ou estudos, desde que não coloque em causa a confidencialidade; requisitar ao IAPMEI enquanto entidade gestora condições de trabalho que potenciem o respeito pela ética e deontologia; e recusar tarefas para as quais considere ser incompatível com o respeito pela sua atividade.

Merece, da nossa parte destaque o direito à remuneração.

3.6.1 Direito à remuneração

O mediador tem direito a uma remuneração como contrapartida dos serviços prestados, nos termos dos arts. 22º e ss. do Estatuto.

Ao abrigo do art. 1154º do CC, o contrato de prestação de serviços é “*aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”, tendo o mediador direito, pelos serviços prestados, a uma remuneração, que não se confunde com a retribuição.

Elucida Pires de Lima e Antunes Varela (2012, p. 782) que “ao contrário do contrato de trabalho, que é sempre retribuído, o contrato de prestação de serviços pode ter ou não remuneração. Enquanto que no contrato de trabalho um dos contraentes se obriga a prestar ao outro o seu trabalho, a prestação de serviços tem por objeto o resultado do trabalho e não o trabalho em si, e para chegar a esse resultado, não fica o obrigado sujeito à autoridade e direção do outro contraente”.

Maria Ramalho (2012, pp. 28-29) considera que a retribuição é um elemento essencial do contrato de trabalho e que o delimita de figuras próximas, nomeadamente da prestação gratuita de trabalho e do contrato de prestação de serviços.

Consagrando o legislador que o mediador tem direito à remuneração pelos serviços prestados, este não afasta a possibilidade da prestação de serviços gratuitos por parte do mediador¹¹⁹. Realçamos que não existe um contrato de trabalho, mas sim uma prestação de serviços.

Em sistemas públicos de mediação, conforme art. 42º LM, a remuneração do mediador é estabelecida nos termos previstos nos atos constitutivos ou regulatórios de cada sistema. Pese embora, não conste na letra da lei que a mediação de recuperação de empresas se insere num sistema público de mediação, mas à sua semelhança, a remuneração do mediador é fixada por decreto-lei (art. 22º, n.º 1 do Estatuto), não estando na disponibilidade das partes como no caso na mediação privada (art. 29º LM). Este, salvo melhor opinião, é mais um ponto que concorre para a ideia de que o legislador consagrou um sistema público de mediação para a recuperação de empresas.

Conforme art. 22º do Estatuto, terá ainda o mediador direito ao reembolso das despesas necessárias ao cumprimento das suas funções. Salvo melhor opinião, as despesas necessárias devem ser comprovadas documentalmente pelo mediador. Releva a respeito a importância da nomeação do mediador consoante o Centro de Apoio Empresarial da área de sede da empresa que requeira a nomeação, não onerando assim o procedimento com custos desnecessários. Atendendo ao supra exposto, consideramos que a taxa inicial que o mediador suporta ao IAPMEI (art. 13º, n.º 5 do Estatuto) deva ser considerado para efeitos de despesa.

Além desta remuneração fixa, tem ainda o mediador direito a receber uma componente variável em caso de conclusão do acordo de reestruturação (art. 22º, n.º 2 do Estatuto).

Esta remuneração adicional, no nosso entendimento, corresponderá a um incentivo para o mediador mostrar-se empenhado na proposta de soluções às partes para atingir o acordo. Porém, mantemos a respeito algumas reservas.

Se o mediador for monetariamente compensado pela obtenção de acordo, este poderá ser interessado não no conteúdo do acordo mas sim na sua obtenção. Colocando na ‘balança’ a remuneração adicional e o interesse do mediador na obtenção de acordo, mostramos algumas reticências em concordar com esta abordagem. É efetivamente positivo o incentivo extra, porém, é necessário que o mediador não coloque em causa nenhum dos princípios subjacentes à mediação por força do seu objetivo pessoal de conseguir que as partes

¹¹⁹ A Lei da Mediação, concede o direito do mediador de ser remunerado em contrapartida dos serviços prestados (art. 25º al c) LM) devendo as partes acordar previamente o valor da sua remuneração (art. 29º LM).

obtenham um acordo. Pensamos que a fiscalização relativamente à forma de condução das sessões é importante, contribuindo tal para a abstenção de práticas que violem os deveres legais e deontológicos.

Conforme disposto no n.º 3 do art. 22 do Estatuto, o pagamento da remuneração base deve efetuar-se em três prestações: após a nomeação; após a elaboração do plano de recuperação e após o encerramento do processo de negociação com os credores.

Na Proposta de Lei N.º 83/XIII não constava a possibilidade de não ser devida a segunda prestação em caso da não celebração de acordo. O legislador consagrou essa possibilidade no n.º 4 do art. 22º do Estatuto, com a qual concordamos por entendermos que não é devida a segunda prestação se por qualquer motivo não se realizar esse ato, ou seja, se após a nomeação do mediador e antes do plano de recuperação as partes desistirem do procedimento, então, a segunda prestação entendemos não ser devida. Se a mesma fosse exigível, tal poderia comprometer o princípio da voluntariedade subjacente à mediação uma vez que as partes, de alguma forma, poderiam sentir-se na ‘obrigação’ de continuar com o procedimento uma vez que as despesas e honorários do mediador já tinham sido liquidados ou, não sendo, eram-lhe devidos.

Por este motivo, entendemos que o pagamento ao mediador deve ser faseado e conforme a progressão do procedimento, sendo vedado às partes acordar o pagamento do valor global logo no início.

O art. 22º, n.º 5 do Estatuto, dispõe que, a menos que as partes definam diversamente, são encargos da empresa a remuneração do mediador e o reembolso das despesas necessárias ao exercício da sua função, sendo encargo do IAPMEI a primeira prestação da componente base, ou seja: o IAPMEI, é a entidade responsável por pagar ao mediador a primeira prestação aquando da sua nomeação, sendo as restantes efetuadas, conforme consta no protocolo de negociação depositado na Conservatória do Registo Comercial ou se não dispuser em sentido contrário, por conta do devedor.

Aquando da nomeação, o IAPMEI, tem de efetuar o pagamento da primeira prestação ao mediador, momento esse que coincide com o pagamento do mediador ao IAPMEI da taxa a que este está obrigado, que, por sua vez, imputará ao devedor a título de despesas.

A respeito, tal conduz-nos à ideia que poderia eventualmente ocorrer um encontro de contas entre o mediador e o IAPMEI, na medida em que são credores e devedores recíprocos. Ao

abrigo do art. 847º do CC, a compensação ocorre quando duas pessoas sejam reciprocamente credor e devedor.

No entanto, esta hipótese é, à partida, desconsiderada uma vez que o IAPMEI, enquanto “*instituto público de regime especial, nos termos da lei, integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio*” (art. 1º do Decreto-Lei n.º 266/2012, de 28 de dezembro) não pode efetuar compensação de créditos.

3.7 Regime Sancionatório

A fiscalização da atividade do mediador de recuperação de empresas é efetuada pelo IAPMEI, podendo nomeá-los, destitui-los (art. 12º do Estatuto) e instruir os processos de contraordenação relativos ao exercício de funções, aplicando por deliberação fundamentada as respetivas sanções, nomeadamente: suspender preventivamente; remover o mediador da lista ou destitui-lo de intervir em qualquer processo para o qual seja nomeado; admoestar por escrito o mediador que tenha violado de forma leve os deveres profissionais a que está adstrito (art. 23º e 24º do Estatuto).

Para aplicação destas sanções, nos termos do Código de Procedimento Administrativo, o mediador tem uma audiência de interessado, sendo que a aplicação das sanções não obsta à adoção de medidas provisórias constantes nos artigos 89º e 90º do CPA¹²⁰.

Ao abrigo do art. 25º, n.º 1 do Estatuto, *o exercício das funções de mediador de recuperação de empresa, em violação do preceituado no art. 4º (impedimentos, incompatibilidades e suspeições) ou 5º (idoneidade), bem como o exercício de funções durante o período de suspensão ou após o cancelamento da inscrição, constitui contraordenação punível com coima de €2.500,00 a €100.000,00.*

Do mesmo modo, a violação pelo mediador dos deveres previstos nos n.ºs 1 a 6 do art. 13º, por ação ou omissão por ele praticada, constitui contraordenação punida com coima de € 1.000,00 e € 25.000,00 (art. 25º, n.º 2 do Estatuto).

Quanto ao exercício de funções durante o período de suspensão ou após cancelamento da inscrição ou caducidade da mesma sem renovação, na nossa opinião, uma vez que é o IPAMEI que controla as listas de mediadores, cabe ao IAPMEI ter a noção dos mediadores aptos a exercer funções. Por este motivo, pese embora a nomeação de um mediador suspenso, ou com inscrição cancelada, seja difícil de acontecer faz sentido que o legislador

¹²⁰ Solicitação de provas aos interessados; Formação da prestação de informações ou da apresentação de provas.

salvague essa possibilidade, incorrendo o mediador em contraordenação pelo exercício de funções.

A violação de qualquer dever de informação constitui, ao abrigo do art. 25º, n.º 3 do Estatuto, *uma contraordenação punível com coima de € 1.000,00 a € 25.000,00, bem como a violação de qualquer outro dever previsto no estatuto, constitui contraordenação punível com coima de € 1.000,00 a € 10.000,00* (n.º 4 do mesmo artigo).

Ao abrigo do art. 26º do Estatuto, os ilícitos de mera ordenação social, previstos no Estatuto, são imputados a título de dolo ou de negligência¹²¹, sendo a negligência punível com os limites mínimos e máximos previstos no art. 25º do Estatuto, reduzidas para metade, consagrando ainda o n.º 3 do art. 26º do Estatuto que a “*tentativa*¹²² *é punível com a coima aplicável à contraordenação consumada, especialmente atenuada*”.

Violando um dos deveres já referidos, por remissão no art. 25º do Estatuto, é aplicada uma coima pelo IAPMEI que se situa entre um valor mínimo e máximo. A determinação concreta da coima e sanções acessórias é efetuada em função da ilicitude concreta do facto, da culpa do agente, dos benefícios obtidos e das exigências de prevenção.

Para determinação do montante concreto da medida da coima, além da situação económica do agente e da conduta anterior deste, deve atender-se aos seguintes fatores: perigo ou dano causado ao devedor e aos credores do processo em que o facto foi praticado; carácter ocasional ou reiterado da infração; existência de atos de ocultação tendentes a dificultar a descoberta da informação e a intenção de obter, para si ou para outrem, um benefício ilegítimo ou causar danos.

¹²¹ Nos termos do Acórdão do TRC, de 3 de abril de 2009, “O dolo, pode ser definido, de uma forma sintética, como o conhecimento e vontade de praticar o facto e reveste qualquer uma das modalidades previstas no art. 14º, do C. Penal, ex vi, art. 32º, do RGCO, a saber: *dolo direto* [o agente representa o facto que preenche o tipo e actua com intenção de o realizar], *dolo necessário* [o agente representa a realização de um facto que preenche o tipo como consequência necessária da sua conduta] e *dolo eventual* [o agente representa a realização de um facto que preenche o tipo como consequência possível da sua conduta e actua conformando-se com aquela realização].

II. - A negligência consiste sempre num atuar do agente sem que proceda com o cuidado a que, segundo as circunstâncias concretas, está obrigado e de que é capaz. A negligência consiste portanto, na omissão pelo agente, de um dever de cuidado (art. 15º, do C. Penal).” (Ac. TRC, proferido no processo 1184/08.5TBCBR.C1 datado de 03/04/2009), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/7ee348f13b50ef4e80257585005000ec?OpenDocument> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).

¹²² Conforme os esclarecimentos que Manuel Antunes (2013, p. 100) faz na sequência do disposto no art. 12º do RGCO, a “tentativa é punível, quando, e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão ‘abaladora’; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida”.

É possível ainda, ao abrigo do art. 27º, n.º 1 do Estatuto, a aplicação de sanções acessórias pelo IAPMEI, cumulativamente às coimas previstas e já abordadas, nomeadamente: apreensão e perda do objeto da infração, incluindo o produto do benefício obtido pelo infrator através da prática de contraordenação; interdição temporária do exercício pelo infrator da atividade de mediador; e cancelamento da inscrição para o exercício da atividade de mediador.

Quer a interdição temporária quer o cancelamento da inscrição estão, pelo n.º 2 do art. 27º do Estatuto, munidos de limite temporal, não podendo ter qualquer umas destas sanções a duração superior a cinco anos, contados da decisão condenatória definitiva.

Conforme art. 28º do Estatuto, o produto das coimas reverte 60% para o Estado e 40 % para o IAPMEI. Pese embora compreendamos os motivos desta repartição, somos críticos em relação à mesma.

Sendo o IAPMEI a entidade com poderes de fiscalização da atividade do mediador de recuperação de empresas, tem poderes para iniciar o procedimento contraordenacional e aplicar a medida da coima, recebendo 40% do valor da mesma.

Conseguimos alcançar o objetivo do legislador na previsão legal da repartição pelo IAPMEI do produto das coimas, na medida em que esta é uma das formas de obtenção de receitas pelo IAPMEI o que, em termos práticos, incentiva ao aumento e rigor da fiscalização.

No entanto, pese embora o Estatuto seja omissivo, é nosso entendimento que a aplicação da medida da coima deverá ser fundamentada pelo IAPMEI, conforme disposto no art. 58º, n.º 1 al. c) do RGCO¹²³.

Não olvidar que assiste ao contraordenado, neste caso ao mediador de recuperação de empresas, o direito de recorrer à via judicial, devendo o mesmo seguir os termos do art. 59º e ss. do RGCO.

¹²³ Na senda de Manuel Ferreira Antunes (2013, p. 348), “por fundamentação deve entender-se fundamentação de facto e fundamentação de direito. Deve ser ponderado o grau da culpa e da ilicitude.” Considera ainda o autor que a fundamentação deve conter, ainda que de forma concisa e formalmente menos exigente do que a condenação judicial, o raciocínio lógico-dedutivo que levou o julgador a aplicar ou não determinada sanção”.

Conclusão

Com a elaboração da presente dissertação, conseguimos efetuar algumas conclusões.

Assim, verificamos que em matéria de recuperação de empresas a entrada em vigor do CIRE em 2004, trouxe a adoção do sistema falência-liquidação que privilegiava a liquidação do património do devedor para satisfação dos seus credores.

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2012 de 3 de fevereiro, veio alterar novamente o paradigma do sistema falimentar (falência-saneamento), passado a privilegiar, a recuperação de devedores em situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente através da obtenção de acordos extrajudiciais em alternativa à via judicial, consagrando o SIREVE e o PER.

É no âmbito do Programa Capitalizar que surgem novas alterações legislativas, nomeadamente: consagração do PEAP, o RERE bem como do Estatuto do mediador de recuperação de empresas. Quer o PEAP, quer o RERE, vão ao lado do PER, vão representar os mecanismos de recuperação pré-insolvenciais existentes em Portugal para devedores em situação económica difícil ou de insolvência iminente.

O RERE constitui-se assim como um regime pré-insolvencial voluntário e, regra geral, confidencial, com requisitos e trâmites próprios, desde que se inicia até ao seu termo, prevendo ainda, desde que assim requerido pelas partes, a participação do mediador de recuperação de empresas que, dentro dos seus deveres profissionais, medeia as negociações.

Assim, um devedor que se encontre em situação económica difícil ou de insolvência meramente iminente, pode expressar essa vontade junto dos seus credores, visando a obtenção de um acordo de reestruturação que permita a sua recuperação.

Relativamente às partes, o RERE acolhe o critério da patrimonialidade para identificação do devedor bem como ao critério da patrimonialidade dos créditos em relação aos credores, podendo ainda ser parte no RERE os titulares de garantias, sócios, Autoridade Tributária e Segurança Social, trabalhadores e estruturas representativas destes, podendo ainda qualquer uma das partes fazer-se representar por mandatário constituído para o efeito.

Pese embora a respeito da representação por mandatário nada conste acerca do apoio judiciário e o RERE não seja um processo judicial, defendemos que deveria constar na Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, essa possibilidade.

A respeito da voluntariedade do RERE, a mesma reflete-se em vários sentidos, podendo o devedor e os credores entender participar, intervir ou desistir do procedimento.

No entanto, existem credores, nomeadamente a Segurança Social, a Autoridade Tributária, os trabalhadores e as organizações representativas destes, com participação obrigatória nas negociações, sendo nosso entendimento que o devedor dispõe do prazo de 10 dias para, preferencialmente de forma eletrónica, informa-los do depósito do protocolo de negociação.

É nosso entendimento que a participação obrigatória por parte destes credores nas negociações, não viola a voluntariedade associada ao RERE na medida em a sua participação visa a salvaguarda do interesse da coletividade, com as restrições impostas pelos princípios da igualdade e legalidade. No entanto, o credor Estado, além do respeito a estes dois princípios, tem de ter em conta facto dos seus créditos serem indisponíveis.

Assim, dentro do princípio da legalidade a que o credor Estado está adstrito, consideramos que com vista à manutenção do interesse público na manutenção do tecido empresarial, o princípio da legalidade deva ser alargado, sem que, no entanto, prescindida o credor público do seu crédito mas tornando-se flexível à semelhança dos outros credores, tal iria de encontro ao ponto 2.19 do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica.

Uma última consideração a respeito da limitação da voluntariedade associada aos trabalhadores e suas organizações representativas para a participação nas negociações. É nosso entendimento que, estando salvaguardado no art. 19º, n.º 8 do RERE que os trabalhadores não podem ser prejudicados em virtude da celebração de acordo, a sua presença é importante mas a sua obrigatoriedade é, salvo melhor opinião, desnecessária, ficando apenas o ordenamento jurídico a aguardar pela alteração ao DL n.º 59/2015, de 21 de Abril, nomeadamente concedendo a possibilidade dos trabalhadores recorrerem ao FGS para pagamento de créditos emergentes do contrato de trabalho como alternativa ao RERE.

A confidencialidade é a regra geral no RERE, extensível ao desempenho de funções do mediador de recuperação de empresas, sob pena de nulidade do protocolo. Porém, está na disponibilidade das partes aquando do protocolo de negociação, por unanimidade, derrogar este princípio.

Tal, produzirá efeitos na publicidade, ou não, do registo do protocolo de negociação e do acordo de reestruturação, podendo, no entanto, quer os credores públicos, quer os sócios (por força do seu direito à informação), acederem à informação, cessando no entanto a

confidencialidade na estrita medida do necessário para o Conservador informar os tribunais onde correm ações judiciais, vislumbrado essa informação no protocolo de negociação.

Deste modo, caso o devedor pretenda submeter o acordo extrajudicial aos termos do RERE, deve manifestar a vontade de o iniciar junto de pelo menos um credor que represente pelo menos 15% do passivo do devedor referente a créditos não subordinados, assinando um protocolo de negociação que deve ser depositado na conservatória do Registo Comercial, momento a partir do qual, se inicia o prazo de conclusão de negociações, prazo esse, estabelecido pelas partes mas que não pode exceder 3 meses.

O protocolo de negociação, de conteúdo livre, visa estabelecer a forma de negociações entre as partes, seus intervenientes, duração e produzirá, após o seu registo por depósito junto da Conservatória nos termos do aguardado Processo Especial de Depósito, efeitos ao nível das partes, das ações em curso e dos prestadores de serviços essenciais.

No decurso das negociações, nem o devedor nem os credores, podem praticar atos que de alguma forma diminuam o património do devedor, seja por dissipação de património por parte do devedor, seja por início de ações coercivas por parte dos credores, ficando, no entanto e salvo melhor opinião, os credores libertos dessa obrigação no caso de violação grosseira dos deveres ao devedor associados.

Relativamente aos processos de insolvência em curso intentados por credores participantes, suspendem-se. No entanto, pode ficar consagrado no protocolo destino diverso ao processo. Tal, na nossa opinião, se não for em benefício do devedor, não trás qualquer outra vantagem. Já os processos executivos, a regra é a extinção dos mesmos, a menos que o protocolo preveja a sua suspensão.

As negociações visam a obtenção do acordo de reestruturação, tornando o devedor economicamente viável, podendo as partes recorrer à mediação de recuperação de empresas para o fazer.

Na apresentação a registo do acordo de reestruturação, o Conservador tem um papel importante em termos de decisões oficiosas e de informação. Cabe a ele, nos termos do protocolo de negociação, verificar qual é o termo do prazo que as partes se dispuseram a concluir as negociações. Findo o prazo, se não for sujeito a depósito um acordo de reestruturação, o conservador, oficiosamente, considera que não se obteve acordo e regista esse facto.

Pensamos e defendemos que está na esfera do Conservador, comunicar aos prestadores de serviços essenciais e às ações judiciais em curso, o depósito do acordo. Caso as partes concedam publicidade ao acordo, então, a publicação de simples edital é bastante para dispensar o conservador de aviso individual às entidades em causa.

Encerradas as negociações, podem as partes, caso assim desejarem e cumprirem os requisitos, iniciar novas negociações com vista à obtenção de novo acordo nos termos do RERE. A respeito, mantemos algumas reservas na medida em que, por esta via, poderá o RERE ser utilizado pelas partes como expediente dilatatório de resolução do seu concreto problema económico e potenciando o seu agravamento.

O acordo, cujo conteúdo tem de ser totalmente aceite pelos subscritores e só afeta os subscritores, deve ser acompanhado de declaração de ROC que se destina a certificar o passivo do devedor e que o mesmo não se encontra numa situação de insolvência. A declaração do ROC, terá impacto em caso de insolvência posterior do devedor, nomeadamente impedindo a resolução em benefício da massa referentes aos negócios jurídicos celebrados em harmonia com o acordo.

Como efeitos do acordo, consagra o legislador a extinção de processos judiciais declarativos, executivos ou de natureza cautelar, que respeitem a créditos incluídos no acordo, bem como do processo de insolvência instaurado por credor interveniente no acordo e desde que esta ainda não tenha sido declarada.

A respeito, pese embora compreendemos os motivos desta solução, nomeadamente a redução da pendência processual, defendemos que o legislador deveria ter optado pela suspensão dos processos executivos e de insolvência (ainda não decretada) enquanto durarem os termos do acordo ou, mantendo-se a extinção da execução, deveria ser atribuída a possibilidade de renovação da instância.

Quanto aos processos executivos em que o credor subscritor do acordo não é exequente, faz, na nossa opinião sentido que o mesmo seja de modo a não comprometer o património do devedor. Neste caso, defendemos que o tribunal onde corre a execução, tomando conhecimento do decurso do RERE, deveria notificar o exequente para convidá-lo a participar nas negociações tendentes à recuperação do executado em prejuízo da continuidade da execução.

Verificamos também que, se os termos do RERE forem de encontro ao quórum, à representatividade dos votos e à qualidade dos créditos que o PER exige para se obter acordo

por essa via, então, pode o devedor submeter o acordo obtido no RERE para homologação judicial nos termos do PER.

Em suma, a respeito do RERE, pensamos que é um mecanismo de recuperação pré-insolvential, privilegia claramente a recuperação, coadunando os esforços gerais dos credores e devedor e/ou, com o auxílio de um mediador de recuperação de empresas, possam de forma extrajudicial, viabilizar o devedor, mantendo-o em atividade.

A figura do mediador de recuperação de empresas, enquanto profissional isento, imparcial e independente, pode desempenhar funções importantes no RERE, nomeadamente numa fase prévia, auxiliando as partes num diagnóstico financeiro e, seguindo um modelo de mediação facilitadora, participando ativamente nas negociações que visam o acordo, sem no entanto ter o poder decisório ou adjudicatório.

Para se ser mediador de recuperação de empresas é necessário cumprir com um determinado grupo de requisitos, quer internos e inatos à própria pessoa, quer adquiridos com experiência, formação base e específica.

Nos termos do Estatuto, é bastante o candidato ter licenciatura, desconsiderando o legislador qualquer área de estudos. Defendemos que, pela especificidade que a função assume, a licenciatura exigida deveria ser limitada à área jurídica, económica e financeira, sendo de admitir a licenciatura em solicitadoria, direito, gestão e economia.

Somos críticos ainda quanto à exigência de experiência profissional de 10 anos. Se para acesso à formação inicial de magistrados é solicitada a experiência profissional não inferior a cinco anos, para o mediador de recuperação de empresas não deveria ser exigido um período tão extenso de 10 anos.

Reunindo o candidato os requisitos ao nível da licenciatura, idoneidade e experiência profissional, deve frequentar também ação de formação específica para mediadores de recuperação de empresas, aguardando-se à data pela Portaria que fixará a duração da formação inicial, bem como os requisitos que as entidades que pretendam ministrar a formação têm de preencher.

Deve assim o mediador reunir a documentação necessária e requerer junto do IAPMEI, enquanto entidade gestora da atividade de mediadores de recuperação de empresa, a sua inscrição nas listas, existindo uma por cada Centro de Apoio, não podendo a inscrição do mediador de recuperação de empresas, caso cumpra os requisitos, ser recusada pelo IAPMEI.

Entendemos que o IAPMEI, enquanto entidade gestora, deveria ter poderes para, em consonância com critérios definidos previamente, poder recusar novas inscrições.

Uma vez inscrito, o mediador de recuperação de empresas adquire um conjunto de direitos e deveres decorrentes do exercício das suas funções, pressupondo ainda a sua inscrição um período de atividade de cinco anos, tendo de renovar essa inscrição, no termo do prazo, sob pena de se verificar officiosamente a caducidade da sua inscrição.

Durante a vigência da inscrição, o mediador de recuperação de empresas pode ser nomeado pelo IAPMEI, atendendo esta entidade a critérios sequenciais, com exceção da nomeação específica de mediador concreto quando a situação assumir especial complexidade.

Após a nomeação, o mediador dispõe de um prazo de cinco dias para aferir se existe algum impedimento ou incompatibilidade para o exercício daquela mediação. Existindo, deve comunica-lo a fim de ser designado outro mediador de recuperação de empresas.

Não existindo impedimento, consideramos que a aceitação não é tácita mas sim que a mesma ocorre com o pagamento da taxa a suportar pelo mediador de recuperação de empresas, sem prejuízo de englobamento da taxa nas despesas.

Têm ainda o mediador de recuperação de empresas, direito à remuneração bem como ao reembolso das despesas necessárias ao desempenho de funções. Consideramos que as despesas devem ser comprovadas.

A atividade do mediador é sujeita a fiscalização por parte do IAPMEI, que tem a responsabilidade e o poder sancionatório sobre atos do mediador de recuperação de empresas que violem os seus deveres, podendo aplicar-lhe coimas e sanções acessórias, com respeito e observância ao RGCOG.

Pelo exposto, podemos concluir que estas alterações legislativas, obtiveram a sua inspiração em indicações e orientações internacionais que, numa comunhão de esforços, privilegiam a recuperação de empresas, adotando mecanismos que potenciam a viabilização do tecido empresarial.

É nosso entendimento que o RERE, enquanto meio pré-insolvencial e extrajudicial, ao lado da mediação de recuperação de empresas, é um regime que se mostra capaz de fazer face aos problemas económicos dos devedores, encontrando-se preparado para responder aos desafios que motivaram a sua elaboração e integração no ordenamento jurídico.

Bibliografia

- ABREU, C. (2002). *Curso de Direito Comercial*; Vol. II das Sociedade; Almedina.
- ALMEIDA, A. (2008). *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários (5ª ed.)*; Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. (2013). *Contra-Ordenações e Coimas (2ª ed.)*; Petrony.
- CASANOVA, N. e DINIS, D.; *O Processo Especial de Revitalização – Comentários aos artigos 17º-A a 17º-I do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*; Coimbra Editora.
- CEBOLA, C. (2011); *La mediation – un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos*, disponível em <http://handle.net/104008/761> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).
- CUNHA, Paulo Olavo; *Direito das Sociedades Comerciais*; 4ª edição, Almedina, Maio 2010
- COSTA, M. (2008); *Direito das Obrigações*; 11ª edição revista e atualizada, Almedina Coimbra.
- EPIFÂNIO, M. (2015); *O Processo Especial de Revitalização*; Almedina.
- FERNANDES, L. e LABAREDA, J. (2009); *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*; Quid Juris.
- FERREIRINHA, F. e NETO, Z (2012); *A Função Notarial dos Advogados (2ª ed.)*, Almedina.
- FRADE, C. (2013); *Sobreendividamento e soluções extrajudiciais: a mediação de dívidas*, in Catarina Serra (org.), *I Congresso de Direito da Insolvência*; Almedina.
- GOUVEIA, M. (2014); *Um Curso de Resolução Alternativa de Litígios*; 3ª edição, Almedina.
- LIMA, P. e VARELA, A. (2011); *Código Civil Anotado (4ª ed.) Volume I*; Coimbra Editora;
- LIMA, P. e VARELA, A. (2011); *Código Civil Anotado (4ª ed.) Volume II*; Coimbra Editora;
- LOPES, D. e PATRÃO, A. (2014); *Lei da Mediação Comentada*; Almedina.
- LOPES, J. (2011); *Direito dos Registos e do Notariado (6ª ed.)*; Almedina.

- LOURO, L. (2011); *O Acesso ao Direito e os Meios alternativos de Resolução de Conflito*; disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B00fa5b7d-bea7-4bc2-a294-82b16b9f3560%7D.pdf> (consultado pela última vez em 30 de março de 2018).
- MACHADO, A. e PIMENTA, P. (2010); *O Novo Processo Civil (2ª ed)*, Almedina.
- MACHADO, J. (2017); *O Dever de Renegociar no âmbito Pré-Insolvencial*; Almedina.
- MARTINS, A. (2015); *Um Curso de direito da Insolvência*; Almedina.
- MARTINS, L. (2014); *Processo de Insolvência (3ª ed)*, Almedina.
- NASCIMENTO, S. (2015); *A Insolvência nos Grupos de Sociedades*; Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito; Lisboa, disponível em <http://hdl.handle.net/10451/31662>, última consulta em 30 de março de 2018.
- NICUESA, A. (2013), *Mediación y Arbitraje Electrónicos*; Primera Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- NASCIMENTO, E. e TRABULO, M. (2015); *Elucidário*; Almedina.
- OLIVEIRA, N. (2012); *Entre código da insolvência e princípios orientadores: um dever de (re) negociação?*; in ROA, 2012, (Ano 72), disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B2f498f08-da7b-4429-aa27-16b7eea28abc%7D.pdf> última consulta em 30 de março de 2018.
- PRATA, A. (2014); *Dicionário Jurídico (5ª ed.)*; Almedina.
- RAMALHO, M. (2012); *Tratado de Direito do Trabalho – Parte II-Situações Laborais Individuais (4ª ed.)*; Almedina.
- RAMOS, A. (2014); *Medidas de Recuperação de Empresas*; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Coimbra, 2014, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35010/1/Medidas%20de%20Recuperacao%20de%20Empresas.pdf>. última consulta em 30 de março de 2018.
- REIS, C. (2014); *Desconsideração da Personalidade Jurídica*; Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2014, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/77614> última consulta em 30 de março de 2018.
- RIOS, P. (2005); *Mediação Familiar*; Verbo Jurídico, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_civil.php última consulta em 30 de março de 2018.

SERRA, C. (2017); *Direito da Insolvência em movimento, a reestruturação de empresas entre as coordenadas da legislação nacional e as perspectivas do Direito europeu*; in Revista de Direito Comercial, 2017, disponível em www.revistadedireitocomercial.com última consulta em 30 de março de 2018.

SERRA, C. (2013); *Revitalização e o misterioso objeto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação processo) e com o SIREVE*; in I Congresso de Direito da Insolvência; Almedina.

SILVA, S. e SANTOS, M. (2012); *Os Créditos Fiscais nos Processos de Insolvência: reflexões críticas e revisão da jurisprudência*; disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24784/1/STS_MCS%20insolvencia.pdf com última consulta em 30 de março de 2018.

SUBTIL,R & Associados (2013) ; *Guia prático da Recup. e Revitalização de Empresas* (2ª ed); Vida Económica, disponível em https://issuu.com/vidaeconomica/docs/guia_pratico_recuperacao_revitaliza com última consulta em 30 de março de 2018.

Esta página foi intencionalmente deixada em branco