

O NOVO REGIME DE FINANCIAMENTO DO DEVEDOR NO ÂMBITO DO PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO (PER) DECORRENTE DA LEI N.º 9/2022, DE 11 DE JANEIRO

MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS

Resumo: São analisadas as profundas alterações introduzidas pela reforma decorrente da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, à disciplina do financiamento concedido à empresa no âmbito de um processo especial de revitalização (art. 17.º-H CIRE), onde avulta a ampliação dos instrumentos de tutela dos credores.

Palavras chave: recuperação de empresas; financiamento; processo espacial de revitalização

Sumário: 1. Introdução; 2. A proteção; 2.1. A proibição de resolução; 2.2. A proteção reforçada dos novos capitais; 2.2.1. O regime pregresso; 2.2.2. O regime decorrente da reforma; 2.2.2.1. As modalidades de financiamento; 2.2.2.2. O capital; 2.2.2.3. O âmbito subjetivo: os credores tutelados; 2.2.2.4. Os instrumentos de tutela dos credores; 2.3. A proteção das garantias prestadas; 2.4. Aspectos subjetivos. O financiamento concedido pelos sócios; 2.4.1. O regime inicial; 2.4.2. O regime atual; 3. A posição dos trabalhadores.

1. INTRODUÇÃO

I. A recuperação de empresas viáveis, recorrendo-se a instrumentos que estejam devidamente aparelhados em termos jurídicos para permitir a sua manutenção em atividade em normais condições de mercado, e conduzir à sua recuperação, existe na generalidade dos sistemas jurídicos.

Há mesmo, hoje, cremos, um direito de recuperação das empresas distinto, com regras e princípios diversos, de um direito da insolvência ou da liquidação puro. Ele passa em termos amplos, mas que são comuns aos diferentes ordenamentos jurídicos, com construções, mais ou menos bem conseguidas, mais ou menos eficazes, pela criação de escudos protetores das ações executivas individuais, da restruturação do passivos e introdução de modificações na organização empresarial, acompanhada por um financiamento futuro que permita garantir o sucesso da recuperação.

Esse aspecto, com reflexos na construção dos ordenamentos jurídicos, em particular depois da crise financeira de 2007-2008, é visível no plano europeu com a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência).

II. Ponto central da recuperação do devedor empresarial é a obtenção de crédito que lhe permita o desenvolvimento da sua atividade, depois da reestruturação nos termos do plano acordado¹. Para além disso, e em termos diversos, é ainda necessário, quase sempre, um financiamento intermédio, ponte (*bridge financing*)², que assegure que a empresa se mantenha em atividade, até ser aprovado, e mesmo caso venha a ser aprovado, o plano de recuperação³. A distinção entre estas modalidades de financiamento (como o faz claramente o art. 16.º da Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019) é fundamental, porque eles desempenham funções distintas e devem estar sujeitos a regimes diversos.

Em termos gerais, os interesses que se conjugam e articulam a este propósito são os da tutela da empresa, a proteção dos credores cujo financiamento é essencial a todo o processo, bem como dos titulares dos créditos, comuns, privilegiados e garantidos pré-existentes a essa data. Em qualquer caso, porém, a tutela robusta do financiador, seja no financiamento ponte ou intercalar, seja no financiamento para a recuperação, é essencial. Sem essa proteção, nenhum sujeito correrá o risco do financiamento.

III. Este artigo irá analisar a proteção do *fresh money* no seio do ordenamento jurídico português. Ele foi consagrado no art. 17.º-H do PER, norma a que a recente reforma decorrente da Lei n.º 9/2022, de 11/1, alterou substancialmente. Há desta forma que articular o regime inicial com as alterações que lhe foram depois introduzidas. Por conseguinte, começaremos este estudo por aquele, para, num segundo momento, se poder destacar, então, o sentido e alcance das modificações introduzidas, compondo de forma clara o regime vigente.

Antes disso não deixamos de sublinhar que na versão final do plano de recuperação a apresentar pela empresa, nos termos do art. 17.º-F, n.º 1 CIRE, deverá indicar-se qualquer novo financiamento aí previsto e as razões pelas quais esse novo financiamento é necessário para executar o plano [art. 17.º-F, n.º 1, al. i) CIRE].

¹ O *Sanierungskredit*, ou seja, o crédito destinado ao saneamento do devedor. Cfr. Fandrich/Hofmann, *Kreditsvertragsrecht*, in: Münchener Anwälts Handbuch, Bank- und Kapitalmarktrecht (herausgegeben von Andreas Fandrich und Ines Karper), Munique: C. H. Beck, 2012, § 5, pp. 270, ss..

² *Überbrückungskredit*, Fandrich/Hofmann, *Kreditsvertragsrecht*, cit., p. 271. Ele é definido nos termos da diretiva (art. 2.º, n.º 8) como “qualquer nova assistência financeira, disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor, que abranja, no mínimo, a assistência financeira prestada durante a suspensão das medidas de execução, e que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização”.

³ Definido nos termos da diretiva (art. 2.º, n.º 7) como: “qualquer nova assistência financeira disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor para executar um plano de reestruturação e que esteja prevista nesse plano de reestruturação.”

2. A PROTEÇÃO

I. A tutela do dinheiro novo na insolvência assentava, e assenta ainda, em três pilares: a proibição de resolução, a concessão de uma tutela reforçada aos novos capitais e a proteção das garantias prestadas. Consistem em elementos de caráter objetivo. Um elemento de caráter subjetivo, de grande relevância nesta matéria e que justificava, e justifica, sempre um tratamento separado, é o do financiamento concedido pelos sócios neste âmbito. Também será aqui exposto.

2.1. A proibição de resolução

I. Os negócios jurídicos celebrados no âmbito de processo especial de revitalização⁴ cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação não podem ser resolvidos posteriormente pelo administrador da insolvência se esta vier, mais tarde, a ser declarada (art. 120.º, n.º 6 CIRE).

II. O critério a que se recorre não é a estrutura, sendo antes a finalidade. O relevante não é o tipo contratual – sendo os mais comuns, o mútuo, a abertura de crédito, a antecipação bancária, o reporte, a locação financeira –, mas o fim de concessão de crédito, num sentido amplo. Incluída neste seio está igualmente a coligação de diversos contratos quando a finalidade é a concessão de meios de financiamento, como sucede, p. ex., com a locação financeira restitutiva, ou *lease-back*.

III. A lei não contempla de forma direta outros instrumentos de resolução destes negócios; porém, é indubitável que eles podem ser resolvidos sempre que se vise por essa via prejudicar intencionalmente os outros credores. Na verdade, o que o art. 120.º, n.º 6 CIRE impede é a aplicação do regime de resolução incondicional do art. 121.º e do regime geral de resolução do art. 120.º CIRE, tal como ele aí se encontra definido. Mas isso não significa que o ato não possa ser resolvido com outro fundamento, como nos indica o lugar paralelo dos contratos de garantia financeira que permite a sua resolução sempre que eles “tenham sido praticados intencionalmente em detrimento de outros credores”⁵.

IV. Para além desta limitação, o credor pode ainda reagir face a um ato praticado nesses termos, solicitando a não homologação do plano [art. 216.º, n.º 1, al. a) CIRE, art. 17.º-F, n.º 7 CIRE]. Mas mesmo que não o faça, o ato não deixa por isso de ser resolúvel por ação do administrador da insolvência, até porque este visa tutelar todos os credores, incluídos aqueles que só adquiriram

⁴ Ou do acordo, se se tratar de acordo extrajudicial – art. 17.º-I, n.º 6 CIRE.

⁵ Art. 19.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8/5.

essa qualidade no período de tempo que vai entre a homologação do plano e o início do processo de insolvência. Acresce que não estava afastado o recurso à impugnação pauliana, nos termos previstos no art. 127.º CIRE.⁶

V. A reforma não tocou esta norma⁷, mantendo-se o regime exposto. Todavia, se era defensável, como se viu, face ao direito pregresso, que estaria ainda aberta a via da impugnação pauliana, o novo número 5, aditado ao art. 17.º-H, afasta-a.

Contudo, foi acrescentado um n.º 6 ao art. 17.º-H, nos termos do qual “o novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução”. A fonte direta é a diretiva, de que o legislador pura e simplesmente, como se pode ver, fez um *copy/paste*. O texto do art. 17.º, n.º 1, al. a) da diretiva é exatamente o mesmo: “O novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução”.

VI. Há diversos aspectos a destacar.

O primeiro é que a transposição da diretiva mesmo neste ponto não está correta. O art. 17.º, n.º 1, al. a) da diretiva é idêntico ao art. 17.º-H, n.º 6, decorrente da reforma implementada pela Lei n.º 9/2022, de 11/1. Porém, o art. 17.º, n.º 1, al. a) da Diretiva é antecedido pelo corpo do art. 17.º, n.º 1, onde impõe uma condição às limitações decorrentes depois da sua alínea a): a insolvência posterior do devedor. O legislador nacional é completamente omisso neste ponto, estendendo o regime para além do que deveria. Não cremos que o quisesse. Tratou-se simplesmente de uma falta de cuidado na transposição. O que implica que a norma terá que ser interpretada de acordo com a diretiva e limitar esses casos à insolvência posterior do devedor.

Um segundo ponto, e este mais grave, tem a ver com o seguinte: os arts. 17.º e 18.º da diretiva asseguram um mínimo de proteção do novo financiamento e o financiamento intercalar: aí se inclui a nulidade, a anulabilidade ou insuscep-tibilidade de execução numa insolvência posterior do devedor.

É assim porque os diferentes ordenamentos adotam figuras distintas para fazer cessar certos atos do devedor praticados num determinado período de tempo (o “período suspeito”). A título de exemplo, na Alemanha recorre-se à anulabilidade (a *Anfechtung*), e em Itália a uma revogatória (a *revocatoria fallimentare*). Ora, a figura adotada pelo direito português, cujo regime decorre dos arts. 120.º e seguintes, é a resolução. Logo, o fim que a diretiva visava existia já, e com grande amplitude, no direito nacional.

Esta norma era, pois, dispensável. Contudo, a sua consagração nestes termos é perigosa, porque dá a entender que um negócio celebrado nesta fase que esteja ferido de nulidade ou anulabilidade não pode vir depois a ser anulado

⁶ Neste sentido, FERNANDES, L. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 180.

⁷ Com a redação que lhe foi dada pelo Dec.-Lei n.º 79/2017, de 30/6.

ou declaro nulo, tanto mais que omite o requisito da insolvência posterior. Como é evidente, estando os negócios viciados por nulidade ou anulabilidade nos termos gerais, podem ser anulados ou declarados nulos, nos devidos termos destes regimes. É a esta luz e neste quadro que deve ser feita a interpretação do art. 17.º-H, n.º 6, de acordo com a diretiva, e com a disciplina da cessação dos atos, neste caso dos financiamentos concedidos no âmbito do PER (art. 120.º, n.º 6 CIRE).

VII. Um último ponto diz respeito à proteção do financiamento intercalar. O art. 120.º, n.º 6 CIRE protege os negócios jurídico cuja finalidade seja dotar o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação, ou seja, o financiamento para a recuperação; contudo, a diretiva pretende proteger também o financiamento intermédio.

Por conseguinte, interpretada esta norma de acordo com a diretiva [art. 17.º, n.º 1, al. a)] e com o regime em grande parte falhado do art. 17.º-H, n.º 6, ela deve igualmente abranger esta segunda modalidade de financiamento. No regime atual, desta forma, o art. 120.º, n.º 6 CIRE, impede a resolução dos atos praticados nos termos aí definidos que concedam ao devedor financiamento, tanto para a recuperação, como o intercalar.

2.2. A proteção reforçada dos novos capitais

2.2.1. O regime pregresso

I. A lei conferia aos credores que no “decurso do processo” finciassem a atividade da empresa disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização um privilégio mobiliário geral graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

II. Em termos estritamente literais, o único financiamento abrangido seria aquele concedido no decurso do processo e não já o que fosse acordado para depois do processo (isto é, da sua homologação); contudo, havíamos já sustentado que a lei visava também o capital concedido para a recuperação. O privilégio abrangia também os capitais disponibilizados para a sua recuperação, em execução do plano, e não somente durante o decurso do processo, uma vez que é ele, eventualmente integrado noutras medidas aí incluídas, que irá permitir a revitalização do devedor. Esse capital é, evidentemente, acordado e prestado no decurso do processo, tendo um carácter instrumental à revitalização do devedor, que é o que se visa.

III. Quanto ao financiamento concedido durante o processo para a manutenção da atividade do devedor (financiamento-ponte) não estava protegido per se, sendo ainda necessário que um plano de recuperação que o previsse [art.

17.º-F, n.º 1, al. i) CIRE] e viesse ser aprovado e homologado (momento em que produz os seus efeitos, art. 17.º-F n.º 1 CIRE).⁸

2.2.2. O regime decorrente da reforma

I. O regime agora consagrado é muito diferente. A proteção concedida aos credores reveste uma enorme extensão, tanto nas garantias concedidas, como na modalidade de financiamento abrangidas. Que se faz à custa dos credores comuns e mesmo daqueles que tenham créditos privilegiados.

Vejamos então os traços que o caracterizam.

2.2.2.1. As modalidades de financiamento

I. Ao contrário do que sucedia no regime pregresso e visando transpor a diretiva, tanto o financiamento para a recuperação como o financiamento intermédio estão abrangidos.

São figuras bem diferentes.

Estando o devedor, aquando do início do processo, em situação económica difícil ou mesmo insolvência iminente, ele terá quase sempre evidentes necessidades de crédito, sendo mesmo, em regra, a falta dele que o conduz a essa situação⁹. Pelo que, para manter a sua atividade até que seja, eventualmente, aprovado e homologado um plano de recuperação conducente à sua revitalização, decorre um período de tempo considerável para o qual carece de financiamento intermédio, ou ponte.

II. O financiamento da revitalização é aquele que deverá ser prestado *subseqüentemente* à aprovação e homologação do plano, onde tem de estar previsto. Como se referiu, normalmente o devedor carece de uma “injeção” de capital que lhe permita relançar a sua atividade, aprovado aquele.

Esse financiamento é previsto no próprio plano, mas só é concedido após a sua homologação a que estará condicionado, porque o credor, claro, só o fará, nessas condições, se for protegido do risco acrescido. Aliás, normalmente, esse capital será concedido *também* contra garantias (há um círculo de proteção).

2.2.2.2. O capital

I. O financiamento consiste na disponibilização de capital. Este deverá ser entendido no seu sentido estrito e mais comum de fornecimento de meios

⁸ Cfr. Pestana de Vasconcelos, *Recuperação de empresas: o processo especial de recuperação*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 97, ss..

⁹ Basta ver a noção de situação económica difícil, art.17.º-B CIRE.

pecuniários. O que se pretende aqui é a concessão de dinheiro novo que possa permitir a manutenção subsequente da atividade empresarial, onde se engloba, necessariamente, o pagamento a fornecedores. Se a lei quisesse ampliar a proteção deste privilégio, sabendo o que aqui está em jogo, deveria tê-lo expressado, como sucede com as legislações próximas que permitem esse alargamento. O que não fez.

2.2.2.3. O âmbito subjetivo: os credores tutelados

I. Embora a norma refira credores onde se incluem necessariamente aqueles que já o eram antes do início do processo, cremos que se inserem aqui igualmente os que não sendo nessa data venham depois, no seu quadro, a financiar o devedor.

O sentido da norma é facilitar, criar as melhores condições, para esse financiamento ser concedido, pelo que nada conduz à exclusão de um financiamento “externo” (como, p. ex., a banca, quando esta não seja credora – o que é pouco comum -, ou outros bancos¹⁰). Bem pelo contrário: ele está seguramente abrangido pela teleologia da norma.

2.2.2.4. Os instrumentos de tutela dos credores

I. Foi neste quadrante que se operaram as principais, e mais decisivas, alterações ao regime do financiamento. No regime pregresso, como se referiu, concedia-se ao credor/financiador um privilégio geral mobiliário, nos termos que acima expusemos. Esse privilégio mantém-se, mas agora ele tem um caráter de proteção de segunda linha.

Na verdade, o cerne da tutela do credor consiste em transformar os créditos dos financiadores em créditos sobre a massa até o valor de 25% do passivo não subordinado da empresa da empresa à data da declaração de insolvência. Isto, se ela vier a ser declarada no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação (art. 17.º-H, n.º 2 CIRE).

Comece por se apontar que neste ponto não se tratou da transposição da diretiva. Não era necessário, porque existia já uma proteção para esse credor. Foi uma escolha do legislador nacional, que se verifica com maior ou menor extensão igualmente noutros ordenamentos.

II. Na insolvência o princípio da *par conditio creditorum* só funciona com caráter residual e de uma forma muito limitada para os credores comuns, que são satisfeitos pelo rateio. Para os restantes credores há diferentes categorias, ou classes, para os quais a lei liga um regime próprio que os protege com maior ou menor intensidade.

¹⁰ Normalmente, a banca também é credora.

A distinção essencial no CIRE é entre os credores da massa e os credores da insolvência, que se dividem depois em função do grau de solidez dos seus créditos em credores com garantia real e privilegiados, credores comuns e credores subordinados. Como bem se sabe, os credores da massa são satisfeitos antes de todos os outros. Em rigor, transformar créditos sobre em insolvência, qualquer que seja a sua modalidade em credores da massa, consiste em conferir-lhes uma super-garantia.

III. Acima desse valor, os créditos passam a privilegiados, beneficiando de um privilégio creditório mobiliário geral que é graduado antes do privilégio mobiliário geral concedido aos trabalhadores (art. 17.º-H, n.º 3 CIRE).

O privilégio geral é um instrumento de garantia (não uma garantia real) ao mesmo tempo fraco e forte.

É fraco no concurso com as garantias reais, porque cede perante elas, mesmo a que venham a ser concedidas posteriormente (aqui, em especial, os diversos penhores). O mesmo sucede por maioria de razão relativamente às dívidas da massa.

Pelo contrário, no concurso entre créditos privilegiados é um instrumento de garantia forte, uma vez que estes créditos são graduados antes de quase todos os créditos guarneidos por privilégios mobiliários, exceto aqueles relativos a despesas de justiça (art. 746.º do Código Civil).

IV. Temos assim uma garantia dupla: numa primeira linha, a proteção completa conferida até 25% (do passivo não subordinado da empresa à data da declaração da insolvência) em créditos sobre a massa; de forma complementar, para o restante valor, um privilégio creditório particularmente forte na relação com os outros privilégios.

V. Do ponto de vista dos financiadores externos, aqueles que têm força para impor a prestação de garantias, sendo por isso “credores fortes”, é quase seguro que recorrerão a elas para proteger os financiamentos.

A tutela do *fresh money* não passa, para eles, pela concessão deste privilégio, mas, de uma forma realista, unicamente pela prestação de garantias reais, ou, muito em especial, negócios de crédito e garantia, esta última assente na titularidade de um direito (p. ex., um *sale and lease back*, ou outra forma de transmissão em garantia), beneficiando da proteção do art. 17.º-H, n.º 1 CIRE.

As proteções podem, como já se sublinhou, atuar em conjunto. A concessão de um empréstimo de curto prazo a troco de uma garantia goza do privilégio e a garantia está protegida nos termos antes referidos, na parte que excede a tutela que agora é conferida pela conversão, nos termos apontados, em dívidas da massa.

VI. Como se disse, ao contrário do regime anterior é agora diretamente tutelado capital concedido para financiamento da atividade do devedor no decurso do processo e não só o financiamento para a recuperação. A questão que se

coloca é saber se esse financiamento ponte só é tutelado se for aprovado e homologado o plano de recuperação ou se é independente dele.

A primeira hipótese colocaria o credor numa posição muito vulnerável e provavelmente inutilizaria a concessão de capital ao devedor nesse período de tempo. Como se tem visto a assinalar, o papel que esse capital tem é diverso e comporta igualmente riscos diferentes. Dificilmente será concedido sem se obter uma proteção que seja independente de uma posterior aprovação e homologação do plano. Todavia, dado o prejuízo potencial para os outros credores do devedor na eventualidade de uma insolvência posterior, eventualmente de seguida à não aprovação de um plano, ele terá que ser controlado.

Cremos que se deverá aqui aplicar o art. 17.º-E, n.º 5 e o art. 161.º CIRE. A celebração pelo devedor de contratos pelos quais obtenha capital para financiar a sua atividade no decurso do processo carece de autorização do administrador judicial provisório, que deverá, de entre outros aspectos, avaliar da sua necessidade, extensão e condições, bem como das perspetivas de recuperação do devedor e seu reflexo na posição dos outros credores.¹¹

Efetivamente, eles não podem deixar de ser qualificados, nos termos do art. 161.º CIRE, como atos de especial relevo. Por um lado, preenchem os requisitos do art. 161.º, n.º 2 CIRE; por outro, dada a dilação temporal entre a entrega do capital e a obrigação da sua restituição, deverão ser considerados novos contratos de execução duradoura, nos termos e para os efeitos do art. 161.º, n.º 3, al. e) CIRE. A violação desta norma implica a ineficácia do negócio de disponibilização de capital (art. 81.º, n.º 6, art. 34.º CIRE).

2.3. A proteção das garantias prestadas

I. As garantias que sejam convencionadas entre o devedor e seus credores para lhe assegurar os necessários meios financeiros para desenvolver a sua atividade, e que neste caso serão praticamente sempre exigidas pelos financeiros, não podem ser objeto de resolução se a insolvência do devedor vier a ser declarada no prazo de dois anos (art. 17.º-H, n.º 1 CIRE). Neste ponto, o regime manteve-se intocado pela alteração da lei. Há, no entanto, necessariamente, que o articular, na medida em que seja necessário, com a restante disciplina na parte alterada.

II. Comece por se apontar que o devedor só pode conceder garantias durante o PER com autorização do administrador [art. 17.º-E, n.º 2, art. 161.º, n.º 3, al. f) CIRE], sob pena de ineficácia [art. 81.º, n.º 6, art. 34.º, art. 17.º-C, n.º 3, al. a) CIRE], como acima se referiu. Mas, com essa autorização, as garan-

¹¹ A diretiva, art. 2.º, n.º 8, sublinha a necessidade de o financiamento ser razoável e imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização.

tias, p. ex., um penhor, são válidas e eficazes. Sujeitam-se, porém, nos termos gerais, ao regime da resolução dos atos do insolvente praticados antes do início do processo (arts. 120.º e 121.º CIRE).

A proteção aqui traduz-se, simplesmente – e não é pouco –, em obstar a esse resultado, ou seja, a impedir que, mais tarde, vindo a ser declarada a insolvência do devedor, o administrador as pudesse resolver nos termos dos arts. 120.º e 121.º CIRE. A exceção, não é, contudo, total, porque elas podem ainda ser resolvidas.

III. A lei refere-se unicamente às garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores, pelo que aponta diretamente para o financiamento por estes últimos, ou seja, aqueles que já eram credores, a quem é prestada a garantia.

Cremos, porém, que, de forma paralela ao que dissemos quanto ao privilégio mobiliário, se deverá compreender aqui também as garantias que nesse seio sejam prestadas a terceiros que forneçam os meios financeiros. De outra forma, não se conseguiriam incluir aqueles que não fossem ainda credores, mas que estejam disponíveis para conceder esse financiamento.¹²

IV. Note-se, ainda, que estes resultados de proteção dos credores já poderiam ser obtidos muitas vezes pelos contratos de garantia financeira, em virtude da sua “blindagem” insolencial. Estes, como se sabe, têm um âmbito de aplicação em termos subjetivos muito amplo (nomeadamente na relação entre banca e as sociedades comerciais). O mesmo sucede quando às obrigações garantidas, havendo só uma limitação quanto ao objeto da garantia (art. 5.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8/5). A verdade, no entanto, é que gozam de uma proteção quase total (com a limitação que acabámos de ver), mesmo quando sejam prestadas fora do âmbito do PER.

V. De forma paralela ao que se referiu *supra* no que toca ao privilégio, as garantias podem ser concedidas no âmbito do plano, ou produzirem efeitos imediatamente. No segundo caso, o garante corre o risco da não homologação daquele. A garantia é, no entanto, reforce-se, válida e eficaz, e pode mesmo ter uma proteção acrescida decorrente de outras normas (p. ex., se for uma garantia financeira): o que já não goza é da tutela do art. 17.º-H, n.º 1 CIRE.

¹² Os meios financeiros podem ser proporcionados de forma direta ou indireta. A lei não distingue e a sua razão de ser aconselha a não distinguir. Tanto estão aqui abrangidas, assim, as garantias concedidas a um banco que empresta dinheiro, como a um vendedor que concede um prazo para cumprir (que é crédito).

2.4. Aspectos subjetivos. O financiamento concedido pelos sócios

2.4.1. O regime inicial

I. Um dos aspectos centrais no âmbito do PER consiste em saber se o financiamento dos sócios está protegido. A sua importância é óbvia, uma vez que é bastante comum serem estes a financiar externamente, ou seja, sem ser por via de dotação, inicial ou subsequente de capital social, a sociedade.

Por conseguinte, também nesta fase a sua participação no fornecimento de novos capitais é do maior relevo. Em particular, porque o financiamento intra-grupo é muito comum.

Não restam quaisquer dúvidas que o podem fazer nos termos gerais. Porém, importa saber, por um lado, se esse financiamento goza da tutela conferida pelo PER, em especial do privilégio mobiliário do *fresh money*, e, por outro lado, se os créditos podem ser tutelados por garantias nesta fase e, caso o possam, se elas beneficiam do regime previsto no PER.

II. Esta matéria foi objeto de soluções muitas diversas nos ordenamentos jurídicos mais próximos. Com efeito, partindo em regra de base semelhante, isto é, do carácter subordinado destes créditos, era, e é, nalguns casos, admitida, com maior ou menor intensidade a sua tutela. De todo o modo, face à lei nacional sempre sustentámos ser claro que o PER não permitia essa proteção. E, por isso, o legislador teve de a vir criar.

III. A questão terá que ser analisada, e decidida, diferenciando os empréstimos dos sócios à sociedade¹³, sua qualificação e seus regimes. Eles podem consistir em suprimentos¹⁴, ou simples empréstimos de curto prazo que não revistam estas características (não podendo assim ser qualificados como tal). Ora, estavam excluídos os sócios que concedessem crédito através de suprimentos. Sendo os seus créditos subordinados numa eventual futura insolvência, não poderiam adquirir a posição de credores garantidos, por terem sido concedidos no quadro do PER, mesmo para financiar a recuperação do devedor¹⁵.

¹³ Objeto de análise serão só as sociedades por quotas e as sociedades anónimas.

¹⁴ Na modalidade de empréstimos de dinheiro – art. 243.º, n.º 1, primeira parte, CSC.

¹⁵ Ver VASCONCELOS, M. Pestana de, *Recuperação de empresas: o processo especial de revitalização*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 103, ss.. E, recentemente, de forma mais desenvolvida, “A proteção dos credores que concedam um novo financiamento (“fresh money”) na recuperação de empresas”, in: El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la ley concursal (Abel Veiga Copo, diretor, Miguel Martínez-Muñoz, coordinador), Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2020, pp. 827, ss..

2.4.2. O regime atual

I. Um primeiro passo no sentido da proteção do financiamento interno decorre da Lei n.º 75/2020, de 27/1¹⁶, que admite (art. 3.º), excepcionalmente, a tutela do capital concedido para a recuperação por parte de “sócios, acionistas, ou quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa”, desde que no âmbito de um PER “tramitado” durante a vigência da Lei n.º 75/2020, de 27/11. E só. Este último requisito significa que o processo se tem que iniciar, ou estar já a decorrer, enquanto a lei estiver em vigor. Não parece necessário que o plano seja aprovado neste período de tempo, embora a proteção do financiamento esteja sempre dependente, nos termos gerais, da sua aprovação¹⁷.

II. A solução veio a tornar-se definitiva com a alteração ao art. 17.º-H CIRE, que por esse motivo tem um caráter inovador muito limitado. Ele protege os “créditos decorrentes de financiamento disponibilizado à empresa, por credores, sócios, acionistas e quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa em execução do plano de recuperação”. Passemos à sua análise.

III. Em primeiro lugar, incluíram-se, agora, no âmbito de tutela não só os sócios, os acionistas, mas também as pessoas especialmente relacionadas. Os acionistas, claro está, também são, claro, sócios, pelo que aqui se pretenderá ter simplesmente reforçar o que antes já era dito, agora, para as sociedades anónimas (e em comandita por ações). As outras pessoas especialmente relacionadas são as previstas no art. 49.º CIRE. Não fosse este regime excepcional, os créditos de que fossem titulares, mesmo concedidos no âmbito do PER, seriam, nos termos do art. 48.º, al. a) CIRE, créditos subordinados.

Por isso, a lei vai mais longe do que proteger, através do privilégio, o financiamento interno realizado através dos sócios, incluindo-se igualmente aquele que seja concedido pelos administradores, de direito ou de facto, e pelos associados, sempre que a pessoa coletiva for uma associação.

Estes créditos não passam simplesmente a comuns, o que significaria simplesmente cessar a subordinação em insolvência futura, mas passam a privilegiados.

¹⁶ Que consagrou o processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Sobre ele, e a reforma no seu conjunto, ver VASCONCELOS, M. Pestana de, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, *Revista de Direito Comercial*, 2020 (www.revistadedireitocomercial), pp. 210, ss..

¹⁷ Escrevemos a propósito da consagração desta medida: O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, cit., p. 2110. “Tempos excepcionais exigem medidas excepcionais, e hoje é fundamental que as empresas possam obter outros meios de financiamento, o que não se justificaria, pelas razões apontadas, em circunstâncias normais. Importa estar só atento para que o novo regime, transitório, não seja utilizado para um *roll over* de dívida, passando a nova dívida a beneficiar desta tutela. Esses casos, de alteração de tutela por via indireta, estão, necessariamente, também, excluídos”.

IV. O único financiamento aqui protegido é aquele concedido em execução do plano de recuperação. Ou seja, ele deve constar do plano de recuperação que tenha sido aprovado e homologado e ser prestado, depois, em sua execução. Só dessa forma será tutelado. É, pois, um financiamento para a recuperação.

Ao contrário do que sucede com o financiamento concedido pela generalidade dos credores. Com efeito, aí inclui-se igualmente como já se apontou, o financiamento intermédio, ou seja, recorrendo aos termos da lei, aquele que é concedido no decurso do processo, e não somente o que seja atribuído em execução do plano de recuperação – o financiamento para a recuperação em si.

V. Haverá ainda que ter em conta dois aspectos de regime: a articulação com o regime das garantias decorrente do art. 17.º-H, n.º 1, e da disciplina geral do financiamento pelos credores. Começamos pelo último.

Como vimos, a lei consagra uma proteção muito sólida aos credores do devedor, em caso de financiamento. Acontece que os sócios podem já ser credores da empresa – e até é muito comum que o sejam. Em qualquer caso, porém, a sua tutela limita-se – e já não é nada pouco – ao privilégio creditório.

Os créditos dos sócios têm uma natureza e um regime muito diverso daquele dos outros credores da empresa. O regime dos suprimentos converte-os em créditos subordinados na insolvência, enquanto aqueles dos outros credores, comuns ou garantidos, se mantém com as suas disciplinas próprias (salvo, evidentemente, se a própria lei não os subordinar nessa sede – art. 48.º CIRE).

A nova proteção dos sócios, que a Lei n.º 9/2022, de 11/1 veio a consagrar de forma definitiva, reveste um caráter de todo excepcional e é diversa daquela prevista para a generalidade dos credores.¹⁸

3. A POSIÇÃO DOS TRABALHADORES

I. Do regime exposto, é clara a desproteção dos trabalhadores. Já face ao regime anterior devido à prevalência do privilégio concedido ao credor/financiador sobre os créditos dos trabalhadores¹⁹ tutelados por privilégio mobiliário geral [art. 333.º, n.º 1, al. a) Código do Trabalho]²⁰, agora ampliada pela transformação de uma parte desses créditos em créditos sobre a massa.

¹⁸ O regime é completado, nos termos impostos pela diretiva, pela proteção dos concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar. De facto, nos termos do art. 17-H, al. e), eles “não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores, salvo nos casos expressamente previstos na lei”.

¹⁹ Emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação – art. 333.º, n.º 1 Código do Trabalho.

²⁰ Na verdade, o devedor, muitas vezes, não terá no seu património imóveis próprios, sobre os quais possa incidir um privilégio imobiliário especial dos trabalhadores [art. 333.º, n.º 1, al. b) Código do Trabalho].

II. Em termos gerais, a proteção dos créditos laborais é dupla: o privilégio creditório geral e o privilégio imobiliário especial dos trabalhadores, que é uma garantia real particularmente sólida [art. 333.º, n.º 1, al. b) Código do Trabalho]. Porém, muitas vezes, o devedor não terá no seu património imóveis próprios, sobre os quais possa incidir essa garantia. Ou o seu valor não ser significativo para o montante em dívida. Resta o privilégio [art. 333.º, n.º 1, al. a) Código do Trabalho].

No regime pregresso, ele era concedido só aos credores que financiasssem a atividade do devedor, proporcionando-lhe capital para a sua revitalização. Agora, ele foi alargado, como se viu, aos sócios, acionistas e quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa que concedam financiamento para a recuperação, alarando-se o âmbito subjetivo dos credores privilegiados. Para além disso, a massa é reduzida nos termos do art. 17.º-H, n.º 2 CIRE.

III. Importa ter presente que os trabalhadores não têm qualquer poder negocial para contratar garantias dos seus créditos (são credores fracos e *non adjusting*, porque não podem impor à entidade patronal a prestação de garantias e não podem, também, refletir o maior risco que correm no montante dos seus salários²¹). Assim nestes casos a tutela dos seus créditos passa só por este privilégio mobiliário.

Logo, dizer-se que a proteção do credor financiador é feita à custa destes, porque, como se referiu, ele não atinge as garantias reais (aqui, essencialmente, o penhor), de que beneficiam – e continuam a beneficiar – ou outros credores, em regra credores financeiros. Que, como se viu, para além destes instrumentos de tutela, podem igualmente beneficiar de garantias concedidos no âmbito deste processo.

Porto, 15 de setembro de 2022

²¹ Como o podem fazer, p. ex., as instituições de crédito na taxa de juro. São, nessa medida, *adjusting creditors*. Cfr. Mucciarelli, “Not just efficiency: Insolvency Law in the EU and its political dimension”, European Business Law Review, 14, 2013, p. 183.