

A formação de categorias no PER como pilar estruturante dos planos (não) consensuais

José M. Gonçalves Machado

Professor, Investigador e Advogado*

Resumo: A formação de categorias é uma matéria de manifesto interesse teórico-prático, que se projeta desde a abertura do PER até à homologação do plano de recuperação. Desde o modo como devem decorrer as negociações, até ao rigor (e celeridade) com que deve ser elaborada e fixada a lista de créditos e de categorias, passando pelas regras de aprovação e pelos critérios de homologação, o PER, muito provavelmente, não chegará a bom porto se as categorias formadas não forem as mais adequadas ao caso. O “PER por categorias”, como vulgarmente é conhecido, oferece claras vantagens em sede de negociação, aprovação e homologação, comparativamente com o “sistema tradicional” (onde não se formam categorias). Neste breve estudo, focamos a nossa atenção nos critérios de formação de categorias, com o modesto propósito de contribuir para uma adequada interpretação e aplicação do regime (de acordo com a nossa perspetiva), o que, em última análise, aproveitará às empresas em dificuldades, aos diversos *stakeholders* e a todos os profissionais que lidam com a matéria em análise.

Palavras-chave: categorias de créditos e interesses; critérios obrigatórios e facultativos; suficientes interesses comuns; limites e vantagens; análise casuística.

* Doutor em Ciências Jurídico-Privatísticas. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona – Centro Universitário de Lisboa. Investigador no CEAD – Francisco Suárez. *Academic Member* da INSOL Europe. Membro da *Insol International* e da APDIR. Advogado. Ciência ID Co12-ECB6-ACoB.

Índice: 1. Notas introdutórias: ainda sobre a transposição da Diretiva 2019/1023. 2. Razões para a adoção do “novo” modelo de negociação baseado na formação de categorias. 3. Critérios para a formação de categorias. 3.1. No direito norte-americano. 3.2. No direito inglês. 3.3. Na Diretiva 2019/1023. 3.4. No direito português. 3.4.1. Generalidades sobre os critérios legais. 3.4.2. A necessidade de justificar a formação de categorias. 3.4.3. Critérios e exemplos para a formação (facultativa) de categorias. 3.4.3. Limites à formação (facultativa) de categorias. 3.4.5. Consequências e advertências sobre a formação (facultativa) de categorias. 4. Reflexões finais.

1. Notas introdutórias: ainda sobre a transposição da Diretiva 2019/1023

Decorridos mais de três anos sobre a publicação da Lei n.º 9/2022, de 11/01, que procurou transpor a Diretiva 2019/1023, ainda há muito a dizer (e a redizer)! Para começar, continua a pairar a ideia de que a transposição ficou muito aquém do que seria desejável. A clara distinção entre o sistema tradicional e o sistema de negociação, aprovação e homologação baseado na formação de categorias, não está clara. Dentro deste, subsistem dúvidas quanto à formação de categorias e quanto às regras de aprovação e de homologação de planos consensuais e não consensuais².

¹ O presente texto reflete algumas partes da obra *“O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação, MLBooks, 2025*, recentemente publicada. Nessa obra trata-se do tema da formação de categorias e do seu impacto na negociação e homologação de planos de recuperação de empresas ao abrigo do PER. Partindo das suas origens (no direito norte-americano), e passando por várias ordens jurídicas (inglesa, alemã, francesa, italiana e espanhola) procuram-se as soluções mais adequadas à luz da Diretiva 2019/1023 e do direito vigente em Portugal. Sem perder o seu pendor fundamental, a obra abarca múltiplas questões de inquestionável relevância prática. No presente artigo centramos a nossa atenção no direito português, sem esquecer as influências norte-americanas e inglesas e o que resulta da Diretiva 2019/1023.

² O legislador espanhol foi mais claro e completo: consagrou dois regimes, um geral (Livro Segundo da *Ley Concursal*) e um especial para microempresas (Livro Terceiro da *Ley Concursal*). Dentro de cada um deles, as diferentes matérias estão devidamente arrumadas, de forma clara, estruturada e detalhada. Por exemplo, no que respeita ao regime geral dos planos de reestruturação, verifica-se que as matérias da formação de categorias, aprovação e homologação estão ordenadas em Capítulos distintos: a formação de categorias consta no Capítulo III (arts. 622 a 626), as regras de aprovação no Capítulo IV (arts. 627 a 634) e as regras de homologação no Capítulo V (arts. 635 a 664). Dentro de cada um destes Capítulos a organização é clara. Quando a matéria é extensa, o legislador espanhol opta por subdividir os Capítulos em Secções e, dentro de

No art. 17.º-C, n.º 3, al. d) do CIRE, encontramos normas que versam sobre a formação de categorias, que devem refletir-se na proposta inicial do plano de recuperação, na lista provisória de créditos, na decisão sobre as impugnações (da lista de créditos e da proposta de formação de categorias), na proposta final do plano de recuperação, e na decisão de homologação ou recusa.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 17.º-D, n.ºs 4 a 6 do CIRE, o administrador judicial provisório deve elaborar a lista de créditos reconhecidos de acordo com as categorias formadas e o juiz deve (obrigatoriamente) pronunciar-se sobre a (des)conformidade da formação das (sub)categorias de créditos facultativas que tiverem sido propostas pela empresa devedora em função da existência de suficientes interesses comuns, podendo (devendo) proceder à sua alteração. Depois, o art. 17.º-F, n.º 1, als. d) e e) do CIRE exige que o plano de recuperação identifique as categorias afetadas e os respetivos créditos (e interesses).³

cada Secção, trata, de forma individualizada, situações distintas. Isto é particularmente visível no Capítulo V (arts. 635 a 664) que trata da homologação: Secção 1ª – Regras gerais; Secção – 2ª Procedimento de homologação; Secção 3ª – Impugnação do auto de homologação; Secção 4ª - Contradição prévia à homologação judicial do plano; e Secção 5ª – Proibição de novos pedidos. Dentro da Secção 1ª o legislador dispõe, em artigos distintos, os requisitos de homologação de planos consensuais (art. 638) e os requisitos de homologação de planos não consensuais (art. 639). Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, «Cross-class cram-down’ à portuguesa», *Observatório Almedina*, 24-03-2023.

³ Sublinhe-se que o administrador judicial provisório intervém no processo não apenas para elaborar a lista provisória de créditos ou para emitir um parecer sobre a viabilidade da empresa. Por imposição legal, o mesmo deve participar nas negociações (e de forma ativa, o que não significa impositivamente, mas) orientando e fiscalizando o decurso dos trabalhos e a sua regularidade, e deve assegurar que as partes não adotam expedientes dilatórios, inúteis ou, em geral, prejudiciais à boa marcha daquelas (art. 17.º, n.º 11 do CIRE). Significa isto que o administrador judicial provisório não é um mero espetador! No decurso das negociações é-lhe confiada uma importante tarefa, que pressupõe a sua participação nas negociações: o administrador judicial provisório deve orientar e fiscalizar o decurso dos trabalhos e a sua regularidade, para que as negociações possam ser levadas a bom porto e de modo a evitar que as partes adotem expedientes dilatórios, inúteis ou, em geral, prejudiciais à boa marcha das negociações. Isso exige que o administrador judicial provisório, efetivamente, acompanhe (procure acompanhar) as negociações, questionando a empresa devedora sobre o procedimento negocial que pretende seguir e/ou propondo um procedimento que considere adequado, e que poderá passar pela definição de um calendário negocial, com discriminação das diligências a realizar, incluindo, por exemplo, a realização de reuniões (em grupo ou individuais, presenciais ou à distância), o envio de comunicações para os responsáveis, a disponibilização de informação/documentação, o melhoramento ou concretização das medidas recuperatórias, a entrega da versão final do plano. Naturalmente que o administrador judicial provisório poderá (deverá), em tempo oportuno, questionar não só a empresa devedora, mas também as partes potencialmente afetadas pelo plano de recuperação sobre a sua

Submetido a votação, o art. 17.º-F, n.º 5, al. a), sub. al. i), do CIRE, define os termos em que o plano se considera aprovado (obtendo o voto favorável, por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, de todas as categorias formadas), caso em que teremos um “plano consensual” (isto é, um acordo/consenso entre categorias votantes/afetadas), que será sujeito às respetivas regras de homologação ou recusa. Se uma ou mais categorias formadas votarem contra, teremos um “plano não consensual”, não aprovado por todas as categorias afetadas. Esta “espécie” de aprovação de plano poderá sujeitar-se a apreciação judicial de acordo com o “mecanismo de reestruturação forçada de dívida contra categorias discordantes” (*class-cross cram-down*).

Os critérios de homologação de planos consensuais e não consensuais encontram-se previstos no art. 17.º-F, n.º 7 do CIRE. Como se vê, misturam-se ali regras que se aplicam a planos consensuais e não consensuais. Mas não só: na mesma norma também se consagram os critérios de homologação dos planos que seguem o sistema tradicional de aprovação (em que não existe a formação de categorias). A confusão agrava-se ainda mais porque, em bom rigor, o disposto no art. 17.º-F, n.º 5, al. a), sub. als. ii) a iv) diz respeito a um critério específico (*minimum support test*⁴) de homologação de planos não consensuais⁵.

Prestando um pouco mais de atenção aos critérios de homologação, verificamos que no art. 17.º-F, n.º 7 do CIRE, o legislador começa por dizer que o juiz decide se deve homologar

disponibilidade para negociar com a empresa devedora e em que termos, fazendo a ponte entre todos os envolvidos. Só dessa forma é que o administrador judicial provisório poderá, verdadeiramente, orientar e fiscalizar o decurso dos trabalhos e a sua regularidade. Se se mantiver à margem das negociações, é óbvio que não terá qualquer possibilidade de orientar e fiscalizar o decurso dos trabalhos e a sua regularidade. Aliás, se se mantiver à margem das negociações, a aguardar calmamente pelo envio do sentido de voto, é bem possível que nem sequer se aperceba (antes de esgotado o prazo para a conclusão das negociações) que não é possível alcançar acordo e, consequentemente, não comunique tal circunstância ao processo, tendo em vista o seu encerramento antecipado (art. 17.º-G, n.º 1 do CIRE).

⁴ Cfr. MICHAEL VEDER, «Article 11 – Cross-class cram-down», CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN (EDTS.), *European Preventive Restructuring Directive (EU) 2019/1023, Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck, München, 2021, pp. 183-184.

⁵ Neste sentido, CATARINA SERRA, «As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?», *O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho*, Conferência PRR para a Justiça Económica, 2022, pp. 24-26.

o plano de recuperação ou recusar a sua homologação, aplicando, com as necessárias adaptações, as regras previstas no título IX, em especial o disposto nos arts. 194.º a 197.º, no n.º 1 do art. 198.º e nos arts. 200.º a 202.º, 215.º e 216.º, todos do CIRE. Estes “dizeres” coincidem parcialmente com o que constava no n.º 5 do art. 17.º-F do CIRE, na sua primeira versão, adotada em 2012⁶, e corresponde exatamente ao que passou a constar no n.º 7 do art. 17.º-F do CIRE, na redação introduzida pela DL n.º 79/2017, de 30/06⁷. Logo, salta à vista que este segmento não foi pensado para o mecanismo *cross-class cram-down* introduzido mais tarde pela Lei n.º 9/2022, de 11/01. O segmento em causa (que coincide com o disposto atualmente no proémio do art. 17.º-F, n.º 7 do CIRE) aplica-se especificamente (na sua génese) aos casos em que não existem categorias, e pode aplicar-se, subsidiariamente, aos casos em que existem categorias (e, assim, se discute a aprovação e a homologação de planos consensuais e não consensuais) na medida em que não contrarie ou se sobreponha àquilo que é próprio deste novo regime (baseado na formação de categorias).

Por força da confusão instalada (que se atribui à “quase” inexistência de trabalhos preparatórios, ao desconhecimento do que há anos/décadas se passa noutros lugares, e à má técnica legislativa), importa destacar e perceber o que é específico deste novo regime (baseado na formação de categorias).

Para o efeito, devemos olhar atentamente para o que dissemos noutra parte, a respeito do mecanismo de reestruturação forçada no direito norte-americano (onde surgiu) e no “direito europeu” (onde tem tido importantes desenvolvimentos)⁸. Feita essa (re)análise,

⁶ “5 - O juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação, nos 10 dias seguintes à receção da documentação mencionada nos números anteriores, aplicando, com as necessárias adaptações, as regras vigentes em matéria de aprovação e homologação do plano de insolvência previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 215.º e 216.º”.

⁷ “7 - O juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação, nos 10 dias seguintes à receção da documentação mencionada nos números anteriores, aplicando, com as necessárias adaptações, as regras previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 194.º a 197.º, no n.º 1 do artigo 198.º e nos artigos 200.º a 202.º, 215.º e 216.º”. Como se vê, face à redação atual, trocou-se apenas a ordem das duas primeiras orações.

⁸ JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 17 e ss.; *Instrumentos de recuperação de empresas pré-*

percebemos que o proémio do art. 17.º-F, n.º 7, do CIRE, decalcado da versão dada pelo DL n.º 79/2017, de 30/06, de pouco (ou quase nada) serve para que o juiz decida, por razões substantivas (relativas ao conteúdo), se um plano consensual ou não consensual deve ser homologado ou recusado⁹. Com efeito, as regras gerais aplicáveis aos planos de insolvência, sempre se aplicariam aos planos de recuperação do PER por força da remissão prevista no art. 17.º-A, n.º 3 do CIRE. As regras que verdadeiramente importam para aferir se os planos consensual e não consensual violam normas aplicáveis ao seu conteúdo constam nas als. a) a g) do art. 17.º-F do CIRE.¹⁰

Nas als. b), e) a g) do art. 17.º-F, n.º 7, do CIRE, temos requisitos gerais que se aplicam tanto aos planos consensuais como aos planos não consensuais. Em concreto, na al. b) exige-se que os credores inseridos na mesma categoria sejam tratados de forma igual e

insolventes, Almedina, 2023, pp. 333 e ss; e «Cross-class cram-down’ à portuguesa»», *Observatório Almedina*, 24-03-2023.

⁹ Neste sentido, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes: Princípios Orientadores, RERE e PER*, Almedina, 2023, pp. 301 e ss; e «Cross-class cram-down’ à portuguesa»», *Observatório Almedina*, 24-03-2023.

¹⁰ Um interpretação contrária (ou disforme), resulta, necessariamente, numa confusão e sobreposição de critérios, levando a discussões inférteis e desnecessárias (com consequências nefastas para a sua boa aplicação aos casos concretos), exatamente porque não se distingue o que é próprio de cada sistema. Noutro lugar (JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *Instrumentos de recuperação de empresas pré-insolventes: Princípios Orientadores, RERE e PER*, Almedina, 2023, pp. 379-382) já apresentamos vários “ingredientes” que podem dar azo a entropias. Agora queremos ser claros! O simples facto de termos dois sistemas que convivem no mesmo território (o PER), pode levar o intérprete, inadvertidamente (e sem necessidade), a não respeitar a razão de ser e “as leis” próprias de cada sistema. Para facilitar e chegar a bom porto, o intérprete terá de admitir que num mesmo território podem coexistir espaços com uma certa autonomia, justificada pela sua génese e modo próprio de regular as situações. Dentro desse território que é o PER, temos um sistema que se baseia na formação de categorias que (obviamente) partilha determinadas regras e finalidades com o sistema tradicional, mas que (necessariamente) se diferencia deste naquilo que é específico. O desconhecimento daquilo que é específico do novo sistema (com assento claro na Diretiva 2019/1023) conduz, assim, a maus resultados interpretativos. Se ao legislador português poderá ser apontada a escassez (ou inexistência) de (verdadeiros e sérios) trabalhos preparatórios, o mesmo não se pode dizer do legislador europeu. Desde, pelo menos, 2012 que a Diretiva 2019/1023 estava a ser preparada, tendo por base vários estudos/trabalhos de natureza jurídica, económica e social (realizados por especialistas e por instituições de mérito incontestável). O elemento histórico é (e continuará a ser) um relevante elemento interpretativo para que, diante dos meandros da letra da lei, seja possível olhar adequadamente para os elementos teleológico e sistemático, como bem explicava FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (*Metodologia Jurídica*, Valletta Ediciones, 2016). Não nos parece que o intérprete português esteja dispensado de conhecer os trabalhos preparatórios da Diretiva 2019/1023. Na verdade, a história do direito português da insolvência faz-se (deve-se), em grande medida, da (à) história do direito europeu da insolvência. Esta (já) faz parte da história do direito português da insolvência.

proporcional aos seus créditos; na al. e) consagra-se a regra do tratamento mais favorável à luz do plano do que num cenário de liquidação; quando o plano preveja um novo financiamento; a al. f) obriga a que o juiz averigue se o mesmo tem justificação e se não prejudica injustamente os interesses dos credores; na al. g) consagra-se o requisito da viabilidade do plano de recuperação.

Estando em causa um plano não consensual, passamos para os requisitos específicos deste mecanismo, que (com exceção do *minimum support test* – que é sucedâneo da regra de aprovação e constitui critério de homologação), acrescem aos requisitos gerais dos planos consensuais. Podemos dividir estes requisitos adicionais (e específicos da reestruturação forçada contra categorias discordantes) em três:

1) No art. 17.º-F, n.º 7, al. a), em conjugação com o disposto no art. 17.º-F, n.º 5, al. a), sub. ii) a iv), ambos do CIRE, estabelece-se o requisito do apoio mínimo (*minimum support test*), que se traduz em três hipóteses: havendo credores garantidos, o voto favorável da maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma dessas categorias que apoia o plano seja uma categoria de credores garantidos; caso não existam categorias de credores garantidos, o voto favorável de uma maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma das categorias que apoia o plano seja de credores não subordinados; em caso de empate entre as várias categorias formadas, o voto favorável de pelo menos uma categoria de credores não subordinados¹¹.

2) O segundo requisito determina que nenhuma categoria (apoiente ou discordante) pode, no âmbito do plano de recuperação, receber nem conservar mais do que o montante correspondente à totalidade dos seus créditos (art. 17.º-F, n.º 7, al. d) do CIRE)¹².

¹¹ Para uma análise (e crítica) destes requisitos, que, do nosso ponto de vista, exigem uma interpretação enunciativa e corretiva, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 69-81.

¹² *Ibidem*, pp. 98-99.

3) o terceiro requisito previsto na al. c) desdobra-se num duplo critério de proteção de categorias discordantes, que pode ser analisado em termos verticais e em termos horizontais: em termos verticais pretende-se proteger as categorias discordantes hierarquicamente superiores, assegurando-lhes um tratamento mais favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior; em termos horizontais, pretende-se proteger as categorias discordantes, assegurando-lhe um tratamento pelo menos tão favorável como o de qualquer outra categoria do mesmo grau.¹³

2. Razões para a adoção do “novo” modelo de negociação baseado na formação de categorias

No modelo tradicional, o plano de recuperação é um acordo entre a empresa devedora e cada uma das partes afetadas¹⁴. Para esse efeito, é considerada a manifestação de vontade

¹³ Ibidem, pp. 99-122.

¹⁴ Sobre a natureza contratual dos planos de recuperação no contexto do PER, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, «Indisponibilidade dos créditos tributários no âmbito do PER e alternativas às teses da nulidade parcial e da ineficácia relativa», *Revista Electrónica de Direito - RED*, Vol. 32, Nr. 3 (out-2023), pp. 10-15, sendo o mesmo caracterizado como um “negócio jurídico-patrimonial (o seu conteúdo é suscetível de ser avaliado em dinheiro), complexo (tende a existir uma multiplicidade de sujeitos e um conjunto de operações com reflexo direto na situação patrimonial da empresa devedora e das partes afetadas), sinalagmático (existe um nexo entre prestações e atribuições patrimoniais que as liga de tal forma que foram um vínculo negocial que possui uma razão de ser própria), com um *iter* negocial *sui generis* (que pressupõe a verificação prévia de requisitos materiais e formais e que limita a atuação das partes, no sentido de lhes proporcionar um período de tempo favorável às negociações), e um *consensus modus* tendencialmente coletivo (o consentimento individual das partes é substituído por um consentimento coletivo de uma certa maioria ou por apoio mínimo significativo), cuja função económico-social consiste em, dentro dos limites legais, e por razões de justiça e eficiência económico-financeira, acautelar os interesses dos sujeitos afetados e o interesse público na recuperação económico-financeira de empresas em dificuldades (o que se concretiza, não só na continuidade da empresa devedora em atividade e na manutenção dos postos de trabalho – ou, pelo menos, em parte –, como também na melhor satisfação possível dos créditos afetados pela crise da empresa)”. Em sentido idêntico, definindo o plano de recuperação negociado no PRT como um contrato (*rectius*, transação) *sui generis*, RUI PINTO, *Pareceres e Consultas*, AAFDL Editora, 20224, pp. 751-763. Este autor refere que “o plano de recuperação é um produto da autonomia privada, tendo por base, como expressamente enunciado na lei, um «acordo conducente à sua revitalização», concluído entre a «empresa que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente» e «os respetivos credores» (artigo 17.º-A n.º1 do CIRE). A circunstância de esse acordo — como o plano de insolvência — estar sujeito a aprovação por votação (cf. artigo 17.º-F n.ºS 3 a 6 do CIRE) e, não à unanimidade contratual de vontades, em nada tange a sua natureza contratual, constituindo uma exceção legal admitida pelo artigo 406.º n.º 2 do CC. Estamos, pois, perante um contrato”, um acordo entre as partes, elemento típico da transação”. No mesmo sentido, TIAGO SOARES DA

(através do voto individual) de cada uma das partes afetadas. Neste “novo” sistema, o plano de recuperação resulta, em princípio, do consenso (acordo) entre todas as categorias formadas e afetadas. Ainda que a negociação possa ter em consideração a vontade dos membros de cada categoria, e que o voto de cada membro seja determinante para se alcançar o consenso entre todas as categorias afetadas, a verdade é que estamos perante uma negociação coletiva. Sendo assim, a legitimação em que assenta o acordo (consenso) obtido entre categorias tem por base a vontade coletiva (que se expressa numa posição maioritária ou unânime) de cada categoria de partes afetadas.

É comum dizer-se que o agrupamento das partes afetadas em categorias visa facilitar a negociação do plano de recuperação. Existem, pelo menos, quatro razões fortes que, em nosso entender, sustentam esta afirmação.

Em primeiro lugar, (e sobretudo) nos casos em que o plano abrange um número significativo de partes afetadas (o que ocorre, normalmente, quando o devedor é uma grande empresa¹⁵), o processo negocial torna-se (tende a ficar) mais simples e mais célere se a empresa devedora dialogar com cada categoria, em vez de dialogar individualmente com cada membro das diferentes categorias. Os membros de cada categoria podem, inclusivamente, designar um ou mais representantes para negociar com a empresa devedora (e, nalguns casos, é mesmo conveniente que o façam)¹⁶. Assim se compreende que no “regime ordinário” do PER (art. 17.º-D a art. 17.º-H do CIRE) – de vocação universal (já que todos são – devem ser – convidados a participar nas negociações¹⁷) –, a formação de

FONSECA, *A Transação Civil na Litigância Extrajudicial e Judicial*, Coleção Thesis, Gestlegal, 2028, pp. 402-404. Ver ainda, STEPHAN MADAUS, «Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law», *European Business Organization Law Review*, Vol. 19, Nr. 3, 2018, pp. 625-629.

¹⁵ Sobre a recuperação das grandes empresas, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, «Too big to fail: renegociação de dívida das grandes empresas», *VI Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2024, pp. 85-131.

¹⁶ Cfr. Terceiro Princípio do Anexo (Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores) da Resolução 43/2011, de 25 de outubro, aplicável ao PER, *ex vi* art. 17.º-D, n.º 12 do CIRE.

¹⁷ Cfr. art. 17.º-D, n.º 1 do CIRE.

categorias seja obrigatória para as grandes empresas (art. 17.º-C, n.º 4, *a contrario*, do CIRE).¹⁸

Em segundo lugar, ao serem agrupados em categorias em função da existência de suficientes interesses comuns, o diálogo entre os respetivos membros tende a ficar facilitado exatamente por existir algum tipo de razão/circunstância que, de alguma forma, os aproxima e, conseqüentemente, facilita o diálogo. Dir-se-á que a existência de suficientes interesses comuns, a apurar com base em critérios verificáveis¹⁹ (gerais e objetivos²⁰), é o elemento legitimador da negociação por categorias²¹. Sem embargo, ainda que a existência de suficientes interesses comuns possa, nalguns casos, não ser totalmente clara (ou até não existir²²), pelo menos não deve existir um conflito de interesses (manifesto) entre os membros da mesma categoria, sob pena de se frustrar o objetivo da formação de categorias²³.

Em terceiro lugar, a negociação do plano sai reforçada com a formação de categorias porque cada uma delas sabe, de antemão, que tem um papel relevante e determinante para que se forme um consenso (um acordo) relativamente ao plano a adotar. Como já referimos, só haverá consenso (acordo) se todas as categorias votarem favoravelmente, o que, naturalmente, faz com que cada uma das categorias (e respetivos membros) perceba que tem um papel ativo e relevante na conformação do plano e, concomitantemente, se envolva nas negociações de forma ativa; pela mesma razão, a empresa devedora e as demais categorias

¹⁸ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 150 e ss.

¹⁹ Art. 9.º, n.º 4, da Diretiva 2019/1023.

²⁰ Cfr. CATARINA SERRA, «A harmonização do direito da reestruturação e da insolvência a partir do exemplo português – “percalços” da transposição da Directiva 2019/1023 pela lei nº 9/2022», SOFIA PINTO OLIVEIRA / PATRÍCIA JERÓNIMO (Coord.), *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Vol. I, Uminho Editora, 2022, p. 302.

²¹ Cfr. IGNACIO ALDANA, «Una aproximación a la formación de clases en el derecho de reestructuración español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nr. 10 (jul. – 2023), p. 100.

²² O que sucede, como veremos adiante, quando, excecionalmente, se forme uma categoria indiferenciada/residual, composta por membros que não comungam de um interesse suficientemente comum, conforme resulta do Considerando 44 da Diretiva 2019/1023.

²³ JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, p. 64.

sabem que não podem menosprezar os direitos e interesses representados em cada categoria.²⁴

Em quarto lugar, a formação de categorias favorece e facilita a negociação do plano de recuperação porque a não aprovação do plano por todas as categorias (quando, pelo menos uma categoria, dita “discordante”/“dissidente”/“*hold out*”, vota contra) não afasta a possibilidade de homologação do plano (dito “não consensual”) por via do mecanismo de reestruturação forçada contra categorias discordantes. Dessa forma, as categorias envolvidas no processo negocial sabem que a sua posição de bloqueio pode não ser suficiente para impedir a recuperação da empresa devedora, se o plano de recuperação, em síntese, cumprir os requisitos de proteção contra/de categorias discordantes. Desta forma, o legislador quer desincentivar as categorias a adotarem posições de bloqueio por mero “capricho”, isto é, sem que haja um motivo razoável e justo! Se o fizerem, as categorias discordantes sabem que a sua vontade, numa certo sentido, poderá (verificados os respetivos pressupostos) ser “suplantada” pela intervenção do juiz (*rectius*, em virtude das razões pelas quais o Tribunal é chamado a intervir num plano/acordo de recuperação²⁵, o que ganha mais relevo quando o mesmo vincula partes ou categorias discordantes – o que sucede muito frequentemente).

3. Critérios para a formação de categorias

A formação de categorias não acontece de forma arbitrária ou aleatória. Ela só é possível se existir um critério que a justifique e que a torne razoável e compreensível. Consoante o

²⁴ *Ibidem*, pp. 150 e ss.

²⁵ A este respeito, STEPHAN MADAUS («Leaving the Shadows of US Bankruptcy Law: A Proposal to Divide the Realms of Insolvency and Restructuring Law», *European Business Organization Law Review*, Vol. 19, Nr. 3, 2018, pp. 624-627), admite que um plano de recuperação que não tenha sido aceite por todas as partes, mas que seja homologado por um Tribunal para as vincular, pode ser interpretado como um *compulsive agreement*, baseado num dever legal de conclusão do contrato (*based on a statutory duty to conclude*), emanado do direito da recuperação de empresas pré-insolventes e viáveis (da sua finalidade, dos seus pressupostos e, em especial dos critérios de homologação), e aplicado pelo tribunal contra a vontade das partes discordantes.

critério que se adote podemos ter um sistema de formação de categorias rígido (ou restrito), flexível ou híbrido (semi-flexível).

No primeiro, a lei tende a fixar um elenco fechado e limitado de categorias admissíveis, concretamente definidas. No segundo, a lei tende a fixar critérios gerais que permitem a criação casuística de categorias, algumas vezes acompanhado de um elenco exemplificativo. O primeiro sistema oferece maior certeza e segurança jurídicas, mas, em contrapartida, revela-se pouco sensível às circunstâncias do caso e aos direitos e interesses em jogo.

Por seu turno, o segundo sistema, por ser flexível, revela-se mais sensível às circunstâncias do caso em concreto e, por conseguinte, é mais amigo do processo negocial por categorias, dirigido à implementação de um plano comum. Naturalmente que as dificuldades interpretativas são maiores no segundo sistema porque o legislador, inexoravelmente, socorre-se de conceitos (relativamente) indeterminados. O sistema híbrido talvez seja o mais virtuoso (vantajoso) por combinar as características dos sistemas rígido e flexível. Por ser híbrido, levanta maiores dificuldades interpretativas na parte em que é flexível e se baseia, portanto, em conceitos relativamente indeterminados.²⁶

Tendo em conta que a formação de categorias não é uma invenção (ou inovação) do legislador português, e que este, no art. 17.º-C, n.º 3, al. d) do CIRE, opta pelo sistema híbrido de formação de categorias, antes de olhar para o regime português, propomos que se tomem em consideração alguns critérios (sistemas) de formação de categorias fixados noutras paragens, em particular, no direito norte-americano, no direito inglês e na Diretiva 2019/1023. Daqui resultará, necessariamente, uma visão mais abrangente sobre a formação de categorias no direito português.

²⁶ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, p. 29 e ss.

3.1. No direito norte-americano²⁷

O *Chapter 11* do *Bankruptcy Code (BC)*, dedicado à *Reorganization* de empresas, prevê a formação de categorias para efeitos de implementação de um plano de recuperação. Este deve incluir uma classificação de créditos e interesses afetados (*class of claims or interests*) e deve especificar como cada categoria (*class*) será tratada ao abrigo do plano²⁸. Para a formação de categorias o legislador norte-americano não fornece um critério fechado ou determinado.

Os créditos ou interesses podem ser reunidos na mesma categoria se forem substancialmente semelhantes (*substantially similar*)²⁹. Entende-se que a diferenciação será apurada em termos objetivos em função da natureza dos créditos (*secured, priority, general unsecured e subordinated unsecured claims*) e interesses (*common stocks, preferred stocks, convertible securities, warrants*, entre outros), e não em função de características subjetivas ou arbitrárias definidas pela devedora e/ou pelo titular do crédito ou interesse³⁰.

²⁷ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 30 e ss.

²⁸ § 1123, (a), (1), *BC*.

²⁹ § 1122, (a), *BC*.

³⁰ Cfr. AA. VV., «Classification of Claims in debtor proceedings», *The Yale Law Journal*, Vol. 49, Nr. 5 (mar., 1940), pp. 881-890; «Equity Power of Bankruptcy Courts over Classification and Assignment of Claims», Vol. 50, Nr. 5 (Mar., 1941), pp. 892-900; ANDREW AFRICK, «Trading claims in chapter 11: how much influence can be purchased in good faith under section 1126?», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139 (1990), pp. 1393-1422; ANTHONY CASEY, «Chapter 11's renegotiation framework and the purpose of Corporate Bankruptcy», *Columbia Law Review*, Vol. 120, Nr. 7 (Nov., 2020), pp. 1709-1770; IGNACIO ALDANA, «Una aproximación a la formación de clases en el derecho de reestructuración español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nr. 10 (jul. - 2023), p. 104-107; JOHN ANDERSON, «Classification of Claims and Interests in Reorganization Cases under the New Bankruptcy Code», *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 58, Nr. 2 (Spring, 1984), pp. 99-128; LINDA RUSCH, «Gerrymandering the Classification Issue in Chapter Eleven Reorganizations», *University of Colorado Law Review*, Vol. 63, Nr. 1 (1992), pp. 163-206; RICHARD LIEB, «Vultures Beware: Risks of Purchasing Claims Against a Chapter 11 Debtor», *The Business Lawyer*, Vol. 48, Nr. 3 (May 1993), pp. 915-941; SCOTT NORBERG, «Classification of Claims under Chapter 11 of the Bankruptcy Code: The Fallacy of Interest Based Classification», *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 69, Nr. 2 (Spring, 1995), pp. 119-166; STEFAN RIESENFELD, «Classification of Claims and Interests in Chapter 11 and 13 Cases», *California Law Review*, Vol. 75, Nr. 1 (Jan., 1987), pp. 391-404; THOMAS GIVEN / LINDA PHILIPPS, «Equality in the Eye of the Beholder — Classification of Claims and Interests in Chapter 11 Reorganizations», *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, Nr. 4, pp. 735-769; e William Blair, «Classification of Unsecured Claims in Chapter 11 Reorganization», *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 58, Nr. 3 (Summer 1984), pp. 197-232.

Tal não significa que todos os credores com um crédito substancialmente semelhante pertençam à mesma categoria (e sejam tratados exatamente da mesma forma). Permite-se a classificação separada de créditos semelhantes por motivos razoáveis e justificáveis, desde que não resulte numa discriminação injusta³¹. Por exemplo, os credores garantidos podem ser classificados em categorias diferentes se tiverem garantias sobre ativos diferentes ou se pertencerem a um diferente grau de hierarquia, ainda que a garantia incida sobre o mesmo bem³².

Além disso, admite-se que os créditos não garantidos (que sejam inferiores ou reduzidos a um montante fixado pelo juiz) formem uma categoria separada³³, conhecida por "*convenience class*"³⁴, a fim de ultrapassar as dificuldades operacionais que podem surgir quando exista uma multiplicidade de credores titulares de créditos de pequeno montante que possa comprometer o êxito das negociações.

Em resultado da formação de categorias, uma (ou mais) parte(s) afetada(s) pode pertencer a diferentes categorias e o facto de, por exemplo, um credor ser sócio não o impede de pertencer também a uma categoria de credores³⁵.

3.2. No direito inglês³⁶

A tradição inglesa, em boa parte devido ao sucesso do *Scheme of Arrangement*³⁷ - cujo regime, por influência da Diretiva 2019/1023, foi recentemente "replicado", com algumas

³¹ §1129(b)(1), *BC*. Neste sentido, por exemplo, *Florida Equity Corp. v. Bank of New York (In re Holywell Corp.)*, 913 F.2d 873, 880 (11th Cir. 1990).

³² Neste sentido, *Re Sullivan*, 26 BR 677 (Bankr WD NY 1982).

³³ § 1122, (b), *BC*.

³⁴ Cfr. NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 121.

³⁵ Neste sentido, THOMAS GIVEN / LINDA PHILIPPS, «Equality in the Eye of the Beholder — Classification of Claims and Interests in Chapter 11 Reorganizations», *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, Nr. 4, p. 765.

³⁶ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 32 e ss.

³⁷ Este instrumento, previsto na "*Part 26, Companies Act 2006*" (*Arrangements and reconstructions: general*), é conhecido pela sua flexibilidade e amplitude: podem ser utilizados por empresas solventes e insolventes,

adaptações, para o regime especificamente aplicável às empresas em dificuldades financeiras (*Arrangements and reconstructions: companies in financial difficulty*)³⁸, empresta igualmente um relevante contributo em matéria de formação de categorias. Nestes regimes, prevê-se que o plano de recuperação possa afetar os direitos dos credores e dos sócios (*class of creditors or members or class of members*)³⁹, sem nunca se definir um critério. Por conseguinte, têm sido os Tribunais ingleses a estabelecer, caso a caso, possíveis critérios.

Destaca-se o critério do *common interest*⁴⁰ que se expressa num duplo sentido: em sentido positivo, podem fazer parte das mesmas categorias os sujeitos cujos direitos e interesses sejam suficientemente homogêneos; em sentido negativo, não podem ser incluídos numa determinada categoria os sujeitos cujos direitos ou interesses sejam de tal forma diversos dos demais que não seja possível considerar que exista um interesse comum.

Este critério de cariz indeterminado deve ser complementado com o *correct comparator*⁴¹, de modo que quando se pretende recuperar uma empresa (pré-)insolvente e a única alternativa realista é o processo de insolvência, a formação das categorias deve basear-se na tutela conferida aos direitos dos credores em cenário de liquidação, e que se reconduz, em última análise, à ordem de prioridade no pagamento⁴².

tendo em vista a homologação de um acordo negociado extrajudicialmente ou num contexto de um processo de insolvência. Para mais desenvolvimentos sobre este regime, JENNIFER PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, pp. 18 e ss; e NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 162 e ss.

³⁸Cfr. *Part 26A, Companies Act 2006*.

³⁹ Cfr. §§. 895, 896, 897, 899, 901A, 901C, 901F, 901G, *Companies Act 2006*.

⁴⁰ Neste sentido, *Re Sovereign Life Assurance Company v Dodd* [1892] 2 QB 573; *Re Hawk Insurance Co Ltd* [2001]

EWCA Civ 241; [2001] 2 BCLC 480, *cit. apud* NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 170.

⁴¹ Cfr. JENNIFER PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, pp. 52-54, 283.

⁴² De um ponto de vista prático, o devedor deve fornecer aos credores e ao Tribunal informações suficientes que justifiquem a classificação de categorias proposta com base no *correct comparator*, incluindo um relatório sobre o cenário alternativo mais provável, no caso, a liquidação. Neste sentido, IGNACIO ALDANA, «Una aproximación a la formación de clases en el derecho de reestructuración español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nr. 10 (jul. - 2023), p. 109.

Inversamente, quando o regime é utilizado para recuperar uma empresa solvente, como pode suceder no instrumento *Scheme of Arrangement*, a formação das categorias deve ter por referência a tutela que é dada aos direitos dos credores fora da insolvência. A circunstância de estarem em causa créditos antigos ou novos também pode ser utilizada para dividir uns e outros em categorias distintas, em função da existência de interesses comuns⁴³. Além disso, se os credores com direitos semelhantes forem tratados de forma diferente no plano de recuperação, tal pode servir de razão para os colocar em categorias separadas⁴⁴. Esta circunstância é relevante, uma vez que é prática comum nos *Schemes of Arrangement* o pagamento de um *early-bird fee* ou de um “*lock-up fee*” aos credores que assinem um acordo de *lock-up*, através do qual se comprometem a votar a favor do plano e que acarreta uma série de outras obrigações para o credor, como a proibição de transferir o seu crédito para um terceiro (a não ser que o terceiro assuma as obrigações do acordo de *lock-up* nas mesmas condições que o credor cedente) ou renuncie ao direito de intentar qualquer tipo de ação judicial ou extrajudicial durante a vigência do acordo. A fim de evitar a divisão da classe nestes casos, a comissão deve ser proposta a todos os credores e não deve ser significativa quanto ao seu montante. Normalmente, o montante do *lock-up fee* ascende a cerca de 3% do valor dos créditos em causa, uma percentagem considerada razoável pelos Tribunais ingleses e que não é problemática na formação de categorias.⁴⁵

Pode suceder que um credor detenha direitos em mais do que uma categoria (*cross-holdings*). Tal não justifica necessariamente a colocação desse credor numa categoria distinta. No entanto, os Tribunais ingleses são sensíveis aos potenciais conflitos de interesses entre credores e à forma como esses conflitos podem afetar a formação de categorias. Havendo um (potencial) conflito de interesses, poderá ser conveniente afastar determinado

⁴³ Neste sentido, JENNIFER PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, pp. 45 e ss; NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 170.

⁴⁴ Neste sentido, *Re Anglo American Insurance Co Ltd* [2001] 1 BCLC 755, cit. apud NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 170.

⁴⁵ Cfr. IGNACIO ALDANA. «Una aproximación a la formación de clases en el derecho de reestructuración español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nr. 10 (jul. – 2023), pp. 110-111.

credor de certa categoria de modo a preservar a homogeneidade de interesses. De modo similar, caso os Tribunais considerem que certos direitos de voto (inseridos em determinada categoria) não são representativos dos interesses da categoria, ou que foram motivados por um interesse próprio ou simplesmente com o objetivo de beneficiar os interesses representados noutra categoria diferente, os Tribunais podem não ter em conta esses votos⁴⁶ ou podem mesmo recusar a homologação do plano⁴⁷.

3.3. Na Diretiva 2019/1023⁴⁸

A Diretiva 2019/1023 determina que as partes afetadas (credores e detentores de participações sociais), sejam tratadas em categorias distintas em função da existência de suficientes interesses comuns, de modo a refletir os direitos e o grau de prioridade dos seus créditos e interesses, a fim de se assegurar que os direitos e interesses substancialmente semelhantes sejam tratados de forma equitativa e que os planos de recuperação possam ser adotados sem prejudicar injustamente os direitos e interesses das partes afetadas.⁴⁹

No mínimo, os credores garantidos e não garantidos deverão ser sempre tratados em categorias distintas. Admite-se ainda que sejam formadas mais categorias, incluindo diferentes categorias de créditos garantidos ou não garantidos, bem como categorias de

⁴⁶ Neste sentido, *Re UDL Holdings Ltd* (n 52) e *Re Chevron (Sydney) Ltd* [1963] VR 249, cit. apud NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 171.

⁴⁷ Neste sentido, *Re Landmark Corporation Ltd* [1968] 1 NSW 759; *Re Lehman Brothers International Europe* [2018] EWHC 1980 (Ch), *Re BTR Plc* [2000] 1 BCLC 740; *Re UDL Argos Engineering & Heavy Industries Co Ltd v Li Oi Lin & others* [2001] HKEC 1440; *Re PrimaCom Holdings GmbH v Credit Agricole* [2011] EWHC 3746 (Ch); [2013] BCC 201. Na doutrina inglesa, JENNIFER PAYNE, *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, pp. 74-77; e NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 175-176.

⁴⁸ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 35 e ss.

⁴⁹ Cfr. Considerando 44 e art. 9.º, n.º 4 da Diretiva 2019/1023.

créditos tributários, créditos laborais (privilegiados), créditos de pequenos fornecedores (ou outros sujeitos especialmente vulneráveis), e créditos subordinados⁵⁰.

Apesar de, à primeira vista, parecer um contrassenso, a formação de categorias de credores sem interesses comuns suficientes também é (excepcionalmente) admitida. E só não é um contrassenso porque, na prática, a formação de categorias em função da existência de suficientes interesses comuns – a que acresce a necessidade de, tanto quanto possível, não se formarem categorias unipessoais (por, em certa medida, esvaziar o espírito da formação de categorias e a sua dimensão coletiva) – poderá exigir que se crie uma categoria residual de créditos indiferenciados que não se encaixam em nenhuma das categorias formadas.

Por fim, sublinhe-se que a formação de categorias apenas é obrigatória quando a empresa devedora seja uma grande empresa. Os Estados-Membros podem prever que os devedores que são PME possam optar por não tratar as partes afetadas em categorias distintas⁵¹. A opção é perfeitamente aceitável: o processo negocial de recuperação de uma PME tende a ser bastante mais simples do que o processo negocial de recuperação de uma grande empresa.

Um aspeto central onde isso é visível (e indiscutível) prende-se com o número de trabalhadores⁵². As especificidades dos elementos deste grupo, normalmente (nas grandes empresas), representados por associações, por comissões de trabalhadores (formalmente constituídas) ou por comissões *ad hoc*, é algo que se deve ter em conta. A Diretiva 2019/1023 quis deliberadamente dar uma proteção especial a esta categoria. Desde logo porque a recuperação preventiva de empresas visa, em grande medida, evitar a perda (desnecessária) de postos de trabalho. Depois, o legislador europeu assume que qualquer operação de

⁵⁰ Cfr. Considerando 44 e art. 9.º, n.º 4 da Diretiva 2019/1023.

⁵¹ A art. 9.º, n.º 4, § 3, da Diretiva 2019/1023.

⁵² De acordo com o art. 2.º, n.º 1 do Anexo do Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro (*ex vi* art. 17.º-D, n.º 4 do CIRE), a categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros.

reestruturação, em especial de grande dimensão e com impacto significativo, deverá assegurar a participação adequada dos representantes dos trabalhadores⁵³.

O objetivo da formação de categorias passa por assegurar que os direitos substancialmente semelhantes sejam tratados de forma equitativa e que os planos de reestruturação possam ser adotados sem prejudicar injustamente os direitos das partes afetadas⁵⁴. Trata-se de um requisito prévio e imprescindível – um pilar estruturante - para a votação e homologação do plano, se necessário com recurso ao mecanismo de reestruturação forçada contra categorias discordantes⁵⁵.

3.4. No direito português⁵⁶

3.4.1. Generalidades sobre os critérios legais

Pretendendo recorrer ao regime ordinário⁵⁷ do PER, as grandes empresas têm (obrigatoriamente) de apresentar (e as restantes que não sejam grandes empresas, querendo, podem, facultativamente, apresentar) uma proposta de classificação dos créditos afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, de acordo com a sua natureza. No mínimo, teremos (podemos ter, consoante o tipo de créditos que sejam afetados) quatro categorias: créditos garantidos, créditos privilegiados, créditos comuns e créditos subordinados⁵⁸. Querendo (*rectius*, sendo conveniente e estando devidamente justificado), de entre aqueles créditos, podem ser criadas novas categorias, por subdivisão daquelas

⁵³ Cfr. Considerandos 10, 23, 29 e 60, e arts. 3.º, n.ºs 3 e 5, 4.º, n.º 8, 8.º, n.º 1, al. g, sub. iii), 13.º, al. b), da Diretiva 2019/1023.

⁵⁴ Considerando 44 da Diretiva 2019/1023.

⁵⁵ Neste sentido, REINHARD DAMMANN, «Article 9 – Adoption of restructuring plans», CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN (EDTS.), *European Preventive Restructuring, Directive (EU) 2019/1023, Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck, München, 2021, p. 4-6; p. 156.

⁵⁶ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 51 e ss.

⁵⁷ Caso optem por recorrer ao regime “abreviado” consagrado no art. 17.º-I, não está prevista (nem é admissível) a formação de categorias. Esta apenas está prevista para o designado regime ordinário, consagrado fundamentalmente, nos arts. 17.º-A a 17.º-H, do CIRE.

⁵⁸ Primeira parte do Proémio da al. d), do n.º 3 do art. 17.º-C do CIRE.

mínimas obrigatórias (separadas imperativamente em função da sua natureza), de modo a refletir (dentro de cada uma das subcategorias) a existência de suficientes interesses comuns⁵⁹. A título de exemplo, o legislador diz que podem ser, facultativamente, formadas (sub)categorias tendo em conta, designadamente, o tipo de sujeito e atividade a que se dedica: trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato; sócios; entidades bancárias que tenham financiado a empresa; fornecedores de bens e prestadores de serviços; credores públicos⁶⁰.

Daí resulta, com clareza, que existe um critério de classificação que é obrigatório e outros que são facultativos. No mínimo, a proposta de classificação em categorias distintas deve refletir a natureza dos créditos afetados pela proposta de plano de recuperação, de acordo com a classificação prevista no art. 47.º, n.º 3 do CIRE. Caso existam, teremos, assim, quatro categorias obrigatórias:

i) primeira: a categoria de créditos considerados garantidos, isto é, que beneficiem de garantias reais (hipoteca, penhor, consignação de rendimentos ou direito de retenção) ou privilégios creditórios especiais que incidam sobre certos bens da empresa devedora (art. 47.º, n.º 4, al. a) do CIRE);

ii) segunda: a categoria de créditos que beneficiem de privilégios creditórios gerais;

iii) terceira: a categoria de créditos comuns, que não beneficiam de quaisquer garantias reais ou privilégios nem são considerados subordinados;

iv) quarta: a categoria de créditos subordinados, tal como definidos no art. 48.º do CIRE.⁶¹

⁵⁹ Segunda parte do Proémio da al. d), do n.º 3 do art. 17.º-C do CIRE.

⁶⁰ Cfr. Art. 17.º-C, n.º 3, al. d), sub. i) a iv) do CIRE.

⁶¹ Sobre os créditos inseridos nas categorias obrigatórias ver, por exemplo, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, «As categorias de créditos», *Atas das X Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría Menéndez*, UCP Editora, 2025 (em curso de publicação).

Facultativamente, como referimos, a lei admite que tais categorias possam ser divididas em (sub)categorias (outras categorias) em função da “existência de suficientes interesses comuns”. A discussão que se tem levantado a propósito desta expressão (ou equivalente), tanto em Portugal como (e principalmente) no estrangeiro, revela que há uma clara preferência por critérios objetivos e verificáveis, conforme resulta, aliás, da Diretiva 2019/1023⁶². Parece claro que a expressão “suficientes interesses comuns” é satisfatoriamente flexível para acomodar várias subcategorias, dependendo das circunstâncias, mas não é de tal forma vaga que permita acomodar toda e qualquer subcategoria. Caberá à empresa devedora, em função das circunstâncias, justificar a classificação apresentada em termos que possa ser perceptível à luz do critério do homem médio, suficientemente esclarecido.⁶³

3.4.2. A necessidade de justificar a proposta de formação de categorias⁶⁴

Considerando que as categorias desempenham um papel relevante no contexto da negociação, votação e homologação do plano de recuperação, quer-se evitar que a formação de categorias seja arbitrária, aleatória e desprovida de razoabilidade e justiça. Ao apresentar uma proposta a empresa devedora não pode, efetivamente, ignorar que a existência de suficientes interesses comuns é determinante:

⁶² cfr. Considerando 44 e art. 9.º, n.º 4 da Diretiva 2019/1023.

⁶³ Em resultado das alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, 11/01, encontramos diversas e significativas referências ao conceito de “interesse(s)” a respeito dos seguintes atos: (1) Formação de categorias facultativas pela empresa devedora em função da existência de suficientes interesses comuns (art. 17.º-C, n.º 3, al. d) e art. 17.º-D, n.ºs 4 a 6); (2) Impugnação da proposta de formação de categorias, designadamente por inexistência de suficientes interesses comuns (art. 17.º-D, n.º 4); (3) Decisão judicial sobre a conformidade da formação das categorias, de modo a refletir a existência de suficientes interesses comuns (art. 17.º-D, n.ºs 5 e 6); (4) Pedido de prorrogação por um mês do prazo de vigência das medidas de suspensão, quando não prejudique direitos ou interesses de partes afetadas (art. 17.º-E, n.º 2, al. c)); (5) Depósito da versão final do plano de recuperação com identificação das partes afetadas, das respetivas categorias, dos valores dos respetivos créditos e interesses (art. 17.º-F, n.º 1, als. c) e d); (6) Apreciação judicial da necessidade e adequação do novo financiamento para a execução do plano, para que não prejudique injustamente os interesses dos credores (art. 17.º-F, n.º 7, al. f)). Deste elenco resulta que a noção de “interesse” surge, fundamentalmente, associado à formação de categorias e ao seu impacto em sede de votação e homologação.

⁶⁴ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 55 e ss.

i) para que as negociações possam ser proveitosas e produtivas (sem que se possam antecipar atritos e conflitos de interesses entre membros da mesma categoria);

ii) para que, desejavelmente, o plano possa ser (haja uma probabilidade razoável de poder ser) aprovado por todas as categorias afetadas;

iii) e para que os critérios de homologação de planos consensuais e não consensuais possam ser devidamente sindicados pelas categorias (e partes afetadas) discordantes e pelo próprio juiz.

Se a formação de categorias estiver viciada e desvirtuada, tudo o resto (votação e homologação) será contaminado!

Por conseguinte, estando de boa-fé (como se exige⁶⁵), a empresa devedora é claramente a primeira (e grande) interessada em apresentar uma proposta de formação de categorias que obedeça a critérios objetivos e verificáveis, que possam ser compreendidos pelos membros das respetivas categorias, das demais categorias, pelo administrador judicial provisório e pelo juiz. Dito isto, devemos rejeitar categoricamente a formação de categorias de modo arbitrário, aleatório e desprovido de razoabilidade. Sem embargo, cremos que a empresa devedora também não poderá ser demasiado conservadora ou cautelosa a ponto de desaproveitar a liberdade que o legislador concede ao admitir (facultativamente) a formação de (sub)categorias a partir das categorias obrigatórias, por via da divisão (dentro de cada classe garantida, privilegiada, comum ou subordinada) em razão da existência de interesses comuns. Na verdade, este fator poderá ser determinante para que um plano não consensual possa ser homologado e a empresa recuperada.

Por isso, a formação de categorias deve ser levada a sério e a proposta que a preveja não deve reduzir-se a uma lista ou elenco de categorias. A proposta de formação de categorias

⁶⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”», Catarina Serra (Coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2014, pp. 11-68; e JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores no âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas*, ML Books, 2022.

deve justificar a criação de cada categoria com base em critérios objetivos e verificáveis, desde logo para que os respetivos membros consigam perceber a razão pela qual foram colocados em determinada categoria e se sintam confortáveis com isso, isto é, que não existam, à partida quaisquer atritos ou conflitos que os levem a afastar-se do processo negocial. Estamos em crer que a não apresentação de qualquer justificação na proposta de categorias poderá (deverá) levar o juiz a convidar a empresa devedora, logo em sede de despacho liminar, a justificar a divisão apresentada quando se trate de categorias de constituição facultativa, e não quando a proposta contemple apenas aquelas que obrigatoriamente devem ser criadas (caso existam créditos afetados que nelas se incluam). Se o juiz não o fizer, nada obsta a que sejam o próprio administrador judicial e/ou os próprios credores a pedirem à empresa devedora para justificar a proposta de formação das categorias, em momento necessariamente prévio à decisão do juiz quanto à lista de créditos e proposta de formação de categorias.

Com efeito, no critério obrigatório podemos presumir a existência de suficientes interesses comuns. Nas categorias de constituição facultativa, essa presunção não existe! Apesar de o legislador apresentar um elenco exemplificativo, tal não dispensa a empresa devedora de justificar a formação das categorias (facultativas) que tiver criado, uma vez que a sua constituição deve estar ligada às circunstâncias do caso e à proposta de plano de recuperação. Sem embargo, sublinhe-se que na fase preliminar ainda não compete ao juiz (nem ao administrador judicial, nem aos credores ou outros interessados) avaliar se as categorias refletem o universo de partes afetadas e/ou a existência de suficientes interesses comuns entre elas. Numa fase preliminar, trata-se apenas de convidar a empresa devedora a justificar a formação de categorias que apresenta para que, oportunamente, as partes afetadas se possam pronunciar sobre a proposta e também para que a mesma não suscite dúvidas ao administrador judicial a quem compete elaborar a lista provisória de acordo com a proposta de formação de categorias.

Em conformidade com o exposto, importa realçar que tais critérios (objetivos e verificáveis) são relevantes para a elaboração da proposta de plano de recuperação e, neste contexto, para que as partes e categorias afetadas compreendam facilmente as medidas nela previstas, sobretudo as razões de tratamento diferenciado entre categorias da mesma natureza (ou hierarquia) ou de natureza (ou hierarquia) distinta. Este fator (que se exprime na ligação entre a proposta de formação de categorias e a proposta de plano) será determinante para o bom desenrolar das negociações. Se todas as medidas recuperatórias forem claras, estiverem bem fundamentadas, e existir uma adequação razoável entre tais medidas e a razão que presidiu à formação das diversas categorias e ao tratamento que lhes é dado, as partes afetadas dispõem de mais tempo para apresentar eventuais contrapropostas ou serão mais céleres a manifestar o seu apoio ou concordância. Caso contrário, as partes afetadas perderão (desnecessariamente) demasiado tempo a pedir esclarecimentos e informações adicionais, o que, não raras vezes, resulta num desgaste e numa perda de interesse negocial (que poderiam ter sido evitados).

3.4.3. Critérios e exemplos para a formação (facultativa) de categorias⁶⁶

Da noção de “suficientes interesses comuns” e do elenco exemplificativo apresentado pelo legislador português podemos extrair critérios verificáveis e objetivos, tendo por base a chamada dupla homogeneidade⁶⁷, isto é, a posição jurídica das partes afetadas e os respetivos interesses económicos. A primeira aponta, fundamentalmente, para as características e atributos específicos do crédito, nomeadamente a sua natureza, o grau de prioridade no pagamento (em caso de liquidação), e outras condições, limitações ou vantagens associadas. O interesse económico apresenta-se como algo mais abrangente,

⁶⁶ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 58 e ss.

⁶⁷ Neste sentido, por exemplo, GIACOMO D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, 3ª Ed., Giappichelli, 2024, p. 109.

flexível e ligado às circunstâncias concretas e atuais dos sujeitos afetados, da empresa devedora e do conteúdo do plano.

Não auspiciando esgotar o elenco de possíveis categorias que, facultativamente, podem ser constituídas – tanto mais que as circunstâncias do caso são relevantes (e inspiradoras) para o efeito – ainda assim ousamos apresentar alguns exemplos.

O ponto de partida é sempre a natureza dos créditos (garantidos, privilegiados, comuns e subordinados). Mas se olharmos para os atributos e especificidades dos créditos, podemos criar subdivisões tendo em conta, designadamente:

- 1) Ordem de graduação de créditos, ou seja, ordem ou hierarquia de pagamento dos créditos em caso de liquidação, especialmente quanto aos créditos de natureza garantida e privilegiada⁶⁸;
- 2) A fonte do crédito (obrigações decorrentes de responsabilidade contratual ou extra-contratual, ou de responsabilidade penal, contraordenacional ou fiscal; dentro dos contratos podemos ter, por exemplo, créditos provenientes de contratos bancários/financeiros e créditos provenientes de contratos não financeiros⁶⁹ (sejam estes de natureza comercial ou meramente civil);

⁶⁸ “É inegável a contradição lógica que resulta da circunstância de o crédito garantido pelo penhor ter preferência sobre o crédito laboral (artigo 666º, nº 1, e 749º, nº 1, do Código Civil), mas não sobre o crédito da Segurança Social (artigo 204º nº 1 e 2, do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social); de o crédito laboral ter preferência sobre o crédito da Segurança Social (artigo 333º, nº 1 alínea a) e nº 2, alínea a), do Código de Trabalho), mas não sobre o crédito garantido pelo penhor; de o crédito da Segurança Social ter preferência sobre o penhor, mas não sobre o crédito laboral (artigo 747º, nº 1, alínea a), do Código Civil), constituindo-se assim uma triangulação conflituante entre si quando a graduação envolva, em conjunto, estes três tipos de créditos” (...). [C]oncorrendo na mesma graduação, em conjunto, créditos garantidos por penhor, créditos com privilégio mobiliário geral emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, e créditos com privilégio mobiliário geral da Segurança Social por contribuições e quotizações, a ordem de prioridade que compete a esses créditos é: em primeiro lugar o crédito pignoratício; em segundo lugar o crédito laboral; em terceiro lugar o crédito da Segurança Social. (Ac. do STJ de 09.07.2024, Proc. 1871/23.8T8LRA-B.C1.S1 (Luís Espírito Santo).

⁶⁹ A natureza financeira ou não financeira dos créditos, deve ser vista com base numa conceção ampla deste tipo de crédito, tanto em termos da finalidade do financiamento (ativo circulante ou não circulante), como do tipo de financiamento (empréstimo, *leasing*, *factoring*, *confirming*, etc.) ou do regime prudencial do credor que os garante (que pode ser tanto entidades supervisionadas como não supervisionadas, incluindo seguradoras no que diz respeito ao seguro de crédito ou de caução). Neste sentido, IGNACIO ALDANA. «Una aproximación a

- 3) Tipo de subordinação: legal ou contratual;
- 4) Fonte/razão de subordinação: créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas, créditos por suprimentos, juros, juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência;
- 5) Os requisitos da obrigação: certeza, exigibilidade e liquidez;
- 6) Objeto da prestação: pecuniária, entrega de coisa; prestação de facto positivo, (fungível ou infungível);
- 7) A existência de condições suspensivas ou resolutivas;
- 8) A existência de termo (certo ou incerto);
- 9) A existência de promessas de contratar ou expectativas jurídicas;
- 10) O carácter litigioso do crédito⁷⁰;
- 11) O montante dos créditos (donde resultam pequenos e grandes credores);
- 12) Situação atual do contrato donde resulta o crédito: em execução, já executado ou a executar;
- 13) Duração do vínculo: curta, média e longa duração; temporário ou permanente;
- 14) Crédito sobre a massa insolvente (caso a empresa devedora venha a ser declarada insolvente?⁷¹;

la formación de clases en el derecho de reestructuración español», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nr. 10 (jul. – 2023), pp. 119-120. Para uma análise e estudo das principais características dos contratos bancários, financeiros e comerciais (não bancários, nem financeiros), ALAIN BÉNABENT, *Droit des Contrats Spéciaux Civils et Commerciaux*, 14e Ed., LGDJ, 2021; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, 3ª Reimpressão, Almedina, 2014; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*, Princípios, 2006.

⁷⁰ Note-se que “1. Um crédito condicional é aquele que, existindo, não pode ainda ser exigido, pelo facto de não se ter ainda por verificada a condição, conquanto um crédito litigioso é aquele que não pode ser exigido, até ser reconhecido, nomeadamente, por decisão transitada em julgado. 2. A menção “decisão judicial” introduzida pela Lei nº 16/2012, de 20.04, ao nº 1 do artigo 50º do CIRE, nenhuma alteração essencial aditou ao preceito, apenas se pretendeu esclarecer que a fonte da condição também poderia derivar de decisão judicial e não apenas da lei ou do negócio jurídico. 3. A nova redacção dada ao artigo 50º, nº 1 do CIRE, pela Lei nº 16/2012, de 20.04, não fez perder qualquer sentido ao Acórdão do STJ de Uniformização de Jurisprudência nº 1/2014, de 08.05.2013, mantendo o mesmo inteira aplicabilidade. (Ac. do TRL de 13.07.2017, Proc. 20213/16.2T8LSB.L1-2 (Relatora: Olinda Carmo Alves).

⁷¹ Por força do disposto no art. 17.º-H, n.º 2 do CIRE, podemos ter (“putativos”) créditos sobre a massa, caso a empresa devedora venha a ser declarada insolvente no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação. Partindo desta hipótese, e supondo que um determinado

Se olharmos para os atributos e especificidades dos titulares dos créditos, podemos criar subdivisões tendo em conta, designadamente:

- 1) Essencialidade e relevância estratégica (manifesta) dos sujeitos para a continuação da atividade, por fornecerem bens e/ou prestarem serviços essenciais e, porventura, imprescindíveis (ou até insubstituíveis) à continuidade da atividade da empresa devedora;
- 2) Tipo de atividade executada pelos sujeitos: fornecimento de bens e prestação de serviços;
- 3) Dimensão dos credores-empresas: grandes e pequenas e médias empresas;
- 4) Setor de atividade dos credores: público e privado; financeiro e não financeiro; industrial ou comercial (em sentido económico).

Da conjugação entre os critérios obrigatórios e facultativos resulta, por um lado, que os segundos não podem subverter nem derrogar os primeiros e, por outro lado, que os segundos podem servir para decompor e complementar os primeiros. Por exemplo, os credores garantidos podem ser eventualmente divididos em duas categorias: garantidos financeiros e garantidos não financeiros; ou garantidos hipotecários e garantidos pignoratícios. Por outro lado, se for criada uma categoria de créditos comuns de natureza financeira, os créditos garantidos detidos por instituições financeiras, por exemplo, pertencerão sempre à (ou a uma das) categoria(s) de créditos garantidos e não à categoria de créditos comuns de natureza financeira. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, relativamente aos créditos subordinados, onde podem estar representados interesses (e expectativas jurídicas) de

credor, num primeiro PER, beneficia daquela proteção (possuindo assim um “crédito sobre a massa insolvente, até um valor correspondente a 25 /prct. do passivo não subordinado da empresa à data da declaração de insolvência”) e que, pouco tempo depois (quando o período de dois anos não foi ultrapassado), a mesma empresa apresenta-se a um segundo PER – nos termos admitidos por lei –, esse tal credor poderá reivindicar que (já) é titular de um crédito sobre a massa numa futura insolvência e que, por esse motivo, merece um tratamento diferenciado. Esta circunstância não pode, de facto, ser desconsiderada.

sócios⁷² e não apenas créditos⁷³. Daqui resulta que os critérios obrigatórios têm prioridade absoluta sobre os facultativos, impedindo que créditos de natureza distinta fiquem na mesma categoria, mas não impedem que créditos da mesma natureza fiquem em categorias distintas por aplicação dos critérios facultativos.

3.4.4. Limites e desvios à formação (facultativa) de categorias⁷⁴

Apesar de não haver um limite máximo de categorias, a fragmentação não pode ser de tal ordem que resulte na formação de categorias compostas por único membro. Só em último caso (a título excepcional), tal poderá acontecer. Atendendo à razão de ser e ao modo de funcionamento do sistema de negociação, votação e homologação de planos consensuais e não consensuais, a formação de categorias compostas por um único membro deve (tanto quanto possível) ser evitada⁷⁵. No entanto, em certos casos, pode ser uma inevitabilidade em resultado da razão (objetiva e verificável) que presidiu à formação das categorias.

⁷² Note-se que a categoria de “sócios” é apresentada, exemplificativamente no art. 17.º-C, n.º 3 al. d,) sub. ii), do CIRE e estes, não raras vezes, podem ter um papel na recuperação enquanto detentores de participações sociais. Se os interesses dos detentores de participações sociais forem afetados, tal deve constar no plano e deve-lhes ser reconhecidos direitos de voto. Por isso, não se deve estranhar que no art. 17.º-F, n. 1, al. c) e d) se faça referência aos “créditos ou interesses abrangidos pelo plano de recuperação” e aos “valores respetivos dos créditos e interesses de cada categoria abrangidos pelo plano de recuperação”.

⁷³ Tal resulta claramente da definição de partes afetadas prevista na Diretiva 2019/1023, quando se consideram “os credores, incluindo, se aplicável nos termos do direito nacional, os trabalhadores, ou as categorias de credores e, se aplicável nos termos do direito nacional, os detentores de participações cujos créditos ou interesses, respetivamente, sejam diretamente afetados por um plano de reestruturação” (art. 2.º, n.º 1, 2)). “Caso existam várias categorias de participações com direitos diferentes, poderão ser necessárias várias categorias de detentores de participações. Os detentores de participações em PME que não sejam simples investidores, mas antes os proprietários da empresa, e contribuam para a empresa de outra forma, por exemplo, com competências de gestão, poderão não se sentir incentivados a avançar para a reestruturação nestas condições” (Considerando 58). Nessa conformidade, “o plano de reestruturação [poderá] contemplar a possibilidade de os detentores de participações em PME prestarem uma assistência à reestruturação sob uma forma não monetária, com base, por exemplo, na sua experiência, na sua reputação ou nos seus contactos comerciais” (Considerando 59). “Embora devam ser protegidos os interesses legítimos dos acionistas ou outros detentores de participações, os Estados-Membros deverão assegurar que estes não possam impedir desrazoavelmente a adoção de planos de reestruturação suscetíveis de restabelecer a viabilidade do devedor” (Considerando 57).

⁷⁴ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 62 e ss.

⁷⁵ Neste sentido, por exemplo, CHRISTIAN BRÜNKMAN, «§ 9 Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen», FLORIAN JACOBY / CHRISTOPH THOLE (EDS), *Kommentar zum StaRUG*, CH Beck, 2023, para. 34; DOMINIK

De modo semelhante, e apesar do esforço empregue na formação de diferentes categorias em função da existência de suficientes interesses comuns, com base em critérios objetivos e verificáveis, podemos ter, como referido *supra*, uma categoria de credores/créditos/interesses indiferenciados. Também neste caso, a sua constituição deve ser excecional e residual. Resulta exatamente da circunstância de, em termos práticos, não ser possível (ou poder não ser possível) reconduzir todos os créditos às categorias compostas em função da existência de suficientes interesses comuns e da necessidade de evitar a formação de categorias compostas por único membro. Esta hipótese é admitida pelo legislador europeu quando refere que podem ser criadas categorias de credores/créditos sem que exista entre eles interesses comuns suficientes⁷⁶. Sempre que a empresa devedora possa antecipar esta situação, deve propor e justificar desde logo (na proposta de formação de categorias) a existência de uma categoria “indiferenciada” (e residual), pelo facto de os créditos e interessem em causa não poderem ser reconduzidos às demais categorias propostas, por forma a evitar (tanto quanto possível e desejável) a constituição de categorias com um único membro e falta de homogeneidade entre membros da mesma categoria (num equilíbrio que, no caso, poderá não será fácil de alcançar e, não o sendo, ainda mais se exige a apresentação de uma justificação para a proposta apresentada).

Por fim, a existência de conflito de interesses poderá justificar a exclusão ou não inclusão de determinados sujeitos numa certa categoria; ou, dito por outra forma, a existência de conflito de interesses poderá justificar uma subdivisão para evitar que na mesma categoria coexistam partes com interesses conflitantes. Assim, os sujeitos entre os quais exista um conflito de interesses pelo facto de terem uma posição jurídica ou interesses económicos díspares, segundo critérios objetivos e verificáveis, não podem ser incluídos na mesma

SKAURADZUN, «Formation of classes in German Preventive Restructuring Frameworks under the StaRUG», *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, Nr. 12 (Mar. – 2024), p. 404; GERRIT HÖLZLE, «§ 9 Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen», CHRISTOPH SEIBT / LARTS WESTPFAHL (CODS.), *Kommentar zum StaRUG*, Otto Schmidt, 2022, para. 12; e MARTIN TASMA, «§ 9 Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen», LUCAS FLOTHER (ED), *Kommentar zum StaRUG*, CH Beck, 2021, para. 19.

⁷⁶ Considerando 44 da Diretiva 2019/1023.

categoria. Portanto, enquanto a existência de suficientes interesses comuns funciona no sentido de juntar determinados sujeitos na mesma (sub)categoria, a existência de um conflito de interesses atua no sentido de afastar determinados sujeitos de uma determinada categoria (que normalmente seria criada por aplicação do critério obrigatório – a natureza dos créditos).

3.4.5. Consequências e advertências sobre a formação (facultativa) de categorias⁷⁷

Sem prejuízo do que acabamos de expor, é evidente que, em termos práticos, nem tudo é tão harmonioso como, à partida, pode parecer. Os credores podem ser titulares de créditos de diferentes naturezas e, conseqüentemente, de diferentes categorias. Depois, os créditos podem, em si mesmos, ter uma parte garantida e outra não garantida e/ou uma parte ser de natureza comum e outra de natureza subordinada. Além disso, a subdivisão das categorias obrigatórias poderá conduzir à fragmentação dos créditos detidos pela mesma parte afetada, representativa de interesses distintos, sendo que uns tendem a ser mais relevantes do que outros e, no final do dia, os interesses mais relevantes tendem a contagiar a posição do titular nas categorias onde possui direitos ou interesses menos relevantes ou mesmo irrelevantes. Com efeito, será a mesma cabeça (sujeito) a jogar (negociar) em diferentes pistas (categorias) e, logicamente, procurará acautelar principalmente os seus direitos ou interesses principais (primordiais/vitais).

Segundo Nicolaes Tollenaar ⁷⁸, tal circunstância poderá fazer com que a categoria onde se inserem determinados membros não seja suficientemente representativa dos seus interesses. Mesmo que a sua natureza seja a mesma, os interesses individuais podem ser distintos. Com efeito, um credor pode ter maior necessidade de liquidez imediata, e outro

⁷⁷ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, *O admirável mundo novo dos planos (não) consensuais: da formação de categorias aos critérios de homologação*, MLBooks, 2025, pp. 64 e ss.

⁷⁸ *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 94.

pode ter em mente objetivos de médio e longo prazo⁷⁹. Todos esses credores podem ter direitos semelhantes e serem tratados de maneira semelhante no plano, mas, no entanto, serem portadores de interesses particulares substancialmente diferentes.

Neste panorama, em que existe (possa existir) uma multiplicidade de interesses e subcategorias em número elevado, a formação de categorias com base no critério da “comunidade/comunhão/homogeneidade de interesses” ou de “suficientes interesses comuns” poderá redundar numa subjetividade pura, criando dificuldades acrescidas em sede de negociação, votação e homologação. A amplitude e indeterminação do critério do interesse individual de cada credor poderia, assim, contribuir para um aumento significativo do número de categorias, o que, naturalmente, produziria um efeito contrário ao desejado.

Não sendo claro até que ponto a diferença de interesses pode, em concreto, justificar a formação de diferentes subcategorias, o juiz é chamado a clarificar e redefinir as categorias propostas (ou criar novas) com base em critérios claros e objetivos. O momento correto para o fazer é, sem sombra de dúvida, no âmbito das decisões a que aludem os n.ºs 5 e 6 do artigo 17.º-D do CIRE e dentro dos prazos aí previstos, já que a formação de categorias é relevante não só para efeito de homologação ou recusa, mas também em sede de negociação e votação do plano. A circunstância de o prazo previsto para o juiz decidir ser exíguo, só vem realçar o que acabamos de dizer: é necessário que o juiz decida com brevidade para que as partes saibam com quem podem negociar. Enquanto não for tomada uma decisão sobre a lista definitiva de créditos e, se aplicável, sobre as categorias propostas, não estão reunidas as condições necessárias para que as partes possam negociar. Só por referência à lista definitiva de créditos e, se aplicável, às respetivas categorias, é que a empresa devedora poderá, verdadeiramente, delinear o perímetro de afetação, identificando os créditos que pretende (ou necessita de reestruturar) e negociando com as respetivas partes afetadas as possíveis alterações à proposta de plano. A negociação tem sempre em vista, como é evidente, a

⁷⁹ NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-Insolvency Proceedings: A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 89.

aprovação e conseqüente homologação do plano. Não se pode exigir (nem esperar) que a empresa devedora estabeleça negociações (ou que as partes possivelmente afetadas apresentem contrapropostas) num cenário de incerteza, em que ainda não existe lista definitiva de créditos, nem foi tomada uma decisão quanto às categorias.⁸⁰

Na verdade, todo esse esforço de negociação poderá (tende a ser) ser uma perda de tempo sempre que a lista provisória de créditos for objeto de impugnação. Com efeito, a decisão sobre os créditos impugnados e sobre as categorias poderá alterar por completo os pressupostos de negociação e, assim, deitar por terra as negociações previamente encetadas. Basta que o juiz exclua um determinado crédito, reduza significativamente os direitos de voto, altere a qualificação dos créditos ou mude as categorias. Também não se pode exigir que as partes negociem com base em dois, três ou mais cenários hipotéticos (“caso se verifique o cenário A, então o plano será...”; “caso se verifique o cenário B, então o plano será...”; “caso se verifique o cenário C, então o plano será...”; etc.). Se a negociação de um plano com base num cenário (aquele que resulta da decisão sobre as impugnações da lista de créditos) já é, por natureza, bastante difícil, a negociação de vários planos, com base em cenários hipotéticos (quando ainda se desconhece a decisão sobre as impugnações da lista de créditos) é, na prática, impossível (ou praticamente impossível) de realizar.⁸¹

⁸⁰ Discordamos, por isso, da posição defendida por JOANA DOMINGUES («A Aprovação de Plano de Recuperação em PER e em Insolvência à luz da Lei n.º 9/2022», *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 7, Almedina, 2023, p. 115) quando diz que a composição concreta das categorias propostas poderá ter de ser alterada no decurso do processo. A questão é simples: as regras do “jogo negocial” por categorias têm de estar definidas *ab initio*. Não se alteram as regras a meio do jogo! Cabe à empresa devedora apresentar uma proposta e ao juiz “validar” essa proposta ou alterar. Em bom rigor e a bem das negociações, só após a fixação das categorias deveria iniciar a contagem do prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez e por um mês (não é assim, mas deveria ser) – para que não aconteça, como já se viu – o juiz fixar as categorias as dias de terminar o período de negociações (não pode ser)! Só por aqui (ou também por aqui) se percebe que o juiz é um ator importante no decurso e no sucesso das negociações, quanto mais não seja para não dificultar ou criar problemas desnecessários. Daí que o juiz tenha (deva) mesmo de decidir rapidamente, dentro do prazo previsto, sob pena de estar a comprometer as negociações. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO («As categorias de créditos», *Atas das X Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uría Menéndez*, UCP Editora, 2025 - em curso de publicação), parece acompanhar este nosso entendimento, quando defende que a solução contrária poderá conduzir à criação e manipulação de categorias artificiais para cumprir o requisito do apoio mínimo.

⁸¹ Nesse sentido, o caso julgado formal de que goza a decisão sobre a lista definitiva de créditos e respetiva quantificação e qualificação (em função da natureza e categoria) constitui uma verdadeira “*conditio sine qua*

Por isso, não se deve sobrevalorizar (em demasia) a decisão sobre a lista de créditos e/ou categorias. Como já dissemos noutra ocasião⁸², as eventuais tentativas de fraude à lei colocam-se e são apreciadas (sobretudo) quando o juiz é chamado a apreciar a legalidade do processo negocial e do próprio plano de recuperação, e não tanto numa fase embrionária, quando nem sequer se sabe se a empresa devedora mantém interesse nas negociações e se submete o plano a votação⁸³.

Na redefinição das categorias, o juiz pode, em última análise e em caso de dúvida razoável, reconduzi-las às categorias obrigatórias, isto é, em função da natureza dos seus créditos ou, por questão de segurança jurídica, a alguma(s) da(s) categoria(a) prevista(s) no

non” do processo negocial. Motivo pelo qual defendemos que o início (formal) do prazo para conclusão das negociações só deveria começar a contar após decisão sobre as impugnações ou, não havendo, após decisão sobre a conformidade da formação das categorias de créditos, quando aplicável (cfr. art. 17.º-D, n. 5 a 7). Bem sabemos que a letra da lei não milita a favor deste entendimento. Porém, se nos ativermos só à letra da lei, poderemos, facilmente, chegar a uma situação absurda: esgotar-se (ou quase) o prazo para conclusão das negociações sem que tenha sido proferida decisão sobre as impugnações e/ou sobre a conformidade das categorias. A hipótese colocada não é inverosímil ou meramente académica. É uma hipótese real que, infelizmente, acontece mais do que deveria, e que é, muitas vezes, originada ou agravada porque o juiz solicita aos intervenientes a junção de documentos e/ou designa uma tentativa de conciliação. A intenção poderá ser a melhor, mas a verdade é que, recai sobre quem reclama e sobre quem impugna, o ónus de juntar os documentos que considere adequados. Ainda o poder-dever de gestão processual dê azo a alguma criatividade, não é ao juiz (Tribunal) que compete suprir o que, manifestamente, deve ser (só pode ser) realizado pelos intervenientes processuais interessados. Ao juiz cumpre decidir com base no que aqueles lhe apresentam e que só pode ser suportado em prova documental apresentada com as reclamações e ou impugnações. Não se deve perder de vista o valor-finalidade da celeridade, nem tampouco que está em causa uma decisão com carácter perfunctório e com efeitos relativamente limitados. É absolutamente pacífico que a decisão sobre a lista de créditos não goza do efeito de caso julgado material, nem adquire autoridade de caso julgado, tendo natureza meramente incidental e, por isso, apenas produz efeito de caso julgado formal. Depois, não se esqueça que tal decisão não é objeto de recurso autónomo: a decisão sobre a lista de créditos (e classes ou categorias de créditos nela explícitas) é impugnável com o recurso da decisão final (neste sentido, por exemplo, Ac. do TRP de 10-09-2018, Proc. 4689/17.3T8VNG-B.P1, Ac. do TRC de 06-06-2017, Proc. 608/17.5T8CBR-A.C1, Ac. do TRL de 18-10-2022, Proc. 28316/21.5T8LSB-A.L1-1, e Ac. do TRE de 08.09.2016, Proc. 39/16.4T8EVR-B.E1). É aqui, na decisão final, que o tribunal é chamado a realizar um verdadeiro controlo da legalidade do processo negocial e do próprio plano de recuperação, podendo conhecer vícios formais (ou de procedimento) e vícios respeitantes ao conteúdo do plano, o que poderá determinar a homologação ou não homologação do mesmo. Por isso, não se deve sobrevalorizar a decisão sobre a lista de créditos e/ou categorias.

⁸² JOSÉ GONÇALVES MACHADO, “Too big to fail: renegociação de dívida das grandes empresas”, *VI Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2024, p. 114.

⁸³ Note-se que a empresa pode pôr termo às negociações a todo o tempo, independentemente de qualquer causa, devendo, para o efeito, comunicar tal pretensão ao administrador judicial provisório, a todos os seus credores e ao tribunal, por meio de carta registada (art. 17.º-G, n. 2).

elenco legal exemplificativo. A prudência e a cautela própria da atividade dos Tribunais certamente não aconselham a que se enverede por um certo intervencionismo (ou aventureirismo), até porque a matéria da formação de categorias situa-se, na verdade, no âmbito da autonomia privada que a lei confere à empresa devedora.

O papel do juiz incide sobretudo no controlo e na reposição da legalidade quando ela não exista. E, quanto a esta última tarefa, parece-nos que os Tribunais devem ser muito cautelosos (e, porventura, conservadores), quanto mais não seja para imprimir uma certa pedagogia, no sentido de promover a adoção de boas práticas por parte das empresas devedoras. Se estas querem fazer uso da liberdade que a lei lhes confere, devem-no fazê-lo com seriedade, de forma clara, devidamente justificada, segundo critérios objetivos e verificáveis. Não o fazendo (*rectius*, quando seja manifesto que as categorias ou algumas delas não obedecem a critérios objetivos e verificáveis), sujeitam-se a que o juiz (e bem) lance mão de critérios seguros (natureza dos créditos) ou relativamente seguros (categorias constantes no elenco exemplificativo), ainda que tal possa ter implicações na proposta de plano apresentada e, conseqüentemente, no plano a negociar.

Ponderados todos os critérios e possíveis divisões, concluímos que, por muito que se pretenda subdividir as partes afetadas em função de outros critérios facultativos, a ligação à natureza dos seus créditos ou a outras características relevantes que sejam distintivas continua a ser inevitável ou preferencial, por força da relação que se gera entre categorias e respetivos membros em sede de homologação – em que a formação de categorias é verdadeiramente colocada à prova: tanto numa perspetiva vertical (que expressa a diferente natureza e hierarquia dos créditos, com preferência dos mais graduados sobre os menos graduados), como numa perspetiva horizontal (que expressa a ideia de um tratamento igual e proporcional entre credores detentores de créditos da mesma natureza ou grau de hierarquia).

4. Reflexões finais:

Aqui chegados estamos em condições de olhar para os dois mundos que o PER contempla em termos de negociação, votação e homologação de planos de recuperação.

De um lado, temos o modelo tradicional, em vigor desde os primórdios do PER (que em grande medida replica o sistema de aprovação e homologação do plano de insolvência), que se destaca pelo “poder” ou “grau de influência” que é atribuído aos credores afetados (com direito de voto) em função do montante dos respetivos créditos. Neste sistema, quanto maior for o montante do crédito no computo geral do passivo afetado pelo plano, maior será o poder ou grau de influência, no sentido de aprovar ou rejeitar o plano; inversamente, quanto menor for o montante do crédito no computo geral do passivo afetado, menor será o poder ou grau de influência quanto ao destino do plano. Em termos práticos, o desfecho do plano fica nas mãos do(s) credor(es) que represente(m) a maioria do passivo afetado, independentemente de a maioria do passivo afetado ser detida por único credor!

Do outro lado, temos um modelo de negociação, aprovação e homologação baseado na formação de categorias, onde se insere o sistema de reestruturação forçada contra categorias discordantes que permite a homologação de planos não consensuais. Aqui, o poder ou o grau de influência na aprovação ou a rejeição do plano já não depende em exclusivo do peso relativo dos créditos afetados. Aliás, o montante dos créditos é (pode ser) completamente irrelevante. Com efeito, neste novo sistema, a(s) categoria(s) de credores (ou os credores isoladamente considerados) que representem a maioria (ou a esmagadora maioria) do passivo afetado pelo plano, podem ficar vinculados àquele em resultado do voto favorável de certas categorias que representem uma (clara e substancial) minoria do montante global do passivo afetado pelo plano⁸⁴. Nessa conformidade, o montante dos créditos é relevante para efeitos de apuramento das maiorias dentro de cada categoria formada; sendo relevante, pode

⁸⁴ Cfr. Ac. do TRC de 10.07.2024, Proc. 2328/23.2T8LRA.CA (Maria João Areias), onde se reconhece que a “aprovação é obtida com uma soma do valor nominal de votos inferior a 50% do total dos votos emitidos, mas (...) esse é um resultado consentido pelo sistema de aprovação por categorias.

não ser decisivo uma vez que o legislador português (em claro desvio ao direito europeu) toma (apenas) em consideração os votos emitidos (mais de dois terços) e não a maioria dos créditos (e interesses) que integra cada uma das categorias⁸⁵.

Estamos diante de duas abordagens possíveis, mas claramente distintas. No sistema tradicional vigora um modelo monista, focado na defesa de interesses individuais, pensado sobretudo para a liquidação em sede insolvencial. No sistema da reestruturação forçada vigora um modelo pluralista, que está focado na ponderação casuística de uma comunidade de interesses, particulares e públicos. O primeiro sistema, tende a defender um modelo rígido e fechado; o segundo tende a defender um modelo de resposta mais flexível e aberto às dinâmicas do caso concreto.

Segundo este sistema flexível e aberto, a criação de diversas categorias, como estratégia de facilitação da aprovação e subsequente homologação do plano, é (ou deverá ser) um aspeto positivo e não uma forma abusiva de aprovação do plano. Neste sistema flexível e aberto, o exercício do direito de voto poderá ser considerado abusivo ou injustificado se não existir uma razão justa para a não aprovação do plano, tendo em conta a comunidade de sujeitos e interesses em jogo, particulares e públicos. No modelo tradicional, um plano não aprovado jamais poderá ser homologado. No modelo baseado na formação de categorias, a não aprovação do plano por todas as categorias formadas (*rectius*, a não existência de um acordo entre categorias) não obsta a que o plano possa ser homologado por via do mecanismo de reestruturação forçada contra categorias discordantes.

⁸⁵ Cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO, «Too big to fail: renegociação de dívida das grandes empresas», *VI Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2024, pp. 120-121.