



Deveres dos administradores da empresa em crise: as perspectivas de viabilidade e o recurso ao PEVE

Maria de Fátima Ribeiro¹

Um grande número de empresas enfrenta actualmente, na sequência das medidas tomadas para combater a pandemia COVID-19, uma crise sem precedentes. E pode afirmar-se que os seus administradores se deparam com um quadro de grande insegurança e incerteza, não apenas a nível económico, mas também no que respeita à determinação concreta dos deveres que sobre eles impendem neste contexto de crise pandémica. Com efeito, em Portugal a intervenção legislativa, além de tardia, não oferece um quadro legal suficientemente claro e preciso, em termos que proporcionem aos administradores a segurança necessária para a tomada de decisões quando a empresa está em crise.

Concretamente, são apenas duas as medidas legislativas no

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Este texto segue de perto o nosso “Direito em tempos de pandemia: o processo extraordinário de viabilização de empresas”, escrito para a obra *Católica Talks / 3*, coordenada por Elsa Vaz de Sequeira, a ser publicada pela Universidade Católica Editora em 2022.

Por opção da autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.



âmbito da crise pandémica, de carácter temporário, com impacto directo na actuação dos administradores quando a empresa se encontre em situação de insolvência actual. Pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de Abril, foi suspenso o dever de apresentação à insolvência². Nove meses depois, pela Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro, foi também estabelecida a possibilidade de uma empresa em situação de insolvência actual recorrer a um RERE³ ou a um PEVE (processo excepcional especificamente criado para as empresas que se encontrem em crise em consequência da pandemia)⁴.

Uma das questões que, neste quadro normativo, se coloca desde logo é a de saber se uma empresa em situação de insolvência actual causada pela pandemia nunca está entretanto sujeita à obrigação de apresentação à insolvência – ou se, ao invés,

² Precisamente, na alínea a) do n.º 6 do artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de Março (com a alteração que lhe foi introduzida pela referida Lei n.º 4-A/2020) foi determinada a suspensão do prazo de apresentação do devedor à insolvência, aplicável com efeitos retroactivos desde 9 de Março de 2020, por força do disposto no n.º 2 do artigo 6.º da mesma. Entretanto, com as alterações introduzidas à Lei n.º 1-A/2020 pela Lei n.º 16/2020, de 29 de Maio, a suspensão passou a constar da alínea a) do n.º 6 do artigo 6.º-A da Lei n.º 1-A/2020. Depois, por força das alterações introduzidas à Lei n.º 1-A/2020 pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de Fevereiro, consta da alínea a) do n.º 6 do seu artigo 6.º-B. E actualmente, pela Lei n.º 13-B/2021, de 5 de Abril, encontra-se no n.º 7 do artigo 6.º-E daquela lei. Para mais desenvolvimentos sobre esta medida, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 81, Jan-Jun 2021, 263-288, pág. 264, nota 1, e a bibliografia aí referida.

³ Cfr. o artigo 5.º do referido diploma.

⁴ Cfr. os artigos 6.º a 15.º do referido diploma.



se pode identificar um leque de situações nas quais essa obrigação subsista, com todas as consequências que resultam do seu incumprimento. A resposta a esta questão já foi por nós ensaiada noutra sede e, como se verá aqui sucintamente, é nomeadamente condicionada pelo facto de a empresa em causa poder reunir as condições para o recurso a um PEVE, pelo que cumprirá analisar agora algumas das incertezas e dificuldades que a esse propósito se colocam – particularmente no que respeita ao facto, a nosso ver determinante, de a empresa apresentar, ou não, perspectivas de viabilidade.

1. O dever de apresentação à insolvência e a sua suspensão quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade

Como exposto, a primeira medida legislativa em matéria estritamente concursal para responder à crise pandémica foi a suspensão do dever de apresentação à insolvência, com a consequência da não sujeição dos administradores à eventualidade das consequências da qualificação da insolvência como culposa pela violação desse dever enquanto a norma estiver em vigor, mesmo que a empresa se encontre em situação de insolvência actual (desde que essa situação não existisse já antes da sua entrada em vigor – a norma veio apenas suspender um prazo que estivesse em curso)⁵.

⁵ Para a análise do impacto desta medida na determinação dos deveres dos administradores entre a sua entrada em vigor e a entrada em vigor da Lei n.º



Mas esta suspensão não protege a empresa de uma declaração de insolvência, mesmo quando a sua situação tenha sido causada pela crise pandémica – é que se mantém a legitimidade, nomeadamente, de qualquer credor para requerer a declaração de insolvência da empresa que se encontre em situação de

75/2020, de 27 de Novembro, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 265 ss.. A referida responsabilidade pode assentar na violação do dever estabelecido no artigo 18.º do CIRE (dever de apresentação à insolvência no prazo de 30 dias, contado a partir do momento em que os administradores conhecem ou deviam conhecer a situação de insolvência actual, tal como definida na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do CIRE), estabelecendo o artigo 186.º, n.º 3, alínea a) do CIRE uma presunção cujo alcance tem sido controvertido, atribuindo-se-lhe ora o carácter de presunção relativa de insolvência culposa, ora de mera presunção relativa de culpa grave. Sobre a querela em torno da qualificação da presunção estabelecida no n.º 3 do mesmo artigo 186.º, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 266 ss.. Entretanto, cumpre acrescentar que, nos termos da Proposta de Lei de transposição da Directiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, disponível in <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121187>, se pretende esclarecer que a presunção estabelecida na alínea a) do n.º 3 do artigo 186.º é unicamente uma presunção de existência de culpa grave – e não de insolvência culposa (o teor do texto proposto é “[p]resume-se unicamente a existência de culpa grave quando os administradores”, em substituição do actual “[p]resume-se a culpa grave quando os administradores”).



insolvência actual, nos termos do disposto no artigo 20.º do CIRE⁶. Mais: neste contexto, a suspensão do dever de apresentação à insolvência não afasta a possibilidade de qualificação da insolvência como culposa sempre que se verifique o disposto no n.º 1 do artigo 186.º do CIRE ou em qualquer das alíneas do seu n.º 2 (que estabelece inequivocamente presunções inilidíveis de insolvência culposa), com particular destaque para o disposto na alínea g): se os administradores, de direito e de facto, prosseguiram ou estiverem a prosseguir, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduz com grande probabilidade a uma situação de insolvência – ou seja, quando a empresa não apresente perspectivas de viabilidade, requisito necessário para que ela possa transitoriamente recorrer a um RERE ou a um PEVE, mesmo quando se encontre em situação de insolvência actual⁷.

A possibilidade de viabilização da empresa é então um factor que tem, neste contexto, grande relevância. De facto, se uma empresa, apesar de se encontrar em situação de insolvência actual exclusivamente em virtude dos efeitos da pandemia, não apresentar já qualquer possibilidade de viabilização, não poderá recorrer a um PEVE, nem a qualquer outro meio de recuperação (pois mesmo o recurso extraordinário a um RERE em situação de

⁶ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 271 ss..

⁷ Para o desenvolvimento deste ponto, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 265 ss..



insolvência actual, previsto no artigo 5.º da Lei n.º 75/2020, apenas é possível se a empresa ainda for “susceptível de viabilização”).

Se nesta situação os seus administradores decidem prosseguir a exploração da empresa, em vez de a apresentarem à insolvência, o défice vai sendo conscientemente agravado, em consequência da inércia aparentemente permitida pela norma que suspende o dever de apresentação à insolvência⁸. Neste contexto, dificilmente se pode afastar a existência de culpa grave dos administradores que, sabendo ou não podendo ignorar que a empresa se encontra em situação de insolvência iminente ou actual, sem perspectivas razoáveis de recuperação, aproveitam a suspensão do dever de apresentação à insolvência para prolongar artificialmente a actividade de uma empresa que, sabem com antecipação, não será capaz de cumprir as obrigações entretanto contraídas⁹.

⁸ Isto leva ao fenómeno a que se tem chamado, noutras latitudes, proliferação de empresas “zombie”: um número significativo de empresas, já em crise antes da pandemia, ou sem viabilidade, beneficiando de todas as medidas de apoio que têm sido disponibilizadas e do quadro legal favorável, continua em actividade (ainda que, frequentemente, em modo “hibernação”), o que levará a que estas medidas concebidas para combater os efeitos da pandemia Covid-19 acabem por ter o efeito perverso de dificultar a declaração de insolvência de empresas que deveriam ser afastadas do mercado, permitindo-lhes que continuem assim a contrair obrigações que não satisfarão e a absorver recursos que seriam essenciais para a recuperação de empresas com efectiva previsão de viabilidade.

⁹ Atente-se, a este propósito, na eventual necessidade de repensar, na fase pós-*lockdown*, a situação de insolvência actual enquanto pressuposto objectivo da declaração de insolvência, como propõe VITTORIO MINERVINI, “Il (necessario)



Nestes casos, devem os administradores apresentar a sociedade à insolvência, apesar da vigência de norma que suspende o dever consagrado no artigo 18.º do CIRE – assim o exige o dever de cuidado que deve enformar a actuação dos administradores, dever que assume contornos específicos na crise da empresa, mormente com a concretização que lhe é dada nos diferentes números do artigo 186.º do CIRE¹⁰. Todavia, na apreciação da actuação destes administradores para efeitos da qualificação da insolvência como culposa, caso eles não tenham cumprido este dever e a sociedade venha depois a ser declarada insolvente, deverá naturalmente o tribunal ter em consideração as particulares circunstâncias da crise pandémica, em especial o excepcional contexto de imprevisibilidade em que os administradores são chamados a tomar decisões relevantes¹¹.

ripensamento delle procedure concorsuali dopo il “lockdown”: dal concetto di “insolvenza” a quello di “risanibilità”?”, in *Il Diritto Fallimentari e delle Società Commerciali*, 5/2020, 965-989, pp. 976 ss., passando a considerar-se a possibilidade de viabilização da empresa como impeditiva da declaração da sua insolvência. Para mais desenvolvimentos, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pág. 275, nota 15, e a bibliografia aí referida.

¹⁰ Para a análise destas especificidades, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 278 ss..

¹¹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., p. 281.



2. A suspensão do dever de apresentação à insolvência quando a empresa apresente perspectivas de viabilidade e o recurso possível ao PEVE

Apresentando perspectivas de viabilidade uma empresa em situação de insolvência actual exclusivamente provocada pelos efeitos da pandemia, existe a possibilidade (embora, cada vez mais, se discuta se existirá até o dever¹²) de recurso a um RERE ou a um PEVE¹³, como transitoriamente permitido (pois, na ausência das regras que excepcionalmente o permitam, o recurso a um mecanismo pré-insolvencial apenas pode ter lugar desde que a empresa se encontre ainda em situação económica difícil ou de insolvência iminente, mas já não de insolvência actual¹⁴) – afastado que está, nestas circunstâncias, o recurso a um PER¹⁵.

¹² Para o desenvolvimento deste ponto, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 273 ss..

¹³ Embora, como se analisará *infra*, exista inadmissível incerteza relativamente aos requisitos para o recurso a este mecanismo.

¹⁴ Cfr., para o PER, o artigo 17.º-A, n.º 1, do CIRE; e, para o RERE, o artigo 3.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 8/2018.

¹⁵ Note-se que a Lei n.º 75/2020, autorizando o recurso a um RERE nestas circunstâncias, não esclarece se, sendo o acordo de reestruturação no seu âmbito subscrito por credores que representem as maiorias previstas no n.º 1 do artigo 17.º-I do CIRE, ou se a ele vierem posteriormente a aderir os credores suficientes para perfazer aquelas maiorias, pode o devedor iniciar um PER com vista à homologação judicial do acordo de reestruturação (devendo nesse caso acautelar que este cumpre o previsto no n.º 4 do artigo 17.º-I do CIRE), nos termos do disposto no artigo 29.º da Lei n.º 8/2018. A esta possibilidade parece obstar, contudo, o disposto no artigo 17.º-A, n.º 2, do CIRE (que exige nestes



Analisemos então algumas das dificuldades com que se depara a empresa neste caso.

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

Desde logo, cabe alertar para os perigos que representa para os administradores de empresas em crise devido à pandemia COVID-19 o texto do artigo 7.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 75/2020¹⁶, que estabelece os requisitos para o recurso ao PEVE, no que respeita à percentagem de credores que devem, com o devedor, assinar o acordo de viabilização.

O PEVE (processo extraordinário de viabilização de empresas) é uma figura introduzida no ordenamento jurídico português pela Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro (e aí regulada nos artigos 6.º a 15.º): trata-se de um novo processo, com carácter extraordinário e transitório, vigorando, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da mesma Lei, somente até 31 de Dezembro de 2021 (embora esse

casos que a empresa devedora apresente declaração subscrita, há não mais de 30 dias, por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida, atestando que não se encontra em situação de insolvência atual, à luz dos critérios previstos no artigo 3.º), aplicável por força de remissão expressa do artigo 17.º-I, n.º 1.

¹⁶ Todos os artigos referidos a partir deste ponto sem referência ao diploma a que pertencem são preceitos da Lei .º 75/2020, de 27 de Novembro.



prazo possa ser estendido por Decreto-Lei, como se prevê no artigo 18.º, n.º 2); e ainda com carácter muito urgente, dado que assume prioridade sobre a tramitação e julgamento de processos como o processo de insolvência e o PER, já de si processos urgentes (cfr. o artigo 6.º, n.º 1, da referida Lei).

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

No artigo 7.º da Lei n.º 75/2020 determina-se que o processo se inicia com um requerimento da empresa, acompanhado por um acordo de viabilização assinado por si e por credores que representem, “pelo menos”, as maiorias previstas no artigo 17-F, n.º 5, do CIRE. Ora, a determinação desta percentagem mínima da participação dos credores no impulso do processo apresenta sérias dificuldades¹⁷.

¹⁷ Neste ponto, seguimos resumidamente o que desenvolvemos no nosso “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia



A remissão para o n.º 5 do artigo 17.º-F, quando se procede às necessárias adaptações, dá azo a algumas perplexidades – é que as normas em causa pressupõem a existência de uma votação, na qual podem participar todos os credores. No caso do PEVE, não existe votação, mas assinatura de um acordo, o que põe em causa a possibilidade de recurso a determinadas regras.

Na remissão para a alínea b), essas dificuldades não existem: exige-se que o acordo seja subscrito por credores que representem mais de 50% dos créditos relacionados com direito de voto, sendo que mais de metade desses créditos devem ser não subordinados. Assim, será necessário pelo menos o acordo de credores titulares de mais de 25% de créditos relacionados não subordinados com direito de voto, se apenas credores relacionados titulares de metade mais um votos subscreverem o acordo. A aplicação das regras relativas a estas maiorias estabelecidas na alínea b) não coloca então dúvidas (ao contrário do que acontece quanto à remissão para a alínea a) do n.º 5 do artigo 17.º-F), razão pela qual até se defende entre nós a possibilidade de apenas esta remissão dever ser considerada no âmbito do PEVE¹⁸.

É na remissão para a alínea a) que surgem os problemas. É que resultaria literalmente da mesma, se se substituir a referência a voto por assinatura, que no âmbito do PEVE deveriam assinar o

Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 284 ss., para o qual remetemos.

¹⁸ Com este entendimento, cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 129 ss..



acordo de viabilização aqueles credores que representassem mais do que dois nonos (mais do que 22,22%) dos créditos relacionados com direito de voto (o que resulta da adaptação dos requisitos: “votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto”, com “o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos”) – sendo que mais de metade destes (por exemplo, se os credores subscritores representam 25% dos créditos relacionados, mais de 12,5%) deveriam corresponder a créditos não subordinados.

Simplesmente, já foi defendido na doutrina que se deve entender que os credores subscritores do acordo deverão, no PEVE, representar no mínimo um terço dos créditos contidos na relação com direito de voto, e não menos, por essa percentagem corresponder àquela que é exigida em termos de participação no processo de votação, no âmbito do PER (embora, no âmbito do PER, não se exija que todos esses votos sejam favoráveis ao acordo, mas apenas dois terços desses votos)¹⁹.

Pois bem: existem argumentos que militam a favor de qualquer uma das três interpretações elencadas. Por um lado, uma vez que os efeitos da homologação do acordo de viabilização se estendem a todos os credores relacionados, percebe-se que se sinta a

¹⁹ Com este entendimento, cfr. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, in *Revista de Direito Comercial*, 2020, 2105-2142, pág. 2122; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 13, vol. 25, 2021, 37-55, pp. 45 ss..



necessidade de acautelar a existência de eventuais recursos abusivos a este mecanismo de viabilização, que afinal se poderia iniciar e fazer prosseguir apenas com a vontade de credores que representem pouco mais de 10% de créditos não subordinados (para além da vontade do devedor e dos credores que representam créditos subordinados).

Mas a favor da solução, menos exigente, pela qual seria apenas necessária a subscrição por mais de dois terços de um terço do total dos créditos temos a letra da lei e até a sua *ratio*: este é um mecanismo assumidamente extraordinário, estritamente aplicado num contexto verdadeiramente excepcional – e ao qual só podem recorrer empresas que, seguramente, apresentavam um activo superior ao passivo antes de sentirem os efeitos das medidas tomadas para travar a evolução da pandemia. Pelo que se justifica que seja ágil, no sentido de não exigir às empresas infundáveis rondas de negociações, realizadas sem qualquer protecção, nomeadamente, relativamente à prestação de serviços considerados essenciais, a processos de insolvência iniciados pelos credores e a acções judiciais para cobrança de dívidas (uma vez que estes efeitos “protectores” se produzirão apenas em momento ulterior ao da apresentação do requerimento²⁰). Depois, não é seguro que tenha sido intenção do legislador ser mais exigente com as maiorias necessárias para recorrer ao PEVE do que com aquelas que são necessárias para fazer aprovar um plano de recuperação no âmbito de um PER. Mais: se é certo que na

²⁰ Diferentemente do que acontece no âmbito do recurso a um PER (cfr. o artigo 17.º-E do CIRE) ou a um RERE (cfr., nomeadamente, os artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 8/2018).



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

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

Então, urge uma intervenção legislativa que clarifique (pelo



menos) este aspecto de regime do PEVE²¹ – mas não é expectável que ela venha a ter lugar em tempo útil, uma vez que mesmo na já referida Proposta de Lei de transposição da Directiva (UE) 2019/1023 nada se prevê expressamente a este propósito e, ao invés, se antevêem alterações à redacção do n.º 5 do artigo 17.º-F do CIRE que virão levantar ainda maiores dificuldades à sua aplicação ao PEVE (uma vez que ao problema de determinação da percentagem de credores que devem assinar o acordo acrescentarão os que resultam da criação de categorias de credores), se a lei de transposição vier a entrar em vigor ainda na vigência das normas que, no âmbito da Lei n.º 75/2020, regulam o PEVE²².

²¹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., pág. 288.

²² É a seguinte a redacção proposta desde preceito, obedecendo à necessidade de criação de classes de credores imposta pela Directiva: “5 - Sem prejuízo de o juiz poder computar no cálculo das maiorias os créditos que tenham sido impugnados, se entender que há probabilidade séria de estes serem reconhecidos, considera-se aprovado o plano de recuperação que:

a) No caso de classificação dos credores em categorias distintas, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º-C, seja votado em cada uma das categorias por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, não se considerando como tal as abstenções:

- i) Pela unanimidade das categorias formadas;
- ii) Por uma maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma dessas categorias seja uma categoria de credores garantidos;
- iii) Caso não existam categorias de credores garantidos, por uma maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma das categorias seja de credores não subordinados;



2.2. A imposição de que a crise da empresa se deva, “comprovadamente”, à pandemia da doença Covid-19

Determina-se logo pelo disposto no n.º 1 do artigo 6.º da Lei que só pode recorrer ao PEVE a “empresa devedora que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente ou atual em virtude da pandemia da doença COVID-19”. Assim, exige-se que acompanhe o requerimento da empresa uma declaração escrita e assinada pelo seu órgão de administração “que ateste que a situação em que se encontra é devida à pandemia da doença COVID-19”, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º²³. Mas é ainda necessário que a

b) Nos demais casos, sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos a que se referem os n.ºs 3, 4, 6 e 7 do artigo 17.º-D, recolha cumulativamente:

i) O voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, não se considerando como tal as abstenções;

ii) O voto favorável de 50,01% dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções;

Ou recolha cumulativamente:

i) O voto favorável de credores cujos créditos representem 50,01 % da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos a que se referem os n.ºs 3, 4, 6 e 7 do artigo 17.º-D;

ii) O voto favorável de 50,01 % dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções.

²³ Ficam excluídos do dever de juntar esta declaração os órgãos de administração das empresas indicadas no artigo 6.º, n.ºs 4 e 5. Com entendimento diferente, cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)”, cit., p. 39, que entende que continua a ser exigida, nestes casos, a declaração a



empresa “demonstre ter, em 31 de dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo”, de acordo com as normas contabilísticas aplicáveis conjugadas com o previsto no n.º 3 do artigo 3.º do CIRE, como estabelece o n.º 3 do artigo 6.º da Lei²⁴.

atestar que a situação em que a empresa se encontra se deve à pandemia, apesar de estas empresas poderem recorrer ao PEVE mesmo que em 31 de Dezembro de 2019 tivessem um passivo superior ao activo – o que parece indiciar que a sua situação é anterior à crise pandémica.

²⁴ Note-se que esta exigência é afastada nas situações previstas nos n.ºs 4 e 5 do mesmo artigo. A formulação do n.º 4, relativo a micro ou pequenas empresas, permite dúvidas interpretativas, levantando-se nomeadamente a questão de saber se as três alíneas são de verificação cumulativa ou alternativa. Parecem não poder existir dúvidas quanto ao facto de, relativamente às alíneas b) e c), não ser de exigir a verificação cumulativa, como resulta da presença da conjunção “ou” a seguir ao texto da alínea b). Mas o mesmo não poderá afirmar-se relativamente à alínea a): será também ela alternativa relativamente às demais, apesar da inexistência da mesma conjunção a seguir ao seu texto? Pois bem, esta circunstância não é decisiva para a resposta à questão, visto que o facto de a locução preceder a última alínea permite que todas as possibilidades anteriores sejam consideradas alternativas. Todavia, o elemento racional da interpretação leva-nos a concluir que a situação prevista na alínea a) é de verificação obrigatória, devendo cumular-se com ela a verificação de uma das alíneas seguintes, em alternativa. O que nos leva a concluir neste sentido é o facto de não ser razoável inferir que o legislador tenha pretendido autorizar uma empresa, qualquer que seja a sua dimensão, que tenha pendente processo de insolvência ou processo especial de revitalização a entretanto recorrer ao PEVE, desde que verificada pelo menos uma das situações descritas nas alíneas b) e c). Desde logo, no n.º 3 do artigo 8.º esclarece-se que a empresa que pretenda recorrer ao PEVE não pode ter pendente um PER. Mais: determina-se no artigo 8.º, n.º 5, que os processos de insolvência pendentes se suspendem, a menos que tenha sido proferida sentença declaratória de insolvência. Em nenhum dos preceitos do diploma se prevê a possibilidade de existir pendência



Já foram na doutrina portuguesa tecidas as competentes críticas a esta última exigência²⁵. Em síntese, é sabido que uma empresa pode apresentar um activo superior ao passivo e, mesmo assim, estar insolvente, por não ser capaz de cumprir as suas obrigações. E também pode apresentar um passivo superior ao activo e não se encontrar em situação de insolvência actual, bastando que essa superioridade não seja manifesta e vá conseguindo cumprir as suas obrigações vencidas²⁶.

simultânea de um PER ou processo de insolvência em que já tenha sido proferida declaração de insolvência, mesmo que se trate de micro ou pequenas empresas, nem se estabelece o regime aplicável a uma tal eventualidade. Então, pode concluir-se que, em qualquer caso, a pendência de um PER impede o recurso ao PEVE, mas a pendência de um processo de insolvência apenas o impede se já tiver sido proferida declaração de insolvência; se isso ainda não aconteceu, suspende-se o processo de insolvência na data da publicação da relação de credores e do acordo de viabilização. Com entendimento aparentemente diferente, cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)”, cit., p. 42. Sobre a interpretação do artigo 6.º, n.º 4, cfr. CATARINA SERRA, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, in *Revista de Direito Comercial*, 2021, 2019-2104, pp. 2039 ss.; MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, cit., p. 2118.

²⁵ Cfr. CATARINA SERRA, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, cit., pp. 2038 ss.; MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, cit., pp. 2115 ss..

²⁶ Solução mais equilibrada parece ser aquela adoptada pelo legislador italiano, que passou a prever, com o “*decreto liquidità*” (cfr. o artigo 7 da *legge 5 giugno 2020, n. 40*) a “cristalização” de um princípio de continuidade da empresa na elaboração do balanço de exercício, com a fim de neutralizar os efeitos da



Pois bem, pode afirmar-se que o legislador de certo modo recorreu a uma espécie de presunção: se a empresa tivesse em 31 de Dezembro de 2019 um activo superior ao passivo e no momento que se apresenta ao PEVE está em crise presume-se que esta situação existe em virtude da pandemia. Mas não basta: é ainda essencial que o órgão de administração ateste por escrito que a situação da empresa é devida à pandemia (o que põe em causa a possibilidade de atribuir à parte final do n.º 3 do artigo 6.º o carácter de ficção legal). Imaginemos agora que uma empresa apresentava em 31 de Dezembro de 2019 um activo superior ao passivo, está em crise por razões alheias à pandemia Covid-19, mas os gerentes ou administradores atestam, para que a empresa possa recorrer ao PEVE, que essa situação é devida à pandemia. No caso de a empresa vir a recuperar, não parece que daqui decorram consequências relevantes. Mas se a empresa vier a ser declarada insolvente (quer porque o acordo de viabilização não chegou entretanto a ser homologado quer porque o foi, mas a sua execução não conseguiu garantir a viabilidade da empresa) estes gerentes ou administradores podem vir a ser declarados afectados em sentença que venha a qualificar a insolvência como culposa, nomeadamente com os fundamentos expostos *supra*: não será impossível (embora possa ser difícil) a prova de que, com este expediente, se continuou a exploração de uma empresa cuja

pandemia, desde que a perspectiva de continuidade da empresa resultasse, de modo consistente, do último balanço de exercício anterior a 23 de Fevereiro de 2020. Cfr. a análise de MONICA COSSU, “Il diritto e l’incertezza. La legislazione d’impresa al tempo della pandemia”, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 6/2020, 1221-1254, pp. 1232 ss..



situação, não sendo devida à situação pandémica, se veio a agravar, mesmo após o alívio das medidas tomadas para conter a pandemia.

Então, como resulta do que aqui se expõe, em termos de relevância prática para a matéria de que nos ocupamos este requisito acaba por se relacionar com o da exigência de que a empresa apresente viabilidade, como se analisa em seguida.

2.3. O requisito da viabilidade da empresa

O PEVE destina-se, necessariamente, a empresas que ainda sejam susceptíveis de viabilização. Isto está expressamente estabelecido na parte final do n.º 1 e no n.º 3 do artigo 6.º; também deve ser atestado pelo órgão de administração da empresa, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º, que a empresa “reúne as condições necessárias para a sua viabilização”, em declaração escrita e assinada que deve acompanhar o requerimento da empresa²⁷ – evidentemente, este juízo deve considerar o teor do acordo subscrito pelos credores, o que significa que o que se atesta não é que a empresa, sem o acordo,

²⁷ Ficam obrigados também ao dever de juntar esta declaração os órgãos de administração das empresas indicadas no artigo 6.º, n.ºs 4 e 5 – de facto, deve entender-se que a dispensa referida na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º abrange apenas a primeira menção, ou seja, que existe dispensa do dever de atestar que a situação em que a empresa se encontra é devida à crise pandémica.



apresentasse já perspectivas de viabilidade, mas que a execução do mesmo poderá, com elevado grau de probabilidade, tornar a empresa viável; depois, o administrador judicial provisório deve emitir parecer sobre se o acordo oferece perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa, como é exigido pelo n.º 3 do artigo 9.º; e o próprio juiz deve, depois de analisado o acordo e o parecer do administrador judicial provisório, homologar o acordo apenas se este, entre outros requisitos, apresentar perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa, como se exige no artigo 9.º, n.º 4, b)ii²⁸.

²⁸ Deste modo, de forma pioneira na legislação insolvencial portuguesa, o juiz tem agora de apreciar se o acordo apresenta perspectivas razoáveis para garantir a viabilidade da empresa, devendo recusar a sua homologação se a recuperação da mesma não se apresentar provável pela via proposta. Embora possa ser extremamente difícil para o juiz esta avaliação, o que é facto é que no artigo 10.º, n.º 3, da Directiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019 (ainda pendente de transposição) se prevê que “[o]s Estados-Membros asseguram que as autoridades judiciais ou administrativas possam recusar-se a confirmar um plano de reestruturação caso este não apresente perspectivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa”. Na já referida Proposta de Lei de transposição da Directiva (UE) 2019/1023 prevê-se uma alteração do n.º 7 do artigo 17.º-F do CIRE de modo a que o juiz, também no âmbito do PER, passe a ter de considerar “[s]e o plano de recuperação apresenta perspectivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da empresa” para decidir se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação (naquela que se propõe que venha a ser a alínea g) desse preceito). Contudo, haverá que determinar se o sentido do disposto no artigo 9.º, n.º 4, al. b)ii é aquele que aparenta ser, ou seja, se ali se visa *permitir* ao juiz a não homologação do acordo caso não esteja verificado este facto ou se, diversamente, o juiz está nesse caso vinculado à não homologação. Tendo em



Mais uma vez, importa analisar a possibilidade de gerentes ou administradores atestarem que a empresa reúne as condições necessárias para a sua viabilização e vir a verificar-se, em fase subsequente, que isso não correspondia à verdade. Pois bem, aqui há que ponderar o facto de este acordo, aceite e assinado pela percentagem de credores exigida (seja ela qual for), ser o acordo possível, resultante da negociação com os credores levada a cabo nas condições adversas que se descreveram *supra*; pode não ser, e não será geralmente, o acordo idealizado por estes gerentes ou administradores. O facto de, ainda assim, eles acreditarem que a sua execução pode levar à viabilização da empresa dificilmente constituirá actuação com culpa grave (e muito menos dolo), pelo que parece improvável que, só por este facto, uma futura

conta a *ratio* da norma, bem como o sentido na mesma quando esteja em causa a verificação do preenchimento dos requisitos enumerados na alínea b) i e iii, parece-nos que o que se pretende não é permitir ao juiz a não homologação quando não estejam verificadas as maiorias exigidas para a subscrição do acordo, quando subsista alguma das circunstâncias previstas nos artigos 215.º e 216.º do CIRE, ou quando o acordo não apresente perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa. Na verdade, a própria expressão “cumulativamente”, dirigida a esta verificação, leva-nos a propor a mesma interpretação quanto à vinculação do juiz relativamente a qualquer das subalíneas previstas: ele estará obrigado à não homologação do acordo se alguma delas não se verificar. Todavia, a verdade é que a redacção do preceito é testemunho de má técnica legislativa, porque literalmente o que se estabelece é que o juiz deve homologar o acordo se cumulativamente verificar que não se preenche nenhuma das situações enumeradas nessas subalíneas, e não, como seria mais correcto e consentâneo com o espírito do mesmo, que o juiz não deve homologar o acordo no caso de não verificação de alguma dessas circunstâncias.



insolvência da empresa possa ser qualificada como culposa – a não ser que fique provado que esta actuação se destinava a permitir a gerentes ou administradores prosseguir, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência. nos termos analisados *supra*.

Cabe ainda referir que o acordo pode não se revelar apto a garantir a viabilidade da empresa em fase ulterior. Na verdade, nos termos do disposto no artigo 9.º, n.º 1, os credores da empresa podem impugnar a relação de credores apresentada por esta com fundamento em indevida exclusão, ou incorrecção do montante ou qualificação dos créditos reconhecidos. Em consequência, se o juiz acolher estas pretensões, a relação definitiva de credores pode ser bastante distinta da relação apresentada. Isto pode levar a que o acordo até pudesse ser considerado apto a garantir a viabilidade da empresa à luz desta relação de credores, mas já não quando considerada a relação definitiva. Neste contexto, não subsistirá, para o juiz, a possibilidade de homologar o acordo – ele apenas pode homologá-lo se subsistirem perspectivas razoáveis de aquele garantir a viabilidade da empresa. O problema está no facto de esta decisão do juiz ter de partir de uma análise realizada por alguém que, não sendo especialista na matéria em causa, não poderá encontrar respaldo na declaração do órgão de administração da empresa nem, muito provavelmente, no parecer do administrador judicial provisório, uma vez que não se estabelece na lei prazo para a apresentação desse parecer, bem como não se esclarece se ele deve assentar na relação de credores apresentada pela empresa ou na relação definitiva, quando ela tenha sido alterada.



Por estas razões, parece-nos ser de entender que sempre que exista alteração da relação de credores inicialmente apresentada deve o administrador judicial provisório, no prazo estabelecido no n.º 7 do artigo 9.º, emitir novo parecer com o conteúdo estabelecido no n.º 3 do mesmo artigo – a menos que, naturalmente, essa alteração seja evidentemente insusceptível de pôr em causa o conteúdo do parecer previamente emitido.

2.3.1. As perspectivas razoáveis de o acordo garantir a viabilidade da empresa e a fase da adesão

A homologação do acordo vincula, nos termos dos artigos 9.º, n.º 9, e 12.º, n.º 1 da Lei, não apenas os credores subscritores do acordo (o que aconteceria no âmbito de um RERE), mas também todos aqueles constantes da relação definitiva de credores e os credores de novos créditos pecuniários expressamente previstos no acordo. Simplesmente, prevê-se ainda nos n.º 1, 2 e 3 do artigo 10.º a possibilidade de existirem credores aderentes, ou seja, credores que, não integrando nenhuma destas categorias, tenham vindo manifestar no processo a sua intenção de aderir ao acordo homologado (no prazo de 30 dias a contar da publicação da decisão de homologação e por mera declaração) e tenham visto a sua pretensão aceite pela empresa. Estes credores passam assim a estar também vinculados ao acordo.

Não se ignoram as vantagens que podem decorrer da existência deste instrumento. Mas cabe reflectir acerca da sua oportunidade. Na verdade, estes novos créditos eram desconhecidos de todos os



restantes credores, do administrador judicial provisório e do juiz; ou seja, de todos aqueles que tiveram a oportunidade de se pronunciar acerca da lista de credores e do próprio acordo, nomeadamente quanto à sua aptidão para promover a viabilização da empresa. E pode bem dar-se o caso de ser duvidosa a existência destes créditos, bem como o seu montante ou qualificação²⁹, ou de a sua mera existência vir pôr em causa as perspectivas de viabilização da empresa através da execução do acordo entretanto homologado: o acordo “aprovado”, subscrito pelos credores e homologado pelo juiz, não é o mesmo que será executado. A questão é que, na fase em que está prevista a adesão, já nem os restantes credores, nem o administrador judicial provisório, nem o juiz terão a possibilidade de reagir a este estado de coisas, o que pode levar a que, afinal, os credores vinculados pelo acordo continuem adstritos ao cumprimento das suas cláusulas, apesar de, por exemplo, estarem cientes de que a empresa não apresenta, agora, perspectivas de viabilidade. E se vierem, com este fundamento, requerer a declaração de insolvência da empresa, o processo fica suspenso, nos termos do disposto no artigo 8.º, n.º 8, da Lei.

Tendo tudo isto em conta, talvez a solução mais adequada fosse a de fazer transitar a fase da adesão para momento anterior ao da homologação do acordo, fazendo correr o prazo de 10 dias estabelecido no n.º 4 do artigo 9.º apenas a partir do momento

²⁹ Como bem adverte CATARINA SERRA, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, cit., p. 2060, nota 53, o juiz, não tendo qualquer intervenção no procedimento de adesão, não poderá “sindicar sequer a qualidade de credor dos credores aderentes”.



em que a empresa informa se aceita a adesão dos credores declarantes ao acordo – e eventualmente estabelecendo-se que, dentro dos primeiros dias desse prazo, os restantes credores vinculados ao acordo e o administrador judicial provisório poderiam vir ao processo pronunciar-se (quer acerca da qualificação do crédito quer do facto de o acordo ainda apresentar perspectivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa). Talvez assim este mecanismo não apresentasse os riscos expostos no que respeita à efectiva previsibilidade de viabilização da empresa através do recurso ao PEVE.

Maria de Fátima Ribeiro