

TELLES
— ADVOGADOS —

**CORONAVÍRUS:
INSOLVÊNCIA vs
RECUPERAÇÃO**

**As dificuldades
das empresas
criadas pela
pandemia**

28.05.2020

A TELLES, com a sua experiência na área do direito insolvencial e de recuperação de empresas em dificuldades, dispendo de uma equipa especializada nesta área, responde, numa nota em formato de FAQ's, de forma simples, objetiva e direta, às questões essenciais que se colocam nesta matéria, para que os seus clientes e parceiros tenham conhecimento dos deveres, direitos e obrigações que, neste momento tão difícil e particular que atravessamos, têm nesta área, a qual, infelizmente, irá ter uma enorme relevância no futuro próximo.

1. NO CONTEXTO DAS MEDIDAS ADOTADAS PELO GOVERNO EM VIRTUDE DA PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19), QUAIS AQUELAS COM IMPACTO DIRETO NO REGIME DE INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO?.

Apesar das inúmeras medidas adotadas pelo Governo português em virtude da pandemia causada pelo novo Coronavírus, até ao momento, poucas foram aquelas que introduziram alguma alteração no regime insolvencial ou pré-insolvencial português.

Assim, com impacto direto no regime substantivo insolvencial, apenas foi suspenso, com efeitos a partir de dia 09 de março, o prazo para cumprimento do dever de apresentação à insolvência.

Por outro lado, com impacto direto, agora na tramitação processual dos processos de insolvência e de recuperação, sendo processos urgentes, os respetivos prazos estiveram suspensos entre dia 09 de março e 07 de abril, tendo passado a tramitar-se, a partir desta data, sem qualquer suspensão ou interrupção de prazos, atos ou diligências.

O nosso legislador, até ao momento, ficou bastante aquém de outros ordenamentos jurídicos, nos quais foram adotadas medidas excecionais temporárias com maior impacto na proteção das empresas das iniciativas dos seus credores, dos seus legais representantes, bem como na sua reestruturação e recuperação.

2. O PRAZO PARA CUMPRIMENTO DO DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA ENCONTRA-SE SUSPENSO? QUAL O OBJETIVO DESTA SUSPENSÃO?

De acordo com o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, o devedor está obrigado a requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência ou à data em que devesse conhecê-la.

Contudo, o legislador veio suspender, com efeitos a partir de dia 09 de março, o prazo para cumprimento do dever de apresentação à insolvência até à cessação da situação excepcional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, cujo termo será declarado por decreto-lei.

Pretendeu-se, assim, evitar a apresentação precipitada das empresas à insolvência, na medida em que, face à situação verdadeiramente excepcional que vivemos, serão certamente várias as empresas que já entraram ou irão entrar em situação de incumprimento generalizado das suas obrigações e a verificar um desequilíbrio nas suas contas – o que, numa situação normal, faria incorrer os seus representantes legais na obrigação de dar início ao processo de insolvência, com as inerentes perdas para o tecido empresarial e que se traduziria na perda de inúmeros postos de trabalho –, não sendo, as mais das vezes, possível antever o carácter temporário ou não da situação e as hipóteses de recuperação da empresa decorrido este período.

Desta forma, permite-se às empresas adiar a análise e a decisão quanto à sua recuperabilidade e continuidade, muito embora nos pareça que, mantendo-se o atual quadro legislativo, apenas estaremos a adiar uma corrida aos processos de insolvência, pois o prazo de 30 dias após a cessação da situação excepcional continua a ser um prazo muito curto imposto aos gerentes e administradores das empresas para avaliar se, repostas as normais circunstâncias (o que levará, pelo menos, alguns meses), a empresa volta ou não a ser viável. Com efeito, faria muito mais sentido, a par do que aconteceu em vários outros países, prorrogar o prazo de apresentação à insolvência por um período significativamente superior.

3. QUAIS AS IMPLICAÇÕES DESSA SUSPENSÃO PARA OS GERENTES E ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES?

A suspensão da obrigação de apresentação à insolvência tem importante relevo para efeitos de qualificação da insolvência, na medida em que o incumprimento deste dever pode levar à qualificação da insolvência como culposa, com consequências graves para os legais representantes da empresa, designadamente no que concerne ao seu património pessoal.

Assim, ainda que a empresa desague numa situação de insolvência e os seus gerentes e administradores optem por não dar início ao processo de insolvência, nenhuma responsabilidade lhes poderá ser assacada por esse simples facto.

No entanto, a suspensão do dever de apresentação à insolvência durante o período excecional que vivemos em nada beneficiará as empresas que já se encontravam numa situação de insolvência antes da realidade causada com a crise em que vivemos, nem os seus representantes legais, caso já tivessem incorrido em violação do referido dever de apresentação.

4. POSSO APRESENTAR A EMPRESA À INSOLVÊNCIA DURANTE ESTE PERÍODO? O PROCESSO SERÁ TRAMITADO?

Muito embora as recentes alterações legislativas tenham determinado a suspensão do prazo de apresentação do devedor à insolvência, não fica, no entanto, suspensa a faculdade normalmente conferida ao devedor de promover, por sua iniciativa, a apresentação à insolvência.

Desencadeado o processo mediante a apresentação voluntária pelo devedor, o processo correrá regularmente os seus termos. Lembramos, para o efeito, que a alteração introduzida pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril, reverteu a decisão de suspender a tramitação dos processos urgentes, devolvendo eficácia ao processo de insolvência, enquanto processo urgente, embora submetido às limitações em vigor, pelo que, com essas limitações, o processo correrá os seus normais ulteriores termos.

5. PODE SER REQUERIDA A DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DA MINHA EMPRESA POR UM TERCEIRO DURANTE ESTE PERÍODO?

Sim. O direito de terceiros requererem a declaração de insolvência da empresa não se encontra abrangido por qualquer limitação, pelo que os credores são livres de requerer a insolvência dos seus devedores.

Entendemos, todavia, que também aqui o legislador deveria ter sido mais coerente com os objetivos que estiveram na base da suspensão do dever de apresentação à insolvência, a par do que sucedeu noutros ordenamentos jurídicos, implementando as medidas necessárias a proteger o devedor em face dos eventuais pedidos de insolvência que possam vira ser deduzidos pelos seus credores.

Com efeito, com o provável incumprimento generalizado das suas obrigações podendo os credores requerer a insolvência dos seus devedores, face à utilização “abusiva” que normalmente é dada a este tipo de processos para pressionar a cobrança de créditos, a probabilidade dos credores requererem insolvências é muito elevada, pelo que seria muito importante que o Estado tivesse tomado uma posição no sentido de proteger as empresas destas situações.

6. QUAIS OS DEVERES GERAIS DOS GERENTES E ADMINISTRADORES NUM CENÁRIO DE DIFICULDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA OU DE INSOLVÊNCIA?

Os deveres dos gerentes e administradores perante a sociedade, os sócios e os credores, sendo essencialmente os mesmos que sobre si já recaíam nos períodos de saúde económico-financeira, merecem especial destaque num cenário de maior debilidade.

Neste contexto, importa lembrar o dever de diligência que sobre si impende e que os obriga a estar permanentemente informados sobre a situação da empresa, em todas as vertentes, gerindo-a racionalmente, sendo responsáveis pela violação culposa de normas de proteção dos credores quando a sociedade deixe de ser capaz de cumprir com as suas obrigações e estando obrigados a promover a melhor solução, em cada momento, passe ela, em casos extremos, pela sua liquidação ou recuperação, com preferência para esta última.

Impõe-se alertar para a necessidade de todos os gerentes e administradores adotarem as medidas que se vislumbrem adequadas, designadamente, se for o caso, aquelas que foram criadas pelo Governo no contexto de pandemia destinadas, precisamente, a apoiar as empresas neste período e/ou outros mecanismos pré-existentes para ultrapassar eventuais dificuldades que possam surgir.

Não nos parece despiciendo falar de um verdadeiro dever de negociar ou renegociar com os credores da empresa, diligências que podem ser encetadas quer judicial quer extrajudicialmente, relativamente a qualquer contrato, inclusive acordos ou planos de pagamento já anteriormente reestruturados, de forma individual ou coletiva.

7. EXISTE ALGUMA ALTERAÇÃO NA APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA?

Embora, a nosso ver mal, os critérios legais de determinação da situação de insolvência permaneçam inalterados em face das alterações introduzidas pelo atual quadro legislativo, entendemos que a aferição da situação de insolvência não pode ser indiferente ao fenómeno COVID-19, antes obrigando a uma compatibilização entre os pressupostos previstos na lei em vigor e as demais soluções aprovadas e o impacto extraordinário e imprevisível da pandemia na situação de insolvência e o carácter eventualmente temporário desse impacto.

De entre as soluções legais implementadas, destacamos a extensão do prazo para realização das assembleias gerais das sociedades comerciais para aprovação das contas anuais, prorrogado até dia 30 de junho de 2020, que se refletirá, necessariamente, em eventuais atrasos no procedimento de aprovação e depósito das contas, com relevância num cenário de insolvência, na medida em que o atraso superior a nove meses, que confere legitimidade aos interessados para requerer a declaração de insolvência da empresa, terá de ser conjugado com a referida extensão.

O mesmo se diga relativamente à obrigação de pagamento de rendas relativas aos espaços onde a empresa desenvolva a sua atividade ou tenha fixado a sua sede, quando abrangidas pela moratória concedida pelo Governo, apontando, em consequência, para uma dilação no tempo dos respetivos períodos de eventual incumprimento daquelas prestações, não podendo, por isso, servir de fundamento à declaração de insolvência o não pagamento das rendas referentes ao período abrangido pela moratória enquanto aquelas estiverem a ser cumpridas nos termos agora legalmente previstos.

Bem assim, também no que respeita ao cumprimento pontual de algumas obrigações em matéria tributária – v.g., o pagamento especial por conta de IRC –, a concedida ampliação dos prazos para realização daquelas prestações terá de ser tida em consideração na apreciação do fundamento previsto na lei relacionado com o incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias.

A aferição de uma eventual situação de insolvência exigirá, além do mais, a nosso ver, um esforço acrescido na averiguação e ponderação do incumprimento generalizado das obrigações pelo devedor, no sentido de excluir o decretamento da insolvência se tal incumprimento estiver relacionado com o impacto excecional e previsivelmente temporário do período de pandemia que vivemos.

Por outro lado, os cenários de não cumprimento, fundados na ocorrência de uma circunstância de força maior, que conduzam a uma situação de impossibilidade não imputável ou excessiva dificuldade no cumprimento por parte das empresas, não deverão relevar para efeitos de apreciação da situação de insolvência. Em conformidade, casos haverá em que o tratamento dispensado às obrigações afetadas pelo fenómeno – exoneração, suspensão, redução, modificação, resolução, etc. –, poderá, no limite, implicar mesmo a eliminação ou atenuação das dívidas, revelando, por isso, importância capital no processo insolvencial, seja para efeitos de:

- (i) Composição do passivo, aquando da aferição da situação de insolvência da empresa; e/ou
- (ii) Apreciação do não cumprimento de planos de recuperação em curso no âmbito de anteriores processos a que, eventualmente, as empresas tenham recorrido, designadamente processos especiais de revitalização e processos de insolvência com planos de recuperação aprovados.

8. OS PRAZOS PROCESSUAIS EM CURSO NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA E NOS PER ENCONTRAM-SE SUSPENSOS?

Atualmente, e em regra, por se tratarem ambos de processos urgentes, os prazos judiciais não se encontram suspensos.

Com efeito, os prazos nos processos urgentes apenas estiveram suspensos entre dia 09 de março e 07 de abril, data a partir da qual foi levantada a referida suspensão.

Assim, os prazos correm os seus termos e, sendo possível, as diligências processuais realizar-se-ão obrigatoriamente através de meios de comunicação à distância.

Contudo, não sendo possível nem adequado assegurar a prática de atos ou a realização de diligências através de meios de comunicação à distância, aplica-se também a esses processos o regime de suspensão, o que se nos afigura que sucederá, a maior parte das vezes, nos processos de insolvência, quando estes chegarem à fase de audiência de julgamento ou de assembleias de credores.

Cremos ser também possível, justificando-se mesmo nalguns casos, a suspensão dos Processos Especiais de Revitalização que estejam em fase de negociações com os credores, com os quais as reuniões presenciais são, por vezes, essenciais, ficando as negociações, nesta fase, seriamente dificultadas, o que terá de ser objeto de análise e decisão casuística do juiz que, se for o caso, determinará a suspensão.

9. TENHO DE CONTINUAR A CUMPRIR COM O PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO E HOMOLOGADO DA MINHA EMPRESA? QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS DO INCUMPRIMENTO?

Sim, os planos de recuperação devem continuar a ser cumpridos pontualmente pelas empresas, na medida em que, em Portugal, a nosso ver mal e ao contrário do que sucedeu noutros países, não se previu qualquer mecanismo legal específico que preveja a suspensão dos prazos dos planos de recuperação ou que permita às empresas pedir a prorrogação ou a extensão dos planos de pagamento anteriormente acordados com os credores.

Não obstante, somos da opinião que, nos termos gerais da lei civil, em determinadas situações, poderão verificar-se os pressupostos que legitimam a resolução ou a modificação dos acordos celebrados com os credores em virtude da alteração das circunstâncias ou, ainda, a impossibilidade objetiva de realização de determinadas prestações..

10. NÃO CONSIGO CONTINUAR A CUMPRIR O PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO E HOMOLOGADO NO ÂMBITO DE UM PER. POSSO RECORRER A UM SEGUNDO PER?

De acordo com a legislação em vigor, os devedores que tenham concluído um PER com a aprovação de um plano de recuperação ficam impedidos, durante dois anos a contar da sentença de homologação do plano, de recorrer a um novo PER.

Contudo, essa inibição pode ser afastada em duas situações:

- (i) se o devedor tiver executado integralmente o plano de recuperação anterior;
- ou
- (ii) se o recurso ao novo PER for motivado por fatores alheios ao próprio plano anteriormente aprovado e a alteração superveniente for alheia à empresa.

Ora, a situação verdadeiramente excepcional e imprevisível que hoje vivemos pode ser causa de repercussões extraordinárias e imprevisíveis na situação económico-financeira das empresas que tornam irrealistas e desfasadas da realidade as projeções de investimento e de receitas que tenham servido de base ao plano de pagamentos proposto, fazendo com que a necessidade de recurso a um novo PER não se fique a dever a uma simples incapacidade de cumprir com o plano aprovado em circunstâncias de normalidade. Assim, logrando a empresa demonstrar que o incumprimento do plano previamente aprovado se ficou a dever a uma alteração superveniente e que não lhe é imputável, não lhe deverá ser vedado o acesso a um novo PER, cumpridos que estejam os demais pressupostos de que depende o acesso a este processo.

11. A MINHA EMPRESA RECORREU A UM PER HÁ MENOS DE DOIS ANOS, NO QUAL NÃO FOI APROVADO E HOMOLOGADO QUALQUER PLANO. POSSO RECORRER A UM SEGUNDO PER?

Nos casos em que o devedor tenha terminado um PER sem que tenha conseguido ver aprovado e homologado um plano de recuperação, a lei veda, por completo, o acesso a um novo PER durante dois anos, não admitindo qualquer exceção.

Até ao momento, não foi introduzida qualquer alteração, ainda que transitória, àquele regime e, até que tal aconteça, parece-nos que aos juízes está legalmente vedada qualquer flexibilização no acesso a um novo PER.

Impunha-se, a nosso ver, a adoção de uma medida excecional e temporária que permitisse, durante este período excecional, o acesso ao PER também a estes devedores, pois o que esta proibição visa combater é o recurso abusivo aos PER que, entre outros, impede os credores de instaurarem ou prosseguirem com ações de cobrança e de insolvência contra a empresa, interesses esses que nos parece que deveriam ceder em prol da recuperação das empresas (tanto mais que, neste momento, os processos executivos se encontram suspensos, não podendo ser realizadas penhoras e vendas), as quais poderiam agora, em face das atuais e anormais circunstâncias, lograr um acordo com os seus credores.

12. AS EMPRESAS COM CRÉDITOS REESTRUTURADOS PODEM BENEFICIAR DA MORATÓRIA PREVISTA NO DECRETO-LEI N.º 10-J/2020, DE 26 DE MARÇO?

A delimitação das entidades beneficiárias das medidas de apoio previstas neste diploma acolhe, na alínea c) do n.º 1 do seu artigo 2.º, um conjunto de requisitos de exclusão para efeitos de elegibilidade, de entre os quais se conta a exigência de que as empresas interessadas em aderir «Não estejam, a 18 de março de 2020, em mora ou incumprimento de prestações pecuniárias há mais de 90 dias junto das instituições, ou estando não cumpram o critério de materialidade (...), e não se encontrem em situação de insolvência, ou suspensão ou cessão de pagamentos, ou naquela data estejam já em execução por qualquer uma das instituições». Fá-lo, porém, com recurso a uma redação de tal modo obscura que parte significativa das condições de acesso às medidas ali previstas fica, afinal, por esclarecer. Assim sucede relativamente aos créditos que tenham sido objeto de reestruturação. .

Não duvidamos que uma empresa que tenha logrado obter a reestruturação do seu passivo não se encontra já em «situação de insolvência» – assim, na medida em que a operação de reestruturação teve como finalidade, precisamente, a eliminação da situação de insolvência – , pelo que não será esse pressuposto impedimento ao recurso à moratória.

Interrogamo-nos, contudo, sobre o sentido da fórmula «suspensão ou cessão [cessação, porventura?] de pagamentos». Incluir-se-iam aqui os períodos de carência ou perdão de dívida estabelecidos num plano de recuperação? Uma resposta afirmativa redundaria, afinal, na concretização de sérios obstáculos ao acesso por parte de empresas com créditos reestruturados aos quais fossem aplicáveis aquelas condições. Inclinámo-nos, no entanto, para responder negativamente, pois, na nossa opinião, encontrando-se o crédito reestruturado, já não se verifica qualquer cessação ou suspensão de pagamentos de acordo com as novas condições estabelecidas, caso estas estejam, naturalmente, a ser cumpridas. Entendemos, por isso, que a intenção do legislador terá sido no sentido de excluir as empresas que se encontrem numa situação de suspensão generalizada do pagamento das suas obrigações, ainda que há menos de 90 dias, desde que não abrangidas no âmbito de um anterior processo legal de recuperação.

13. OS CREDORES QUE CONCEDAM NOVOS FINANCIAMENTOS À EMPRESA ESSENCIAIS PARA A SUA MANUTENÇÃO EM ATIVIDADE OU RECUPERAÇÃO GOZAM DE ALGUM BENEFÍCIO/PRIVILÉGIO ESPECIAL?

Com exceção das linhas de crédito que gozam de garantia do Estado, não se encontra prevista, nesta fase, a concessão de privilégios ou garantias legais especiais aos credores que financiem a atividade de empresas em dificuldade decorrente da pandemia. Subsiste apenas a atribuição de um privilégio mobiliário geral aos credores que, no decurso do PER, financiem a atividade da empresa.

Na nossa opinião, teria sido crucial para a sobrevivência das empresas em dificuldades a concessão de alguma contrapartida/incentivo para quem nelas invista, pois, caso contrário, vislumbramos como muito pouco provável que os empresários e outros parceiros, numa realidade como aquela em que vivemos, o façam.

