

Satisfação dos interesses dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?*

Catarina Serra

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça e
Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho
com (contrato na situação prevista no art. 73.º do Estatuto da Carreira Docente
Universitária)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7377-6721>

SUMÁRIO

Introdução

1. Processo de insolvência e *par conditio creditorum*
2. Da *par conditio creditorum* no âmbito do PER
3. Da *par conditio creditorum* no PER previsível (*i.e.*, após a transposição da Diretiva sobre reestruturação e insolvência)
4. A final, *quo vadimus* (*par aut dispar conditio creditorum*)?

Bibliografia

* Lista de principais abreviaturas: AT – Autoridade Tributária; CC – Código Civil; CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; PER – Processo Especial de Revitalização; PME – Pequenas e Médias Empresas; Proc. – Processo; SS – Segurança Social; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TRC – Tribunal da Relação de Coimbra; TRE – Tribunal da Relação de Évora; TRG – Tribunal da Relação de Guimarães; TRL – Tribunal da Relação de Lisboa; TRP – Tribunal da Relação do Porto.

Introdução

O título do presente estudo¹, sob a forma de interrogação, encerra várias perguntas – encerra, pelo menos, dois blocos de perguntas.

A primeira diz respeito à satisfação dos interesses dos credores no âmbito do PER: será a satisfação dos interesses dos credores o (um) fim do PER?

A segunda relaciona-se com o princípio fundamental da igualdade: serão, na realidade, os credores todos iguais?

Esta segunda questão traz de imediato à memória, de entre as recordações de livros lidos na infância, uma frase sobejamente conhecida de George Orwell: «[t]odos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que outros».

1. Processo de insolvência e *par conditio creditorum*

1.1. Ponto prévio: processo de insolvência vs. processo executivo

Costuma dizer-se – e a lei portuguesa (cfr. art. 1.º, n.º 1, do CIRE) di-lo expressamente – que o processo de insolvência é uma execução universal ou uma execução coletiva e universal.

Pode retirar-se daqui que o processo de insolvência é uma *espécie* de processo executivo – é um processo executivo *especial* – e aquilo que o distingue dos restantes processos do mesmo género é, precisamente, o seu carácter (coletivo e) universal.

Nada poderia ser mais perverso.

Dizer que o processo de insolvência é uma execução é, antes de mais, uma sinédoque, com todos os inconvenientes associados às sinédoques (quando se reduz o todo a uma parte escapa-nos, necessariamente, a parte restante).

Pior do que isso: é um obstáculo à compreensão da natureza jurídica do processo de insolvência. Pode haver a tentação de pensar que basta adicionar a parte que escapa (a parte do processo que não é executiva) para obter a imagem plena, mas não é assim. O pressuposto de que é possível dividir o processo de insolvência em partes executivas e não executivas compromete a adoção da perspetiva correta para o compreender. O processo de insolvência é, sem dúvida, um processo complexo, mas é um processo complexo e unitário e é unitário porque se dirige a um fim. Quase poderia dizer-se que a afinidade de algumas das suas fases, ora com a ação declarativa ora com a ação executiva,

¹ O estudo foi elaborado a partir do texto de apoio à intervenção efetuada no dia 7 de fevereiro de 2020 na Ação de Formação Contínua – Insolvência, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa.

são uma coincidência. Tudo isto significa, em síntese, e mais solenemente, que dizer que «o processo de insolvência é uma execução» não tem nem pode ter o sentido (literal) que alguns lhe atribuem.

Sem entrar na triagem simplista (e incorreta) do que *pertence* ao foro da ação executiva e do que *pertence* ao foro da ação declarativa, são muitos os aspetos que afastam o processo de insolvência do modelo da execução. Estes já foram exaustivamente identificados e não importa enumerá-los aqui²; basta saber que a razão que os explica a todos é a subordinação do processo de insolvência a um fim absolutamente estranho à pura execução: a satisfação dos interesses dos credores *quando o devedor está insolvente*, ou seja, *impossibilitado de cumprir as suas obrigações*.

1.2. Da *par conditio creditorum* no processo de insolvência

Outro lugar-comum do discurso jurídico é o de que o processo de insolvência é o campo de aplicação privilegiado ou por excelência (ou até exclusivo) da regra plasmada no art. 604.º, n.º 1, do CC^{3/4}.

Determina-se no art. 604.º, n.º 1, do CC que «[n]ão existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos».

A verdade é que esta regra não é *nem exclusiva* do *nem essencial* ao processo de insolvência e *nem* tão-pouco é uma regra *absoluta*⁵.

Não é exclusiva porque há outras situações em que ela é aplicável, nomeadamente o processo executivo com concurso de credores.

2 Cfr. SERRA (2009-a), pp. 167 e s.

3 Cfr., neste sentido, por todos, FABIANI (2019), p. 204.

4 Vendo melhor, por outro lado, o princípio da igualdade foi concebido para assegurar a realização dos direitos dos credores, mas, simultaneamente, é a maior fonte das restrições que sobre eles impendem. Pode dizer-se até que o princípio da igualdade *realiza, sacrificando (restringindo)* os direitos dos credores. Isso é assim por causa do carácter universal do processo de insolvência. Em rigor, ou tradicionalmente, o carácter universal manifestar-se-ia no facto de o processo de insolvência envolver a apreensão de *todos os bens* penhoráveis do devedor. Mas rapidamente começou a adquirir uma vertente respeitante aos sujeitos, acabando a designar também a *pluralidade* ou, mais precisamente, o universo dos credores do devedor.

5 O carácter absoluto do princípio da igualdade é contestado em geral. Cfr., por exemplo, JAEGER (1984), pp. 93 e s. Segundo o autor, a regra não se impõe ao espírito. A sua prevalência explica-se com base em razões históricas, económicas e práticas. Ela não é um princípio pré-jurídico, mas, simplesmente, uma regra de direito consagrada na lei (e ainda que se trate da lei fundamental). Também refuta a mitificação do princípio COLESANTI (1984), pp. 32 e s. Refere-se a ambos os autores, subscrevendo os seus pontos de vista fundamentais, TARZIA (2005), pp. 5 e s. Para o panorama das principais teorias sobre a *par conditio* (teoria do Direito natural, teoria do princípio de Direito substantivo, teoria do princípio da igualdade e teoria do poder de repartir), cfr. PAJARDI (2002), pp. 30-32.

Não é *essencial* porque não é aplicável no processo de insolvência com um único credor⁶.

Por fim, *não é absoluta*, porque existem situações em que o tratamento dos credores não obedece a uma pura lógica de igualdade mas *distingue* ou *destaca* certos credores (seja porque agiram ou agiram mais cedo do que os outros, seja porque tomaram medidas adicionais, etc.).

Um exemplo de autêntico desvio ao princípio da igualdade no processo de insolvência reside na admissibilidade de impugnação pauliana com efeitos pessoais (cfr. art. 127.º, n.º 3, do CIRE), que permite ao credor – a um credor de qualquer classe –, no caso de a impugnação for julgada procedente, realizar os seus direitos de uma forma diferente, mais rápida e eficaz do que a generalidade dos credores⁷.

Deve olhar-se para este tipo de desvios com a consciência de que a *par conditio creditorum* não é senão uma *técnica possível de organização do concurso de credores*⁸. O legislador pode ou não optar por ela enquanto regra geral e, se optar, não fica absolutamente inibido de a afastar em certos casos ou de a limitar quando entenda conveniente para a realização dos concretos fins de política legislativa.

As diferenças de tratamento que surgem como mais *naturais* são as que resultam da classificação dos credores – da distinção fundamental entre credores garantidos (*rectius*: credores garantidos e privilegiados) e credores não garantidos (*rectius*: credores comuns e subordinados), mas essas não contrariam o princípio da igualdade, apenas o concretizam (estão, aliás, previstas no art. 604.º, n.º 1, do CC). Quer dizer: o tratamento de facto desigual que seja explicável com base em diferenças de qualidade dos créditos não põe problemas de maior. Isto porque o *princípio da igualdade não garante a igualdade de tratamento, garante o tratamento como igual*⁹.

A grande questão que suscita o princípio da igualdade dos credores é, pois, a de saber se deve ser concedido um tratamento igual aos credores com créditos de igual qualidade, ou seja, se deve ser concedido um tratamento igual aos credores dentro de cada categoria ou pode haver lugar a discriminações.

6 Cfr., sobre esta hipótese, SERRA (2009-b), pp. 329-341, e ainda SERRA (2011), pp. 727-739.

7 Para uma análise deste desvio ao princípio da igualdade, em particular, cfr. SERRA (2020), pp. 87 e s.

8 Cfr., neste sentido, NIGRO (2003), pp. 347-348 e p. 350.

9 A frase é inspirada nas considerações tecidas no Acórdão do TRC de 17.03.2015 (Henrique Antunes), Proc. n.º 338/13.7TBOFR-A.C1, in www.dgsi.pt.

2. Da *par conditio creditorum* no âmbito do PER

2.1. Ponto prévio: PER vs. processo de insolvência

O primeiro ponto em que convém assentar é que o PER é fundamentalmente distinto do processo de insolvência. Significa isto que ambos os processos realizam direitos materiais com uma fisionomia específica (e, portanto, se distinguem do processo comum), mas que são diversos entre si (e, portanto, se distinguem um do outro)¹⁰. Na taxinomia dos processos, o PER aparece, portanto, como um processo (também) *especial* mas *paralelo* ao processo de insolvência.

Sob o ponto de vista da estrutura processual e da qualificação jurídica, são muitas as diferenças entre o processo de insolvência e o PER: o processo de insolvência é um processo judicial enquanto o PER é um processo híbrido; o processo de insolvência é um processo tendencialmente formal enquanto o PER é um processo informal, voluntário, consensual, e por aí fora¹¹.

Uma diferença cabe, no entanto, realçar, já que dela decorrem todas as outras. Respeita ao *fim* de cada um dos processos, o que se relaciona com o que se disse acima, sobre a *fisionomia* dos direitos a realizar. Não obstante entender-se que, tal como o processo de insolvência, o PER tem em vista a realização dos direitos dos credores, há que reconhecer, no mínimo, que também está presente outra finalidade: a reestruturação da empresa. Esta modifica as formas de satisfação dos credores e, admitindo que é prevalente, torna a segunda «menos absoluta». Quer dizer: a satisfação dos credores passa a realizar-se apenas através da reestruturação da empresa.

Como é que esta vocação do PER para a reestruturação da empresa se repercute nas formas de tratamento dos credores? Existe um dever de tratamento

¹⁰ Convoque-se REIS (1982), p. 2: «[...] a criação de processos especiais obedece ao pensamento de ajustar a forma ao objecto da acção, de estabelecer correspondência harmónica entre os trâmites do processo e a configuração do direito que se pretende fazer reconhecer ou efectivar. É a *fisionomia especial do direito* que postula a forma especial do processo. Portanto, onde quer que se descubra um direito substancial com caracteres específicos que não se coadunem com os trâmites do processo comum, há-de organizar-se um processo especial adequado a tais caracteres. Daí tantos processos especiais quantos os direitos materiais de fisionomia específica» (itálicos do A.).

¹¹ Cfr. SERRA (2017-d), pp. 30 e s.

justo dos credores¹²? O princípio da igualdade ainda é aqui um parâmetro de ação¹³?

Suspeita-se que o tratamento dos credores não pode ser indiferente às formas como cada um dos credores contribua para a finalidade primeira do processo – a reestruturação. É que, enquanto, no processo de insolvência, os credores são unicamente beneficiários e há, pois, que atender ao que eles pretendem (e eles só pretendem ser pagos), no PER, eles são, essencialmente, *instrumentos* da reestruturação, por isso predomina o critério da importância do seu *apport*¹⁴.

2.2. Da *par conditio creditorum* no PER vigente

Não existe, na disciplina primária do PER (cfr. arts. 17.º-A e s. do CIRE), qualquer referência expressa ao princípio da igualdade de tratamento dos credores.

Recorde-se, porém, que a regra está consagrada, com foros de princípio geral, em primeiro lugar, no Código Civil e, em segundo lugar, no art. 194.º do CIRE, norma esta que, como tem vindo a ser entendido na doutrina e na jurisprudência portuguesas, é aplicável ao PER¹⁵.

12 Dizem alguns autores que, para avaliar se os planos de recuperação são justos (*fair*), é útil distinguir entre os fins substantivos e os fins processuais da lei da insolvência. Os fins substantivos são os fins próprios da lei da insolvência e incluem, na prática, a recuperação das empresas que permanecem viáveis e a liquidação das não viáveis, em qualquer dos casos, realizando o máximo valor possível; os fins processuais relacionam-se com os meios adotados pela lei para perseguir os fins substantivos. Cfr., para mais desenvolvimentos, STANGHELLINI *et alii* (2018), pp. 49 e s.

13 Avaliando o papel do princípio da igualdade no ordenamento italiano e, em particular no contexto dos processos preventivos da insolvência aí dispostos, concluem ABRIANI / LEOZAPPA (2014), p. 79, que, se o princípio não pode ainda ser posto de lado, há muito que não desempenha a função de pedra basilar do sistema, representando, em vez disso, um critério hermenêutico para conformar os interesses que não encontram reconhecimento normativo expresso e contribuindo para definir a base teleológica da lei da insolvência.

14 Vendo bem, todavia, também no processo de insolvência se dá relevância a um fator semelhante: os créditos que são instrumentais ao processo de insolvência e que, em regra, se constituem depois da declaração de insolvência são classificados como créditos sobre a massa insolvente, o que, como se sabe, deixa os respetivos titulares em posição consideravelmente mais benéfica do que os restantes credores (credores da insolvência). Os credores da insolvência ficam, designadamente, dispensados do ónus da reclamação, sendo os créditos satisfeitos no momento do seu vencimento, independentemente do estado do processo, nos termos do art. 172.º, n.º 3, do CIRE.

15 O PER não é, de facto, autossuficiente no plano do direito aplicável. Por outras palavras, o direito aplicável ao PER não se esgota na disciplina contida nas normas dos arts. 17.º-A a 17.º-I do CIRE. Valorizando o facto de a disciplina do PER estar contida no CIRE, tem-se entendido que são aplicáveis ainda, com os devidos cuidados, as disposições gerais do CIRE e, subsistindo matérias sobre as quais o PER não dispõe de disciplina própria, valem, também com os devidos cuidados, os casos análogos previstos no CIRE e, em especial, nas normas que regulam o plano de insolvência, atendendo à proximidade entre este e o plano de recuperação do PER. Cfr., neste sentido, SERRA (2017-d), pp. 23 e s.

Numa apreciação global, verifica-se que todos os credores têm, no PER, os mesmos poderes nos momentos processuais relevantes. Todos os credores estão, por exemplo, sujeitos ao ónus de reclamação do seu crédito e ao ónus de impugnação da lista provisória de créditos e nas mesmas condições (cfr. art. 17.º-D, n.ºs 2 e 3, do CIRE)¹⁶. Só podem, em princípio, participar nas negociações, isto é, adquirir o direito de votar o plano (que é a expressão máxima daquele direito de participação) se o seu crédito for reconhecido¹⁷ e ainda se comunicarem ao devedor a sua intenção de participar (cfr. art. 17.º-D, n.º 7, do CIRE)¹⁸. Além disso, o peso de cada um na votação do plano depende exclusivamente do montante do seu crédito (cfr. art. 73.º, n.º 1, do CIRE). Quanto aos efeitos processuais (*rectius*: os efeitos do despacho de abertura do PER sobre os processos), eles afetam, indiscriminadamente, todos os credores por igual (cfr. art. 17.º-E, n.ºs 1 e 6, do CIRE).

Já no que toca aos efeitos da reestruturação sobre a realização dos créditos, é possível encontrar situações que, aparentemente, contrariam o princípio da igualdade. Além das diferenciações que são mera decorrência dos privilégios atribuídos a certos créditos por leis especiais (por exemplo, os créditos tributários¹⁹ ou laborais²⁰), há, desde logo, regimes, dentro da disciplina do PER, que contrariam o princípio da igualdade *formal*, destacando-se, entre eles, o chamado «regime dos novos créditos». Ver-se-á, porém, que isso não acarreta uma desigualdade *material*, sendo estes regimes justificados à luz do carácter *instrumental* destes créditos para o fim da reestruturação.

Na realidade, é a propósito das modificações acordadas no plano que surgem as questões mais interessantes sobre o princípio da igualdade, podendo dizer-se, para começar, que o conteúdo do plano *desafia* e *convoca* o princípio da igualdade. Na conceção do plano e, em particular, na conceção das medidas de modificação do passivo do devedor é, umas vezes, tentador contornar o princípio da igualdade e, outras vezes, genuinamente difícil respeitá-lo. Ora, a conformidade à lei do plano de recuperação é objeto de sindicância pelo juiz e, por força do art. 215.º do CIRE (aplicável ao PER por remissão expressa do art. 17.º-I, n.º 4, do CIRE), quando exista «violação não negligenciável de

16 Mais precisamente, os credores dispõem de 20 dias a contar da publicação no portal Citius do despacho de nomeação do administrador judicial provisório para reclamar os seus créditos, devendo as reclamações ser remetidas ao administrador judicial provisório.

17 Mas certos créditos não reconhecidos podem, excecionalmente, dar direito a participação. Dispõe-se no art. 17.º-F, n.º 5, do CIRE que o juiz pode atribuir votos aos créditos impugnados.

18 Certos credores podem, excecionalmente, ser dispensados deste ónus. Ressalva-se no art. 17.º-D, n.º 7, do CIRE o caso dos credores que acompanharam o devedor no pedido de abertura do processo.

19 Cfr., sobre os créditos tributários e o princípio da igualdade, SERRA (2012), pp. 75-101.

20 Cfr., sobre os créditos laborais e o princípio da igualdade, SERRA (2017-a), pp. 159-184, e ainda SERRA (2017-b), pp. 25-48.

normas aplicáveis ao seu conteúdo» (ou, mais simplesmente: quando exista violação grave da lei, em especial de normas imperativas) deve ser recusada a sua homologação²¹. Há, naturalmente, que aplicar o princípio da igualdade, fazê-lo funcionar como teste/critério para avaliar se o plano concede um tratamento *justo* aos credores, sendo de manter presente que alguns podem não ter aprovado o plano e, ainda assim, ser afetados por ele (cfr. art. 17.º-F, n.º 10, do CIRE).

2.3. Diferenciações *ex lege*

2.3.1. O regime dos novos créditos

Como é sabido, o CIRE prevê um regime especial de incentivos ao financiamento no caso de reestruturação/recuperação. Assenta ele em duas normas, uma fazendo parte da disciplina primária do PER e outra fazendo parte do regime da resolução em benefício da massa no processo de insolvência.

Ao abrigo do n.º 1 do art. 17.º-H do CIRE, qualquer garantia acordada entre os credores e a empresa que se destine a assegurar o pagamento dos créditos constituídos durante o PER é mantida mesmo que venha a ser declarada, no prazo de dois anos após o fim do processo, a insolvência da empresa. Ao abrigo do n.º 2, os créditos constituídos durante o PER gozam de um privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral que é concedido aos trabalhadores no art. 333.º, n.º 1, do CT.

Complementarmente, a norma do art. 120.º, n.º 6, do CIRE estabelece que são insuscetíveis de resolução por aplicação do regime dos arts. 120.º e s. do CIRE os negócios jurídicos celebrados no âmbito do PER ou no âmbito de processos/procedimentos equivalentes, ainda que previstos em legislação especial, cuja finalidade seja prover a empresa com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação.

Confrontando mais de perto as duas normas, verifica-se que a norma do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE é simultaneamente mais precisa e mais ampla do que a norma do art. 120.º, n.º 6, do CIRE: mais precisa porque o seu objeto se concentra, aparentemente, nas garantias do financiamento (não se estende a

21 Na prática, o argumento é invocado, frequentemente, a propósito de cláusulas modificativas dos créditos laborais e dos créditos tributários. As reações da jurisprudência têm sido diversas, em resultado da variabilidade dos elementos a ponderar em cada caso concreto. No entanto, não é indiferente o (pre)conceito que o julgador adote quanto ao interesse da reestruturação. Cfr., sobre isto, SERRA (2019-b), pp. 433 e s. e, em especial, pp. 438 e s.

todos os negócios, designadamente aos negócios constitutivos de créditos) e mais ampla porque a tutela concedida não se circunscreve ao processo de insolvência (os créditos mantêm-se também noutras hipóteses, designadamente de nova reestruturação²²)²³.

Em qualquer caso, tanto a norma do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE como a norma do art. 120.º, n.º 6, do CIRE visam afastar o regime de resolução dos atos em benefício da massa e, em particular, a possibilidade de resolução incondicional²⁴, designadamente com fundamento nas als. c) e e) do art. 121.º do CIRE, que respeitam à constituição de garantias reais e são, portanto, as mais pertinentes para os efeitos em causa.

Pode discutir-se, naturalmente, se o regime dos novos créditos é adequado aos fins proclamados pelo legislador²⁵. E pode discutir-se ainda se está em conformidade com o que é exigido pela recente Diretiva sobre reestruturação e insolvência²⁶. É incontestável, porém, o que ele representa ou ilustra: no PER, os credores não são, na realidade, todos iguais.

2.3.2. O regime do fornecimento de serviços (públicos) essenciais

Não fica este regime especial confinado aos credores que disponibilizem novos financiamentos. Ele abrange – deve abranger, em certos termos – os créditos derivados do não pagamento dos serviços públicos essenciais fornecidos à empresa durante as negociações do plano de reestruturação.

22 Em rigor, a referência à hipótese de a empresa iniciar um novo processo de reestruturação não consta da norma do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE. Esta ausência não deve ser sobrevalorizada. Atendendo ao teor da norma, se as garantias convencionadas se mantêm *mesmo* quando há um processo de insolvência (ou seja, na pior das hipóteses), manter-se-ão, *por maioria de razão*, quando se inicia um novo processo de reestruturação ou quando não se inicia qualquer destes processos e se configura um cenário alternativo. Cfr. também, neste sentido, PERALTA (2015), p. 297 e pp. 301-302.

23 A garantia está, todavia, sujeita a um «prazo de validade» que não existe no art. 120.º, n.º 6, do CIRE: o prazo de dois anos desde o fim do PER.

24 Visarão ainda, em especial, a presunção (absoluta) de prejudicialidade à massa consagrada no art. 120.º, n.º 3, do CIRE, que facilita a resolução dos atos do mesmo tipo.

25 Cfr., sobre o regime e a sua adequação, desenvolvidamente, SERRA (2019-b), pp. 460 e s. e pp. 469 e s.

26 Cfr. Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>. Sobre o texto da Proposta de Diretiva cfr. SERRA / MACHADO (2017), pp. 135-175.

Resulta da norma do art. 17.º-E, n.º 8, do CIRE, na redação introduzida pelo DL n.º 79/2017, de 30 de junho, que não é admissível a suspensão de certos serviços públicos essenciais durante o período das negociações. Os serviços em causa respeitam ao fornecimento de água, energia elétrica, gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados, serviços de comunicações eletrónicas, serviços postais, serviços de recolha e tratamento de águas residuais e serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos [cfr. als. a) a g) do n.º 8 do art. 17.º-E do CIRE]. Correspondem, de uma forma geral, aos serviços públicos essenciais elencados e regulados na Lei n.º 23/96, de 23 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais²⁷.

No art. 17.º-E, n.º 9, do CIRE dispõe-se, depois, que, quando os serviços prestados durante as negociações não sejam objeto de pagamento pela empresa, o respetivo preço deve ser considerado dívida da massa insolvente no caso de a insolvência ser declarada nos dois anos posteriores ao termo do prazo das negociações²⁸. A classificação como dívida da massa destina-se, evidentemente, a compensar os fornecedores dos serviços pelas prestações realizadas num período que é crítico para a empresa. A verdade é que a sua utilidade se esgota na hipótese de a empresa ser declarada insolvente.

A necessidade de assegurar a cobertura dos restantes casos (em que não chega a ter lugar a declaração de insolvência da empresa) é mais uma razão para considerar que se lhes estende o regime dos novos créditos. Vendo bem, na sua essência, eles configuram também uma espécie de adiantamento, se bem que não relacionada com capital e sim com bens ou serviços específicos. Assim, além da classificação como dívidas da massa, deve entender-se que eles desfrutam da garantia constituída pelo privilégio creditório mobiliário geral referido no art. 17.º-H, n.º 2, do CIRE.

27 Pressupondo o carácter público dos serviços, deve reconhecer-se que o conceito não é suficientemente compreensivo para sujeitar à disciplina todos os serviços que seriam realmente essenciais à continuidade da empresa. Atente-se que, apesar da designação da lei, já nem alguns dos serviços aí contemplados são públicos, sendo assegurados por entidades privadas.

28 Estabelece-se, no fim, uma ressalva, relacionada com a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, e, mais precisamente, com os prazos de prescrição e caducidade estabelecidos no seu art. 10.º, n.ºs 1 e 2. Fixa-se nestes preceitos um prazo de prescrição para o direito ao recebimento do preço do serviço prestado (de seis meses após a sua prestação) e um prazo de caducidade para o direito ao recebimento da diferença, quando tenha sido paga importância inferior à devida (de seis meses após aquele pagamento). Note-se, porém, que, por força do art. 17.º-E, n.º 7, do CIRE, todos os prazos de prescrição e de caducidade opo-níveis pela empresa se suspendem durante o PER, o que significa que estes prazos não correm durante aquele período.

2.4. Diferenciações convencionais ou *ad hoc*. Os «credores estratégicos»

Como se disse, certos contributos dos credores para a finalidade da reestruturação pode merecer-lhes um tratamento mais favorável. Quando isso resulta da lei, como nos casos acima descritos, não se levantam dúvidas (embora os critérios legais adotados sejam discutíveis, à luz do princípio da adequação). Os problemas começam, sim, quando o tratamento mais favorável resulta de medidas *ad hoc*, isto é, quando, a pretexto de o credor ser um parceiro estratégico da empresa, o seu crédito é discriminado positivamente no plano, garantindo-se o respetivo pagamento de forma mais integral e mais eficaz do que nos restantes casos.

A expressão «credores estratégicos», (ainda) sem assento normativo, tende a designar justamente os credores cujo contributo é (alegadamente) essencial para a empresa, seja porque disponibilizam financiamento seja porque asseguram a continuação do fornecimento de certos bens ou serviços, garantindo, deste modo, a não interrupção da atividade da empresa durante o período de negociações ou durante a execução do plano de recuperação. Manifestamente, a qualificação como estratégicos é – deve ser – independente da qualidade dos créditos de que eles sejam, no momento, titulares.

Como se imagina, o conceito abrange credores que já são destinatários dos regimes legais acima descritos. Quanto a esses, não há dúvidas. O problema restringe-se, portanto, aos restantes. Poderá convencionar-se um tratamento mais favorável para outros credores, alegadamente estratégicos?

Na abordagem ao problema não pode perder-se de vista o disposto no art. 194.º do CIRE, norma que, como se disse atrás, não obstante integrar a disciplina do plano de insolvência, é também aplicável ao PER.

Dispõe-se na norma do art. 194.º do CIRE:

«1 – O plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas.

2 – O tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado, o qual se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável.

3 – É nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado

comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente quanto ao exercício do direito de voto.»

É visível que este princípio da igualdade não impõe um tratamento igual em absoluto, admitindo-se, *expressis verbis*, a hipótese de diferenciações²⁹. Para saber se as diferenciações são admissíveis deve procurar-se as *razões que as justificam*. A norma é parca na descrição do critério, exigindo apenas que as razões sejam *objetivas*. É razoavelmente claro que estas diferenciações cabem ainda nos limites do princípio da igualdade – não contrariam o princípio da igualdade e, em vez disso, o concretizam³⁰. Consagra-se, deste modo, no n.º 1 do art. 194.º do CIRE, o princípio da igualdade na sua plenitude. A igualdade aparece funcionalizada à *justiça* e, nessa medida, é intermediada pelo *princípio da proporcionalidade*: há diferenciações justas (logo, admissíveis) e as diferenciações são *justas* desde que *proporcionais* ao fim último da reestruturação da empresa³¹.

Diz-se, a propósito, no Acórdão do STJ de 25.03.2014 (Fonseca Ramos):

«A parte final do art. 194.º, n.º1, do CIRE foi ditada por razões de ordem pública convocando o princípio constitucional da proporcionalidade. Como ensina Jorge Reis Novais, in “Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa”, pág. 171: “...Por sua vez, a observância ou a violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo justa, adequada, razoável, proporcionada ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controlo, da medida em que ela não é excessiva,

29 O que levou a que no sumário do Acórdão do TRC de 24.06.2014 (Regina Rosa), Proc. n.º 1969/13.0TBVIS.C1, in www.dgsi.pt, se dissesse: «I – O normativo do artº 194º do CIRE consagra de forma mitigada a igualdade dos credores da empresa em estado de insolvência do ponto em que, implicitamente, ressalva excepções assentes em “diferenciações justificadas por razões objectivas”. II – O princípio da igualdade não implica um tratamento absolutamente igual, antes impõe que situações diferentes sejam tratadas de modo diferente. III – O plano deve tratar de forma igual o que é igual e desigualmente o que é desigual, o que supõe uma comparação de situações a realizar a partir de determinado ponto de vista. IV – A justificação para o tratamento desigual não pode ser arbitrária, antes tem de se poder considerar razoável e relevante: perante o espaço de conformação do plano, o tribunal deve limitar-se a analisar se a regulação desigual da situação dos credores é manifestamente desadequada, por inexistência de fundamento razoável e relevante [...]».

30 Evidentemente, o mesmo vale no quadro do processo de insolvência. A propósito da possibilidade bem como da necessidade de diferenciações objetivas no processo de insolvência no quadro do Direito alemão, cfr. NUNNER-KRAUTGASSER (2007), p. 270.

31 A favor de uma conceção do princípio da igualdade que permita «situações de diferenciação do tratamento dos créditos em função da sua diferente natureza, ou seja, a qualificação de um crédito como subordinado, comum ou garantido constitui, em princípio, razão objetiva de diferenciação do tratamento dos créditos», cfr. LOUSA (2017), p. 197.

desproporcionada, desrazoável. Nesta aproximação de definição podem intuir-se, em primeiro lugar, a relativa imprecisão e fungibilidade dos critérios de avaliação; em segundo lugar, o permanente apelo que eles fazem a uma referência axiológica que funcione como terceiro termo na relação e *onde está sempre presente um sentido de justa medida, de adequação material ou de razoabilidade, por último, a importância que nesta avaliação assumem as questões competenciais, mormente o problema da margem de livre decisão ou os limites funcionais que vinculam legislador, Administração e juiz.*” (pág. 178) [sublinhámos]. Como se afirma no Acórdão n.º 40/07, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt> citando o Acórdão n.º 187/2001, publicado no Diário da República, II Série, de 26 de Junho de 2001: “O princípio da proporcionalidade, em sentido lato, pode (...) desdobrar-se analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos: a adequação das medidas aos fins; a necessidade ou exigibilidade das medidas e a proporcionalidade em sentido estrito, ou ‘justa medida’”»³².

Já no n.º 2 do art. 194.º do CIRE estão em causa diferenciações de outro tipo – estão em causa diferenciações que contrariam, de facto, o princípio da igualdade. Estas podem, não obstante, ser admitidas porque a lei o prevê, desde que exista consentimento dos credores afetados.

Quando se afere da conformidade ou desconformidade das cláusulas do plano de recuperação ao princípio da igualdade há, assim, que ter presentes duas regras: primeiro, que nem todas as diferenciações configuram desigualdades (cfr. art. 194.º, n.º 1, *in fine*, do CIRE); segundo, que algumas desigualdades não são, apesar de tudo, *contra ius* (cfr. art. 194.º, n.º 2, do CIRE).

A pergunta enunciada atrás pode, à luz do que se disse até aqui, ser reformulada. Não havendo grandes dúvidas de que as diferenciações em função da qualidade dos créditos são conformes ao princípio da igualdade, aquilo que se pergunta é se pode convencionar-se um tratamento diferente (mais favorável) para alguns credores com base noutras razões, subjetivas ou alheias à qualidade dos créditos e, inclusivamente, se pode convencionar-se um tratamento diferente daquele que resultaria da aplicação do critério da qualidade dos créditos.

A questão foi já diretamente abordada na jurisprudência portuguesa, merecendo destaque dois arestos.

32 Acórdão do STJ de 25.03.2014 (Fonseca Ramos), Proc. n.º 6148/12.1TBBRG.G1.S1, in www.dgsi.pt.

No caso do Acórdão do STJ de 24.11.2015 (José Rainho) não se fecha a porta a uma resposta afirmativa, mas o argumento do carácter estratégico do credor foi julgado, em concreto, improcedente por uma razão decisiva: o credor não preenchia os requisitos para ser qualificado como tal³³.

Fixaram-se no sumário deste Acórdão as seguintes conclusões:

«I – Estabelecendo o plano de revitalização do devedor diferenciações entre os credores, é necessário que nele se justifique o diferente tratamento, com a indicação das razões objetivas que lhe estão subjacentes. II – A simples menção de que existe necessidade do devedor vir a ser apoiado financeiramente no futuro pelas instituições financeiras credoras, não constitui razão objetiva justificadora da desigualdade de tratamento estabelecido no plano, quando tal menção não está acompanhada de uma vinculação efetiva, concreta e programada de apoio por parte dessas instituições financeiras. III – A circunstância de alguns credores poderem ser estratégicos para a atividade do devedor não é, só por si, suficiente para derrogar o princípio da igualdade e o da proporcionalidade em prejuízo de outros credores. IV – As diferenciações entre credores não podem radicar na própria necessidade de aprovação do plano, pelo contrário, é este que tem que respeitar, tanto quanto possível, o princípio da igualdade entre os credores e o da proporcionalidade em prejuízo de outros credores.»³⁴

Acompanhe-se, mais de perto, o raciocínio desenvolvido no Acórdão:

«No que respeita às instituições bancárias, o Plano particulariza a diferenciação com o argumento de que existe a necessidade de, no futuro, continuarem a apoiar a Devedora, nomeadamente no financiamento da sua atividade operacional. Ou seja, as entidades bancárias credoras são aqui apresentadas como uma espécie de parceiro estratégico (chamemos-lhe assim) da Devedora em ordem à prossecução da sua atividade e à sua projetada reabilitação. Não duvidamos, pelo óbvio, que naqueles casos em que as instituições bancárias se vinculam a apoiar financeiramente o devedor em certos termos concretos, efetivos e programados (fixados no plano) que denotem, de forma minimamente signifi-

33 Cfr. o Acórdão do STJ de 24.11.2015 (José Rainho), Proc. n.º 212/14.0TBACN.E1.S1, in www.dgsi.pt.

34 Adotando a mesma fundamentação, cfr., por exemplo, o Acórdão do TRE de 17.11.2016 (Graça Araújo), Proc. n.º 1067/14.0TBABF-A.E1, in www.dgsi.pt.

cativa, a assunção de sacrifícios e de riscos para elas, tal possa constituir um fator justificador de uma diferenciação do regime de satisfação dos créditos no confronto de outros credores. Não assim quando, ao invés, o plano é omissivo relativamente a tal, ou quando não mostra que exista qualquer efetiva, concreta e programada vinculação ao apoio financeiro, ou ainda quando em nada se revela na prática a existência de sacrifícios e riscos associados às operações financeiras que tais instituições bancárias se propõem favorecer. Repare-se, quanto a este último segmento, que a lei já beneficia à partida os credores financiadores do devedor com um privilégio creditório (nº 2 do art. 17º-H do CIRE), o que, logicamente, minimiza os seus riscos. Ora, no caso vertente o Plano não contém qualquer menção acerca da efetiva, concreta e programada vinculação das entidades bancárias credoras a esse suposto apoio financeiro futuro. E a verificar-se tal vinculação, teria o Plano, ademais de indicar a sua existência, que expressar os respetivos termos, para que se pudesse ajuizar da bondade jurídica da diferenciação estabelecida. Efetivamente, e como resulta do nº 2 do art. 195º do CIRE, o plano deve conter todos os elementos relevantes para efeitos da sua aprovação pelos credores e homologação pelo juiz. Concordantemente, aduz-se no recente (8.10.2015) acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça proferido no processo n.º 1898/13.8TYLSB.S1 (Júlio Gomes), que “necessário se torna, desde logo, justificar no próprio plano o diferente tratamento, com a indicação das razões objetivas para essa diferença”. Daqui que, como significa a Recorrente, o que consta do Plano neste segmento mais não pode representar que uma simples expectativa da Devedora, que assim não está senão a ditar unilateralmente uma razão subjetiva para a diferenciação. Não se trata de uma razão objetiva que ajude a explicar a bondade da diferenciação de tratamento que o Plano contém. Mas mesmo que tais instituições se tivessem vinculado a apoiar a Devedora, nem por isso se poderia concluir, sem mais (isto é, automaticamente), que a enorme diferenciação de tratamento que em concreto se verifica estaria, visto o princípio da proporcionalidade que também tem de ser observado, objetivamente justificada (...). Mais refere o Plano que o voto contra dos credores em causa (instituições bancárias e financeiras) “inviabiliza qualquer aprovação de plano de recuperação”. Não se duvida que assim seja, atento o peso que os respetivos créditos têm na dívida global da Devedora. Sim-

plesmente, há que observar que o argumento invocado no Plano é desprovido de valor para o que se discute. Na realidade, inverte a forma como as coisas devem ser encaradas. Pois que, como adequadamente se aponta nos acórdãos da Relação do Porto de 14.5.2013 (proc. 1172/12.7 TBM CN.P1, relator Vieira e Cunha) e de 15.9.2015 (proc. 2438/14.7T8OAZ.P1, relator Rodrigues Pires), disponíveis em www.dgsi.pt, as diferenciações entre credores não podem radicar na própria necessidade de aprovação do plano. Pelo contrário, é este que, na sua substância, tem que respeitar, tanto quanto possível, o princípio da igualdade entre os credores. Ora, o que aquela argumentação contida no Plano está a significar é, no fundo, que a importância dos votos de certos credores para que o plano seja aprovado deve poder influenciar ou condicionar o regime de satisfação dos créditos, isto é, deve poder influenciar ou condicionar o princípio da igualdade entre credores. Mas não pode ser assim, precisamente porque o vetor que regula para o caso é o da igualdade tendencial dos credores e não o da importância ou essencialidade dos votos de certos credores para que o plano possa ser aprovado. Não ignoramos que alguma jurisprudência tem admitido um tratamento preferencial a certos credores em função da sua atitude mais favorável à obtenção de um acordo ou até em razão das suas superiores capacidades de financiamento, mas tal posicionamento deve ser visto com ceticismo, como o viu o supra citado acórdão deste Supremo Tribunal de 8.10.2015 e, pela nossa parte, só pode ser acolhido excecionalmente e dentro dos pressupostos ou parâmetros acima expostos.»

É possível retirar deste Acórdão duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, o credor não é estratégico pelo mero facto de ser qualificado como tal pela empresa devedora, devendo, ao invés, estar *patenteado* e *formalizado* o seu contributo essencial na vida da empresa. Em segundo lugar, o contributo essencial do credor estratégico não pode assentar na importância do seu voto favorável para a aprovação do plano, devendo as diferenciações e as razões para as diferenciações existir *ex ante* e limitando-se o plano a refletir essa realidade³⁵.

35 Cfr., no mesmo sentido, já antes, os Acórdãos do TRP de 14.05.2013 (Vieira e Cunha), Proc. n.º 1172/12.7 TBM CN.P1, e de 15.09.2015 (Rodrigues Pires), Proc. n.º 2438/14.7T8OAZ.P1, todos in www.dgsi.pt, e ainda o Acórdão do STJ de 8.10.2015 (Júlio Gomes), Proc. n.º 1898/13.8TYLSB.S1, não publicado. No último diz-se que «no que toca ao plano o n.º 2 do artigo 194.º é inequívoco ao estabelecer que o tratamento mais desfavorável de um credor relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afetado (consentimento que se considera tacitamente prestado no

Da última conclusão decorre ainda que a qualidade de maior credor não é – não deve ser – suficiente para a qualificação como estratégico. Bem se compreende esta posição. Sendo certo que cada crédito representa tanto mais votos quanto mais elevado for o seu montante, um critério baseado no montante dos créditos não só constituiria um desvio à regra de que o apoio se dirige à reestruturação da empresa (não à votação do plano), como deixaria insuscetíveis de deteção as verdadeiras diferenças – as diferenças *qualitativas* –, ou seja, as únicas com aptidão para justificar as diferenciações de tratamento. Tem sido esta, aliás, não obstante um ou outro aresto dissonante³⁶, a posição acolhida na jurisprudência portuguesa. Veja-se, em confirmação, o Acórdão do STJ de 3.11.2015 (Salreta Pereira)³⁷:

«Posto que os credores que são titulares de créditos de valores elevados já têm, por esse motivo, um voto decisivo, é insuficiente invocar a imprescindibilidade da aprovação, pelos mesmos, do plano de revitalização para lhes dar um tratamento mais favorável, sendo certo que essa circunstância não permite conceder aos credores que não o aprovaram um tratamento manifestamente mais desfavorável.»

Num outro caso – o caso de referência do Acórdão do TRC de 17.03.2015 (Henrique Antunes) –, a qualificação, pelo devedor, de certo credor como credor estratégico foi igualmente considerada insuficiente. Mas vai-se mais longe e

caso de voto favorável) e o mesmo deverá valer já na fase anterior à recuperação. Seja como for, necessário se torna, desde logo, justificar no próprio plano o diferente tratamento, com indicação das razões objetivas para essa diferença, justificação que não foi realizada no caso vertente, em que são tratados de modo substancialmente diferente créditos de várias entidades bancárias e créditos da mesma classe».

36 Numa linha diversa, decidiu-se no Acórdão do TRL de 25.03.2014 (Eurico Reis), Proc. n.º 3175/13.5TBSXL.L1-1, in www.dgsi.pt, que «[n]ão viola o princípio geral da igualdade dos credores enunciado no art.º 194º do CIRE, o acordo de revitalização dos devedores que define formas mais favoráveis de pagamento da dívida do credor que representa 75,439228 % dos débitos aprovados no processo de revitalização e é credor hipotecário, porque, para além desse crédito, dada essa especial garantia de que goza, ser objectivamente muito distinto dos demais, sem a aprovação do plano criticado, que acarretaria a insolvência dos devedores, os demais credores muito dificilmente poderiam obter o ressarcimento de qualquer porção do crédito cujo pagamento lhes é devido, solução esta que dá cabal satisfação ao princípio da proporcionalidade consagrado no art.º 335º do Código Civil, e é totalmente conforme às finalidades éticas, sociais e económicas de todos os direitos sob escrutínio». Além da relevância dada ao voto favorável do credor em causa, assinalada e criticada atrás, adota-se, aparentemente, aquele critério quantitativo.

37 Cfr. o Acórdão do STJ de 3.11.2015 (Salreta Pereira), Proc. n.º 863/14.2T8BRR.L1.S1, in www.dgsi.pt.

afirma-se que são inadmissíveis as diferenciações que impliquem a desigualdade de tratamento entre credores da mesma classe^{38/39}.

No caso concreto, o plano aprovado previa que os credores de certa classe sofressem uma redução do seu crédito em 90%, com a exceção de alguns, que, por serem estratégicos, obteriam, nos termos do plano, a satisfação da totalidade do seu crédito. A qualificação como estratégicos tinha por base o posicionamento destes credores no mercado em que operava a empresa, alegando a sociedade devedora que eles eram os únicos capazes de assegurar o fornecimento de matérias-primas ou de serviços indispensáveis à prossecução da atividade industrial que constituía o objeto social. Considerou o Tribunal que a cláusula ofendia o princípio da igualdade dos credores e, consequentemente, não era aceitável. Argumentou, em primeiro lugar, que o pressuposto invocado pelo credor não estava demonstrado *in casu*, sendo duvidoso que aqueles credores fossem os únicos operadores do mercado ou os únicos com capacidade para disponibilizar à empresa as matérias-primas e os serviços indispensáveis ao exercício da sua atividade; bastava pensar, que, no tocante ao fornecedor de energia elétrica, por exemplo, já tinha ocorrido a liberalização do mercado e o fim do monopólio de um único operador. Independentemente disso – continuou aquele Tribunal –, o carácter estratégico é insuficiente para derrogar o princípio da igualdade dos credores de uma mesma classe, dado que faz recair sobre alguns deles, de forma desproporcional, as perdas ou, dito de outro modo, determina que a revitalização seja conseguida à custa do sacrifício grave de apenas alguns credores da mesma classe. Entendeu, em síntese, que o plano de recuperação violava o princípio da igualdade dos credores porque previa o tratamento desigual de credores da mesma classe com uma justificação material não devidamente comprovada e que, ainda que estivesse comprovada, sempre seria insuficiente.

38 Cfr. o Acórdão do TRC de 17.03.2015 (Henrique Antunes), Proc. n.º 338/13.7TBOFR-A.C1, in *www.dgsi.pt*. Diz-se no respetivo sumário: «I – O princípio da igualdade dos credores não proíbe ao plano de insolvência que faça distinções entre eles – proíbe apenas diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, sem uma justificação razoável, segundo critérios objectivos relevantes. II – É, por isso, admissível, o estabelecimento, pelo plano de diferenciações no tratamento jurídico de situações que se afigurem, sob um ou mais pontos de vista, idênticas, desde que, por outro lado, apoiadas numa justificação ou fundamento razoável, sob um ponto de vista que possa ser considerado relevante. III – A ofensa, pelo plano, do princípio da igualdade dos credores constitui uma violação não negligenciável e, consequentemente, causa fundada de recusa da sua homologação.»

39 A fundamentação do Acórdão tem sido seguida por grande parte da jurisprudência portuguesa. Cfr., entre outros, Acórdão do TRP de 17.05.2016 (Vieira e Cunha), Proc. n.º 6001/15.7T8VNG.P1, Acórdão do TRL de 11.05.2017 (António Santos), Proc. n.º 18884-16.9T8LSB.L1-6, Acórdãos do TRG de 25.05.2017 (Fernando Fernandes Freitas), Proc. n.º 618/16.0T8PTL.G1, e de 30.05.2019 (Paulo Reis), Proc. n.º 3021/18.3T8VCT.G1, e Acórdãos do TRE de 22.02.2018 (Isabel Peixoto Imaginário), Proc. n.º 444/17.9T8STR-A.E1, e de 24.05.2018 (Isabel Peixoto Imaginário), Proc. n.º 1229/16.5T8STR.E1, todos in *www.dgsi.pt*.

Como é visível, foi determinante, neste último Acórdão, a igualdade intra-classes ou intracategorias – a ideia de que deve ser observado o princípio da igualdade dentro da mesma classe ou categoria.

Esta é, com efeito, uma tendência crescente da jurisprudência portuguesa. Veja-se, por todos, o Acórdão do TRL de 24.05.2018 (Carlos Marinho), onde se diz:

«As distintas classes de créditos sobre a insolvência correspondem a flagrante exemplo de diferenciação assente em razões objectivas – pois se os créditos são diferentes em essência e natureza, justifica-se, necessariamente, um tratamento conforme às suas idiossincrasias.»⁴⁰

Como se verá, é também para esta orientação que propenderá a lei da insolvência portuguesa, por força dos desenvolvimentos recentes do Direito europeu⁴¹. Por outras palavras: a remissão do princípio da igualdade para o plano das classes de credores deverá ser reforçada com a transposição da já referida Diretiva sobre reestruturação e insolvência.

3. Da *par conditio creditorum* no PER previsível (*i.e.*, após a transposição da Diretiva sobre reestruturação e insolvência)

Em face da Diretiva sobre reestruturação e insolvência, a primeira preocupação é saber o que é previsível que mude.

Responde-se, sinteticamente, que é possível que não mude nada, se o legislador não quiser dar-se a muitos incómodos, porque as medidas mais inovadoras e, portanto, mais exigentes no plano da transposição não são obrigatórias para PME.

Em qualquer caso, alguns institutos previstos na Diretiva (a divisão das partes afetadas em categorias e a imposição do plano a categorias de credores discordantes⁴²) têm relevância para o princípio da igualdade e, pelo menos em abstrato, são suscetíveis de levar a uma nova delimitação do princípio. Cabe, pois, analisá-los.

40 Cfr. o Acórdão do TRL de 24.05.2018 (Carlos Marinho), Proc. n.º 6362/18.6T8LSB-A.L1-6, in www.dgsi.pt.

41 Sustentando já, perante os dados normativos da lei alemã, a remissão do princípio da igualdade para as categorias de credores e sublinhando a importância de um tratamento igual intracategorias, cfr. NUNNER-KRAUTGASSER (2007), p. 271.

42 Para considerações gerais sobre os dois institutos cfr., no quadro da Proposta da Diretiva, SERRA (2017-c), pp. 15 e s., e, no quadro da Diretiva aprovada, SERRA (2019-a), pp. 13 e s.

3.1. A divisão das partes afetadas em categorias. A igualdade intra-categorias e a (des)igualdade entre categorias

Na Diretiva abandona-se a referência habitual aos credores e adota-se, em substituição, a noção de partes afetadas.

A noção de partes afetadas está definida no art. 2.º da Diretiva, mas a definição enferma de uma petição de princípio. Diz-se aí que as partes *afetadas pela reestruturação* são [...] as *partes afetadas pelo plano de reestruturação*.

Consegue descortinar-se, a final, que as partes afetadas são os credores (ou categorias de credores) e, eventualmente, os sócios. Consegue descortinar-se ainda que os trabalhadores que sejam titulares de direitos de crédito são credores para este efeito e que os sócios apenas relevam enquanto titulares de participações sociais.

As partes afetadas (com direito de voto⁴³) devem ser divididas em categorias em função da existência de *suficientes interesses comuns* (cfr. art. 9.º, n.º 4, da Diretiva), sendo que, como mínimo, os credores de créditos garantidos e não garantidos devem ser tratados em categorias distintas⁴⁴. Exemplifica-se com os créditos dos trabalhadores⁴⁵ e esclarece-se que a divisão deve assegurar

43 Dispõe-se no art. 9.º, n.º 3, da Diretiva que as partes afetadas devem ter direito de voto. Dispõe-se no art. 15.º da Diretiva que o plano de reestruturação vincula as partes afectadas (n.º 1) e não produz efeitos sobre os credores não envolvidos na adoção do plano (n.º 2) e diz-se no considerando 64 da Diretiva que os efeitos vinculativos de um plano de reestruturação deverão limitar-se às partes afetadas que estiveram envolvidas na sua adoção. Não havendo mais referências ao que significa envolvimento, presume-se uma relação de direta dependência entre a sujeição aos efeitos do plano de reestruturação (cfr. art. 15.º da Diretiva) e a titularidade do direito de voto (cfr. art. 9.º, n.º 2, da Diretiva). Quer dizer: primeiro, as partes afetadas – mas só as partes afetadas – têm direito de voto (cfr. art. 9.º, n.º 2, da Diretiva), embora algumas partes afetadas (sócios, credores subordinados, partes especialmente relacionadas com o devedor) possam ser excluídas do direito de voto (cfr. art. 9.º, n.º 3, da Diretiva); segundo, as partes afetadas com direito de voto – mas só as partes afetadas com direito de voto – estão sujeitas aos efeitos do plano de reestruturação (cfr. art. 15.º, n.º 1 e n.º 2, *a contrario*, da Diretiva).

44 Diga-se que os Estados-membros *podem*, no entanto, determinar que, no caso de PME, a divisão em categorias para efeitos de votação do plano, seja uma mera opção (cfr. art. 9.º, n.º 4, 3.º parágrafo, e considerando 45 da Diretiva). Será assim tendo em conta o número e a diversidade (presumivelmente menores) de partes afetadas nas PME.

45 Note-se que a formação de uma categoria com os créditos dos trabalhadores facilita o seu tratamento diferenciado, permitindo o seu agrupamento não só para efeitos de votação do plano como para efeitos da suspensão das medidas de execução (*stay*), regulada no artigo 6.º da Diretiva. Da leitura conjugada dos n.ºs 2 e 5 do art. 6.º da Diretiva resulta que, mesmo quando a suspensão é geral e abrange, portanto, tendencialmente, todos os tipos de créditos, os créditos dos trabalhadores não devem ser abrangidos, exceto «se e na medida em que garantam o pagamento desses créditos em regimes de reestruturação preventiva com um nível de proteção semelhante». Cfr. ainda, sobre este regime especial reservado aos créditos dos trabalhadores, o considerando 61 da Diretiva.

a proteção dos credores vulneráveis, como os pequenos fornecedores, bem como – acrescenta-se, desta vez, no considerando 44⁴⁶ – os trabalhadores.

Os fins da medida de divisão são, visivelmente, dois e respeitam, sobretudo, ao direito de voto do plano. Visa a medida, primeiro, o tratamento igual de todos os credores dentro da mesma categoria (*igualdade intracategorias*) e, depois, o tratamento uniforme de todas as categorias (*igualdade entre categorias*). Este último fim está bem ilustrado na regra de que a aprovação do plano de reestruturação depende da votação favorável da maioria do montante dos créditos ou interesses integrados em cada uma das categorias (cfr. art. 9.º, n.º 6, da Diretiva). Se, como quase sempre acontece, a reestruturação não puder servir os interesses de todos os credores individualmente considerados, ela deve, pelo menos, servir os interesses de todas as categorias de credores ou, pela negativa, não deve poder ser (abusivamente) imposta por apenas algumas categorias de credores. A divisão atribui, em suma, relevância a um critério qualitativo (o plano deve servir todos os tipos de interesses em presença) em detrimento de um critério quantitativo (os interesses dos maiores credores prevalecem pois são eles quem tem o poder de conformar e aprovar o plano).

A grande dificuldade que a nova medida levantará, de início, ao legislador nacional respeita aos critérios da divisão. O critério disponibilizado na Diretiva – a existência de *suficientes interesses comuns* – não é, na realidade, muito preciso, nem quanto à natureza dos interesses nem quanto ao grau de comunhão necessário para agrupar os credores.

Tal como a divisão mínima exigida pelo art. 9.º, n.º 4, o considerando 44 da Diretiva parece apontar, à primeira vista, para uma divisão em função da *graduação* dos créditos, estabelecendo que «a formação de categorias [é] o agrupamento de partes afetadas para efeitos da adoção de um plano de modo a refletir os direitos e o grau de prioridade dos seus créditos e interesses». Mas, depois, acrescentando que «[o]s Estados-Membros deverão também poder tratar em categorias distintas outros tipos de credores *sem interesses comuns suficientes*, como as autoridades fiscais ou de segurança social»⁴⁷ e ainda que «[o]s Estados-Membros deverão também poder prever regras específicas de apoio à formação de categorias caso os credores não diversificados ou por outros motivos especialmente vulneráveis, como os trabalhadores ou os pequenos fornecedores, beneficiem dessa formação de categorias» dá sinais em sentido diferente.

46 Verifica-se, com efeito, que muitos considerandos acrescentam disposições e complementam o articulado da Diretiva.

47 Itálicos nossos. Dizer-se que a AT e a SS não têm interesses comuns suficientes seria um contributo, pela negativa, para a densificação do critério dos interesses comuns suficientes se não fosse tão desorientador. De facto, à luz do critério dos interesses comuns suficientes, seria de pensar que a AT e a SS formariam uma categoria própria.

Admitindo a pluralidade de critérios e o seu funcionamento em simultâneo, torna-se difícil uma conciliação. É inevitável que as categorias se intersetem e isso acarreta várias dificuldades. Ilustrando com recurso a um exemplo simples: é evidente que credores financeiros têm suficientes interesses comuns entre si e que estes são distintos dos interesses dos trabalhadores ou dos fornecedores; certo é que também entre os trabalhadores e os fornecedores há aqueles que são credores garantidos e aqueles que são credores não garantidos, há aqueles que são credores fortes e aqueles que são credores vulneráveis⁴⁸. A única solução parece, enfim, ser a de efetuar divisões e subdivisões: o grupo dos titulares de créditos garantidos e, dentro deste, os subgrupos dos titulares de créditos de tipo financeiro, dos titulares de créditos laborais e assim sucessivamente. Mas esta panóplia de divisões e subdivisões aumenta, e muito, a complexidade dos procedimentos que pressuponham a diferenciação de tratamento, *maxime* o procedimento de votação. Manifestamente, isto é contraproducente tendo em vista a finalidade da reestruturação.

3.2. A imposição do plano a categorias discordantes. A desigualdade entre categorias

Como se disse, a igualdade entre categorias concretiza-se na regra de que o plano de reestruturação só se considera aprovado e, portanto, só se torna vinculativo para as partes afetadas quando haja aprovação, por unanimidade ou por maioria, em todas e cada uma das categorias (cfr. art. 9.º, n.º 6, da Diretiva).

Contudo, existem casos em que a aprovação em todas as categorias não é suficiente (cfr. art. 10.º da Diretiva)⁴⁹ e casos em que ela não é exigível (cfr. art. 11.º da Diretiva).

Na primeira hipótese, a solução é um ato adicional: a confirmação do plano por uma autoridade judicial ou administrativa. Merece destaque a imposição de que, entre as condições exigidas para tal confirmação, figure a de que os credores com suficientes interesses comuns na mesma categoria são tratados

48 Note-se que a divisão em categorias pode ser minuciosa, podendo existir, quanto aos sócios, tantas categorias quantas as categorias de participações com direitos diferentes (cfr. considerando 58).

49 Ainda que aprovados, certos planos necessitam, de facto, de ser homologados (*rectius*: confirmados por uma autoridade judicial ou administrativa) para que possam vincular todas as partes afetadas (cfr. art. 15.º, n.º 1, da Diretiva). Segundo o art. 10.º, n.º 1, da Diretiva são eles os planos de reestruturação que afetem os créditos ou interesses das partes afetadas discordantes, os planos de reestruturação que prevejam um novo financiamento e os planos de reestruturação que impliquem a perda de mais de 25% da mão de obra, se essa perda for permitida ao abrigo do Direito nacional. A necessidade de confirmação destes planos visa assegurar que a redução dos direitos dos credores seja proporcional às vantagens da reestruturação (cfr. considerando 48 da Diretiva).

em pé de igualdade e de forma proporcional aos seus créditos [cfr. art. 10.º, n.º 2, al. b), da Diretiva]. Ela denota a preocupação de assegurar, mais uma vez, a igualdade intracategorias.

Na segunda hipótese, a confirmação é suficiente e torna o plano vinculativo para todas as partes afetadas mesmo que não seja aprovado por todas as categorias, isto é, mesmo que apenas seja aprovado pela maioria das categorias ou até somente por alguma ou algumas (cfr. art. 11.º da Diretiva). É o que se chama (*cross-class cram-down*)⁵⁰.

A possibilidade está, naturalmente, subordinada a condições apertadas. Destacam-se duas: a exigência de que, não havendo aprovação por maioria, a(s) categoria(s) que aprove(m) o plano não sejam de credores menos graduados ou *out-of-the-money* (i.e., categorias que, após a avaliação do devedor como empresa em atividade, não recebessem qualquer pagamento nem conservassem qualquer interesse ou seja de presumir que não receberiam qualquer pagamento nem conservariam qualquer interesse se fosse aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação) [cfr. art. 11.º, n.º 1, al. b), da Diretiva] e a exigência de que a prioridade relativa seja observada [cfr. art. 11.º, n.º 1, al. c), da Diretiva].

A primeira condição pressupõe uma hierarquia das categorias e concretiza o propósito de impedir que as categorias inferiores forcem a reestruturação contra a vontade das categorias superiores.

Por sua vez, a prioridade relativa é um critério/teste para o tratamento justo. Tem inerente o princípio de que o plano deve ser justo (*fair and equitable*), em particular, assegurando que as categorias de credores discordantes, quando existirem, são tratadas pelo menos de forma igual às categorias com a mesma graduação e mais favoravelmente do que as categorias menos graduadas⁵¹. Também esta condição dá relevo à hierarquia de categorias. E mais importante: distancia o princípio da igualdade dos credores individualmente considerados ou *uti singuli* (dos credores-indivíduos) e remete-o para o plano das categorias.

50 O *cross-class cram-down* é uma medida obrigatória, mas os Estados-membros *devem* determinar que, no caso de PME, ela seja uma mera opção (considerando 58, *in fine*, da Diretiva). O objetivo será o de não desmotivar os sócios das PME de avançar para a reestruturação (o que poderia acontecer se os credores pudessem *impor*, sozinhos, o plano). Não deixa, porém, de ter um efeito relativizador sobre a importância desta medida.

51 No seu lugar estava, na Proposta de Diretiva, a prioridade absoluta, impondo que todos os credores discordantes fossem pagos na íntegra antes de serem pagos os credores das categorias menos graduadas. A prioridade absoluta permanece ainda na Diretiva como medida alternativa (cfr. art. 11.º, n.º 2, e considerando 55 da Diretiva).

3.3. A proteção do financiamento (novo e intercalar) e das transações razoáveis e imediatamente necessárias à reestruturação. Diferenciações *ex lege*

A Diretiva exige ainda que a disciplina da reestruturação preventiva assegure a proteção do novo financiamento e do financiamento intercalar.

O novo financiamento é definido como «qualquer nova assistência financeira disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor para executar um plano de reestruturação e que esteja prevista nesse plano de reestruturação» [cfr. art. 2.º, n.º 1 (7), da Diretiva] e o financiamento intercalar como «qualquer nova assistência financeira, disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor, que abranja, no mínimo, a assistência financeira prestada durante a suspensão das medidas de execução, e que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização» [cfr. art. 2.º, n.º 1 (8), da Diretiva].

Estabelecem-se, no art. 17.º da Diretiva, duas regras mínimas: estes financiamentos não podem ser «declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução» [cfr. art. 17.º, n.º 1, al. a), da Diretiva] e os prestadores de tais financiamentos «não podem [em princípio⁵²] incorrer em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores» [cfr. art. 17.º, n.º 1, al. b), da Diretiva].

Prevê-se que a primeira regra seja *atenuada*: é possível *subordinar a regra* à condição, quanto ao novo financiamento, da sua confirmação por uma autoridade judicial ou administrativa e, quanto ao financiamento intercalar, da sua sujeição a um controlo *ex ante* por um profissional no domínio da reestruturação, por uma comissão de credores ou por uma autoridade administrativa ou judicial (cfr. art. 17.º, n.º 2, e considerando 68 da Diretiva); é possível ainda *excluir dela* o financiamento intercalar que seja concedido depois de o devedor ter deixado de ser capaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento (cfr. art. 17.º, n.º 3, e considerando 68 da Diretiva).

Por outro lado, admite-se que a proteção aos prestadores de novo financiamento e de financiamento intercalar seja *reforçada*: é possível consignar-se na lei que eles têm direito a prioridade no pagamento, no âmbito de processos de insolvência posteriores, em relação a outros credores que, de outro modo, teriam créditos iguais ou superiores (cfr. art. 17.º, n.º 4, e considerando 68 da Diretiva).

52 Ressalva-se na norma a impugnação com base em (outros) fundamentos previstos na lei nacional, como a fraude, a má fé, a existência de um conflito de interesses ou a inexigibilidade da prestação. Cfr. também considerando 67 da Diretiva.

Como se viu, o novo financiamento já beneficia desta dupla proteção no quadro do Direito português (cfr. arts. 17.º-H e 120.º, n.º 6, do CIRE).

Mais importante ainda, no que toca ao seu impacto, é a previsão, no art. 18.º da Diretiva, de uma proteção de tipo semelhante para (certas) prestações não financeiras. Na realidade, lendo o considerando 66 da Diretiva, verifica-se que, na ótica do legislador europeu, a assistência financeira deve ser entendida num sentido lato, abrangendo tanto a disponibilização de fundos ou garantias de terceiros como o fornecimento de existências, mercadorias, matérias-primas e serviços essenciais, por exemplo, através da concessão ao devedor de um prazo de reembolso mais longo.

As prestações não financeiras contempladas são de dois tipos: as «transações que sejam razoáveis e imediatamente necessárias *para a negociação* de um plano de reestruturação» e as «transações que sejam razoáveis e imediatamente necessárias *para a execução* de um plano de reestruturação e efetuadas de acordo com o plano de reestruturação confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa»⁵³; em caso de insolvência posterior do devedor, tão-pouco elas devem ser «declaradas nulas, anuláveis ou insuscetíveis de execução com o fundamento de que são prejudiciais para o conjunto dos credores [sempre] exceto se existirem outros fundamentos previstos no direito nacional» (cfr. art. 18.º, n.ºs 1 e 5).

Quanto – mas só quanto – às transações imediatamente necessárias para a negociação do plano, prevê-se, da mesma forma que para o novo financiamento e o financiamento intercalar, a possibilidade de *atenuação*, através da *subordinação à condição* da confirmação por uma autoridade judicial ou administrativa ou a um controlo *ex ante* (cfr. art. 18.º, n.º 2, e considerando 68 da Diretiva) e da *exclusão* das transações efetuadas depois de o devedor ter deixado de ser capaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento (cfr. art. 18.º, n.º 3, e considerando 68 da Diretiva).

Revestem a qualidade de transações imediatamente necessárias para a negociação do plano, pelo menos, as seguintes transações: o pagamento de honorários e custos da negociação, adoção ou confirmação de um plano de reestruturação; o pagamento de honorários e custos do aconselhamento profissional estreitamente associado à reestruturação; o pagamento dos salários dos trabalhadores por trabalho já executado; quaisquer pagamentos e desembolsos efetuados no decurso normal da atividade, com exceção dos (não deveria ser «além dos»?) anteriores (cfr. art. 18.º, n.º 4, e considerando 69 da Diretiva).

53 Itálicos nossos.

Disto resulta a necessidade de o legislador português proceder, de uma forma geral, a duas alterações e a possibilidade de aproveitar a oportunidade para considerar uma terceira.

Em primeiro lugar, deve ficar claro que são protegidos não só o novo financiamento como o financiamento intercalar e ainda certas prestações não financeiras (necessárias seja para a execução seja para a negociação do plano).

A distinção entre o novo financiamento e o financiamento intercalar não é feita na lei portuguesa, entendendo alguma doutrina que existe uma lacuna de proteção que é preciso colmatar (o financiamento intercalar é concedido numa altura em que não é seguro que o plano venha a ser aprovado e homologado, portanto, existe o risco de ficar sem proteção)⁵⁴. Quanto às prestações não financeiras, designadamente de natureza laboral, a opinião dominante é a de que elas não são abrangidas pelo art. 17.º-H do CIRE (nem, já agora, pelo art. 120.º, n.º 6), mas, como já se propugnou, tal interpretação é incoerente, ineficaz e, sobretudo, *injusta*, impondo-se uma interpretação extensiva da norma⁵⁵. Os dois esclarecimentos são, portanto, bem-vindos.

Em segundo lugar, deve ficar claro que a proteção se estende a todos os meios de conservação da garantia patrimonial, *maxime* à impugnação pauliana (à qual, aliás, se referem expressamente os considerandos 66, 67, 68 e 69 da Diretiva)⁵⁶. Não há argumentos que permitam dizer que ela está abrangida, mas, como já se advertiu, isso representa uma brecha do sistema que compromete a realização dos seus fins⁵⁷.

Seria ainda consentâneo com o espírito da Diretiva que se procedesse, em contrapartida, a uma restrição, ressaltando-se os casos em que se apurem certos pressupostos como a má fé ou a fraude à lei da insuscetibilidade de invalidade ou impugnação. Se se justifica que certas operações, por serem essenciais à reestruturação, sejam subtraídas à resolução incondicional e até aos efeitos das presunções de prejudicialidade à massa e de má fé de terceiro, já

54 Cfr. OLIVEIRA (2019), pp. 276-277.

55 Cfr. SERRA (2019-b), pp. 462-463.

56 De facto, nem a norma do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE (dada a sua formulação) nem, muito menos, a norma do art. 120.º, n.º 6, do CIRE (dada a sua inserção sistemática) asseguram o «bloqueio» de todos os meios de conservação da garantia patrimonial, designadamente da impugnação pauliana [cfr. SERRA (2019-b), pp. 469-470]. É verdade que, em rigor, a impugnação pauliana apenas afecta a eficácia das operações perante determinado credor (cfr. art. 127.º, n.º 3, do CIRE e art. 616.º do CC). Mas a expressão «declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução», direta correspondência da expressão em inglês «*void, voidable or unenforceable*» e da expressão em francês «*déclarés nuls, annulables ou inopposables*», aponta para um mecanismo protetor de alcance máximo. Mais importante ainda é a referência à impugnação pauliana nos considerandos 66, 67, 68 e 69 da Diretiva, dos quais resulta claro que se pretende que ela seja abrangida.

57 Cfr. SERRA (2019-b), pp. 469-470.

não se justifica tão bem que fiquem a salvo dela quando haja *prova* dos seus requisitos⁵⁸ nem da invalidade ou impugnação em geral quando haja prova da má fé ou da fraude à lei.

4. A final, *quo vadimus* (par aut dispar conditio creditorum)?

As condições são propícias para assentar em duas premissas gerais.

Em primeiro lugar, as diferenças de tratamento são cada vez mais inevitáveis perante a (sobre)valorização do interesse da reestruturação.

Em segundo lugar, a igualdade nos processos de reestruturação deixou de ser a *igualdade dos credores* (de ter por referência *os credores individualmente considerados*) e passou a ser a *igualdade das categorias* ou, mais precisamente, a *igualdade intracategorias* e a *igualdade entre categorias*.

Terá sido a percepção de que, por um lado, os sujeitos envolvidos na reestruturação são cada vez mais e os seus interesses cada vez mais diversificados e, por outro, de que é premente facilitar ou flexibilizar a reestruturação que conduziu à opção legislativa de agrupar e dividir os sujeitos.

Correspondentemente, a divisão em categorias apresenta duas grandes vantagens.

Ela simplifica a aplicação do princípio da igualdade apesar da extensão (dos sujeitos) e da diversidade (dos respetivos interesses). De facto, é mais fácil syndicar o respeito pelo princípio da igualdade quando não é preciso atender às diferenças individuais mas sim, apenas, às diferenças de categorias. Desde logo, não há que confrontar o tratamento de cada sujeito com o tratamento de todos os sujeitos restantes mas apenas com os sujeitos restantes da sua categoria ou das categorias do mesmo grau (*deve existir igualdade intracategorias e igualdade entre categorias do mesmo grau*)⁵⁹. Depois, são, em princípio,

58 Cfr. SERRA (2019-b), p. 469.

59 Propugna um modelo aparentemente distinto de processos pré-insolvenciais, em que ao devedor é dada liberdade para se afastar do princípio da igualdade e para tratar desigualmente credores da mesma categoria TOLLENAAR (2019), pp. 215-216. Ilustra o autor a (maior) eficácia desta opção para todos através do seguinte exemplo: se se demonstrar que a empresa não pode exercer a sua atividade, ou não pode exercê-la nos termos habituais, sem a cooperação dos credores comerciais, estes credores são mais necessários do que os restantes credores comuns; faz sentido, mesmo na perspetiva destes últimos credores, que o plano preveja o pagamento dos créditos dos credores comerciais por inteiro pois só assim se evita a perda de valor para todos. Reencontra-se aqui o ponto de partida adotado atrás, de que o tratamento de cada credor depende do seu valor para o fim da recuperação, implicando embora o tratamento discriminatório de titulares de créditos com igual graduação. Naturalmente, o modelo proposto será ainda compatível com o disposto na Diretiva sobre reestruturação e insolvência se o critério exclusivo ou prevalente para a divisão em categorias for outro que não o do grau dos créditos.

compreensíveis as diferenças de tratamento entre categorias (*a desigualdade entre categorias é justificada*)⁶⁰.

Além disso, porque facilita a aplicação do princípio da igualdade, ela facilita a confirmação de planos de reestruturação, tornando possível o tratamento diferenciado dos credores ainda a coberto do princípio da igualdade, ou seja, um tratamento diferenciado dos credores que ainda pode ser considerado justo ou, pelo menos, tornando mais difícil aos credores, designadamente os discordantes, a alegação de que ele é injusto e a oposição, com tal fundamento, à reestruturação.

O certo é que na recondução dos sujeitos a grupos há como que uma *sublimação* ou *diluição* dos sujeitos nos interesses e as desigualdades não só tornam possíveis como aparecem mais camufladas ou ocultas do que antes.

Neste contexto, caberá, como sempre, ao intérprete esforçar-se por preservar os limites do princípio da igualdade, tendo como orientação a ideia de que não importa que as coisas sejam iguais, interessa é que sejam *justas*, o que, em última instância, significa *justificadas* ou com uma justificação *material*.

Pode persistir uma dúvida final: sabido que o princípio da igualdade *justifica*, em princípio, que classes/categorias de credores diferentes sejam tratadas diferentemente, será que o *exige*?

Enfrentou-se esta questão no Acórdão do TRL de 10.05.2015 (Manuel Rodrigues)⁶¹. No caso em apreço, as credoras insurgiam-se contra o facto de o plano não prever que os credores garantidos fossem pagos em termos diversos dos credores comuns. Perante isto, decidiu o Tribunal:

60 Trata-se de uma presunção ilidível. Diga-se, aliás, que, no quadro atual do Direito português, em que (ainda) não há rigorosamente divisão em categorias mas já existem classes de credores (em função da graduação dos créditos), a jurisprudência nem sempre tem aceitado que o tratamento diferenciado das classes é conforme ao princípio da igualdade. Cfr., por exemplo, o Acórdão do TRG de 4.03.2013 (António Santos), Proc. n.º 3695/12.9TBBRG.G1, in www.dgsi.pt. Apreciando um plano de recuperação que discriminava favoravelmente os credores bancários e financeiros, afirmou este Tribunal que «[n]enhuma justificação existe ou pode ser aceite para num processo de revitalização beneficiar manifesta e ostensivamente os credores bancários que não são sacrificados, quer em capital, quer em juros, em detrimento de um extenso rol de empresas, entidades públicas e privadas, prestadores de serviços e trabalhadores». Quando isto ocorre – conclui o Acórdão –, a não ser que tenha havido consentimento por parte do credor prejudicado, o plano aprovado viola claramente o princípio da igualdade entre credores previsto no art. 194.º, n.º 1, do CIRE e no art. 13.º da CRP, devendo o juiz recusar-se a homologar tal plano. Cfr., ainda, o Acórdão do TRP de 28.04.2019 (Francisco Matos), Proc. n.º 506/14.4TYVNG.P1, in www.dgsi.pt, em que, sendo o confronto entre um crédito laboral e um crédito garantido, a solução foi semelhante, não se aceitando a discriminação positiva do titular deste último (e apesar de ele ser um credor estratégico). A divergência poderá resultar de uma divergência de perspetiva quanto à qualidade dos créditos. É que, como se disse atrás, os créditos preenchem, muitas vezes, simultaneamente, os requisitos de mais do que uma categoria. Um bom exemplo é o dos créditos dos trabalhadores, que, dependendo do critério que se adote, podem ser vistos, simplesmente, como créditos garantidos e privilegiados ou, numa perspetiva mais sociológica, como formando um grupo à parte – o grupo exclusivo dos créditos laborais.

61 Cfr. o Acórdão do TRL de 10.05.2015 (Manuel Rodrigues), Proc. n.º 2026/18.9T8LSB-A.L1, in www.dgsi.pt.

«o princípio da igualdade [...] não imp[õe], como parecem pre-tender as credoras, um tratamento desigual de alguma ou algumas classes de credores, mas antes prevenindo um tratamento desigual, quando o mesmo não seja objectivamente justificado. Logo, o que se pretende é evitar a desigualdade e não potenciá-la. Nesta medida, o plano não acarreta qualquer violação daquele princípio».

Tudo considerado, principalmente aquilo que se disse por último (a propósito da relação entre a igualdade e a justiça), entende-se que a orientação talvez pudesse ter sido diversa. Não é, de facto, rigorosamente verdade que o princípio da igualdade entre os credores tenha em vista evitar desigualdades, parificando em absoluto os credores, sem atender ou ponderar certos fatores de diferenciação, como, desde logo, o facto de certo credor ter prevenido o risco de não pagamento dos créditos através da estipulação de uma garantia real⁶². Tal raciocínio conduziria à imposição de uma *igualdade injusta*.

A justiça do princípio da igualdade reside, em suma, no seu *carácter relativo* ou *não absoluto*. Não há, portanto, que recluir as diferenciações e sim que saber fazê-las e, depois, aplicar critérios adequados para a aferição da sua plena conformidade ao Direito. A primeira tarefa cabe aos autores do plano; a segunda cabe aos tribunais.

Bibliografia

- ABRIANI, Niccolò / LEOZAPPA, Antonio Maria, 2014, «Sul principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali», in *Il Diritto Tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Franco Paparella (a cura di), Giuffrè, Milano, pp. 49-79.
- COLESANTI, Vittorio, 1984, «Mito e realtà della “par conditio”», *Il Fallimento*, pp. 32 e s.
- FABIANI, Massimo, 2019, «La *par condicio creditorum* al tempo del codice della crisi», *Questione Giustizia*, 2, pp. 202-227.
- GALO, Paolo, 2017, «La *par condicio creditorum* esiste ancora?», in *Scritti in onore di Vito Rizzo – Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 1-27.
- JAEGER, Pier Giusto, 1984, «“Par condicio creditorum”», *Giurisprudenza Commerciale*, pp. 88-106.

62 Sobre as derrogações convencionais ao princípio *par conditio creditorum* no quadro do Direito italiano, cfr. GALO (2017).

- LOUSA, Nuno, 2017, «Crónica de jurisprudência dos Tribunais da Relação (2015/2016)», *Revista de Direito da Insolvência*, pp. 194-222.
- NIGRO, Alessandro, 2003, «Los problemas fundamentales del derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano», *La reforma de la legislación concursal – Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, Ángel Rojo (Dirección), Marcial Pons, Madrid, pp. 339-360.
- NUNNER-KRAUTGASSER, Bettina (2007), *Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz*, Manz, Wien.
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, 2019, «Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar», in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, pp. 271-279.
- PAJARDI, Piero, 2002, *Radici e ideologie del fallimento*, Giuffrè, Milano.
- PERALTA, Ana Maria, 2015, «Os “novos créditos” no PER e no SIREVE: conceito e regime», *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, pp. 279-312.
- REIS, José Alberto dos, 1982, *Processos especiais*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra.
- SERRA, Catarina, 2009-a, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra Editora, Coimbra.
- SERRA, Catarina, 2009-b, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 17, pp. 329-341.
- SERRA, Catarina, 2011, «Concurso sem concurso (a falência com um único credor)», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume III, Almedina, Coimbra, pp. 727-739.
- SERRA, Catarina, 2012, «Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores — Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades», *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 8, pp. 75-101.
- SERRA, Catarina, 2017-a, «PER, processos e créditos laborais – Uma análise tridimensional (jurisprudência, *novíssimo* Direito da Insolvência e projectado Direito Europeu)», *Prontuário do Direito do Trabalho*, II, pp. 159-184.
- SERRA, Catarina, 2017-b, «O Processo Especial de Revitalização e os trabalhadores – um grupo especial de sujeitos ou apenas mais uns credores?», *Julgar*, 31, pp. 25-48.
- SERRA, Catarina, 2017-c, «A harmonização do Direito substantivo da Insolvência», in *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, pp. 15-22.
- SERRA, Catarina, 2017-d, *Processo Especial de Revitalização na Jurisprudên-*

cia – Questões Jurisprudenciais com Relevância Dogmática, 2.^a ed., Almedina, Coimbra.

SERRA, Catarina, 2019-a, «Em face do Direito da insolvência iminente. O tratamento justo como condição para a reestruturação forçada da dívida: prioridade absoluta ou prioridade relativa?», in *V Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, pp. 13-30.

SERRA, Catarina, 2019-b, *Lições de Direito da Insolvência*, reimpressão, Almedina, Coimbra.

SERRA, Catarina, 2020, «Tutela dos credores e *par conditio creditorum*», in *II Encontros de Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 87 e s.

SERRA, Catarina / MACHADO, José Gonçalves, 2017, «Para uma harmonização mínima do Direito da Insolvência – Primeira abordagem à Proposta de Diretiva de 22.11.2016, com especial atenção ao seu impacto no Direito das Sociedades Comerciais», *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 17, pp. 135-175.

STANGHELLINI *et alii* (2018), *Best Practices in European Restructuring – Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, Wolters Kluwer, CEDAM, Milano.

TARZIA, Giuseppe, 2005, «Par aut dispar condicio creditorum?», *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 1, pp. 1-14.

TOLLENAAR, Nico (2019), *Pre-Insolvency Proceedings – A Normative Foundation and Framework*, Oxford University Press, Oxford.

