

A evolução do direito português – desafios para o futuro

Quero começar por agradecer o convite para participar nesta avaliação e, hoje mais concretamente para estar presente e intervir nesta sessão, em especial em companhia tão ilustre. Saúdo os meus colegas de painel, e testemunho o absoluto privilégio de estar a par com eles.

Deixo uma palavra especial à Dra. Catarina Frade, que conheço, rigorosamente, desde que se iniciou a discussão pública sobre o Código da Insolvência e Recuperação de Empresa, em 2004. Foram muitas as conversas que tivemos sobre estes assuntos desde então, nos mais diversos contextos, todas extremamente proveitosas.

Neste painel olhamos essencialmente ao futuro, no quadro dos nossos próprios sistemas de justiça.

Tenho por hábito refletir sempre um pouco sobre o passado quando analiso o presente e tento vislumbrar o futuro.

(Não se preocupem, não vou traçar uma evolução do direito falimentar desde a “quebra” dos comerciantes até aos dias de hoje.)

Recuo apenas à data da minha chegada à jurisdição de comércio, nos idos de 2001, e ao CPEREF (Código dos Processos de Recuperação de Empresa e de Falência) na sua versão de 1998.

Nessa altura a legislação era favorável à recuperação, e esta era objetivamente mais fácil, generalizando, porque a inércia dos credores jogava a favor do devedor. Um dos credores mais inertes era o Estado, que quase sem exceção não tomava posição, contribuindo muito para essa inércia. E nessa altura a máquina de cobrança do Estado não era tão eficiente, pelo que frequentemente, os credores públicos eram os maiores credores.

O panorama começou a mudar com o governo chefiado por Durão Barroso, a partir de 2002, tendo, num volte face claramente para muitos inesperado, além do fortalecimento da cobrança, o Estado, literalmente de um dia para o outro começado a tomar posição nos processos de recuperação de empresa, e sempre a mesma: contra. O não pagamento de impostos era visto como um instrumento de gestão e esta dupla mudança – maior eficiência na cobrança e sistemática oposição a qualquer tipo de recuperação – apanharam, literalmente, muitas empresas desprevenidas, tendo-se o panorama alterado quase de imediato.

Na conjuntura económica e financeira subsequente, foi quase natural que o Código da Insolvência de 2004, inspirado nos direitos alemão e espanhol fosse um código completamente virado para a liquidação, em que o único instrumento de recuperação era o plano de insolvência aprovado em processo de insolvência, de extrema dificuldade, pleno de complexidade processual e em que a inércia dos credores jogava contra a recuperação do devedor.

Também este código, como os seus antecessores, protestava ser um dos seus objetivos que as empresas chegassem mais cedo à insolvência, para se liquidar ou recuperar, mas este desiderato não foi atingido.

Também ainda antes da crise outro fenómeno dificultou ainda mais a vida dos devedores em dificuldades – o universo de credores pulverizou-se, passando a dever-se menos a mais entidades, tornando ainda mais difícil a reunião de consensos e maiorias.

A crise sobreveio, como todos sabemos, atingindo em cheio o nosso tecido empresarial e causando, entre 2009 e 2011, uma verdadeira enchente de processos de insolvência, num universo em que predominavam as apresentações, nas insolvências requeridas rareavam as oposições, e em que as poucas tentativas de recuperação esbarravam incansavelmente nos obstáculos que o código lhes erguia.

Em 2012 é aprovado e entra em vigor o PER (processo especial de revitalização), subindo drasticamente o número de recuperações, tentadas e conseguidas (uma taxa de aprovação de praticamente 50%).

Quero chamar a atenção para o seguinte – pese embora o inegável sucesso do processo especial de revitalização, a grande maioria dos processos falimentares continua a ser de liquidação e continuou a sê-lo de 2012 para cá.

Um dos efeitos imediatos foi a canibalização dos planos de insolvência para recuperação – deixaram, pura e simplesmente de se fazer, por ser mais simples e expedito ir ao PER – e o resto é história recente: o PER salvou alguns milhares de empresas e de agregados familiares em Portugal e, passado o pior da crise e constatados alguns abusos, foi revisto, separando as águas entre empresários e não empresários e fechando a possibilidade de ida a PER a empresas já insolventes (que a lei dizia não ser possível mas, na prática, permitia).

Esta, provavelmente, uma das medidas mais efetivas tomadas para tornar a chegada ao processo de insolvência mais tempestiva.

A forma como olho para esta evolução mistura fatores jurídicos e culturais. Nestes 17 ou 18 anos muitos paradigmas mudaram: no CPEREF, a declaração de falência de um particular equivalia a um verdadeiro perdão por dívidas, mas a que ninguém recorria porque o anátema de ser declarado falido era enorme e profundamente rejeitado. Hoje em dia a insolvência e a sua conjugação com a exoneração do passivo restante são olhados com normalidade e sem qualquer rasto da humilhação e horror da antiga falência; antes dos tribunais do comércio não passava pela cabeça de nenhum advogado usar a propositura de um processo de falência como instrumento regular de cobrança de dívidas – hoje em dia a insolvência é uma normalidade e não uma fatalidade, um instrumento, um processo como os

outros, e assim permaneceu mesmo enquanto os tribunais do comércio definham sob pendências desmesuradas e entradas exponenciais.

Voltando à nossa história recente, o PER foi um caminho novo trilhado com sucesso e, agora que uma empresa insolvente não pode a ele recorrer, terminará, fatalmente, mais cedo no processo de insolvência.

Os próprios devedores e credores que olham hoje o processo de insolvência com outros olhos e ferramentas como o *early warning* ajudarão os menos preparados.

O cenário atual, em que as empresas chegam tarde e desmanteladas ao processo de liquidação, causam dois dos grandes problemas com que nos debatemos – a baixa taxa de recuperação de créditos e a longevidade do próprio processo. Se as empresas chegarem mais cedo à recuperação, melhor recuperarão. Se chegarem mais cedo à liquidação, mais valor se recupera e se retoma para a economia.

Não acho que iremos aumentar muito o número de recuperações em relação ao panorama anterior (que devido ao PER era já considerável, percentualmente) – continuaremos a ter uma maioria de processo de liquidação – o que nos levantará dificuldades acrescidas no que aí vem.

O papel dos órgãos de insolvência é absolutamente crucial no desenvolvimento e sucesso do sistema nos próximos anos.

Todas as alterações legislativas têm tido por protagonistas os próprios devedores – o dever de apresentação; a responsabilidade, a possibilidade de recorrer ou não a PER...

Mas teremos que pensar também nos grandes protagonistas e destinatários – os credores. A sua inércia acaba por ser dificilmente explicável e tem que ser combatida, no bom sentido. Os credores têm que compreender que precisam de se juntar, de agir, ao invés de reagir de pesar os prós e contras da respetiva inatividade. A má-fama do PER, por exemplo, apregoada pelos grandes credores, era absolutamente evitável se os credores se juntassem e usassem um mecanismo que já existia na lei – o termo antecipado das negociações, que não usavam...

Depois os administradores judiciais são essenciais, sendo que, no panorama nacional, há várias circunstâncias a ter em conta – temos uma classe envelhecida e que exerce estas funções ou similares, desde há muito, sem fiscalização ou controlo efetivo. Exceção feita ao concurso e admissão de cerca de 70 novos profissionais de 2013, trata-se de uma classe profissional defrontada com um dilema – precisam de renovação, mas num cenário de curva descendente do número de processos a repartir.

Necessitam de formação e fiscalização, que assegure um certo nivelamento – e têm mesmo direito a estas, atentas as obrigações que sobre si impendem – que não têm sido verdadeiramente exercidas.

Nesta matéria reconheça-se que o juiz do processo não controla muito mais que a atividade processual do administrador – nem tem qualquer hipótese de o fazer – e que quem deveria controlar substantivamente a conduta, os credores, entre a inércia e o desconhecimento, só o fazem em processos de grandes interesses.

Esta é uma função que tem que ser dinamizada, para não dizer criada.

A conduta dos administradores contribui para a sensação de “opacidade” que um processo de insolvência transmite – porque, na verdade, nem tudo o que se passa está no processo; depois o facto de serem tramitados em tribunais assoberbados, se dividirem em múltiplos apensos (absolutamente necessário) contribuem para esta ideia.

Neste ponto acho que temos que apostar nos desenvolvimentos tecnológicos – por exemplo, a consagração do leilão eletrónico como meio preferencial de liquidação, ou a criação de um interface de tramitação eletrónica para o administrador são exemplos e práticas, já consagrados na lei, a desenvolver até ao limite.

E também considero que é pela via da inovação tecnológica e não só que asseguraremos a transparência deste (e de todos os demais) processo – simplificação de linguagem, generalização de consulta eletrónica, digitalização integral, automação de operações materiais, etc.

E por último, mas não menos importante, o papel do juiz.

Penso ser inegável o papel essencial da especialização nesta matéria – e em reconhecimento e desenvolvimento do princípio da especialização, em 2014, a jurisdição de comércio foi profundamente estendida (cobre agora mais de 60% do país).

Perdoem-me a imodéstia – sou e serei uma juíza de comércio – mas a especialização trouxe uma profunda alteração (positiva) na forma como estes processos são encarados, tramitados e decididos.

A especialização acarreta profundos ónus para os magistrados em concreto – têm que saber cada vez mais sobre os assuntos a que se dedicam, sem deixar de abarcar as demais áreas necessárias, nomeadamente o direito processual, o direito constitucional, têm que equilibrar a qualidade do que produzem com a qualidade necessária e têm que ser o bastião último dos direitos de todos.

O futuro traz-nos muitos desafios mas, em especial um desafio novo que me preocupa.

Como sabemos está em avançado estado de discussão a proposta de diretiva 2016/359, que a Comissão apresentou em novembro de 2016, relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, concessão de uma segunda oportunidade e aumento de eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação.

A discussão sofreu já importantes evoluções, sob a presidência húngara do Conselho e agora, já em Outubro sob a presidência austríaca, mas como se adivinhava desde a sua apresentação, há linhas de força que não vão ser eliminadas ou muito alteradas.

Nós temos já desde 2012 um processo preventivo de reestruturação, que já aperfeiçoámos em 2017, embora, provavelmente, tenha que vir a ser reponderado quando a Diretiva seja adotada.

Uma das questões que me preocupa respeita ao papel do juiz no controlo do mérito dos planos de recuperação.

Pese embora várias propostas de alterações nesta matéria levem a uma maior flexibilidade quanto à intervenção dos juízes o nº3 do art. 10º da Proposta não sofreu alterações de relevo. Prevê-se, ali que “*Os Estados membros devem assegurar que as autoridades judiciais ou administrativas possam recusar-se a confirmar um plano de reestruturação caso este não apresente perspetivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa.*”

Pese embora o considerando 30-B na redação ora sugerida contenha a expressa referência a que não será exigido aos Estados que esta apreciação seja feita oficiosamente, esta é uma nova função que me preocupa e que considero ser um desafio estruturante para os juízes e sistema nacionais.

Este juízo de mérito é direto sobre o mérito do plano enquanto instrumento de recuperação – se o plano tem a capacidade de evitar a insolvência e se garante a viabilidade da empresa (controlo técnico e económico).

No direito português este juízo sempre foi cometido aos credores, desde que há instrumentos legais de recuperação. No nosso direito atual a lei comete ao juiz uma larga franja de recusa oficiosa de homologação (cfr. art. 215º do CIRE) mas que não passa por um juízo técnico deste tipo, exceto quando atinja a inexecutabilidade pura e notória.

Mesmo que os juízes sejam devidamente assessorados nesta tarefa – e a proposta de diretiva também o refere – no fim do dia será sempre uma decisão do juiz, o mesmo juiz que no direito societário está limitado pela *business judgement rule*, por não ser considerado a pessoa mais bem colocada para avaliar decisões (passadas) de gestão. E que agora recebe o encargo de avaliar rigorosamente o futuro.

É claramente uma nova função – e um desafio – que põe sob outro foco a especialização e a educação dos juízes, desafio para o qual espero estaremos prontos se e quando se vier a colocar.

Obrigada.