

A prática judiciária na recuperação e insolvência de grupos de empresas e nas insolvências transfronteiriças

Paulo Valério

1. Notas iniciais

O tratamento das matérias relacionadas com a insolvência e recuperação de devedores, sejam estas empresas ou não, vem sofrendo uma tremenda evolução na prática judiciária portuguesa, em especial no decurso da última década.

Numa análise superficial, seríamos tentados a considerar que essa evolução é tributária da publicação do Decreto-lei nº 53/2004, de 18 de março, que veio estabilizar aquilo que conhecemos hoje como Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE). Seria, pois, que a legislação tivesse criado o terreno fértil para uma nova prática? Não foi assim, certamente.

A crise financeira internacional e as suas repercussões em Portugal, sobretudo depois de 2011, vieram desafiar todos os profissionais para uma utilização massiva, sistemática e, muitas vezes, criativa, da legislação antes publicada, ainda nos anos de crescimento económico. Foi a realidade a convocar o direito. E não, naturalmente, o inverso.

Ao longo destes anos, a realidade moldou, de certa forma, a prática judiciária e, inegavelmente, fez avançar, quer a jurisprudência, quer a doutrina, quer a prática dos advogados ou mesmo dos administradores judiciais, talvez como nunca no passado.

Espantoso é, por isso, que exista um específico domínio em que a mesma realidade não tenha logrado concitar e fazer avançar tanto o conhecimento e a prática neste âmbito. Refiro-me ao tratamento das situações de insolvência quando estão envolvidas várias sociedades, cerzidas entre si por relações de domínio.

Ao longo dos últimos anos terão passado pelos tribunais portugueses, certamente, largas dezenas de processos de insolvência a envolver empresas relacionadas entre si e, muitas vezes, em situação de domínio. Porém, e em coerência com as soluções legalmente consagradas para este tipo de processos, o nível de consolidação – material ou processual – terá sido francamente residual. Porquê?

Não cabe aqui fazer essa avaliação, mas será razoável pensar que a verdadeira avalanche de processos ocorrida ao longo de anos sucessivos teria que ter deixado alguma coisa para trás. As insolvências de grupo terão sido, provavelmente, consumidas por essa voragem. Não sem custos.

2. O problema de fundo

A realidade empresarial é, hoje, cada vez mais complexa. De tal modo que se terá tornado uma banalidade dizê-lo. Mas isso não contraria, por si, a afirmação.

O conceito de empresa há muito que se deixou de se conter nos limites próprios de uma sociedade comercial. Seja porque, desde logo, também as pessoas singulares podem ser titulares de empresa; seja, por outra banda, porque a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de actividade económica é, muitas vezes, formada por várias sociedades comerciais, que desempenham funções distintas, mas que têm uma unidade de sentido e articulam, entre si, tarefas complementares orientadas para um objectivo comum.

Muitas vezes, e para o que aqui interessa, a estrutura típica de um grupo empresarial opta, deliberadamente, por segmentar a função financeira da função operacional, precisamente para antecipar – e blindar – situações de incumprimento generalizado, procurando uma espécie de *ring fencing* ao contrário, que proteja os seus activos estratégicos da reclamação dos credores.

Por seu turno e na esfera contratual, os credores – ainda que apenas alguns - procuram salvaguardar-se no contexto global do grupo, designadamente por intermédio de cláusulas de *cross-default* ou de garantias cruzadas intra-grupo, que já perspectivam, no decurso normal da actividade, uma certa consolidação.

Espantosamente, a legislação nacional não tem dado, propriamente, acolhimento a esta abordagem, nos casos em que realidades empresariais complexas se deparam com uma situação de incumprimento generalizado e se tornam sujeitos de uma insolvência ou de um qualquer processo de reestruturação.

Com efeito, a previsão do n.º 2, do artigo 86.º do CIRE - que imperou quase exclusivamente durante anos a fio – revelou-se sempre insuficiente, na formulação tímida de que a requerimento do administrador da insolvência fossem apensados aos autos os processos relativos a empresas em situação de domínio ou grupo, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais.

Isto não só pelo alcance meramente processual da consolidação em mira, mas também pelo seu carácter, na prática, facultativo. E, muito especialmente, pela ausência de incentivo aos administradores judiciais para somar apensos a um processo de (normalmente) liquidação, por si só já demorado e exigente.

A crédito e a débito de uma verdadeira consolidação, são vários os argumentos em cima da mesa. Destacam-se, em especial, os de que a consolidação ameaça subverter

o princípio *par conditio creditorum*, provocando aporias na justa repartição do produto da liquidação. Ainda que, do lado contrário, se defenda que a consolidação acaba por sanar situações de igualdade meramente formal, incompatíveis com a unidade intrínseca dos grupos, na sua relação com credores e stakeholders em geral.

Mas o que, em especial, tem desmerecido atenção é o tema da consolidação de processos (e de massas) no quadro da recuperação de grupos de empresas. O que, de certa forma, também sinaliza uma resistência de base ao primado da recuperação, instituído – ainda que pretensamente - no CIRE a partir de 2012 e que, muito claramente, preside a muitas das normas constantes da Proposta de Diretiva.

3. Liquidação e recuperação

O processo de insolvência continua a ter como finalidade precípua a satisfação dos credores do insolvente. Porém, desde 2012, tal finalidade assinala como via primordial para obter aquela satisfação a elaboração de um plano de recuperação.

Temos pois que, sendo ainda e sempre o interesse dos credores que preside ao processo, considera-se que a satisfação de tais credores, por intermédio de um plano que permita, também, recuperar a empresa insolvente, é económica e - porque não dizê-lo? -, socialmente, mais vantajosa do que aquela satisfação por via da mera liquidação de uma massa informe de activos.

Assim também, se observarmos o texto da proposta de Diretiva, ao assinalar que em muitos Estados- Membros se verifica uma tendência para encaminhar empresas viáveis com dificuldades financeiras para a liquidação, em detrimento de uma reestruturação atempada. E que seria possível salvar uma percentagem significativa de empresas e postos de trabalho das mesmas se existissem processos preventivos

nos Estados - Membros em que essas mesmas empresas têm estabelecimentos, activos ou credores.

Ora, no que ao tema dos grupos diz respeito, se o cenário de liquidação é normalmente o pano de fundo onde se inscrevem as razões mais e menos favoráveis à consolidação, o tema da recuperação é, quase sempre, deixado para segundo plano.

Mas aqui, valerá a pena dizer que se a liquidação de um grupo, separadamente ou em conjunto, é sempre possível, a recuperação de um grupo, as mais das vezes, só é possível, precisamente, por via da consolidação.

Seja porque os activos que compõem aquela unidade económica se encontram dispersos pelas várias empresas; seja porque a manutenção de um dos seus estabelecimentos, sem o suporte do braço financeiro da estrutura, é inviável; seja porque, muitas vezes, existem sobreposições e complementaridades insanáveis nas funções desempenhadas pelos vários quadros do grupo, ainda que repartidos por diversas empresas.

Na maior parte dos casos, será lícito dizer que, juntas, as empresas de um grupo (ainda que insolventes) são mais fortes do que separadas. E que a separação determinada por um nível precário de consolidação é, em muitos casos, uma determinante do insucesso da recuperação, traduzindo-se num obstáculo à partida quanto ao cumprimento da finalidade precípua do processo de insolvência, tal como ele vem hoje configurado e de acordo com as principais orientações internacionais.

4. O Regulamento 2015/848

Neste contexto, assume particular relevância o regime contido no Regulamento 2015/848. Porque, na verdade – e ainda que no quadro de realidades grupais transfronteiriças –, ensaia um conjunto de soluções que desbravam um caminho há muito bloqueado, permitindo um enquadramento propício à evolução dos regimes nacionais, neste domínio.

Destacam-se, aqui, em especial, os conceitos de cooperação e coordenação. Este, abrangendo até a possibilidade de impor, de um processo para outro, um efeito de *stand still* com vista a viabilizar a recuperação do grupo em que ambos os devedores – sujeitos processuais - se encontram inseridos.

Quanto à cooperação, merecem também destaque os conceitos de tribunal coordenador, administrador coordenador e de plano de coordenação, procurando, pela via convencional ou, se quisermos, meramente protocolar, instituir uma rede comum – uma certa comunhão de sentido e de esforços - suscetível de viabilizar a marcha de todos os processos em vista de um objetivo comum.

Isto, claro está, sem prejuízo das faculdades de *opt out* e *opt in*, que consagram, ainda, uma certa soberania de cada administrador e a força motriz que ainda reside no brocardo “um devedor, um processo, uma insolvência”.

Por outro lado, de assinalar um princípio de comunicação entre os vários intervenientes, em especial os administradores judiciais e os órgãos jurisdicionais, entre si e entre pares.

São, diremos, pequenos passos. Mas que parecem caminhar no sentido de uma crescente consideração da necessidade de consolidação, no âmbito das insolvências de grupo, malgrado toda a desconfiança com que esse caminho foi sendo olhado, ao longo de bastante tempo.

E que são, por assim dizer, uma fonte de inspiração (ainda que envergonhada) para as legislações nacionais, conforme podemos verificar, no nosso caso, no quadro do Programa Capitalizar.

5. O Programa Capitalizar

Sucessor do anterior Programa Revitalizar, o Programa Capitalizar inscreve-se numa filosofia de reforço da estrutura de capitais próprios das empresas, com uma boa parte das suas medidas a incidir sobre a reestruturação financeira como via para a reparação dos balanços. Nem sempre, diga-se, em benefício do próprio devedor. Em muitos casos, subordinando aquele reforço à mera satisfação dos credores – sobretudo bancários – como poderá verificar-se nos casos do regime jurídico da conversão de créditos em capital ou no regime da apropriação do bem dado em penhor mercantil.

Mas para o que aqui importa, interessa observar a evolução no CIRE das normas relativas à insolvência de empresas em relação de grupo.

Assim, podemos destacar a possibilidade de apensação dos processos de insolvência, já não apenas por iniciativa do administrador judicial, mas a título oficioso ou a requerimento dos credores; a previsão de nomeação de um único administrador judicial para todas as empresas do grupo; ou ainda a consideração deste tema no âmbito do PER, em que a consolidação é também tida em linha de conta, através de um mecanismo de apensação.

Dir-se-á que as alterações consideradas não correspondem, ainda, a um verdadeiro alinhamento com a filosofia subjacente ao Regulamento, designadamente em matéria de coordenação, cooperação e comunicação. Não obstante – se observarmos

a total inércia a que esta matéria esteve votada durante tantos anos – as alterações, mesmo modestas, parecem sinalizar uma nova atenção ao tema, que permite alimentar uma expectativa de novas alterações, para um futuro próximo.

6. Aspectos críticos

É que, não haja dúvidas, há uma nova vaga de reestruturações que se aproxima a passos largos, seja em razão da necessidade de transformação estrutural da economia nacional; seja porque – cenário que não podemos afastar – fiquemos a braços, num horizonte mais ou menos próximo, com uma nova crise financeira e económica, com impacto relevante na actividade das empresas e, claro está, na actividade dos tribunais e de todos os profissionais no seu entorno.

Numa abordagem empírica, poderá dizer-se que a vaga de reestruturações emergente da crise que se abateu no país e abriu a porta à assistência financeira internacional, sobretudo nos anos de 2012 e seguintes, se poupou alguém, terá sido as estruturas empresariais mais complexas, porventura com maior exposição ao sistema bancário e, como sói dizer-se, *too big to fail*.

E ainda que todos retenhamos no espírito alguns exemplos de realidades empresariais com este tipo de características que foram vitimadas pela crise, é possível dizer, sem excessivo atrevimento, que foram a excepção – conjuntural – que confirma a regra.

Certo é que uma nova vaga de reestruturações – ou, dito de outra forma, de insolvências orientadas para a recuperação – afectará, sobremaneira, estruturas maiores, mais complexas e polinucleadas, precisamente aquelas que escaparam de uma verdadeira reconfiguração com a crise.

Nessa vaga – uma espécie de reestruturação 2.0 da economia real – levaremos na algibeira a experiência dos anos que passaram, mas é importante que o sistema jurídico esteja preparado para dar novas respostas, respondendo a desafios que serão necessariamente diferentes. Aqui, o tema dos grupos há-de merecer maior destaque.

7. Breves considerações para o futuro

Assente que está a centralidade da recuperação no contexto da insolvência e o lugar crítico que as empresas em relação de grupo poderão ter na nova vaga de reestruturações, importa traçar algumas considerações para o futuro.

Como se disse, o paradigma nacional incide, sobretudo, numa filosofia de coordenação, por via da apensação ou da nomeação de um único administrador de insolvência.

A apensação de processos baseia-se na conexão entre eles e tem em vista a economia processual e a coerência de julgamentos. No entanto, a mera conexão não retira a cada um dos processos a sua autonomia própria.

Vale isto por dizer que se apensação permite dar uma certa unidade de sentido aos processos apensados entre si, tirando partido de uma economia ao nível da instrução e do julgamento, ela não é apta a garantir uma unidade autêntica.

No caso de um processo de recuperação de grupo, a apensação poderá evitar diligências inúteis e dar coerência ou consistência global às decisões tomadas, mas não permite, desde logo, acertar o relógio entre os processos, em moldes que possam, por exemplo, impedir que a efetiva execução do plano de recuperação

aprovado para uma das empresas possa ter lugar, se noutra das empresas do grupo o plano respectivo aguardar decisão de recurso de uma decisão não homologatória.

Isto porque a unidade entre os planos, numa relação de grupo, é muitas vezes intrínseca e o normal desenvolvimento da actividade económica das empresas do grupo é interdependente, de umas para outras.

Por outro lado, e no que ao interesse estrito dos credores diz respeito, o sucesso de um determinado plano de pagamento pode estar dependente da execução concertada de outros planos no seio do grupo, o que poderá funcionar como elemento de incerteza e, assim, dissuasor no momento de aprovar ou não aprovar.

Muitas das críticas que se apontam à consolidação plena das insolvências de grupo centram-se numa perspectiva de liquidação. E será isso, talvez, que tem impedido alterações legislativas de maior monta.

Com efeito, é possível destacar várias situações em que a justa repartição do produto da liquidação, numa perspectiva de igualdade, fica comprometida com a confusão de patrimónios, que, ora frustra, ora aumenta, – com excepção talvez dos créditos garantidos - a expectativa de pagamento.

Porém, existe um domínio em que é possível mitigar esses riscos, com algum benefício para todos os envolvidos.

Justamente, o contexto específico da recuperação como modo de satisfação do interesse dos credores (e da economia) permite suavizar grande parte das críticas. É que, aqui, o que está em causa é a viabilização da actividade da empresa integrada na (s) massa (s) insolvente (s) e não, propriamente, a sua liquidação.

E, nestas situações, é possível calibrar com interesse para todos os credores as medidas a adoptar, *maxime* as relacionadas com o modo de pagamento (em termos de prazo, carência, perdão, remuneração, etc...) de uma forma mais compatível com a posição específica de cada um, ao contrário do que sucede na liquidação, numa abordagem *all or nothing*.

Por outro lado, muitas vezes será possível sustentar que os efeitos do plano conjunto para todos os credores envolvidos são previsivelmente mais favoráveis do que os efeitos da liquidação separada das massas, para cada um dos credores. Com efeito, como atrás referi, o todo é muitas vezes superior à soma das partes; e, por outro lado, face ao processo de crescente digitalização da economia, são inúmeros os casos em que a valorização das empresas como *going concern* é vastamente superior ao valor dos activos inscritos no seu balanço.

Neste cenário, se a legislação não seguir um caminho de consolidação ou não for beber das soluções que o Regulamento consagra, poderá, ao menos, replicá-las na prática, convocando para essa tarefa o administrador de insolvência responsável por várias empresas do mesmo grupo em recuperação, ao abrigo das previsões inscritas por via do programa capitalizar. O qual poderá sempre, ao abrigo dos princípios da colaboração e cooperação - e no cumprimento dos seus deveres específicos - desenvolver acções de comunicação e coordenação entre processos e intervenientes, que permitam maximizar o valor em presença, pela via de um plano ou mesmo da venda conjunta de estabelecimentos, em benefício dos credores e da economia.

Para tal, será necessária uma aposta na crescente qualificação e valorização destes profissionais. E, especialmente, a criação de modelos de remuneração e mecanismos de aceleração processual que permitam estimular a adopção da via da recuperação, em alternativa à liquidação pura e dura.

Afigura-se assim, que a consolidação na óptica da recuperação poderá constituir uma espécie de balão de ensaio, com vista ao eventual aprofundamento desta perspectiva, em cenários de pura liquidação. Por outro lado, permitirá uma actuação em linha com as orientações internacionais, que vêm prestando consistentemente tributo ao caminho da recuperação e à necessidade de coordenação no contexto grupal.