

QUÓRUM PARA A APROVAÇÃO DO PLANO DE INSOLVÊNCIA (ANOTAÇÃO AO ARTIGO 212.º DO CIRE)

Quórum para a aprovação do plano de insolvência (Anotação ao artigo 212.º do CIRE)

O artigo 212.º do CIRE prevê os quóruns necessários para a aprovação do plano de insolvência, relativo à recuperação da empresa ou à liquidação do património. As linhas seguintes visam identificar e clarificar algumas questões suscitadas na aplicação prática dos referidos quóruns.

Introdução - a aprovação do plano

O artigo 1.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas («CIRE») afirma como uma das finalidades do processo de insolvência a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, instituída em alternativa à liquidação do património do devedor insolvente. Assim, o CIRE valora a recuperação da mesma forma e consagra-a ao mesmo nível que a liquidação do património do devedor insolvente, atendendo à idoneidade de ambos os meios para promoverem a satisfação dos direitos dos credores. Porém, embora o CIRE não demonstre preferência pela via da recuperação da empresa, introduz um regime de aprovação do plano de insolvência que, através do estabelecimento de maiorias flexíveis e de outros requisitos, potencia a aprovação do plano, desde que garantidos os interesses dos credores que este efectivamente afecta.

A previsão de maiorias flexíveis para a deliberação de aprovação do plano de insolvência pela assembleia de credores (impostas, como se explanará abaixo, pela exigência de um quórum constitutivo e de dois quóruns deliberativos de verificação simultânea), reveste-se de grande relevância prática. Em primeira linha, e assumindo dizer o óbvio, o plano de insolvência só poderá ser aprovado se, no caso, se verificarem todas as maiorias legalmente exigidas. Desta forma, a violação destes requisitos obstará a que a deliberação seja tomada, imediatamente, ou a que o plano de insolvência possa ser homologado pelo juiz, se o vício procedimental só for detectado nessa sede.

Estas primeiras ilações, que são quase uma evidência, apresentam, curiosamente, grande importância, uma vez que a prática revela que vigoram interpretações díspares do artigo 212.º do CIRE («artigo 212.º») entre aqueles que exercem o Direito. Por força desta constatação (e pese embora um levanta-

Quorum for the approval of the insolvency plan (Note on article 212 of the Insolvency Code)

Article 212 of the Insolvency Code establishes the majorities required for the approval of an insolvency plan, with a view to either recovering the insolvent company or liquidating the insolvency estate. The following sentences are intended to identify and clarify certain issues raised by the application of such majorities.

mento casuístico e sistemático que sustente a presente análise seja dificultado pelo facto de as deliberações de aprovação do plano de insolvência publicadas em Diário da República omitirem as maiorias que sustentaram a aprovação), arrisca-se dizer que diferentes critérios podem estar a ser adoptados na verificação do preenchimento dos quóruns exigidos pelo CIRE.

Ora, tais critérios, como já exposto, são relevantes a jusante, para efeitos de validade e homologação do plano de insolvência, mas também a montante, numa fase prévia, para o credor delinear a sua estratégia, tomando em linha de conta o número de presenças e de votos necessários para a deliberação de aprovação do plano de insolvência ser tomada, consoante essa seja ou não a vontade concreta do credor em causa.

Será, assim, de elementar necessidade que o credor conheça qual a forma de calcular as maiorias exigidas por lei, para poder equacionar os diferentes cenários —e resultados— possíveis para a assembleia de credores. Tal necessidade faz-se sentir tanto mais quanto, no quadro do CIRE, as maiorias são flexíveis, tendo que ser calculadas *in casu*, e não uma percentagem fixa dos créditos, como se verificará que acontecia no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência («CPEREF»).

Acresce que, a doutrina ou negligencia o tratamento dos quóruns de aprovação do plano de insolvência, ou, debruçando-se sobre o assunto com alguma brevidade, não aprofunda os problemas que se podem suscitar, incorrendo até em algumas incoerências, que acompanham assim as divergências interpretativas que se verificam na prática.

Ora, embora se conceda que o artigo 212.º admita diferentes interpretações com um mínimo de correspondência verbal com a letra da lei, uma leitura integrada e exigente do preceito revela clara-

mente qual a solução que o legislador procurou consagrar —o que fez, aliás, em termos adequados.

Por fim resta dizer que a questão tem surgido na jurisprudência apenas de uma forma lateral, relativamente às maiorias necessárias para afectação de créditos da Fazenda Pública pelo plano de insolvência, face à imperatividade de normas fiscais. Contudo, também aí se evidenciam interpretações do artigo 212.º em contradição com a letra do preceito.

Pelo exposto, e face à ausência do esclarecimento seguro pelas doutrina e jurisprudência, propõe-se agora um exercício interpretativo do artigo 212.º, com a pretensão de analisar, de um prisma técnico, as maiorias necessárias, mas também de, timidamente, aflorar o enquadramento do referido artigo 212.º e os motivos que justificam as opções tomadas pelo legislador.

O quórum de aprovação de providências de recuperação no CPEREF

No âmbito do CPEREF, o quórum necessário para a aprovação de providências de recuperação da empresa encontrava-se previsto no artigo 54.º. Aí se dispunha, originalmente, que a deliberação teria que ser tomada com o voto favorável de 75% do valor de todos os créditos aprovados, maioria que o Decreto-Lei n.º 351/98 («DL 351/98») reduziu para dois terços.

Por outro lado, o artigo 54.º prescrevia também que a medida de recuperação só seria tomada se não tivesse a oposição de 75% (mais tarde 51%, na redacção do referido DL 351/98) dos créditos directamente atingidos pela providência. Esta regra impunha-se como uma medida de protecção daqueles credores minoritários que, não conseguindo obstar à formação da maioria necessária para a aprovação da providência, eram por esta directamente afectados, merecendo, por isso, tutela.

Em suma, a aprovação da providência de recuperação de empresa caracterizava-se, no CPEREF, e não obstante as alterações sofridas pelo diploma, por: (i) a deliberação de aprovação de providência de recuperação de empresa ser sempre tomada por uma percentagem fixa do valor de todos os créditos aprovados e (ii) possibilidade de o voto desfavorável de uma maioria de credores directamente afectados pela providência obstar a que esta fosse aprovada.

O quórum de aprovação do plano de insolvência no CIRE

Ao artigo 54.º do CPEREF corresponde, grosso modo, o artigo 212.º, que se visa aqui analisar. No entanto, entre ambas as disposições encontram-se diferenças significativas.

Como passo prévio à aferição dos quóruns constitutivo e deliberativos necessários para a aprovação do plano de insolvência, o artigo 212.º impõe a determinação de quem são os titulares de direito de voto. Ora, os direitos de voto encontram-se regulados pelo artigo 73.º do CIRE, pelo que os preceitos do artigo 212.º devem ser preenchidos com recurso àquela disposição.

Percorrido esse passo, haverá então que atender às especificidades e restrições do direito de voto impostas pelo artigo 212.º, procurando entender o critério subjacente à atribuição de direito de voto para efeitos de aprovação do plano de insolvência.

Ora, quanto à atribuição do direito de voto, e numa abordagem global, o referido artigo 212.º destaca-se por se distanciar das opções tomadas pelo artigo 54.º do CPEREF, oferecendo um novo critério: o direito de voto assiste àqueles que serão afectados pelo plano (cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 212.º), sendo certo que esse critério pode ceder verificadas certas circunstâncias (cfr. n.º 3 do artigo 212.º).

Assim, com a transição do 54.º do CPEREF para o artigo 212.º, os credores afectados pelas medidas de recuperação deixaram de fazer valer a sua vontade mediante a oposição da sua maioria, mediante o impedimento à aprovação, para passarem a ser, eles próprios, os únicos titulares do direito de voto, a serem quem forma as maiorias legalmente exigidas para a aprovação.

De notar que esta delimitação dos titulares do direito de voto é operada, pelo alínea a) do n.º 2 do artigo 212.º, de uma forma negativa —i.e., não é atribuído direito de voto aos créditos que não sejam modificados pela parte dispositiva do plano.

Por outro lado, é também de notar que, ainda no âmbito dessa delimitação negativa, mas desta feita pela alínea b) da referida disposição, outros créditos são excluídos da atribuição do direito de voto: os créditos subordinados de determinado grau, quando o plano decreta o perdão integral dos créditos de graus inferiores e não atribui qualquer valor económico ao devedor. Tal significa, designadamente, que os créditos subordinados —definidos pelo n.º 4 do artigo 47.º do CIRE e elencados no

artigo subsequente—, aos quais por força do n.º 3 do artigo 73.º do CIRE, apenas compete o direito de voto no âmbito da aprovação do plano de insolvência, podem também nessa sede ver restringido o seu direito de voto se, em concreto, a posição dos seus titulares resultar beneficiada pelo plano de insolvência, sem que tal benefício tenha paralelo nem quanto aos titulares de créditos de graus hierarquicamente inferiores, nem quanto ao devedor insolvente. No fundo, e numa análise simplista, está aqui patente uma outra vertente da regra de que o direito de voto assiste apenas aos credores afectados: da mesma forma que se procura que o plano de insolvência não seja imposto aos credores afectados por aqueles que não são afectados pelo plano, procura-se também que os credores de créditos subordinados, que são afectados positivamente pelo plano de insolvência, por nele encontrarem uma alternativa à regra de pagamento plasmada no artigo 177.º do CIRE, não possam impor a sua vontade na ausência de outros beneficiados pelo plano.

Embora reconhecendo que a questão da determinação dos direitos de voto merece maiores desenvolvimentos, assumir-se-á de seguida que, mediante aplicação conjugada do artigo 73.º e das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 212.º, está já fixado qual o total dos créditos com direito de voto, passando assim a analisar o quórum constitutivo da assembleia de credores, calculado sobre essa universalidade.

Dispõe o n.º 1 do artigo 212.º que a reunião é validamente constituída se estiverem presentes ou representados credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos com direito de voto. Assim, após a delimitação de quem são os titulares do direito de voto, há uma parcela fixa de créditos, determinável *a priori*, necessária para constituir a assembleia de credores.

Verificando-se o quórum constitutivo, haverá então que aferir se o número de votos favoráveis à aprovação do plano de insolvência preenche, ou não, os dois quóruns deliberativos, de verificação simultânea, exigidos pelo artigo 212.º.

Em primeira linha, o artigo 212.º impõe, assim, que a proposta de plano de insolvência recolha o voto favorável de mais de dois terços dos votos emitidos.

Tal significa —como se tem vindo a afirmar e em oposição com o regime do CPEREF— que o número de votos favoráveis necessário para a aprovação do plano de insolvência só pode ser determinado

com exactidão após a constituição da assembleia de credores. Trata-se, assim, de uma maioria flexível, pois não visa impor que a proposta de plano de insolvência recolha o voto favorável de uma percentagem fixa do universo dos créditos com direito de voto, mas sim o voto favorável de uma fracção dos créditos cujos credores integrem o quórum constitutivo da assembleia em causa (naquilo que pode ser visto como uma opção destinada a facilitar a aprovação de um plano de insolvência).

Em segundo lugar, o artigo 212.º impõe que a proposta de plano de insolvência recolha o voto favorável de mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados. Esta segunda exigência foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, que explica, no seu preâmbulo, que tal requisito foi introduzido «*por forma a evitar que os credores subordinados possam, sem o acordo dos restantes credores, fazer aprovar um plano de insolvência*». Assim, e na senda das observações anteriores quanto à titularidade do direito de voto, procura-se garantir que, ainda que este direito assista aos credores de créditos subordinados, estes não possam, sozinhos, fazer aprovar um plano de insolvência que certamente os beneficia face ao regime supletivo do CIRE, afectando os demais credores.

As dificuldades interpretativas do artigo 212.º que a presente exposição se propõe tratar residem, precisamente, na articulação entre estes dois quóruns deliberativos, com referência ao quórum constitutivo imposto.

A interpretação mais consentânea com a letra do preceito, e que, por corresponder a uma solução razoável e acertada, não deverá ser afastada, consiste em (desde que verificado, no caso, o quórum constitutivo) utilizar como referência o número dos votos emitidos, desconsiderando as abstenções, para partir para dois raciocínios.

O primeiro, que oferece parca dificuldade, consiste em calcular se mais de dois terços dos votos emitidos correspondem a votos favoráveis. Se a resposta for afirmativa, encontra-se cumprido o primeiro quórum deliberativo, e haverá então que partir para um segundo raciocínio. O segundo raciocínio implica que se cumpram duas etapas: em primeiro lugar, há que determinar qual o número de votos emitidos (favoráveis e desfavoráveis) que correspondem a créditos não subordinados. Em segundo lugar, há que confirmar se, desse número total, mais de metade corresponde a votos favoráveis. Cumpridas as duas etapas, e sendo a resposta posi-

tiva (ou, se na primeira etapa, e numa redução ao extremo, se constatasse que não existiam créditos não subordinados), estará verificado o segundo quórum deliberativo.

Num rápido exemplo: há 99 direitos de voto e a assembleia de credores constitui-se com 33 (22 não subordinados e 11 subordinados), deliberando aprovar o plano de insolvência com 30 votos emitidos (21 votos favoráveis e 9 votos contra) e 3 abstenções. Os votos correspondentes a créditos não subordinados dividiram-se em 20 votos emitidos (14 favoráveis e 6 desfavoráveis) e 2 abstenções.

A deliberação foi validamente tomada pois (i) a assembleia foi constituída com um terço do total dos créditos com direito de voto (33 em 99); (ii) a proposta de plano de insolvência recolheu mais de dois terços dos votos emitidos (21 em 30); e (iii) a proposta recolheu ainda mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados (14 em 20).

Em suma, interessa que a maioria que aprova o plano de insolvência represente não só a vontade da maioria dos votos emitidos na assembleia de credores, mas também a vontade da maioria dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados —ou, ao contrário, que a vontade agravada da maioria (créditos subordinados e não subordinados) não prevaleça face à vontade dos credores titulares de metade dos créditos não subordinados, que merecem especial tutela. Afastam-se, assim, as demais interpretações do artigo 212.º, designadamente aquela que exige que mais de metade dos votos favoráveis emitidos correspondam a créditos não subordinados, porque, para além de não ter verdadeiro assento na letra da lei, não se adivinham motivos para a lei impor uma especial composição da maioria, que representasse interesses de diferentes credores (de créditos subordinados e de créditos não subordinados).

JOÃO ANACORETA y MARIA JOÃO DIAS *

* Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Oporto).