

Momentum

Newsletter

29

2º trimestre

2020

Sérvulo

Acompanhe as nossas notícias e outras
informações jurídicas em www.servulo.com

Índice

Momentum

Newsletter 29

2º trimestre

2020

03 Covid 19 – a barreira invisível entre senhorios e arrendatários

14 O Processo Especial de Revitalização no contexto da pandemia COVID-19

05 Desempenhar funções em IPSS comporta riscos acrescidos de responsabilização criminal?

17 Auxílios públicos ao serviço do Desenvolvimento Sustentável

09 O fim do Privacy Shield: milhares de empresas vão ter de repensar a abordagem em temas de dados pessoais nas relações Europa-EUA

19 Assimetrias híbridas ou como mitigar a não tributação em operações transfronteiriças

11 Novo Regulamento sobre Organismos de Investimento Coletivo

Covid 19 a barreira invisível entre senhorios e arrendatários

O ano 2020 pontapeou, como nenhum outro, a pretensa normalidade das nossas vidas, sobretudo pela escala esmagadoramente global de uma crise sem precedentes, primeiro sanitária, a que se seguiu, inevitavelmente, a económica. Em apenas quatro meses, assistimos à publicação massiva de diplomas legais, que, a coberto de uma excepcionalidade ímpar, procuraram equilibrar uma balança impossível.

O sector imobiliário não foi exceção. A perda total de rendimentos de famílias e empresas causada pelas medidas de caráter sanitário, que se impunham para salvar vidas e aliviar um frágil SNS, levou à tomada de medidas paliativas, necessárias, à prevenção de uma catástrofe ainda maior.

Em 19 de março de 2020, assistimos à publicação da **Lei nº 1-A/2020**, que proibiu os despejos, suspendendo, durante o período da pandemia, e em pleno dever de confinamento domiciliário “a produção de efeitos das denúncias de contratos de arrendamento habitacional e não habitacional efetuadas pelo senhorio” e as “ações de despejo, os procedimentos especiais de despejo e os processos para entrega de coisa imóvel arrendada, quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria”.

No dia seguinte, o **Decreto nº 2-A/2020**, já em estado de emergência, procurou a proteção dos proprietários, tentando equilibrar a balança, e impedindo que o encerramento de instalações e estabelecimentos imposto servisse de fundamento “à resolução, denúncia ou (...) extinção dos contratos de arrendamento não habitacional ou outras formas contratuais de exploração de imóveis”.

A 6 de abril, a chamada “moratória” das rendas vem tentar impedir o descalabro económico e a crise social resultante do incumprimento massivo dos contratos de arrendamento (e semelhantes), com a publicação da **Lei nº 4-C/2020**, segundo o qual é conferida a possibilidade de diferimento de rendas durante o estado de emergência e no mês seguinte ao da sua sucessão, e o seu pagamento faseado no período de 12 meses imediatamente subsequente. A lei pretendia proteger os arrendatários habitacionais com perda de rendimentos ($> 20\%$), e taxa de esforço $> 35\%$ e os não habitacionais ou semelhantes, cuja atividade se encontrasse suspensa ou encerrada, por força das medidas para impedir o progresso da pandemia.

Quase no fim do estado de emergência, em 29 de maio de 2020, a **Lei nº 17/2020** postergou para dia 1 de setembro de 2020 o inicio do plano de pagamentos projetado pela Lei 4-C/2020, que deixou desse modo de ser duodecimal, devendo ser cumprido até 30 de junho de 2021, o que na prática se traduz em pagar o mesmo número de rendas durante menos tempo, adiando o problema e sufocando os arrendatários que, com alguma sorte, começariam

a recuperar os seus rendimentos. Muitos já não o conseguiram.

Está em aprovação parlamentar a **Proposta de Lei n.º 42/XIV/1.**, que pretende prorrogar, mais uma vez, para quem o queira e demonstre, o prazo de diferimento das rendas por período não posterior a 31/12/2020, permitindo o estabelecimento de novos planos de pagamento, a realizar no prazo máximo de 24 meses, ou seja, até 31 de dezembro de 2022.

Quatro meses separam estes diplomas. Quatro meses de barreira invisível entre senhorios e arrendatários nesta crise pandémica, com ajustes, prorrogações, alterações, indignações, desigualdades e (algumas) injustiças, mas com três aspetos invariáveis comuns: (i) a imprevisibilidade do seu desfecho, (ii) a maior devastação causada pela crise económica face à crise sanitária, e a (iii) inevitável crise de valores que se lhes seguirá a ambas.

Carla Leandro
cl@servulo.com

● Desempenhar funções em IPSS comporta riscos acrescidos de responsabilização criminal?

O recente acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2020 estabelece uma opção clara.

“Entende este tribunal que as instituições particulares de solidariedade social [“IPSS”] não devem ser consideradas «organismos de utilidade pública» e, por essa via, não deve ser considerado funcionário, para efeito da lei penal, quem desempenhe ou participe no desempenho da sua atividade”.

1. O que se discutiu neste acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça?

Em causa está a delimitação do conceito de “organismo de utilidade pública”, como previsto na alínea d), do n.º 1, do artigo 386.º do CPP, e da inclusão nele, ou não, das IPSS, sob qualquer das suas formas.

Em síntese, caso as IPSS integrem o conceito de “organismo de utilidade pública”, então a expressão “funcionário” para efeito da lei penal abrange todos aqueles que desempenhem funções em IPSS ou nelas participem. Quer isto significar que, em abstrato, o comportamento de quem desempenha tais funções pode subsumir-se pelo menos nos tipos legais de alguns dos crimes praticados no exercício de funções públicas (Capítulo IV do Código Penal), sem prejuízo de, em concreto, ser necessário verificar se se pode fazer uma equiparação à conduta tipicamente descrita no tipo legal de crime.

A discussão, quer na doutrina, quer na jurisprudência, não tem sido de modo algum pacífica, aliás, do acórdão em análise constam quatro Declarações de Voto, defendendo posições antagónicas à jurisprudência fixada.

Por um lado, defende-se o sentido amplo do conceito de «organismo de utilidade pública», por outro um conceito restritivo que exclui as pessoas coletivas de utilidade pública, uma vez que estão em causa pessoas coletivas de direito privado.

2. Qual a posição adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça nesta contenda?

Com a decisão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”) fixou-se a seguinte jurisprudência:

“O conceito de ‘organismo de utilidade pública’, constante da parte final da atual redação da alínea d), do n.º 1, do artigo 386.º, do Código Penal, não abarca as instituições

particulares de solidariedade social, cujo estatuto consta hoje do Decreto-Lei n.º 172 -A/2014, de 14 de novembro, alterado pela Lei n.º 76/2015, de 28 de julho.”

Em favor da sua posição, o STJ utilizou os seguintes argumentos:

- i) não se compreenderia, nem se vê razão para que o legislador de 1979/82 tivesse pretendido alargar o conceito de funcionário de forma a abranger pessoas que não tinham uma tal qualidade em face do anteprojeto de Código Penal, quando os novos diplomas legais acentuavam o seu carácter privado;
- ii) não se compreenderia a utilização de um conceito de contornos indefinidos para indicar aquilo que podia ser designado em termos precisos;
- iii) se analisados os tipos incriminadores incluídos no Código Penal em que o agente é caracterizado como sendo funcionário, veremos que, em regra, estão incluídos no Título V do Código Penal “dos crimes contra o Estado”, associados ao exercício de funções específicas (como as relacionadas com a realização da justiça ou o cumprimento de reações criminais privativas da liberdade), ou ao exercício do poder público e aos deveres a ele inerentes não podendo ser praticados por alguém que desenvolva funções em IPSS;

iv) ou, por outro lado, encontram-se fora desse Livro, mas pressupõem um grave abuso de autoridade, características também estranhas ao exercício de funções em instituições particulares de solidariedade social;

v) se as funções em IPSS podiam propiciar a prática de crimes de corrupção e de peculato, para os quais a qualidade de funcionário também é relevante, há que notar que esses mesmos comportamentos são em geral igualmente puníveis quando assumidos por não funcionários;

vi) por fim, ficaria por explicar a razão de ser de uma punição agravada para os trabalhadores e os titulares de órgãos de pessoas coletivas de direito privado que, nem orgânica, nem funcionalmente, fazem parte da Administração Pública.

O STJ entendeu não existirem motivo para equiparar, para efeitos penais, aqueles que desempenham funções em IPSS aos “trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado”.



3. Qual a relevância prática desse entendimento?

Como se antevê, tendo o STJ optado por fixar jurisprudência no sentido de que as IPSS não devem ser consideradas “organismo de utilidade pública”, então não deve ser considerado funcionário, para efeito da lei penal, quem desempenhe ou participe no desempenho da sua atividade.

Desse modo, pretende-se assinalar a posição à luz da qual as IPSS se inserem no setor cooperativo e social, ainda que sob fiscalização do Estado, mas sem que se equipare quem aí desempenhe funções aos “funcionários”, não se lhes aplicando as específicas exigências e deveres legais dos funcionários que integram a previsão do artigo 386º do Código Penal.

Uma das consequências práticas mais relevantes desse entendimento é que quem desempenhe funções em IPSS não será punido, em abstrato, tão gravemente como se de um funcionário se tratasse.

4. Qual o sentido das Declarações de Voto?

Sumariamente, as Declarações de Voto ou tomam a posição totalmente oposta à adotada (“a expressão “organismo público” referida na alín. d) do n.º 1 do art.º 386º do Código Penal abrange as instituições particulares de solidariedade social”), ou, por sua vez, apresentam um entendimento intermédio (“o simples facto de alguém exercer uma qualquer função numa IPSS não determina,

por si só, a integração no conceito de funcionário, (...) há que, em função do caso concreto, verificar se se pode fazer uma equiparação à conduta tipicamente descrita no tipo legal de crime e causa.”).

5. Em que medida uma decisão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça influencia as decisões dos tribunais judiciais?

Em primeiro lugar, uma decisão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem eficácia no próprio processo em que o recurso foi interposto, bem como nos processos cuja tramitação tiver sido suspensa nos termos da lei.

Dito isto, apesar de não constituir jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, uma decisão de fixação de jurisprudência obriga, nos termos do artigo 445º, n.º 3, do CPP, porém, a um acrescido dever de fundamentação dos tribunais judiciais que divirjam da jurisprudência fixada, impondo um exercício minucioso de justificação das divergências relativamente à jurisprudência fixada.

Cláudia Amorim
ca@servulo.com

Rui Oliveira Alves
roa@servulo.com

O TJUE considerou agora que o Privacy Shield não garante um nível de proteção adequado o que invalida todas as transferências de dados realizadas ao abrigo daquele acordo.

•

O fim do Privacy Shield: milhares de empresas vão ter de repensar a abordagem em temas de dados pessoais nas relações Europa-EUA

No dia 16 de julho, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) considerou inválida a Decisão 2016/1250 relativa à proteção fornecida pelo acordo EU-EUA para transferência de dados pessoais numa decisão proferida no processo movido pelo Austríaco Maximiliam Schrems na qualidade de utilizador do Facebook.

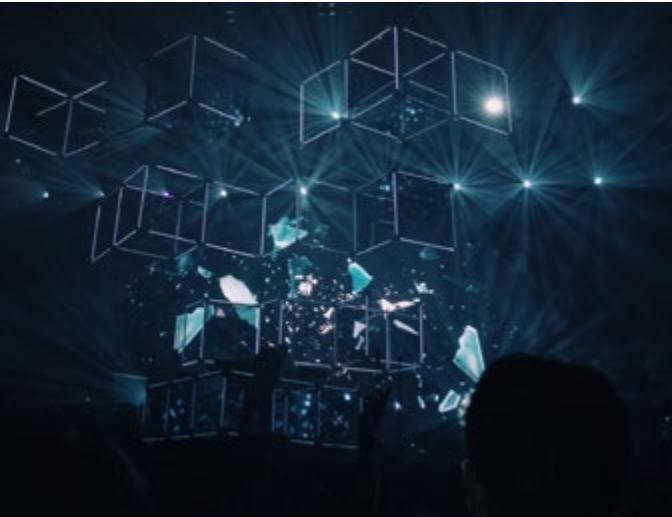
As transferências de dados pessoais entre a Europa e os Estados Unidos têm trilhado um caminho difícil ao longo dos anos. Enquanto a legislação europeia em matéria de proteção de dados está uniformizada nos princípios basilares da proteção de dados desde 1995, com a Diretiva 95/46/EC e centrada na proteção do direito do cidadão europeu à privacidade como um direito fundamental, a legislação norte-americana é, por seu turno, dispersa nesta matéria, com divergências profundas entre estados federais e uma tendência vincada para o protecionismo do sector das tecnologias.

Desta diferença de perspetivas tem resultado, ao longo dos anos, uma recusa da União Europeia e aceitar os Estados Unidos como um país com um nível de proteção adequado em sede de dados pessoais.

A tudo isto veio acrescer o valor atribuído às bases de dados pessoais, consideradas hoje mais importantes que reservas de metais preciosos e um dos principais assets de vários grupos económicos.

Nesta esteira e procurando encontrar uma ponte que tornasse a transmissão de dados entre os dois continentes relativamente eficiente por um lado e balizada pelos princípios legais europeus e proteção do direito fundamental à privacidade, por outro, os Estados Unidos e a União Europeia assinaram inicialmente o Acordo *Safe Harbor* para a proteção de dados, permitindo no fundo um mecanismo em que as empresas norte americanas que considerassem útil poderiam auto vincular-se aos princípios de proteção de dados europeus, obrigando-se a cumprir esses mesmos princípios e assim poderem receber dados pessoais provenientes de cidadãos dos Estados-Membros.

A decisão *Safe Harbor* acabou por ser invalidada em 2015 pelo TJUE após uma queixa apresentada por um cidadão irlandês e com base no facto de as autoridades de investigação federal norte-americanas poderem aceder aos dados sendo as empresas obrigadas ao cumprimento da legislação federal.



Europa e Estados Unidos ficaram então dependentes de (i) autorização dos titulares dos dados ou (ii) assinatura pelas empresas intervenientes nos processos de transferência de dados, quer como responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, quer como processadores desses mesmos dados por conta dos responsáveis pelo tratamento de um conjunto de acordos modelo aprovados pela Comissão Europeia e que permitem o cumprimento da legislação europeia sobre dados pessoais.

A dificuldade de execução prática e velocidade do comércio e trocas mundiais, levou a que se procurasse um novo acordo, nascendo então o *Privacy Shield*.

Desde o início da sua implementação foram várias as vozes que indicaram que a situação de base permanecia igual e que as empresas norte-americanas sempre estariam sujeitas ao cumprimento da legislação federal anti-terrorismo cuja amplitude é muito vasta face ao que é permitido na legislação europeia.

O TJUE considerou agora que o *Privacy Shield* não garante um nível de proteção adequado o que invalida todas as transferências de dados realizadas ao abrigo daquele acordo.

No limbo ficam cerca de 5300 empresas norte americanas que contavam com o *Privacy Shield* para legitimar as transferências de dados realizadas com a União Europeia e terão agora que rever integralmente as suas políticas de atuação ao nível de dados pessoais, procurando assinar acordos com base nas referidas cláusulas contratuais gerais.

Do lado europeu a preocupação deve centrar-se nos grupos económicos que externalizam a maior parte dos seus serviços de tecnologias de informação e alojamento de dados e que podem estar agora a braços com contratos inválidos com inúmeros desses prestadores de serviços, devendo desde já, proceder a uma avaliação da situação. De recordar que as coimas ao abrigo do GDPR são muito pesadas e que a situação é hoje bem mais difícil do que a criada com o fim do *Safe Harbor* no quadro da então vigente Diretiva 95/46/CE.

Ana Rita Paíño
 arp@servulo.com

Novo Regulamento sobre Organismos de Investimento Coletivo

Foi publicado em Diário da República, no dia 23 de março de 2020, o Regulamento da CMVM n.º 3/2020, o qual procede à terceira alteração ao Regulamento da CMVM n.º 2/2015, de 17 de julho de 2015, relativo à atividade de gestão de organismos de investimento coletivo.

Esta alteração procede à adaptação e atualização do Regulamento da CMVM n.º 2/2015 face às alterações ao Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo operadas pelo Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro, que procede à centralização, na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), de todas as competências de supervisão sobre as sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo (SGOIC), as quais anteriormente se encontravam divididas entre a CMVM e o Banco de Portugal.

Com efeito, na vigência da versão anterior do Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (RGOIC), as então designadas sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário e sociedades gestoras de fundos de investimento imobiliário estavam sujeitas ao procedimento de autorização junto do Banco de Portugal previsto para as sociedades financeiras e empresas de investimento.

Presentemente, estas sociedades são todas incluídas na categoria única das SGOIC e encontram-se sujeitas a um procedimento único de autorização junto da CMVM para poderem iniciar as suas atividades (artigo 71.º-E, n.º 2 do RGOIC). Apesar de todas estas entidades gestoras se reconduzirem à categoria de SGOIC, a CMVM especifica, na autorização concedida, as atividades que cada concreta SGOIC está autorizada a exercer nos termos dos números 2 a 5 do artigo 71.º-B, nomeadamente os tipos de OIC que está autorizada a gerir (artigo 71.º-E, n.º 1 do RGOIC). Note-se que relativamente às sociedades já constituídas, a CMVM veio esclarecer no Relatório da Consulta Pública relativa ao presente Regulamento que, nos termos do direito transitório estabelecido no aludido Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro, “o registo como intermediário financeiro das sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário e imobiliário converte-se automaticamente em autorização para início de atividade, nos termos do artigo 71.º-E do RGOIC, sendo as atividades autorizadas as constantes daquele registo”.

Na sequência desta centralização de competências, o Regulamento da CMVM n.º 3/2020 procede às seguintes relevantes alterações ao Regulamento da CMVM n.º 2/2015 que se destacam:

1. Atualização dos elementos instrutórios necessários para os seguintes processos: i) autorização para início de atividades; ii) ampliação ou redução do âmbito da autorização; e iii) autorização para a realização de operações de fusão e de cisão que envolvam SGOIC, os quais passam a estar elencados respetivamente nos novos Anexos A, B e D ao Regulamento da CMVM n.º 2/2015.

No Anexo A do novo Regulamento veio a CMVM especificar os elementos que instruem o pedido de autorização para o início de atividades nos termos do artigo 71.º-F, destacando-se, por um lado, a necessidade de incluir no programa de atividades aspectos relativos à informação financeira previsional e, por outro lado, a densificação que é promovida quanto aos elementos relativos à estrutura organizacional, manual de governação e organização interna e quanto à informação sobre meios humanos, técnicos e materiais.

Considerando a atual categoria única das SGOIC e a mencionada especificação pela CMVM na autorização concedida do conjunto de atividades a exercer, o artigo 1.º-B e o Anexo B do Regulamento em análise estabelecem os termos da mera comunicação da renúncia parcial à autorização (destacando-se a necessidade de comunicar à CMVM o seu contexto, fundamentação e impactos previstos) e os termos do pedido de autorização de ampliação (salientando-se a obrigação de descrever os impactos previstos para a SGOIC no que respeita à estrutura organizacional e aos meios humanos, materiais e técnicos).

Por seu turno, os procedimentos a adotar pelas entidades que pretendam promover uma fusão ou uma cisão que envolva uma SGOIC são estabelecidos no artigo 1.º-D e no Anexo D ao Regulamento em referência, sendo de salientar a necessidade de adicionalmente acompanhar o pedido com os elementos que se requerem em caso de

renúncia parcial à autorização ou em caso de pedido de ampliação da autorização na medida em que a fusão ou a cisão envolvam tais hipóteses.

2. Determinação das alterações consideradas substanciais às condições de autorização das SGOIC, e determinação das alterações não substanciais que devem ser objeto de comunicação à CMVM.

A nova redação do artigo 1.º-D do Regulamento da CMVM n.º 2/2015 vem estabelecer o elenco de alterações substanciais às condições da autorização de SGOIC que implicam que o respetivo projeto seja previamente notificado à CMVM. Neste elenco, assume relevo a previsão de uma cláusula aberta na alínea f) do número 1, pois devem ser objeto de comunicação outras alterações que a SGOIC, qualquer membro dos seus órgãos de administração ou de fiscalização ou qualquer responsável por funções-chave considerem, de modo fundamentado, que são suscetíveis de apresentar impacto significativo na viabilidade económico-financeira da SGOIC.

Paralelamente é estabelecido um elenco de alterações consideradas não substanciais que devem ser comunicadas à CMVM no prazo de 10 dias úteis após a respetiva ocorrência.

No já referido Relatório da Consulta Pública, a CMVM veio clarificar que eventuais alterações às condições da autorização de SGOIC que não sejam objeto, nem de notificação, nem de comunicação à CMVM, mas que constituam alterações aos elementos instrutórios do pedido de autorização não são objeto de notificação ou de comunicação à CMVM. No entanto, pode tal informação vir a ser solicitada para efeitos de supervisão quando necessário.

3. Densificação de alguns requisitos prudenciais aplicáveis às SGOIC, no que diz respeito a meios humanos e operacionais, e procedimentos de supervisão interna, em face da atualização destes requisitos prudenciais operada pelo Decreto-Lei n.º 144/2019.

Neste âmbito, o novo Regulamento cuidou de tratar dos temas seguintes:

- a.** Enumeração dos requisitos aplicáveis aos meios informáticos;
- b.** Indicação dos conteúdos mínimos a dominar pelos colaboradores das SGOIC (neste caso, por remissão para o Regulamento da CMVM n.º 3/2018);
- c.** Enumeração dos dados e documentos a recolher pela SGOIC no âmbito dos procedimentos de registo de clientes e operações;
- d.** Fixação do regime de envio à CMVM dos relatórios de

controlo interno respeitantes aos sistemas de controlo do cumprimento (compliance) e gestão de riscos;

- e.** Aplicação das Normas Internacionais de Contabilidade às demonstrações financeiras das SGOIC, em base individual e em base consolidada.

Patrícia Costa Gomes

pg@servulo.com

José Guilherme Gomes

jgg@servulo.com



O Processo Especial de Revitalização no contexto da pandemia COVID-19

A situação de emergência de saúde pública ocasionada pela pandemia da COVID-19, aliada à declaração de estado de emergência e à decorrente imposição de um conjunto de restrições de direitos e liberdades – em especial, de direitos de circulação e de liberdades económicas –, tiveram e vão continuar a ter um impacto devastador na atividade e, por conseguinte, na solvência das empresas. Neste contexto, os mecanismos de restruturação empresarial, como o Processo Especial de Revitalização (“PER”), ganham uma relevância acrescida, sendo o respetivo conhecimento uma mais-valia que nenhum gestor atento deve dispensar.

O PER surgiu no nosso ordenamento jurídico em 2012, como resposta ao compromisso – assumido por Portugal no Memorando da Troika – de alteração da legislação insolvencial no sentido de agilizar a recuperação efetiva de empresas viáveis. Desde então, milhares de empresas em **situação económica difícil [1]**, ou em **situação de insolvência meramente iminente, mas ainda suscetíveis de recuperação**, recorreram ao PER, estabelecendo negociações com os seus credores com vista à obtenção de um acordo conducente à sua revitalização.

Para aceder ao PER – um processo de natureza urgente, com tramitação mais célere do que os demais processos em tribunal –, a empresa deve apresentar, além do requerimento inicial e de um rol de documentos relacionados com a sua atividade (e.g., relação de credores, lista de ativos, relatórios e contas):

- a) Declaração subscrita há não mais de 30 dias por contabilista certificado ou por revisor oficial de contas (sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida), atestando que a empresa não se encontra em situação de insolvência atual, à luz dos critérios previstos na lei;
- b) Declaração subscrita pela empresa e por credores que, não estando especialmente relacionados com aquela, sejam titulares de, pelo menos, 10% de créditos não subordinados [2], manifestando vontade de encetarem negociações conducentes à revitalização, por meio da aprovação de plano de recuperação;
- c) Proposta de plano de recuperação acompanhada, pelo menos, da descrição da situação patrimonial, financeira e creditícia da empresa [3].

O plano de recuperação a propor aos credores deve conter **medidas que visem restabelecer a viabilidade económico-financeira da empresa**, das quais são exemplo:

- i. O perdão ou redução do valor dos créditos, quer quanto ao capital, quer quanto aos juros;
- ii. O condicionamento do reembolso de todos os créditos, ou de parte deles, às disponibilidades da empresa;

- iii. A modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro dos créditos;
- iv. A constituição de garantias;
- v. A dação em cumprimento e a cessão de bens aos credores;
- vi. O aumento do capital social, em dinheiro ou em espécie, a subscrever por terceiros ou por credores, nomeadamente mediante a conversão de créditos em participações sociais;
- vii. A redução do capital social para cobertura de prejuízos.

Após uma fase de reclamação de créditos, o plano apresentado é negociado com os credores, com a participação e sob a orientação de um administrador judicial provisório, sendo depois submetido à votação daqueles. Se o plano de recuperação for aprovado pelos credores, o juiz decide se o homologa ou não, ficando a homologação dependente da confirmação de que o PER decorreu como legalmente previsto e de que o plano respeita os princípios e as normas aplicáveis. **Sendo homologado pelo tribunal,**

o plano de recuperação vincula a empresa e todos os seus credores (mesmo os que não hajam participado no PER), relativamente aos créditos constituídos até à data da nomeação do administrador judicial provisório.

As empresas que já se hajam submetido a um PER concluído com a homologação de plano de recuperação estão impedidas de recorrer novamente ao PER pelo prazo de dois anos, a não ser que demonstrem que executaram integralmente o plano ou que o requerimento de novo PER é motivado por fatores alheios ao próprio plano e a alteração superveniente é alheia à empresa. Afigurando-se evidente que nenhum plano de recuperação poderia ter antecipado o colapso de atividade provocado pela COVID-19 e que as advenientes dificuldades económicas não foram imputáveis à empresa, a referida limitação temporal não deve aplicar-se, podendo a empresa reiniciar negociações com os seus credores no âmbito de um novo PER, sem ter de aguardar pelo decurso dos dois anos.



A excepcionalidade das circunstâncias em que vivemos e da crise que se avizinha justificariam, crê-se, uma intervenção do legislador no sentido da flexibilização do regime do PER. Por um lado, se à situação económica difícil e à situação de insolvência iminente, que permitem o acesso ao PER, fosse acrescentada a situação económica difícil *iminente ou previsível a curto prazo*, o PER assumiria um caráter mais preventivo [4], minimizando perdas de valor da empresa e aumentando as possibilidades de restruturação. Do mesmo modo, uma *redução do peso relativo do credor* com faculdade de, juntamente com a empresa devedora, declarar a vontade de encetar negociações (10% de créditos não subordinados [5], conforme se referiu) também tornaria mais fácil a instauração atempada de um PER. Por outro lado, já na pendência do PER, o *alargamento da margem negocial do credor* Estado – sobretudo, da Autoridade Tributária e da Segurança Social –, designadamente no sentido de possibilitar a aceitação de planos prestacionais mais favoráveis para empresas em recuperação, com prazos de pagamento mais longos, período de carência, perdão de juros ou dispensa de garantia, removeria um obstáculo significativo à aprovação de planos de recuperação.

Quanto mais cedo uma empresa economicamente viável [6] tomar as medidas adequadas para superar as suas dificuldades financeiras, mais elevada será a probabilidade de evitar a insolvência e prosseguir a sua atividade, em benefício da própria, dos seus trabalhadores, dos seus credores e da economia em geral. Superar a COVID-19, preparar a retoma.

Alexandra Valpaços
ava@servulo.com

[1] Encontra-se em situação económica difícil a empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito.

[2] São subordinados, designadamente, os créditos detidos por sócios e por administradores da empresa devedora e por sociedades em relação de domínio ou de grupo com a mesma.

[3] Em alternativa, o PER pode igualmente iniciar-se através da apresentação de um acordo extrajudicial de recuperação, assinado pela empresa e por credores que representem, pelo menos, a maioria legalmente exigida para a aprovação do plano de recuperação.

[4] É essa a tendência presente na 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), com prazo de transposição até 17 de julho de 2021.

[5] Atualmente, o juiz já pode, mediante pedido fundamentado da empresa ou desta e de credores sem relações especiais que detenham pelo menos 5% dos créditos relacionados, reduzir aquele limite de 10%, considerando o montante absoluto dos créditos relacionados e a composição do universo de credores.

[6] Paralelamente, as empresas não viáveis sem qualquer perspetiva de recuperação deverão ser liquidadas da forma mais rápida possível, no âmbito de um processo de insolvência.

Auxílios públicos ao serviço do Desenvolvimento Sustentável

O combate às alterações climáticas e o desejo de, até 2050, tornar a Europa no primeiro continente climaticamente neutro tornaram-se em prioridades centrais da Comissão Europeia.

A União Europeia assume, assim, o compromisso de liderar mundialmente pelo exemplo naquele que tem de ser assumido como o atual desígnio geracional que assegure a sustentabilidade dos recursos do Planeta.

O Pacto Ecológico Europeu é ambicioso, desafiante e comprehende diversas áreas de atuação. Assim, são perspetivadas mudanças políticas e legislativas que visem, entre outras, (i) **uma transição para uma energia mais limpa e a preços acessíveis**, (ii) uma mobilização industrial para **uma autêntica economia circular**, (iii) a conceção de um **sistema alimentar mais ecológico**, (iv) a aceleração na criação de **soluções de mobilidade sustentável e inteligente** e (v) garantir que as **construções e renovações são feitas de forma eficiente** no que concerne à utilização de energia e recursos.

Estes objetivos não são postos em causa pelo atual cenário de crise económica, causado pela pandemia da COVID-19. Parece existir um consenso alargado de que a recuperação económica deverá passar por uma contínua e crescente aposta nos objetivos estabelecidos no Pacto Ecológico Europeu. Tanto a Comissão Europeia como o Parlamento Europeu, por um lado, quer diversos ministros do ambiente, por outro, defenderam que o Pacto Ecológico Europeu e a Transformação digital devem ser os alicerces da recuperação da economia. A União Europeia parece, pois, focada e dedicada em dar cumprimento à ideia de “*never waste a good crisis*”.

É bom ter presente que, de um ponto de vista económico, algumas das soluções a implementar podem revelar-se inviáveis, pelo seu custo, complexidade e pela ausência de incentivos suficientes ao investimento pelas empresas. Seria ingénuo e irrealista considerar que as empresas se encontrariam disponíveis para pôr em prática projetos que, *ab initio*, não apresentassem condições para singrar no mercado. Algo ainda mais evidente num contexto pós-COVID-19.

Destarte, os auxílios públicos constituem um instrumento de enorme importância, possibilitando às empresas o acesso a recursos que as mesmas não conseguiram obter em mercado. Um exemplo é o da decisão SA.55100 da Comissão Europeia, que considerou compatível um auxílio polaco à construção de uma estação termoelétrica para a

utilização de resíduos como fonte de energia no Município de Gdańsk.

Os auxílios públicos devem, obrigatoriamente, ser notificados à Comissão Europeia de modo a que esta possa aferir da sua compatibilidade com o mercado interno. Não obstante, a legislação da União isenta da obrigação de notificação algumas categorias de auxílios, desde que os pressupostos estejam cumpridos: é o que sucede, com auxílios ao investimento a favor da reciclagem e reutilização de resíduos. Contudo, esta categoria de auxílios não engloba a construção de infraestruturas que pretendam utilizar resíduos para a produção de energia.

O projeto será implementado através de uma parceria público-privada entre uma empresa municipal e uma empresa privada selecionada com base nas normas de contratação pública. Estima-se que o auxílio ora aprovado venha a permitir a absorção anual de 160.000 toneladas de resíduos, e a redução da utilização de combustíveis fósseis na produção de energia. Ao aferir da compatibilidade deste auxílio com o mercado interno a Comissão chegou a algumas conclusões dignas de nota:

- O objetivo é alcançar poupanças primárias de energia, as quais serão possíveis pelo facto de a estação termoelétrica produzir eletricidade de forma altamente eficiente (§40);
- Os resíduos serão queimados de acordo com os princípios hierárquicos para o tratamento de resíduos definidos na legislação da União (§41);
- O projeto contribuirá para a redução de emissões de CO2 e da quantidade de resíduos em aterros (§43);
- Está comprovada a adicionalidade: sem apoio público as empresas não teriam incentivo suficiente para o investimento, vista a sua falta de rentabilidade (§46);
- Mesmo com o apoio público não é expectável que o beneficiário do auxílio venha a obter lucros excessivos com a construção e operacionalização do projeto (§58);
- O auxílio, pela sua natureza, favorece tecnologias e produtos amigos do ambiente à custa de outros mais poluentes, mas sem que isso conduza a uma distorção da concorrência indevida, uma vez que se encontra intrinsecamente ligada ao seu objetivo (§61).

Por conseguinte, à luz das considerações anteriores, a Comissão Europeia declarou o auxílio compatível com o mercado interno, visto que o mesmo serve um **objetivo de interesse comum**, existe uma **necessidade** para a concessão do auxílio, é **proporcional** e não é expectável que existam distorções da concorrência indevidas.

Esta decisão da Comissão Europeia parece ser um bom guia para próximos investimentos nestas áreas. Neste sentido, e de acordo com a revisão das suas próprias orientações relativas a auxílios públicos nos domínios do ambiente e energia, será interessante ver de que forma a Comissão Europeia acolherá aí algumas das ilações que se retiram desta decisão. A revisão das orientações existentes constitui, aliás, um importante sinal do caminho que a Comissão Europeia se propõe trilhar.

Mais arrojado seria, inclusive, a consagração deste tipo de auxílios como uma categoria isenta de notificação nos termos do Regulamento (UE) n.º 651/2014, pois teria um impacto positivo na promoção deste tipo de importantes medidas, removendo uma barreira administrativa a projetos ambientais responsáveis. Naturalmente que, num tal cenário, seria imperativo estabelecer um enquadramento adequado e que respeitasse condições compatíveis com o mercado interno, podendo a decisão SA.55100 (nomeadamente quanto às conclusões atrás referidas) ser utilizada como exemplo. Um passo como este poderá revelar-se como fundamental para inverter a tendência depleativa e de degradação do ecossistema, cada vez mais premente nos dias de hoje e que, mesmo no período imemorial que vivemos, não pode ser negligenciada.

Guilherme Oliveira e Costa
goc@servulo.com

Assimetrias híbridas ou como mitigar a não tributação em operações transfronteiriças

No dia 6 de julho foi publicada a Lei n.º 24/2020, que procede à alteração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), transpondo parcialmente a Diretiva (EU) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho (Diretiva ATAD (Anti-Avoidance Directive ou, em português, a Diretiva Antielisão Fiscal)).

O conteúdo desta Diretiva foi maioritariamente transposto para a legislação portuguesa em 2019, tendo alterado, em sede de IRC, as regras de dedutibilidade de juros, as regras CFC (imputação de lucros ou rendimentos de entidades não-residentes controladas) e, ainda, o regime de tributação à saída (transferência de residência de uma sociedade portuguesa para o estrangeiro), bem como a cláusula geral antiabuso.

A Lei n.º 24/2020 veio agora concluir o processo de transposição, introduzindo um regime, em sede de IRC, no que respeita às assimetrias híbridas com países terceiros.

De acordo com as palavras do então Ministro das Finanças Mário Centeno, em conferência de imprensa no dia 16 de janeiro de 2020 (quando tais medidas foram aprovadas em Conselho de Ministros), o objetivo do diploma agora publicado “é o controlo de situações que potenciam a duplicação de deduções com impacto fiscal, ou seja, o planeamento que está associado a tirar partido de diferenças entre jurisdições fiscais”.

As assimetrias híbridas consistem em mecanismos que permitem, às empresas multinacionais, no contexto de operações transfronteiriças, aproveitar as diferenças entre os regimes fiscais das jurisdições em que operam, assim mitigando a sua carga fiscal. Ou seja, os mecanismos de assimetria híbrida exploram as diferenças no tratamento fiscal de uma entidade ou de um instrumento nos termos da legislação de duas ou mais jurisdições fiscais, a fim de obter uma dupla não tributação, duplas deduções de gastos ou a deduções de gastos sem inclusão de rendimentos na base tributável.

O Ministro das Finanças referiu, na referida conferência de imprensa, que a transposição deste regime “terá seguramente um impacto relevante na capacidade de receita fiscal dos países, em particular de Portugal, porque limita a erosão da base fiscal proporcionada pelas diferenças entre jurisdições”.

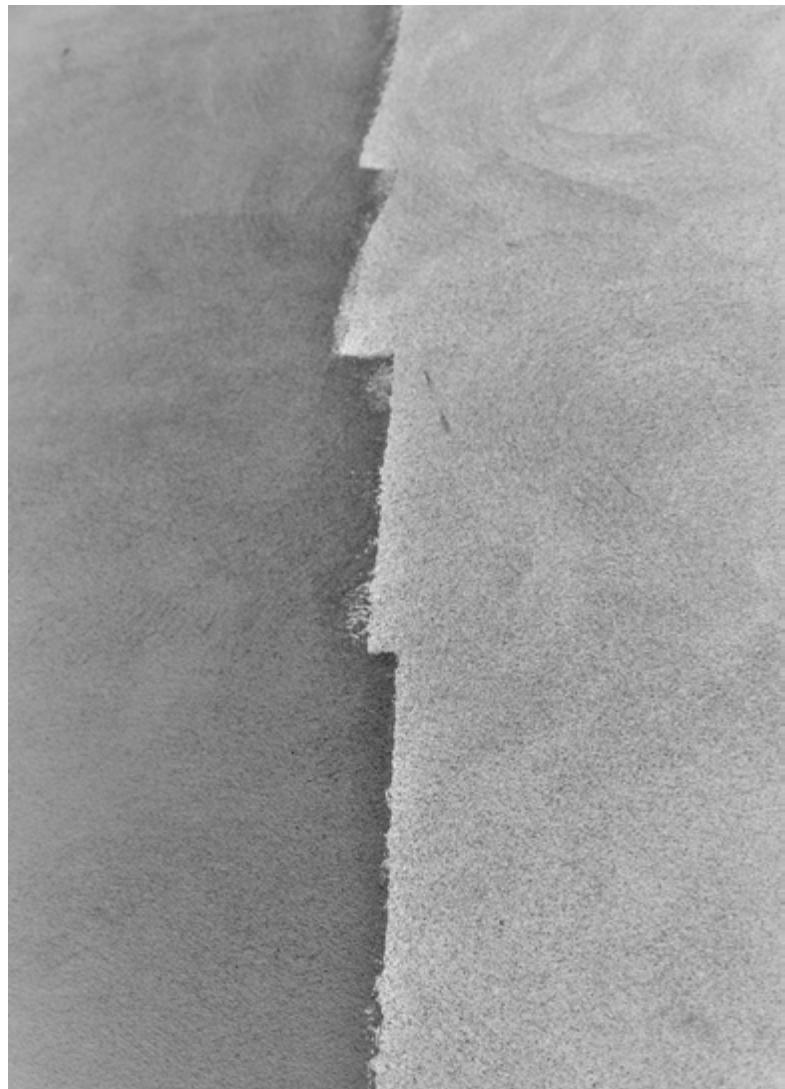
Neste contexto, são introduzidos novos artigos no Código do IRC, em que os artigos 68.º-A a 68.º-D definem o âmbito de aplicação do regime, quer para as situações em que as entidades híbridas não são consideradas residentes, para efeitos fiscais, em Portugal, como para a situação inversa. Procedem, ainda, ao elenco dos gastos que devem ser desconsiderados para efeitos de IRC, assim como dos rendimentos que devem concorrer para a determinação do lucro tributável em sede deste imposto.

A entrada em vigor das novas regras será diferenciada. Os artigos 68.º-A, 68.º-B e 68.º-D do Código do IRC são aplicáveis aos períodos de tributação com início em, ou após, 1 de janeiro de 2020, enquanto o artigo 68.º-C do Código do IRC será aplicável apenas aos períodos de tributação com início em, ou após, 1 de janeiro de 2022.

Sem prejuízo, o próprio artigo 68.º-C terá diferentes momentos de entrada em vigor dependendo da situação concreta, podendo o mesmo apenas vir a ser aplicável aos períodos de tributação que se iniciem após 31 de dezembro de 2022, relativamente a assimetrias híbridas resultantes de um pagamento de juros efetuado ao abrigo de um instrumento financeiro a uma empresa associada, quando se verifiquem cumulativamente as condições previstas na Lei n.º 24/2020.

Teresa Pala Schwalbach
tps@servulo.com

Joana Leão Anjos
jla@servulo.com



A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos.
O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de uma relação entre advogado cliente.
A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados.

Sérvulo & Associados
Sociedade de Advogados, SP, RL

Rua Garrett, 64
1200-204 Lisboa – Portugal

T +351 210 933 000
F +351 210 933 001/2