



Instituto Universitário de Lisboa

ESCOLA DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS

DEPARTAMENTO DE ECONOMIA POLÍTICA

A INSOLVÊNCIA NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

VERÓNICA CASSANGA SOPITE

Dissertação submetida como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas.

Orientador:

Professor Doutor António José Godinho Barata Espírito Santo

Professor Auxiliar do Departamento de Economia Política

ISCTE-IUL/Instituto Universitário de Lisboa

LISBOA, 2019

A insolvência nos grupos de sociedades



Instituto Universitário de Lisboa

ESCOLA DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS

DEPARTAMENTO DE ECONOMIA POLÍTICA

A INSOLVÊNCIA NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

VERÓNICA CASSANGA SOPITE

Dissertação submetida como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas.

Orientador:

Professor Doutor António José Godinho Barata Espírito Santo

Professor Auxiliar do Departamento de Economia Política

ISCTE-IUL/Instituto Universitário de Lisboa

LISBOA, 2019

A insolvência nos grupos de sociedades

Aos meus pais.

Ao meu marido Ernesto.

Aos meus adoráveis monstros.

Aos meus irmãos pelo suporte.

AGRADECIMENTOS

Cumpro dirigir a minha gratidão a Deus, por permitir esta aventura numa altura em que ninguém ousava sair do país, devido à crise e às inúmeras dificuldades cambiais.

Aos meus pais, Lourenço e Marciana, com muito amor.

Ao Ernesto, meu esposo paciente e compreensível, pelo suporte em todos os momentos desta caminhada.

Aos meus filhos, Florbela, Adalgisa, Altemiro e Benedito, pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos e primos pelo suporte e todo o apoio.

Ao mentor deste projeto, o Dr. Apolinário Quintas, pelo apoio, paciência e motivação.

Ao Excelentíssimo Senhor Professor Doutor António José Godinho Barata Espírito Santo, pela orientação, paciência e disponibilidade.

Ao Senhor Professor Doutor António Manuel Pita, coordenador do curso, pelo incentivo e disponibilidade que sempre mostrou em ajudar.

E a todos os colegas do curso, e não só, que, de um modo ou de outro, contribuíram significativamente para que o presente trabalho se concretizasse; em particular, o Cássio, pela energia positiva e conselhos que transmitiu.

RESUMO

Desde tempos remotos, o Direito da Insolvência português tem-se mostrado transformista. Passou do sistema de falência-liquidação — baseado em liquidar o património da pessoa em estado de falência — para o sistema de falência-saneamento — com especial importância ao mecanismo que conduziu à recuperação —, até ao atual sistema, que prioriza a recuperação da empresa. Este último tem sofrido muitas críticas de que a pretensão não se encontra regulada ao longo de todo o código, que concretizasse tal ideia.

A finalidade das sociedades comerciais e das sociedades em grupo é gerar rendimentos, mas, em oposição, a sua realidade empresarial está sujeita a perdas que podem conduzir à redução significativa do seu capital e, conseqüentemente, à insolvência. Esta realidade indissolúvel impõe aos Estados uma regulamentação mais esclarecedora a fim de que, em caso de conflitos inerentes à própria atividade empresarial, estejam disponíveis mecanismos legais eficazes, que ajudem a dirimir tais conflitos.

Esta dissertação visa analisar questões relacionadas com a regulação da insolvência em Portugal, as insolvências transfronteiriças, a apensação processual regulada nos números 1 e 2 do Art.º 86.º do CIRE, em caso de insolvência nos grupos de sociedades e a responsabilidade dos administradores. Para o estudo, apoiamo-nos em autores como: António Pereira de Almeida, António Manuel Pita, João Labareda, José Menezes Cordeiro, Catarina Serra, Maria R. Epifânio, entre outros.

Há carência na regulamentação da insolvência nos grupos. Quanto à apensação dos processos, o Direito português relega tal responsabilidade ao administrador da insolvência.

PALAVRAS-CHAVE: Insolvência; Apensação; Responsabilidade do administrador.

ABSTRACT

Since ancient times, Portuguese insolvency law has been transforming. It has moved from the bankruptcy-settlement system - based on liquidating the assets of the bankrupt person - to the bankruptcy-reorganization system - with particular importance to the mechanism leading to recovery - to the current system, which prioritizes company recovery. The latter has been widely criticized that the claim is not regulated throughout the code that would make such an idea concrete.

The purpose of commercial companies and group companies is to generate income, but, in contrast, their business reality is subject to losses which may lead to a significant reduction in their capital and, consequently, to insolvency. This indissoluble reality requires more clarifying regulations for states so that in the event of conflicts inherent in their own business, effective legal mechanisms are available to help resolve such conflicts.

This dissertation aims to analyze issues related to the regulation of insolvency in Portugal, cross-border insolvencies, the legal settlement regulated in numbers 1 and 2 of article 86 of CIRE, in case of insolvency in groups of companies and the liability of directors. For the study, we rely on authors such as: António Pereira de Almeida, António Manuel Pita, João Labareda, Jose Menezes Cordeiro, Catarina Serra, Maria R. Epifânio, among others.

There is a lack of regulation of insolvency in groups. As regards the joining of proceedings, Portuguese law relegates such liability to the insolvency administrator.

KEYWORDS: Insolvency; Annexation; Administrator's Responsibility.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| 1. DELIMITAÇÃO DO TEMA | 2 |
| 2. OBJETIVOS | 2 |
| 3. ESTRUTURA DA TESE | 3 |
| | |
| CAPÍTULO I | |
| INSOLVÊNCIA: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS | 5 |
| 1. INSOLVÊNCIA, UM CONCEITO-CHAVE | 5 |
| 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS | 6 |
| 2.1. FALÊNCIA-LIQUIDAÇÃO | 7 |
| 2.2. FALÊNCIA-SANEAMENTO | 7 |
| 2.3. O COMEÇO DO CÓDIGO DE INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA (CIRE) | 8 |
| 3. BREVE ESTUDO COMPARADO ENTRE OS REGIMES PORTUGUÊS E ESPANHOL, QUANDO ESTÁ EM CAUSA UM CONCURSO DE CREDORES | 10 |
| 3.1. DIPLOMAS LEGAIS QUE REGULAM A INSOLVÊNCIA EM PORTUGAL | 11 |
| 3.1.1. COMPARAÇÃO ENTRE O DECRETO-LEI N.º 53/2004 E A LEI N.º 16/2012 | 11 |
| 3.1.2. DECRETO-LEI N.º 79/2017: PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO (PER) | 13 |
| | |
| CAPÍTULO II | |
| CONCEITO E ENQUADRAMENTO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES | 15 |
| 1. CONCEITO DE GRUPOS DE SOCIEDADES | 17 |
| 2. SURGIMENTO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES | 17 |
| 3. PRESSUPOSTO | 18 |
| 4. CARACTERÍSTICAS DOS GRUPOS DE SOCIEDADES | 18 |
| | |
| CAPÍTULO III | |
| PROCESSO DE INSOLVÊNCIA | 19 |
| 1. FINALIDADE | 22 |
| 2. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL | 24 |
| 3. FUNDAMENTOS DA INSOLVÊNCIA CONSOANTE O ART.º 18.º E O ART.º 20.º DO CIRE | 25 |
| 4. PRESSUPOSTOS DO PROCESSO DA INSOLVÊNCIA | 27 |
| 5. ENQUADRAMENTO DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA | 28 |
| 5.1 REGIME DAS INSOLVÊNCIAS EM PORTUGAL NOS TERMOS DO ART.º 3.º DO CIRE | 29 |
| | |
| CAPÍTULO IV | |
| INSOLVÊNCIAS SUBORDINADAS EM SOCIEDADES PORTUGUESAS AGRUPADAS COM SOCIEDADES ESTRANGEIRAS | 31 |
| 1. A APENSAÇÃO DOS PROCESSOS NA INSOLVÊNCIA E LEGITIMIDADE PARA REQUERER | 31 |
| 1.1. A APENSAÇÃO SUBSTANTIVA | 33 |
| 1.2. JURISPRUDÊNCIA, COMPETÊNCIA PARA REQUERER A APENSAÇÃO PROCESSUAL | 32 |
| 1.3. BREVE RESUMO DO REGULAMENTO N.º 1346/2000 DA COMISSÃO EUROPEIA | |

| | |
|--|-----------|
| PARA MELHOR COMPREENDER O REGULAMENTO N.º 2015/848 | 34 |
| 2. A INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL: O REGULAMENTO N.º 2015/845 | 36 |
| 2.1. O DECRETO-LEI N.º 79/2017, QUE LIMITOU O PER UNICAMENTE PARA AS EMPRESAS E PESSOAS COLETIVAS | 38 |
| 3. DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA EM TRIBUNAIS PORTUGUESES E OS EFEITOS DECORRENTES DA MESMA NO ESTRANGEIRO | 42 |
| 3.1. AS NORMAS DE CONFLITO DOS ARTIGOS 275.º, 288.º E SS DO CIRE | 43 |
| | |
| CAPÍTULO V | |
| O PER, O PEAP, A DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA, O PLANO DE PAGAMENTO REGULADO NO ART.º 251.º E SS, E A ESPECIALIDADE DO ARTIGOS 196.º E 198.º DO CIRE E ESTE ÚLTIMO RELATIVO ÀS MEDIDAS DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA | 45 |
| 1. O PROCESSO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO (PER): UNICAMENTE PARA EMPRESAS E PESSOAS COLETIVAS | 45 |
| 2. O PLANO ESPECIAL PARA ACORDO DE PAGAMENTO (PEAP) | 45 |
| 3. DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA | 47 |
| 4. O PLANO DE INSOLVÊNCIA REGULADO NO ART.º 192.º DO CIRE | 48 |
| 5. A ESPECIALIDADE DO ART.º 196.º DO CIRE | 50 |
| 6. AS MEDIDAS VISADAS PELO ART.º 198.º RELATIVO À RECUPERAÇÃO DA EMPRESA | 50 |
| 7. TRAÇAR O PLANO DE INSOLVÊNCIA | 51 |
| 8. O PLANO DE PAGAMENTO REGULADO NO ART.º 251.º E SS | 52 |
| | |
| CAPÍTULO VI | |
| A NOMEAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR | 53 |
| 1. A NOMEAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA | 53 |
| 2. FUNÇÕES DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA | 54 |
| 3. A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA | 55 |
| 4. DEVERES DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA | 56 |
| 5. DEVERES DE INFORMAÇÃO DO ADMINISTRADOR DA INSOLVENTE | 57 |
| 6. A RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA E PENAL DO ADMINISTRADOR DA INSOLVENTE | 58 |
| 6.1. A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR DA INSOLVENTE | 60 |
| 6.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA | 61 |
| 6.3. QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA SEGUNDO OS ARTIGOS 186.º E 189.º DO CIRE | 63 |
| | |
| CONCLUSÃO | 67 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 71 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| ACSTJ | Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça |
| AR | Assembleia da República |
| BCE | Banco Comunitário Europeu |
| CE | Comissão Europeia |
| CC | Código Civil |
| CPEREF | Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas |
| CIRE | Código de Insolvência e Recuperação de Empresa |
| CPC | Código de Processo Civil |
| CSC | Código das Sociedades Comerciais |
| CRP | Constituição da República Portuguesa |
| DGPJ | Direção Geral da Política de Justiça [da União Europeia] |
| FMI | Fundo Monetário Internacional |
| IAMEI | Instituto de Apoio as Pequenas e Médias Empresas e Inovação |
| LOFTJ | Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais |
| LOTJ | Lei da Organização dos Tribunais Judiciais |
| PER | Plano Especial de Recuperação |
| PEAP | Plano Especial para Acordo de Pagamento |
| MP | Ministério Público |
| RERE | Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas |
| UC | Unidade Curricular |

INTRODUÇÃO

O ato de dissertar sobre a insolvência significa abordar um tema atual e transversal que, de alguma forma, se estende à sociedade em geral. Na atualidade, é matéria de grande importância devido às repercussões e aos contornos jurídicos da insolvência. Torna-se, assim, cada vez mais importante a análise do regime jurídico previsto para a sua regulamentação. Na verdade, trata-se de um problema que afeta não somente o insolvente e os credores, mas, sim, de toda a sociedade, pois estão em causa interesses da coletividade, como o crescimento económico, a estabilidade do emprego das famílias e a harmonização da sociedade.

A insolvência das sociedades comerciais é um problema que remonta ao século XX e que se tem agravado e alastrado até ao século XXI. No início do século atual, o acesso ao crédito, o consumismo desenfreado, a falta de educação financeira dos consumidores e a pouca avaliação dos riscos a que as pessoas estão sujeitas têm ocasionado o crescimento exponencial de insolvências por parte de empresas — chamadas também de pessoas coletivas — e de pessoas singulares¹. O fenómeno originou as reformas vigentes no Direito da Insolvência, com o escopo de adequar o ordenamento jurídico português para responder ao problema.

Desta forma, neste trabalho realizamos uma incursão sobre a evolução histórica da legislação concernente à insolvência em Portugal, indicando as principais alterações verificadas desde a sua sistematização até aos dias de hoje. Entre as empresas que se declaram insolventes estão as empresas coligadas, que, previstas e reguladas no título VI do Código das Sociedades Comerciais (CSC), merecem uma atenção adequada por representarem uma percentagem considerável devido ao seu modo de organização. Segundo o Instituto Nacional de Estatística, até 2013, do total de 1.119.447 empresas registadas, 363.286 eram sociedades agrupadas, correspondendo a aproximadamente 32% do total de empresas. Já em 2017, o número de empresas licenciadas em Portugal era de 1.260.436, das quais 402.711 eram grupos societários, tendo aumentado mais de 39.425 empresas em relação ao ano de 2013. Partindo desta realidade e com o fim de resolver situações desencadeadas pela especificidade das sociedades coligadas, este trabalho procura analisar a insolvência dos grupos de sociedades, o regime jurídico das insolvências, a jurisprudência relativa à temática, a importância do processo de insolvência nos grupos de sociedades e, neste particular, a relação entre o credor e devedor.

¹ Cordeiro, António Menezes (2012), “As perspetivas evolutivas do direito da insolvência”, *Revista do Direito das Sociedades*, IV (3), p. 579.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

Neste trabalho, abordamos a insolvência nos grupos de sociedades, analisamos os Artigos 481.º e 482.º do CSC, a apensação prevista no Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE) e a responsabilidade do administrador, estudamos o surgimento e a evolução do instituto da insolvência e, de forma breve, comparamos o regime português e o espanhol. Também discorreremos sobre diplomas legais que regulam a insolvência em Portugal.

A escolha da insolvência nos grupos societários e da responsabilidade do administrador provém da relevância da matéria no contexto em que Portugal viveu na última década. O problema das insolvências tem recrudescido nos últimos tempos, tanto nas pessoas coletivas como nas pessoas singulares. Uma das consequências do problema é a instabilidade da economia. Outrossim, há o encerramento das empresas, o que, por sua vez, tem provocado um problema maior: o desemprego. Por conseguinte, o Estado passa a não arrecadar impostos e ainda intensifica a sua situação de provedor para as centenas de famílias desempregadas, com uma justiça que não corresponde aos anseios no que toca à responsabilização dos devedores ou administradores das sociedades.

Para a melhor compreensão dos temas propostos, formulamos a seguinte pergunta de partida: será que, no ordenamento jurídico português, numa insolvência de um grupo de sociedade, poderão as demais sociedades pertencentes ao mesmo grupo serem chamadas, e os processos apensados ao processo principal?

2. OBJETIVOS

Neste trabalho, apresentamos os seguintes objetivos:

(a) examinar o posicionamento do Direito português na regulação das insolvências dos grupos de sociedades e as insolvências das sociedades portuguesas subordinadas às sociedades estrangeiras;

(b) pesquisar o fenómeno dos grupos de empresas em situação de insolvência;

(c) conhecer a tendência da doutrina e da jurisprudência nomeadamente da apensação dos processos;

(d) analisar a insolvência à luz dos Artigos 3.º, 20.º, 275.º e 288.º e ss do CIRE para a resolução de conflitos inerentes ao processo de insolvência;

(e) estudar o plano de insolvência com primazia ao art.º 192.º e a abrangência da insolvência à luz do Art.º 186.º ao 189.º do CIRE;

(f) por fim, averiguar como tem sido tratada a insolvência de grupo de sociedades na legislação estrangeira, nomeadamente a Lei Concursal Espanhola.

3. ESTRUTURA DA TESE

A dissertação está organizada em seis capítulos. No primeiro capítulo, apresentamos o conceito de insolvência e a sua contextualização histórica. No segundo capítulo, abordamos o conceito e o enquadramento dos grupos de sociedades. No terceiro, discorremos sobre o processo de insolvência. No quarto, tratamos da insolvência subordinada em sociedades portuguesas agrupadas com sociedades estrangeiras. No quinto, abordamos o plano de insolvência do Art.º 192.º, com a especialidade dos Artigos 196.º e 189.º do CIRE, e este último relativo às medidas de recuperação de empresas. Por fim, o sexto capítulo trata da nomeação e da responsabilidade do administrador.

CAPÍTULO I

INSOLVÊNCIA: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A insolvência é um instituto novo, cuja criação reporta ao CIRE, tendo como origem conceitual a situação da falência-insolvência. No princípio romanístico, desconhecia-se tal instituto, as obrigações eram de natureza pessoal, quer dizer em presença de incumprimento o “debetor”² respondia com o seu corpo e não com os seus bens. Nessa época, o Estado não interferia, as situações creditícias eram solucionadas pelos próprios credores, com o fim de realizar a justiça de forma pessoal.

Durante muito tempo, o processo de falência-insolvência dedicou-se exclusivamente a liquidar o património do devedor num processo jurídico de execução, de forma coletiva e universal³. Os acordos creditícios permitiam que credores e devedores obtivessem um acordo sob a forma de resolução de problemas por via de um acordo de pagamento total ou parcial das dívidas, assim como sob a forma de resolução de infortúnios com impacto sobre as chamadas *concordatas*, uma espécie de acordo entre o falido e os seus credores, concedendo ao devedor uma prerrogativa, dando-lhe moratória.

1. INSOLVÊNCIA, UM CONCEITO-CHAVE

Etimologicamente, a palavra *insolvência* deriva da conjugação latina do prefixo *in* com o verbo *solvere*. Esse prefixo denota negação, e o referido verbo significa pagar, livrar, resolver, desatar. Logo, a insolvência é a situação em que alguém se encontra impossibilitado de cumprir o pagamento de dívidas que se encontram vencidas.

O conceito de *insolvência* distingue-se dos de *insolvabilidade* e de *incumprimento*. Neste caso, a comparação entre os conceitos de insolvência e de incumprimento assume particular relevância, na medida em que “a impossibilidade de cumprimento que se observa no âmbito da insolvência não é sinónimo de incumprimento”⁴. A insolvência é um estado ou uma situação patrimonial com alcance geral a todos os credores. A insolvabilidade equipara-se à inadimplência, consiste no incumprimento de uma obrigação determinada e tem um alcance relativo ao credor singular que se mostra prejudicado. Segundo Pedro de Sousa

² Debetor, devedor, débito: do latim *debes* devido a mim, onde encontramos nesta relação o creditor, credor, o que dá crédito do latim *credo*, que significa confiança, crença.

³ Serra, Catarina (2012), *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 22.

⁴ Serra, Catarina (2009), *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra, Almedina, pp. 233-241.

Macedo, citado por Serra⁵, o conceito de *incumprimento* é mais restrito e esgota-se no âmbito da relação entre credor e devedor. Este acontecimento pode ser consequente da insolvência e representa o seu sintoma mais evidente, mas pode também resultar de outras circunstâncias.

O processo de insolvência é tido como de execução universal, mas essencialmente de instância universal, porque pode ser extinto no seu tempo, se o património do devedor se afigurar insuficiente. Diz-se também que a insolvência é a situação em que uma pessoa física ou jurídica se encontra impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas, como se verifica no n.º 1 do Art.º 3.º do CIRE. Daí resultam duas situações certas. Por um lado, o incumprimento das obrigações vencidas é condição para alguém requerer a insolvência; neste caso, a pessoa com legitimidade para o efeito não é o devedor, o que se pode confirmar no n.º 1 do Art.º 20.º do CIRE. Por outro lado, há a possibilidade de o devedor por si, tão logo se aperceba da sua situação, requerer judicialmente que seja declarado insolvente. Não há dúvida de que, para estar insolvente, o devedor tem de ter, pelo menos, uma obrigação e um credor, mas nada impede que ele já tenha faltado ao cumprimento dessa obrigação ou que haja efetivamente o direito desse credor.

Portanto, à vista do exposto, entendemos que, ante eventuais efeitos, a insolvência se revela como fundamento de uma excecionalidade ao incumprimento de obrigações resultantes de contratos. Este facto tem como causa a perda do benefício de prazos, tal como acontece no Direito Civil. Está-se, assim, perante uma formulação conceitual de âmbito geral, em que o resultado ultrapassa o processo de insolvência e, por isso, a sua qualificação tem de ter sempre em conta a realidade acima exposta.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA INSOLVÊNCIA NO DIREITO PORTUGUÊS

O Direito português sistematizou a falência a partir da publicação do Código Comercial de Ferreira Borges em 1833⁶, em que esta matéria aparece tratada de forma global e sistematizada. Borges define falência como a incapacidade de pagar dívidas e verifica como interesse principal a satisfação dos créditos e os seus respetivos credores e a punição do devedor por meio da liquidação do património total do falido. Há ainda a intenção de puni-lo por ter chegado à falência⁷.

⁵ Serra (2009), *op. cit.*, p. 234.

⁶ Código português que, até hoje, vigora em alguns países lusófonos e, parcialmente, em Portugal. Foi revisto totalmente em 1888 por um grupo encabeçado por Veiga Beirão entre os anos de 1814 e 1816, aprovado pela Carta de 28 de junho de 1888, publicado no *Diário do Governo*, n.º 203, de 6 de setembro do mesmo ano.

⁷ À época, as alterações eram de âmbito formal, e as fases foram divididas de 1833 a 1939 e de 1939 a 1961.

Em resumo, podemos historiar três fases da insolvência. A primeira é designada por *falência-liquidação*. A segunda, *falência-saneamento*. A terceira consiste na criação do CIRE. A seguir, abordamos cada uma das fases.

2.1. FALÊNCIA-LIQUIDAÇÃO

Esta fase reportava-se de forma exclusiva à liquidação do património da pessoa falida em benefício dos seus credores, assim como à punição daqueles. Havia uma diferenciação subjetiva da falência e insolvência. A falência era uma designação dada aos comerciantes individualmente e às sociedades comerciais. A insolvência era um instituto atribuído a pessoas coletivas ou singulares que não exerciam comércio⁸.

Em sentido objetivo, era considerado falido o comerciante que estivesse incapacitado de solver os seus créditos⁹. Assim, a insolvência era uma constatação de um património líquido passivo. Já uma pessoa não-comerciante era apontada insolvente quando se verificasse que o seu património ativo fosse inferior ao passivo.

O Código de Processo Civil (doravante CPC), datado de 1939, concebeu o conceito de insolvência que se traduzia questões quantitativas da pessoa não-comerciante. Além disso, autonomizou a falência como um instituto de pessoas não-comerciantes, cujo estado se caracterizava pela situação quantitativa, a de um comerciante incapacitado de assumir os seus compromissos face aos credores. O CPC de 1939 afastou as consequências da falência por via de instrumentos preventivos e suspensivos, a saber, a concordata¹⁰, a moratória¹¹ e o acordo dos credores, meios esses que a pessoa falida ou os seus credores podiam dispor¹².

2.2. FALÊNCIA-SANEAMENTO

Esta fase abrange desde os primórdios até ao Código de 1961, quando se realizaram estudos futuristas, prevendo declarações de falências. Reformou-se o Código e usaram-se formas concretas para prevenir falências que passaram a ter prioridade em relação à

⁸ Cf. Art.º 1355.º do CPC de 1939.

⁹ Cf. Art.º 1135.º do CPC de 1939.

¹⁰ Cf. Art.º 1326.º do CPC de 1939, a respeito do pagamento parcelar dos créditos. Acordo entre o falido e os seus credores, prescindir da liquidação, responsabilizando-se ao pagamento dos débitos em determinado prazo e com uma redução no valor da dívida total.

¹¹ Ato que consiste em adiar o prazo do pagamento do valor em dívida. Cf. Art.º 1279.º e ss do CPC de 1939.

¹² Acordo dos credores. Cf. Art.º 1286 e ss do CPC de 1939, constituído pelos credores que o subscrevessem ou aceitassem, como sociedades por quotas, na qual era admitida a entrada de mais pessoas, e não apenas credores.

liquidação judicial da pessoa falida¹³. Passou-se a homologar as concordatas ou os acordos dos credores que, ainda assim, se apresentaram inexitosos. Apareceu uma alternativa que consistia na declaração da falência e na liquidação judicial do património do falido.

O Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, trouxe algumas reformas consideráveis, porque aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas (doravante CPEREF), unificou o regime de falência e de recuperação de empresas, fundindo-os em um diploma legal, e instituiu a prioridade principal de recuperar a empresa, tendo em atenção a sua transitabilidade económica e a sua recuperação financeira¹⁴. Este código relegou para segundo plano a liquidação e, desta forma, projetou a pessoa falida. A falência passou a ter como objetivo principal fazer o saneamento económico, identificando os agentes económicos viáveis e os comerciantes desonestos, a fim de eliminá-los¹⁵, tal como o dissemos.

2.3. O COMEÇO DO CÓDIGO DE INSOLVÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESA (CIRE)

A necessidade de revisão do Código do Processo de Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF) deveu-se ao facto de este não conseguir resolver problemas relacionados aos principais males, como o carácter ruinoso da liquidação judicial da massa falida, o princípio da prevalência da recuperação da empresa sobre a excessiva duração, onde os processos demoravam tanto e não tramitavam em tribunais especializados¹⁶. Os dados relativos aos processos de recuperação revelam que nunca foi muito relevante o número daqueles que conduziram a aprovação e homologação de medidas de recuperação.

A necessidade de rever o CPEREF surgiu com o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o novo Código de Insolvência e Recuperação de Empresa (CIRE). A partir daí, há a terceira fase do Direito Falimentar em Portugal. O processo de insolvência deixa de ter o fim primordial de recuperação da empresa e passa a dar espaço à satisfação dos credores por meio da liquidação do património do devedor insolvente e da repartição do produto das vendas, ou seja, satisfazendo os credores através de um plano de insolvência.

Deste modo, verifica-se mais uma vez a recuperação da norma do CPEREF referente à falência-liquidação. Sob influência da lei alemã de 5 de outubro de 1994, a

¹³ Falência-saneamento ou simplesmente segunda fase da história da insolvência no Direito português, como enuncia o capítulo em análise que se procurava evitar liquidar o património do devedor, usando meios preventivos como a concordata ou outros acordos já descritos.

¹⁴ Cf. Parte preambular do relatório que aprovou o CPEREF, Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril.

¹⁵ Serra (2009), *op. cit.*.

¹⁶ Fernandes, Luís A. Carvalho e João Labareda (2009), *Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa, Quid Juris, p. 62.

insolvenzordneuhung, o governo português fez uma reforma cuidadosamente ponderada e preparada, que representa um marco histórico na evolução do direito da insolvência.

Neste âmbito, assistiu-se a um retorno ao sistema de falência-liquidação, como se lê no Art.º 1.º do CIRE. A redação inicial estabelecia a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido entre os credores¹⁷ como finalidade do processo de insolvência. Segundo Serra, as reservas ao regime fizeram desaparecer a viabilidade económica como condição objetiva para recuperar, impossibilitando o controlo e a razoabilidade da decisão de recuperar. Posto isto, na prática, é possível optar pela recuperação, mesmo que não se verifique a condição natural de aplicabilidade e, de forma inversa, deixe o processo de insolvência seguir o seu curso, preordenado à liquidação. Serra¹⁸ defende que o processo de insolvência compreende um processo de liquidação e um plano de insolvência, sendo o único mecanismo cuja finalidade é recuperar a empresa, como consta no Art.º 1.º e na al. b) do n.º 2 do Art.º 195.º do CIRE.

O CIRE inova quando promove a satisfação dos credores por via da proteção dos seus interesses. Assim, o legislador já previu os comportamentos culposos que levam à falência-insolvência, mesmo nos primórdios do CIRE, sendo que, em 1961, o CPC classificou três tipos de falência, a saber, falência de carácter fraudulento, falência culposa e falência causal.

Muitas situações acauteladas no CIRE atual não estavam alheias ao olhar atento do legislador. Havia diferenças significativas pelo facto de algumas preverem penas mais severas, com relação ao momento atual. Esse acautelamento justifica-se pelo facto de os interesses de quem de boa-fé empenhou as suas poupanças precisarem de alguma proteção e da garantia de que, findo um determinado prazo, os reaverá. No Capítulo X, do Art.º 224.º ao 227.º do CPEREF, também se estabelece punição penal para aqueles que, com práticas criminais e culposas, criam situações de perda dos créditos de terceiros.

O CIRE atual integrou significativamente conteúdo das legislações anteriores para tornar-se o que é, atribuindo mérito a este, e não só por incluir casos modernos, como a insolvência fortuita. De uma forma ou de outra, o CIRE tem favorecido a proteção dos credores, mas também tem procurado as melhores soluções para os problemas dos devedores e para a proteção da economia nacional, assegurando o emprego das famílias e o próprio crescimento em geral. Recapitulamos resumidamente o que acabamos de descrever;

¹⁷ Vide redação posteriormente alterada pela Lei n.º 20/2004 e pela n.º 16/2012.

¹⁸ Serra, Catarina (2004), *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, Coimbra, Almedina, p. 11.

A evolução do Direito da Insolvência em Portugal resume-se em três fases¹⁹. A primeira é a da falência-liquidação, que vai desde os primórdios ao CPC de 1961. A segunda é a do sistema-saneamento, que vai desde o CPC de 1961 ao CIRE de 2004. A terceira corresponde à implementação do CIRE, com aspetos essenciais da falência-liquidação que tem como mentor o CIRE.

3. BREVE ESTUDO COMPARADO ENTRE OS REGIMES PORTUGUÊS E ESPANHOL, QUANDO ESTÁ EM CAUSA UM CONCURSO DE CREDORES

Nesta secção, analisamos alguns princípios normativos na lei espanhola concernente à insolvência. Contrariamente à lei portuguesa, a espanhola prevê de forma especificada a insolvência nos grupos societários. Importa referir que, para o presente estudo, apenas nos interessa o estudo dos “artículos 25, 25 bis así como o 25 ter”, reunidos sob o título “De los concursos conexos”.

Conforme o Art.º 25 do código espanhol, na declaração conjunta de concurso de vários devedores para o processo de insolvência, a lei em causa confere legitimidade para tal pedido aos devedores que são cônjuges, administradores, sócios, membros, pessoas responsáveis pelas dívidas de uma pessoa jurídica ou integrantes do mesmo grupo societário. Os credores podem pedir a declaração de insolvência conjunta de diversos devedores, se forem cônjuges, se existir confusão patrimonial ou se participarem da mesma organização societária. Neste caso, o acúmulo de processos é um imperativo fruto das relações de poder entre a sociedade dominada e a sociedade dominante, que, devido a isto, se produz uma funcionalidade económica única²⁰.

Quanto à competência para decidir sobre empresas, o n.º 4 do Art.º 25 da lei espanhola determina que caberá ao lugar onde a sociedade dominante se encontra localizada. Porém, se o pedido não tiver como fundamento a sociedade dominante, será no lugar onde a sociedade tenha um passivo maior. Em relação ao acúmulo de processos, o Art.º 25 bis informa que é permitido a qualquer devedor ou administrador solicitar ao juiz, por meio de um requerimento fundamentado, o acúmulo das insolvências declaradas do mesmo grupo societário ou decorrente de confusão patrimonial. Na ausência de pedido por qualquer uma das entidades acima mencionadas, a acumulação processual para solicitar a insolvência poderá ser feita por

¹⁹ Leitão, Luís Manuel Teles Menezes (2017), *Manual de Direito da Insolvência*, 7.ª ed., p. 47.

²⁰ Chaos, Raquel Ros (2013), *La acumulación de concursos*, Doctorado del comercio y la contratación, Universitat Autònoma de Barcelona, p. 86.

qualquer pessoa que tenha interesse no processo²¹, mediante um relatório fundamentado. Quando a insolvência for decretada por tribunais diferentes, a competência para tramitar os processos acumulados será do juiz que decidiu a insolvência detentora de um passivo maior ou a insolvência da sociedade dominante. Se não for declarada a insolvência, a decisão incumbirá ao juiz que tenha declarado a insolvência de qualquer uma das sociedades pertencentes ao grupo.

Ainda sobre o “artículo 25 relativamente a tramitación coordinada de los concursos”, os processos que, de forma conjunta, são tramitados sem apensação avançam de modo coordenado e sem consolidar as respetivas massas. Podem excecionalmente ser inventariados e listados com a finalidade de elaboração de relatório do administrador da insolvência, quando se verificar confusão patrimonial e impossibilidade de demarcação de ativos, passivos e titularidade, sem cair em gastos desnecessários, mas a garantir a economia processual.

Vemos claramente os aspetos essenciais de que a Lei Concursal Espanhola trata, a saber, a insolvência nos grupos de sociedades, como a coligação processual, a competência no processo, a legitimidade para julgar os processos, o funcionamento da apensação nos grupos, a tramitação em geral. Por sua vez, na legislação portuguesa, o tratamento desses pontos não se mostra suficientemente claro nem tão pouco específico, de modo a gerar questionamentos.

3.1. DIPLOMAS LEGAIS QUE REGULAM A INSOLVÊNCIA EM PORTUGAL

Atualmente, existem vários diplomas que regulam a insolvência em Portugal. Neste trabalho, dedicamo-nos apenas à Decreto-Lei n.º 53/2004, à Lei n.º 16/2012 e ao Decreto-Lei n.º 79/2017. Estudamos a inovação do CIRE sobre este diploma e analisamos as alterações respeitantes aos dois primeiros diplomas.

3.1.1. COMPARAÇÃO ENTRE O DECRETO-LEI N.º 53/2004 E A LEI N.º 16/2012

No processo de aprovação dos diplomas que agora estudamos, teve-se em conta um ajuste para situações essencialmente ligadas à atividade comercial que assume deveres obrigatórios para honrar compromissos assumidos pelos devedores. Assim, devido à interdependência entre a vida das empresas e a estabilidade económica, o incumprimento contratual por parte de determinados integrantes da coligação societária repercute

²¹ Cf. a secção “Fundamentos da insolvência consoante o Art.º 18.º e o Art.º 20.º do CIRE”, em que explicamos a conceção de credor consoante o postulado no Art.º 20.º do CIRE.

A insolvência nos grupos de sociedades

necessariamente na vida económica e financeira de terceiros. Por isso, entendemos que da passagem do Decreto-Lei n.º 53/2004 para a atual sempre se procurou o reajuste à realidade. Como o de garantir os créditos por meio do património do devedor, de forma a efetivar e garantir os créditos dos credores e o interesse de todos através do bom funcionamento do mercado. Sem mais delongas, passamos ao quadro comparativo que se segue, aludindo a determinados aspetos que podemos considerar como inovatórios em ambos os diplomas:

Quadro 1. Comparação entre o Decreto-Lei n.º 53/2004 e a Lei n.º 16/2012.

| Decreto-Lei n.º 53/2004 | Lei n.º 16/2012 |
|--|--|
| Admissão da sujeição ao processo de quaisquer patrimónios autónomos, Art.º 1.º do CIRE ²² . | A primazia da satisfação dos credores ²³ . |
| Admissão da sujeição ao processo de quaisquer patrimónios autónomos, art.º 1º. do CIRE ²⁴ . | A simplificação do processo e aumento da autonomia privada aos credores. |
| Reajustaram-se os poderes do juiz relativamente à nomeação da comissão de credores e, por outro lado, os dos credores em relação à escolha alternativa à do tribunal do administrador da insolvência. Faculdade de assembleia de credores a revogar, a todo tempo, as deliberações tomadas pela comissão de credores, além de assumir que a decisão favorável da assembleia autoriza por si só a prática de qualquer ato. | A redução da intervenção do juiz, verificando-se uma verdadeira desjudicialização do processo da insolvência. Conceito de insolvência e eliminação da distinção entre a figura do gestor judicial e do liquidatário judicial, passando a existir a figura única do administrador da insolvência. Por outro lado, quanto às medidas de recuperação, o CIRE prevê o plano de insolvência, o Processo Especial de Revitalização (PER), e o Plano Especial para Acordo de Pagamentos (PEAP), em que este último se aplica apenas às pessoas singulares. |
| Legitimidade direta dos credores para a sua apresentação, ainda que exigindo uma representatividade dos proponentes face à globalidade dos créditos reconhecidos e estimados. | O CIRE, para além de desjudicializar o processo de insolvência, atribuiu mais competência ao administrador da insolvência. A comissão de credores e a assembleia de credores ficaram apenas com o papel fiscalizador dos atos do administrador, conforme Art.º 62.º, por outro, uma menor intervenção do juiz no processo ²⁵ , com vista a uma maior celeridade processual ²⁶ . Passou para além da comissão de credores que o CPEREF intervirá apenas no processo de recuperação, agora com funções alargadas, sendo o órgão a quem está fundamentalmente confiada a tutela dos interesses comuns dos credores. A comissão de credores passou a ter simplesmente a função de consultas. |
| Vigência de conciliação constante do Dec. Lei n.º 316/ 98 de 20 de outubro | O CIRE acabou com a noção da falência, ficou o conceito de insolvência e eliminou a distinção entre a figura do gestor judicial e a do liquidatário judicial, ficando simplesmente o administrador. |

²² Fernandes, A. Carvalho e João Labareda (2009), *Estudos da Insolvência*, Lisboa, Quid Juris, p. 9 e ss.

²³ O Art.º 1.º do CIRE estipula que o processo de insolvência é um processo de execução universal cuja finalidade é a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

²⁴ Fernandes e Labareda (2009), *op. cit.*, p. 9 e ss.

²⁵ Fernandes, Luís Carvalho (2005), *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*, Vol. I, Coimbra, Almedina, p. 1214, na evolução do regime de falência no Direito português, em estudos em memória do professor Doutor António Marques dos Santos.

²⁶ Tal como se pode ler no n.º 1 e n.º 5 do Art.º 9.º e do Art.º 28.º e n.º 3 do Art.º 187.º do CIRE.

3.1.2. DECRETO-LEI N.º 79/2017: PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO (PER)

Uma inovação e uma reforma efetuadas no CIRE foram operadas na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. O n.º 2 do Art.º 1.º do CIRE indica-nos as situações em que as pessoas afetadas por uma situação económica difícil podem acionar tais mecanismos, conforme se lê: “Estando em situação difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal, a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17.º-A a 17.º-I”.

Nesse processo, podem concorrer para acionar o PER o devedor que se encontra na situação descrita pelo n.º 1 do Art.º 1.º e pelo n.º 1 do Art.º 17.º-A e que emita declaração escrita e assinada que ateste reunir as condições necessárias a fim de revitalizar (n.º 1 do Art.º 17.º-A). Salientamos que o devedor a requerer o PER não pode encontrar-se em incumprimento da generalidade das suas obrigações, uma vez que tal situação já representa uma clara situação de insolvência, sujeitos por lei a apresentar a sua insolvência, tal como previsão do Art.º 18.º, porque o PER não pode ser usado como mecanismo de gestão para reestruturação empresarial.

Deste modo, com o propósito de encontrar uma solução viável com os seus credores e de revitalizar o seu empreendimento, uma empresa em situação economicamente difícil pode recorrer ao PER através do tribunal de comércio competente, para o efeito pretendido. Por outras palavras, sem distinção da área de atuação, podem recorrer ao PER todas as empresas que se encontrem em situação economicamente difícil e cuja situação financeira se agrava sem meios para a satisfação dos créditos dos seus credores, com vendas diminuídas e na iminência da insolvência.

Outros critérios para requerer o PER, segundo postula o n.º 1 do Art.º 17.º-B, são a declaração por parte do devedor da sua situação financeira e a disposição para a negociação com os credores. Sem perder de vista o que estabelece o n.º 1 do Art.º 17.º-C, que pressupõe essencialmente admissibilidade ao PER por parte do tribunal competente, o devedor dirige uma declaração escrita ao tribunal, emitida pelos seus credores, demonstrando a vontade de negociar os seus créditos. Tal declaração fica anexada aos demais documentos. O devedor deve-se dispor a negociar com os seus credores, de tal sorte a concluir tais negociações em acordo, com vista à revitalização da empresa.

A insolvência nos grupos de sociedades

Segundo Labareda e Fernandes²⁷, o PER não é uma modalidade de processo de insolvência, mas, sim, uma espécie de recurso paralelo e autónomo àquele processo. A sua construção deu-se exatamente para obter resultados distintos. Enquanto o processo de insolvência constitui resposta para superar a situação de insolvência já verificada, que a ordem jurídica pretende pôr cobro, esse instituto permite assegurar a recuperação do devedor e, ao mesmo tempo, satisfazer os interesses dos credores.

Segundo Leitão²⁸, o processo de revitalização não pode ser requerido por um devedor que se encontre em situação de insolvência efetiva, aquela que é designada como a impossibilidade de cumprir com as obrigações já vencidas (n.º 1 do Art.º 3.º), não podendo o processo de revitalização ser utilizado para ilidir o dever de apresentar a insolvência iminente, em caso de apresentação à insolvência (n.º 4 do Art.º 3.º). De acordo com Leitão, não parece haver impedimento para apresentar a insolvência observados os factos descritos. Assim, para essas situações, o PER já não é aconselhável.

É um processo que força as partes a renegociarem os créditos. Traçam-se planos que contenham situações conducentes à recuperação. É uma oportunidade que as empresas têm para encontrar sobrevivência, principalmente quando se encontram na situação do n.º 4 do Art.º 3.º²⁹. Ainda assim, há muito ceticismo em torno do PER, porque alguns consideram que este levará apenas a manobras dilatórias principalmente nas situações em que as empresas já estão em insolvência.

A renegociação do crédito tem um pendor essencialmente constitucional e consiste em medida aprovada pelo executivo no âmbito do relançamento da economia nacional, com o objetivo de promover, estruturar e equilibrar as finanças, para reduzir os passivos das empresas viáveis, mas com um nível excessivo de endividamento. Além disso, intenciona melhorar as condições de acesso ao crédito por pequenas e médias empresas³⁰. Assim, apontamos como vantagens do PER a possibilidade de negociação antecipada, sem a figura da insolvência e a possibilidade de suspensão de todas as ações a correr — as declarativas e as executivas — contra o devedor, assim como o processo de insolvência em si, desde que não tenha havido a prolação da sentença, ou seja, cuja insolvência não tenha sido declarada.

²⁷ Labareda e Fernandes (2015), *op. cit.*, p. 137.

²⁸ Leitão (2017), *op. cit.*, p. 328 e ss.

²⁹ Segundo o n.º 3 do Art.º 4.º, equipara-se a situação de insolvência atual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência.

³⁰ Entendimento extraído do Decreto-Lei n.º 42/2016, de 18 de agosto, enquanto programa estratégico de apoio à capitalização das empresas à retomada do investimento e ao relançamento da economia nacional.

CAPÍTULO II

CONCEITO E ENQUADRAMENTO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Não há um conceito taxativo sobre grupos de sociedades. Embora não sejam conceitos pacíficos, há mesmo quem diga não ser possível definir a figura, por ser uma realidade multifacetada e consideravelmente maleável. Num sentido estrito, é um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, embora conservando as respetivas personalidades jurídicas, próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção económica unitária comum³¹. Neste sentido, alguns elementos constituem-se definidores, como a independência jurídica das sociedades agrupadas e elementos da independência económica de todas as sociedades-filhas.

Numa aceção ampla, grupos de sociedades consistem em uma referência especializada como sector da realidade societária moderna, que encontra o seu centro de gravidade no fenómeno do controlo intersocietário e das relações de coligação entre sociedades e o seu centro de gravidade. Neste sentido, denota uma realidade mais ampla do que na aceção estrita, pois designa o fenómeno em que prevalece o controlo intersocietário levado à subordinação das sociedades-filhas sob uma unidade estratégica, sendo o interesse definido por aquela que exerce domínio. Já naquela aceção, o fim último visa todo um sector da realidade que possui no fenómeno do controlo intersocietário o seu epicentro.

Ainda sobre os grupos de sociedades, a separação da temática em *lato sensu* e *stricto sensu* pode ser feita em dois aspetos essenciais acima descritos e que podemos estudá-los com Ana Perestrelo de Oliveira³². Já o CSC designa a generalidade das sociedades coligadas enunciadas no seu Art.º 482.º, independentemente de existir uma direção económica unitária.

Em sentido estrito, o grupo caracteriza-se pela existência de tal direção unitária de duas ou mais sociedades, que conservam a sua personalidade jurídica autónoma³³ e as respetivas estruturas organizativas,³⁴ sem prejuízo do maior ou menor grau de centralização. É possível afirmar que o grupo, fundado sobre a direção unitária, se caracteriza por um conjunto essencial de fatores, a saber, o controlo, a integração económica e administrativa, a interdependência financeira, a interdependência de trabalhadores e a imagem comum. O

³¹ Antunes (1993), *op. cit.*, p. 24 e ss.

³² Oliveira, Ana Perestrelo de (2018), *Manual de grupos de sociedades*, Coimbra, Almedina, p. 14.

³³ Cf. Acórdão do STJ de 24 de fevereiro de 1999, redator Silva Graça: “Não são sucursais com personalidade jurídica nos termos do art.º 7.º do CPC as sociedades que se incluem num grupo a que também pertença a que é parte na relação em causa, visto haver entre elas autonomia jurídica”. Disponível em www.dgsi.pt.

³⁴ Ac. STJ de 8 de abril de 1997, redator Torres Paulo, em www.dgsi.pt. A coligação corresponde a uma alteração em elementos estruturais das sociedades coligadas, a participação no capital, o direito ao voto, o sentido da administração, a definição dos fins ou interesses a prosseguir.

elemento identificador primário é exercido pela sociedade-mãe. Referimo-nos ao controlo ou ao poder de dirigir a gestão coletiva e de definir as políticas das subsidiárias, ou seja, política de produção comercial, financeira, laboral organizativa e de investimento.

O sistema organizativo dos grupos plurissocietários trazem atualmente uma notória vantagem no campo económico, jurídico e doutrinário. Na esfera económica, se consideramos como o comércio foi rudimentar e exíguo, restringindo-se num passado recente a pequenos negócios em nome individual, com frequência concentrados e geridos por famílias. Tinha um fluxo de movimentação financeira muito diminuto. Atualmente, verifica-se um salto no desenvolvimento das economias, permitindo que complexas transações financeiras e de trocas a nível do comércio se internacionalizassem.

A internacionalização é um fator que alavancou as multinacionais. Isso se deve à centralização da gestão financeira assegurada pela cúpula que apresenta como instrumento importante também denominada *cash pooling*³⁵, sem esquecer que, no campo jurídico e legislativo, esta modalidade de gestão assegurou que o tráfego e as transações comerciais fossem feitos sob proteção jurídica, segurança e atualidade que respondessem às expetativas de cada etapa no processo do comércio, através de legislações que atendessem às expetativas dos investidores.

Não existe uma definição que podemos eleger como uma das mais adequadas, porque a comparação dos conceitos em análise vê-se claramente que se trata de aceções do ponto de vista doutrinário individual e que se destina a servir como hipótese ou a forma como cada doutrinador entende, ao referir-se à matéria em estudo.

O conceito legal de *grupos de sociedades* é o conjunto de sociedades (*lato sensu*) no contexto do direito português, segundo Antunes³⁶, o designativo para conjunto de independentes subordinadas a direção económica unitária (*strito sensu*). A terminologia consagrada pelo nosso legislador diverge da doutrina e dá um duplo sentido. Por um lado, da aceção ampla, no contexto do direito positivo português, o termo *grupos de sociedades* designa apenas um tipo de relação de coligação intersocietária, a chamada relação de grupo, como prevê o Art.º 488.º e ss do CSC.

³⁵ Oliveira (2018), *op. cit.*, p. 16.

³⁶ Antunes (1993), *op. cit.*, p. 23 e ss.

1. CONCEITO DE GRUPOS DE SOCIEDADES

Os grupos de sociedades são um instrumento jurídico típico da concentração económica de unidade, uma ação económico-empresarial em que simultaneamente se afirmam a manutenção da personalidade jurídica das empresas componentes do grupo e a respetiva sujeição a uma autoridade económica central e ao interesse económico global.³⁷

2. SURGIMENTO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Nos primórdios do século XVII, os modelos de organização de empresas caracterizavam-se pela empresa individual, praticamente explorada por uma pessoa singular, o comerciante. A organização era rudimentar. A produção e as competências reuniam-se num único indivíduo, o comerciante, cuja atividade estava circunscrita a um mercantilismo local. A empresa consistia num pequeno aglomerado atomístico, fechado, estático e sem perspetivas de um futuro de sucesso a médio prazo.³⁸ Como é sabido, o direito acompanha a evolução dos tempos. Logo, nessa altura, adaptou-se a tal realidade e, em consequência, surgiu o direito dos comerciantes em nome individual, o chamado *ius mercatorum*.

A revolução industrial fez com que pequenas empresas em nome individual originassem empresas coletivas, isto é, o grupo societário, com base na produção industrial de forma alargada. A concentração de grandes empresas, com características bastante diferentes das tradicionais, desencadeou a separação de poderes internamente e limitou os riscos das explorações empresariais. Urge nessa fase transformar as estruturas organizativas económicas das empresas, propiciando a expansão interna e permitindo a concorrência a nível não só local como internacional.

Esse processo foi possível graças ao fenómeno da globalização económica, que levou a necessidade de expansão dos negócios além-fronteiras. Tal processo de crescimento interno das empresas suscitou problemas organizativos resultantes da expansão do próprio negócio. O crescimento da empresa partiu do crescimento externo da mesma por via da aquisição de ativos, ações ou aquisição de outras empresas. Daí, começou o problema, mormente o de integrar uma pequena empresa em nome individual numa grande empresa com um complexo nível de organização, que se denomina grupos de sociedades. Com a junção de uma pequena

³⁷ Antunes (1993), *op. cit.*, p. 22.

³⁸ Antunes, José Engracia (2002), *Grupos de sociedade, sua estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, p. 32.

plataforma comercial em nome individual em uma grande estrutura empresarial, instaurou-se um modelo denominado sociedade coligada. Espera-se que esta coligação produza os devidos efeitos para que foi criada, mormente o da expansão externa num contexto económico global.

3. PRESSUPOSTO

Segundo o plasmado no n.º 1 do Art.º 481.º do CSC, podemos compreender que, para considerarmos uma sociedade em grupo, terá de se estabelecer relações entre sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações. Logo, para efeitos da lei, consideram-se sociedades coligadas as constantes no Art.º 482.º do CSC.

4. CARACTERÍSTICAS DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Os grupos de sociedades, sendo fruto da concentração secundária ou concentração na pluralidade, caracterizam-se pela integração das empresas em estruturas económicas cada vez mais vastas. Não obstante a perda da respetiva autonomia económica resultante da sua subordinação a uma direção económica unitária de conjunto, as empresas persistem como células dotadas de individualidade jurídica e patrimonial própria.

Uma característica do grupo plurissocietário é a *interdependência administrativa* das sociedades que dele participam. O grupo fornece às sociedades-filha serviços administrativos de ordem legal, financeira, contabilística etc. Essa atividade concomitantemente aumenta a ligação entre as entidades integrantes da coligação e reduz a independência real de cada uma delas. O seu objetivo consiste em racionalizar os recursos disponíveis e em aproveitar o potencial sinérgico do grupo, os ganhos de escala e a uniformização de procedimentos, liberando recursos para a atividade principal de cada componente.

Outra característica é a *interdependência de pessoal*, que refere a frequente circulação de trabalhadores dentro do grupo, com o fundamento de que permite identificar e caracterizar o grupo sem prejuízo da diversidade concreta que pode assumir. Isso é notório em pequenas, médias e grandes empresas, nacionais e multinacionais. Por questões económicas, a atividade de um grupo societário origina fenómenos de integração económica e empresarial. As operações resultantes das próprias operações das empresas permitem referenciar o grupo num todo, cujo objetivo principal é a unidade na tomada de decisões. Assim, a unidade económica funciona de forma harmónica, gera crescimento e propicia um sistema centralizado de gestão financeira com vista à internacionalização dos negócios.

CAPÍTULO III

PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

O processo de insolvência é de execução universal, consoante o Art.º 1.º do CIRE. A sua finalidade é satisfazer os credores pela forma prevista num plano de insolvência, com base na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente. A liquidação do património não é a primeira alternativa. Não obstante, pode sê-la, caso a sua recuperação se afigure impossível. Isso nos mostra a preocupação do legislador em corroborar o plano de governo aprovado na Constituição da República portuguesa e em acatar as observações que o Fundo Monetário Internacional (FMI) propôs ao país, quando aderiu ao crédito para potencializar a economia, optando sempre pela restauração, antes de proceder à insolvência.

Neste processo todos os credores concorrem, visto que o processo é universal. A recuperação a que se refere o Art.º 1.º do CIRE sucede tanto a nível da empresa compreendida na massa insolvente quanto a nível do património do devedor insolvente, quando a solução ao primeiro nível não se afigurar possível. Em ambos os casos, reparte-se o produto da venda entre todos os credores. Este entendimento é novo e surge com a entrada em vigor da Lei 16/2012, invertendo a ordem anterior.

A apreensão do património do devedor apresenta-se como medida de último rácio, uma vez que, após apreendidos, os bens do devedor são liquidados. Nota-se que, por via do processo de insolvência, o legislador põe à disposição soluções para que os credores consigam reaver os seus créditos, a saber, a possibilidade de traçar um plano de insolvência ou, caso não seja viável, a liquidação do património do devedor. Todavia, não se pode esquecer que, apesar da vontade do legislador de encontrar a melhor solução, na prática não se conhece caso de recuperação total dos créditos empenhados.

A *par conditio creditorum* — ou princípio de igualdade entre as partes — tem por base o princípio de que, em caso de insuficiência do património do devedor para satisfazer os direitos dos credores, comporta a necessidade de proceder à repartição dos bens, segundo um critério de proporcionalidade, como se lê no art.º 176.º do CIRE. Possibilita a igualdade de tratamento entre os credores, havendo insuficiência da massa do devedor, perante única e simplesmente a declaração de insolvência do devedor³⁹, e possibilitando a partilha das perdas.

À vista do exposto, consideramos a insolvência um processo de execução universal e mais essencialmente de instância universal, visto que pode ser extinto no seu tempo, nos

³⁹ Serra, Catarina (2009), *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 153.

termos do Art.º 232, se o património for insuficiente para cobrir as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente⁴⁰. Por outras palavras, visa à satisfação do direito de crédito sobre o património remanescente do devedor. É uma execução coletiva, porque satisfaz os direitos de todos os credores de um devedor. Através do processo, permite-se e efetua-se a reunião em assembleia de todos os credores para designar um administrador do património durante esse processo sob vigia do tribunal⁴¹ e da comissão de credores, cuja função, conforme o Art.º 62.º do CIRE, é a de fiscalizar as atividades do administrador, que deve prestar contas sempre que ocorra a cessação de funções, qualquer que seja a causa determinante, abrangendo os casos de encerramento do processo previstos no Art.º 230.º. Ainda assim, podemos afirmar que a insolvência constitui uma forma de execução por pagamento de quantia certa. É um processo universal e concursal destinado à liquidação de todo o património do devedor insolvente por todos os seus credores⁴².

Na visão de António Espírito Santo⁴³, a insolvência é um processo para satisfazer os direitos de crédito sobre o património do devedor, nos termos do n.º 1 e do n.º 3 do Art.º 10.º da CPC, sem prejuízo do seu carácter universal. Trata-se de uma execução com início declarativo com vista à declaração da insolvência, à oposição, ao apenso e à reclamação de créditos. São semelhantes ao processo executivo a oposição por embargos à verificação e a reclamação de créditos. A sua finalidade última é obter a realização possível do património, resultante do crédito não cumprido. A fase executiva inclui larga incidência de elementos declarativos, como a declaração de insolvência, a verificação e a graduação dos créditos reclamados. Isso não afeta a sua qualificação como processo executivo, porque a sua finalidade última corresponde à prestação coativa da obrigação.

Segundo Maria do Rosário Epifânio, existem dois tipos de pressuposto para que ocorra a insolvência. Em primeiro lugar, há os pressupostos de ordem subjetiva, que englobam todos os sujeitos elencados no n.º 1 do Art.º 2.º do CIRE. Em segundo, há os de ordem objetiva, que correspondem à insolvência do devedor, conforme o Art.º 1.º do mesmo diploma. A lei equipara a situação de insolvência atual à situação de insolvência iminente, desde que o devedor a tenha declarado⁴⁴.

⁴⁰ A insuficiência da massa dá-se quando o património do devedor for inferior à cinco mil euros, conforme o n.º 9 do Art.º 39 do CIRE.

⁴¹ Leitão (2011), *op. cit.*, p. 19.

⁴² Epifânio (2014), *op. cit.*

⁴³ António Espírito Santo é professor auxiliar convidado do ISCTE no ano académico 2017/2018 e advogado.

⁴⁴ Cf. n.º 4 do Art.º 3.º do CIRE, ao equiparar a insolvência atual à iminente, no caso de apresentação pelo devedor.

A iminência da insolvência caracteriza-se pela ocorrência de circunstâncias, não tendo ainda conduzido ao incumprimento em condições de poder considerar-se a situação de insolvência atual, com um juízo de certeza de que a mesma é declarada devido à insuficiência do ativo líquido e disponível para satisfazer o passivo exigível. Temos de considerar o aspeto do regime jurídico que condiciona, em certa medida, o interesse prático que caracteriza a situação de insolvência iminente com particular impacto no caso de apresentação da insolvência. Com o que hoje consigna o Art.º 28.º do CIRE, a apresentação por parte do devedor implica-lhe o reconhecimento da situação mediante a prolação da declaração judicial. Não há contradição nesta linha de pensamento contra os credores, porque estes só são chamados ao processo após a insolvência ser declarada.

De acordo com Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda,⁴⁵ a situação de uma obrigação vencida não põe em causa uma relação quantitativa entre o ativo e o passivo do devedor, mas, sim, uma situação financeira que impede de pagar pontualmente as suas dívidas. Tal afirmação concretiza-se no n.º 2 do Art.º 3.º do CIRE. As soluções da lei têm sido as melhores, visto que o processo de insolvência se fundamenta na satisfação de dívidas vencidas. Insere-se na preocupação genérica de antecipar remédio para uma situação de crise ou penúria patrimonial do devedor, na convicção de que, assim agindo, se contribui para minorar o sacrifício dos credores. Está implícita a situação de insolvência para esses, quando o seu passivo ultrapassar o ativo, segundo as normas contabilísticas aplicáveis.

Concernente às obrigações vencidas, três situações ficam por esclarecer. A primeira é o incumprimento da obrigação vencida, que é suscetível a um requerimento de insolvência por iniciativa de um legitimado que não o próprio devedor. Conforme o n.º 1 do Art.º 20.º do CIRE, a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas dívidas, isto é, pode ser requisitada por qualquer credor, independentemente da natureza do crédito, ou ainda pelo Ministério Público a representar as entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se alguns factos mencionados nas alíneas subsequentes do mesmo artigo. A segunda situação diz respeito à possibilidade de — em caso de insolvência iminente — o devedor solicitar a declaração judicial da insolvência. A terceira corresponde à ocasião em que o devedor identifica, considera e comunica a sua insolvência iminente, como consta nos números 1, 2 e 3 do art.º 18.º do CIRE.

Fernandes e Labareda atrelam a apresentação da insolvência à iminência desta, por ser um acontecimento atual. Conquanto não esteja em incumprimento efetivo, o devedor deve

⁴⁵ Fernandes e Labareda (2009), *op. cit.*, p. 24 e ss.

ponderar a sua situação concreta, as suas expectativas e a sua capacidade de honrar dentro do prazo os seus compromissos, cogitando a chance de o passivo mostrar-se superior ao ativo.⁴⁶ Isso se justifica pelo facto de o devedor ser o maior conhecedor da sua situação. Sabe que a espera causa mais transtornos para si, os credores e terceiros, porque as coisas vão mal e não se vislumbra uma solução plausível; daí, a voluntária apresentação da sua própria insolvência.

1. FINALIDADE

No Art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 53/2004, relativamente à finalidade do processo de insolvência, afirma-se que “o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem por finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”⁴⁷. Nesta disposição, o objetivo do legislador é satisfazer os direitos dos credores através da liquidação do património do devedor, muito embora admita que a mesma finalidade possa ocorrer por via da recuperação da empresa inadimplente por via de um plano de insolvência.

Além do objetivo supracitado, o processo de insolvência atual o que consta da Lei 16/2012, encerra outras características como se lê no n.º 1 do Art.º 1.º do CIRE, em que a previsão a nosso ver é mais satisfatória. Isto se deve ao facto de que hodiernamente pelo seu carácter universal, cujo fim não só prevê satisfazer os credores, mas antes apoia a ideia de recuperar a Empresa compreendida na massa insolvente, sendo que só nos casos em que tal não se afigure possível, se optará em liquidar os bens patrimoniais do insolvente e consequentemente a repartição do produto pelos vários credores. Assim, também como Alexandre Soveral Martins.⁴⁸

Nesse processo, são apreendidos para liquidação todos os bens do devedor — sejam penhoráveis sejam impenhoráveis —, incluindo aqueles apresentados de forma voluntária. O CIRE encontrou uma solução unitária ao abandonar o processo de recuperação da empresa. Para qualquer tipo de devedor, a resposta para a situação de insolvência é exclusivamente dada pela arquitetura do correspondente processo, em cujo seio se admite o recurso ao plano de insolvência como alternativa à liquidação universal do património do devedor, prosseguida por um plano com modelo do tipo supletivo legal, em que se pode verificar a recuperação da

⁴⁶ Fernandes e Labareda (2015), *op. cit.*, p. 85 e ss.

⁴⁷ Epifânio, Maria do Rosário e José Manuel Branco (2016), “O CIRE volvidos 10 anos, congresso de insolvência”, *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0.

⁴⁸ Martins, Alexandre de Soveral (2015), um curso da insolvência, Coimbra, Almedina.

empresa contida na massa insolvente, se se desejar e for aprovado por um número suficiente de credores e se o tribunal homologar.⁴⁹

É também tido como um processo concursal. Todos os credores são chamados a intervir no processo, sem ter em conta a natureza do crédito. Está implícito o princípio da proporcionalidade na partilha das perdas entre os credores, *par conditio creditorium*, nos termos do Art.º 176.º do CIRE, perante a insuficiência do património do devedor. Segundo este artigo, o pagamento aos credores comuns deve ser proporcional aos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respetiva satisfação integral⁵⁰. Depois de cumprir as dívidas da massa insolvente e de satisfazer os créditos garantidos ou os privilegiados, se a massa não for bastante para o cumprimento, eles serão pagos na proporção respetiva, seguindo o princípio supracitado, como já resultava do n.º 1 do Art.º 604.º do CC.

Face à insuficiência do património do devedor para atender aos direitos creditórios dos credores, este princípio comporta a necessidade de repartição das perdas. Entre outros, são tidos como sinais da *par conditio creditorium* a publicidade do processo, como via efetiva de participação dos credores, a impossibilidade de fazer prosseguir ações executivas individuais, consignação dos créditos garantidos e demais instrumentos de defesa dos credores contra atos lesivos, tais como atos posteriores e prejudiciais à declaração da insolvência, à resolução ou à impugnação pauliana dos atos anteriores.⁵¹

É um processo de natureza mista, porque, de início, visa declarar a insolvência. Depois da declaração, passa-se à fase executiva, que compreende a apreensão e liquidação do ativo do devedor para o pagamento dos credores. Para Fernandes e Labareda⁵², rigorosamente em termos formais e estruturais, nada mudou. O processo judicial mantém-se como único instrumento para efetivamente solucionar a insolvência. O n.º 2 do Art.º 1.º do CIRE possibilita ao devedor a instauração do processo de revitalização, que intenta o estabelecimento de negociações com os credores para obter um acordo para prevenir a declaração de insolvência.

Nesta perspetiva, em alguma medida, retoma-se o modelo acolhido pelo CPEREF. De acordo com a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro, consentia-se às empresas em situação económica difícil serem objeto de uma ou mais providências de recuperação, que seriam provadas em sede do correspondente processo. Aquele decreto-lei

⁴⁹ Martins (2015), *op. cit.*, p. 14 e ss.

⁵⁰ Prata, Carvalho e Simões (2013), *op. cit.*, p. 488, ponto n.º 4.

⁵¹ Serra (2009), *op. cit.*, p. 153.

⁵² Fernandes e Labareda (2015), *op. cit.*, p. 70 e ss.

teve como objetivo tornar eficaz a responsabilização dos titulares de empresas e administradores de pessoas coletivas⁵³.

Há, no entanto, um novo panorama, que se traduz no seguinte: se o devedor está em situação económica difícil ou de insolvência iminente e se a considera recuperável, é-lhe lícito recorrer ao processo de revitalização, tal como no *Bankruptcy Cod.*, em que se admite que, se o fim for a recuperação da empresa, a regra é a manutenção do devedor à frente da empresa (*debtor in possession*) e a nomeação do administrador (*trustee*) à exceção⁵⁴. Se se verifica uma situação de insolvência efetiva e em conformidade com o Art.º 3.º do CIRE, deve lançar-se mão do processo de insolvência.

2. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL

a) Em razão da matéria

A Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, também denominada a Lei da Organização do Sistema Judiciário, nas alíneas a) e e) do n.º 1 do Art.º 128.º, diz que compete aos juízes de comércio preparar e julgar os processos de insolvência e os planos especiais de revitalização, liquidação das sociedades comerciais, suspensão e anulação de deliberações sociais, ações de declaração de inexistência, nulidade e anulação do contrato de sociedades, entre outros.

Seguimos nesta senda com o acórdão do Tribunal de Relação do Porto de 27 de setembro de 2017. Em um processo de dívidas da massa insolvente, a requerente intentou uma ação de resolução do contrato-promessa em um tribunal comercial. Nos termos da al. a) do n.º 1 do Art.º 128.º da Lei n.º 62/2013, ao juiz de comércio competiu o julgamento dos processos de insolvência, inclusivamente dos apensos e incidentes suscitados sob a sua competência, consoante o n.º 3 do Art.º 128.º.

Conforme o Art.º 51.º do CIRE, os encargos projetam-se na massa insolvente, sobre a qual o ato praticado pelo administrador da insolvência gera consequências. A *ratio decidendi* também abarca a proposta de resolução do contrato-promessa de compra e venda de imóveis apreendidos para a massa, celebrado com o administrador da insolvência, após declaração da insolvência e peticionada a restituição do sinal em dobro, devendo a ação correr por apenso, conforme o n.º 2 do Art.º 89.º do CIRE. A competência para o seu conhecimento e tramitação é a secção de comércio, ao abrigo do disposto no n.º 1 do art.º 128.º da lei da organização e funcionamento dos tribunais judiciais.

⁵³ Epifânio e Branco (2016), *op. cit.*

⁵⁴ Serra, Catarina (2004), *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, p. 26.

Face ao exposto, entendemos que podem ser intentados no tribunal de comércio todos os factos contantes no Art.º 128.º da Lei da Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ), sem esquecer que o Art.º 46.º do CIRE recomenda a integração da massa insolvente em uma empresa. Tal pressuposto tem de ser verificado à data da declaração da insolvência. Para a conformação do conceito de empresa, consideramos o disposto no Art.º 5.º do CIRE, segundo o qual se considera empresa toda a organização de capital e trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica. Vimos demonstrar que, nesse caso do Tribunal de Relação do Porto, a pessoa foi titular de uma empresa, exerceu atividade empresarial em nome individual, e não se verificou mais nenhuma atividade.

Em suma, nos termos do n.º 1 do Art.º 89.º da Lei n.º 62/2013, embora a insolvência esteja remotamente ligada à atividade anterior, se uma pessoa singular se revela insolvente nas secções de comércio, é indispensável a verificação da situação à data da declaração de insolvência. Tal entendimento é retirado do Acórdão n.º 489/13.8TYNG.P1, do Tribunal Regional do Porto, cujo redator foi José Fernando Cardoso Amaral, em 13 de junho de 2013.

b) Em razão do território

A competência territorial é primordialmente da incumbência do tribunal da sede ou do domicílio do devedor ou do autor da herança à data da morte. A depender do caso, é também atribuída ao lugar onde o devedor tem o maior centro de interesses ou a partir de onde administra os seus bens, conforme postula o n.º 2 do Art.º 7.º da Lei n.º 62/2013.

c) Em razão da hierarquia

Em razão da hierarquia, compete ao tribunal de primeira instância, atendendo a sua localização geográfica, julgar o processo de insolvência. O Art.º 7.º do CIRE estabelece como competente para o processo de insolvência o tribunal do autor da herança à data da morte.

3. FUNDAMENTOS DA INSOLVÊNCIA CONSOANTE O ART.º 18.º E O ART.º 20.º DO CIRE

Consoante o n.º 1 do Art.º 20.º do CIRE, a declaração de insolvência do devedor pode ser requerida pelo responsável legal pelas dívidas, por qualquer credor, independentemente da natureza dos seus créditos, e pelo ministério público. A lei confere aos credores a certeza jurídica e a garantia de todos os créditos da sua titularidade.

Atualmente, o Art.º 18.º do CIRE reduz o prazo anterior, que era de sessenta dias, para trinta dias para a apresentação da insolvência. O dever de apresentá-la propicia uma solução do problema. Mesmo que o devedor queira prolongar o prazo da apresentação da insolvência, tal ato não lhe isenta do seu dever nem deslegitima a instauração do processo. O possível

atraso é considerado incumprimento e gerador de muitos prejuízos e inconveniências. Em consequência, o insolvente sujeita-se às consequências do seu ato.

O n.º 2 do Art.º 18.º do CIRE clarifica situações de suspensão da instância. Porém, isso somente é possível quando outro requerente se antecipa e dá entrada em juízo à petição, instaurando o processo de insolvência. Ao destacar a não titularidade da empresa⁵⁵ na data da insolvência, o CIRE exclui o cariz universal da apresentação da insolvência, baseado em dois aspetos. O primeiro é por não se estender às pessoas não titulares de empresa até quando incorram em insolvência, de acordo com o Art.º 5.º. O segundo é pelo facto de o n.º 1 do Art.º 3.º determinar que o devedor na situação de não titular da empresa pode optar por apresentar a sua insolvência ou deixar de fazê-lo, sem que daí ocorram sanções. Diante da dificuldade no cumprimento das suas obrigações, se o devedor não for uma pessoa singular nem titular de uma empresa na data da insolvência, ou toma iniciativa de apresentar-se para começar o processo, caso o pedido seja procedente, ou deixa que as pessoas prejudicadas pelos créditos em dívidas ou outras pessoas a quem a lei confere legitimidade possam demandar o processo.

Não se pode perder de vista que a determinação de factos presuntivos da insolvência tem como objetivo principal permitir que as pessoas autorizadas pela lei desencadeiem um processo fundamentado em aspetos que, por simples presunções, demonstrem o estado de pobreza do devedor, que se traduz no incumprimento das suas obrigações vencidas e vincendas, como o n.º 1 do Art.º 3.º do CIRE caracteriza. Contudo, o devedor tem de mostrar que é calunioso o que se diz e que não se encontra incapacitado de cumprir as obrigações alegadas. Nestas situações, o ónus da prova cabe ao devedor. É da sua incumbência provar e refutar as acusações que sobre ele pesam, demonstrando não estar em situação de insolvência, como é dito por credores ou outros.

Portanto, existem situações como as previstas no n.º 2 do Art.º 3.º, em que nos parece não ser necessário apresentar a insolvência do devedor nos casos em que há superioridade do passivo sobre o ativo. Este preceito determina essa situação como condição determinante de insolvência, embora haja cumprimento regular das obrigações. Diante do exposto, Fernandes e Labareda⁵⁶ exemplificam: se um devedor tem vinte contratos de locação e destes deixar de pagar valores concernentes apenas a um, não se caracteriza o postulado no n.º 3 do Art.º 18.º e mantém-se o pagamento dos restantes. No entanto, se o devedor deixa de pagar os demais e continua a cumprir as obrigações referentes a um contrato e se tal incumprimento persiste por mais de três meses, compele-se a apresentar a insolvência. Segundo o código, é irrelevante

⁵⁵ Cf. a noção de empresa no Art.º 5º do CIRE.

⁵⁶ Fernandes e Labareda (2015), *op. cit.*, p. 198.

saber se o devedor tem ainda possibilidade de pagar as suas dívidas, apesar de, num contexto reformulado, a solução exigir a liquidação do ativo. Fernandes e Labareda acreditam que a caracterização da insolvência contribui para a aprovação de um plano de insolvência, como um meio de garantir a satisfação dos créditos devidos, se os credores acharem viável e o tribunal responder positivamente, no que tange à homologação do processo.

4. PRESSUPOSTOS DO PROCESSO DA INSOLVÊNCIA

No Direito português, para afirmar que alguém está insolvente, é necessário que o acusado esteja impossibilitado de cumprir obrigações vencidas e que a situação seja atual, ou iminente, como prevê o n.º 1 do art.º 3.º do CIRE. É um estado traduzido pela ausência necessária de liquidez em determinado momento. A insolvência iminente ou atual, segundo o n.º 2 do Art.º 3.º, tem como critério o balanço por meio das normas contabilísticas vigentes.

A insolvência iminente previsível — que não é possível de evitar a curto prazo — exige prognose para que se possa entender que, num futuro próximo, o devedor não teria capacidade para cumprir as suas obrigações. Este é o entendimento do n.º 4 do Art.º 3.º do CIRE, impedindo que os credores possam requerer a insolvência com base na situação de iminência. Se bem analisadas as circunstâncias, esse entendimento não consta em parte alguma do CIRE. Percebe-se, então, uma lacuna que deve ser revista pelos estudiosos do direito da insolvência, porque não há clareza quanto ao assunto, levando-nos a presunções.

Por outro lado, perguntamo-nos: se a insolvência for apresentada pelo devedor, pode ser tomada como fortuita? Pensamos que a resposta é negativa, pelo facto de que, tal como consta no Art.º 18.º, o devedor deve requerer a sua insolvência dentro de trinta dias à data do conhecimento da sua situação. Tal dever excetua-se às pessoas singulares. Se o devedor for titular de empresa, presume-se que tenha conhecimento da sua situação passados três meses de incumprimento generalizado das suas obrigações.

A apresentação da insolvência é uma disposição da lei a titulares de empresa e, para o efeito, não pode ser confundida com a sua classificação. O n.º 1 do Art.º 189.º do CIRE qualifica-a como culposa ou fortuita. Diferenciam-se quanto à criminalização do insolvente. Os Artigos 189.º, 227.º e ss do CP infligem ao devedor culposo medidas mais duras, como a inibição do exercício de qualquer cargo público ou privado no período de dois a dez anos, além de outras limitações de carácter pessoal, patrimonial e até familiar. Em ambos os tipos, os Artigos 81.º, 82.º e 83.º do CIRE preveem privação do exercício de administração da empresa e de outras funções. Por sua vez, no caso de insolvência fortuita, o devedor tem de

colaborar para o bom desdobramento do processo, participando informações e comparecendo perante o juiz, ou se o administrador está a analisar aspetos em que o devedor é a pessoa a prestar informações. O comparecimento do insolvente faz-se indispensável, sob pena de a insolvência passar de fortuita para culposa, dependendo da apreciação do juiz, consoante o n.º 3 do Art.º 83.º do CIRE. Logo, a apresentação da situação pelo próprio devedor denota o cumprimento do exposto no Art.º 18.º do diploma em análise.

Contudo, a apresentação também possui desvantagens, como ocorre se o devedor quiser usar a sua situação de insolvência de maneira arbitrária e indevida, recorrendo ao PER nos termos do n.º 2 do Art.º 17.º-A⁵⁷ até ao 17.º-I do CIRE, numa situação que pode ser inviável para a utilização do PER, devido à falta de fundamento deste ante insolvência iminente. Dessarte, cria medidas dilatórias para afastar a insolvência. Não se pode esquecer que há o risco de o devedor dissipar o património e refugiar-se no PER. Nestas condições, não se aconselha o PER sob a justificação de evitar perda de tempo e de garantir a economia processual e os créditos dos credores.

5. ENQUADRAMENTO DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

O CIRE determina como escopo do processo de insolvência a satisfação dos credores de um devedor, sendo este a sociedade individual, e não o grupo. Não obstante, a especificidade do grupo é atendida no n.º 2 do Art.º 86.º do CIRE, admitindo a apensação dos processos de declaração da insolvência. Entendemos a figura da apensação como um meio ímpar que o CIRE admite como pressuposto único de modo que um determinado número de processos respeitantes a pessoas singulares ou coletivas siga de forma conexa a um julgamento numa única vez, de sorte a garantir justeza e evitar desperdícios ou atos desnecessários. Essa tarefa compete somente ao administrador da insolvência, que tem poderes legais de fazê-lo nos termos do n.º 1 e, sobretudo, do n.º 2 do Art.º 86.º do CIRE.

Devido à deficiência da previsão legal do instituto da apensação no direito português, o legislador manteve a autonomia formal e material das diferentes massas. Até ao momento, no CIRE não há disposição que permita a concentração e a liquidação dos bens do devedor em simultâneo. Logo, se um credor intenta uma ação contra as várias sociedades do mesmo grupo, tem de fazê-lo em separado, porque as sociedades não podem ser demandadas de

⁵⁷ Destina-se a permitir que o devedor comprovadamente em situação difícil negocie com os seus credores, com vista à revitalização. Para tal, é necessário que, através de declaração escrita e assinada, o devedor ateste atender aos requisitos estabelecidos pelos números 1 e 2 do Art.º 17.º-I do CIRE.

forma conjunta. Se a lei admitisse o contrário, facilitaria a apensação de todos os processos, que, assim, correriam em concomitância.

Outro facto de destaque prende-se à competência para requerer a apensação, a qual é reservada ao administrador da insolvência. Em concordância com Oliveira, a apensação permite a consolidação das várias massas envolvidas no processo de insolvências do mesmo grupo societário, sendo que a liquidação simultânea autoriza a distribuição equitativa tanto do produto final quanto das perdas.

A norma em estudo reconhece a necessidade urgente de adaptação das regras gerais sobre a insolvência à realidade do grupo e à unidade de gerência que o caracteriza. É inegável que os grupos de sociedades hoje representam um grande motor nas economias. A nível internacional, a insolvência tem sido a desgraça de muitos apostadores em investimentos avultados. Fazem-no, muitas vezes de forma reiterada, em sociedades com a mesma gestão.

O processo de insolvência é universal e concursal, destinado a obter a liquidação de todo o património do devedor por todos os seus credores. É um processo de natureza mista, porque começa com a declaração da situação de insolvente e, em seguida, ocorre a fase executiva, ou seja, a apreensão e liquidação do ativo para pagamento dos credores. Ademais, com os apensos e recursos, tem carácter urgente, gozando de precedência sobre serviços ordinários do tribunal, conforme o n.º 1 do Art.º 9.º do CIRE. Está sujeito ao princípio do inquisitório, podendo a decisão do juiz no processo, como os embargos e incidentes de qualificação da insolvência, ser fundado em factos que não tenham sido alegados pelas partes, de acordo com o Art.º 11.º do CIRE. As insuficiências de alegações e de prova das partes podem mover-se dentro dos limites fixados. Tal princípio não descaracteriza nem invalida a base do processo civil, que é: o princípio de que o impulso processual — nomeadamente a realização das diligências probatórias — compete às partes em toda a sua extensão.

5.1 REGIME DAS INSOLVÊNCIAS EM PORTUGAL NOS TERMOS DO ART.º 3.º DO CIRE

O conceito básico de insolvência consiste na impossibilidade de cumprimento pelo devedor das suas obrigações. Conforme o n.º 1 do Art.º 3.º do CIRE, “é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”. Não é mera insuficiência patrimonial a corresponder à situação negativa líquida. O encargo de pagar as dívidas é suficiente para a pontualidade do devedor em requerer judicialmente a própria insolvência.

A insolvência nos grupos de sociedades

Para analisar o tema, Leitão aponta como elemento de identificação da insolvência dois aspetos, que são o *fluxo de caixa* e o *critério de balanço*. O primeiro diz respeito à situação, em sentido técnico-jurídico, de impossibilidade que levaria a extinção da obrigação. Este critério baseia-se na insolvência alemã, a *insolvenzordnung*, que, face à rejeição do critério de balanço, deve ser interpretada com cautela. Esta situação não implica a insolvência, se o crédito permitir o cumprimento pontual das obrigações. Assim, o balanço serve apenas como um critério acessório para referir insolvências de pessoas coletivas e patrimónios autónomos cujas dívidas nenhuma pessoa singular pode responder, pessoal, ilimitada, direta ou indiretamente, que são insolventes pelo facto de o seu passivo superar o ativo, cuja avaliação é feita pelo critério de normas contabilísticas vigentes, segundo o n.º 2 do Art.º 3.º.

O património autónomo das pessoas coletivas encontra-se incluído nos elementos identificados no n.º 1 do Art.º 3.º do CIRE, elementos estes que funcionam igualmente com o critério do balanço. Esta prática visa facilitar os credores, de modo a pedir a insolvência das entidades devedoras, para evitar a responsabilização limitada dos seus sócios, sob o risco de prejudicar os devedores. A limitação da responsabilidade afeta gravemente os créditos, visto que não se pode buscar outros bens, para além daqueles que a sociedade possui. Os bens patrimoniais não pertencentes à sociedade, posto que adquiridos através desta, não integram a massa insolvente devido à responsabilidade limitada, ainda que tais bens constituam uma mais valia para a massa insolvente. Assim, o património autónomo e as pessoas coletivas podem ser declarados insolventes, quando o balanço demonstrar a inferioridade do passivo ou quando as obrigações vencerem.

Porém, o n.º 3 do Art.º 3.º corrige essa afirmação, ao determinar a inclusão no ativo e no passivo dos elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor. No caso de o devedor ser titular de empresa, valoriza a mesma segundo uma perspetiva de continuidade ou de liquidação, a depender do que se afigura mais provável, mas, em qualquer caso, com exclusão da rubrica de *trespasse*. Exclui o passivo das dívidas pagas com fundos distribuíveis ou ativo restante, após acautelarem os direitos dos demais credores.

Em suma, no Direito português, quem determina quando se está em insolvência é o CIRE. E, para determinar a insolvência, deverá ter-se em conta variados aspetos, tais como: a inclusão de elementos que façam perceber que se está perante insolvências, mesmo que tais elementos não constem do balanço, ter em conta a validade ou não da empresa, determinar não apenas o seu valor caso se pense numa alienação, mas, sim, numa perspetiva de continuar com as atividades da mesma, verificar se é um plano prossecutivo ou não. Assim, não são

A insolvência nos grupos de sociedades

todas as situações de incumprimento relacionáveis ou passíveis de desencadear um processo de insolvência nas relações comerciais.

CAPÍTULO IV

INSOLVÊNCIAS SUBORDINADAS EM SOCIEDADES PORTUGUESAS AGRUPADAS COM SOCIEDADES ESTRANGEIRAS

1. A APENSAÇÃO DOS PROCESSOS NA INSOLVÊNCIA E LEGITIMIDADE PARA REQUERER

A lei consagra duas modalidades de apensação, conforme postulado do Art.º 128.º ao 140.º do CIRE, e o apenso ulterior de créditos, como regulado do Art.º 146.º ao 148.º do mesmo código⁵⁸. Em regra, a verificação dos apensos e a graduação dos créditos sucede em quatro momentos: a reclamação, o saneamento, a instrução e o julgamento.

A apensação em processo de insolvência é determinada pelos números 1 e 2 do Art.º 86.º do CIRE. Neste sentido, cabe ao administrador do processo requerê-la. No campo doutrinal, alguns estudiosos divergem quanto ao conceito do referido artigo. Para Oliveira, não se pode entender a competência como exclusiva do administrador, quando irremediável e irrenunciável, como é o caso dos direitos dos credores e a frustração do fim processual da insolvência.

Contrariamente, Fernandes e Labareda compreendem-na como uma legitimidade reservada aos administradores da insolvência. É um ato discricionário destes, porque o processo de uma sociedade insolvente e das sociedades dominadas e a sua eventual apensação resultam da iniciativa do administrador da insolvência, sem haver necessidade de fundamentar tal escolha, bastando simplesmente requerer prova da existência dos pressupostos.

1.1. A APENSAÇÃO SUBSTANTIVA

A requisição da apensação não é uma eventualidade. Faz-se obrigatória, quando em jogo estiverem sociedades em relação de domínio ou de grupo e houver mais valias do que o contrário para as partes envolvidas no processo. Já no antigo CPEREF, era automática e justificava-se para evitar abusos de personalidade e combater a fraude, leitura do preâmbulo do decreto-lei n.º 315/98, de 20 de outubro. Segundo o n.º 2 do art.º 13.º do antigo CPEREF, ao prever pendências em diversos tribunais respeitantes a processos de recuperação de empresa ou falências relativas a sociedades coligadas, efetuava-se a apensação referente à sociedade de maior valor do ativo. O decreto-lei n.º 315/98 fá-lo para moralizar os abusos

⁵⁸ Epifânio (2014), *op. cit.*, p. 266.

descritos no parágrafo em referência a abuso de personalidade e combate à fraude. Assim, não se esperava que este tema venha a ser ignorado pelo CIRE. Com a separação de processos sem possibilidade de apensação, o produto final pode ficar gravemente afetado, resultando na não verificação do princípio do *par conditio creditorum*. Ademais, são afetados os interesses acautelados nos Artigos 85.º, 87.º e 89.º do CIRE.

O regime jurídico para regular o conjunto sistémico crescente económico, em especial o de insolvência, não está capacitado para o devido acompanhamento do fenómeno, porque privilegia a autonomia e a personalidade jurídica de cada sociedade de forma própria e desconexa da realidade do grupo societário, mantendo a responsabilidade limitada dos sócios acionistas. Em caso de alguma responsabilidade, os ativos da empresa permanecem e não são usados para pagar as dívidas geradas pela própria sociedade⁵⁹. A realidade da empresa global como sociedade coligada só é ponderada de maneira pontual, sob o fundamento de que o facto de uma sociedade ser considerada como parte ou não de um grupo. De forma tradicional, é analisada como uma estrutura independente.

Na tentativa de contornar tal problema, alguns doutrinadores recomendam uma interpretação extensiva do n.º 2 do art.º 86 do CIRE, com vista à consolidação substantiva da figura jurídica⁶⁰, sempre que estamos perante uma insolvência que envolva grupos de sociedades, com o fim de criar uma massa insolvente única, ao se tratar de insolvência de várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo, sendo que as demais entidades passam a ser vistas como se fossem uma única. Para o desprimor de quem augurava uma solução diferente, os credores são impedidos de satisfazer os seus créditos confiados ao devedor originário, que se torna no credor de um património do grupo consolidado num todo⁶¹. Assim, concluímos que a legislação da insolvência em vigor não prevê a consolidação do património num todo.

1.2. JURISPRUDÊNCIA, COMPETÊNCIA PARA REQUERER A APENSAÇÃO PROCESSUAL

Em atenção ao trabalho em causa, analisamos algumas decisões oportunas para o tema proposto. Um já foram referenciadas neste trabalho, outras não. Embora desconhecidas, no tocante ao recurso do administrador da insolvência, várias decisões requerem a apensação processual nos grupos de sociedades. Recorremos à jurisprudência a respeito da legitimidade

⁵⁹ Machado, Sara Monteiro Maia (2013), “A insolvência nos grupos de sociedades: o problema da consolidação substantiva”, *Revista do Direito das Sociedades*, 5(1/2), p. 340.

⁶⁰ Oliveira (2016), *op. cit.*, p. 379 e ss.

⁶¹ Machado (2013), *op. cit.*, p. 352.

para tal requisição. Logo, os números 1 e 2 do Art.º 86.º do CIRE nomeiam o administrador da insolvência como a única pessoa legítima para requerer a apensação.

Não obstante a ausência de unanimidade por parte dos doutrinadores, há quem entenda que tal competência não se pode entender como exclusividade por levar a preterir os direitos creditícios dos credores, frustrando o fim pelo qual se institui o processo⁶². Outros entendem que se trata de uma matéria de reserva legítima do administrador, chegando mesmo a considerar tal prerrogativa como um poder discricionário. Nos casos das sociedades em relação de domínio, havendo apensação, esta é sempre da iniciativa do administrador⁶³. Nesta perspetiva, pensamos que a lei é clara ao conceder legitimidade somente a este.

O Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, Processo n.º 1793/11.5 TBLLE-AA. E1, cujo redator foi Tomé Damião em 28 de junho de 2017⁶⁴, concerne a um processo declarativo em que uma imobiliária declarada insolvente se negou a apensar ao processo principal um contrato de hipoteca de uma residência e compra e venda de títulos, alegando que os bens em causa não foram apreendidos no âmbito da insolvência, pelo que não se reconhece legitimidade por parte do administrador da insolvência para requerer a apensação de tais bens. O recorrente discorda e pede a referida apensação ao processo principal.

Da decisão recorrida, pronunciou-se que, declarada a insolvência, todas as ações de apreciação da questão dos bens compreendidos na massa contra a devedora ou terceiros, com influência sobre o valor da massa, e todas as ações exclusivamente patrimoniais do devedor devem ser apensadas, desde que o processo de insolvência seja requerido pelo administrador com fundamento na conveniência dos fins do processo, como prescreve o art.º 85.º do CIRE. Para efeitos de apensação aos autos, o juiz requisitou a remessa de todos os processos nos quais se tenha efetuado qualquer ato de apreensão ou detenção de bens integrantes da massa. Por fim, o administrador da insolvência substituiu o insolvente em todas as ações referidas nos números 1 e 2 do Art.º 86.º do CIRE, independentemente da apensação ao processo de insolvência e do acordo da parte contrária.

Neste seguimento, o Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, em 27 de julho de 2012, sobre a apensação e redigido por Carlos Gil, não implica uma liquidação conjunta de todo o património das sociedades em relação de domínio, porque obsta a personalidade jurídica distinta de cada sociedade. A decisão reforça a ideia de que a apensação de processo

⁶² Oliveira (2011), *op. cit.*, p. 732.

⁶³ Fernandes, Luís A. Carvalho e João Labareda (2012), “De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol. 7, p. 147.

⁶⁴ Cf. www.dgsi.pt/jtre.nsf.

nos grupos de sociedades continua sem a devida regulação porque este acórdão ratifica que as insolvências num grupo devem ser julgadas separadamente por serem personalidades jurídicas distintas. Noutra caso idêntico, no mesmo tribunal, em 7 de setembro de 2010, cujo redator foi Jorge Arcanjo, decidiu-se que, quanto à apensação de processos, o n.º 2 do art.º 86.º deve ser interpretado de maneira extensiva, de tal sorte a permitir que, em certas condições, haja uma consolidação substantiva por meio da liquidação conjunta⁶⁵.

1.3. BREVE RESUMO DO REGULAMENTO N.º 1346/2000 DA COMISSÃO EUROPEIA PARA MELHOR COMPREENDER O REGULAMENTO N.º 2015/848

O Regulamento da União Europeia n.º 2015/848 revogou o regulamento anterior, de n.º 1346/2000, do conselho de 29 de maio de 2000. Este foi aprovado no acordo de concertação com os demais Estados-membros, numa iniciativa da Alemanha e da Finlândia, com aprovação e parecer do Parlamento Europeu, em conjunto com a equipe do comité económico e social, cujo escopo foi a criação de um espaço livre, seguro e de justiça⁶⁶.

O Regulamento n.º 2015/848 estabeleceu e condicionou as insolvências a nível da União Europeia, para evitar que determinado devedor possa transferir o seu património ou outros bens, assim como processos judiciais para um outro Estado-membro, onde lhe seja mais favorável⁶⁷. Com esta medida, impede-se o devedor insolvente de determinar os órgãos que, a seu entender, convenham para a situação em que se encontra, assim como obter o reconhecimento dos demais membros da União, das medidas tomadas pelo órgão responsável na instauração do processo de insolvência principal.

Desse modo, o Regulamento n.º 663/2014 alterou os anexos A, B e C do Regulamento n.º 1346/2000, de 29 de maio⁶⁸, e instaurou as normas europeias concernentes aos processos de insolvência transfronteiriça, aplicáveis sempre que o devedor e os credores, sejam pessoas coletivas sejam pessoas individuais, estiverem espalhados por diversos Estados da União Europeia. Esses anexos designam e enumeram a legislação nacional de cada Estado-membro a todos os processos de insolvências. Porém, o modelo da lei adotada mostrou-se pouco eficaz, visto que, passado algum tempo, se verificaram situações anómalas, como a eleição do

⁶⁵ Ao permitir que, em certos casos, se admita a consolidação conjunta dos processos, implica na mesma a defesa da situação de ser aceite se mais uma vez o administrador da insolvência requerer e justificar a necessidade de junção dos processos prevista no art.º 86.º do CIRE. Pensamos que, ainda assim, não satisfaz em plenitude a situação levantada quanto à apensação ou não dos processos de insolvência nos grupos de sociedades.

⁶⁶ Cf. Preâmbulo do Regulamento n.º 1346/2000, sobre a insolvência comunitária.

⁶⁷ Os ingleses chamam de *forum shopping*, quer dizer, modo ilícito de escolher uma jurisdição mais favorável.

⁶⁸ Pode ser vista tal alteração no sítio da Direção Geral da Política Judiciária (DGPI) da União Europeia.

Estado-membro com alçada para proceder à abertura do processo, os processos secundários das insolvências e a dificuldade de publicitação dos processos de insolvência em curso.

Nos casos das insolvências transfronteiriças dos grupos societários, a reclamação de créditos e a ineficiência das regras concretas foram fatores de predileção para esconjurar a revisão do Regulamento n.º 1346/2000. Em 15 de novembro de 2011, o Parlamento Europeu emitiu uma nota a propor que a comissão económica tomasse iniciativa de apresentar propostas baseadas em regimes jurídicos factíveis para legislar no âmbito das insolvências empresariais que se baseassem nas soluções apresentadas, assim como conselhos de acordo com as propostas enunciadas⁶⁹. Em consequência, emitiram-se propostas direcionadas a uma possível concertação de todos os Estados-membros em termos de legislação em questões de insolvências, visto que o princípio anteriormente enunciado como o *fórum shopping*⁷⁰ favorecia ao insolvente procurar um estado membro, cuja lei lhe favorece. Nesse encontro, os Estados foram incentivados a criar meios para favorecer o mercado local, evitar o incumprimento e recuperar a empresa, antes de liquidá-la. Logo, estipulou-se 1.º de junho de 2012 como prazo para que as comissões criadas para apreciar o Regulamento n.º 1346/2000 apresentassem um relatório a respeito da aplicação do tal regulamento sobre as insolvências.

Dez anos mais tarde, após a entrada em vigor do Regulamento n.º 1346/2000, a comissão encarregue achou por bem a sua alteração por ser desadequado e desajustado, senão mesmo arcaico aos novos paradigmas. Assim, em 12 de dezembro de 2012, a comissão apresentou uma proposta ao Parlamento Europeu, com vista à melhoria daquilo que se achava desajustado à realidade. Por sua vez, a comissão parlamentar e o comité responderam que havia outros assuntos prioritários a tratar, como a promoção de um espírito de restauração e recuperação de empresas a nível da União Europeia. Compreendemos que a preocupação do Parlamento Europeu e do comité económico se baseou na proteção e na sustentabilidade, pelo facto de a recuperação trazer de volta a movimentação e a recuperação do tecido empresarial da União e, com isso, podia restaurar os postos de trabalhos das famílias, proporcionando bem-estar e equilíbrio social.

Na sequência, algumas propostas surgiram e fundamentavam-se em: esclarecimento das situações de competência jurídica processual; interligação do sistema de registos de devedores, individuais e coletivos; expansão da aplicação do regulamento da união, a fim de

⁶⁹ Cf. Em www.europarl.europa.eu.

⁷⁰ Cf. Rede judiciária Europeia, em matéria de civil e comercial, Comissão Europeia (RJE), noção própria do direito internacional privado. A pessoa que toma iniciativa de propor uma ação em tribunal pode-se ver tentada a escolher o tribunal em função da lei que este deve aplicar. A pessoa que intenta a ação pode ser tentada a escolher o foro, não por ser mais adequado, para conhecer do litígio, mas devido às normas de conflito de leis que esse tribunal utiliza. Desse modo, procura a aplicação da lei que lhe é mais favorável.

evitar e prevenir insolvências, recuperar empresas; inclusão de processos de insolvências e pré-insolvências; assistência jurídica para melhor coordenação processual. Em suma, estes foram os pontos essenciais da proposta da comissão, que, após uma árdua discussão, finalmente aprovou o Regulamento n.º 848⁷¹, que foi publicado em 5 de junho de 2015.

2. A INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL: O REGULAMENTO N.º 2015/845

A insolvência internacional ocorre quando o património do devedor está disperso por vários países ou em relação aos quais se verifiquem conexão à insolvência com diversas ordens jurídicas; é diferente quando o processo de insolvência é aberto⁷². Atualmente, devido à evolução do comércio e ao fluxo de negócios das multinacionais, que têm necessidade de expandir o comércio e conseqüentemente as pessoas, em nome individual e em nome coletivo, procuram parcerias além-fronteiras, com o objetivo de aumentar o volume de negócios e aumentar a movimentação das suas transações financeiras ou extensão de parcerias. Até à época em que entrou em vigor o Regulamento n.º 1346/2000, não havia em todo o espaço europeu qualquer regulamento que disciplinasse a insolvência num todo.

Também é relevante notar que havia um regulamento das Nações Unidas denominado UNCITRAL⁷³, de 30 de maio de 1997, cujo texto original é de 1985, que, de modo não muito eficaz, estabelecia algumas balizas para regulamentar a insolvência transfronteiriça⁷⁴, com vista a evitar as conseqüências nefastas às empresas, à economia e aos Estados. Nesta perspectiva, faz todo o sentido, pois que a insolvência desestrutura o tecido empresarial, social e económico da vida das famílias e do próprio Estado, que perde por não conseguir arrecadar os impostos. Além disso, o Estado sobrecarrega-se também por fornecer subsídios às famílias de quem se encontra em situação de desemprego. Com isso, baixa a economia num todo.

O Regulamento n.º 2015/848 revogou o Regulamento n.º 1346/2000. O objetivo do regulamento atual é garantir e gerir de forma eficiente a insolvência que respeita as empresas e aos particulares com atividade e interesses comerciais em qualquer país que integra a União

⁷¹ Cf. em <http://eur-lex.europa.eu>.

⁷² Leitão (2017), *op. cit.*, p. 371.

⁷³ UNCINTRAL é a sigla correspondente a Comissão das Nações Unidas para a Lei de Comércio Internacional; em inglês, *United Nations Commission on International Trade Law*. É uma lei que as Nações Unidas criaram para regulamentar o direito comercial internacional, especificamente de arbitragem que, de forma esporádica, contém alguns princípios relativos às insolvências.

⁷⁴ www.uncitral.org. O modelo de lei é designado para assistência e equiparação de insolvência com leis modernas de forma legal a fim de tornar mais eficiente as insolvências transfronteiriças, devido á pessimas experiências tidas com devedores insolventes. Esta lei visou autorizar, encorajar a cooperação e coordenação entre as diferentes jurisdições. “lê-se no preambulo da norma”.

Europeia e que não seja onde o sujeito habitualmente reside. O Regulamento n.º 2015/848 trouxe consigo aspetos fundamentais, a saber: amplo escopo de aplicação, quanto à insolvência transfronteiriça; primazia ao processo de recuperação e revitalização das empresas a nível da União; poder ao administrador da insolvência para a elaboração da proposta do plano de insolvência. Além disso, determinou a jurisdição competente e a lei nacional aplicável para proceder à abertura do processo e a decisão jurisdicional, quando uma pessoa singular ou coletiva se torna insolvente.

O regulamento estabeleceu as situações aplicáveis à insolvência, como a definição da perda de parte ou alargada de bens do devedor e a nomeação do administrador da insolvência. Na primeira situação, todos os negócios ou bens do devedor ficam sob a tutela de um órgão jurisdicional. No caso de suspensão do processo para a devida negociação entre o devedor e os credores, a aplicação do regulamento tem como desígnio proteger os interesses comuns dos credores do potencial insolvente.

O regulamento instituiu a competência para abertura dos processos de insolvência, que deve ter o seu curso jurisdicional no país da União Europeia onde está o centro dos interesses principais do devedor. Assim, considera o seguinte: a localização da sede estatutária das empresas coletivas; a localização da atividade principal de particulares em exercício de atividade profissional e comercial; residência habitual, no caso de pessoa singular. Caso o devedor possua um local onde exerce atividade num país da União Europeia diferente de onde se situa o centro dos seus interesses principais, o país com relação a qual pode também abrir um processo de insolvência contra o devedor, chamado de processo secundário, e se limitará aos bens e ativos que se encontrem naquele país. Sempre que os interesses dos credores da localidade estiverem garantidos, o regulamento possibilita recuperar a empresa, para evitar a abertura de um processo secundário.

Normalmente, a lei a aplicar é a do país onde o processo da insolvência foi instaurado. Assim, a lei aplicável à insolvência é a *lex fori concursus*. Nos termos do n.º 1 do art.º 3.º do Regulamento n.º 2015/848, a competência internacional para o processo é atribuída ao Estado-membro onde se encontra o centro de interesses do devedor. Sob a lei desse Estado, é regulada a insolvência em virtude de ser o local de abertura do processo, assegurando a tutela dos interesses públicos prosseguidos com a liquidação da massa insolvente. Essa lei regula e determina as condições de abertura e encerramento dos processos, o que abrange os seguintes aspetos: (a) os devedores que serão objeto do processo de insolvência; (b) os direitos dos credores após o encerramento do processo; (c) os bens pertencentes à massa; e (d) a afetação dos custos e despesas processuais.

A insolvência nos grupos de sociedades

Todos os Estados-membros da União Europeia devem reconhecer a sentença de execução, tão cedo que se conheça a abertura do processo num país da União, com efeitos iguais. O registo da insolvência⁷⁵ deve assegurar que os credores estejam informados e deve evitar a abertura de outros processos paralelos. Os Estados-membros tem de divulgar as informações do processo de insolvência transfronteiriça por meio de um registo eletrónico e disponível a toda a gente.

No âmbito dos grupos de sociedades, o regulamento criou um quadro específico para lidar com situações da insolvência dos membros de um grupo societário, compelindo os diversos administradores e órgãos da insolvência a cooperar e comunicar-se entre si. Criou um sistema especial para harmonizar e efetivar a comunicação dos processos do mesmo grupo de sociedade. Passou a limitar os direitos de legitimidade dos administradores dos grupos de sociedades com processo de insolvência.

Por fim, o regulamento em análise ampliou significativamente o seu escopo em comparação ao anterior. Almejando recuperar e revitalizar a empresa, estendeu a cooperação e a comunicação do sistema judiciário entre os Estados-membros, no tocante à divulgação e à atribuição de competência respeitantes à abertura e ao julgamento do processo de insolvência, dando maior dinamismo a publicidade através de uma plataforma comum. Teve-se em conta a realidade das sociedades coligadas através da interação, comunicação e cooperação com os administradores das insolvências.

2.1. O DECRETO-LEI N.º 79/2017, QUE LIMITOU O PER UNICAMENTE PARA AS EMPRESAS E PESSOAS COLETIVAS

O Decreto-Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, introduziu o PER com o objetivo primordial de promover celeridade e possibilidade para revitalizar empresas de devedores que não são pessoas singulares e ainda não se encontram em insolvência, mas, sim, na iminência. Este decreto-lei limitou o Plano Especial de Recuperação (PER) unicamente às empresas, enquanto que foi criado o Plano Especial para Acordo de Pagamento (PEAP) para os devedores que não são empresas. No tocante ao aperfeiçoamento e à eficácia dos procedimentos de revitalização e insolvência das empresas ligadas ao programa de governo, o de capitalizar as empresas, o decreto-lei em questão contemplou um conjunto de situações, como o caso de alterações do Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência.

⁷⁵ Cf. Portal Europeu de Justiça, em conexão com as normas de proteção de dados da União Europeia.

O PER inicia-se a partir do momento em que o devedor obtém um acordo com pelo menos um dos seus credores, por via de declaração escrita a fim de estabelecer negociações conducentes a revitalização do devedor, por meio de um plano recuperatório junto do tribunal, o mesmo que seria competente para sua insolvência, juntando a comprovação necessária⁷⁶. Ao se apresentar ao juiz com a documentação, este nomeia imediatamente um administrador judicial provisório por meio de um despacho⁷⁷ e, concomitantemente, indica o objeto da notificação ao devedor e a publicidade devida⁷⁸. Ao nomear o administrador judicial provisório, são suspensas todas as diligências executivas em curso, assim como os pedidos de insolvência pendentes, igualmente os processos anteriores à data da publicação no portal *citius*, que indica a nomeação daquele.

Com base nos artigos 17º-A a 17º-F, o PER estipula o prazo de trinta dias para a subscrição do requerimento da empresa que se apresenta ao processo. Além disso, também exige a supervisão da situação da empresa por um especialista em contabilidade ou um auditor capaz de comprovar a insolvência⁷⁹. Após a entrega do requerimento, deve-se redigir uma proposta de plano de recuperação da empresa. Nesse plano deve constar uma descrição detalhada da situação financeira da empresa em causa, determinando o seu património.

Por outro lado, tem legitimidade para concluir as negociações e aprovar o plano de recuperação somente aqueles sócios e, se o juiz puder computar no cálculo da maioria dos créditos impugnados, se entender que há maior possibilidade de estes serem reconhecidos, considerar-se-á aprovado o plano de recuperação que os votos dos credores representem um terço do total dos créditos relacionados ao voto, e que os detentores de tais créditos não sejam subordinados e não haja consideração das abstenções, conforme o n.º 3 do Art.º 17.º-F e do Art.º 212.º do CIRE. Pode eventualmente haver uma apensação se o administrador provisório requerer a que as demais sociedades que tenham uma relação de domínio com a sociedade se façam a apensação. A publicidade⁸⁰ do processo afigura-se necessária, porque os credores cientes do processo em curso, mesmo após cinco dias depois da publicação do processo podem, por meio dos *citius* eletrónicos, dirigir as suas alegações de modo a impedir a homologação do processo, apresentando nessa altura o seu contraditório.

⁷⁶ Leitão (2017), *op. cit.*, p. 329.

⁷⁷ Cf. al. a) do n.º 3 do Art.º 17.º-C.

⁷⁸ Cf. Art.º 37.º, Art.º 38.º e o n.º 4 do Art.º 17.º-C do CIRE.

⁷⁹ Compreende-se tal posição pelo facto de o PER não ser utilizado nos casos de insolvência de empresas que já se encontram em fase de apresentar-se ao tribunal para declarar a insolvência consumada, porque, para tal, há o instituto da própria insolvência.

⁸⁰ Cf. Artigos n.º 222.º e n.º 213.º do CIRE.

O PER apresenta-se como um programa com um cunho constitucional, porque a sua criação visava relançar a economia nacional portuguesa, criando postos de trabalho, melhorando as condições de vida, reduzindo o índice de endividamento e proporcionando melhores condições de financiamento e de investimento privado. Isso justifica-se porque, na condição de providente, o Estado dificilmente propiciaria melhor qualidade de vida, sem que a classe empresarial criasse postos de trabalho. Para tanto, é crucial a classe empresarial possuir meios para diversificar o comércio e desenvolver a economia nacional, para que, além da obtenção do lucro como fim teleológico, crie postos de trabalho para as famílias.

Sob esta perspetiva, o governo instaurou a legislação com vista à intervenção e à simplificação da plataforma administrativa, além da restauração do sector empresarial à medida dos desafios vigentes, investimentos e movimentação do mercado de capitais. O Ministério da Justiça foi desafiado a criar de forma simplificada medidas restaurativas no sector empresarial com vista a aperfeiçoar e aumentar a eficiência dos processos de revitalização, assim como o processo de insolvência. E um dos passos foi a alteração efetuada ao CIRE. A legislação em vigor foi fruto de trabalho aturado no âmbito do processo revitalização da economia nacional, a fim de dar crédito ao PER, e reforçou-o dando-lhe a transparência necessária sem abandonar o formato inicial para pessoas singulares que não sejam titulares de empresas com âmbito comercial. Assim, também se procedeu à harmonização do Código de Processo Civil (CPC), com o fim de adequá-lo e adaptá-lo ao regulamento vigente na União Europeia, o Regulamento n.º 2015/848, relativamente ao processo de insolvência. Por consistir em um plano de interesse nacional, o decreto acima foi submetido à consulta pública em abril e março de 2017.

Nos termos do Art.º 198.º da Constituição da República Portuguesa, o governo procedeu as alterações ao CSC, do Decreto-Lei n.º 262/86 de 2 de setembro, e ao Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, sobre a insolvência, em execução do conselho de ministro n.º 42/2016, de 18 de agosto, e ao CSC⁸¹. Foi por via de um plano do governo que foi possível efetuar alterações que hoje estão dispostas nos Artigos 17.º-A ao 17.º-I do CIRE. Estes artigos regulam atualmente o PER. No Art.º 17.º-A, define-se a linha orientadora do processo de revitalização, isto é, permitir ao devedor em comprovada situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas ainda suscetível de recuperação, estabelecer negociação com os respetivos credores, de modo a concluir com o acordo conducente à sua revitalização.

⁸¹ Cf. *Diário da República*, n.º 125/2017, série i, de 30 de junho de 2017, emitido pelo Ministério da Justiça, e <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/79/2017/06/30/p/dre/pt/html>.

A alteração desta lei objetivou recuperar o devedor em oposição à liquidação, que é o objeto principal do processo de insolvência. No âmbito da sua aplicação, surgiram muitas vozes de doutrinadores que se opuseram ao requisito de como o devedor teria que se encontrar “em situação económica difícil ou numa situação de iminência de insolvência”. É assim que Catarina Frade entende que o PER é uma perda de tempo fatal, na maioria dos casos pelo fato de que pode ser aplicado a devedores em situação de insolvência, atual a margem do que a lei estabelece, quanto ao seu âmbito de aplicação⁸². Com isto, fomos impelidos a analisar esta afirmação, com base na definição atual do n.º 2 do Art.º 1.º e o n.º 4 do Art.º 3.º do CIRE, respetivamente com recurso ao Art.º 17.º-B: “para efeitos deste, o devedor que se encontra em situação económica difícil ou numa situação de insolvência atual meramente iminente”.

Pensamos que a situação difícil numa empresa que conduz a insolvência pode ser escalonada por uma série de acontecimentos desfavoráveis, havendo uma insuficiência de fundos para o uso corrente. A tesouraria apresenta-se negativa, desencadeando a insolvência, que dá lugar a crescimentos desfavoráveis, promovendo a não rentabilização das operações levadas a cabo. Neste caso, se o problema não for solucionado com celeridade, a empresa deteriora e o seu fluxo de financeiro atinge níveis negativos. Em seguida, começam os problemas financeiros, atraso no pagamento aos funcionários, incumprimentos de contratos aos fornecedores e não pagamento de impostos. Por fim, os incumprimentos acumulam-se e tornam-se no dia-a-dia da empresa. Perante a situação exposta, para o devedor fazer face aos seus créditos, certamente tem de tomar medidas que, do ponto de vista económico, são prejudiciais. Ainda assim, toma-as com o fito de satisfazer os créditos dos seus credores, praticando determinados atos negociais desvantajosos, se olharmos numa perspetiva de mercado em condições normais.

Já para a insolvência iminente, compreendemos que o devedor está quase a entrar em incumprimento das suas obrigações, visto que vê o passivo a crescer face ao dinheiro disponível, e ele próprio tem a convicção de conseguir restaurar a sua empresa, se conseguir um crédito ou financiamento ou mesmo um acordo com os seus credores de modo a proporcionar-lhe mais algum tempo por via de um Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP), para pessoas singulares, ou de um PER. Não obstante, a aceitação do plano de recuperação terá um carácter meramente subjetivo, visto que não será a lei que vai ditar a aceitação do plano ou não, mas, sim, a boa vontade dos credores, a quem cabe a última

⁸² Frade (2013), *op. cit.*, p. 90.

palavra sobre a aceitação da proposta. O processo de recuperação e revitalização permite que os devedores que não se encontram em situação de insolvência evitem o estigma do encerramento iminente e que se recuperem da situação económica desfavorável⁸³.

Assim, podemos resumir que o PER foi feito à medida do Regulamento n.º 2015/848, no sentido de que, nas suas previsões, este teve como meta principal recuperar a empresa e revitalizar o devedor em dificuldades. Para além destas metas, o PER acresce o facto de limpar o currículo do devedor, o desastre financeiro que ocorreu ao longo do seu percurso daquele, e dar uma imagem sem mácula. É como se lhe viabilizassem um recomeço livre de preconceitos. Entretanto, vale salientar que este instituto somente se aplica a casos de insolvência não consumados e, por isso, suscetíveis de recuperação.

Quanto ao receio manifestado por Frade, pensamos que não há temor e não constitui preocupação. Os números 3 e 4 do Art.º 17.º-G determinam a competência do administrador judicial para averiguar as questões de irregularidades, após a conclusão das negociações com os credores. Mesmo sem acordo, o processo encerra-se e o facto é comunicado aos interessados. Porém, quando o devedor se encontra em situação de insolvência, esta é declarada dentro de três dias úteis, sem esquecer que, para além de ser da responsabilidade do administrador, a comunicação é decisiva para os casos de credores que tenham requerido o PER de forma indevida, considerando-se as consequências advindas de tal comportamento.

3. DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA EM TRIBUNAIS PORTUGUESES E OS EFEITOS DECORRENTES DA MESMA NO ESTRANGEIRO

Os processos de insolvência a tramitar nos tribunais portugueses, sendo este um país membro da União Europeia, serão reconhecidos pelos demais Estados-membros, logo que se instaurar processo do género em Portugal. Este entendimento decorre da interpretação do Art.º 271.º do CIRE e do Art.º 9.º do Regulamento n.º 2015/848, que determina:

Sempre que do processo resultar a existência de bens do devedor noutra Estado membro da União Europeia, a sentença de declaração de insolvência, indicará sumariamente as razões de facto e de direito que justificam a competência dos tribunais portugueses, ter em consideração o n.º 1 do art.º 3.º do Reg. 2015/848.

⁸³ Prata, Carvalho e Simões (2013), *op. cit.*, p. 10, ponto n.º 5.

Segundo Leitão⁸⁴, a competência dos tribunais portugueses depende da comprovação de que o local da sede estatutária corresponde ao local do centro dos interesses principais das sociedades e das pessoas coletivas. Se os requisitos mencionados coincidirem, todas as decisões que, no âmbito do processo de insolvência, forem proferidas em Portugal produzirão eficácia. Significa dizer que as decisões serão consideradas válidas a nível de todos os Estados-membros. Neste caso, o administrador da insolvência nomeado em Portugal tem poderes para deliberar a favor da massa em todos os Estados-membros onde se achar algum bem pertencente à massa insolvente. Estas interpretações provêm do art.º 21.º do regulamento em análise. Para Leitão, a fim de que todos os credores saibam da decorrência do processo, a comunicação terá de ser prestada na língua oficial do país da abertura, ou noutra língua aceitável, que deverá ser publicado no portal oficial europeu da justiça, conforme prescreve o n.º 3 do Art.º 54.º do Regulamento.

3.1. AS NORMAS DE CONFLITO DOS ARTIGOS 275.º, 288.º E SS DO CIRE

As normas de conflito constantes nos Artigos 275.º, 288.º e ss do CIRE aludem a situações decorrentes de insolvências que envolvam cidadãos portugueses ou de outros Estados-membros que residam e que estejam envolvidos em processos de insolvências que precisam de uma estatuição legal para o reconhecimento ou não de tais processos e chegar à resolução dos mesmos. Esta é a previsão daquilo que as demais normas que vigoram internamente não podem contrariar. Se for neste sentido, concordamos com a repetição⁸⁵ que se encontra no Art.º 275.º do CIRE.

Por outro lado, o n.º 1 do Art.º 288.º reforça a previsão acerca do reconhecimento do processo de insolvência em Portugal, impondo apenas alguns limites, que analisamos como direitos fundamentais, como as situações de insolvência que claramente contrariam os princípios fundamentais, e que se encontram constitucionalmente previstos, como é o caso de situações a contrariar a ordem pública e os bons costumes, estes claramente não terão acolhimento na ordem jurídica portuguesa, devido às decisões tomadas fora dos tribunais competentes ou devido aos resultados manifestamente contrários.

⁸⁴ Leitão (2017), *op. cit.*, p. 380.

⁸⁵ Dizemos repetição, porque achamos que tal previsão é a mesma que o Art.º 8.º da Constituição da República Portuguesa faz quanto à regulação da matéria de insolvências e outras matérias jurídicas de interesse comum.

CAPÍTULO V

O PER, O PEAP, A DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA, O PLANO DE PAGAMENTO REGULADO NO ART.º 251.º E SS, E A ESPECIALIDADE DOS ARTIGOS 196.º E 198.º DO CIRE E ESTE ÚLTIMO RELATIVO ÀS MEDIDAS DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

1. O PROCESSO ESPECIAL DE RECUPERAÇÃO (PER): UNICAMENTE PARA EMPRESAS E PESSOAS COLETIVAS

O Processo Especial de Revitalização (PER) foi instituído pela Lei n.º 16/2012. A sua pretensão é promover celeridade, eficácia, transparência e credibilidade no processo de recuperação das empresas que se encontram em situação económica difícil ou na iminência da insolvência. O n.º 2 do Art.º 1.º do CIRE prevê que essas empresas podem recorrer ao PER, a fim de serem recuperadas por meio de mecanismos legais, a fim de evitar a declaração de insolvência. O PER caracteriza-se como um processo judicial especial e antecede a insolvência. A sua regência dá-se desde o Art.º 17.º-A ao 17.º-J do CIRE, artigos adaptados para não colidir com as normas vigentes e com os aspetos gerais do CPC, concretamente o n.º 1 do Art.º 549.º.

De acordo com o n.º 1 do Art.º 17.º-A, tal como o processo de insolvência, o PER é concursal. Todos os credores concorrem, participam e, mesmo que os demais não tenham concorrido e reclamado os seus créditos, a sentença que homologa o PER vincula-os todos. É um processo urgente. A lei não diz nada quanto à precedência em relação aos demais serviços do tribunal, tal como faz no Art.º 9.º do CIRE. É um processo híbrido. Na sua decorrência, há negociações entre o devedor e os credores, assim como a intervenção do juiz⁸⁶. Por fim, é um processo recuperatório, visto que possibilita que, nas condições descritas no n.º 1 do Art.º 17.º-A, uma empresa seja suscetível de se recuperar evitando a sua insolvência por via de planos e acordos que conduzam a revitalizar a mesma.

2. O PLANO ESPECIAL PARA ACORDO DE PAGAMENTO (PEAP)

O Plano Especial para Acordo de Pagamento (PEAP) foi introduzido no âmbito do Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, no ordenamento jurídico, que está consagrado do Art.º 222.º-A ao 222.º-J do CIRE. Apesar de existir no ordenamento jurídico das insolvências,

⁸⁶ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 413.

o PEAP separa as formas recuperatórias das pessoas em situação de insolvência, a fim de facilitar o processo de cada sujeito singular ou coletivo, sem ter de tratá-las no mesmo processo.

O PEAP é um processo judicial que visa recuperar, tal como o é o PER. É aplicado aos devedores que são pessoas singulares ou coletivas que não são empresas e aos patrimónios autónomos⁸⁷. É especial por ser um processo regido pelas normas do Art.º 222.º-A ao 222.º-J, que são normas próprias do CIRE. Tem carácter de pré-insolvência, visto que se aplica às pessoas que se encontram numa situação economicamente difícil, mas ainda não em uma insolvência atual. Tem carácter concursal, como é nos outros processos por nós retratados, porque todos os credores do devedor concorrem.

No âmbito do PEAP, o plano homologado vincula todos os credores, mesmo aqueles que não tenham participado do processo negocial⁸⁸. Para recorrer ao PEAP, é necessário o devedor dirigir uma carta ao tribunal e atestar a sua situação mediante uma declaração, por si assinada, a fim de que se abra o processo conforme consta no n.º 2 do Art.º 222.º-A. Para tal fim, não se faz necessário elaborar um plano de pagamento, mas apenas se exige que haja um credor que assine para que se admita a abertura do processo, provando com aquela assinatura, que o devedor se encontra em negociação com os seus credores.

Esta é uma figura fruto de uma adaptação ao PER, por tratar-se de uma matéria específica criada pela necessidade de as pessoas não coletivas merecerem um tratamento diferenciado daquele. Neste sentido, a figura em causa visa obter e estabelecer relações negociais entre devedores e os seus credores, de uma maneira simplificada e eficaz, a criar condições para um acordo de pagamento que ajude a revitalização de pessoas singulares e não empresas.

Tem características idênticas ao processo da própria insolvência original de empresas e entidades coletivas, visto que também se verifica um concurso de credores interessados no processo desde o início até à homologação do plano de recuperação em sede do próprio PEAP. Tem carácter urgente, como prevê o Art.º 222.º-A, no que tange à contagem de prazos, e não se estabelece a precedência, tal como o é no Art.º 9.º do CIRE. Considera-se um processo híbrido, já que pode ser resolvido com ou sem a intervenção do juiz. Podem concorrer as pessoas que não possuem empresas, mas que, no exercício de outras atividades organizativas, estão a passar por situação idêntica a de uma sociedade em insolvência

⁸⁷ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 489 e ss.

⁸⁸ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 490 e ss.

iminente ou atual e querem resolver problemas de incumprimento de obrigações com os credores, sem enfrentar um processo moroso e desgastante.

É aceitável a reivindicação de Epifânio pertinente à delimitação do momento processual em que a proposta de plano de insolvência não foi devidamente regulamentada. A fim de evitar presunções, o legislador deve ser mais específico ao retratar assuntos associados à recuperação ou ao acordo entre os credores. Percebe-se a falta de um ato estatutário sobre a prevalência no âmbito do PEAP e sobre os demais serviços do tribunal ainda não clarificados pelo legislador, tal como o faz no Art.º 9.º do CIRE, sobre a insolvência das pessoas coletivas.

3. DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

A declaração da insolvência encontra-se regulada desde o Art.º 36.º ao 38.º e pelo Art.º 81.º e ss do CIRE. Logo que é conhecida a sentença que a declare, o juiz indica data e hora, assim como a respetiva prolação, considerando-se que ela tem início ao meio-dia, caso não tenha sido indicada, de acordo com a al. a) do n.º 1 do Art.º 36.º. O juiz nomeia o administrador da insolvência com indicação do seu domicílio profissional, determina que a administração da massa seja assegurada pelo devedor, quando se verifica os pressupostos no n.º 2 do Art.º 224.º. Ainda o juiz notifica e cita da sentença que declarou a insolvência todos os interessados nele, como o devedor, os administradores do devedor, quem requereu que a insolvência fosse declarada, o Ministério Público como representante e defensores de interesses do Estado e dos ausentes, assim como a comissão dos trabalhadores. Na sentença, indica-se o devedor insolvente com referência à sede da sua morada, fixa-se a morada dos administradores da insolvência. Segundo Epifânio, os administradores do devedor são notificados pessoalmente, recebendo cópias da petição inicial, n.º 1 do Art.º 37.º.

O devedor é avisado nos termos gerais das notificações pendentes. Caso já tenha sido citado pessoalmente no processo, também lhe são enviadas cópias da petição inicial. Também é notificada a pessoa que requereu a insolvência ao Ministério Público, ao Instituto de Segurança Social. Se o devedor for possuidor de empresa, também é convocada a comissão de trabalhadores. Por fim, para além do requerente, notificam-se os maiores credores conhecidos, que tenham residência habitual, sede ou domicílio em Portugal.

Nos termos da al. g) do Art.º 36.º, a sentença de declaração da insolvência determina como medida instrumental que devedor entregue os documentos contidos no n.º 1 do Art.º 24.º, se não constarem dos autos e a apreensão dos elementos da contabilidade e de todos os seus bens, para entregá-los ao administrador da insolvência. A declaração de insolvência e a

nomeação do administrador da insolvência são registadas oficiosamente na conservatória do registo civil, se se tratar de pessoa singular, e na entidade encarregada de registo público a que o devedor esteja eventualmente sujeito, conforme prescreve o n.º 2 do Art.º 38.º. Também são registados no registo predial os bens que integram a massa insolvente com base em certidão judicial de declaração de insolvência transitada em julgado.

A declaração da insolvência produz muitos efeitos sobre o devedor e outras pessoas. São efeitos pessoais a transferência dos poderes da administração e a disposição dos bens da massa insolvente que passa a ser tutelada pelo administrador nomeado pelo juiz, sob o prescrito no n.º 1 do Art.º 81.º. Segundo Cordeiro, tal posição pressupõe certa desconfiança quanto à capacidade de gestão do devedor, por se pensar que daí resultou a insolvência. A declaração da insolvência implica privar o devedor das faculdades de gestão da empresa e do seu património, inclusivamente de bens e rendimentos futuros, segundo o Art.º 46.º. Porém, não há extensão da privação aos bens que não compõem a massa, ou seja, aqueles que são insuscetíveis à penhora e sobre os quais o devedor conserva a liberdade de dispor⁸⁹.

Na prática, como resultado do n.º 1 do Art.º 81.º, o impedimento da administração dos bens estende-se ao insolvente, aos administradores dos direitos do devedor, aos mandatários com poderes gerais das pessoas singulares, aos encarregados de administrar e liquidar o património e a outros titulares competentes para tal efeito. Ao administrador da insolvência não são aplicadas as medidas de limitação quanto à disposição dos bens, devido à prerrogativa que a lei lhe confere após a sua nomeação pelo juiz, uma vez que está incumbido de conduzir o processo para a proteção dos interesses de terceiros.

Não obstante, são poucas as situações que, através da decisão do juiz, podem pôr o devedor à frente da sociedade. Uma delas é quando se conclui que a massa é insuficiente e que nenhum credor requer o complemento da sentença, segundo a al. a) do n.º 7 do Art.º 37.º. Se assim acontecer, o devedor mantém os poderes de disposição do seu património e não sofre quaisquer efeitos processuais daqueles correspondentes à declaração da insolvência.

4. O PLANO DE INSOLVÊNCIA REGULADO NO ART.º 192.º DO CIRE

O CIRE não fixa um momento especial para a apresentação do plano de insolvência. Há circunstâncias decorrentes do processo em que o devedor pode fazer a proposta. O plano deve constar um pedido de perdão ou redução do valor em dívida, referente tanto ao montante

⁸⁹ Leitão (2017), *op. cit.*, p. 161 e ss.

dos juros quanto ao investimento inicial, observando ou não determinadas cláusulas, como mudança dos prazos e taxas a aplicar aos juros dos créditos em dívida.

Quanto ao conteúdo, o plano de insolvência pode ser dividido em dois tipos distintos. Quando o devedor é uma pessoa singular, deve-se seguir o preceituado no n.º 1 do Art.º 192.º, porque o objetivo é realizar um acordo de pagamento entre o devedor e os seus credores. Por sua vez, quando é uma pessoa coletiva, o propósito é recuperar a empresa e, por conseguinte, deve-se recorrer ao n.º 3 do mesmo artigo, que prevê não um plano de insolvência, mas, sim, de recuperação. A este respeito, os Artigos 196.º e 198.º abordam questões diretamente ligadas às sociedades comerciais, como os casos de providências próprias e a incidência do passivo. Contudo, os planos de pagamento da dívida e de recuperação da empresa não são elaborados e propostos quando se avalia a inviabilidade de revitalização da empresa. Em consequência, o juiz comina a sua liquidação por via do processo de insolvência.

O legislador manifesta o interesse de recuperação do devedor, apesar de os credores terem sempre a última palavra quanto à aceitação do plano ou não. Já que está em causa o seu direito de crédito, estes sempre procedem a fim de racionalizar e potencializar os créditos empenhados. Caso se decida pela recuperação da empresa, deve-se registar o facto em todos os documentos para efeitos de comunicação, segundo o n.º 3 do Art.º 192.º. Caso o juiz não tenha proferido a sentença, a legitimidade para propor o plano de recuperação recai ao devedor, ao administrador da insolvência, a qualquer pessoa responsável legal pelas dívidas da massa ou a credores que representem, no mínimo, um quinto da totalidade dos créditos.

No caso de o devedor ser uma sociedade comercial, o plano de insolvência pode ser condicionado à adoção e à execução pelos órgãos sociais competentes, que não se consubstanciem em meros atos de disposição patrimonial e societária, sem prejuízo do n.º 1 do Art.º 201.º. Segundo Prata, Carvalho e Simões⁹⁰, os casos de sociedades comerciais como devedoras não significam que o devedor de outra natureza não possa ser condicionado à aprovação de um plano. O Art.º 198.º do CIRE prevê um conjunto de disposições que o plano pode conter, não implica a sua obrigatoriedade nem prejudica outras disposições diversas das quais estão enunciadas, desde que tal não afete o princípio da igualdade de credores.

O n.º 1 do Art.º 192.º torna-se em mera figura de revezamento de satisfação dos créditos dos credores, inversamente ao n.º 3, que se mostra como medida recuperatória posterior à declaração da insolvência. O plano revela o seu carácter universal, porque pode destinar-se a pessoas singulares ou coletivas, se o destinatário não possuir uma empresa. Caso

⁹⁰ Prata, Carvalho e Simões (2013), *op. cit.*

estejamos perante uma empresa, devemos recorrer ao Art.º 195.º do CIRE, que estabelece o conteúdo do plano, configurando-o como uma questão de recuperação de empresa válida. Em todo o caso, tem-se de apresentar medidas relativas ao passivo total do devedor, subtraindo-se os créditos dos impostos, sendo que os valores creditórios podem ser reduzidos, perdoados ou mesmo reembolsados. Com a proposta aceite, o juiz convoca imediatamente uma assembleia de credores e, uma vez aprovada, homologa o plano de insolvência, como prevê o Art.º 214.º.

5. A ESPECIALIDADE DO ART.º 196.º DO CIRE

O Art.º 196.º do CIRE permite a redução e o perdão do passivo ou dos créditos do devedor sobre a insolvência, tanto no capital quanto nos juros, com ou sem cláusulas estabelecidas. O condicionamento do reembolso total dos créditos possibilita a modificação dos prazos de vencimento ou das taxas de juro, constituindo garantias e a cessão de bens aos credores⁹¹. Ainda assim, tem-se discutido amplamente que o plano de insolvência não pode afetar as garantias reais e os privilégios creditórios acessórios de créditos do Banco Central Europeu ou de outros bancos dos Estados-membros, bem como os créditos tributários e os laborais, conforme a al. a) do Art.º 2.º da Diretiva n.º 98/26/CE, de 19 de maio, e o n.º 3 do Art.º 30.º da Lei Geral do Trabalho (LGT), que foi modificado pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro.

Julgamos o Art.º 196.º especial face aos três mencionados neste capítulo. Em processo de recuperação, esse artigo dá ao devedor a oportunidade de adesão ao plano, de acolhimento por parte dos credores e outros representantes legais, de modificação dos prazos, de definição das taxas em condições de pagamento. Concede-lhe ainda garantias e condicionamento do reembolso de todos os créditos ou de apenas parte deles. Logo, concluímos que os únicos créditos inegociáveis são os referentes às garantias reais, aos privilégios creditórios acessórios e ao Banco Central Europeu, como nos referimos.

6. AS MEDIDAS VISADAS PELO ART.º 198.º RELATIVO À RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

O Art.º 198.º do CIRE abrange medidas de recuperação da empresa e consiste em um instrumento dedicado aos devedores que sejam empresas, ou seja, sociedade comercial. Não queremos com isso demonstrar que não há lugar para o plano de insolvência a devedores de

⁹¹ Leitão (2017), *op. cit.*, p. 298.

natureza diversa. O plano adota medidas como a redução do capital social. Nos termos da al. b) deste artigo, prevê-se também um aumento de capital, em valores monetários ou em espécie, que pode ser subscrito por terceiros, mediante injeção de capital e conversão de créditos em participações sociais, respeitando ou não o direito preferencial dos sócios, conforme aponta a al. f). Neste âmbito, pode-se alterar os estatutos da sociedade, transformar esta em outra, alterar também os órgãos sociais, segundo a al. e), pode se excluir sócios comanditados que é acompanhada da redução do capital, conforme a al. g).

A redução a zero do capital social é admissível, apenas se se presumir que a liquidação integral do património da sociedade não subsistirá qualquer remanescente a distribuir pelos sócios. O aumento do capital sem concessão dos sócios, ainda que seja por espécie, conjetura, em alternância, a redução definitiva deste a zero ou, então, a desvalorização das ações. Por outro lado, quando se aborda a possível exclusão de sócios, é necessário examinar que o plano insolvencial pode incluir aumento do capital social a ser destinado a pessoas não socias. Tal aumento resulta da participação de credores e terceiros responsáveis pela maioria do capital, segundo o n.º 5 do Art.º 198.º. Por fim, para a exclusão dos sócios, é imprescindível o seu pagamento, garantindo-lhes a sua contraparte, se as partes sociais não forem destituídas de qualquer valor, como aponta o n.º 6 do mesmo artigo.

7. TRAÇAR O PLANO DE INSOLVÊNCIA

O n.º 3 do Art.º 156.º do CIRE apoia a liquidação como um regime supletivo, inerente ao plano de insolvência. Esse regime ocorre, se os credores discordarem da decisão ou se preferirem ir diretamente ao plano de insolvência, segundo o Art.º 192.º. Em conformidade com este artigo, a situação da empresa pode passar por pagamento dos créditos, por liquidação da massa e partilha entre os credores ou por recuperação da empresa, havendo de firmar o termo *recuperar* em todos os documentos a serem assinados. É imprescindível respeitar a autonomia dos credores quanto ao destino da empresa. O administrador elabora um plano e, em seguida, os credores deliberam sobre a sua aprovação em assembleia.

O plano de insolvência deve apontar medidas de execução. Nesta direção, os números 1 e 2 do Art.º 195.º do CIRE contêm indicações para as posições jurídicas dos credores, como a finalidade, as medidas necessárias a execuções póstumas, a descrição patrimonial e financeira, os meios de satisfação dos credores etc.⁹² Não se pode descurar o princípio da

⁹² Cf. Prata, Carvalho e Simões (2013), a respeito das alíneas a), b) e c) do n.º 2 do Art.º 195.º do CIRE.

igualdade dos credores, sem prejudicar ninguém por razões objetivas. O tratamento desfavorável aos credores depende dos sujeitos afetados, conforme o Art.º 194.º.

8. O PLANO DE PAGAMENTO REGULADO NO ART.º 251.º E SS

De acordo com o n.º 1 do Art.º 251.º, conjuntamente com a petição inicial do processo de insolvência o devedor pode apresentar um plano de pagamento aos credores. Após transitada em julgado a sentença homologatória deste plano, o juiz declara a insolvência do devedor no processo principal, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do Art.º 36.º e do n.º 1 do Art.º 259.º do CIRE. A apresentação do plano depende do tipo de devedor, isto é, uma pessoa singular, uma pessoa coletiva não empresa ou uma pequena empresa.

O Art.º 249.º prevê a exclusão dos regimes da administração do devedor e do plano de insolvência. Se excluídos, o devedor pode apresentar o plano de pagamento aos seus credores, direito assegurado pelo Art.º 251 e ss. Os devedores podem beneficiar-se do que se lê no Art.º 46.º, impedindo a tramitação do processo e, em consequência, a apreensão e liquidação dos seus bens. Não obstante, a aprovação do plano não anula a possível declaração da insolvência da pessoa singular devedora, segundo o n.º 1 do Art.º 251.º, porque, se uma pessoa apresenta um plano de pagamentos, indiretamente está a confessar a sua insolvência.

O plano de pagamento serve para evitar os efeitos associados às pessoas declaradas insolventes, sendo efeitos sobre os créditos do devedor e sobre a administração da massa insolvente. Existe uma duplicidade no processo, cujo escopo deixa de ser apenas a satisfação dos interesses dos credores, para também possibilitar a exoneração das suas obrigações. O plano de pagamento deve conduzir a um acordo entre o credor e o devedor e inaugurar uma relação nova, em que as obrigações do devedor sejam por este cumpridas, já que precedem do plano de pagamento assumido perante os credores, a fim de libertar-se das suas dívidas. Assim, o devedor pode ser isento das prestações anteriores. Nos termos do n.º 2 do Art.º 252.º, o plano pode prever perdões, moratórias, constituições de garantias, extinções, totais ou parciais, de garantias reais ou privilégios creditórios, através da calendarização de pagamentos parcelados ou à vista. Por fim, o plano tem uma natureza transaccional, porque pode solucionar conflitos através de concessões, segundo o critério de reciprocidade.

CAPÍTULO VI

A NOMEAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

1. A NOMEAÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA

A nomeação do administrador da insolvência encontra-se regulada do n.º 2 do Art.º 52.º ao 62.º do CIRE. É um órgão obrigatório, ao contrário dos demais, que são eventuais, como é o caso da assembleia de credores, do Art.º 72.º ao 80.º, e a comissão de credores, do Art.º 66.º ao 71.º. A nomeação do administrador é da incumbência do juiz e acontece na ocasião em que se declara a insolvência, conforme a al. d) do Art.º 36.º.

Na visão de Epifânio⁹³, a partir de critérios aplicados a pessoas inscritas numa lista oficial de administradores de insolvência, o juiz eventualmente seleciona aquele que figura na petição inicial, devendo a sua preferência recair sobre o administrador judicial provisório, em funções à data da declaração da insolvência, nos termos do n.º 1 do Art.º 32.º e do n.º 2 do Art.º 52.º do CIRE e do n.º 2 do Art.º 13.º da Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro. A nomeação acontece de forma aleatória num sistema informático, a fim de garantir a imparcialidade na escolha, assim como a escolha para participar nos processos de insolvência garantido o direito a igualdade de tratamento e de oportunidade.

Na falta de um sistema informático para essa seleção, o juiz elege um administrador a partir da lista oficial, obedecendo à Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, que regula o estatuto do administrador judicial. Todavia, o juiz não pode ignorar a escolha feita pelo devedor ou pela comissão de credores. Isto é válido para os seguintes tipos de processo: (a) em que se prevê a prática de atos de gestão e que requer conhecimentos especiais, segundo o n.º 2 do Art.º 52.º; (b) em que o devedor é uma sociedade comercial em relação de domínio ou de grupo com outras sociedades, cuja insolvência foi requerida, e em que se deseja nomear um administrador para diversos processos, conforme o Art.º 32.º e os números 1 e 2 do Art.º 52.º; (c) em que a massa compreende uma empresa com estabelecimento em atividade; (d) que apresentam alguma complexidade⁹⁴.

Em caso de processos com elevado grau de complexidade, ao juiz cabe nomear mais de um administrador da insolvência, conforme o n.º 4 do Art.º 52.º. Neste caso, quem propõe e se interessa pela atuação de mais de um administrador é responsável pela remuneração da

⁹³ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 72 e ss.

⁹⁴ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 73.

pessoa indicada, caso a massa se afigure insuficiente⁹⁵. Quando há divergência ou empate entre o administrador nomeado pelo juiz e os nomeados por qualquer interessado no processo, prevalece a escolha do juiz, segundo o n.º 5 do mesmo artigo.

Nos casos de sociedade comercial em relação de domínio ou de grupo, cuja proposta de insolvência foi realizada, o juiz — mediante indicação do devedor ou outros interessados — aponta o administrador da insolvência para gerir também os demais processos congêneres ligados ao mesmo grupo, caso verifique a existência de tais créditos. A pessoa escolhida pelo juiz pode ser substituída, quando, em assembleia, os credores elegerem outro inscrito na lista e proverem a sua remuneração, que passará pelo consenso da assembleia. Para tal, basta que a votação seja aprovada por maioria dos votos emitidos, sem considerar as abstenções⁹⁶. Por fim, o juiz pode destituir o administrador, sempre que houver justa causa⁹⁷, e pode substituí-lo, quando houver o interesse do devedor, dos credores e do próprio administrador em exercício, conforme prescreve o n.º 1 do Art.º 56.º.

2. FUNÇÕES DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA

É da competência do administrador assumir e representar o devedor em todas as fases do processo. Após a declaração judicial de insolvência e a nomeação do administrador, os bens integrantes da massa insolvente ficam imediatamente à disposição do mesmo, conforme o n.º 1 do Art.º 81.º do CIRE. Sendo um órgão da insolvência, tem como função principal assumir a responsabilidade da massa, liquidar e repartir o produto da venda entre os credores. De igual modo, deve prover, conservar e fazer com que os direitos dos credores coisifiquem e continuem a explorar a empresa, nos termos da al. b) do Art.º 55.º, evitando o agravamento da situação de penúria do devedor.

Nesse sentido, a lei atribui poderes específicos ao administrador para que este prepare o pagamento das dívidas do devedor à custa das quantias em dinheiro existentes na massa insolvente⁹⁸. Conforme o Art.º 149.º e o n.º 1 do Art.º 150.º, também deve apreender a contabilidade e os bens integrantes da massa, proceder às diligências para a entrega desses, deles ser depositário, juntar os autos do arrolamento e elaborar e apresentar à assembleia de

⁹⁵ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 73.

⁹⁶ Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 74 e ss.

⁹⁷ Não encontramos disposição alguma sobre a justa causa referida por Epifânio (2019). Inferimos que talvez se deva ao facto de o administrador da insolvência não assumir o seu papel devidamente, vindo, por exemplo, a praticar atos arbitrários, que prejudiquem a massa, que a diminuam ou que provoquem situações que ponham em perigo a garantia dos credores e outros interessados.

⁹⁸ Leitão (2017), *op. cit.*, p. 119 e ss.

credores um relatório provisório com os nomes de todos os credores e o inventário dos bens do devedor. Por conseguinte, esta tarefa permite a assembleia apreciar as novas alternativas para liquidar a massa e verificar as vantagens que podem tirar, por exemplo, de um plano de insolvência como meio de realização dos interesses dos credores, como preveem o n.º 1 do Art.º 153.º, o n.º 1 do Art.º 155.º e o n.º 1 do Art.º 156.º, sobre a possibilidade de não ser necessária tal obrigação, quando não houver a assembleia, tal como o Art.º 156.º e o n.º 5 do Art.º 36.º doutrinam⁹⁹.

Consoante o n.º 4 do Art.º 52.º, procura-se verificar se o administrador corresponde às expectativas dos credores para levar a bom porto o processo, uma vez que estão em causa os interesses dos credores, sendo ele uma pessoa não conhecida por aqueles. De acordo com o que foi tratado neste capítulo, consideramos não constituir preocupação alguma pelo facto de que, apesar da possível desconfiança sobre o administrador, as pessoas interessadas podem propor outro administrador, desde que se responsabilizem pela sua remuneração, no caso da insuficiência da massa. Por ser uma escolha aleatória e feita através de um computador, julgamo-la um processo transparente. De igual modo, na secção das responsabilidades, estipula-se que o administrador trabalha sob a supervisão do juiz. Por fim, com maioria de votos, os credores podem eleger o administrador, porém, se decidirem manter o devedor à frente da empresa, restringem o administrador a fiscalizar os atos mais importantes relacionados com a massa.

3. A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA

Surge, então, a necessidade de criar uma figura que trabalhe autonomamente e seja intermediária no processo de gerir a massa insolvente. O administrador é um administrador judicial, como decorre do estatuto do administrador judicial no n.º 2 do Art.º 2.º da Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, que revogou a anterior Lei n.º 32/2004, de julho. O legislador pensa acerca do administrador devido à falta de confiança e por desconhecimento da capacidade do administrador eleito ou nomeado, dado os contornos jurídicos que o mesmo processo pressupõe.

O CIRE não é taxativo na definição do administrador. O Art.º 6.º refere que é aquele que, não sendo um devedor, é a quem incumbe a administração ou liquidação da entidade ou do património em causa, designadamente os titulares dos órgãos sociais, não sendo pessoa

⁹⁹ Fernandes e Labareda (2015), *op. cit.*, p. 312 e ss.

singular nem mandatário com poderes gerais de administração. Acrescenta o n.º 2 do artigo que são considerados responsáveis legais as pessoas que, nos termos da lei, respondam ilimitadamente pela generalidade das dívidas do insolvente, ainda que a título subsidiário. Tais poderes ficam a pertencer ao administrador desde o momento da sua nomeação, sob orientação do n.º 1 do Art.º 81.º. Esta nomeação possui alguma limitação de carácter relativo, caso se decida que o devedor venha a administrar a massa. Neste caso, o administrador limita-se a fiscalizar e aprovar atos importantes para a administração da massa, conforme os Artigos 22.º e 226.º.

Da noção exposta, estão incluídos os administradores de direito e os de facto, porque existem aqueles que, sem nomeação legal, praticam atos de administração como titulares de cargos, como é o caso dos gerentes, procuradores ou administradores, que, apesar de não terem sido nomeados, exercem cargos como titulares. O administrador é um órgão autónomo do devedor. É uma figura importante, porque, com a aproximação do processo de insolvência, cria-se um clima de desconfiança maior por parte daqueles na iminência de perder os seus créditos, face a incapacidade do devedor.

4. DEVERES DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA

Os administradores no âmbito das suas funções têm deveres fundamentais e deveres específicos¹⁰⁰: tudo começa com um processo de recrutamento por meio de uma lista em que, segundo o estatuto do administrador¹⁰¹, é possível o exercício de funções de administrador da insolvência tão logo seja notificado quanto à sua nomeação e assume de imediato a função pelo qual foi designado, segundo o Art.º 54.º. Tais funções são exercidas sob supervisão e fiscalização da comissão de credores criada para o efeito e conta-se com a colaboração do próprio devedor, nos termos do Art.º 83.º. Ainda nesta senda, o estatuto do administrador dá prerrogativa do mesmo em ser orientador de determinados atos ligados à massa, tendo também poder para dirigir o processo de revitalização, gestão ou ainda liquidação da massa no âmbito do processo de insolvência¹⁰². É ao administrador da insolvência que cabe a tarefa de pagar todas as dívidas resultantes do processo de insolvência e rentabilizar e conservar a massa, continuando com as atividades da sociedade em causa, assim como deve também evitar que a situação de penúria do devedor se agrave, conforme indica a al. a) do n.º 1 do

¹⁰⁰ Valles, Edgar (2018), *Responsabilidade dos gerentes e administradores*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 9.

¹⁰¹ Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, que sofreu alterações pela Lei n.º 17/2017, de 16 de maio.

¹⁰² Epifânio (2019), *op. cit.*, p. 78.

Art.º 55.º. A função de administrador é comparada a de patrocínio judiciário obrigatório. No âmbito da administração da insolvência, o administrador, se pretender, pode ser coadjuvado por técnicos ou pessoas experientes, senão mesmo o próprio devedor, que bastará para o efeito da comissão de credores do seu consentimento. Na ausência destes, o consentimento pode ser do próprio juiz. Segundo n.º 3 do Art.º 55.º, a celebração de determinado contrato para prover determinada vaga que seja justificável pode ser da competência do administrador. Este contrato pode ser a termo certo ou incerto. Estes casos acontecem na situação de, por exemplo, se pensar na continuação da exploração de atividades da empresa ou para efeitos de liquidar a massa da mesma, nas situações de até ao momento em que trabalhadores da mesma sociedade se encontram com os contratos com prazos vencidos.

5. DEVERES DE INFORMAÇÃO DO ADMINISTRADOR DA INSOLVENTE

Ao administrador incumbe elaborar um relatório para a apreciação da assembleia, findos cada três meses. Neste, o administrador tem de detalhar o estado atual da sociedade, assim como a sua administração. O n.º 1 do Art.º 61.º sugere que, quando for o caso, a liquidação dos bens compreendidos na massa deve dar-se junto ao processo a ser apreciado pela comissão de credores.

Conforme orienta o n.º 2 do Art.º 61.º, no âmbito de liquidação, cabe também o dever de arquivar os dossiers que a ele respeitem informar expressamente em tais autos o lugar onde se encontram os mesmos. O administrador tem a obrigação de apresentar contas em toda a fase do processo, enquanto continuar a exercer tal função. Apesar do prazo regular de apresentação de contas trimestrais, pode-lhe ser pedido informações referentes à situação da empresa e à sua gestão a qualquer momento, segundo o n.º 1 do Art.º 61.º. As contas são feitas sob conta corrente que se resumem a toda a receita e despesa, de tal forma que a situação de insolvência seja devidamente retratada e acompanhada de documentos que comprovem os factos todos por ele alegados¹⁰³. Todas as contas são autuadas por apenso e auditadas pela comissão de credores que as auditarão dentro de um prazo estabelecido pelo juiz, conforme sejam notificados os credores e o devedor.

O relatório é importante para que se conclua a favor de continuar ou encerrar as atividades da sociedade em processo de insolvência. Nesta fase, os responsáveis legais pela

¹⁰³ Epifânio (2019), *op. cit.*

liquidação dos impostos, caso não cumpram, são responsabilizados, nos termos do n.º 5 do Art.º 65.º.

1. DEVERES DE CUIDADO NO ART.º 64.º DO CSC

O dever de cuidado do administrador inicia-se logo que o administrador começa a exercer as suas funções de administrar a sociedade. Todo gestor criterioso, antes de começar as funções, tem sempre o cuidado de verificar as atividades a serem exercidas ao longo da sua administração. Para tal, não se exige uma formação superior, mas é, sim, necessário conhecer a atividade a exercer. Tem de estar dotado de competências técnicas e conhecimento da atividade. Estas exigências não são objetivas, antes, sim, subjetivas. É aqui que tem de ser suficientemente criterioso, disciplinado e dotado de capacidade para fazer boa leitura dos passos e decisões a tomar. Tal facto não exclui a responsabilidade também a quem elegeu o administrador¹⁰⁴, nos termos do Art.º 83.º do CSC.

2. DEVERES DE LEALDADE NO ART.º 64.º DO CSC

A al. b) do n.º 1 do Art.º 64.º “tem como previsão o dever de lealdade na atuação do administrador no interesse da sociedade, atendendo ao interesse de longo prazo dos sócios e de outros sujeitos relevantes a sustentabilidade da sociedade como: trabalhadores, clientes e sócios”. Esta estatuição legal tem como fim evitar situações pessoais que conflituem com os interesses da sociedade. Nesta previsão, o legislador procurou acautelar os interesses da sociedade e de terceiros, evitando que a deslealdade do administrador comprometa a boa gestão da sociedade, por meio de situações que prejudiquem a empresa, com negócios sem viabilidade e aprovação de acordos ou contratos duvidosos.

6. A RESPONSABILIDADE SOCIETÁRIA E PENAL DO ADMINISTRADOR DA INSOLVENTE

A responsabilidade societária dos administradores, prevista no Art.º 71.º e ss do CSC, é independente da insolvência culposa, e os pedidos não ficam vinculados ao processo de

¹⁰⁴ Almeida (2013), *op. cit.*, p. 268. Entedemos que, neste caso, não basta que o administrador se defenda por ter tomado medidas prejudiciais a sociedade e terceiros, mas, sim, associa-se à questão de que, se aceitou o cargo, é porque tinha condições técnicas e estava dotado de conhecimentos necessários para assumi-lo. O mesmo diz-se às pessoas que o nomearam que devem ser mais criteriosas e cautelosas, averiguando a capacidade técnica do administrador para dirigir a sociedade. Pensamos que essa é a prescrição do Art.º 500.º e o n.º 2 do Art.º 497.º do CC: independentemente de culpa, haverá lugar para a indemnização. O administrador e os sócios responderão perante terceiros por razão das perdas causadas a estes pela sociedade, segundo a medida da culpa de cada um, pois que também é dever dos sócios certificarem-se da capacidade técnica e do grau de responsabilidade do administrador.

insolvência. A responsabilidade dos administradores pode ser perante a sociedade, os credores, os sócios, e os terceiros¹⁰⁵. A culpa é determinada de acordo com os critérios de diligência que se quer de uma pessoa ordenada criteriosa, como prevê o n.º 1 al. a) do Art.º 64.º do CSC.

A responsabilidade do administrador perante a sociedade nasce da sua própria atuação causadora de danos à sociedade, partindo dos deveres legais resultantes do contrato. A culpa presume-se sempre que couber ao administrador determinadas provas que nos levem a entender que a sua atuação tenha sido culposa, segundo o n.º 1 do Art.º 72.º do CSC.

O Art.º 78.º do CSC prevê a responsabilidade do administrador perante os credores, levando-o a responder por, de forma culposa, não ter observado as disposições contratuais legalmente estabelecidas para proteger os credores e o património social ou, se este se mostrar insuficiente, para satisfazer os direitos dos créditos dos credores. Pode dar-se a violação das disposições legais dos contratos, cujo objetivo é proteger os interesses dos credores e sócios. Neste caso, para a responsabilização civil do administrador, é necessário que estejam completos os pressupostos da responsabilidade civil, como culpa, dano e nexo de causalidade.

O Art.º 79.º do CSC ilustra-nos a responsabilidade do administrador perante os sócios e terceiros pelos danos que diretamente possam causar, aquando do exercício das suas funções. Não devemos, portanto, esquecer que os danos a que se faz referência têm conexão com a atuação do administrador pelo que os elementos que levem a responsabilização teriam que estar preenchidos, os pressupostos da responsabilidade extracontratual do art.º 483º e ss do CC. Tais factos se referem a ilicitude, a um determinado facto voluntário, danoso, que haja nexo de causalidade e uma conexão entre o facto e o ato danoso.

No caso de haver um processo de insolvência há necessidade de rever a norma do Art.º 82.º do CIRE, que tem como título efeitos sobre os administradores e outras pessoas. No seu n.º 3, que determina que o administrador durante o decurso do processo tem legitimidade para que possa propor e fazer seguir as ações de responsabilidade contra os membros do órgão fiscalizador, os administradores, membros e seus órgãos pelos prejuízos que causar aos credores por diminuir o património a massa insolvente e as ações contra responsáveis legais da dívida do insolvente. Claramente podemos ver que esta matéria é também de âmbito da responsabilidade civil dos administradores, não só da insolvência, como também é tão idêntica a responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais ainda em situação de não insolvência, nomeadamente nos Artigos 72.º e 78.º do CSC. A lei atribui mais uma vez

¹⁰⁵ Cf. Artigos 71.º, 72.º, 78.º, 79.º, todos do CSC .

legitimidade ao administrador da insolvência para propositura da ação da sociedade, tirando assim legitimidades aos credores sociais para tal efeito. O artigo 82º n.º3, não só dá legitimidade exclusiva ao administrador, da insolvência, como também lhe dá a possibilidade de ser um ativo litigante em favor da massa insolvente assumindo um papel essencial no processo assim como responsabilizar os administradores da própria sociedade em situação de insolvência mesmo que ele com este processo não obtenha dele qualquer indemnização.

6.1. A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADMINISTRADOR DA INSOLVENTE

Esta terá lugar quando haja indícios de práticas de qualquer crime tal como prevê os artigos 227º a 229º do código penal, que tem a ver com a insolvência dolosa, negligente, se se observar indícios de frustração de créditos de terceiros, ou prenúncios de favoritismo a determinados credores face aos demais, nos termos do artigo 297º do CP, o juiz, deverá levar ao conhecimento do Ministério público para instrução penal. A instrução do processo irá se basear nos crimes referentes a patrimónios, disposição esta que encontramos inserida no Código Penal no capítulo IV do mesmo código. Tais crimes no âmbito insolvencial serão sancionados por ofenderem o bem patrimonial dos credores que é um bem juridicamente protegido pela lei. Tal punição, é representada numa pena ou sanção que a lei impõe de forma a representar conjuntamente uma reprovação e um sofrimento para quem infringiu a lei¹⁰⁶.

A insolvência causada por dolo é aquela prevista na aplicação de sanções a um devedor por determinado comportamento negativo e com alguma pretensão cause prejuízos a terceiros¹⁰⁷. A responsabilidade criminal da insolvência das pessoas coletivas já que é a matéria do nosso estudo irá recair aos titulares de órgãos da sociedade ou nas associações de facto, como aqueles que agem de forma voluntária provocarem danos ao património de terceiros. A responsabilidade criminal é sobre aqueles sujeitos que irá recair.¹⁰⁸ A responsabilidade criminal dos administradores de facto, recai a quem esteve na gestão, ou no comando da sociedade e que efetivamente tenha incorrido na prática de crime. N.º 1 e 3 do Art.º 227.º do CP. Já no caso do n.º 1, teve-se em conta a orientação do CIRE, quando este

¹⁰⁶ Ascensão, José de Oliveira (2009), *Introdução a teoria geral*, Coimbra, Almedina, p. 73.

¹⁰⁷ Cf. Art.º 227º do cp o dolo na insolvencia, representa o ponto chave para punir os crimes contra o património, pois que a insolvencia tal como já referimos, é um mal que desestabiliza a economia, põe em risco os postos de trabalho das famílias, o Estado perde porque deixa de receber impostos, e ainda assim se torna garante dos trabalhadores no desemprego dando-lhes o mínimo para sobrevivência por meio do subsídio de desemprego.

¹⁰⁸ Cf. Art.º 12º do CP n.º 1, quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa coletiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respetivo tipo de crime exigir. Al. a) Há determinados elementos pessoais que se verificam na pessoa do representado, al.b) o agente que pratique o facto no seu próprio interesse e o representado.

pune os administradores de facto ou somente em exercício¹⁰⁹. Este refere-se àqueles casos em que os administradores praticaram atos que diminuíram efetivamente o património do devedor de forma dolosa, tais atos levaram a diminuição da capacidade financeira e desequilíbrio do credor e conseqüentemente a insolvência. Tal como se disse anteriormente, o passivo superou o ativo, senão mesmo a diminuição do ativo da sociedade ou o seu desaparecimento. É de salientar que a responsabilidade dos administradores e demais responsáveis legais não decorre simplesmente na prática de comportamentos que de forma intencional ou não tenha levado o devedor a insolvência, mas, sim, é preciso a constatação de ter havido um processo judicial que declarou a insolvência do devedor.

6.2. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA

Essas decisões foram analisadas como uma questão relacionada com a visibilidade das ações ligadas às insolvências culposas de pessoas coletivas causadas pelos seus administradores e gerentes. Um administrador de direito que o não seja de facto pode ser também afetado pela qualificação de insolvência como culposa, nomeadamente quando se encontra em causa um comportamento omissivo dos deveres que sobre o mesmo impendiam enquanto fazendo parte do órgão de gestão da devedora, a saber, o de apresentação da devedora à insolvência¹¹⁰.

Os gerentes e administradores da sociedade devem observar os deveres de cuidado, relevando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando a diligência de um gestor criterioso e ordenado, como prevê o Tribunal de Relação de Coimbra, através do Acórdão n.º 2675/13.1TBLRA-EC1 DE 22/11/2016. Além disso, devem ater-se aos deveres de lealdade e aos interesses da sociedade, atendendo aos de longo prazo dos sócios e ponderando os de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como trabalhadores, clientes e credores¹¹¹.

Da norma tirada do n.º 1 do art.º 186.º resulta claramente que para que a insolvência seja qualificada culposa, é necessário que seja a atuação (omissão) que se qualificou como culposa

¹⁰⁹ Cf. Art. 6º do CIRE

¹¹⁰ Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, 2675/13.1TBLRA-E.C1 de 22-11-2016.

¹¹¹ Extrato tirado do Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra n.º 2275/13.1 TBLA-E.C1

A insolvência nos grupos de sociedades

ou com culpa grave do devedor, e não outra, a concorrer intercedendo em termos da causalidade na criação ou agravamento da situação da insolvência¹¹². (Ac. Relação do Porto de 07/01/08)

Provado que o requerido foi designado membro da administração da insolvente e que veio a cessar tais funções cerca de um ano depois, o que ocorreu durante o período de três anos anterior à declaração de insolvência, é administrador de direito para efeitos do n.º 1 do Art.º 186.^{o13}. O administrador de direito, ainda que não o seja de facto, encontra-se obrigado a cumprir um conjunto de deveres, entre os quais se inclui a elaboração e a aprovação das contas, considerando-se afetado pela qualificação da insolvência, quando tal obrigatoriedade se mostre incumprida.

Os pontos acima citados foram todos retirados de diversos acórdãos, cujo facto em comum é o da responsabilidade dos administradores, segundo o Art.º 6.º do CIRE. Trata-se de administradores de facto ou de direito que, no âmbito de suas funções, omitiram, violaram deveres fundamentais, desobedeceram critérios que se exigem de um bom administrador. Como consequência legal de tais atos em muitas destas decisões, após apuradas as responsabilidades e a insolvência culposa, as pessoas implicadas são condenadas a: (a) não administrar o património de terceiros pelo período de dois a dez; (b) no período de dois anos, não exercer comércio nem ocupar qualquer cargo de titular de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa; (c) perder quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos por eles; (d) indemnizar os credores da insolvente nos montantes dos seus créditos não satisfeitos, até à força dos seus patrimónios, existindo solidariedade quanto à responsabilidade entre todos os afetados¹¹⁴.

Por fim, o tipo de crime de insolvência dolosa hoje previsto no Art.º 227.º do CP, deixou de exigir que a atuação do devedor seja causa direta e necessária da situação posterior da declaração de insolvência bastando apenas a ocorrência de uma das atuações descritas no n.º1 referido no preceito legal realizado com intenção de prejudicar os credores. Tal afirmação pode ser confrontada com o Acórdão do TRC,¹¹⁵ ao admitir a presunção da insolvência culposa, quando houver indagação de caráter dolosa grave negligente da conduta do devedor, ou dos seus administradores entre a relação da causa ligada entre a conduta e o fato da

¹¹² Ac. RP, de 07 de janeiro de 2008.

¹¹³ Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, de 20 de setembro de 2016, relatores: Maria João Areias, Luís Cravo, Vítor Amaral.

¹¹⁴ *Ibidem*, em relação as duas notas anteriores, mais análises de outras decisões que foram tomadas no mesmo segmento.

¹¹⁵ Ac. do Tribunal de Relação de Coimbra, de 07 de fevereiro de 2012

insolvência ou seu agravamento de que dependa a qualificação por muitas vezes se revelar extraordinariamente difícil, para facilitar tal qualificação, a lei¹¹⁶ estabelece presunções através das quais se opera a distribuição do ónus da prova da culpa o encargo de demonstrar a sua existência.

Nestes termos, em apelo ao Art.º 186.º do CIRE, a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequências da atuação dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores de direito ou de facto, conforme o Art.º 6.º do CIRE. Em relação a situação do n.º 2 do artigo em questão, Serra entende que se se apurar qualquer dos factos constantes no número e artigo em referencia, presume-se sem possibilidade de provar em contrário que existem os dois requisitos fundamentais da insolvência culposa, como é a questão de qualificar o nexo de causalidade aliado a culpa. O juiz fica assim vinculado a declarar a insolvência como culposa.¹¹⁷

Entendemos que a insolvência culposa é decorrente do facto de o devedor, na pessoa dos seus administradores ou gerentes, criarem ou agravarem a situação com culpa grave, ou, de forma dolosa, nos últimos anos que antecedam o começo do processo. São afetados na qualidade de insolvência culposa do devedor os administradores, as pessoas singulares e as pessoas coletivas. O n.º 1 do Art.º 6.º qualifica como administrador aquele a quem incumbe a administração ou liquidação da entidade ou do património em causa, designadamente os titulares do órgão social que, para o efeito, for competente; além disto, se o devedor for pessoa singular, também se qualificam os representantes legais e mandatários com poderes gerais de administração.

6.3. QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA SEGUNDO OS ARTIGOS 186.º E 189.º DO CIRE

Segundo o Art.º 185.º do CIRE, a insolvência pode ser qualificada como culposa ou fortuita. Porém, a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais nem das ações mencionadas no n.º 2 do Art.º 82.º.

O Art.º 186.º caracteriza a insolvência culposa como a situação criada ou agravada em consequência da atuação dolosa ou de culpa grave do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo. Tem-se discutido muito sobre as circunstâncias deste tipo de insolvência. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência vão

¹¹⁶ Cf. Art.º 186º nº 2 do CIRE

¹¹⁷ Cf. Ac. TRC de 20 de Setembro de 2016, redatores; Maria João Areias, Vitor Amaral, Luis Cravo.

de encontro ao associá-la à verificação de certos factos, como o nexo de causalidade entre o dolo e a atuação do sujeito, ou seja, a culpa do devedor, como prevê o Art.º 6.º do CIRE.

O dolo é a intenção, a vontade do indivíduo de praticar determinado facto, com o fim de prejudicar terceiros. Pode ser direto ou indireto. No primeiro caso, o sujeito prevê a prática e espera um resultado negativo. Já no segundo caso, o sujeito prevê sem ter certeza do resultado como um ato ilícito.

A negligência e a culpa graves decorrem do facto de o sujeito agir sem verificar se a sua conduta traz ou não consequências negativas. Deste preceito, ficam de fora a omissão da diligência simples, ou seja, a culpa simples, porque entendemos que somente uma pessoa prudente consegue observar o dever de zelo. Por outras palavras, para julgar a insolvência como culposa, devemos reunir os seguintes pressupostos: (a) a omissão do dever de um bom administrador, de facto ou de direito, segundo o Art.º 6.º; (b) o nexo de causalidade entre a ação e a omissão dos administradores nos três anos anteriores à declaração de insolvência; (c) a culpa por criar um ambiente propício à situação de penúria do devedor; (d) o tempo como um elemento definidor para apurar as culpas pela insolvência, ao determinar os três anos anteriores à declaração da insolvência, conforme o n.º 1 do Art.º 186.º; (e) a responsabilização dos ex-administradores dentro do prazo de três anos.

O Art.º 186.º estabelece presunções legais de culpabilidade, *iures et de iure*, quando o n.º 2 deste artigo e as suas alíneas enunciam uma série de imputações, como: (a) destruição, danificação, inutilização, ocultação, desaparecimento do património — no todo ou em parte considerável — do devedor; (b) criação ou agravamento artificial do passivo ou dos prejuízos deduzidos dos lucros, causando danos com a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou de pessoas que com ele conviva; (c) compra de mercadorias a crédito, revertendo-as ou entregando-as em pagamento, a preços inferiores aos praticados no mercado; (d) disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros; (e) exercício — a coberto da personalidade coletiva da empresa — uma atividade em proveito próprio ou de terceiros, em prejuízo da empresa etc.

O n.º 3 do Art.º 186.º já traz alguma incerteza do tipo *iuris tantum*, ao presumir determinados factos, como a possível existência de culpa grave dos administradores do devedor que não seja uma pessoa singular e que não tenha cumprido o seguinte: (a) o dever de requerer a insolvência; (b) a obrigação de elaborar as contas anuais no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de depositá-las na conservatória do registo comercial.

Apesar da qualificação do Art.º 186.º do CIRE, a jurisprudência manifestou-se de maneira diferente, ao decidir que a mera alegação de alguma das situações contidas nos

A insolvência nos grupos de sociedades

números 2 e 3 do artigo em referência não é prova suficiente para qualificar a insolvência como culposa. Para que assim se considere, é necessária a prova do nexo de causalidade entre a atuação e a causa presumida e a insolvência referida no n.º 1 do Art.º 186.º. É esse o entendimento expresso no Acórdão do Tribunal de Relação do Porto, de 10 de fevereiro de 2011, cujo redator foi Freitas Vieira.

Anos mais tarde, em sentido contrário, outro tribunal decidiu que, para que se apurem quaisquer factos descritos nas alíneas h) e i) do n.º 2 do Art.º 186.º, sem a possibilidade de provar contrariamente, presume a qualificação da insolvência como culposa. O juiz declara tal qualificação sem a necessidade de provar o nexo de causalidade entre o facto e o agravamento da situação do devedor. Se se provar que o devedor integrou a administração da insolvência durante um ano dentro do período de três anos antecedentes à declaração da insolvência, é o administrador de direito para efeitos dos números 1 e 3 do Art.º 186.º. O administrador de direito, ainda que não seja de facto, encontra-se obrigado a cumprir determinados deveres, como o de elaborar e aprovar contas. Com isto, considera-se a qualificação da insolvência quando tal obrigatoriedade se mostra não cumprida, como se regista no Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, de 20 de setembro de 2016, cuja redatora foi Maria João Areias.

Dos dois acórdãos analisados entende-se que a presunção da insolvência como culposa e a consequente responsabilização dos administradores são provas fundamentais do nexo de causalidade entre o dano causado aos credores e a atuação dos responsáveis. Só assim se poderá concluir que a insolvência foi realmente culposa. Tal também se diz das presunções do n.º 3 do mesmo artigo, presunções ilidíveis, pois que se presume ter havido culpa grave na gestão da sociedade, pelos seus administradores, pela falta de cumprimento dos deveres nele postulado, pontos referidos no n.º 3 do Art.º 186º). As presunções podem ser afastadas a qualquer momento, basta que não estejam completos os fatos já referenciados como o nexo de causalidade que podem ser associados ao modo de atuação dos administradores.

A qualificação da insolvência como culposa prevista no Art.º 189.º traz consigo várias implicações tanto para a pessoa afetadas pela insolvência, como para as pessoas identificadas no n.º 2 do mesmo artigo. Este estabelece o seguinte:

Nº 2 Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve:

- a) Identificar as pessoas, nomeadamente os administradores, de direito e de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, afetadas pela qualificação fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa;
- b) Decretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos;

A insolvência nos grupos de sociedades

- c) Declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período no período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade pública ou cooperativa;
- d) Determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.
- e) Condenar as pessoas afetadas a indemnizar os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre os afetados.

Da transcrição do artigo em referência que acabamos de fazer, concluimos que o CIRE passou a puni-los nas situações de insolvência culposa, assumindo como elementos essenciais e relevantes para a declaração de insolvência os seguintes: (a) inibição do exercício da administração de patrimónios de outrem num período de dois a dez anos; (b) inibição do comércio por um período igual ao que referimos na alinha anterior; (c) inibição do exercício de cargos em sociedades comerciais e não-comerciais; (d) restrição do exercício de cargos ou funções em instituições públicas ou cooperativas. Por consequência, os abrangidos nesta situação perdem os seus créditos sobre a massa insolvente e são condenados a indemnizar os credores nas quantias que se considerem não pagas.

É modelarmente compreensível que as medidas visam punir e inibir a capacidade de exercer qualquer outra atividade, pelo menos das que acabamos de expor. Ao mesmo tempo, constitui uma medida sancionatória, porque as pessoas implicadas na insolvência culposa restabelecem na íntegra os créditos devidos. Atentos ao Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, de 16 de junho de 2015, com o n.º de ordem 280/15, estabelece que os efeitos jurídicos previstos nas alíneas b), c) e d) do Art.º 189.º do CIRE têm carácter cumulativo e automático, como previsto no n.º 2 do artigo, porque, quando o juiz lista as medidas, não deixa de aplicá-las.

Assim, os efeitos jurídicos produzidos pela qualificação terão de constar de forma expressa, para qualificar a insolvência na sentença, como o caso das alíneas b) e e) do mesmo artigo. Consideramos bastante relevante esta última alínea pelo facto de que ela prevê que os culpados pela insolvência satisfaçam e respondam pelos créditos do devedor até à força dos seus patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária entre as pessoas envolvidas no processo.

CONCLUSÃO

O processo de insolvência tem como finalidade principal satisfazer, extinguir ou, pelo menos, reembolsar parcialmente os créditos dos seus credores através de um plano de pagamento ou em rateios. Ao extinguir os créditos que compreendem a massa insolvente, far-se-á justiça e haverá uma dinamização do mercado e a melhoria das relações comerciais, que se tornarão mais fluidas, caso os créditos forem satisfeitos.

Ao escolher o tema da insolvência nos grupos societários e a responsabilidade do administrador, tal ideia provém da relevância que a matéria suscitou em nós, pelo contexto em que o país viveu na última década. O problema das insolvências tem recrudescido nos últimos tempos, tanto nas pessoas coletivas como nas pessoas singulares, isto adicionado ao facto de que o fecho das empresas provocou um problema maior, a instabilidade da economia e o desemprego. Consequentemente, o Estado passa a ter uma responsabilidade acrescida por não arrecadar impostos e ainda ter de prover centenas de famílias desempregadas, com uma justiça que, de forma eficaz, não corresponde aos anseios do momento, no que toca à responsabilização dos devedores ou administradores das sociedades comerciais.

O plano de recuperação de empresa e o acordo de pagamento, que abarcam a liquidação da massa e a repartição do produto da venda, são grandes avanços implementados pelo CIRE. Graças a este instituto, hoje é possível recuperar o insolvente e negociar um plano de pagamento, desde que o devedor não se encontre em insolvência consumada, mesmo depois de declarada. O plano de insolvência para pessoas coletivas e o plano de pagamento para pessoas singulares permitem apostar no cumprimento de planos privilegiadamente em relação à liquidação, conforme o Art.º 1.º do CIRE.

Neste processo, é nomeado um administrador judicial pelo juiz, que conduz o processo até ao fim, privando o devedor da administração dos seus bens. Este somente fica à frente da empresa, se apresentar um plano de insolvência com vista à recuperação, que só se efetiva com a concordância dos credores. Não se pode perder de vista a missão do administrador judicial, que é fiscalizar o devedor de forma ativa. Ao declarar a insolvência de determinada sociedade, é imprescindível identificar as causas que levaram a empresa à situação falimentar. Caso se conclua que houve atuação negligente, são apuradas as responsabilidades, que podem ser penais ou civis. O responsável é convocado para responder ante os sócios e os credores, conforme o Art.º 78.º e o 79.º do CSC, e penalizado, nos termos do Art.º 227.º ao 229º do CP.

Apesar de o CIRE trazer um novo conceito sobre o processo de insolvência para o credor em situação económica difícil, o processo consubstancia-se como última etapa para

aqueles que procuram realizar o seu direito de crédito por meio da seqüela, o de perseguir os seus créditos, seja onde e com quem estiver, ainda que, no decurso de tal perseguição, os bens do devedor sejam executados de forma universal. A este facto adiciona-se a questão de que, quando uma pessoa interessada pede ao tribunal que determinada sociedade seja declarada insolvente, com tal pedido o credor espera que aquela seja a última garantia de ver recuperado o seu crédito.

Os grupos de sociedade substituíram os modelos tradicionais familiares de mercado fechado, exíguo e individual por uma organização empresarial em sociedades maiores, permitindo uma exploração comercial mais eficiente, globalizada e mais participativa. Esse grande salto trouxe consigo também determinados riscos. A título de exemplo, é o caso dos riscos gerados por uma atividade comercial realizada em grande escala, pela necessidade de expansão dos seus negócios e de aumentar o seu capital através da injeção de mais capital — que podem ser serviços ou valores monetários —, levando a sociedade ao endividamento por via de créditos para dinamização do negócio. Os riscos da atividade são altos e associados a má gestão ou a outros infortúnios, podendo levar a empresa a declarar insolvência.

Entendemos que o devedor em situação de insolvência é aquele que está em mora ou em situação de incumprimento perante os seus credores de forma genérica e reiterada, porque tem vários credores e não é capaz de satisfazer os créditos de mais de metade. Ainda assim, o Direito português, segundo o Art.º 3.º do CIRE, considera que, para que se determine a insolvência, há que se ter em conta um conjunto de fatores, como: verificar que valor possui a empresa; e, numa perspetiva futurista, avaliar se a empresa é ou não viável, caso se entenda recuperá-la, averiguando se o plano de recuperação é exequível ou não.

Comparativamente com outras legislações, no Direito vigente, a apensação não foi muito bem acolhida quando se trata de insolvência de grupos societários com um concurso de credores. O “artículo 25 bis” da legislação espanhola aceita a apensação dos processos quando em causa está uma sociedade em situação de insolvência, ou haja confusão patrimonial, os credores poderem demandar todas e o processo correr tramites como se de um único se tratasse. O direito português vigente é omissivo, nada diz sobre a questão., não há clareza quanto a mesma matéria. A tramitação processual da insolvência dos grupos societários pode ser feita de formas a se consubstanciar em: liquidação patrimonial separada das sociedades, liquidação, do património como se de único se tratasse. Infelizmente tal como vimos no trabalho, proceder desta forma, o produto final da venda ficaria afetado e isto faria com que o princípio da *par conditio creditorum* ficasse afetado, porque isto permitiria que os credores de uma sociedade do mesmo grupo, seriam mais beneficiados em relação aos outros do mesmo

A insolvência nos grupos de sociedades

grupo. A nosso ver, o correto seria apensação conjunta do grupo todo para proteger e garantir que o processo se torne eficiente e a repartição do produto da venda equitativo

Pensamos que é urgente a criação de um regulamento claro que especifique como a insolvência nos grupos societários deve ser tratada de forma a solucionar a falta de clarificação do âmbito da apensação, para permitir a satisfação benéfica dos credores assim como da sociedade, assegurando os fins da sociedade no todo. A falta de tal regulação faz-nos pensar que devemos considerar como supletiva a apensação regulada no n.º 2 do art.º 86º do CIRE, como uma forma obrigatória capaz de predispor a consolidação do processo de insolvência, todas as vezes que os elementos concretizadores do processo mostrem existir uma unidade económica de grupo e o fim do conflito, passe pelo alcance de uma mais valia.

Por fim, nos grupos societários, há uma problemática que se levanta no âmbito de saber se uma única pessoa nomeada como administrador, estará em condições de assumir o papel de um administrador judicial de insolvência nomeado pelo juiz, por falta de confiança na sua capacidade de gerir um processo complexo e muitas vezes com contornos desconhecidos. São vários os questionamentos em volta deste aspeto mais que entendemos não haver razão para o facto, visto que o n.º 4 do Art.º 52.º do CIRE clarifica se o processo de recrutamento se tornar complexo, o juiz pode a requerimento de qualquer interessado, nomear mais do que um administrador da insolvência, cabendo apenas quem assim o requeira fundamentar assim, como se predispor da devida remuneração.

REFERÊNCIAS

- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2014) (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais comentado*, Coimbra, Almedina.
- Almeida, António Pereira (2013), *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. I, 7.^a ed. reformulada e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora.
- Almeida, António Pereira de (2013), *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, Vol. I, 7.^a ed., Coimbra, Almedina.
- Antunes, José Engrácia (1993), *Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina.
- Ascensão, José de Oliveira (2009), *Introdução à Teoria Geral*, Coimbra, Almedina.
- Chaos, Raquel Ros (2013), *Acumulación de Concursos, Doctorado del Comercio y Contratación*, Universidad de Barcelona, 2013, pag.86
- Código das Sociedades Comerciais (2002), Chaos, Raquel Ros (2013), *La acumulación de concursos*, Doctorado del comercio y la contratación, Universitat Autònoma de Barcelona, p. 86.
- Cordeiro, António Menezes (2011), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.^a ed. revista e atualizada, Coimbra, Almedina.
- Cordeiro, António Menezes (2012), “Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência”, *Revista do Direito das Sociedades*, IV (3).
- Costeira, Joana (2017), *Os efeitos da declaração judicial de insolvência no contrato de trabalho: a tutela dos créditos laborais*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina.
- Epifânio, Maria do Rosário e José Manuel Branco, “O CIRE volvidos 10 anos, congresso de insolvência”, *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, pp.
- Epifânio, Maria do Rosário (2014), *Manual de Direito da Insolvência*, 6.^a ed., Coimbra, Almedina.
- Fernandes, Luís A. Carvalho e João Labareda (2009), *Coletânea de estudos sobre a insolvência*, Lisboa, Quid Juris.
- Fernandes, Luís A. Carvalho e João Labareda (2012), “De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol. 7, pp. 133-173.
- Fernandes, Luís Carvalho (2005a), *CIRE: estudos em memória do Dr. António Marques*, Vol. I, Coimbra, Almedina.

- Fernandes, Luís Carvalho (2005b), *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*, na evolução do regime de falência no Direito português em estudos em memória do professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2017), *Manual de Direito da Insolvência*, 7.^a ed, Coimbra, Almedina.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2019), *Direito da Insolvência*, 9.^a ed., Coimbra, Almedina.
- Machado, Sara Monteiro Maia (2013), “A insolvência nos grupos de sociedades: o problema da consolidação substantiva”, *Revista do Direito das Sociedades*, 5(1/2), pp. 339-367.
- Martins, Alexandre de Soveral (2015), *Um curso de direito da insolvência*, Coimbra, Almedina.
- Oliveira, Ana Perestrelo de (2009), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, em José Menezes Cordeiro (Coord.), *Anotações ao Art.º 486.º CSC*, Coimbra, Almedina.
- Oliveira, Ana Perestrelo de (2018), *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina.
- Pita, António Manuel (2018), *Curso Elementar de Direito Comercial*, 4.^a ed., Lisboa, Areas Editora.
- Prata, Ana, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões (2013), *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: anotado*, Coimbra, Almedina.
- Sebastián Quetglas, Rafael (2008), *El concurso de acreedores del grupo de sociedades, tesis de doctorado*, Universidade Pontifícia de Comillas, Espanha.
- Serra, Catarina (2009), *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra, Coimbra Editora.
- Serra, Catarina (2004), *O novo regime português da insolvência: uma introdução*, Coimbra, Almedina.
- Serra, Catarina (2012), *O regime português da insolvência*, 5.^a ed., Coimbra, Almedina.
- Serra, Catarina (2019), *Lições de Direito da insolvência*, Coimbra, Almedina.
- Valles, Edgar (2018), *Responsabilidade dos gerentes e administradores*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina.

Decretos-Leis

Dec.- Lei 132/93 de 23 de abril, que aprovou o CPEREF

Dec.- Lei 53/2004 revogada pelo atual CIRE

Dec.- 79/2017 que regula o PER

A insolvência nos grupos de sociedades

Dec.- 315/98 de 20 de outubro que aprovou as medidas providenciais de recuperação

Dec. – Lei 262/86 de 2 de setembro que aprovou o código das sociedades comerciais.

LEGISLAÇÃO

Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 17/2017, de 16 de maio.

Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, Plano Especial de revitalização que foi aprovado que regula os artigos 17.º A e 17.º.

Lei n.º 62/2013 de 26 de agosto lei da organização do sistema judiciário.

Lei n.º 32/2004 que foi revogada pela lei 22/2013

Regulamentos

Reg. 2015/ 848 que regula as insolvências na união europeia

Reg. 1346/2000 de 29 de maio revogado pelo atual

Reg. 663/2015

PORTAL/SITE

www.pgdlisboa.pt: dados colhidos a partir do portal da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa, em sobre as alterações ao SIREVE em virtude do RERE, PER

www.dgsi.pt: A. Tribunal de Relação de Coimbra, 5.ª secção da vara criminal proc. n.º 135/12.7TACNF.C1, de 20 de março de 2019 relatado por Alcinda da Costa Ribeiro.

<http://data.dre.pt/eli/dec-lei/79/2017/06/30/p/dre/pt/html>: *Diário da República*, n.º 125/2017.

www.dgsi.pt/jtre.nsf.

www.uncitral.org.

<https://www.ine.pt/xportal>: Instituto Nacional de Estatística.

www.europarl.europa.eu: a revisão da Lei n.º 1346/2000.

<http://eur-lex.europa.eu>: o Regulamento n.º 2015/845.