

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Introdução

O presente trabalho é elaborado na decorrência do Mestrado em Direito das Empresas na valência de Sociedades Comerciais.

O objectivo final do mesmo consiste no aprofundamento da análise da Insolvência e em particular da insolvência das pessoas singulares, com incidência no Instituto da exoneração do passivo restante, uma vez que constitui uma inovação importante no direito falimentar português e, sem dúvida, com ampla aplicação prática na actual encruzilhada em que se encontra a economia nacional e internacional.

Tanto os termos falência como insolvência não são conceitos novos uma vez que já eram abundantemente utilizados no léxico Romano.

A falência provém, na sua raiz etimológica, do verbo latino fallo (fallere) que, de entre muitos significados, se destacam “enganar, encobrir, trair, violar, ser infiel, etc”. Já a insolvência provem do verbo latino solvo (solvere) que, entre muitos outros, tem também como significado “pagar, saldar uma dívida, ou pagar por um comportamento, pagar uma pena, cumprir, etc.”

Ainda no domínio da etimologia também o conceito de credor, intimamente ligado e indissociável do processo de insolvência, tem origem no verbo latino credo (credere) que significa acreditar, confiar por empréstimo, emprestar, etc.

O direito da insolvência só recentemente se autonomizou em termos de direito substantivo, com objecto e método próprio, desligando-se da sua natureza prevalentemente adjectiva apenas com regulação especial no Código do Processo Civil.

O direito da insolvência e o consequente processo, fazendo juz da etimologia dos seus principais conceitos, visa, em última análise, satisfazer os legítimos interesses dos credores, daqueles que acreditaram no devedor e que este, de certo modo, culposa ou fortuitamente, enganou ou traiu tornando-se insolvente.

Se este foi o objectivo do legislador nem sempre se conseguirá atingir na medida em que, muitas vezes, nem tais interesses são satisfeitos nem as empresas e os

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

particulares são irradiados (pelo menos temporariamente) do comércio jurídico prevenindo assim novas situações de critérios insatisfeitos.

CAPÍTULO I - PARTE GERAL

Título I – Percurso do regime da falência na nossa legislação

Em Portugal, o instituto da insolvência, designado de quebra e mais tarde de falência, encontra-se previsto desde o tempo das Ordenações Afonsinas. É, porém, com o Código Comercial aprovado pelo Decreto de 18 de setembro de 1833, o qual tem o nome do seu autor, denominando-se de Código Ferreira Borges que, pela primeira vez em termos sistemáticos, surge regulado este instituto.¹ O primeiro Código português possibilitava ao devedor travar a liquidação do seu activo, após a declaração de falência, através da obtenção de uma concordata que dependia da aceitação de uma maioria de dois terços dos credores que, por sua vez, deveriam representar três quartos dos credores comuns.

O regime instituído pelo Código Ferreira Borges vem a ser retomado, com poucas alterações, pelo Código Comercial de 1888 (Veiga Beirão). Este Código admite a possibilidade da suspensão do processo de falência em qualquer fase, por meio de concordata prevista no Parágrafo 2º do artº.730º. Ambas as figuras estavam sujeitas a homologação pelo tribunal.

O Decreto de 26 de Julho de 1899 aprova o Código das Falências desse ano. O Código então aprovado regulava a matéria da Concordatas no título IX (artº.107º e ss). Esta primeira versão unificada revelou-se de curta duração vindo o Decreto de 14 de Dezembro de 1905 proceder então à junção daqueles dois diplomas, que se reuniram num só, passando a existir o Código de Processo Comercial de 1905. Este código não acrescentou, todavia, grandes alterações ao regime anterior. As concordatas, reguladas nos arts. 286º e ss. passaram a ser

¹ Cfr. PEDRO DE SOUSA MACEDO, Manual, I. pp.42 e ss.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

consideradas preventivas ou suspensivas, conforme fossem prévias ou posteriores à declaração de falência, situação já prevista no Código de 1899.

Em 1932, o Decreto nº 21758, de 22 de Outubro, para além de inserir na nossa ordem jurídica a matéria relativa à insolvência de não-comerciantes, (artº.1º) proibiu as concordatas suspensivas, em termos de falência, aceitando somente a concordata resolutiva, depois de a mesma estar decretada, após a declaração de insolvência (artº.19º), promovendo uma inovação, materializada na possibilidade de inclusão de uma cláusula “salvo regresso de melhor fortuna” com a vigência de 20 anos, e a existência de uma hipoteca ou fiança, a favor e em garantia de todos os credores (artº.19º parágrafo 2º).²

Em 1935 foi publicado pelo Decreto-Lei nº25918, de 26 de outubro, o novo Código das Falências. Quatro anos depois, foi unificado todo o processo civil e comercial no Código de Processo Civil de 1939, ficando assim incluído neste, o Código das Falências, estamos na fase de “falência liquidação”

Falência liquidação, que se aplicava apenas a duas partes no processo, sendo o credor, a quem se deveria pagar e o comerciante, o falido, que deveria cumprir com o pagamento, através da punição, que era a liquidação do seu património, sem apelo nem agravo.

O Decreto-Lei nº29637, de 28 de Maio de 1939 que aprovou o Código de Processo Civil do mesmo ano, revogando o Código das Falências de 1935, diferenciava o instituto da falência e insolvência, prevendo “meios preventivos ou suspensivos da falência”. A Concordata, o Acordo de Credores e a Moratória eram os três meios que permitiam afastar as consequências da falência, podendo ser desencadeados pelo devedor ou pelos seus credores.

O Código do Prof. José Alberto dos Reis regula dois processos especiais: o de falência (arts.1135º a 1354º) e o de insolvência civil (arts.1355º a 1368º). Através destes dois processos opera-se a liquidação do património do devedor em benefício dos credores. A distinção entre estes dois processos era determinada pelo facto de o devedor ser ou não comerciante. O que separa dois processos é este traço: A falência destinava-se a liquidar o

² Cfr. LUIS MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência, 2011, Almedina, pp.52-63

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

património do devedor comerciante; e a insolvência tinha como fim a liquidação do património do devedor não comerciante.

Com o Código de Processo Civil de 1961, aprovado pelo Decreto-lei nº44.129 de 28 de Dezembro de 1961, inicia-se a fase da falência saneamento.

A falência saneamento viria a entender-se assim pelo facto de se ter tomado consciência de que, na falência, não existiam apenas dois sujeitos contrapostos, o que pela liquidação do património do falido acabava, por vezes e na grande maioria, por criar desequilíbrios económicos, uma vez constatado que, para além de credor e falido, existiam outros sujeitos e outros interesses que poderiam ser ressarcidos através da recuperação da empresa embora não sendo credores. Entendia-se que tinham interesses na empresa, os trabalhadores, instituições de crédito, investidores e empresários. Passou assim a falência a ter uma possibilidade de, através do saneamento, identificar entre agentes económicos cumpridores e que merecem uma oportunidade e agentes económicos desonestos, que não mereciam apoio legal á recuperação.

Foi este o percurso do regime da falência na nossa legislação³.

Contrariando já o conceito de falência do Código de Processo Civil de 1961, o DL nº177/86, de 2 de julho que introduz o processo especial de recuperação da empresa e da protecção de credores, e o DL nº10/90, de 5 de janeiro, diploma que apura o regime estabelecido no DL nº177/86, introduziram não explicitamente, mas dando sinais de um saneamento em substituição de uma liquidação do património do devedor. Este diploma caracteriza-se por estabelecer pela primeira vez a recuperação de empresa por via judicial, assim se institui um processo judicial alternativo ao processo de falência, que funcionaria previamente a este, e muito embora subsistindo a dualidade processual, manteve-se ainda o processo de falência no Código de Processo Civil.⁴

³ Cfr. CATARINA SERRA, falências derivadas e âmbito objectivo da falência, Coimbra, Coimbra Editora, 1999. pp.17-65 e pp.279-281.

⁴ O diploma denominava-o no seu capítulo I “Processo especial de recuperação da empresa e da protecção dos credores”. O preâmbulo explicava que, com esse processo se visava a instituição “com

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Após ter sido retirada a regulamentação da insolvência do Código de Processo Civil do Prof. José Alberto dos Reis e a posterior reforma de 1961, o diploma que mais se destacou, até então foi o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado em 1993 e revisto em 1998. Este código privilegiava a recuperação das empresas em detrimento da insolvência que acabava sempre por ser o último recurso após falharem as medidas de recuperação previstas naquele diploma. O referido diploma apresentava uma unidade processual em relação às medidas de recuperação, só sendo declarada a insolvência após a insustentabilidade de qualquer daquelas medidas. Consagrou-se a prioridade da recuperação.

O CPEREF manteve os dois conceitos, o processo de falência unificado passou a ter pressupostos comuns, sendo que, se o devedor não fosse titular de empresa poderia ser declarado falido, mas não beneficiava do processo de recuperação.

O processo de recuperação, tal como consagra o Relatório do Diploma Preambular que aprovou o CPEREF (DL nº 132/93, de 23 de abril), só tem aplicação quando, efectivamente o comerciante ou a sociedade comercial devedora, tenham alguma hipótese de se recuperar economicamente, razão pela qual se estabeleceu os pressupostos indispensáveis para a recuperação.

Quer o processo de falência, quer o de recuperação, após a tramitação inicial, nunca foram passíveis de aplicação com as especialidades do CIRE quanto a pessoas singulares. Estas poderiam ser declaradas falidas, mas não beneficiavam do processo de recuperação, ficando apenas aberta a possibilidade ao devedor pessoa singular não titular de empresa, de um meio com algum paralelo à recuperação, que era a concordata particular, sendo necessária a aceitação de devedor e credores e a homologação pelo juiz, sendo o CPEREF em vigor, perfeitamente enquadrável na nossa economia de então.

carácter sistematizado e coerente, de um direito pré-falimentar”, intencionalizado à recuperação de empresa e à adequada protecção dos credores; com isto se tutelam, obviamente, os interesses dos trabalhadores”

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Na década de noventa, com a liberalização dos mercados financeiros, entra em expansão na Europa o crédito ao consumo, já com grande sucesso nos EUA. Porém com o agravar da situação económica a nível mundial e com grandes reflexos na nossa economia, bem como, com o aumento de desemprego de um ou até de ambos os cônjuges, começam os desequilíbrios orçamentais das famílias, iniciando-se o recurso a créditos ao consumo para retardar o incumprimento do crédito à habitação e depois mais outro crédito para pagar outro crédito vencido e assim nasce o sobreendividamento.

Previendo já estas situações de recuperação de pessoas singulares, em 2004 é aprovado o (CIRE), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, DL nº53/2004, de 18 de março, com as alterações do DL nº200/2004, de 1 de agosto, que o republicou, tendo posteriormente sido alterado pelo do DL nº76-A/2006, de 29 de março, pelo DL nº282/2007, de 7 de agosto, e pelo DL nº116/2008, de 4 de julho, e do DL nº 185/2009, de 12 de agosto. Como se constata do artº.1º do CIRE, o único processo admissível é o de insolvência, sendo a recuperação apenas uma das suas finalidades, em alternativa à liquidação por meio de um plano de insolvência para pessoas colectivas ou de um plano de pagamentos para pessoas singulares. É o retorno ao sistema de falência liquidação. O processo deixa de ter como fim principal a recuperação da empresa, passando a ter como único fim a satisfação dos credores à semelhança alemã de 1994, da legislação em que se inspira, essencialmente na Insolvenzordnung. Não obstante como acima se referiu, o CIRE teleologicamente apontar a satisfação dos credores não impede todavia que esta satisfação seja conseguida através da recuperação da empresa, por meio de um plano de insolvência.

Considera a este propósito, *MENEZES CORDEIRO*, Direito da insolvência, 3ª ed., Almedina, 2011, pp.81-82. que o CIRE, se deveria denominar apenas Código da Insolvência, tendo em conta que a ideia de recuperação é secundária, pois o plano de insolvência só surge após a declaração da insolvência, e o único processo a ter em conta é o da insolvência, residindo aqui uma das vantagens do CPEREF em relação ao CIRE. É que naquele o processo, embora uno, iniciava-se pela tentativa de resolver os problemas empresariais através de uma das medidas de recuperação que previa, ao passo que no CIRE a recuperação através

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

de um plano de insolvência, como já anteriormente referido, só pode acontecer após a declaração de insolvência. Ora a sociedade declarada insolvente e aliada à obrigatoriedade do registo na competente Conservatória e subsequente publicação no D.R. impunha um vexame e uma carga negativa à sociedade que o regime do CPEREF lhe poupava.

Considera ainda o mesmo autor que o excesso de primazia na satisfação dos credores, ao mesmo tempo que reduz a intervenção do tribunal, provocou uma completa desjudicialização do processo de insolvência, que, contudo, não contribui para tornar mais célere o processo e retirar trabalho aos tribunais. Considera mesmo que esta situação agravou a morosidade pelo facto de ser obrigatória a assembleia de credores em quase todos os processos, pelos embargos e recursos contra a sentença de declaração de insolvência, bem como pela exigência de convocação da assembleia de credores para aprovação do plano de insolvência, avaliando assim negativamente o CIRE.

Discorda-se desta posição. Não se considera um excesso de primazia na satisfação dos credores, mas sim um legítimo direito à protecção do seu crédito, pois a não ser assim, a agravar o processo com alguns “excessos” facilmente o devedor se exoneraria ao cumprimento das suas obrigações. Só com uma “fé absoluta nas vantagens do individualismo dos credores” e deixando a decisão de recuperação ou não da empresa na esfera destes, se acredita na concessão de crédito às empresas tendo em conta o controle apertado dos credores.

Para além da insolvência das pessoas colectivas, que mais se tem falado até agora, já existiam fortes razões de ordem para que a questão de insolvência viesse, de forma inovadora, a abranger as pessoas singulares de modo a permitir-lhes uma oportunidade. É este código que as vem consagrar, através do instituto de exoneração como figura subsidiária depois da liquidação ou não aprovação do plano de pagamentos, contemplando conceitos especiais, relativamente à insolvência das pessoas colectivas e outros comuns.

Assim e resumindo, no direito da insolvência em Portugal, distinguiram-se três fases, tendo a primeira o seu início com o Código Comercial de 1833 e vai até ao Código de Processo Civil de 1961, correspondendo-lhe o sistema de falência-liquidação. A segunda fase, que se situa entre o Código de Processo Civil de 1961 e o CPEREF, consagra um sistema de

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

falência-saneamento. Por fim, uma terceira fase, que se inicia com o CIRE e que retoma o sistema de falência-liquidação.

CAPÍTULO II – ANÁLISE CRÍTICA DO CIRE

Título I - O CIRE não é um efectivo diploma da defesa dos credores.

Os credores são, geralmente, considerados como uma classe economicamente mais forte do que a sua contra-parte (os devedores). Generalizando tal conceito, o legislador entendeu que à custa do sacrifício destes se poderia recuperar o insolvente e aqui residirá, porventura, a razão da excessiva protecção que o CIRE confere às pessoas singulares.

Neste sentido e ao contrário de todo o espírito do referido código, cuja preocupação se centra no ressarcimento dos credores, o Instituto da exoneração do passivo restante previsto na Insolvência das pessoas singulares, manifesta uma protecção excessiva dos devedores.

Como contrapartida desta protecção excessiva o aquele diploma legal admitiu a legitimidade directa dos credores para a sua apresentação e modificou o quórum deliberativo da assembleia de aprovação. No entanto, se não existir património, a satisfação dos credores, prevista no mesmo instrumento normativo, pela liquidação do mesmo, fica sem resultado prático independentemente das novas possibilidades que o actual código confere aos credores para intervenção directa. Acresce em favor desta afirmação o facto de a exoneração do passivo não depender da vontade dos credores uma vez que estes apenas têm poder de decisão quanto ao destino a dar aos fundos conseguidos pelo Administrador de Insolvência na liquidação do património e, no futuro, ao produto adveniente do próprio devedor durante o período da cessão, se for o caso.

A insolvência era a única forma que os credores possuíam de reaver os seus créditos, razão de lhes ser atribuída a condução do processo. Porém, o legislador parece ter falhado na prevalência que confere aos devedores, quando no n.º4 do art.º236º não consagra a vinculação do juiz ao parecer dos credores, muito embora o corpo do artigo no seu n.º4 determine “Na assembleia de apreciação de relatório é dada aos credores e ao administrador da insolvência a

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento” ou seja, estes só têm a possibilidade de se pronunciar, sendo apenas esta consulta obrigatória. Porém, é entendimento geral da jurisprudência, embora não resulte expressamente da lei, que a pronúncia dos credores não é vinculativa, e por isso, não constitui motivo de indeferimento por parte do juiz que goza nesta matéria de algum poder discricionário.

Em conclusão, a participação e as eventuais declarações discordantes dos credores na assembleia do artº.156º é apenas formal, pelo que, mesmo o seu voto expresso contra esta medida em nada altera a sua prolação se, da análise dos factos, o juiz concluir pela sua atribuição.

Ainda que todos os credores se pronunciem pelo indeferimento da exoneração, se assim não for o entendimento do juiz, a mesma será concedida, pelo prazo estatuído do nº2 do artº239º, prazo este que é imperativo.

O juiz, em face do disposto no CIRE e verificados os respectivos pressupostos, decide se concede ou não o benefício de exoneração do passivo, sendo a final esta a vontade do legislador impossibilitando os credores de qualquer meio de defesa e criando até, em alguns deles, eventuais situações de insolvência, uma vez que em virtude do prejuízo que a exoneração lhes causou, ficaram eles próprios impossibilitados de cumprir as suas responsabilidades creditícias.

O pagamento dos créditos depende de conceitos discricionários, fora do controle dos credores e até por vezes do próprio juiz pois, quando o pedido de exoneração do passivo restante se enquadra nos precisos termos legais, o regime regra é o do deferimento, ainda que não exista património do insolvente, nem qualquer rendimento disponível actual para entregar ao fiduciário.

Acresce ainda o facto de, conforme se acha preceituado no nº2 do artº241º, a fiscalização do rigoroso cumprimento pelo devedor, das obrigações próprias que o vinculam, depender da atribuição expressa pela Assembleia de Credores ao Fiduciário, contrário ao entendimento de que, sendo este o único garante dos credores durante o período de cessão,

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

estes mesmos poderes de fiscalização, como seria natural, deveriam decorrer automaticamente da Lei.

Veja-se ainda o que acontece com ónus da prova de qualquer facto superveniente susceptível de determinar o fim do período da cessão consagrado no nº1 do artº243º. Refere o preceito que “Antes ainda de terminado o período da cessão, deve o juiz recusar a exoneração a requerimento fundamentado de algum credor da insolvência...”. Todavia, é ao credor que cabe a prova de violação dolosa, ou por negligência grave, dos deveres impostos ao devedor conforme artº239º. Seria de todo tolerável que o legislador tivesse determinado nesta matéria uma inversão do ónus da prova ao contrário do que dispõe o artº. 342º do C.C.

Ora, tendo em consideração que o credor já foi suficientemente lesado com a exoneração do passivo, seria mais curial e estaria muito mais de acordo com os princípios da proporcionalidade da equidade e da justiça que tal obrigação do ónus da prova impendesse sobre o devedor.

Deveria por isso o CIRE ter consagrado um artigo que impusesse obrigações ao devedor insolvente, nomeadamente e a título de exemplo a de, semestralmente, fazer prova através de relatório escrito, a entregar ao Fiduciário, do cumprimento pontual do nº4 do artº.239º e não o contrário como se acha determinado. Como já se referiu, ao impor ao credor o ónus de produção dessa prova, o legislador provocou-lhe, de forma gratuita, uma dupla penalização, uma vez que tendo já ficado prejudicado com a exoneração do passivo que foi concedida ao seu devedor, ainda vê a sua situação agravada com o facto de ser obrigado a policiar o devedor e, ainda assim, o seu crédito muito dificilmente lhe será totalmente pago com os proventos advenientes dos recursos obtidos pelo devedor durante o período de cessão.

No final do período de exoneração, extinguem-se todos os créditos, com excepção dos créditos consagrados nas alíneas do nº2 do artº.245º. Se a vontade do legislador se compreende e se justifica quanto ao disposto na alínea a) do nº2 do artº.245º, uma vez que é justo que o alimentado não perca o seu direito, tendo em conta a super abundância de sentido de justiça, que enforma todo o instituto da prestação de alimentos, do qual depende a

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

sobrevivência de seres por vezes indefesos, já o mesmo não acontece quanto às alíneas b), c) e d), as quais não posso deixar de discordar que se integrem na exceção à exoneração.

Também o nº9 do artº.39º ao consagrar uma presunção de insuficiência quando o património do devedor for inferior a €5.000,00, não permitindo que prossiga o processo, deixa os credores numa situação de testemunhas de um processo que de nada lhes serve, mas que aparentemente lhes confere muitos direitos, todos eles, não vinculativos.

Não existe, neste caso, qualquer meio processual de oposição eficaz para os credores, relativamente à decisão de exoneração do passivo restante, tratando-se, tanto neste caso como em tantos outros, de uma situação de denegação de justiça.

Chegados a este ponto, e em obediência ao princípio da equidade da justiça e do equilíbrio das prestações, sou de opinião que o período de cessão não deveria ser imperativo, mas sim ser analisado casuisticamente, em função do número de credores e do valor das responsabilidades não cumpridas.

A consagração do prazo de 60 dias, no nº1 do artº.18º para apresentação à insolvência, também não é uma garantia do pagamento aos credores. É um prazo cujo incumprimento por parte do devedor, leva à presunção da existência de culpa grave na insolvência conforme nºs 3 e 4 do artº.189º e consequentemente à declaração de insolvência como culposa, que nos termos do nº2 do artº.189º conduz à aplicação de pesadas sanções para o insolvente mas em rigor sem resultados práticos no ressarcimento dos credores.

Criminalmente tem como consequência as medidas previstas nos arts. 227º a 229º do C.P. nas quais se incluem penas de prisão. Como considera LUIS A. CARVALHO FERNANDES, no que se refere a causas penais e conforme artº.185º do CIRE, “a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais nem das acções a que se refere o nº2 do artº.82º.” conferindo exclusividade ao administrador da insolvência para as acções que se reportam a casos de responsabilidade de terceiros, ligados à situação de insolvência. As referidas acções correm por apenso ao processo de insolvência e têm carácter urgente por aplicação do nº1 do artº.9º.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Quanto às pessoas singulares, o incumprimento do dever de apresentação, quando previsto, determina o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante, conforme nº1 do artº.238º. Porém o nº2 do artº.18º não é extensivo às pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram na situação de insolvência, ou seja, preenchidos os requisitos do nº1 do artº.3º “É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas” o devedor nas condições do nº2 do artº.18º, pode decidir ou não pela apresentação à insolvência, sem que dessa não apresentação, advenham consequências de carácter punitivo.

O incidente de insolvência culposa na sua plenitude não se aplica às pessoas singulares.

Conforme *LUIS A. CARVALHO FERNANDES*, in Colectânea de Estudos sobre a Insolvência, Quid Juris, cit., pp. 279-28, a [alínea b) do nº1 do artº.238º) “configura um comportamento do devedor, que com dolo ou culpa grave contribui para a situação de insolvência ou para o seu agravamento, bem como a alínea d) que afasta a concessão da exoneração quando se verifique uma de duas situações relativas à apresentação do devedor à insolvência, conforme o mesmo esteja ou não obrigado a fazê-la (cfr. artº.18º nº2). O próprio artigo consagra quais as pessoas obrigadas à apresentação. Quanto às que não estão obrigadas à apresentação, dispõe o nº5 do artº.186º que, se a pessoa singular insolvente não estiver obrigada a apresentar-se à insolvência, esta não será considerada culposa em virtude da mera omissão ou retardamento na apresentação, ainda que determinante de um agravamento da situação económica do insolvente. Assim, caso não exista o dever de apresentação, o regime previsto na alínea d) do artº.238º, só se aplica nos casos em que o devedor não se tenha apresentado à insolvência no prazo de seis meses seguintes à verificação da sua situação. Para além desse prazo, ainda é necessário que a conduta do devedor integre os demais requisitos da referida alínea, razões que determinam que o juiz indefira liminarmente o pedido de exoneração do passivo.

A alínea e) do mesmo preceito consagra situações de culpa grave do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência, nos termos do artº.186º.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Na mesma alínea e) o legislador faz depender a sua aplicação do facto de constarem já no processo, ou terem sido fornecidos, até ao momento da decisão pelos credores ou pelo administrador da insolvência, elementos que indiciem tais comportamentos, elementos estes que devem indiciar “com toda a probabilidade” a verificação de culpa grave do devedor.

A recusa de exoneração e a cessação antecipada do procedimento, verifica-se nos termos da [alínea c) do nº1 do artº.243º] se “a decisão do incidente de qualificação da insolvência tiver concluído pela existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência” deve o juiz recusar a exoneração. O legislador entra em contradição, quanto ao consagrado no nº1 do artº.186º, e a [alínea c) do nº1 do artº.243º] É entendimento de *LUIS A. CARVALHO FERNANDES*, neste caso, que este preceito ao referir-se a culpa, abrange situações que não correspondem ao dolo ou à culpa grave que qualificam a insolvência culposa, compreendendo a alínea c) do nº1 do artº.243º também casos de insolvência fortuita. “ O legislador disse aqui mais do que queria impondo-se uma interpretação restritiva que limite a aplicação da referida alínea c) aos casos de insolvência culposa”.

Quando o insolvente não seja pessoa singular, o nº2 do artº.186º considera a insolvência “sempre culposa” caso se verifiquem qualquer dos factos enumerados nas suas alíneas quando praticados pelos seus administradores de direito e de facto.

Quanto às pessoas singulares, e conforme já referido, estipula o nº5 do mesmo preceito, que se a mesma não estiver obrigada a apresentar-se à insolvência, esta não será culposa, a menos que se prove a existência cumulativa dos requisitos consagrados na alínea d) do nº1 do artº.238º, que passamos a analisar.

A [alínea d) do nº1 do artº.238º) consagra que o pedido de exoneração é liminarmente indeferido “se o devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência, (conforme consagra nº1 do artº.18º) ou não estando obrigado a se apresentar, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo para qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica”. A

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

jurisprudência⁵ tem-se pronunciando no sentido de entender que, depende de produção da prova que a não apresentação atempada causou sério prejuízo aos credores, e que exista um nexo de causalidade adequada entre a não apresentação atempada e o prejuízo causado aos credores. A maior parte da doutrina entende que, a não apresentação atempada à insolvência torna evidente o prejuízo para os credores, tornando inviável o pagamento dos créditos, pelo avolumar do passivo dos insolventes. A estipulação do prazo, não é uma garantia dos credores, uma vez que tal prazo não sendo de caducidade, tem como finalidade a aplicação de sanções aos devedores, o que sendo porventura penoso para estes, em nada acresce ou favorece o ressarcimento dos créditos.

O prejuízo dos credores advém não só do aumento do passivo do devedor, como da diminuição do seu activo. Do ponto de vista dos credores, a não apresentação ou a apresentação tardia à insolvência além de normalmente se traduzir num substancial aumento do passivo em situações já de si insolventes, produz necessariamente um atraso na liquidação do património, com a conseqüente desvalorização do mesmo, tendo como conseqüência receberem muito menos do que lhes era devido e muito mais tarde, do que se a tramitação fosse efectuada de acordo com a tramitação legal.

Entende-se que o fim deste preceito e aliás de todo o CIRE seja a obtenção de um resultado teleológico da satisfação em primeira linha dos interesses dos credores. Acontece porém que, em meu entendimento, tal interesse ficou muito aquém do que os credores esperavam do novo código. Os credores ficaram desprovidos da garantia de reaver totalmente o seu crédito, essencialmente no que diz respeito à insolvência das pessoas singulares que requerem que lhes seja concedida a exoneração do passivo. Na verdade, e conforme já foi analisado e acima referido, ao desonerá-los do cumprimento das suas obrigações, passados cinco anos (período da cessão), só protege em última instância o devedor, não tendo o credor neste caso sido contemplado favoravelmente ou, no mínimo, em termos de igualdade com o devedor. O credor ficou efectivamente prejudicado tendo em conta que a satisfação do seu

⁵ Ac. TRP de 25-03-2010, P.4501/08.4TBPRD-G. P1, R. *MARIA DO CARMO DOMINGUES*.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

crédito dependeria apenas da sua diligência processual e da data de prescrição do mesmo, o que, não poucas vezes, representaria um aumento significativo do prazo para agir executivamente contra o mesmo devedor. O período de cinco anos não é, além do mais, suficientemente longo para que seja frequente o devedor reconstituir-se de forma a pagar, dentro desse período, de forma cabal, a todos os que permanecem seus credores. Em meu entender este período de cessão deveria, assim, variar, entre 5 a 20 anos, conforme o volume das dívidas a pagar aos credores, criando para estes uma expectativa de ressarcimento mais justa e um maior equilíbrio entre os direitos e os deveres do credor e do devedor. Este regime ficaria assim equiparado ao preceituado em matéria de prescrição de direitos, tal como previsto no artº.309º do CC. Também a cessação antecipada prevista no artº.243º, quando não fundada em situações relativas ao devedor, só se verifica se se mostrarem totalmente satisfeitos os créditos sobre a insolvência, conforme nº4. Parece que, tais créditos sobre a insolvência, findo o período de cessão de 5 anos, não devem ter conseguido satisfazer integralmente os valores em dívida aos credores sobre a insolvência, pelo que, a aplicação de um período mais longo, tendo em conta tal satisfação, enquadraria claramente o conceito de “integralmente satisfeitos todos os créditos, o juiz declarar também encerrado o incidente”.

Ficando prejudicado, de certo modo, o princípio inovador do “fresh start”, que o legislador quis absorver, afigura-se-nos que tal procedimento seria certamente mais justo e equitativo em relação aos credores.

O critério da determinação do prazo deveria também ser enquadrável caso o devedor não se apresentasse à insolvência continuando, com culpa ou com negligência, a dissipar o seu património. Nestas situações, a exoneração do passivo poderia ser legalmente consagrada e concedida, mas com um período de cessão variável, conforme já supra referido entre os 5 e os 20 anos em função da culpa do devedor e do montante das dívidas não satisfeitas com a liquidação do activo. Deste modo, em meu entender, haveria um sacrifício mais proporcional á culpa na situação de insolvência em que muitas vezes as pessoas singulares se colocam (as colectivas não beneficiam deste estatuto). Na verdade, o facto de a culpa ser analisada casuisticamente tinha ainda o mérito de diferenciar situações em que pessoas singulares

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

sofreram o infortúnio do desemprego e, sem culpa, ficaram numa situação de insolvência daquelas que, por má gestão do seu património, de forma voluntária criaram a situação. A Lei devia prever que o sacrifício do prazo da cessão para estas pessoas singulares, fosse superior ao dos que, por situações de conjuntura económica, ficaram sem meios de subsistência, como tem vindo a acontecer em várias famílias onde ambos os cônjuges ficaram sem emprego, em alguns casos na decorrência da insolvência da sua entidade patronal.

Estabelecer para os casos de insolvência com culpa ou negligência um período de cessão coincidente com a regra prescricional comum de 20 ou 5 anos, prevista nos arts.309º e 310º do Código Civil, e eventualmente outros períodos inferiores em função de critérios legais objectivos, seria substancialmente mais justo. Com efeito, nestas circunstâncias, o credor obteria o pagamento do seu crédito, ou pela cessão ou pelo recurso aos meios comuns, na medida em que, em muitos casos, poderia haver “regresso de melhor fortuna”, situação que o CIRE não prevê. Além disso, dever-se-ia prever que em caso do encerramento do processo de insolvência, no qual não tivesse sido pago todo o passivo, o mesmo poderia ser reaberto se adviesse para o devedor meios supervenientes de honrar os seus compromissos.

Na mesma linha do apontamento de algumas insuficiências do CIRE, ressalta a diferença de tratamento entre o preceituado para as pessoas colectivas e para as pessoas singulares caso no acto da prolação da sentença a decretar a insolvência, seja justificado pelo juiz a insuficiência da massa insolvente.

Determina o nº7 do artº.39º, que relativamente às pessoas colectivas, após a sentença de declaração de insolvência com carácter limitado, a mesma tem como consequência o encerramento do processo, aliás, como regra, conforme nº2 do artº.232º, sem prejuízo das diferenças entre, a manutenção da sociedade no primeiro caso, e a sua liquidação no segundo caso e de acordo com o nº4 do artº.234º. O encerramento do processo tem consequências diferentes num e noutro caso. Porém o encerramento não é o efeito necessário da insuficiência da massa, como se verifica da 2ª parte do nº2 em que o processo pode prosseguir desde que o credor interessado o requeira, e deposite à ordem do tribunal o montante que o juiz especificar segundo o que razoavelmente entenda necessário, para garantir o pagamento das referidas

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

dívidas e custas ou, conforme nº3 do artº.39º, caucione esse pagamento mediante garantia bancária, sendo o depósito movimentado ou a caução accionada apenas depois de comprovada a efectiva insuficiência da massa e na medida dessa insuficiência. Estabelece-se deste modo um regime tendencialmente paralelo entre estes dois preceitos, sendo que o artº.39º estabelece um regime que se aplica quando a insuficiência da massa é apurada na fase da declaração da insolvência, enquanto que o artº.232º só se aplica quando a insuficiência do activo é verificada já no decurso do processo, ou seja, em circunstâncias diferentes do artº.39º.

O nº6 do artº.232º afasta a aplicação dos nºs 3 a 5 quando, sendo o devedor uma pessoa singular, tenha pedido a exoneração do passivo restante. O nº6 do artº.232º remete para o nº1 do artº.248º (apoio Judiciário) que configura o benefício do deferimento do pagamento das custas até decisão final do pedido, nos casos em que o devedor (pessoa singular) tenha pedido a exoneração, o que configura que, constatada a previsão deste preceito, o encerramento do processo não se verifique enquanto o devedor beneficiar do diferimento do pagamento das custas, até decisão final do pedido.

A previsão dos nºs 3 a 5 do artº.232º enquadra as situações em que ocorre o encerramento do processo de insolvência. Porém, nos casos do nº6, o processo não encerra por remissão para o nº1 do artº.248º.

Todavia, diz este mesmo artigo que confere este direito potestativo às pessoas colectivas, apesar do inerente ónus de depositar à ordem do tribunal as custas como determina o nº3 do artº.39º, não contempla na sua vertente sequer um direito subjectivo ao credor quando o devedor seja uma pessoa singular e tiver requerido a exoneração do passivo restante, o que resulta do disposto no nº8 do artº.39º, possibilidade esta que frustra a continuação do processo a requerimento do credor. Esta divergência de tratamento e a protecção conferida ao devedor não se entende e configura um excesso de medidas que o CIRE consagra quanto à protecção do devedor em detrimento das garantias do credor.

Em face do que ficou exposto, parece existir uma grave lacuna no CIRE. O legislador ao prever o “fresh start” para o devedor deveria ter criado uma contrapartida para o credor, tal como acontece no Direito Civil. Mas não, atribuiu pura e simplesmente um direito específico

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

e unilateral ao devedor, sem qualquer consentimento do credor. Tal situação estava seguramente melhor assumida no Decreto nº21758, de 22 de Outubro de 1932, conforme já descrito no primeiro capítulo, promovendo o referido diploma, uma inovação, materializada na possibilidade de inclusão de uma cláusula “salvo regresso de melhor fortuna” com a vigência de 20 anos, e a existência de uma hipoteca ou fiança, a favor e em garantia de todos os credores.

O CIRE poderia, e em bom rigor deveria, ter consagrado uma norma semelhante, no título das pessoas singulares, dispondo que, mesmo após o despacho final da exoneração do passivo restante, “salvo regresso de melhor fortuna” e também pelo prazo de vigência de 20 anos, se reabrisse o processo da pessoa singular, para os credores serem pagos dos valores que em tempo foram obrigados a abrir mão.

Considera-se assim que o actual CIRE não é um diploma que defenda os interesses dos credores, acabando estes por votar vencidos, sem alternativas de escolha, uma vez que a decisão é da competência do juiz, e nenhuma cláusula lhes permite o ressarcimento, após o despacho de exoneração dando azo e até cobertura legal a eventuais situações de injustiça que contrariam a ideia de Direito nos seus aspectos mais nobres e sublimes da busca da Justiça e da Igualdade dos Cidadãos.

Título II - Não é um código que determine o termo da pessoa colectiva do comércio jurídico-mercantil.

O CIRE não é um código que determine o termo da pessoa colectiva do comércio jurídico-mercantil porque independentemente da sentença de declaração de insolvência, a pessoa colectiva, pode continuar a sua actividade mantendo-se a administração a cargo do devedor (artº.223º a 229º) como ressalva expressamente o nº1 do artº.81.

De acordo com o artº.81º nº1 “a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente...” mas ressalva o preconizado no título X

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

“Administração pelo devedor” ficando obrigado, neste caso, à apresentação de um Plano de Insolvência.

Não existem antecedentes no nosso ordenamento jurídico insolvencial de uma regra desta natureza, ficando, no domínio dos anteriores regimes falimentares e insolvenciais o devedor inibido, pelo menos durante certo tempo enquanto não fosse considerado reabilitado, de gerir e continuar negócios próprios e até alheios na medida em que tinha uma incapacidade natural para gerir ou administrar empresas.

Neste sentido a alínea e) do artº.36º também consagra que na sentença que declarar a insolvência, o juiz determina que a administração da massa insolvente será assegurada pelo devedor, quando se verificarem cumulativamente os pressupostos exigidos pelo nº2 do artº.224º, ou seja, quando na massa insolvente esteja compreendida uma empresa (artº.223º), quando o devedor o tenha requerido ou na petição inicial em caso de apresentação, ou na oposição à insolvência (artº.224º nº2 alínea a) nos casos de insolvência requerida, ou no caso de o devedor não deduzir oposição, situação em que deverá apresentar autonomamente o pedido de administração da massa insolvente, mas sempre antes de proferida a sentença declaratória de insolvência (nº5 artº.30º). Quanto à alínea b) refere a situação em que o devedor tenha já apresentado um plano de insolvência com manutenção da administração, ou se comprometa a fazê-lo no prazo de 30 dias após a sentença de declaração de insolvência.

Conforme LUIS CARVALHO FERNANDES, a alínea b) do nº2 do artº.224º estabelece uma ligação entre a concessão da administração ao devedor com a existência de um plano de insolvência no qual o devedor prevê a continuidade da exploração da empresa por ele próprio.

Caso o plano não venha a ser apresentado, ou se não satisfizer os requisitos legalmente exigidos, tal facto leva à cessação da administração pelo devedor [alínea c) do nº1 do artº.228º].

Quanto à alínea c) “não haja razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores”, tais pressupostos estão dependentes da avaliação que o juiz tem que ter em conta caso a caso, atendendo a determinados critérios, tais como, o

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

comportamento do devedor, quer no processo, quer no momento anterior à sua instauração. De acordo com esse preceito, o juiz só deve conceder a administração ao devedor se “no seu prudente arbítrio” entender que daí resultarão sem margem de dúvida, atrasos para a marcha do processo ou qualquer desvantagem para a satisfação dos interesses dos credores.

A alínea d) aplica-se aos casos em que a iniciativa do processo de insolvência não seja do devedor, casos em que o juiz só pode conceder a administração da massa insolvente ao devedor, verificando-se o acordo do requerente, antes de proferir a sentença de declaração de insolvência.

A assembleia de credores também pode decidir atribuir ao devedor a administração da massa insolvente conforme nº3 do artº.224º, na assembleia de apreciação do relatório (artº.156º) e neste caso são dispensados os requisitos das alíneas c) e d), tendo em conta que qualquer das referidas alíneas prevê a protecção aos interesses dos credores, e estando em causa interesses desta natureza, é à assembleia que compete representar e defender, ou seja, se a assembleia deliberar pela manutenção da administração pelo devedor, significa que, entende que não se verifica qualquer das desvantagens previstas nas alíneas c) e d).

Se a decisão de atribuir ao devedor a administração da massa insolvente resultar da assembleia de credores, e conforme nº1 do artº.149º já terá ocorrido apreensão de bens, o que dará de certo modo, alguma garantia aos credores; mas se a decisão de atribuir a administração ao devedor, for atribuída pelo juiz, não haverá lugar à apreensão dos bens prevista no artº.149º, conforme resulta da interpretação do nº2 do artº.228º, o que cria uma insegurança quanto à recuperação dos créditos por parte dos credores.

Conforme determina o artº.225º, só depois de terminar a administração da massa pelo devedor, haverá então lugar à liquidação, ressalvando-se o regime consagrado no nº1 do artº.158º e a realização pelo próprio devedor das vendas previstas no nº2 do artº.158º com o consentimento do administrador da insolvência e da comissão de credores, caso exista, pois caso contrário conforme determina o nº1 2ª parte do artº.226º a comunicação será feita a todos os credores que tenham reclamado os seus créditos.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

A ressalva consagrada no artº.225º que determina que a liquidação só tem lugar após ser retirada a administração ao devedor, quanto ao regime do nº1 do artº.158º também não parece feliz. Com efeito se este preceito consagra a venda e a liquidação de todos os bens apreendidos para a massa insolvente, a referida ressalva parece uma manifesta redundância em face do referido nº1 do artº.158º. Concluir-se-ia como claro que houvesse uma ressalva para o nº2 do artº.158º na medida em que, tratando-se de coisas precíguas e deterioráveis, se justificasse plenamente a sua alienação. No entanto, continuando a insolvente, que é necessariamente uma empresa sob administração dos titulares dos seus órgãos sociais, o que pressupõe igualmente a elaboração de um Plano de Insolvência que após a aprovação e homologação pode resultar na continuação da empresa, parece que a venda de bens deveria nestas circunstâncias ficar igualmente sustada, não fosse ser alienado qualquer activo estratégico que pusesse em causa a continuação empresarial. Por isso, o conteúdo literal do artº.225º ao ressaltar a regra contida no nº1 do artº.158º parece encerrar uma manifesta contradição. Mas a regra é semelhante à que presidia ao nº5 do artº.201º do anteprojecto, conforme LUIS CARVALHO FERNANDES, pelo que poder-se-ia pensar que, na transposição do anteprojecto para a versão definitiva do Código, se cometeu um lapso na remissão, em termos de a considerar feita para o nº2 do artº.162º, por ser o caso paralelo do nº3 do artº.141º do anteprojecto. Porém entende o mesmo autor, não se tratar de um erro e poder tratar-se do caso, de a assembleia determinar a alienação de imóveis não afectos à exploração empresarial do devedor. Não entendo que assim seja, pois neste caso, o legislador teria consagrado expressamente que imóveis poderiam ser alienados, o que não fez. Entendo que se trata de um erro manifesto.

Para os credores a liquidação da generalidade dos bens, sempre constituiria melhor garantia de ressarcimento de alguns dos seus créditos. Todavia, a situação parece ficar agravada pelo facto de a administração da empresa continuar confiada ao devedor, não ser, neste caso, efectuada a apreensão dos bens, e ainda pelo facto de os órgãos sociais do devedor continuarem em funções (nº1 do artº.82º).

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Ou seja, declarada a insolvência e continuando os mesmos órgãos sociais em actividade, cria situações, por vezes, não de recuperação mas de agravamento, tendo em conta que a manutenção da empresa cria despesas e constituição de novas obrigações que, posteriormente, serão suportadas pela massa, em preterição dos credores da insolvência, que com essas dívidas não concorre.

Pode ainda acontecer, que a manutenção da actividade da empresa insolvente, ainda venha a criar maior endividamento e consequentes prejuízos, não tendo neste caso o legislador, ao prever deste modo a recuperação da empresa em vez do encerramento, acautelados os créditos anteriores aos que, para a sua recuperação teriam de ser contraídos, situação que se encontrava prevista no CPEREF e que o CIRE não contemplou.

É certo que mantendo-se a administração dos órgãos sócias da insolvente, estes são acompanhados pelo Administrador de Insolvência. Mas o que se discute é o efectivo controlo que por ele possa ser eficazmente exercido. Na verdade, se nas empresas de menor dimensão, a fiscalização não será de grande dificuldade já o mesmo não se poderá dizer das grandes empresas cujo controlo ficará aquém das possibilidades do Administrador da Insolvência.

CAPÍTULO III - ANÁLISE GERAL DO CIRE

Título I - Pessoas jurídicas abrangidas: Singulares e Colectivas

O CIRE aplica-se quer a pessoas colectivas quer a pessoas singulares, conforme consagrado no artº. 2º.

A sujeição ao processo de insolvência de pessoas singulares e colectivas, tanto titulares de empresas como alheias a qualquer actividade empresarial, é efectuada com recurso a regimes e institutos diferentes para cada tipo de entidades.

Podem ser sujeitos passivos da declaração de insolvência as pessoas singulares, as pessoas jurídicas⁶ e os patrimónios autónomos (artº.2º). A enumeração dos sujeitos passivos é

⁶ A norma refere-se a “pessoas colectivas” mas em atenção às sociedades comerciais unipessoais, é preferível utilizar a expressão “pessoas jurídicas”

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

aberta, sendo a enunciação da norma meramente exemplificativa. Em matéria de âmbito subjectivo da declaração de insolvência, o CIRE abandona o critério da personalidade jurídica e releva o da autonomia patrimonial ou o da personalidade judiciária⁷. Quando a empresa tem uma qualquer forma jurídica (pessoa jurídica ou património autónomo), é ela que está sujeita á declaração de insolvência; caso contrário o sujeito da declaração de insolvência é o seu titular.

Da enumeração do artº2º resulta que os sujeitos passivos da insolvência enquadram tanto pessoas singulares e colectivas como também outras entidades, normalmente designadas como simples patrimónios autónomos. Neste caso, trata-se de uma personalidade insolvencial, que não coincide nem com a personalidade jurídica (artº.66º do Código Civil), nem com a personalidade judiciária em geral (artº.5º do Código de Processo Civil), atendendo a que se refere apenas à susceptibilidade de ser objecto de um processo de insolvência,⁸ tal como acontece em Processo Civil na extensão da personalidade judiciária (artº.6º CPC)

Em relação às pessoas singulares, as mesmas podem ser sempre declaradas insolventes. A insolvência das pessoas singulares tal como consagra o artº.235º do CIRE, permite-lhes como já sumariamente se abordou, requerer a exoneração do passivo restante (regra especial). As pessoas singulares sujeitas à insolvência podem ser ou não empresárias, cujos regimes se destacam, estando as não empresárias ou titulares de pequenas empresas sujeitas ao regime especial dos arts.º249º e seguintes. Se a pessoa singular for empresária, não existe distinção entre o seu património privado e o património da empresa, porque todo o património do devedor, incluindo o privado, responde pelas dívidas da empresa sendo, deste modo e como consequência, abrangido também pela insolvência.

Na alínea a) do nº1 do artº.2º, a referência às pessoas colectivas, compreende as associações, as fundações e também as sociedades comerciais (em nome colectivo, por quotas, anónimas e em comandita), as sociedades civis sob forma comercial e as cooperativas. Normalmente a declaração de insolvência das pessoas colectivas conduz à dissolução (cfr.

⁷ Cfr., CATARINA SERRA, Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência (pp.245 e s.)

⁸ Cfr. BORK, Einführung, p14, nº28

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

arts.182º nº1 alínea e) e artº.192º nº1 alínea c) do Código Civil e artº.141º nº1 alínea e) do Código das Sociedades Comerciais e artº. 77º alínea g) Código Cooperativo, perdendo depois estas, por esta via a personalidade jurídica com o encerramento da liquidação. Após a dissolução da pessoa colectiva, e enquanto não estiver encerrada a liquidação, continua a ser possível a declaração de insolvência.⁹

A alínea b) do nº1 do artº.2º do CIRE, considera a herança jacente como sujeito passivo da declaração de insolvência. Os herdeiros podem sempre repudiar a herança, conforme artº2062º do CC, porém qualquer credor da herança poderá requerer a sua insolvência para efeitos de liquidação.

No artº.2º nº1 alínea c) do CIRE, são considerados sujeitos passivos de insolvência as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais. As pessoas singulares que fazem parte das mesmas, respondem ilimitadamente pelas dívidas que aquelas contraírem, mas a sua responsabilidade é subsidiária, ou seja, a declaração de insolvência abrange primeiro aquelas entidades, sendo a responsabilidade dos seus membros, pessoas singulares, considerada como derivada.¹⁰

A alínea d) do nº1 do artº.2 refere a insolvência das sociedades civis, que são pessoas colectivas, e que se dissolvem com a declaração de insolvência (artº.1007º alínea e) CC.

As alíneas e) e f) referem-se às sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial, que tenham iniciado a sua actividade antes da data do registo definitivo pelo qual se constituem estão sujeitas à insolvência, tal como as cooperativas, antes do registo da sua constituição podem ser objecto de processo de insolvência.

A alínea g) consagra a insolvência do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. O artº.11 nº2 do D.L. 248/86 de 25 de Agosto, estabelecia que essa falência (nome dado na altura, pois a insolvência das pessoas colectivas só surge com o actual CIRE)

⁹Em relação às sociedades comerciais, cfr. Ac. STJ 6/11/2008 (*SERRA BAPTISTA*), em CJ-ASTJ 16 (2008), 3.pp.125-126.

¹⁰*CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA*, já defendia esta solução em face do direito anterior, REDUL 36 (1995), nº2, pp.391-392.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

implicaria a falência do comerciante individual, seu titular, provado que, não tinha sido respeitado o princípio da separação patrimonial na gestão do estabelecimento.

Tal norma foi tacitamente revogada pelo CIRE, uma vez que, o sujeito passivo da declaração de insolvência é o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, logo o seu titular não é afectado automaticamente pela insolvência do estabelecimento, desde que este não esteja impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (artº.3 nº1), a insolvência do estabelecimento afecta-o enquanto seu administrador, ainda que ele tenha respeitado o princípio da separação patrimonial.¹¹

Alínea h) nº1 artº.2 podem ser declarados insolventes quaisquer outros patrimónios autónomos, sendo a insolvência limitada¹² a uma parte do seu património, sujeita a um regime especial de responsabilidade por dívidas, não sendo deste modo o devedor objecto de um processo de insolvência geral, que abarca universalmente o seu património, por esta razão é legítimo falar em insolvência especial ou particular.

Exclui-se da aplicação do CIRE “as pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais, e as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes previstos para tais entidades”, conforme consagrado nas alíneas a) e b) do nº2 do artº.2.

Do Título I ao Título VIII do CIRE constam os conceitos comuns aplicáveis quer às empresas quer às pessoas singulares, o Título IX aplica-se apenas às empresas e o Título XII apenas às pessoas singulares. O plano de insolvência é aplicado tendencialmente por empresas de maior dimensão, conforme preâmbulo do CIRE. Porém, se esta era uma intenção do legislador, o certo é que, na prática, veio a revelar-se não absolutamente consentânea com a vontade do mesmo na medida em que, existem pequenas e médias empresas que a ele

¹¹ Neste sentido, *LUIS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA*, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2008 sub art.2º.,n.º10. p.66

¹² Cfr. Bork, Einführung, p.13, nº27.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

recorrem. No limite a existência ou não de um plano no âmbito de um processo de insolvência tem mais a ver, e a estrutura sistemática do CIRE assim o justifica, com o juízo de análise acerca da capacidade de recuperação da empresa e de ela poder continuar como unidade empresarial autónoma no tecido empresarial, do que propriamente com a sua dimensão. É certo que, no panorama português, existem muitas empresas e até grupos económicos que, dada a dimensão do seu passivo versus o activo, estão enquadradas no nº2 do artº.3º e portanto susceptíveis de serem declaradas insolventes. Todavia, como vão tendo acesso ao crédito e por isso não cessam pagamentos de forma generalizada, cumprem em termos de balanço os requisitos do artº.35º do Código das Sociedades Comerciais e uma vez que nenhum credor requer a sua insolvência, por isso se vão mantendo.

Como conceitos distintos temos ainda no CIRE e quanto às pessoas singulares, o plano de pagamentos e o regime da exoneração do passivo restante.

O CIRE que adopta um processo único, o processo de insolvência, consagra também, no caso de ser aprovado pelos credores, para as pessoas colectivas, um plano de insolvência, com uma tramitação supletiva, que se baseia na liquidação do património do devedor (cfr. arts. 192º e seguintes), sendo a finalidade a liquidação do património do insolvente e a repartição do produto pelos credores. Mas a lei admite, supletivamente que a satisfação dos credores se possa realizar, não só pela liquidação, mas pelas formas previstas num plano de insolvência, que pode ser a recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, conforme consagra o artº. 1º do CIRE.

Com a declaração de insolvência do devedor dá-se início ao processo de insolvência, sendo o momento decisivo a assembleia de credores, para apreciação do relatório do administrador da insolvência, que se efectua quarenta e cinco a setenta e cinco dias depois da declaração de insolvência, [artº.36º alínea n)] em que se decide se a empresa continua através de um plano de insolvência ou se encerra, iniciando-se a liquidação. A elaboração do plano de insolvência pode ser atribuído ao administrador da insolvência ou a qualquer legitimado nos termos do artº.193º. A fase que precede a primeira assembleia de credores (artº.156º) é comum às pessoas colectivas e às pessoas singulares reconduzindo-se à citação dos credores

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

para reclamarem créditos, (artº.187º) no prazo de até trinta dias após a sentença de declaração de insolvência [alínea j) do artº.36º].

Quer as pessoas singulares, quer as pessoas colectivas, estão sujeitas ao processo de insolvência, (princípio comum) podendo este processo ser afastado, (princípio da especialidade de cada devedor insolvente) pela aprovação de um plano de insolvência, e afastado quanto às pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa, ou sejam titulares de uma pequena empresa, por um plano de pagamentos aos credores (artº.249º nº1 e artº.251º e seguintes), podendo ser aplicado tanto a umas como a outras. Estas situações e este âmbito de aplicação, leva a concluir que o nome atribuído ao CIRE não se enquadra na aplicação às pessoas singulares. Tendo em conta a pluralidade de aplicação mais fácil seria se a sua denominação fosse de CIREPS (Código de Insolvência e Recuperação de Empresas e Pessoas Singulares) embora não exista um verdadeiro sistema de recuperação de pessoas singulares, sempre se entenderia a recuperação no sentido da exoneração do passivo.

Título II – A assembleia de credores em geral - As pessoas colectivas

O CIRE introduziu significativas modificações no que respeita à assembleia de credores convergindo quase todas na ideia de atribuir o papel central aos credores. Como é referido nos pontos 3 e 6 do Relatório do Diploma Preambular que aprovou o código (DL nº53/2004, de 18 de Março) “sendo a garantia comum dos créditos o património do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia.”

Assim, cabe aos credores o poder de decidir o destino da empresa, deliberando, sobre o seu encerramento ou a sua manutenção em actividade, bem como, cabendo-lhes também a eventual atribuição ao administrador da insolvência do encargo de elaborar um plano de insolvência (assembleia de credores para apreciação do relatório), conforme disposto no nº2 e 3 do artº.156º. ou deliberar sobre a liquidação do seu património ou a sua recuperação.

Nesta Assembleia os Credores podem ainda, dentro dos poderes soberanos que detêm, deliberar que a Administração da insolvente fique a cargo dos seus administradores, o que pode acontecer preenchidos os requisitos dos arts. 223º e 224º.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Podem, ainda, afastar livremente o Administrador de Insolvência e eleger outro em sua substituição desde que, previamente, juntem aos autos a aceitação do novo administrador proposto e a deliberação seja aprovada pela dupla maioria dos votos e dos votantes. Como determina o artº.53º.

Após a realização desta Assembleia o Administrador de Insolvência só pode ser destituído com justa causa (artº.56º).

No caso de estar em curso a elaboração de um plano de insolvência, nos termos do artº.224º, ou ser nesta Assembleia deliberado cometer ao Administrador de Insolvência o encargo da sua elaboração, ou ainda qualquer credor ou grupo de credores, que preencham os requisitos de legitimidade previstos no artº.193º se propuserem apresentá-lo, o Juiz, em momento posterior, marcará nova Assembleia de Credores para aprovação de tal plano como dispõe o artº.209º e seguintes do CIRE.

A assembleia de credores convocada nos termos e para os fins do nº1 do artº.209º só se pode reunir, preenchidos quatro requisitos:

Depois de transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência, conforme artº.36º.

Depois de esgotado o prazo para a impugnação dos créditos, artº.130º.

Depois da lista definitiva de credores reconhecidos, artº.129º.

E da realização da assembleia de apreciação de relatório, artº.156º.

Para além dos poderes da assembleia em matéria de eleição dos outros órgãos da insolvência (artº.53 e artº.67º) destaca-se a fase de liquidação, em que é necessário o consentimento da assembleia, na falta da comissão de credores, para a prática de actos de especial relevo pelo administrador da insolvência (artº.161º).

Na assembleia de credores, participam todos os credores da insolvência (artº.72º) sendo o juiz o presidente (artº.74º).

Não se exige quórum e as deliberações são tomadas pela maioria dos votos emitidos (não contando as abstenções) (artº.77º).

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Os créditos conferem um voto por cada euro ou fracção, desde que reconhecidos por decisão definitiva de verificação e graduação de créditos.

De acordo com o que dispõe o artº. 73º os créditos conferem um voto por cada Euro ou fracção se já estiverem reconhecidos por decisão sobre o apenso de verificação e graduação de créditos ou em acção de verificação ulterior.

O credor tem ainda direito a voto se já tiver reclamado os seus créditos no processo ou, se ainda não estiver esgotado o prazo para a reclamação ou reclamar na própria Assembleia para efeitos de participação e voto na reunião desde que tais créditos não sejam impugnados, na Assembleia por algum credor com direito de voto ou pelo Administrador da Insolvência.

O credor tem ainda direito de participar e votar na referida Assembleia se, esgotado o prazo da reclamação de créditos, tiver intentado uma acção de verificação ulterior de créditos nos termos do artº.146º ou se declarar na mesma assembleia que a vai intentar, se para tanto estiver em prazo, nos termos da alínea b) do nº2 do referido artigo.

Esta possibilidade encontra a sua justificação legal na conjugação do disposto no nº1 do artº.73º com a referida alínea b) do nº2 do artº.146º.

Título III – A assembleia de credores para apreciação do relatório (art.º156º)

Momento importante do processo de insolvência é a assembleia de apreciação do relatório que dá início à liquidação propriamente dita.

O administrador da insolvência, após a apreensão geral de bens e também nos casos em que não haja apreensão por a Administração continuar no devedor, elabora um inventário onde constam os bens e direitos que constituem a massa insolvente (artº.153º), bem como a lista provisória de credores (artº.154º) e um relatório onde descreve a situação económica, financeira e contabilística do devedor, a este relatório são anexos o inventário e a lista provisória dos credores (artº.155º).

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Estes documentos vão ser objecto de apreciação pela assembleia de credores (artº.156º), assembleia que é determinante para o destino do processo, conforme já foi referido no segundo parágrafo deste capítulo. É nesta assembleia que se delibera sobre o encerramento ou a manutenção em actividade do estabelecimento que compõe a massa insolvente (nº2 do artº.156º), embora o administrador da insolvência, com base no artº.157º e com o parecer favorável da comissão de credores, possa excepcional e previamente à assembleia de apreciação do relatório, proceder ao seu encerramento antecipado. É também nesta assembleia e com base no nº3 do artº156º que pode ser atribuído ao administrador da insolvência o encargo de elaborar um plano de insolvência, com a suspensão da liquidação e da partilha dos bens da massa insolvente.

Na assembleia de apreciação do relatório, é dada ao devedor, à comissão de credores, à comissão de trabalhadores ou aos representantes dos trabalhadores, caso não integrem a comissão de credores, a oportunidade de se pronunciarem sobre o relatório (nº1 do artº.156º). Após a apreciação das referidas entidades, será o momento de os credores apreciarem o relatório e deliberar quanto à melhor forma de satisfazer ou acautelar os seus interesses, bem como deliberar qual o desenvolvimento seguinte do processo.

Como se constata existe uma margem significativa de intervenção e de poderes dos credores, podendo até como anteriormente se referiu, afastar o Administrador de Insolvência nomeado e substituí-lo livremente por outro inscrito na lista oficial e até por um não inscrito desde que a complexidade da função o exija como determina o nº2 do artº. 53º.

A assembleia de credores é o órgão deliberativo do processo de insolvência, formando e transmitindo a vontade do conjunto dos credores. Porém, tais deliberações não têm carácter definitivo, tendo em conta (nº6 do artº156º) que podem as mesmas ser revogadas ou modificadas em reunião posterior.

Quando na assembleia deliberarem pela manutenção em actividade da empresa, devem fixar a remuneração a pagar ao administrador da insolvência (nº3 do artº22 da Lei 32/2004) e deliberarem pela apresentação de um plano pelo administrador de insolvência, deverão também fixar tal remuneração devida pela elaboração do referido plano. Assim deliberado, a

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

assembleia pode determinar a suspensão da liquidação e partilha da massa insolvente (nº3 do artº156º), não obstante esta, à venda dos bens passíveis de deterioração ou perecimento. (nº5 do artº.156º e nº2 do artº.158º).

Se o plano não for apresentado no prazo de 60 dias seguintes ao encargo ao administrador da insolvência para a sua elaboração, (nº4 do artº.156º), cessa a suspensão da liquidação determinada pela assembleia, ou ainda, conforme [alínea b) do nº4 do artº.156º], se o plano não for admitido, se não for aprovado em Assembleia específica para o efeito prevista no artº. 209º e seguintes e ainda, se não vier a ser homologado pelo Juiz.

Para além dos credores da insolvência, também podem participar na assembleia os convedores solidários do insolvente ou os seus garantes.

A assembleia de credores do artº.156º, em termos de convocação, não segue a regra do nº2 do artº.75º, sendo convocada na sentença de declaração da insolvência, para uma data entre os 45 e os 75 dias subsequentes à sua prolação [alínea n) do artº.36º].

Outras excepções ao regime geral do artº75º estão relacionadas com a convocação da assembleia de credores para discutir e votar a proposta de plano de insolvência, a que se refere o nº1 do artº.209º, reportando-se à antecedência da comunicação (que será de 20 dias) e ao conteúdo da convocação, dos editais, anúncios e circulares que devem conter as menções que indiquem que a proposta de plano estará à disposição dos interessados, para consulta, na secretaria do tribunal, desde a data da convocação.

Devem ainda constar os pareceres da comissão de trabalhadores ou dos representantes dos mesmos, caso esta não exista, pareceres da comissão de credores, do devedor e do administrador da insolvência, devendo tais documentos estar à disposição dos credores na secretaria do tribunal, nos dez dias anteriores à data da assembleia.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Título IV – Liquidação da sociedade – considerações prévias

Como se referiu a assembleia de apreciação do relatório é um momento importante do processo de insolvência, na medida em que permite dar início à liquidação. A liquidação destina-se a dar satisfação, de certo modo parcial, aos credores do insolvente obrigando à venda de bens a fim de se obter uma quantia pecuniária passível de ser repartida pelos credores. Dá-se início à cobrança dos créditos e à alienação dos bens e direitos que compreendem a massa insolvente, de modo a obter o maior número de valores necessários ao pagamento. A liquidação vem regulada nos arts. 156º a 170º do CIRE e tem início após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência e a realização da assembleia de apreciação do relatório, independentemente da verificação do passivo.

Pode acontecer que a liquidação venha a ser dispensada, suspensa ou interrompida, não deixando de se verificar a satisfação dos credores, a qual será feita por outra via. O nº1 do artº.171º consagra a possibilidade de a liquidação ser dispensada pelo juiz, no todo ou em parte, nos casos em que o devedor seja uma pessoa singular e na massa insolvente não esteja compreendida uma empresa. Neste caso, a lei exige que o devedor entregue uma quantia monetária não inferior à que resultaria da liquidação, facto este que, face à situação de insolvência, é de difícil cumprimento. Tal dispensa tem de ser a solicitação do administrador, com o acordo prévio do devedor. A decisão fica porém sem efeito, se o devedor não cumprir a entrega do montante fixado pelo juiz, no prazo de oito dias, nº2 do artº.171º.

Em caso de suspensão da liquidação, a mesma inicia-se ficando o seu decurso paralisado, temporariamente, durante o tempo em que se verificar a situação que deu causa à suspensão. Esta situação pode acontecer se na assembleia de apreciação do relatório ficar determinada a suspensão da liquidação e partilha da massa insolvente, conferindo ao administrador o encargo de elaborar um plano de insolvência (nº3 do artº.153º). Todavia, tal como dispõe o nº4 do artº.156º a suspensão cessa automaticamente se o plano não for apresentado pelo administrador de insolvência nos 60 dias seguintes e, caso seja, não venha a ser admitido, aprovado ou homologado, conforme alínea b) do nº4 do artº.156º.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

A liquidação e partilha da massa insolvente pode também ser suspensa, a requerimento do proponente de um plano de insolvência, para não por em risco a execução desse plano (nº1 do artº.206º) ou pode o juiz determinar, ou não, a suspensão ou proceder ao levantamento da suspensão já decretada, caso verifique que tal medida acarreta perigo de prejuízos para a massa insolvente ou o prosseguimento da liquidação e partilha, a requerimento do administrador da insolvência com o acordo da comissão de credores se existir, ou da assembleia de credores conforme nº2 do artº.206º. Caso o plano de insolvência não venha a ser admitido, aprovado ou homologado, cessa a suspensão, artº.206 nº3 e artº.156º nº4 alínea b).

É ainda suspensa a liquidação, no caso de ser atribuída ao devedor a administração da massa insolvente e, conforme o artº.255º, a liquidação só tem lugar depois de retirada ao devedor essa administração. A suspensão da liquidação não evita a venda antecipada dos bens da massa insolvente susceptíveis de perecimento ou deterioração (arts.º 156º nº5, 206º nº3, 225º e 185º nº2). Esta fundamentação legal como foi referido em análise anterior não é a mais feliz.

Iniciada a liquidação a mesma pode ser interrompida e, ocorrendo algumas situações, nem sequer chegar a ser concluída. São os casos em que circunstâncias específicas determinam o encerramento do processo. Na verdade, caso o administrador verifique que a massa insolvente é insuficiente para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas a liquidação é interrompida e fica inconcluída (nº4 do artº.232º). Também nos termos do artº.39º a insuficiência da massa insolvente declarada pelo Juiz não permite que a liquidação se inicie pelo facto de não se verificarem os efeitos atribuídos á declaração de insolvência. No caso de a mesma ser conhecida posteriormente, obsta a que o administrador da insolvência continue com a liquidação, por manifestamente impossível. Assim, desse facto, dará o administrador da insolvência conhecimento ao juiz que, depois de ouvido o devedor, a assembleia de credores e os credores da massa, declarará o processo encerrado conforme arts.º230º nº1 alínea a) e 232º nº1).

Título V – O Plano de Insolvência como alternativa à liquidação

O artº.1º do CIRE consagra que “o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência”. Considera, deste modo, o legislador o plano de insolvência como a alternativa à liquidação e assim é, porque o actual código elege como finalidade principal do processo de insolvência, a satisfação dos interesses dos credores, e tal satisfação passa, em primeira instância, pela liquidação do património do devedor, afastando a solução supletiva prevista no código, “o plano de insolvência que se baseia na recuperação da empresa.” O código vai mais longe, colocando a decisão da recuperação da insolvente nas mãos dos credores, que podem optar pelo plano de insolvência como alternativa à liquidação.

O nº1 do artº.192º deve ser lido conjuntamente com o artº1º, quanto ao plano de insolvência, consagrando que, depois de terminado o processo de insolvência (a sua fase declarativa), pode o pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares dos créditos e pelo devedor, bem como a recuperação da empresa compreendida na massa insolvente e a responsabilidade do devedor, serem reguladas num plano de insolvência, em derrogação das normas do CIRE.¹³

A redacção da primeira parte do artº.1º não é feliz, em termos de rigor, quando afirma que “o processo de insolvência é um processo de execução universal”. Na verdade, e no rigor dos conceitos, o processo de insolvência só é uma execução universal quando o resultado seja a

¹³ Tal afirmação do legislador leva alguns autores a falarem em *desjudicialização* do processo de insolvência, permitindo o estabelecimento do plano de insolvência a derrogação de todas e quaisquer normas do código, numa clara consagração do princípio da autonomia privada e da privatização do processo. *MARIA JOSÉ COSTEIRA* novo Direito da Insolvência, Th – Edição Especial – Novo Direito da Insolvência (2005), p.25, quando afirma que a nova lei da insolvência introduziu uma verdadeira *desjudicialização* do processo, indicando que a opção legislativa foi a de colocar o destino da empresa nas mãos dos credores e limitar a intervenção do juiz ao controle da legalidade do processo. Igualmente *LUIS A. CARVALHO FERNANDES*, *O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, cit., p.1214, referindo que também no regime do plano de insolvência a *desjudicialização* se manifesta, em particular, quanto à não admissão da proposta de plano e quanto à sua não homologação oficiosa, art.207º e art.215º, respectivamente.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

liquidação, não o sendo em caso de continuação da empresa e até em caso de encerramento do processo por inexistência de bens.

Em contraste com o CPEREF, quanto às providências de recuperação cujo processo se iniciava pela eventual escolha de uma medida de recuperação ali prevista e só se tal não pudesse ser, se convolava em insolvência, a atipicidade do plano de insolvência, dá primazia, quer à liquidação quer à recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou seja a opção é dependente da vontade dos credores, tendo em consideração que o CIRE elegeu como objecto fundamental do processo de insolvência a satisfação dos interesses destes.¹⁴

Todavia ao contrário do CPEREF no CIRE a empresa só pode recuperar e continuar depois de ser declarada insolvente o que parece ser uma ineficiência legislativa.

Quanto à legitimidade para apresentar a proposta de plano de insolvência, consagra o nº1 do artº.193º que o plano pode ser apresentado pelo administrador da insolvência, pelo devedor, pelos responsáveis legais pelas dívidas da insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados, reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos ou de acordo com a estimativa do juiz, se tal sentença ainda não tiver sido proferida.

Quanto à actuação do administrador da insolvência consagram os nºs 2 e 3 do artº.193º que o mesmo deve apresentar, num prazo razoável, a proposta de plano de cuja elaboração tenha sido incumbido pela assembleia de credores. A proposta deve ser elaborada com a colaboração da comissão de credores, caso exista, com a comissão ou representantes dos trabalhadores e com o devedor, devendo manter as linhas orientadoras aprovadas em assembleia de credores.

¹⁴ O nº6 do preâmbulo do Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março “ Não valerá portanto afirmar que no novo código é dada primazia à liquidação do património do insolvente. A primazia que efectivamente existe, não é demais reiterá-lo, é a da vontade dos credores (...) Verifica-se uma vez mais, na consagração da ampla autonomia dos credores (Gläubigerautonomie), a influência do regime da InsO.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Quanto ao devedor, apesar de poder apresentar, a todo o tempo, uma ou mais propostas de plano de insolvência, desde que o mesmo seja titular de uma empresa e pretenda manter a administração dos seus bens, nos termos da alínea b) do n.º2 do art.º.224º, a apresentação de uma proposta de plano de insolvência ou o compromisso de o fazer no prazo de 30 dias, contados da data da sentença declaratória da insolvência, surge como requisito do deferimento do pedido.

Face ao art.º.195º, verifica-se que o princípio da liberdade de fixação do conteúdo do plano não é total, estando o mesmo sujeito às exigências elencadas neste preceito. No essencial, exige este artigo, que o plano de insolvência indique as alterações dele resultantes para a situação jurídica dos credores da insolvência, a sua finalidade, a descrição das medidas necessárias à sua execução, devendo conter todos os elementos relevantes para a sua aprovação pelos credores e homologação judicial.

A alínea b) do n.º2 do art.º.195º prenuncia, ao invés de um conteúdo único do plano, a possibilidade de o mesmo se revestir de três modalidades distintas: O plano de insolvência pode indicar, nomeadamente, se os meios de satisfação dos credores serão obtidos através de liquidação da massa insolvente, assumindo-se como um plano de liquidação; Pode determinar a recuperação do titular da empresa, materializando-se num plano de recuperação, ou prever a transmissão da empresa a outra entidade, configurando um plano de saneamento. Pode ainda assumir-se como um plano misto que permite combinar todas ou algumas das modalidades anteriores, o que permitirá trazer à colação a questão da existência de quatro modalidades de plano¹⁵.

O art.º.195º só é configurável nos casos em que exista empresa, conforme exposição do plano de insolvência.

Além do regime do art.º.195º, que de certo modo baliza a autonomia dos credores no estabelecimento do plano de insolvência, embora não o limite, surgem ainda normas

¹⁵ *Identificando a existência destas quatro modalidades de plano e equiparando-as às suas homólogas da InsO de: liquidationsplan, Sanierungsplan, Ubertragungsplan e uma quarta modalidade atinente a um plano misto, CATARINA SERRA, O novo regime português da insolvência, cit., p.99*

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

adjacentes que ajudam a estabelecer o “*travejamento jurídico geral do plano*”¹⁶. Refira-se a este propósito as disposições do artº.196º no que se refere às providências com incidência no passivo do devedor. Veja-se também, a título de exemplo, o perdão e a redução dos créditos, a modificação dos prazos de vencimento dos créditos, a constituição de garantias e a cessão de bens aos credores. Do mesmo modo o artº.198º que consagra as providências específicas das sociedades comerciais, como a redução do capital social para cobertura de prejuízos (incluindo o azzeramento para o caso da redução ser no âmbito da chamada “operação-harmónio”) o aumento do capital social, a alteração do título constitutivo da sociedade, a alteração dos órgãos sociais, a exclusão de todos ou alguns sócios, bem como a constituição de uma ou mais sociedades destinadas à exploração do estabelecimento adquirido à massa insolvente, consagrado no artº.199º sob a epígrafe de saneamento por transmissão. Todas estas normas têm como fim reger o conteúdo do plano de insolvência constituindo o seu travejamento como ensina *LUIS CARVALHO FERNANDES*.

Quanto às dívidas tem sido discutível se o perdão, a redução de valor, as moratórias ou outros condicionamentos ao pagamento, abrange as dívidas fiscais e as dívidas à Segurança Social. O nº1 do artº.196º e artº.197º são omissos, embora este último preceito refira que “Na ausência de estatuição expressa em sentido diverso constante do plano de insolvência”, os direitos decorrentes de garantias reais e privilégios não são afectados. Apesar de não se ter verificado expressamente tal proibição, tem sido entendimento do STJ que não é possível a violação de normas fiscais imperativas por vontade das partes, ou dos credores, parecendo perfilhar a tese de que um Plano de Insolvência não poderá dispor sobre os créditos do Estado. Contudo, tendo sido o próprio legislador que criou um regime especial, parecem ser legítimas quaisquer alterações aos créditos do Estado, independentemente do consentimento deste. Além do mais, os credores têm sempre a possibilidade de solicitar a não homologação do plano [alíneas a) e b) do nº1 do artº.216º)] e, com excepção da regra para a exoneração do passivo restante, o CIRE não prevê qualquer regime de privilégio para o Estado que é, no

¹⁶ Expressão utilizada por *LUIS CARVALHO FERNANDES* e *JOÃO LABAREDA*, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, cit., p.634 (em anotação ao art.192º)

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

rigor do Processo de Insolvência um credor que, na maior parte dos casos é credor comum nos termos do artº.47º do CIRE.

Ainda no que concerne ao plano de insolvência, o nº2 do artº.192º refere o facto de o acordo do plano vir afectar a esfera jurídica dos interessados, situação prevista no referido preceito, estabelecendo mesmo que o plano apenas o poderá fazer na medida em que tal seja expressamente autorizado no título IX do CIRE ou, caso exista consentimento, pelos visados. O consentimento aludido considera-se tacitamente prestado em caso de voto favorável, aquando da aprovação do plano pelos credores.

Admitida a proposta de plano de insolvência, e com base no artº.208º, há lugar aos pareceres no prazo de 10 dias. Segue-se a assembleia do nº1 do artº.209º, convocada pelo juiz, onde é discutida e votada a proposta, sendo o quórum constitutivo de um terço do total dos créditos com direito de voto segundo a sentença de verificação e graduação de créditos, e o quórum deliberativo mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não tendo em conta as abstenções. (nº1 do artº.212º). Os únicos credores com direito de voto são os titulares de créditos afectados pela parte dispositiva do plano [(alínea a) do nº2 do artº.212º), com a excepção consagrada no nº3.

A decisão da assembleia de credores de aprovação do plano assume contornos de uma deliberação e é objecto de publicação conforme artº.213º. Apresentada a proposta de plano, admitida pelo juiz, e aprovada pela assembleia, e homologada passa a valer como regra para a insolvente.

Após aprovação, o plano é homologado judicialmente (artº.214º) a fim de produzir efeitos. O conteúdo é fixado livremente pelos credores, estando o juiz limitado apenas ao controlo da legalidade, devendo recusar a homologação do plano de insolvência, com fundamento na violação de regras procedimentais ou de normas aplicáveis no seu conteúdo.

Conforme determina o artº.216º, o juiz pode recusar a homologação, a pedido de algum credor que se sinta prejudicado pelo plano relativamente a outros credores, sendo necessário que o credor lesado já tenha manifestado a sua oposição nos autos, em momento

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

anterior à aprovação do plano, sendo ainda requisito indispensável que o credor prove que a sua situação, ao abrigo do plano, é menos favorável, ou assim o prevê, do que aquela que adviria da ausência de plano, ou ainda que resulta para algum credor, um valor económico mais vantajoso em comparação com o montante nominal dos seus créditos [alíneas a) e b) do nº1 do artº.216º]. A homologação como se vê, pelo próprio preceito, pode ser recusada a pedido dos interessados, em conformidade com “a best interest of creditors test do USBC ou a Minderheittenschutz da InO”, fonte de inspiração do legislador português, na actual redacção do artº.216º. Trata-se da protecção das minorias, em que se permite que os interesses dos credores prevaleçam sobre os interesses na conservação da empresa. Por isso, e em conclusão, qualquer plano de insolvência que determina a recuperação da empresa, pode perecer por causa de um credor, basta que ele alegue e prove o seu prejuízo.

Caso o plano seja aprovado, e após o trânsito em julgado da sentença de homologação do plano, o juiz deve declarar o encerramento do processo de insolvência [alínea b) do nº1 do artº.230º]. Antes do encerramento do processo, o administrador da insolvência deve efectuar o pagamento das dívidas da massa insolvente (artº.219º), as quais são consagradas no artº.51º do CIRE.

Título VI – O encerramento do processo por insuficiência da massa (art.º232º)

Entre diversas causas do encerramento do processo de insolvência, aborda-se neste capítulo a consagrada no artº.232º que se refere ao encerramento por insuficiência da massa insolvente.

O Incidente de qualificação da insolvência é uma novidade do CIRE.

Tanto o artº.39º como o nº5 do artº232º têm em comum a verificação da insuficiência da massa insolvente para o pagamento das custas processuais e das dívidas da massa.

Quanto ao fim, ambos os artigos levam à mesma conclusão do incidente limitado. Porém o que difere tem a ver se é o juiz que constata a insuficiência da massa ou se, é o administrador da insolvência.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

No nº1 do artº.39º “o juiz, na própria sentença declarativa de insolvência, conclui que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, e não estando essa satisfação por outra forma garantida, faz menção desse facto na sentença de declaração da insolvência e dá nela cumprimento apenas ao preceituado nas alíneas a) a d) e h) do artº.36º, declarando aberto o incidente de qualificação com carácter limitado”.

No artº.232º, é o administrador da insolvência que constata essa insuficiência, depois da sentença declarativa de insolvência, comunicando tal insuficiência ao juiz para que dê início ao procedimento de encerramento por insuficiência da massa insolvente.

O juiz na sequência da comunicação do administrador da insolvência, quanto à insuficiência da massa insolvente, antes de declarar o processo encerrado, deve ouvir o devedor, a assembleia de credores e os credores da massa insolvente.

No nº1 do artº.39º a insolvência é logo definida como limitada e o incidente é logo aberto.¹⁷ No nº5 do artº.232º o incidente foi aberto como pleno, convertendo-se posteriormente em limitado, dependendo tal situação do momento em que o administrador da insolvência se apercebe da insuficiência, mesmo que o incidente já tivesse findo. Independentemente da definição da insolvência como limitada ou de carácter pleno, surge o incidente de qualificação da insolvência, que é uma novidade do CIRE,

¹⁷ A jurisprudência tem entendido que o juiz deverá proferir este juízo com um mínimo de segurança. Por isso se no momento da prolação da sentença declarativa de insolvência o juiz não estiver na posse de todos os elementos que lhe permitam formar um juízo de valor com um mínimo de segurança sobre a carência do activo insolvente, deverá abrir o incidente de qualificação da insolvência plena e proferir sentença com todos os elementos previstos no art.36º (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Maio de 2009 (*BARATEIRO MARTINS*). Pelo contrário se já dispuser de elementos que lhe permitam presumir que o património do insolvente não era suficiente para o pagamento das custas processuais, poderá observar o disposto no art.39º nº1 e declarar aberto o incidente limitado e qualificação, em nome das razões de celeridade processual (que estão na origem deste encurtamento processual) assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Fevereiro de 2009 (*MARIA TERESA ALBUQUERQUE*).

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Quanto à insolvência limitada, a qualificação da mesma vem regulada no artº. 191º do CIRE. A tramitação é regulada por referência à tramitação do incidente de qualificação pleno, previsto no artº.188º, com as correspondentes adaptações.

Uma das alterações em relação ao incidente pleno é quanto aos prazos para alegar. Consagra a alínea a) do nº1 do artº.191º que é de 45 dias o prazo para qualquer interessado alegar o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa, no incidente de qualificação de carácter limitado contados da data da sentença de declaração da insolvência. O administrador apresenta o seu parecer nos 15 dias subsequentes. No incidente de qualificação a insolvência de carácter pleno, o mesmo prazo é reduzido para 15 dias contados desde a data da realização da Assembleia (artº.188º nº1).

Também neste incidente limitado não há lugar à apreensão de documentos da contabilidade do devedor, conforme previsto na alínea g) do artº.36º. É ao insolvente que compete exhibir os documentos, patenteando-os para serem examinados por qualquer interessado.

Ao administrador da insolvência é facultado o acesso aos documentos da contabilidade do devedor, para elaboração do parecer referido, conforme nº2 do artº.191º e artº83º.

Quanto aos efeitos, a qualificação da insolvência como culposa, no âmbito do incidente limitado, desencadeia os mesmos efeitos que são produzidos no incidente pleno, exceptuando-se o efeito previsto na alínea d) do nº2 do artº.189º, que se interpreta pela alínea c) do nº1 do artº.191º, *a contrario*).¹⁸ Ou seja, a qualificação da insolvência como culposa, determina a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência, ou sobre a massa insolvente, detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação, e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

¹⁸ A doutrina tem justificado este efeito na insuficiência da massa (p.ex. *LUIS A. CARVALHO FERNANDES*, A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor, in:” Themis – Revista da Faculdade de Direito UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, p.93.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Se for pedido o complemento da sentença, por força do nº4 do artº.39º o incidente de qualificação da insolvência prossegue com carácter pleno e ao completar as indicações da sentença, o juiz deverá convolar o incidente.

O incidente inicialmente pleno, passa a seguir os termos do incidente limitado, desde que ainda seja possível, fazendo o juiz a convoção do incidente na sentença de encerramento do processo, conforme nº5 do artº.232º “ *Encerrado o processo de insolvência por insuficiência da massa, o incidente de qualificação da insolvência, se ainda não estiver findo, prossegue os seus termos como incidente limitado*”

CAPÍTULO IV - A INOVAÇÃO DO CONCEITO DE INSOLVÊNCIA DAS PESSOAS SINGULARES

O CIRE consagra nos artigos 235º a 266º um conjunto de disposições, que não existia na legislação anterior, sendo este Título XII do referido código considerado como a grande inovação da insolvência das pessoas singulares, e estabelece três regimes de grande importância para os devedores, que são a exoneração do passivo restante (arts. 235º a 248º); a existência de um plano de pagamento aos credores (arts. 251º a 263º); e o regime de insolvência de ambos os cônjuges (arts. 264º a 266º).

Quanto à existência de um plano de pagamento aos credores e ao regime de insolvência de ambos os cônjuges embora, como já referido, se trate de uma inovação, ambos mantêm o interesse visado no CIRE que é a garantia de pagamento aos credores através da liquidação do património do devedor.

O mesmo já não se dirá do inovador regime da exoneração do passivo restante, que ao conceder o perdão ao devedor, pessoa singular, após o período de cessão, cumpridas as formalidades previstas nas disposições do Capítulo I do Título XII, deixa os credores em situação manifestamente desprotegida. Trata-se de um inovador sistema de vantagem unilateral em benefício apenas do devedor. A pretensão do legislador de conceder ao devedor

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

um perdão das dívidas, após o período de cessão, permitindo-lhe iniciar uma nova vida sem passivo e eventualmente voltar a uma vida de solvência é, como já se referiu, um sistema injusto porque privilegia o desequilíbrio e a desigualdade entre credor e devedor.

A exoneração do passivo restante, como efeito eventual da declaração de insolvência, é uma medida de protecção do devedor em manifesto detrimento dos credores.

Entende LUÍS MANUEL T. MENEZES LEITÃO, que a exoneração do passivo, não constitui prejuízo para os credores pelo facto de os créditos do devedor, que requereu a exoneração, não representarem um valor significativo, tendo em conta a situação económica do mesmo e, por esse facto se apresentou à insolvência e requereu a exoneração do passivo restante. O mesmo autor considera até que este regime inovador constitui mesmo uma “dupla oportunidade” para os credores verem os seus créditos satisfeitos, tendo em conta que, com a liquidação prévia do património do devedor e respectiva repartição pelos credores, e a cessão do rendimento disponível ao fiduciário, durante cinco anos, a fim de ser também repartido pelos credores, confere a estes uma dupla oportunidade. Esta posição doutrinal tem merecido acolhimento. Contudo, e salvo o devido respeito, não se pode concordar com a mesma pelos motivos já aduzidos no capítulo das críticas ao CIRE (pág. 4).

No preâmbulo do Decreto-Lei nº 53/2004 de 18 de Março no seu ponto 45, consagra que o “Código conjuga de forma inovadora o princípio fundamental do ressarcimento dos credores com a atribuição aos devedores singulares insolventes da possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas e assim lhes permitir a sua reabilitação económica”. Foi este o espírito do legislador ao acolher na nossa Lei o princípio do “fresh start”, difundido nos Estados Unidos e recentemente incorporado na legislação alemã da insolvência.

Título I - A assembleia de credores (artº.156º)

Consagra o nº4 do artº.236º que na assembleia do artº.156º é dada aos credores e ao administrador da insolvência a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento do pedido de exoneração do passivo restante.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

O nº2 do artº.156º consagra que a assembleia de credores delibera sobre o encerramento ou manutenção em actividade do estabelecimento. O legislador refere-se neste número, também à deliberação sobre o pedido de exoneração do passivo restante, bem como o despacho inicial, que determina que durante o período de cinco anos subsequentes ao encerramento do processo de insolvência (período de cessão) o rendimento disponível que o devedor venha a auferir se considera cedido ao fiduciário.

Na referida assembleia de apreciação do relatório (artº.156º) é obrigatório que o juiz dê a palavra aos credores para se pronunciarem. Porém, a pronúncia dos credores não vincula o juiz que tem aqui um razoável poder discricionário a não ser que ocorram os factos constitutivos para o indeferimento liminar (artº. 238º). A posição dos credores não constitui, por isso, motivo de indeferimento.¹⁹ No entanto, a consulta aos credores tem carácter obrigatório, razão pela qual se justifica que, em caso do pedido de exoneração ser deduzido após a assembleia de apreciação do relatório, o mesmo seja rejeitado.

Se o pedido for apresentado entre o período da citação e a realização da assembleia, o chamado período intermédio, conforme parte final do nº1 (entrega fora do prazo) do artº.236º, o juiz decide livremente sobre a admissão ou rejeição do pedido, aqui se pode constatar o poder discricionário do juiz e a pouca relevância que tem a decisão dos credores em se oporem ao referido pedido. Conferindo a estes credores, apenas, uma função consultiva.

Na assembleia de apreciação do relatório o juiz pode proferir despacho de indeferimento liminar, preenchidos os requisitos do artº.238º, e após a audição dos credores e do administrador da insolvência, com excepção da alínea a) do nº1, em que profere despacho de imediato, não sendo necessário aguardar o momento da realização da assembleia.

Não havendo motivo para indeferimento liminar, conforme nº1 do artº.239º, o juiz profere o despacho inicial na assembleia de apreciação do relatório ou nos 10 dias subsequentes.

¹⁹ Conforme anotação no CIRE ao art.º236º que faz referência ao Ac. TRP de 23-10-2008, P. 0835723, R. ANA PAULA LOBO: “ A oposição dos credores ao deferimento do pedido de exoneração do passivo restante não é fundamento legal para o indeferimento desse pedido.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

É nesta assembleia que o juiz aceita ou rejeita os pedidos formulados pelo devedor, pessoa singular.

Título II - A liquidação como prévia à exoneração do passivo

Transitada em julgado a declaração da insolvência, realizada a assembleia de apreciação do relatório, proferido o despacho inicial e admitido o pedido de exoneração do passivo restante, procede-se à liquidação do património do devedor, conforme nº1 do artº.158º, podendo a liquidação ser dispensada, nos casos em que o devedor é pessoa singular e a massa insolvente não compreende uma empresa, se o mesmo entregar ao administrador da insolvência quantia em dinheiro nunca inferior à que resultaria da liquidação.

Dependendo da data fixada na sentença, para a realização da assembleia, o prazo para início da liquidação poderá variar entre 45 a 75 dias.

A exoneração efectiva do passivo não decorre da concretização prévia da liquidação do património do devedor, o que seria enquadrável na verdadeira definição de fresh start, conforme defende *CARVALHO FERNANDES* e *JOÃO LABAREDA*, in *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência, Quid Juris, Lisboa 2009* pp.307-309.

Na verdade, durante cinco anos, o devedor terá que ceder um montante disponível do seu rendimento, a fim de ser afectado ao pagamento aos credores, mediante cessão a um fiduciário.

Dependendo do cumprimento das obrigações impostas ao devedor, poderá o mesmo chegar com sucesso ao despacho final da exoneração do passivo restante, ou não, conforme arts. 243º e 244º, independentemente de também já se encontrar desapossado do seu património e da afectação efectuada ao seu rendimento.

A exoneração do passivo restante, exclui, conforme alíneas a) a d) do nº2 do artº.245º os créditos nelas constantes, sendo que se a alínea a) é aceitável, já quanto aos créditos tributários o mesmo não se poderá dizer, uma vez que a maior parte das situações de

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

insolvência das pessoas singulares foram agravadas com tais créditos e afinal a exoneração não os afasta.

Agrava ainda a situação, o facto de o procedimento de exoneração do passivo restante seguir as regras do processo de insolvência, com a sua consequente declaração, publicação, apreensão de bens e liquidação.

Assim, facilmente se conclui que a exoneração do passivo restante onerada pelas alíneas do artº.245º pode facilmente resultar numa frustração para o devedor que aspirava um iniciar de novo.

Deste modo conclui e bem CARVALHO FERNANDES, que tendo em conta as regras impostas ao devedor no procedimento da exoneração do passivo, levam o insolvente a optar, caso possível, pelo plano de pagamento aos credores.

Título III – O plano de pagamentos como alternativa à liquidação do activo

O processo de insolvência tem como principal finalidade a protecção e satisfação dos interesses dos credores, tendo deste modo como objecto, a apreensão de todo o património do insolvente, com vista à sua liquidação e repartição do produto obtido pelos credores. Caso não exista um plano de pagamentos aos credores, o processo de insolvência assume o seu objectivo primordial que é a liquidação do património do devedor insolvente (massa insolvente) e a repartição do produto obtido pelos credores. A liquidação inicia-se com a apreensão de bens (artº.149º e ss.), prossegue com a venda (artº.158º) e termina com o pagamento aos credores (artº.172º e ss.).

Assim, o plano de pagamentos aos credores, aparece como alternativa á liquidação do património do devedor, e subsequente exoneração do passivo, permitindo também a recuperação do insolvente.

O plano de pagamentos aos credores, como alternativa à liquidação do activo, permite que, o devedor seja poupado a toda a tramitação de um processo de insolvência, evitando,

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

além do mais, o prejuízo para o seu bom nome. Por outro lado, o referido plano, para além de ter como objectivo a satisfação dos credores, ainda permite a recuperação económica do devedor, enquanto a liquidação no processo de insolvência é o objectivo principal, para posterior repartição do produto obtido pelos credores, não prevendo qualquer recuperação do insolvente.

O plano de pagamentos é outro regime específico da insolvência de pessoas singulares. Conforme consagra o artº249º. É um regime aplicável quando o devedor for uma pessoa singular e, não tiver sido titular da exploração de qualquer empresa nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência ou à data do início do processo e cumulativamente, não tiver dívidas laborais, o número dos seus credores não for superior a vinte e o seu passivo global não exceder 300.000 (euro).

Conforme o ponto 46 do preâmbulo do CIRE, “o incidente do plano abre caminho para que as pessoas que podem dele beneficiar sejam poupadas a toda a tramitação do processo de insolvência (com apreensão de bens, liquidação, etc.), evitem quaisquer prejuízos para o seu bom nome ou reputação e se subtraíam às consequências associadas à qualificação da insolvência como culposa. Em certos casos o juiz pode substituir a rejeição do plano de um credor, por uma aprovação, superando a necessidade do acordo de todos os credores.

Os regimes da administração do devedor e do plano de insolvência (artº.250º) são substituídos pela faculdade de apresentação de um plano de pagamentos aos credores (artº.251º e seguintes). Ao apresentar um plano de pagamentos, e caso seja aprovado, o devedor não perde os poderes de administração, mantendo na mesma a administração do seu património até ao momento em que o juiz determine o encerramento do incidente ou até decisão final sobre o mesmo (artº.252º). Exceptua-se o que vem consagrado no artº.31º em que, havendo justificado receio da prática de actos de má gestão, o juiz, officiosamente ou a pedido do requerente, ordena as medidas cautelares a fim de impedir o agravamento da situação patrimonial do devedor, até que seja proferida sentença.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

No entanto e conforme dispõe o nº1 do artº.259º, a aprovação do plano de pagamentos não impede a declaração de insolvência do devedor, pessoa singular, até porque a apresentação do plano envolve a confissão da situação de insolvência do devedor (nº4 do artº.252º).

Assim, o processo de insolvência deixa de ter como único fim a satisfação dos interesses dos credores tendo também como objectivo conceder ao devedor a possibilidade de obter a exoneração das suas obrigações.

Considera MENEZES LEITÃO, que “o plano de pagamentos tem a natureza de uma transacção, uma vez que as partes, previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões” e é homologado pelo juiz, tal como na transacção.

No âmbito do plano de pagamentos, o devedor liberta-se apenas das obrigações, cuja extinção seja contemplada no plano. Quer isto dizer que, encerrado o processo de insolvência, os credores da mesma, podem exercer os seus direitos contra o devedor, mas limitados pelas restrições constantes do plano de pagamentos e de insolvência, e os credores da massa insolvente podem reclamar do devedor os seus direitos não satisfeitos conforme [alíneas c) e d) do nº1 do artº.233), e até requerer nova insolvência.

Enquanto a exoneração é uma medida adicional ao processo de insolvência, o plano de pagamentos constitui uma alternativa ao mesmo, razão pela qual se atribui uma relevância à vontade dos credores, muito diferente da que lhes é atribuída na exoneração, exigindo-se, neste caso, que o plano seja aceite por credores cujos créditos representem mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pelo devedor, podendo o tribunal, a requerimento de algum desses credores ou do devedor, suprir a aprovação dos demais credores, desde que preenchidos os requisitos das alíneas a) a c) do nº1 do artº.258º.

O plano de pagamentos compreende mais medidas que a exoneração podendo conter, entre elas, perdões, moratórias, constituições e extinções de garantias e programas de pagamentos sujeitos ao cumprimento de um calendário, ou seja, integra medidas conduzidas à satisfação dos direitos dos credores, (cfr. nºs 1 e 2 do artº.252º).

Em face do exposto é de considerar que o plano de pagamentos é um instrumento útil para imprimir celeridade ao processo de insolvência e obter a satisfação dos direitos dos credores,

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

constituindo, face ao processo comum de insolvência, uma verdadeira alternativa para as pessoas singulares, quer se tratem de não empresários, quer de titulares de pequenas empresas. O plano de pagamentos funciona como uma proposta de medida de recuperação patrimonial, no interesse de todos os credores, estando sujeito à sua aprovação e à homologação pelo juiz. Uma vez aceite o plano, dá-se o encerramento do processo de insolvência, cessando todos os efeitos dele decorrentes.

CAPÍTULO V – A EXONERAÇÃO DO PASSIVO

Título I – Quando deve ser requerido

O nº1 do artº.236º consagra que, o devedor deve fazer o pedido de exoneração do passivo restante no próprio requerimento de apresentação à insolvência, cujos requisitos da petição inicial estão previstos no artº.23º.

No caso do pedido de insolvência ser requerido pelo credor, terá o devedor o prazo de 10 dias posteriores à citação, para apresentar o pedido de exoneração, mas nunca depois da assembleia de credores para apreciação do relatório do administrador da insolvência, prevista no artº.156º. Esta limitação temporal justifica-se na medida do disposto no nº4 do artº.236º que estatui a obrigação de ser dada aos credores a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento. Assim se do mesmo não constasse o pedido de exoneração do passivo restante, os credores não teriam a possibilidade de se pronunciar, e a lei confere-lhes esse direito. Embora, como já se referiu, a decisão dos credores não vincule o juiz, nem tão pouco constitua motivo de indeferimento, se a lei lhes confere a possibilidade de se pronunciarem, o prazo deve ser cumprido para que os credores saibam com o que contam, independentemente dos escassos meios de que podem valer-se para recusar tal pedido.

Quando a insolvência seja pedida por iniciativa de algum credor, o devedor fica vinculado à obrigação de apresentar o pedido de exoneração do passivo restante no período referido no nº1 do artº.236º, (no prazo de 10 dias posteriores à citação) o chamado período intermédio até

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

à assembleia do artº.156º. Neste caso, tem o juiz a possibilidade de decidir livremente se rejeita ou admite o pedido apresentado, sem que os credores se pronunciem sobre o mesmo. Desta alternativa se afere a pouca ou nenhuma margem de intervenção dos credores na aceitação ou não do pedido de exoneração, conforme já referido em capítulo anterior.

Título II – Quando tem lugar

A exoneração do passivo tem lugar após decorridos 5 anos (período de cessão) se, cumpridos todos os formalismos do artº.237º, não existir motivo para indeferimento liminar, conforme artº.238º e observadas as condições previstas no artº.239º. Findo o período de cessão com “bom comportamento” será então proferida a decisão final da exoneração prevista no nº1 do artº.244º. Assim, o juiz, nos 10 dias subsequentes ao termo do período de cessão, profere despacho de exoneração do passivo restante, com a conseqüente extinção de todos os créditos que ainda subsistam a essa data. Tal extinção não abrange, contudo, os créditos constantes no nº2 do artº.245º.

Não haverá lugar a despacho final para exoneração do passivo restante, nos casos em que o juiz deva recusar a exoneração, conforme consagrado no artº.243º (Cessão antecipada), bem como verificando-se o elenco das causas de revogação previsto no artº.246º. O juiz não tem de esperar o fim do período de cessão para decidir pela exoneração, ou pela recusa, ou seja, caso se verifiquem as causas que determinam a sua recusa, deve o juiz proceder à cessão antecipada, conforme já referido, sendo que as causas que determinam a recusa antecipada da exoneração são as mesmas que estabelecem o indeferimento da exoneração.

Nos casos em que o devedor já tenha satisfeito todos os créditos sobre a insolvência, também o processo termina antecipadamente. Todavia, por razões favoráveis e distintas das mencionadas no parágrafo anterior. Nestes casos, o juiz declara encerrado o incidente (nº4 do artº.244º), oficiosamente ou a requerimento do devedor ou do fiduciário.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Título III – Havendo património subsequente à liquidação do passivo

Liquidado o passivo, nos termos legais descritos no parágrafo anterior, se, na sequência de “regresso de melhor fortuna” situação prevista na lei anterior, bens patrimoniais, subsequentes à referida liquidação, vierem a integrar o património do devedor, como se deverá resolver, já que de tal situação não vem prevista no CIRE?

A única situação prevista no CIRE é a do nº1 do artº.184º, que estipula que, após a liquidação do passivo, tendo o produto da liquidação sido suficiente para pagamento dos créditos sobre a insolvência, e conforme o referido artigo, se o devedor tiver um activo superior ao passivo, o saldo deverá ser entregue pelo administrador ao devedor. No caso de o devedor não ser uma pessoa singular, o administrador deverá entregar “às pessoas que nele participem a parte do saldo que lhe pertenceria se a liquidação fosse efectuada fora do processo de insolvência ou [cumprir] o que de diverso estiver a este respeito legal ou estatutariamente previsto (nº2 do artº.184º)”²⁰.

O preceito consagra que nos casos de o devedor ser uma pessoa singular, o administrador deverá entregar às pessoas que nele participem a parte do saldo que lhe pertenceria se a liquidação fosse efectuada fora do processo de insolvência. Entende-se, fazendo uma interpretação extensiva do conceito de activo superior ao passivo, como património que subsequente à liquidação do passivo é passível de distribuição dos valores obtidos pelos credores, não obstante o processo já se encontrar encerrado.

No entanto e conforme já referido no capítulo das críticas ao CIRE seria justo que, pelas mesmas razões, independentemente do encerramento do processo após o período de cessão e de ter sido proferido o despacho final de exoneração do passivo, que o CIRE consagrasse, que nos casos de “regresso de melhor fortuna” enquadrável neste exemplo a verificação de património subsequente ao despacho final de exoneração e encerramento do processo, que o mesmo fosse reaberto nestes casos excepcionais, para que se cumprisse o objectivo final do CIRE e do próprio processo de insolvência como um processo de execução

²⁰ *LUIS TELES MENEZES LEITÃO*, Direito da Insolvência, pp. 280-281, Almedina, 2011-3ª edição

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores. Entenda-se aqui, que a liquidação do património poderia ou deveria integrar os casos de “salvo regresso de melhor fortuna” e, nestes casos, poder-se-ia então entender a liquidação do património presente e futuro. Mas não é esta a letra da lei, nem se pode seguramente considerar que tenha sido o espírito do legislador em termos de teoria de interpretação. Deste modo parece ter havido uma lacuna grave na situação em que o devedor insolvente, vê o processo encerrado, decorrido com bom comportamento o período de cessão, uma vez que os credores recebem muito menos do que receberiam pelo recurso aos meios comuns através das normas do Código Civil, cujo prazo de prescrição é de 20 anos. Na letra do CIRE havendo património subsequente à liquidação do passivo, fica o devedor insolvente numa situação de incumprimento das suas obrigações a coberto da própria lei.

Título IV – Havendo plano de pagamentos, caso este não deva ou não possa ser aprovado

O devedor deve apresentar o plano de pagamentos na petição inicial, ou em alternativa à contestação. Conforme nº4 do artº.252º. O devedor ao apresentar o plano, está a confessar a situação de insolvência, mesmo que iminente.

Face ao requerimento, o juiz pode aprovar ou não o plano de pagamentos. Porém, independentemente de o plano ser ou não aprovado, a declaração de insolvência será sempre proferida pelo juiz, não sendo necessária a produção de prova sobre a situação patrimonial do devedor (nº1 do artº.259º e artº.262º), uma vez aceite a sua confissão, conforme já referido.

O Juiz não aprova o plano de pagamentos, caso o considere altamente improvável e profere decisão irrecorrível de encerramento do incidente, conforme nº1 e 2 do artº.255º, decreta a insolvência, seguindo o processo os seus termos gerais.

Caso o juiz o considere viável, determina a suspensão do processo de insolvência, até à decisão sobre o incidente do plano, conforme 2ª parte do nº1 do artº.255º. Tal suspensão não

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

prejudica, todavia, a adopção das medidas cautelares previstas no artº.31º, como dispõe o nº3 do artº.255º.

Nos termos do disposto no artº.258º, o plano de pagamentos não deve, ou não pode, ser aprovado, nos casos em que:

- Para algum dos credores oponentes, advenha um prejuízo económico superior ao que, em idênticas circunstâncias do devedor, resultaria da continuação do processo de insolvência, (com liquidação da massa insolvente e exoneração do passivo restante);

- Os oponentes não sejam objecto de um tratamento discriminatório injustificado;

- Os oponentes não podem questionar legitimamente a veracidade ou completude da relação de créditos apresentada pelo devedor, com reflexos no tratamento que lhes é dispensado.

Se o devedor requereu a exoneração do passivo, aquando da apresentação do plano de pagamentos, declarando que pretende essa exoneração para a hipótese de o plano não ser aprovado, conforme (artº.254º), a exoneração será concedida quer nos casos em que o plano não deva, quer naqueles em que não possa ser aprovado.

Título V – Não havendo património, a exoneração do passivo como defesa dos credores (um pouco ao invés do que se passa com as pessoas colectivas com o encerramento do processo) dentro das possibilidades de créditos dos devedores.

Se a pessoa singular não tem património e na petição de apresentação, ou na contestação requereu a exoneração do passivo, se a mesma vier a ser concedida, os credores passam a ter uma oportunidade de satisfação de parte dos seus créditos, durante o período de cessão, em que o rendimento disponível do devedor é afectado ao pagamento dos créditos. Com a exoneração cada um dos credores fica novamente sujeito a um rateio que, quanto aos credores da insolvência, o que se reparte é apenas o remanescente do pagamento aos credores da massa [alínea b) do nº1 do artº.241º]. Caso não existisse exoneração, não haveria rateio neste caso, a satisfação do credor dependeria, unicamente da sua diligência processual e da data de prescrição do seu crédito. Caso tivesse sido previsto “ casos de melhor fortuna” o

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

credor seria ainda uma alternativa de poder vir a conseguir a satisfação do seu crédito. Porém, não havendo património no momento da exoneração e não tendo sido consagrada a situação “de melhor fortuna” o credor nem o valor do rateio receberia se não existisse a exoneração do passivo, uma vez que o património era inexistente.

Nas pessoas colectivas, não havendo património, o juiz declara o encerramento do processo. É realizado o rateio [alínea a) do nº1 do artº.230º], encerrada a liquidação da massa insolvente e a distribuição e o rateio final são efectuados pela secretaria do tribunal (artº.182º).

Enquanto nas pessoas singulares, na ausência de património, os credores poderão através da exoneração do passivo restante obter uma parte dos seus créditos, nas pessoas colectivas, não havendo património do devedor, e determinado o encerramento do processo pelo juiz, por insuficiência da massa, não lhes é concedida qualquer oportunidade de poderem ver satisfeitos os seus créditos. Os credores da insolvência das pessoas colectivas ficam economicamente desfavorecidos, uma vez que não existe nenhum meio de ressarcimento para além da liquidação do património, como nas pessoas singulares com o mecanismo da cessão.

Conforme nº3 do artº.234º com o registo do encerramento do processo, após o rateio final, a sociedade considera-se extinta e conseqüentemente torna-se inviável a satisfação dos créditos remanescentes.

CAPÍTULO VI – A TRAMITAÇÃO DA EXONERAÇÃO E CONSIDERAÇÕES LEGAIS

Título I - Introdução

As famílias portuguesas estão sobreendividadas e, legitimamente espartilhadas pelos seus créditos, recorrem também com legitimidade legal à insolvência lançando mão do instituto do passivo restante como forma de aspirarem a poder vir a manter uma vida com maior dignidade.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

A inevitabilidade das “famílias falidas” incapazes de honrar os créditos que acumularam era um facto que carecia de um regime que pudesse conceder-lhes uma nova oportunidade.

Acresce às situações atrás referidas aquelas em que, por força de avals ou outras garantias pessoais prestadas a Sociedades em garantia de operações de crédito, se vêem a braços com execuções e com providências coercitivas sobre o seu património e sobre outros bens materiais e imateriais que podem por em perigo a sua sobrevivência.

Assim, o Direito português consagra um regime que visa directamente, nas situações de sobreendividamento de pessoas singulares, permitir a estas, quando não conseguem honrar todas as suas dívidas, não ficarem oneradas com as mesmas para todo o sempre.

Tendo dúvidas sobre a equidade e a justiça deste regime, no actual contexto socioeconómico, analisar-se-á apenas o Instituto em termos de regulamentação normativa tentando-se, sempre que possível, fazer uma sucinta e superficial análise crítica sobre o mesmo.

Neste sentido, qualquer pessoa singular que preencha os requisitos legais para o efeito, poderá, no âmbito de um processo de insolvência de pessoas singulares, requerer o perdão das suas dívidas.

O artigo 8º da lei 39/2003 de 22 de agosto, autorizou o Governo a legislar sobre a insolvência de pessoas singulares e colectivas, prevendo a possibilidade de estabelecer um regime de exoneração do passivo das pessoas singulares.

O elevado sobreendividamento dos portugueses nesta altura de crise, além dos casos de garantias pessoais a que acima se referiram, tem sido um dos naturais factores responsáveis pelo aumento considerável dos casos de insolvência singular. Nos tribunais nacionais são distribuídos e autuados um cada vez maior número de processos com ordem de seguimento, o que tem feito subir em flecha os pedidos de informação urgente sobre como solucionar este problema de finanças pessoais.

Actualmente, estas situações de incapacidade das famílias honrarem os seus créditos tem sido notícia diária, quer na televisão quer na imprensa.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Por esta razão torna-se importante aprofundar esta matéria pela necessidade que os profissionais sentem, no dia-a-dia dos seus escritórios, quando, cada vez mais clientes recorrem aos seus serviços de acompanhamento e não só, para resolver estes casos de “famílias em desespero pelos passivos que acumularam”.

Apesar de a lei estar em vigor desde setembro de 2004, continua a ser desconhecido para a maioria dos cidadãos, e não restam dúvidas de que, a sedimentação da doutrina e da jurisprudência sobre esta nova realidade jurídica irá, seguramente, provocar as necessárias alterações e correções ao Instituto.

Título II - O regime especial da insolvência das pessoas singulares

Este regime foi inspirado no princípio do “fresh start”, largamente difundido nos E.U.A., teve origem no direito Inglês num estatuto de 1705, onde foi feita a primeira alusão e foi introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo CIRE, em 2004.

Trata-se de uma nova oportunidade dada ao devedor para a reabilitação da sua vida económica, permitindo-lhe recomeçar do zero.

A exoneração do passivo restante é um benefício que pode ser dado ao devedor, caso preencha os requisitos legais. Trata-se de um verdadeiro perdão de dívidas sem a necessária vontade do credor como acontece na figura da remissão.

O fim primordial do processo de insolvência, conforme consagra o artº1º do CIRE, é a satisfação do interesse dos credores. Situação diferente se passa, com a exoneração do passivo restante, em que a protecção do devedor com a extinção de direitos de crédito implica um natural prejuízo para os credores.

A solução passa pela compatibilização de princípios, por meio de um controlado regime para a atribuição do benefício da exoneração do passivo restante ao insolvente, após prova de que o merece.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

Título III - Recuperação do devedor insolvente singular

Podem ser objecto de um processo de insolvência, além dos demais referidos no artº. 2º do CIRE, as pessoas singulares, cuja insolvência é regulada por normas especiais, as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas, nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo.

Para o efeito, este Código cria dois regimes diferentes, dependendo de ser uma pessoa singular ou uma empresa, resultando que, as medidas de “Recuperação” previstas no CIRE (Código de Insolvências e Recuperação de Empresas) passam então a ter regimes e consequências diferentes.

Título IV – Exoneração do passivo restante

É um regime novo que se encontra consagrado nos artigos 235º a 249º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) que se aplica às pessoas singulares.

Para regular a Insolvência das Pessoas Singulares, o actual Código consagra dois regimes constantes do Título XII:

A Exoneração do Passivo Restante (Capítulo I) e O Plano de Pagamentos (Secção II do Capítulo II).

Trata-se de normativizar um processo tendente à obtenção de um resultado, que é, primordialmente a satisfação dos interesses dos credores.

Conforme CATARINA SERRA, Novo Regime da Insolvência, p. 133, “ A intenção da lei é a de libertar o devedor das suas obrigações, realizar uma espécie de “azzeramento” da sua posição passiva, para que, depois de “aprendida a lição” ele possa retomar a sua vida”.²¹

Neste capítulo o CIRE introduz desvios ao direito aplicável, sendo um deles a possibilidade de exoneração do devedor pelo passivo restante que, não fora o novo regime

²¹ Acórdão S.T.J. de 21-10-2010, Relator: Oliveira Vasconcelos, Processo 3850/09.9TBVLG-D.P1.S1

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

tutelado naquele referido Diploma, teria de pagar todas as suas dívidas até ao termo da prescrição.

Sendo uma inovação no nosso sistema jurídico o artº.235º do CIRE introduz uma medida de protecção do devedor que seja pessoa singular ao permitir que, caso não satisfaça integralmente os créditos no processo da insolvência ou nos 5 anos posteriores ao seu encerramento, venha a ser exonerado desses mesmos créditos. A este respeito LUIS CARVALHO FERNANDES, considera que existe uma incorrecção técnica da norma, pois a exoneração não é de créditos, mas sim das obrigações. [“La exoneración del passivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el derecho portugués”, cit., p.379 (nota 7)]

A exoneração é um efeito eventual da declaração de insolvência, podendo considerar-se como uma oportunidade inovadora para o devedor.

A exoneração do passivo, como já aconteceu nos Estados Unidos, pode levar a “abusos de exoneração”. Na verdade pode haver a tendência para os devedores encontrarem naquele Instituto um meio normal para se libertarem das dívidas e usarem o processo de insolvência como uma protecção contra os credores (bankruptcy protection)¹.

Esta matéria da exoneração deve ser regulada com algum controle, não se permitindo que um mesmo sujeito possa beneficiar de exonerações ilimitadas, sendo comum um limite temporal entre exonerações, uma espécie de “quarentena”.²²

Na Lei portuguesa, o período de indisponibilidade para poder socorrer-se do benefício de exoneração é de 10 anos, sendo o pedido liminarmente indeferido quando o devedor tiver beneficiado da exoneração nos 10 anos anteriores à data do início do processo de insolvência, conforme al. c) do nº1 do artº.238º.

Ainda quanto ao pedido de exoneração deparamo-nos, também, com outra situação de grande relevo que é o facto de se questionar se deverá o processo de insolvência prosseguir para avaliação dos pressupostos do pedido de exoneração do passivo quando houver insuficiência da massa. Voltamos, mais uma vez, à questão dos abusos, nesta matéria da

²² Essencialmente por causa da discharge a lei norte-americana foi acusada de ser “debtor friendly”, ou seja de padecer de um desequilíbrio a favor do devedor.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

exoneração, porque o devedor pode até colocar-se intencionalmente na situação de insolvência e apresentar-se sem qualquer património. A insuficiência da massa não coíbe que seja analisado o pedido de exoneração para aferir dos pressupostos da sua concessão. Aliás tal interpretação é reforçada pela letra do art.º. 39º nº8 e tem sido igualmente este o entendimento da jurisprudência²³.

Este critério, além de discutível, não parece justo, até porque, prosseguindo a exoneração, os custos da mesma terão que ser suportados pelos credores, que já lesados pelo incumprimento da obrigação do devedor, ainda têm que custear o pleito.

Na Alemanha, a experiência demonstrou que o devedor, em condições de ser exonerado, não tem, em regra, património para cobrir as despesas inerentes ao processo. Daí que a preocupação mais recente seja a de reduzir os custos que a exoneração acarreta para o Estado.

Ao contrário do Direito Civil, em que a liberação do devedor fica dependente do consentimento do credor, só este podendo abdicar do direito a exigir a satisfação do seu crédito e não podendo tal consentimento ser suprido judicialmente sob pena de se comprometer definitivamente a liberdade contratual e o princípio da justiça e da igualdade processual das partes, no Direito da Insolvência a exoneração aparece como uma faculdade do devedor independentemente da vontade do credor.

Trata-se, por isso, de uma consagração legal em prejuízo dos interesses dos credores, e, enquanto não existir outra legislação especificamente aplicável à insolvência das pessoas singulares que disponha diversamente, os dispositivos do CIRE serão os únicos aplicáveis independentemente da maioria da doutrina se pronunciar desfavoravelmente quanto a este perdão de dívidas sem o consentimento dos credores.

Parece correcto o entendimento de que os critérios do legislador e a consagração legal não terão sido os mais adequados e os mais justos e imparciais uma vez que não prevêm o equilíbrio das situações jurídicas em confronto.

²³ Cfr. os acórdãos do TRP de 5 de Novembro de 2007 (Relator: Pinto Ferreira) e de 12 de Maio de 2009 (Relator: Henrique Araújo)

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

LUIS TELES DE MENEZES LEITÃO não concorda que esta exoneração do passivo restante se traduza numa falta de protecção dos interesses dos credores²⁴.

No entanto o certo é que o devedor, por vezes, apresenta-se à insolvência para se proteger das tentativas de recuperação por parte dos credores e a declaração de insolvência, já é o suficiente para lhe conferir a protecção desejada, tendo em conta que a partir dessa declaração, não podem ser propostas acções executivas contra ele e as acções em curso não podem prosseguir. Trata-se dos efeitos da suspensão das acções executivas em curso (cfr. art.º 88º n.º1) e da proibição de instauração de novas acções (cfr. arts. 88º n.º1 e 89º n.º1). Todavia, a maior motivação para o devedor singular é a exoneração do passivo restante, sendo, quando concedida e após o período de cessão, o exponente máximo da sua liberdade.

Conforme sustenta alguma doutrina, outra vantagem da exoneração, para além de ser a liberdade do devedor, é o impacto positivo na economia, porque o recurso à exoneração provoca uma “contração” imediata do crédito e quanto mais restrito é o acesso ao crédito, mais “exigente” será quem o concede e mais “responsável” quem o pede, tornando menor o risco de sobreendividamento e diminuindo assim o número de insolvências dos particulares.

Porém, nem com esta apologia de índole económica, muito mais poética do que real, se pode aceitar o desequilíbrio de critério que se verifica na exoneração. Veja-se que a maior parte das vezes o devedor apresenta-se à insolvência apenas para se proteger do exercício dos direitos legítimos dos credores, enquanto estes, através do mecanismo legal da exoneração

²⁴ (Direito da Insolvência, cit., pp. 307-308). O Autor afirma que a situação não representa grande prejuízo para os credores, que passam a ter uma dupla oportunidade de satisfação: durante o processo de insolvência e durante o chamado “período de cessão” em que o rendimento disponível do devedor é afectado ao pagamento dos créditos. Sucede porém, que com a exoneração cada um dos credores fica novamente sujeito a um rateio, sendo que, ainda por cima, quanto aos credores da insolvência, o que se reparte é tão só o remanescente do pagamento aos credores da massa (cfr. art. 241º, n.º1, al. d). Se não houvesse exoneração, não haveria rateio; a satisfação do credor dependeria apenas da sua diligência processual e da data de prescrição do seu crédito, o que não poucas vezes representaria um aumento significativo do prazo para agir executivamente contra o devedor. O período de cinco anos não é além do mais, suficientemente longo para que seja frequente o devedor reconstituir-se “in bonis” de forma a pagar, dentro desse período, de forma cabal, a todos os que permanecem seus credores.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

ficam rigorosamente desprotegidos e coartados do seu direito. Não parece ser, por isso, uma forma justa e equitativa de equilibrar os interesses em jogo.

Aliás, se avaliarmos o porquê de tantas insolvências de pessoas singulares, reparamos que se resumem, a dívidas por recurso ao crédito ao consumo, seguido de outro crédito para pagar o primeiro e assim sucessivamente. Mas tal recurso, não teve como base um problema grave de saúde ou de desemprego ou qualquer outro motivo inquestionavelmente atendível. Tiveram antes e seguramente, endividamento para bens supérfluos, pelo que não é credível, que aqueles que recorrem a este tipo de crédito se tornem mais responsáveis. Teriam que nascer de novo, mas na verdadeira acepção da palavra e não com o conceito do “fresh start”, que apenas aproveita a quem, com a sua incúria ou vontade indomável, se colocou na situação de insolvente.

Claro que a análise profunda destes endividamentos é basilar, para daí se aferir o merecimento do perdão.

Neste enquadramento, é difícil de entender que a lei permita que um procedimento que dura 5 anos (com todos os sacrifícios que impõe e expectativas que cria ao devedor e todas as despesas que envolve) seja depois revogado com fundamento em factos impeditivos que já existiam e deviam ter sido alegados em momento anterior, uma vez que da alínea b) a g) do artº.238º constam os pressupostos previamente analisados que levam a que o juiz decida ou pelo indeferimento liminar ou pela aceitação do pedido de exoneração.

É justo que, tanto as causas de indeferimento liminar como as de cessação antecipada, sejam amplas, com a intenção de abranger todas as possibilidades de evitar os abusos de exoneração. Porém, o elenco das causas de revogação deveria consagrar factos supervenientes que ao longo do período de cessão fossem surgindo como novos, tal como desemprego voluntário, ocultação de rendimentos supervenientes e até casos de melhor fortuna. O nº2 do artº.246º deveria ter outra redacção, ou seja, em vez de consagrar que a revogação apenas pode ser decretada até ao termo do ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração deveria ser “a todo o tempo” caso se verificassem os factos supervenientes

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

referidos, e até reaberto o processo nos casos de melhor fortuna, conforme já tive ocasião de referir no capítulo das críticas ao CIRE.

CONCLUSÃO

O CIRE embora se assuma como um Diploma legal de defesa dos credores, não conseguiu efectivamente tal desiderato assim como não conseguiu extirpar do tecido empresarial as unidades que, por não conseguirem libertar meios para garantir a sua autonomia, deveriam, através do processo de Insolvência, ser dali retiradas.

Também no que concerne à Insolvência das Pessoas Singulares, o CIRE não consagra as soluções mais equitativas nem para os credores nem tão pouco para o próprio devedor.

Os credores são, geralmente, considerados como uma classe economicamente mais forte do que a sua contra-parte (os devedores). Generalizando tal conceito, o legislador entendeu que à custa do sacrifício destes se poderia recuperar o insolvente e aqui residirá, porventura, a razão da excessiva protecção que o CIRE confere às pessoas singulares.

Neste sentido e ao contrário de todo o espírito do CIRE, cuja preocupação se centra no ressarcimento dos credores, o Instituto da exoneração do passivo restante previsto na Insolvência das pessoas singulares, manifesta uma protecção excessiva dos devedores.

É o que acontece no período da cessão com o ónus da prova de qualquer facto superveniente susceptível de determinar aquele período consagrado no nº1 do artº.243º. Refere o preceito que “Antes ainda de terminado o período da cessão, deve o juiz recusar a exoneração a requerimento fundamentado de algum credor da insolvência...”. Todavia, é ao credor que cabe a prova de violação dolosa ou por negligência grave, dos deveres impostos ao devedor conforme artº.239º. Seria de todo tolerável que o legislador tivesse determinado nesta matéria uma inversão do ónus da prova ao contrário do que dispõe o artº.342º do C.C.

Tendo em consideração que o credor já foi suficientemente lesado com a exoneração do passivo, seria mais curial e estaria muito mais de acordo com os princípios da

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

proporcionalidade da equidade e da justiça que tal obrigação do ónus da prova impendesse sobre o devedor.

Deveria por isso o CIRE ter consagrado um artigo que impusesse obrigações ao devedor insolvente, nomeadamente e a título de exemplo a de, semestralmente, fazer prova através de relatório escrito, a entregar ao Fiduciário, do cumprimento pontual do nº4 do artº.239º e não o contrário como se acha determinado.

Entende-se que o fim de todo o CIRE seja a obtenção de um resultado teleológico da satisfação em primeira linha dos interesses dos credores. Acontece porém que a satisfação de tal interesse ficou muito aquém do que os credores esperavam do novo código. Os credores ficaram desprovidos da garantia de reaver totalmente o seu crédito, essencialmente no que diz respeito à insolvência das pessoas singulares quando lhes seja concedida a exoneração do passivo. Na verdade, ao desonerá-los do cumprimento das suas obrigações, passados cinco anos (período da cessão), configura um ónus que só protege, em última instância, o devedor, não tendo o credor neste caso sido contemplado favoravelmente ou, no mínimo, em termos de igualdade com o devedor. O credor ficou efectivamente prejudicado tendo em conta que a satisfação do seu crédito dependeria apenas da sua diligência processual e da data de prescrição do mesmo, o que, não poucas vezes, representaria um aumento significativo do prazo para agir executivamente contra o mesmo devedor. O período de cinco anos não é, além do mais, suficientemente longo para que seja frequente o devedor reconstituir-se de forma a pagar, dentro desse período, de forma cabal, a todos os que permanecem seus credores. Em meu entender este período de cessão deveria, assim, variar, entre 5 a 20 anos, conforme o volume das dívidas a pagar aos credores, criando para estes uma expectativa de ressarcimento mais justa e um maior equilíbrio entre os direitos e os deveres do credor e do devedor. Este regime ficaria assim equiparado ao preceituado em matéria de prescrição de direitos, tal como previsto no artº.309º do CC. Também a cessação antecipada prevista no artº.243º, quando não fundada em situações relativas ao devedor, só se verifica se se mostrarem totalmente satisfeitos os créditos sobre a insolvência, conforme nº4. Parece que, tais créditos sobre a insolvência, findo o período de cessão de 5 anos, não devem ter conseguido satisfazer

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

integralmente os valores em dívida aos credores sobre a insolvência, pelo que, a aplicação de um período mais longo, tendo em conta tal satisfação, enquadraria claramente o conceito de “integralmente satisfeitos todos os créditos, o juiz declarar também encerrado o incidente”.

Ficando prejudicado, de certo modo, o princípio inovador do “fresh start”, que o legislador quis absorver, afigura-se-nos que tal procedimento seria certamente mais justo e equitativo em relação aos credores.

O critério da determinação do prazo deveria também ser enquadrável caso o devedor não se apresentasse à insolvência continuando, com culpa ou com negligência, a dissipar o seu património. Nestas situações, a exoneração do passivo poderia ser legalmente consagrada e concedida, mas com um período de cessão variável, conforme já supra referido entre os 5 e os 20 anos em função da culpa do devedor e do montante das dívidas não satisfeitas com a liquidação do activo. Deste modo, haveria um sacrifício mais proporcional á culpa na situação de insolvência em que muitas vezes as pessoas singulares se colocam. Na verdade, o facto de a culpa ser analisada casuisticamente tinha ainda o mérito de diferenciar situações em que pessoas singulares sofreram o infortúnio do desemprego e, sem culpa, ficaram numa situação de insolvência daquelas que, por má gestão do seu património, de forma voluntária criaram a situação. A Lei devia prever que o sacrifício do prazo da cessão para estas pessoas singulares, fosse superior ao dos que, por situações de conjuntura económica, ficaram sem meios de subsistência, como tem vindo a acontecer em várias famílias onde ambos os cônjuges ficaram sem emprego, em alguns casos na decorrência da insolvência da sua entidade patronal.

Estabelecer para os casos de insolvência com culpa ou negligência um período de cessão coincidente com a regra prescricional comum de 20 ou 5 anos, prevista nos arts.309º e 310º do Código Civil, e eventualmente outros períodos inferiores em função de critérios legais objectivos, seria substancialmente mais justo. Com efeito, nestas circunstâncias, o credor obteria o pagamento do seu crédito, ou pela cessão ou pelo recurso aos meios comuns, na medida em que, em muitos casos, poderia haver “regresso de melhor fortuna”, situação que o CIRE não prevê. Além disso, dever-se-ia prever que em caso do encerramento do processo de

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

insolvência, no qual não tivesse sido pago todo o passivo, o mesmo poderia ser reaberto se adviesse para o devedor meios supervenientes de honrar os seus compromissos.

Ainda quanto ao objectivo de conceder ao devedor, um início de uma vida nova sem dívidas, também o CIRE não o conseguiu.

Na verdade, embora a exoneração do passivo se possa enquadrar num verdadeiro perdão de dívidas na prática e na maior parte dos casos tal jamais é conseguido.

Com efeito, o devedor fica sem património, pela sua liquidação antecipada que é pressuposto da exoneração e fica, ainda assim, com dívidas, uma vez que o Estado não quis abrir mão das responsabilidades de tributo que não se considerarão extintas com a exoneração do passivo. E o certo é que as obrigações tributárias são, na maioria dos casos, as que mais oneram os particulares.

O CIRE não conseguiu desta forma atribuir aos particulares sobreendividados um verdadeiro “fresh start” ao contrário do que o legislador parece ter querido salvaguardar.

Em jeito de conclusão, a Insolvência dos particulares e a exoneração do passivo acaba por não resolver em definitivo os problemas dos actores em presença.

Não resolve o problema dos particulares porque normalmente ficarão “amarrados” às suas obrigações de natureza fiscal.

Não resolve o problema dos demais credores, na medida em que não logram obter o ressarcimento dos seus créditos e ficam desprovidos de alguns meios de defesa que os meios processuais comuns lhes proporcionariam.

E finalmente também não resolverá o problema do ressarcimento do Estado pelos seus créditos de tributo porque, seguramente, o devedor não continuará com meios suficientes para tal.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

BIBLIOGRAFIA:

ALMEIDA & Leitão, Lda. – “*Notas Práticas ao CIRE*” – Revista Actualizada e Aumentada – 3ª Edição.

CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira – “*Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante – Novo Direito da Insolvência*”

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – “*Manual de Direito da Insolvência*” – 2010-2ª Edição Almedina.

FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, – “*Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*”, Quid Júris Editora, Lisboa, 2009

FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*”, Vol. I e Vol.II Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2005

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*”, 4ª Edição, 2008, Almedina Editora.

LEITÃO, Hélder Martins, “*Da Acção de Falência e da Recuperação da Empresa*”, 2ª Edição, 1994, LCLA Editora, Colecção Vademecum.

LEITÃO, Hélder Martins – “*Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*”, 2ª Editora – LCLA Almeida & Leitão Lda, 2000.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – “*Direito da Insolvência*”, Almedina Editora, Janeiro 2009.

MARTINS, Luís M. – “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*” – Almedina 2010.

MARTINS, Luís M. – *Recuperação de Pessoas Singulares* – Almedina 2011.

COSTEIRA, Maria José – “*Novo Direito da Insolvência,*” Themis – Edição Especial

REIS, Alberto dos, “*Processos Especiais*”, Vol.I, 1982, Coimbra Editora.

A INSOLVÊNCIA E AS PESSOAS SINGULARES

REIS, Alberto dos, "Comentário ao Código de Processo Civil", Vol II, 2ª Edição – Coimbra Editora, LIM, 1960.

SUBTIL, A. Raposo; ESTEVES, Matos; ESTEVES, Maria José; MARTINS, Luis M. "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas" Anotado, 2ª Edição, Fevereiro de 2006.

SERRA, Catarina – "O Novo Regime Português da Insolvência": uma introdução – 4ª edição Almedina 2008.

SERRA, Catarina, "A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito", O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português, Coimbra Editora, Maio 2009.