



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Administração da Massa Insolvente Pelo Devedor e a
Tutela dos Credores Sociais**

Alberto Melo e Sousa

Faculdade de Direito - Escola do Porto

2017

*Aos meus pais e irmãos, por
me demonstrarem, constantemente,
que a persistência dos esforços
assegura o sucesso.*

***“Forever trusting who we are,
and nothing else matters”¹.***

¹ Excerto da música “*Nothing else matters*” de Metallica, escrita por James Hetfield e Lars Ulrich.

Agradecimentos

Aproximando-se o fim de uma fase, resta-me apenas dirigir umas palavras às pessoas que me apoiam e apoiaram, incondicionalmente, em todos os momentos da minha vida e que, por maioria de razão, me ajudaram na elaboração desta dissertação.

Agradeço aos meus pais, por todo amor, por todos os princípios e valores que me transmitiram e sobre os quais procuro nortear a minha vida. Não há muitas palavras que possam exprimir a profunda gratidão que tenho para convosco. Não há, no mundo, muitas pessoas como vocês. Sei que, aí em casa, terei sempre um porto de abrigo. Obrigado.

Aos meus irmãos Nuno e Inês. Pela profunda amizade, companheirismo e cumplicidade. Obrigado por me acompanharem e nunca me deixarem cair. Obrigado por serem as minhas referências profissionais e, acima de tudo, pessoais. Sou um privilegiado por ter crescido e partilhado convosco uma das fases mais importantes da minha vida.

Agradeço à Catarina Martins. Por todo o apoio incondicional, conselhos e carinho, mas sobretudo, pela paciência. De facto, personificas o expoente máximo do “dar sem receber”. Agradeço por procurares sempre o melhor em mim. Obrigado.

Agradeço a todos os meus familiares e amigos. Por todo o apoio, pela camaradagem e por, em suma, fazerem de mim uma pessoa melhor. Agradeço em especial ao Bernardo Silva e à Catarina Rios. Sem dúvida dois dos meus maiores companheiros nesta jornada. Agradeço pela profunda amizade que nos une, por serem dois grandes ouvintes e terem sempre uma palavra de alento e incentivo. Obrigado.

Agradeço à Dr.^a. Hermínia Magalhães e ao Dr. Miguel Carneiro, pela disponibilidade, paciência e amizade. Pelas horas despendidas comigo e por me demonstrarem que, quem ajuda por gosto, não cansa.

Agradeço à minha orientadora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, por toda ajuda prestada, por todo o conhecimento científico transmitido, e por, no fundo, ter contribuído para o culminar desta minha fase académica.

Por último, mas não menos importante, uma palavra especial para a Universidade Católica do Porto. Para além de agradecer o facto de me ter formado

enquanto jurista, agradeço por ter sido a minha “casa”, nestes últimos seis fantásticos anos da minha vida.

Resumo

Com a crise, houve um ramo do Direito que ganhou um importante relevo. O Direito da Insolvência. Assim, a presente dissertação, visa a demonstração de que forma os credores são tutelados na administração da massa insolvente pelo devedor. Pretendemos levantar e responder a questões que este regime jurídico suscita. Atentamos às funções do administrador da insolvência, bem como a sua responsabilização no caso da inobservância dos seus deveres legais.

Destarte, desejámos mostrar que, a tutela dos credores, fortemente limitados nos seus mecanismos de defesa, é, também, efetivada através do eficiente trabalho do administrador da insolvência. Isto tudo, sem negligenciar os ordenamentos jurídicos estrangeiros, uma vez que estes tiveram, como se verá, grande influência no CIRE, onde procuramos, desta forma, estabelecer comparações com os mesmos.

Insolvência – Administração da massa insolvente – Devedor – Credores

Abstract

With the crisis, there was a branch of the Law that gained an important relief. The Bankruptcy Law. Therefore, the present dissertation aims at demonstrate which way creditors are trained in the situation of debtor in possession. We intend to raise and answer questions that this legal regime raises. We pay attention to the functions of the trustee, as well as his / her responsibility in case of non-compliance with his legal duties. Thus, we wish to show that, concerning to the protection of creditors, their defense mechanisms are severely limited, and it is also effected by the efficient work of the trustee. We also pay attention to foreign legal systems because these have influenced the CIRE (portuguese Bankruptcy code), so, for that reason, we establish comparisons with them.

Insolvency – Debtor in possession – Debtor – Creditor

ÍNDICE

Agradecimentos.....	5
Resumo.....	7
Siglas.....	9
Introdução.....	10
CAPÍTULO 1.....	12
1. A insolvência.....	12
1.1 Breves noções sobre a insolvência.....	12
1.2 O Processo de insolvência.....	14
1.3 A insolvência culposa e fortuita.....	16
CAPÍTULO 2.....	18
2. A massa insolvente.....	18
2.1 Conceito e fins que deve prosseguir a massa insolvente.....	18
2.2 O Administrador da Insolvência.....	21
2.2.1 Função e deveres do Administrador da Insolvência.....	21
2.2.2 Responsabilidade do Administrador da Insolvência.....	23
CAPÍTULO 3.....	26
3. A administração da massa insolvente pelo devedor.....	26
3.1 Âmbito objetivo e subjetivo.....	26
3.1.2 Pressupostos e requisitos para a concessão.....	27
3.1.3 Efeitos da administração da massa insolvente pelo devedor.....	30
3.2 A Renumeração do devedor.....	31
3.3 Termo da administração da massa insolvente pelo devedor.....	32
CAPÍTULO 4.....	34
4. A importância dos credores sociais no mundo societário.....	34
4.1 A tutela dos credores sociais.....	35
4.2. Mecanismos de proteção no CIRE.....	37
4.2.1 Resolução em benefício da massa insolvente e a resolução incondicional.....	37
4.2.2 A impugnação pauliana.....	40
4.3. A administração da massa insolvente pelo devedor: vantagens e desvantagens, e riscos para os credores. Aumento da (des)confiança?.....	42
Conclusão.....	45
Bibliografia.....	47

Siglas

AA. VV.	autores variados
Ac. / Acs.	acórdão / acórdãos
al / als	alínea / alíneas
art / arts	artº. / arts
<i>BC</i>	<i>Bankruptcy Code</i>
Cap.	Capítulo
C.Civil	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<i>cit</i>	Citado
Cfrm	Conforme
CPCivil	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CSC	Código das Sociedades Comerciais
EAI	Estatuto do Administrador da Insolvência
<i>ESUG</i>	<i>Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen</i>
<i>InsO</i>	<i>Insolvenzordnung</i>
<i>LC</i>	<i>Ley Concursal</i>
n.r.	nota de rodapé
nº / nºs	número/números
p. / pp.	página/páginas
reimp.	reimpressão
ss	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC.	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE.	Tribunal da Relação de Évora
TRG.	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL.	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP.	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Introdução

Vivemos numa conjuntura económico-social extremamente exigente para a qual contribuiu a crise e onde o Direito da insolvência assumiu um papel estruturante. O legislador, sensível a esta realidade, com a Lei 16/2012, introduziu no CIRE relevantes alterações que modificaram, por completo, o paradigma no que ao processo de insolvência diz respeito. O CIRE, na sua versão anterior, referia que o processo de insolvência tinha como objetivo a “liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”. Atualmente, o processo de insolvência “tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência”, sendo por esse primordial objetivo com que o processo se norteia.

Posto isto, na presente dissertação pretendemos mostrar de que forma se pode compatibilizar e *máxime* tutelar os interesses dos credores com a administração da massa insolvente pelo devedor. Digamos que esta relação assenta em quatro sujeitos fundamentais: os credores, o devedor, o administrador da insolvência e o juiz.

Destarte, para uma melhor contextualização, abordaremos a insolvência, o seu processo, bem como a noção e fins que a massa insolvente visa prosseguir. Sendo também objeto de estudo a tutela dos credores sociais, faremos referência à insolvência culposa e a responsabilidade que ela pode trazer aos administradores e gerentes.

No âmbito do processo de insolvência, veremos que o administrador da insolvência assume um papel estruturante na situação da administração da massa insolvente pelo devedor. Mais do que fiscalizar, o administrador da insolvência deve promover todos os meios que estão ao seu alcance para a garantir e tutelar os interesses dos credores. Ao entendermos que o administrador de insolvência é um sujeito fundamental para o objetivo que o processo de insolvência visa tutelar, consideramos ser imprescindível fazer uma análise às funções que lhe são confiadas e, paradoxalmente, abordar a responsabilidade do mesmo nas situações de inobservância dos seus deveres legais.

Achamos importante este tema relacionado com a administração da massa insolvente pelo devedor porque, em nossa opinião, é um mecanismo extremamente

importante para a recuperação da empresa e conseqüentemente para a satisfação dos credores. É, todavia, pouco utilizado, muito por culpa das falhas que a lei tem quanto a este regime jurídico. Em virtude desta circunstância, faremos uma análise do mesmo, desde os modos como a sua atribuição é efetuada, os efeitos nos negócios em curso, bem como vantagens e desvantagens que possam consubstanciar na esfera jurídica dos credores. E são a estes últimos que reservamos a parte final da nossa dissertação. Pretendemos fazer uma análise global da administração da massa pelo devedor, tendo sempre em linha de conta a posição dos credores sociais. Sabemos que, na pendência da insolvência, o recurso às ações executivas estão vedadas, pelo que iremos abordar os meios de proteção de que os credores gozam para a salvaguarda dos seus interesses e direitos.

Tudo isto, sem prejuízo da influência que os ordenamentos jurídicos estrangeiros tiveram no CIRE, onde procuramos, ao longo da dissertação, estabelecer comparações com esses ordenamentos jurídicos.

CAPÍTULO 1

1. A insolvência

1.1 Breves noções sobre a insolvência

Num mundo fortemente vocacionado para a economia de mercado, onde existe um extenso número de empresas², é natural que, e em virtude das condições socioeconómicas da sociedade em que nos inserimos, não exista lugar, ou pelo menos oportunidade, para que todas as empresas consigam singrar nos seus respetivos ramos de negócio. E se muitas empresas não chegam sequer a “sair do papel”, há outras que, por outro lado, são obrigadas, pelos mais diversos motivos, a cessar a atividade. E é nesta sede que releva uma área do Direito vocacionada para este tipo de situação: o Direito da insolvência.

Assim, decorre do artº. 3º nº1 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas³, em traços gerais, a insolvência como sendo a situação de o devedor se encontrar “impossibilitado de cumprir com as suas obrigações vencidas”⁴. Essa impossibilidade⁵ deriva, fundamentalmente, da escassez de meios de pagamento ou de bens de liquidez⁶. Deste modo, há que fazer uma valoração da(s) dívida(s) do devedor para se determinar, com precisão⁷, se de facto são suscetíveis de impossibilitar o cumprimento da generalidade das obrigações do devedor.

² Para efeitos do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, considera-se como empresa “*toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica*” (artigo 5º).

³ Doravante CIRE

⁴ Legislação inspirada no§ 17 da *InsO* germânica e no artº. 2,2 da *Ley Concursal* espanhola.

⁵ Para MENEZES LEITÃO, LUÍS, “*Pressupostos da declaração de Insolvência*”, no “*1º Congresso de Direito da Insolvência*”, Almedina, 2013 p.175, “ser insolvente significa ser incapaz de cumprir com as suas obrigações, mas essa incapacidade tem que ser certificada em certo momento, através da declaração de insolvência”.

⁶ Nesse sentido COUTINHO DE ABREU, JOSÉ MANUEL, “*Curso Direito Comercial*”, 10ª Edição, Almedina, Coimbra p.139, onde autor elenca, inclusive, alguns dos denominados “bens de liquidez”, a saber: “dinheiro em caixa e depósitos bancários, créditos bancários vencidos, produtos e títulos de crédito fácil e oportunamente convertíveis em dinheiro”.

⁷ De acordo com Para MENEZES LEITÃO, LUÍS, “*Pressupostos da declaração de Insolvência*”, no “*1º Congresso de Direito...*” ob.cit.p.175, a impossibilidade ou a “incapacidade de cumprimento”, como o autor lhe chama, pressupõe uma avaliação complexa que se faz através de dois critérios principais, a saber: “Critério do fluxo de caixa ou *cash flow*” e o “Critério do balanço ou do ativo patrimonial ou *balance sheet* ou *asset*”.

Note-se que para haver insolvência é necessário que haja uma “impossibilidade de cumprimento”⁸, pelo que é irrelevante, nesta sede, o facto de o devedor não querer cumprir a obrigação. A circunstância de o devedor não querer cumprir com as suas obrigações surge da vontade do próprio e não de uma impossibilidade de cumprimento⁹. Há, portanto, que atentar a um pressuposto objetivo: que é a efetiva insolvência do devedor.

Existe ainda outro requisito que é a manifesta superioridade do passivo em relação ao ativo. O artº. 3º nº2¹⁰ estabelece que os devedores, sejam pessoas coletivas ou patrimónios autónomos, “cujas dividas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta”, são considerados insolventes desde que o passivo seja manifestamente superior ao ativo.¹¹ Como é facilmente perceptível, quando o passivo é superior ao ativo o risco de o devedor não pagar é maior. Não obstante do referido, o devedor pode recorrer ao crédito e o mesmo pode-lhe ser concedido. A questão só se coloca quando o devedor, para além de se encontrar na situação de o passivo ser superior ao ativo, não conseguir obter crédito de terceiros.

No âmbito da insolvência há ainda que atentar à temática da insolvência iminente. A insolvência meramente iminente é equiparada à situação de insolvência atual, caso o devedor se tenha apresentado à insolvência, como decorre do artº. 3º nº 4. O conceito de insolvência iminente funda-se na(s) circunstância(s) que, pese embora ainda não consubstancie(m) a insolvência (atual) do devedor, possa(m), com elevada probabilidade, a configurar num curto prazo¹².

⁸ Veja-se o Ac. do TRL de 18-12-2012 relator (PIMENTEL MARCOS): “A situação de insolvência consiste, pois, como resulta desta disposição normativa, na impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas”.

⁹ O devedor pode não querer cumprir com a “obrigação” por entender que não o tem nem o deve fazer.

¹⁰ Daqui em diante, todos os artigos desacompanhados da respetiva fonte legal pertencem ao CIRE, salvo se do contexto resultar coisa diferente.

¹¹ Nesse sentido, SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “*Um Curso de Direito da Insolvência*”, 2016 2ª edição revista e atualizada, Almedina.p.50.

¹² Não sendo, a insolvência iminente, o objeto do trabalho há, contudo, questões interessantes que se levantam, nomeadamente, a (não) obrigatoriedade de apresentação à insolvência. Somos da opinião que não há uma obrigatoriedade da apresentação do devedor à insolvência. Repare-se que o artº.18º nº1 referente à obrigatoriedade de apresentação à insolvência remete para o nº 1 do artº. 3º que, relembre-se, se refere à situação de insolvência. Ora, a remissão é para a “situação de insolvência” e não para a “insolvência iminente”. Logo, por maioria de razão, e pelo facto de na insolvência iminente ainda não existir o devedor “*como tal*” [pode ser devedor no âmbito das relações creditícias, não estando, necessariamente insolvente (para mais desenvolvimentos sobre esta questão, ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, “*Noções Fundamentais de Direito Civil*”, 6ª edição, Almedina, p.97 e ss, e BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, “*Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*”, 1ª edição, 2011, Coimbra Editora, pp.18 e ss], não parece que haja nenhuma obrigação de apresentação à insolvência. Veja-se as consequências graves que isso poderia causar na esfera do devedor. Nesse sentido: SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “*Um curso de Direito...*”ob.cit.58 e ALBUQUERQUE,

1.2 O Processo de insolvência

O processo de insolvência é um processo peculiar por assumir caráter misto, isto é, com particularidades do processo declarativo e executivo¹³.

É, ao abrigo do artº.1º, nº1, um processo universal e concursal¹⁴. É universal porque, em regra, todo o património¹⁵ do devedor é abrangido pelo processo de insolvência.

Assume um caráter concursal¹⁶, em virtude de todos os credores serem chamados ao processo¹⁷. Nesta sede, e ao abrigo do artº. 36º al. j), é conferido um prazo de 30 dias para os credores reclamarem os seus créditos. Apesar de ser um processo concursal, há, todavia, que considerar o artº. 47º, nº4. De acordo com esta norma¹⁸, existem várias classes de crédito, a saber: “garantidos” e “privilegiados” (artº. 47º nº4 al. a), os créditos que beneficiem, respetivamente, de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, e de privilégios creditórios gerais sobre bens da massa insolvente, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias ou

PEDRO, “*Declaração da situação de Insolvência*” em revista “*O Direito*” 137, p.513, bem como MENEZES LEITÃO, “*Manual Direito da Insolvência*” 7ª edição, 2017, Almedina, p.142 e FERREIRA, MANUEL REQUICHA, “*Estado de insolvência*” em *Direito da Insolvência, Estudos*, coordenação RUI PINTO, Coimbra Editora, 2011, p.308 e OLAVO CUNHA, PAULO “*Lições de Direito Comercial*” 2010, Almedina p.127. Também no ordenamento jurídico alemão no § 18 do *InsO*, onde o devedor não é obrigado a apresentar-se. Em sentido contrario: FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação de Empresas anotado*” Atualizada de acordo com o Decreto-lei nº 26/2015, de 6 de fevereiro 3ª edição 2015, QUID JURIS, pp.85 e ss. e o Ac. do TRC de 03-07-2012 relator (FONTE RAMOS): “logo que constate que se encontra em situação de, generalizadamente, não poder cumprir os seus encargos, o devedor deve apresentar-se à insolvência, por forma a que os credores fiquem a conhecer a situação e possam acionar as medidas conservatórias e de garantia ou os meios legais coercivos inerentes aos respetivos créditos”.

¹³ Sobre esta matéria atente-se a EPIFÂNIO, MARIA ROSÁRIO, “*Manual Direito ...*”, ob.cit.p.25.

¹⁴ De acordo com MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, “*Um curso Direito ...*”, ob.cit. p.41.

¹⁵ Para uma maior extensão do conceito de “património”, veja-se HÖRSTER, HEINRICH EWALD, “*A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*” 2006, reimpressão da edição de 1992, Almedina, pp 190 e ss.

¹⁶ O caráter concursal do processo tem como primordial objetivo a igualdade entre credores da insolvência que estejam nas mesmas condições.

¹⁷ Sobre esta questão há uma frase de CATARINA SERRA que convém, desde logo, citar, uma vez que se mostra exemplificativa daquilo que se pretende que o processo de insolvência: “O processo de insolvência não se compatibiliza com a individualização dos sujeitos (os atos de cada sujeito que participa no processo têm eficácia coletiva e assim também o ato do requerente da insolvência)”, “*O Regime Português da Insolvência*” 5ª edição, 2012 p.124 e “*A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.396 e ss.

¹⁸ Cfr. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação...*” ob.cit.p.294, há uma “mera enunciação das categorias de créditos” relevantes no processo de insolvência não havendo, no entanto, uma enumeração por ordem de prevalência.

dos privilégios gerais, “subordinados” (artº. 47º nº4 al. b), créditos enumerados no artº. 48º, e que são graduados depois dos restantes créditos, e os “comuns e demais créditos” (artº. 47º nº4 al. c)¹⁹.

Um dos principais objetivos do processo de insolvência é a satisfação dos credores sociais^{20/21}. Digamos que, tanto devedor como credor, têm a ganhar com a celeridade do dito processo. Os credores, por um lado, pretendem ver os seus créditos pagos o mais rapidamente possível, o devedor, por outro, também pode ter legítimo interesse no desfecho do processo de insolvência, decursiva da normal expectativa de uma hipotética recuperação pessoal ou da empresa²². Ora, em virtude desta circunstância, é inerente a este processo uma certa urgência.

Cabe agora analisar o fim do processo no âmbito do nosso estudo. O processo cessa por declaração do juiz, indicando as razões que a fundamentam. O mesmo termina ainda, após a realização do rateio²³, depois do trânsito em julgado da decisão que homologa o plano de recuperação, caso o conteúdo desse plano não o obste. O processo também encerra por vontade do devedor quando já não persista a situação de insolvência ou “quando o administrador da insolvência constate a insuficiência da massa insolvente para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas da massa”²⁴.

¹⁹ Para FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*”, ob.cit.p.295, esta “definição de créditos comuns é puramente tautológica”,

²⁰ Questão que, mais adiante, se aprofundará.

²¹ Note-se a curiosa alteração que esta norma sofreu em 2012. O CIRE, na sua versão anterior, referia que o processo de insolvência tinha como objetivo a “liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”. Segundo SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “*Um curso de Direito...*” ob.cit.p.36 e ss, no CIRE anterior não era feita esta diferenciação entre as alternativas presentes no nº1 do mesmo diploma legal. Esta norma era de tal forma polémica e tão pouco consensual que MENEZES LEITÃO, em “*Direito da Insolvência*” ob.cit.p.77, referia que não “compreendia a designação do Código como Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, sendo suficiente a designação Código da Insolvência” uma vez que, na opinião do autor e na nossa, a ideia da recuperação da empresa era secundária.

²² Neste sentido, Nesse sentido, MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “*Um curso de Direito...*” ob.cit.p.43.

²³ Exceto nos casos previstos no nº6 do 239º. O rateio está previsto no artº.182º.

²⁴ Cfm. EPIFÂNIO, MARIA ROSÁRIO “*Manual Direito da ...*” ob.cit.p.342.

1.3 A insolvência culposa e fortuita

Em conformidade com o artº.186º, encontramos-nos perante a insolvência culposa “quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao processo de insolvência”.

Portanto, a insolvência é culposa quando advém de atos praticados pelo(s) administrador(es) e gerentes das sociedades no exercício das suas funções de gestão e administração, originando danos patrimoniais na esfera da empresa. Há que atentar ao facto de, os administradores e gerentes da sociedade, terem de adotar comportamentos diligentes em conformidade com o perfil de um gestor criterioso e ordenado cumprindo com os deveres de cuidado e lealdade²⁵.

A inobservância dos comportamentos segundo este princípio, consubstancia comportamentos reveladores de um elevado grau de culpabilidade na gestão e administração danosa. Assim, a insolvência culposa resulta de atos que, pela sua natureza e espécie, são propícios e evidenciam uma grande probabilidade de serem prejudiciais à empresa. Desta forma, para que haja a insolvência culposa, é preciso que se prove a conduta dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores “de direito ou de facto”, num período temporal de três anos anterior ao início do processo.

Resulta do artº. 189º que, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, deve identificar-se os administradores e as demais pessoas afetadas pela qualificação. Esta qualificação decreta a inibição das pessoas afetadas para o exercício do comércio num período compreendido entre dois a dez anos. É importante não esquecer o artº. 224º,nº2, al. c), referente à concessão da administração da massa insolvente ao devedor nos casos em que não haja desvantagens para os credores. Ora, sendo declarado insolvente culposo a “própria pessoa titular da empresa” a administração deve cessar- Veja-se o artº.189º,nº2, al.b) onde decreta a inibição de administração de patrimónios de terceiro. Seria duvidoso e prejudicial se assim não fosse. Se, inúmeras vezes, os credores já se mostram relutantes em confiar a massa

²⁵ Neste sentido PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA “Manual Governo das Sociedades”, Almedina,2017,p.226.

quando a insolvência é fortuita, conjecture-se no caso de esta ser culposa. Na insolvência culposa, o art 189º, nº2, al. e), estabelece a responsabilidade do devedor, obrigando-o a indemnizar os credores no montante dos créditos não satisfeitos, até ao limite dos respetivos patrimónios, “sendo solidária a responsabilidade entre todos os afetados”. Cumpre ainda mencionar que o artº. 186º, nº2²⁶, consagra uma presunção *iuris et de iure*, não admitindo, deste modo, prova em contrário, ao invés do que sucede com o nº3²⁷ do mesmo preceito, que estabelece uma presunção *iuris tantum*, suscetível de ser afastada.

Há, no entanto, que fazer um paralelismo e tomar em atenção este aspeto. Se todo e qualquer ato praticado no exercício da função de administração fosse, em virtude de meras circunstâncias ou azar, causador de danos à empresa e, por essa razão, motivo para responsabilizar os administradores, tal comportaria um efeito bastante prejudicial no mundo económico e societário. Qual seria a vontade e segurança do administrador²⁸ se, no exercício das suas funções, estivesse constantemente sob pressão e com a obrigatoriedade de assegurar resultados positivos, estando, dessa forma, dependente da favorável volatilidade do mercado e da inerente sorte? A resposta parece-nos óbvia. Se assim fosse, o mundo societário e comercial, pura e simplesmente, estagnava.

Desta forma, para efetivamente dar resposta a esta situação, e conferir uma base de segurança e exercício de funções de administração, há que acautelar os casos em que o administrador foi diligente, mas que, em função de condições a que o próprio é alheio, não conseguiu alcançar os resultados desejados, podendo resultar na insolvência da empresa. Neste caso, o tipo de insolvência, ao invés do que se mencionou *supra*, é o da insolvência fortuita.

Como o próprio nome indica, a insolvência fortuita refere-se a situações em que a empresa, por circunstâncias de mercado alheias aos administradores, entra em processo de insolvência. Note-se que o mundo societário e empresarial é demasiado competitivo e todos os dias são criadas novas empresas com outras posturas e posições de mercado e que, em virtude dessa conjuntura, fazem com que outras sociedades e empresas não consigam competir.

Este facto, aliado ao inerente risco de mercado, contribui para a incerteza que uma empresa possa, porventura, encontrar no mundo concorrencial.

²⁶ Cumprindo-se com o nº2 do artº.189º, o juiz procede à qualificação como culposa, dado que com esta presunção estão abrangidos a culpa grave e o nexo causal entre ato e do dano.

²⁷ Nesta norma, só se presume a culpa grave e não o nexo de causalidade.

²⁸ Veja-se o caso de tecido empresarial português, onde abundam as micro e medias empresas, sendo que em muitas delas são os próprios gerentes e administradores os investidores das mesmas.

Contudo, se um administrador for diligente, consciencioso e adotar comportamentos que, em condições normais, são benéficos para a empresa mas que, por motivos externos e incertos, não se verificarem, não pode nem deve ser responsabilizado. Administrar uma empresa é, por inerência, tomar boas e más decisões. Decisões que comandam os destinos de uma sociedade e que refletem o seu sucesso e insucesso. Como em tudo na vida, nem sempre se tomam as decisões mais corretas, não se devendo responsabilizar com base no insucesso dessa decisão se a mesma não se mostrar propícia e adequada a alcançar o resultado que, porventura, alcance. E é em consequência desse contexto que se torna mais fácil explicar o conceito e âmbito da insolvência fortuita.

CAPÍTULO 2

2. A massa insolvente

2.1 Conceito e fins que deve prosseguir a massa insolvente

A noção de massa insolvente está prevista no artº. 46º, nº 1 do CIRE, onde é referido que “a massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas dívidas”³⁰, abrangendo, salvo disposição em contrário, “todo o património do devedor à data da declaração de insolvência”. Desta feita, podemos concluir que o primordial objetivo da massa insolvente é a satisfação dos interesses dos credores sociais. O nº2 do mesmo preceito menciona que, relativamente aos bens que são isentos de penhora, “só são integrados na massa insolvente se o devedor voluntariamente os apresentar³¹ e a impenhorabilidade não for absoluta”. Deste modo, a massa insolvente engloba o conjunto de bens atuais e futuros que o devedor possa, porventura, vir a ter, formando um património separado a partir da declaração de

³⁰ De acordo com FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*” ob.cit.p.292, há um alargamento do conjunto de encargos que devem ser satisfeitos antes de se proceder à satisfação dos créditos dos credores da insolvência.

³¹ Questão que se abordará adiante.

insolvência, adstrito à satisfação dos interesses dos credores³².

Ora, da combinação do nº1 com o nº2 do mesmo artigo, é notório, e salvo disposição contrária, que a massa insolvente não abrange a totalidade dos bens pecuniários do devedor, mas sim os que são penhoráveis, acrescidos daqueles que, não sendo penhoráveis, são, em virtude da vontade do devedor, oferecidos por este. Assim sendo, registre-se que, no âmbito do processo de insolvência, todos os bens que o devedor insolvente for adquirindo, na pendência do processo até ao final do mesmo, reverterem a favor da massa insolvente, sem que seja necessário qualquer ato ou iniciativa do administrador de insolvência³³.

Nesta sede, há no entanto que considerar um detalhe. Não é pelo facto de o insolvente ser considerado como tal, que perde o poder de disposição e de administração de todo e qualquer bem. Note-se a letra do artº. 81º, nº1, do CIRE que refere que “a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente” e que “o administrador da insolvência assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência”.

Perante o exposto, desta conjugação do nº1, interpretado *a contrario*, com o nº4 do mesmo artigo, resulta que o insolvente, não obstante o ser, conserva para si a faculdade de administrar os bens que são alheios à massa insolvente³⁴.

Como se disse, a massa insolvente é composta por bens pertencentes ao insolvente, sendo que estes têm de ser suscetíveis de penhora para o cumprimento da obrigação³⁵. Relativamente à questão de apresentação voluntária de bens que não são penhoráveis, releva o artº. 46º nº 2 do CIRE. Analisando esta norma, verificamos que os bens impenhoráveis, uma vez apresentados voluntariamente pelo devedor, passam

³² Conforme MACEDO, PEDRO SOUSA, “Manual de Direito das Falências” (vol. 2), Almedina, Coimbra, 1968, p.76 e ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócios do Falido” em “Revista da Ordem dos Advogados”, pp.641-688 e EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, “Manual Direito ...”, ob.cit.p251.

³³ Neste sentido e ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Efeitos da Falência sobre a ...” ob.cit.pp.653 e 684-685.

³⁴ Com opinião idêntica MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “Um curso de Direito...”ob.cit.p.137. Atente-se, neste âmbito, o Ac. do TRP, de 19-05-2016 (JUDITE PIRES), onde refere que “ Por efeito da declaração de insolvência, o insolvente é privado da posse material e dos poderes de administração e de disposição, quer em relação aos bens possuídos à data da declaração de insolvência, quer dos bens e rendimentos que futuramente obtenha. Tal privação não abrange, todavia, os bens excluídos da massa insolvente, pelo que o insolvente não está impedido da prática de atos de carácter patrimonial, apenas lhe sendo vedada essa prática se os atos se refletirem sobre a massa insolvente”.

³⁵ Como resulta do artº.601º do Código Civil (doravante C.Civil). Para uma melhor compreensão sobre esta questão, LIMA, PIRES/ VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado” (vol.1, 4ª edição revista e aumentada, com o contributo de M. HENRIQUE MESQUITA).

automática e irreversivelmente a pertencer à massa insolvente, ficando nela incorporados enquanto o processo vigorar³⁶. Na hipótese de, porventura, ocorrerem casos de entrega voluntária de bens que, em virtude da lei, não possam ser penhorados, este ato consubstancia uma invalidade³⁷. O artº. 821º, nº1, do Código Processo Civil³⁸ menciona que “estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda”³⁹. Ora, neste âmbito, é importante relacionar este artigo com os arts. 838º,848º e 856º, todos do C.P.Civil, onde se alude à penhorabilidade dos bens imóveis, dos bens móveis e dos direitos, respetivamente. Também se integram na massa insolvente os bens dos sujeitos que respondam pelas dívidas do devedor insolvente, isto é, as pessoas que assumam essas dívidas, ainda que subsidiariamente. Destarte, nas situações em que marido e mulher estão em processo de insolvência, ao abrigo do artº. 264º do CIRE, os bens comuns ou próprios de cada conjugue são “inventariados, mantidos e liquidados em separado”⁴⁰, respeitando, desta forma, o estatuído no artº. 266º do mesmo código.

Na sentença que declara a insolvência é decretada a apreensão dos bens do devedor a favor do administrador da insolvência, mesmo bens estejam “arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos”⁴¹. Ainda no âmbito do processo de insolvência, é importante mencionar que este pode culminar com a liquidação do património do devedor como pode, por outro lado, passar pela aprovação de um plano de insolvência que suponha outro destino para o património do insolvente⁴².

³⁶ Como de resto defendem FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*” ob.cit.p292.

³⁷ Conforme FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação...*” ob cit. p293, sendo que para estes casos a solução mais lógica será aquela contempla a recuperação de bens que tenham sido apresentados e indevidamente recebidos.

³⁸ Doravante, CPCivil.

³⁹ Para um maior desenvolvimento sobre esta matéria, FREITAS, JOSÉ LEBRE, “*A Ação Executiva*”, 6ª Edição, Coimbra Editora.pp.231 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “*Um curso de Direito da*”,ob.cit.p.137

⁴¹ É importante atentar à lei penal e processual penal e contraordenacional dado que, o artº. 149º,1,a) do CIRE, excetua a apreensão de bens que sejam “apreendidos por virtude de infração, quer de carácter criminal, quer de mera ordenação social”.

⁴² Conforme EPIFÂNIO, MARIA ROSÁRIO “*Manual Direito da ...*” ob.cit.p.254.

2.2 O Administrador da Insolvência

2.2.1 Função e deveres do Administrador da Insolvência

No processo de insolvência é, por norma, escolhido um administrador da insolvência que tem como primordial função a administração da massa insolvente, sendo responsável por conduzir os destinos da mesma.

Todavia, e na situação de a administração da massa insolvente ser feita pelo devedor, coloca-se a questão da utilidade do administrador da insolvência. Essa questão é facilmente respondida. Atente-se, de resto, ao Ac. da Relação de Lisboa⁴³: “No caso da administração da massa insolvente ser feita pelo devedor, não deixa o administrador da insolvência de existir como órgão da insolvência, exercendo, em conformidade, os poderes de representação que lhe são legalmente atribuídos”. Ora vejamos, sendo os credores os principais interessados na boa administração da massa, e uma vez que estes muitas vezes não estão por dentro das normas da boa administração⁴⁴ nem têm conhecimentos técnicos que permitam avaliar a forma como esta é feita, há a necessidade de haver profissionais capazes e imparciais para tutelar os interesses dos credores.

Posto isto, é fácil de ver que esses profissionais são os administradores da insolvência. No processo de insolvência são nomeados e ficam com o cargo da administração. Quando a administração da massa é conferida ao devedor, o administrador da insolvência assume um papel ligeiramente diferente mas fundamental: o da fiscalização⁴⁵.

Na administração da massa insolvente, o devedor tem os poderes análogos aos que o administrador, em regra, tem. Excetua-se as questões relativas aos atos que decorrem do n.º 5 do 226.º do CIRE, onde o administrador reserva para si o direito a resolver atos em benefício da massa insolvente⁴⁶.

Como referido, nos casos em que a administração da massa insolvente fica a

⁴³ Ac. TRL de 23-03-2010 em que foi relatora ANA RESENDE.

⁴⁴ Para mais desenvolvimentos sobre boa gestão societária, atente-se a PERESTRELO DE OLIVEIRA, ANA, “*Manual de Governo das Sociedades*” ob.cit.44.

⁴⁵ O administrador da insolvência é, como veremos, uma peça fundamental no processo de insolvência, sendo que a ação de fiscalização tem ainda mais relevo quando a administração da massa insolvente é feita pelo devedor.

⁴⁶ Questão que mais à frente se abordará.

cargo do devedor, ao administrador da insolvência cabe a fiscalização da administração da massa insolvente⁴⁷, sendo responsável por tudo o que não diga respeito à administração de bens⁴⁸. Portanto, ao administrador da insolvência compete fiscalizar a ação do devedor, podendo, *inclusive*, examinar os elementos contabilísticos do devedor como decorre do artº. 226º. nº7. O Administrador da insolvência atua como um garante dos credores. Destarte, se criar a convicção de que a administração feita pelo devedor não for a mais correta, tem, em conformidade com o 226º. nº1, a obrigatoriedade de comunicar ao juiz e à comissão de credores ou aos credores que reclamaram os seus créditos “qualquer circunstância que desaconselhem a subsistência da situação”, tendo sempre a palavra final quando o devedor pretenda contrair dívidas. Atente-se ao nº. 2 a) do mesmo artigo. De acordo com esta disposição, mesmo tratando-se de atos de gestão corrente, e se tais atos contraírem obrigações, se o administrador se opuser, o devedor não os pode realizar. Na eventualidade de estar em causa atos de administração extraordinária, o administrador da insolvência tem sempre de dar o seu consentimento⁴⁹. O administrador tem ainda a possibilidade de exigir para si o recebimento de dinheiro e todos os pagamentos. Este detalhe levanta algumas dúvidas que convém explicitar. Vejamos: em que medida é que esta possibilidade é benéfica para o devedor? Esta disposição não nos parece que tenha lógica, uma vez que não parece ter sentido o facto de o devedor ter para si a administração da massa e não poder receber os pagamentos e o dinheiro. Aliado a este aspeto, está a vertente negativa que esta norma confere à imagem da empresa⁵⁰. Somos da opinião que estes pagamentos e dinheiros deveriam ser administrados pelo devedor, à imagem do que sucede com os restantes bens. Porém, e como já decorre da lei, se se formasse a convicção de esta administração não estar a ser feita corretamente, então aí, e somente neste caso, a administração da massa insolvente seria retirada ao devedor.

⁴⁷ Como de resto, decorre “*ipsis verbis*” do artº. 226º do CIRE

⁴⁸ Em conformidade com CARVALHO FERNANDES, LUÍS, “*A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor*”, em “*Coletânea de estudos sobre a insolvência*” 2009, reimp., QUID JURIS p 253.

⁴⁹ Para PEDRO PIDWELL, em “*O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*”, 2011 Coimbra Editora, “por contraposição aos atos de administração extraordinária, devem entender-se por atos de administração ordinária os atos de gestão corrente previstos na lei” n.r 1345 p.307.

⁵⁰ Nesse SERRA, CATARINA, “*Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência...*” ob.cit.p.561 onde a autora refere que o facto de ser o administrador da insolvência a efetuar estas operações, “como é de calcular, não é muito benéfico para a continuidade da empresa –para a confiança que ela pretende inculir nos seus parceiros nesta fase decisiva da vida”.

2.2.2 Responsabilidade do Administrador da Insolvência

Na administração da massa insolvente pelo devedor, pese embora os deveres do administrador da insolvência serem diferentes, cabendo-lhe a função genérica da fiscalização, este não perde o estatuto de órgão da insolvência. Deste modo, sendo o administrador da insolvência uma figura essencial no processo de insolvência, cujo comportamento influencia diretamente os interesses dos credores, a inobservância das suas funções pode culminar em ações de responsabilidade fiscal, civil, disciplinar e contraordenacional⁵¹.

Debrucemo-nos sobre a responsabilidade civil constante no artº.59º do CIRE. O administrador da insolvência responde civilmente, após a sua nomeação, pelo incumprimento culposo das suas funções, pelos danos que cause ao devedor, aos credores da insolvência e da massa insolvente. Há, ainda, lugar a esta responsabilidade se por ação do administrador de insolvência se se verificar a insuficiência da massa insolvente e consequentemente se colocar em causa a satisfação integral dos créditos (artº.59º, nº. 2 do CIRE).

Diga-se, de passagem, que a culpa não se presume, questão que suscita alguma celeuma, uma vez que estamos perante uma clara violação de deveres⁵². O administrador da insolvência, estando em causa interesses e direitos dos credores e do próprio devedor, tem que adotar um comportamento condizente com os seus deveres legais. Dada à importância destes direitos, na inobservância dos deveres legais por culpa do administrador da insolvência, a culpa dever-se-ia presumir⁵³. Veja-se a posição de

⁵¹ Cfm. MENEZES LEITÃO, LUÍS “*Direito da insolvência*” ob.cit.pp.124 e ss. No concerne à responsabilidade fiscal, ao abrigo do artº.65ºn5 as responsabilidades fiscais “ que possam constituir-se entre a declaração de insolvência e a deliberação referida no nº3 (deliberação de encerramento da atividade do estabelecimento), “são da responsabilidade do administrador da insolvência. Relativamente à responsabilidade disciplinar e contraordenacional, no caso do administrador da insolvência não cumprir com os seus deveres, este pode ser objeto de sanção disciplinar em conformidade com a Lei 22/2013, “cujo processo segue termos previstos no Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, publicado em anexo à Lei 58/2008, de 9 de setembro”. Também MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, “*Um curso de Direito...*”, o administrador de insolvência pode ser responsabilizado disciplinarmente ao abrigo do art.17º e ss. do EAI

⁵² De acordo com MENESES LEITÃO, LUÍS em “*Código da insolvência...*” ob.cit.p.105.

⁵³ Para uma melhor compreensão sobre o conceito e alcance da culpa e sua presunção vejam-se ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS, “*Das Obrigações em Geral*” ob.cit.p566 e 589 e ss, bem como MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO “*Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*”,1997, LEX, pp.485 e 486.

MENEZES LEITÃO, e a nosso ver com total razão, que critica o legislador por enquadrar esta responsabilidade “nos quadros da responsabilidade aquiliana” ao invés de o enquadrar na responsabilidade obrigacional⁵⁴.

O facto de serem os lesados a terem de provar a culpa do administrador da insolvência dificulta a manutenção e salvaguarda dos seus direitos e garantias. Com a ausência desta presunção, concluímos que o legislador não foi sensível a este facto.

No entanto, o caso muda de figura na eventualidade de existir responsabilidade solidária do administrador da insolvência com os seus auxiliares. Aqui, há uma presunção de culpa “*in iligendo, in instruendo e in vigilando*”. Na opinião de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS o administrador da insolvência é responsável solidariamente por atos e omissões dos seus auxiliares, logo fará sentido aplicar, por analogia, o artº. 500º nº 2 do C. Civil⁵⁵, do mesmo entendimento partilha CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA. De facto, comungamos da opinião destes autores, porquanto o administrador da insolvência deva ser apenas responsabilizado se o facto danoso for praticado pelo auxiliar “no exercício da função que lhe foi confiada” (artº. 500º. nº. 2 do C. Civil).

É, portanto, imperativo que se verifique o dano, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do administrador de insolvência e esse dano e que essa ação seja ilícita e consubstancie culpa⁵⁶. Ainda neste âmbito, podemos afirmar que existe uma relação entre este modelo de responsabilidade e a responsabilidade aquiliana decorrente do C. Civil⁵⁷.

Contudo, o administrador de insolvência nunca responde se a insuficiência da massa resultar de um facto imprevisível, tendo, naturalmente, em atenção as circunstâncias conhecidas pelo administrador e aquelas que este não devesse ignorar (artº.59º, nº. 4 do CIRE). O administrador está também isento de responsabilidade

⁵⁴ Em “*Código da insolvência...*” ob.cit.p.105

⁵⁵ Para um maior alcance sobre esta questão, veja-se NETO, ABÍLIO, “*Código Civil Anotado*” reimp. da 19ª Edição, Almedina, 2017,p.557.

⁵⁶ Com esta linha de pensamento, ESTEVES, MARIA JOSÉ, AMORIM, SANDRA ALVES, VALÉRIO, PAULO, “*Código de Insolvência e Recuperação de Empresa - Anotado*” 4º Edição, Vida Económica, 2015, p.136. Neste sentido, também, SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE “*Um curso de ...*” ob.cit. p.243. De acordo com este autor há uma grande similitude com o artº. 64º do CSC “*Deveres fundamentais (dos administradores)*”, sendo que há que ter atenção a esta comparação, uma vez que, numa situação de insolvência, como é natural, os administradores da insolvência atuam em condições mais difíceis e adversas do que o normal. Já no que concerne ao ordenamento jurídico alemão, na *InsO*, na apreciação da culpa, deve-se atender a conhecimentos e experiência de um administrador médio.

⁵⁷ Como afirma, CARVALHO FERNANDES, LUÍS A. e LABAREDA, JOÃO, “*Código Insolvência e Recuperação...*”ob.cit.p.343.

quando demonstre a relevância negativa da causa virtual⁵⁸. Isto é, se demonstrar que, mesmo empregando todos os conhecimentos e diligências necessárias, não existindo culpa da sua parte, os danos ter-se-iam verificado de qualquer forma⁵⁹.

No que concerne à prescrição, o seu prazo, de acordo com o artº.59º, nº. 5 do CIRE, é de dois anos, contados a partir da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, ficando manifestamente abaixo do que é consagrado no artº. 498º do C. Civil⁶⁰. Findo o período de dois anos, após a cessação de funções do administrador, independentemente do conhecimento do lesado, a responsabilidade prescreve de forma automática⁶¹.

Destarte, concluímos que é benéfico o facto de haver no CIRE uma norma que responsabilize o administrador da insolvência no exercício das suas funções. Não entendemos, contudo, que, ao abrigo do artº799 do C.Civil, não se presume a culpa na inobservância dos deveres legais do administrador. Parece-nos que a circunstância de o ónus da prova competir aos lesados, pode consubstanciar um afastamento daquilo que a responsabilidade do administrador, baseada na segurança e tutela dos credores, deveria comportar.

⁵⁸ Neste sentido MENEZES LEITÃO, LUÍS, “*Código Insolvência e Recuperação ...*” ob.cit.p.105.

⁵⁹ Sobre esta questão, atente-se a VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “*Das Obrigações em Geral*”, Vol.1, 10ª edição, 2000, Almedina.p.618.

⁶⁰ Para MENEZES LEITÃO, LUÍS, “*Código Insolvência e Recuperação...*” p.105, este prazo é demasiado curto. Crítica com a qual concordamos na íntegra.

⁶¹ Nesse sentido EPIFÂNIO, MARIA DO ROSARIO, “*Manual de Direito...*” ob.cit.p.70.

CAPÍTULO 3

3. A administração da massa insolvente pelo devedor

3.1 Âmbito objetivo e subjetivo

O requisito essencial para que exista uma “administração da massa pelo devedor”^{62/63}, é a existência de uma empresa^{64/65}. Posto isto, decorre do art.º 223º do CIRE que “na sentença declaratória da insolvência o juiz pode determinar que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor”.

A administração da massa insolvente tem de partir da vontade do devedor e só lhe é atribuída se este a tiver requerido. Essa vontade é expressa no pedido. Ora, de acordo com LUIS CARVALHO FERNANDES, o “código não prima pela clareza quanto à delimitação dos termos em que o pedido deve ser formulado”. De facto, concordamos com o autor e com alguma doutrina⁶⁶. O código podia e devia ser mais claro e concreto e estabelecer de que forma deve o devedor formular o pedido para administrar a massa insolvente.

A atribuição desta administração tem requisitos que diferem consoante esta seja conferida pelos credores ou pelo juiz. Quando a atribuição é por este último, releva o art.º 36º e) do CIRE, sendo estabelecida na sentença que declara a insolvência.

Ora, mediante o caso concreto, dado que se for o devedor a apresentar-se à insolvência, deve constar da petição inicial o pedido para administrar a massa insolvente. Se, por outro lado, o processo resultar por iniciativa de outrem, então o

⁶² Forte inspiração no ordenamento jurídico alemão na “*Insolvenzordnung*” e no “*Bankruptcy Act*” norte-americano. De resto DUARTE PINTO, RUI faz referência a este facto em “*Administração da massa insolvente pelo devedor: rutura ou continuidade*” no “*1º Congresso de Insolvência*” ob.cit.p.154.

⁶³ Conceito inovador, todavia e como nos diz FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*” ob.cit.p.811, no código de processo civil de 1961 havia algumas semelhanças. Neste código, havendo o processo de falência por iniciativa de apresentação do devedor, mas ainda antes da declaração de insolvência, a administração do património do falido era feito por este, com o auxílio e fiscalização do administrador de insolvência (o que de resto também acontece na atualidade). A única grande diferença que existia entre esta norma legal de 1961 e o CIRE como hoje o conhecemos é o facto de para o devedor poder administrar a massa insolvente é necessário que já haja sentença que declare a insolvência.

⁶⁴ Vide pág. 3 da presente dissertação.

⁶⁵ De acordo com CARVALHO FERNANDES, LUÍS, “*A qualificação da Insolvência ...*” em “*Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*” ob. cit. p 248.

⁶⁶ O autor reflete sobre esta falta de clareza do CIRE, a saber “*A qualificação da Insolvência ...*” ob.cit.p 249.

devedor deve requerer a administração na contestação⁶⁷. Quando ela é concedida pelos credores, em conformidade com o artº. 224º. nº. 2 do CIRE, esta é realizada, em regra, na assembleia de apreciação do relatório que consta do artº. 156º. do CIRE^{68/69}, ou na primeira assembleia que a preceder. Ora, em virtude desta circunstância, nada parece obstar a que o devedor possa requerer a administração da massa insolvente depois da declaração de insolvência⁷⁰.

3.1.2 Pressupostos e requisitos para a concessão

Para que possa haver administração da massa insolvente pelo devedor, para além de ser imprescindível o requerimento nesse sentido por parte do mesmo, é necessário também que na massa insolvente esteja abrangida uma empresa. O devedor, não sendo pessoa singular, tem, no entanto, que ser titular de empresa, de outra forma, se o devedor for pessoa singular tem de ter na sua titularidade de uma empresa que não seja de pequena dimensão⁷¹.

Sendo a tutela dos credores um dos pilares em que assenta o processo de insolvência, o juiz só determina a administração da massa insolvente pelo devedor se verificar alguns pressupostos que tutelem os credores sociais. Em virtude desta circunstância, o artº. 224ºnº2 c) refere que só é conferida esta administração se não

⁶⁷ De acordo com CARVALHO FERNANDES, LUÍS, “*A qualificação da Insolvência ...*”, em “*Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*” ob.cit.p.249. Como sabemos, e como resulta da lei civil, o devedor não é obrigado a contestar, pelo que não contestando deve fazer o pedido no prazo correspondente.

⁶⁸ Note-se que a lei 16/2012, de 20 de abril, trouxe alterações que interferem com o preceituado neste artº. . Antes desta lei, a assembleia de credores de apreciação do relatório era obrigatoriamente convocada na sentença de declaração de insolvência. Ora com a entrada desta lei, é possível dispensar a realização desta assembleia. Esta alteração é referida e comentada por FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação...*” ob .cit.p.585.

⁶⁹ Sobre esta questão podemos encontrar algumas diferenças do que decorre da legislação alemã. Note-se que na lei germânica a assembleia de credores serve para autorizar o devedor a pedir a administração da massa insolvente, estando dependente que haja um requerimento que seja anterior do devedor e o tribunal não o tenha aceiteado.

⁷⁰ Situação, que em nosso entender, é possível desde que se respeite um limite temporal: o pedido deve ser feito antes da reunião para a primeira assembleia de credores. Nesse sentido CARVALHO FERNANDES, LUÍS, “*A qualificação da Insolvência ...*” em “*Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*” ob.cit.pp. 249 e 250, onde o autor refere que esta é “a situação mais razoável e a mais coerente do ponto de vista processual do devedor, quando a iniciativa do processo não seja dele e este tenha deduzido oposição”, e também SERRA, CATARINA em o “*O Regime ..*”,ob.cit.p.125.

⁷¹ Com este entendimento SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE “*Um curso de Direito...*” ob.cit.pp. 347 e 348.

houver “razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores”. Ora, embora se perceba a intenção do legislador com esta norma extremamente vocacionada para a continuidade ou recuperação da empresa, a verdade, e em nosso entendimento, é que esta norma não é totalmente clara e dá azo a várias interpretações. Note-se que o juiz só concede ao devedor esta administração, quando não houver qualquer razão para receios. Sobre esta matéria releva a opinião de CATARINA SERRA, indo no sentido de que “quase nunca é possível garantir que dela não advêm atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores”, pelo que, na opinião desta autora, o juiz quase nunca o defere⁷². Não deixa de causar alguma estupefação o facto de não haver na lei o “*fumus boni iuris*”, isto é o fundado receio.

Em nossa opinião teria toda a lógica que se legislasse no sentido de só se poder recusar o requerimento para administrar a massa insolvente, quando houvesse algum justo receio ou risco sério⁷³ de que, em virtude das circunstâncias do caso concreto, fosse de prever ou esperar que adviessem atrasos para o processo.

Todavia, se houver relutância por parte dos credores em confiar a administração da massa ao devedor, presume-se que possa existir receio de atrasos no processo⁷⁴. Se são os próprios credores que se manifestam nesse sentido, é pacífico aceitar que a administração da massa não deva ser conferida ao devedor.

Para além destes requisitos *supra*, há mais dois pressupostos que convém analisar. Decorre do artº. 224º. nº 2 b) que é imprescindível que o devedor já tenha apresentado ou se comprometa a apresentar um plano de continuação e exploração da empresa por si próprio, no prazo de 30 dias depois da sentença de declaração da insolvência e a necessidade de o requerente da insolvência, no caso de não ser o devedor, dar o seu consentimento. Quanto ao consentimento do requerente da insolvência, há questões curiosas que se levantam. O juiz, no pressuposto do “*fumus boni iuris*”, pode, como se sabe, promover todas as diligências para poder tomar uma decisão fundamentada e justa, tendo, portanto, a possibilidade de ouvir o requerente e formar uma convicção forte, uma vez que o requerente pode não querer dar o seu

⁷² SERRA CATARINA em “*Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência – quem tem medo da administração da massa insolvente pelo devedor*” em “*Estudos de Homenagem ao Professor Doutor José Lebre Freitas*” AA.VV.Coimbra editora, 2013, p.556.

⁷³ Nesse sentido SERRA,CATARINA “*O Regime ...*”.ob cit.p.124.

⁷⁴ Com este entendimento SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, “*Um curso Direito...*” ob.cit.p.348, onde o autor refere que existem razões quando seja de prever que os credores deliberarão em assembleia de credores com a ideia de por termo à referida administração.

consentimento e apresentar argumentos válidos nesse sentido⁷⁵. No entanto, e como já foi aqui expresso, o processo de insolvência é um processo universal, concursal e deve ter eficácia coletiva, pelo que se questiona se faz sentido dar um tratamento especial ao requerente da insolvência, quando há outros credores da mesma. Ora, pela análise da lei, concluímos que, efetivamente, assiste ao requerente o direito de vetar esta concessão⁷⁶.

E o juiz, na hipótese de estarem preenchidos todos os requisitos para que o devedor possa administrar a massa, é ou não obrigado a decidir nesse sentido? Bem, a lei, no artº. 224º nº1 consagra que “na sentença declaratória da insolvência o juiz pode determinar que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor”. Note-se que o legislador optou, livre e conscientemente, pela palavra “*pode*”, ao invés de optar por outra que consubstanciasse uma obrigação, pelo que nos parece sensato assumir que é conferido ao juiz um poder discricionário de dispor conforme a sua convicção, podendo decidir desfavoravelmente ainda que estejam preenchidos todos os requisitos⁷⁷.

Como se viu, na situação de serem os credores a deliberar a concessão da massa insolvente ao devedor, já não é necessário, como facilmente se percebe, que haja “razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores”, porquanto ao assumirem esse risco consideram não haver constrangimentos. Nesta situação não é necessário que o requerente da insolvência, quando não é o próprio devedor, dê o seu consentimento. Destarte, uma hipotética recusa do consentimento do requerente da insolvência pode ser ultrapassada por deliberação da assembleia de credores⁷⁸.

⁷⁵ Cfm SERRA, CATARINA, “*O Regime ...*”.ob.cit. p 124.

⁷⁶ Nesse sentido, SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE “*Um curso de Direito ...*”ob.cit.p.349.

⁷⁷ Segundo MARTINS,ALEXANDRE SOVERAL, o artº.224º,1 “parece conferir ao juiz o poder de não atribuir aquela administração ao devedor ainda que estejam preenchidos os pressupostos previstos” em “*Um Curso de Direito ...*”, ob.cit.p348.

⁷⁸ No tocante ao plano de continuação e exploração da empresa, denotamos que com esta norma o legislador vocaciona a lei no sentido de vincular o devedor para que este se comprometa a reunir esforços com vista a recuperação a empresa. Este plano plasma, ainda que de forma discreta, o grande objetivo do processo de insolvência que é a garantia para os credores⁷⁸.

3.1.3 Efeitos da administração da massa insolvente pelo devedor

Com a declaração de insolvência, uma das primeiras coisas a fazer-se é a apreensão dos bens do devedor como, de resto, decorre do CIRE. No entanto, e “*in casu*”, tratando-se da administração da massa pelo devedor há que ter alguma atenção sobre esta matéria. Como vimos, o artº. 228, nº 2, refere a factualidade de o juiz pôr termo à administração da massa insolvente pelo devedor. Neste contexto há lugar à “imediate apreensão dos bens”, prosseguindo o processo os seus trâmites nos termos gerais. Ora, quando a administração é conferida ao devedor, entendemos que esta apreensão não deve ter lugar, por não ser benéfico para o devedor e porque, a acontecer, esvaziava o conteúdo e o teor da norma.

Não faria sentido o devedor administrar a massa, mas não poder dispor dos bens⁷⁹. Atente-se, todavia, na hipótese de se proceder à apreensão dos bens se, por algum motivo⁸⁰, cessar a administração da massa insolvente pelo devedor⁸¹.

Para uma melhor compreensão, é vantajoso fazer uma análise de três efeitos importantes, a saber: a apreensão de bens, a liquidação da massa insolvente, e a renumeração do devedor. Como que já tivemos a oportunidade de observar, na sentença declaratória da insolvência é, por norma, nomeado um administrador da insolvência que, dando cumprimento ao artº. 149º, nº, deve proceder à apreensão dos bens. No entanto, e neste caso em particular, baseando-se no artº. 228º, nº2, a apreensão desses bens não se realiza.

Porém, há que ter em linha de conta um pormenor importante. Analisando a posição de LUÍS CARVALHO FERNANDES⁸³, quando a administração da massa insolvente é conferida por deliberação dos credores, a apreensão de bens tem lugar por ser natural que ela já tenha “sido feita aquando da realização da assembleia”. Assim, compete ao administrador da insolvência tomar as diligências necessárias para não criarem situações

⁷⁹ Há no entanto que ter cautelas. Porque, apesar de tudo, está um processo de insolvência em curso, pelo que há que ter a máxima atenção à forma como os bens são administrados.

⁸⁰ Respeitando, deste modo, o plasmado no artº. 228º do CIRE.

⁸¹ Sobre esta questão, FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*” ob.cit.p.824. onde referem que “a atribuição do património do devedor ao próprio insolvente, para além de suspender a liquidação, começa por protelar a apreensão dos bens para a massa insolvente”.

⁸³ Em “*A qualificação da Insolvência e a Administração da massa insolvente pelo devedor*” em “*Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*” ob cit. p.251.

desvantajosas para o devedor (no caso de lhe vir a ser conferida administração da massa).

Posto isto, atentemos a um aspeto importante referente à liquidação. Atentemos o artº. 225º. Esta norma defende que a liquidação, a acontecer, só tem lugar em momento posterior à retirada da administração ao devedor, porque, se assim não fosse, a questão aqui em análise não tinha qualquer tipo de sentido⁸⁴. Outra questão relevante é o destino dos negócios em curso.

Como nos conta CATARINA SERRA, entende-se que o devedor tem poderes análogos aos que competem, por norma, ao administrador da insolvência⁸⁵. Deste modo, faz sentido que seja ele a decidir sobre os negócios em curso. Esta posição⁸⁶, com a qual concordamos, parece ser a mais correta. Porém, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA vão no sentido de a rejeitar. De acordo com esta corrente doutrinal, “é repugnante que o devedor decida o destino dos atos que ele próprio praticou”. Não encontramos fundamento que justifique esta apreciação. Qual era o sentido de atribuir a administração da massa ao devedor, se este não pudesse decidir que destinos atribuir aos negócios em curso? Aceitamos e partilhamos da posição de CATARINA SERRA que advoga no sentido de que, se assim não fosse, se esvazia completamente o conteúdo que a norma visa tutelar.

3.2 A Renumeração do devedor

Cabe agora ponderar sobre a renumeração do devedor (artº. 227º do CIRE). Decorre desta norma que, enquanto vigorar a administração da massa insolvente pelo devedor, as renumerações dos administradores e órgãos sociais mantêm-se⁸⁷. Todavia,

⁸⁴ Esta matéria não é isenta de dúvidas. Note-se que esta norma remete para o 158º nº1 e 2 do CIRE referente ao “Começo da venda de bens”, onde o legislador estatui o seguinte: “o administrador da insolvência processe com prontidão à venda de todos os bens apreendidos para a massa insolvente”. Ora, isto levanta fundadas dúvidas de interpretação. Será esta norma contrária e incompatível com o preceituado no artº. 225º do mesmo diploma legal? Esta crítica merece a nossa maior atenção, assim como decorre da opinião de CARVALHO FERNANDES, LUÍS, “*A qualificação da Insolvência ...*” ob.cit..pp.251 e 252 em “*Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*”.

⁸⁵ A autora baseia-se numa interpretação corretiva, por considerar que a interpretação literal é ininteligível, em “*Os efeitos patrimoniais....*” Em “*Estudos de Homenagem*”, ob.cit.p.559 n.r 43

⁸⁶ A autora, em “*Os efeitos patrimoniais....*” Em “*Estudos de Homenagem*”, ob.cit.p.559.

⁸⁷ Norma discutível. Se a empresa fica insolvente, faz sentido manter-se as renumerações dos administradores? Não seria mais vantajoso fixar-se uma percentagem máxima da qual o devedor poderia

analisando o artº. 82º. nº1, “os órgãos sociais do devedor mantêm-se em funcionamento após a declaração da insolvência, não sendo os seus titulares remunerados, salvo no caso previsto no artº. 227º”. É manifestamente uma exceção à regra. Na realidade, as circunstâncias num caso e no outro são distintas e merecem um tratamento diferenciado. Contudo, partilhamos da opinião de CATARINA SERRA⁸⁸. Esta autora defende que “teria sido aconselhável que o desvio fosse menos acentuado”, referindo a elevada probabilidade de, num contexto de insolvência, não ser adequado a manutenção das renumerações. Há que haver um equilíbrio que, por um lado, garanta a subsistência normal e modesta dos administradores, mas que, por outro, proteja o objeto que a insolvência pretende tutelar: os interesses dos credores.

Sendo que, e no caso de o devedor ser pessoa singular, os critérios são diferentes quando comparado com as pessoas coletivas. Nesta situação, assiste ao devedor singular a possibilidade de “retirar da massa os fundos necessários para uma vida modesta dele próprio e do seu agregado familiar”, sem prejuízo das possibilidades da massa. Ora, mais uma vez, o código peca por ser pouco claro, dado que o conceito de vida modesta dá azo a várias interpretações e opiniões.

Vida modesta para uns, pode não ser vida modesta para outros. A lei ao consagrar este direito levanta algumas questões importantes. Esta norma está a conferir um poder discricionário ao devedor que pode consubstanciar graves perigos para a tutela e garantia dos credores sociais. Aceitamos que deva retirar para si uma parte da massa insolvente como renumeração mas não comungamos da opinião de que o faça de forma discricionária.

3.3 Termo da administração da massa insolvente pelo devedor

Da mesma maneira que tem um início, a administração da massa insolvente pelo devedor também tem um fim.

Ora, sobre este assunto atenta o artº. 228º do CIRE, onde a lei é clara quando

dispor? É questão a qual não vislumbramos razão para não estar devidamente legislada no CIRE. Também MENEZES LEITÃO refere que é “incompreensível que não se aplique às pessoas coletivas o mesmo que se aplica ao devedor singular: “retirar da massa os fundos necessários para uma vida modesta dele próprio e do seu agregado familiar” em “CIRE anotado” ob cit. p. 214.

⁸⁸ Em SERRA, CATARINA, “Os efeitos patrimoniais da insolvência...” em “Estudos em Homenagem...”,ob.cit.p.561.

refere que “O juiz põe termo à administração da massa insolvente pelo devedor”. Para MENEZES LEITÃO⁸⁹, este é “um preceito inovador”, defendendo que a administração da massa insolvente pelo devedor é uma situação transitória e excepcional”. Bem, quanto à questão de ser transitória, parece-nos que o autor tem razão, no entanto, e no que se refere ao facto de esta situação ser excepcional, esta matéria merece uma outra análise da nossa parte. Como sabemos o conceito de excepcional é o oposto de “*em regra*”. Ora, tendo o CIRE no processo de insolvência uma essência de tutela de credores e continuação e recuperação da empresa, parece-nos que a melhor maneira de “*salvar*” a empresa insolvente passa pela circunstância de os destinos desta serem acautelados pelo próprio devedor. Desta feita, o facto de o mesmo reservar para si o direito de assegurar os destinos da empresa, contando para o efeito com a administração da massa insolvente, é de extrema importância, pelo que defendemos que esta deveria ser a regra e não exceção. Centrando atenções na questão do termo da administração da insolvência pelo devedor, como vimos, parte da iniciativa do juiz, não bastando a deliberação da assembleia de credores nesse sentido.

Destarte, o artº. 228º. elenca uma serie de situações que podem conduzir ao termo desta administração. Esse término pode partir da vontade do devedor, tendo este que o requerer nesse sentido (al.a)), pode resultar por deliberação da assembleia de credores (al.b)), pode cessar no caso de ser considerada insolvência culposa (al.c)), situação que, de resto, merece a nossa chamada de atenção uma vez que seria contraproducente e gravoso para os credores o facto de o devedor, culpado pela situação insolvencial, continuar a administrar a massa insolvente como se nada fosse. Que sentido faria se assim fosse? Qual a segurança dos credores? Cremos que a resposta é óbvia. Nenhuma. Outro caso de cessão da administração da massa insolvente pelo devedor verifica-se quando existir razões para reatar atrasos na marcha do processo (al.d)). Ora, esta situação parece conferir a possibilidade de qualquer credor requerer o término desta administração, tendo, naturalmente, que se demonstrar que o seu prosseguimento acarreta “atrasos na marcha do processo”. O fim desta administração também tem lugar na eventualidade de o plano de insolvência não ser apresentado no prazo para o efeito, ou quando o mesmo não é admitido, aprovado ou homologado

⁸⁹ Em “ *Código da Insolvência e ...* ”ob cit. p.215.

(al.e)).Por fim, esta administração também cessa quando o processo de insolvência termina⁹⁰.

CAPÍTULO 4

4. A importância dos credores sociais no mundo societário

O crédito e os credores assumem-se como os grandes “*motores*” da economia de mercado e sem eles o mundo e a economia, como hoje os conhecemos, não existiriam. Destarte, o crédito é o “*oxigénio da economia*”, como descreve ALEXANDRE SOVERAL MARTINS. As empresas dependem do crédito para poderem subsistir e, dessa forma, vingarem num mundo extremamente concorrencial onde só os mais evoluídos e diferenciados sobrevivem.

Todavia, para que o credor possa, de forma mais ou menos segura, capitalizar as empresas, é necessário que se garantam e tutelem os direitos dos credores sociais. Não obstante existir na economia de mercado um intrínseco risco associado, é fundamental que os credores se sintam o mais “seguro” possível para que possam investir. Estando a economia em constante mutação, os credores podem também ser devedores de outros credores, sendo que esses são também devedores de outros e por aí em diante. Assim, este “ciclo vicioso” da economia, inerente ao crédito e ao débito, deve assentar numa base de segurança e de tutela, porquanto, ocorrendo situações de insolvência neste ciclo, pode originar graves consequências em série⁹¹. Do exposto resulta que, o desejável, ainda que utópico, seria a situação em que não houvesse insolvências no “mundo comercial”⁹².

Sendo, como sabemos, impossível alcançar esta harmonia económica⁹³, há que

⁹⁰ A Lei não o refere expressamente, mas analisando o artº. 233º nº1 a) do CIRE, o encerramento do processo de insolvência consubstancia a cessação dos efeitos da declaração de insolvência bem como a “*recuperação pelo devedor do direito de disposição dos seus bens e a livre gestão dos seus negócios*”, como, de resto, nos conta MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, ob.cit.p.365.

⁹¹ Veja-se neste sentido MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, “*Um curso de Direito...*”ob.cit.p.13.

⁹² *O mundo comercial está, naturalmente relacionado com as sociedades. Para maiores desenvolvimentos, veja-se PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “A Participação Social nas Sociedades Comerciais”, reimpressão 2ª edição de 2006, Almedina,2014.pp.15 e ss.*

⁹³ Só por mera hipótese académica consideraríamos a eventualidade de não existirem insolvências, até porque como se sabe, no mundo societário e concorrencial há perdas e ganhos, sendo que quem tem mais propensão a perder está, conseqüentemente, mais propício à insolvência.

atentar de que forma é que, efetivamente, os credores podem fazer valer e tutelar os seus direitos no mundo societário.

4.1 A tutela dos credores sociais

Como já vimos, o credor, ao investir, para além de esperar o ambicionado retorno, também tem a expectativa de se expor ao mínimo risco. Ora, para minorar esse risco, os credores exigem garantias, de forma a tutelar o seu crédito, sendo que, e por sua vez, o devedor, garante esse crédito⁹⁴. Há, no entanto, e em sede da insolvência, que ter muita cautela e atenção à forma como os credores pretendem fazer valer o seu crédito⁹⁵.

Perante um incumprimento do devedor, o credor dispõe de instrumentos de defesa contra o devedor. Importam, assim, algumas normas do C.Civil, sendo o artº. 601º expressão disso mesmo em que “pelo incumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora”. Há um conjunto de mecanismos “clássicos” de defesa dos credores como a impugnação pauliana, o arresto, o arrolamento, a penhora, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, os privilégios creditórios e o direito de retenção, bem como a declaração de nulidade e a sub-rogação⁹⁶. No entanto, e como veremos adiante, no processo de insolvência os direitos de crédito são concretizados de forma ligeiramente diferente. Neste processo ocorre uma modificação substancial no que ao exercício destes direitos diz respeito⁹⁷.

⁹⁴ Como vamos ver, nem sempre é assim, todavia, o/a devedor/empresa que tem em vista o recebimento do crédito, dá garantias aos credores, para que estes invistam, expondo-se o mínimo possível ao risco.

⁹⁵ É necessário ter em linha de conta que a maioria das empresas a atuar em Portugal são micro e médias empresas pelo que, a situação de insolvência, para além de poder pôr em causa a subsistência da empresa, pode também trazer grandes constrangimentos às famílias das quais depende o sucesso da empresa insolvente. Desta feita, o legislador foi sensível a esse facto, estando plasmado na lei várias formas que promovem a recuperação e a inerente salvação da empresa. Atente-se às últimas alterações legislativas que vieram promover uma maior recuperação do corpo societário português.

⁹⁶ Para uma maior compreensão sobre esta questão veja-se, RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “A tutela dos credores da sociedade por quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica” – Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação do Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro.pp.583.

⁹⁷ Nesse sentido SERRA,CATARINA “A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito”.ob.cit.pp.389 e ss.

Os credores, em virtude da impossibilidade de instaurarem ações executivas, como decorre do artº. 88º do CIRE, ficam limitados quanto ao uso “normal” dos mecanismos que lhes permitem tutelar os seus créditos.

Como se inferiu, há mecanismos gerais de tutela dos credores sociais que consubstanciam a execução do património do devedor, subdividindo-se em execução *et singuli* ou *et universi*. Ora, tratando-se de um processo de insolvência, e sendo o processo universal, é a execução *et universi* que assume maior relevância⁹⁸. Tradicionalmente, o património do devedor e o capital social, servem de garantia geral das obrigações. Contudo, no processo de insolvência, dada a grande pluralidade de credores e ao princípio *par conditio creditorum*, são instrumentos que, muitas vezes, se revelam insuficientes para a satisfação dos credores⁹⁹, pelo que houve a necessidade de se plasmar no CIRE, e fora deste, outros mecanismos que alargam o âmbito da tutela e garantia dos credores sociais.

No tocante ao Código das Sociedades Comerciais¹⁰⁰, releva os mecanismos que permitem responsabilizar os fundadores, os órgãos de administração e de fiscalização¹⁰¹. Por conseguinte, é importante a análise do artº. 72º do CSC referente à responsabilidade de membros da administração para com a sociedade, e do artº.73º do CSC que plasma a solidariedade dessa mesma responsabilidade, bem como o artº.78º do CSC que assume uma grande importância por se referir à responsabilidade para com os credores sociais aludindo ao facto de que “os gerentes e administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a

⁹⁸ De acordo com BRANCO, JOSÉ MANUEL, “Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)”, Almedina,2015,p.47.

⁹⁹ Sobre esta questão atente-se a RIBEIRO, MARIA DE FATIMA, “A Tutela dos credores das sociedades por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica”, onde a autora refere que “o valor do capital social mínimo requerido por lei para a sua constituição (das sociedades por quotas) é relativamente baixo”, “onde o montante de capital mínimo fixado na lei não revela qualquer adequação à pretendida dimensão da empresa”. A autora menciona ainda o problema da subcapitalização das sociedades. Para autora, o capital social representa um elemento indispensável no funcionamento das sociedades de capitais. Contudo, recentemente, existe a tendência para pôr em causa o seu papel de garante dos interesses dos credores sociais”. Para mais desenvolvimentos, ver RIBEIRO, MARIA DE FATIMA, “A Tutela dos credores das sociedades por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica” pp.34 e ss.. Sobre mais desenvolvimentos sobre se o capital social atua ou não como garantia dos credores, veja-se OLAVO CUNHA, PAULO, “Direito das Sociedades Comerciais”, 6ª edição, 2010.pp.263 e ss.

¹⁰⁰ Doravante CSC. De acordo com DUARTE, RUI PINTO, “Responsabilidades dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, em “III Congresso do Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 151-173, a “regulação do CSC é autossuficiente, ao passo que a do CIRE pressupõe a do CSC”.

¹⁰¹ Nesse sentido BRANCO, JOSÉ MANUEL, “Responsabilidade Patrimonial....” ob.cit.p50.

satisfação dos respetivos créditos”.

As ações de responsabilidade podem basear-se, como vimos, em normas que extravasam o alcance do CIRE. Exemplo disso é o artº. 78º do CSC. Aqui, o credor tem que fazer prova que o comportamento ilícito do administrador foi gerador de danos no património da sociedade e que, por essa razão, o património social se tornou insuficiente para a satisfação dos créditos. Nesta circunstância, para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO¹⁰², não “parece necessário nem suficiente” considerar que, uma sociedade se encontre numa situação de insolvência, pelo facto de o património social se tornar insuficiente para o cumprimento das dívidas dos credores. Isto porque, este facto, não consubstancia necessariamente a impossibilidade de a sociedade cumprir com as suas obrigações. Atente-se o caso de esta conseguir, com maior ou menor dificuldade, obter crédito junto de terceiros.

Sem prejuízo do referido *supra*, aceitamos a ideia de que uma sociedade que se encontre nesta situação está mais propícia a entrar em processo de insolvência. Destarte, partilhamos da posição da autora, que considera que há uma “zona de sobreposição” entre a insuficiência patrimonial do artº. 78º. nº. 1, e a insolvência de uma sociedade.

Resulta destes artigos que a responsabilidade provém da não observância dos deveres legais ou estatutários, sendo que há o critério do “gestor criterioso e ordenado” muito rigoroso. Note-se que há culpa no comportamento dos administradores quando estes não cumprem com este critério, estando plasmado no 72º. nº. 1 do CSC uma presunção de culpa, como se pode verificar pela leitura da parte final do mesmo artigo: “salvo se provarem que procederam sem culpa”.

4.2. Mecanismos de proteção no CIRE

4.2.1 Resolução em benefício da massa insolvente e a resolução incondicional.

Analisemos agora os instrumentos que tutelam os credores no CIRE. Tendo o CIRE um escopo vocacionado para a satisfação igualitária dos créditos dos credores, não sendo possível, desta forma, a concessão de vantagens a determinados credores em

¹⁰² Em “*A Tutela dos Credores da sociedade por quotas*” e “*Desconsideração da personalidade jurídica*” ob.cit.p.479.

detrimento de outros¹⁰³, encontramos nesta norma legal mecanismos que visam proteger a globalidade dos credores. O administrador da insolvência tem a possibilidade de proceder à resolução em benefício da massa insolvente de atos, praticados dentro dos dois anos anteriores à data do processo de insolvência, que sejam prejudiciais à massa insolvente (artº.120º)¹⁰⁴. São prejudiciais à massa insolvente os atos que “diminuem, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores”. Para se poder fazer uso deste instrumento de tutela de credores, é necessário que se verifiquem determinados requisitos como: a realização pelo devedor de determinado ato¹⁰⁵, a prejudicialidade desse ato relativamente à massa insolvente, a temporalidade desse ato, isto é, a sua verificação nos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência e, por fim, é necessário que haja má-fé de terceiro¹⁰⁶.

Veja-se o nº.3 do artº. 120º. do CIRE. Este artigo plasma uma presunção *iuris et iuris* como prejudiciais à massa os atos que constam do artº. 121º do CIRE (resolução incondicional)¹⁰⁷, sem necessidade de prova em contrário.

Como se disse, introduziu-se com a Lei nº 16/2012 uma presunção de má-fé do terceiro no nº 4 do artº. 120º contribuindo para esta má-fé o conhecimento que o terceiro tinha do facto de o devedor “se encontrar em situação de insolvência” (artº. 120º. nº. 5 a), bem como o conhecimento do terceiro de que o “ato é prejudicial” e que o devedor se encontrava à data da pratica desse ato, “em situação de insolvência iminente” (artº. 120º. nº. 5 b) presumindo-se ainda a má-fé do terceiro quando este tenha conhecimento do início do processo de insolvência (artº.120º. nº5 c).

Cumpra agora analisar o caso da resolução incondicional. O nome “incondicional” tem sentido quando analisado o facto de esta resolução ser totalmente independente dos requisitos da temporalidade e do carácter prejudicial à massa e a má-fé do terceiro¹⁰⁸, mas atente-se que não é independente de todo e qualquer formalismo,

¹⁰³ Cfm, MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “*Direito da Insolvência*”, ob.cit.p.224.

¹⁰⁴ Como demonstra FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência...*”, ob.cit.p.499, houve uma alteração substancial uma vez que, no CPEREF, o prazo para a resolução era de quatro anos, ao invés do que sucede neste artigo do CIRE que plasma um prazo de dois anos para a resolução.

¹⁰⁵ Com a entrada em vigor da lei 16/2012 houve alteração no 120ºnº1 onde deixou de ser possível a resolução de atos omitidos, pese embora ainda haja vestígios dessa possibilidade no nº 4 do mesmo artigo, como de resto, nos conta, MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “*Direito da Insolvência*”, ob.cit.p.150.

¹⁰⁶ MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “*Direito da Insolvência*”, ob.cit.p.225

¹⁰⁷ Questão que adiante se abordará.

¹⁰⁸ Nesse sentido MORAIS, GRAVATO, “*Resolução em benefício da massa insolvente*”, 2008, Almedina p.79-80.

tendo, obrigatoriamente, que preencher umas das alíneas do 121º n.º 1¹⁰⁹.

Compete ao administrador da insolvência¹¹⁰, ao abrigo do art.º 123º do CIRE, a resolução no prazo de seis meses da tomada do conhecimento do ato e deve ser realizada por carta registada com aviso de receção^{111/112}. No entanto, decorre do n.º1 do mesmo artigo que a resolução não pode ser efetuada “depois de decorridos dois anos sobre a data da declaração da insolvência”¹¹³. Quanto a este prazo, veja-se alguma jurisprudência¹¹⁴ que vai no sentido de que “o prazo conta-se a partir do conhecimento do ato resolúvel por parte do administrador da insolvência e não do conhecimento dos requisitos necessários à existência do direito de resolução dos atos em causa”. Importa ainda, nesta sede, referir que sendo o art.º do 121º CIRE absolutamente taxativo, os atos que não estejam previstos nesta disposição legal só poderão ser resolvidos em benefício da massa insolvente se tiverem preenchidos os requisitos do art.º 120º do CIRE¹¹⁵.

Decorre do art.º 123ºn.º2 do CIRE que, enquanto o negócio não estiver cumprido, a resolução pode ser exercida por via de exceção. Note-se que a resolução tem sempre que conter os fundamentos da mesma, sob pena de nulidade^{116/117}.

¹⁰⁹ Questão que, de resto, é levantada por ROSARIO EPIFÂNIO, MARIA, “ *Curso Direito da...*” ob.cit.p.214.

¹¹⁰ Uma vez que é da competência do administrador da insolvência, de acordo com MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “*Direito da Insolvência*” ob.cit.p.229, os credores devem abster-se de intimarem o administrador da insolvência a realizar a resolução. Note-se que se o administrador não proceder à resolução em benefício da massa insolvente é responsabilizado perante os credores e poderá consubstanciar a sua substituição.

¹¹¹ O prazo de resolução conferido ao administrador da insolvência foi aumentado, uma vez que o prazo era “de seis meses contados da declaração de insolvência”. Situação que de resto nos conta MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “ *Código Insolvência...*” ob.cit.p152,e FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*” ob.cit.p.510 e ss.

¹¹² Para CATARINA SERRA, pode-se dispensar o recurso à carta registada podendo, no entender da autora, recorrer-se a outras formas de comunicação à outra parte. Em sentido contrário FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO e MENEZES LEITÃO,LUÍS MANUEL TELES. Posto isto, somos da opinião dos autores *supra* dado tratar-se de uma situação que põe em causa os legítimos interesses dos credores e também do devedor, pelo que se deve exigir formalidades mínimas na declaração.

¹¹³ Claro que este prazo só tem aplicabilidade prática se o processo de insolvência durar mais de dois anos, dado que com o fim do processo, o recurso à resolução, ao abrigo do 233º do CIRE não é mais possível. A este propósito FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO e LABAREDA, JOÃO, “*Código da Insolvência e Recuperação ...*”ob.cit.p.511., referem que o legislador tem “*pouca fé*” na eficácia dos meios por ele previstos para assegurar a celeridade do processo”.

¹¹⁴ Ac. TRG de 23-06-2016 em que foi relator ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA.

¹¹⁵ Cfm. MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “*Direito da Insolvência*”.ob.cit.p.229

¹¹⁶ No caso de a resolução vir a ser considerada nula, o administrador da insolvência pode, todavia, realizar um novo envio, contanto que não tenha passado o prazo constante no art.º.123ºn.º1.Com este entendimento MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “*Direito da Insolvência*”.ob.cit.p.230

¹¹⁷ Note-se, no entanto que, de acordo com o Ac. do STJ de 20/3/2014 (AZEVEDO RAMOS) é manifesta a impossibilidade de se voltar a efetuar uma nova resolução em reconvenção da ação de impugnação.

4.2.1.2 Os efeitos e a oponibilidade da resolução a terceiros

A resolução em benefício da massa insolvente, por força do disposto do artº. 124º, é oponível a transmissários, bem como aos adquirentes de direitos constitutivos sobre os bens que são visados pela resolução. É, no entanto, necessária a má-fé do terceiro, exceto quando se trate de sucessor a título universal ou quando estamos perante uma transmissão a título gratuito¹¹⁸. Ora, de acordo com o artº. 126º nº1 do CIRE, a resolução tem efeitos retroativos¹¹⁹ fazendo, desta forma, cessar *ex tunc* os efeitos do ato praticado prejudiciais à massa insolvente. Deste modo, deve proceder-se à restituição¹²⁰ da situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado.

4.2.2 A impugnação pauliana

Antes de mais convém fazer um paralelismo entre a impugnação pauliana e a figura da resolução em benefício da massa. Quando a resolução em benefício da massa insolvente é decretada, é vedada aos credores da insolvência a hipótese de instaurarem novas ações de impugnação pauliana. A lei, no artº. 127º., quando analisada *a contrario*, abre espaço à hipótese dos credores poderem recorrer a este mecanismo de garantia patrimonial quanto, e de acordo com CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, “aos atos que não tenham sido objeto de resolução pelo administrador”¹²¹.

Atente-se ao nº2 da mesma disposição, que reforça a ideia plasmada no nº1, onde se refere que as ações de impugnação pauliana que estejam pendentes no momento da declaração de insolvência ou que venham a ser propostas ulteriormente, não vão ser

¹¹⁸ Nesse sentido EPIFÂNIO, ROSÁRIO “Manual Direito...” ob.cit.p.217 e MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “Direito da Insolvência”, ob.cit.p.230 e 231, sendo que para este autor, a “oponibilidade da resolução aos transmissários posteriores é possível, independentemente do número de transmissões, desde que se verifique o requisito da má-fé. Sobre esta questão também MORAIS, GRAVATO, “A resolução em benefício...” ob.cit.p.161 e ss.

¹¹⁹ Como resulta dos artº. s 433º e 289º do Código Civil.

¹²⁰ A lei refere que, e a nosso ver por lapso¹²⁰, para além do dever de restituir o “ato praticado”, também deve ser reconstituído os “atos omitidos”. Ora, com a alteração que a lei 16/2012 efetuou no nº1 do artº. 120º do CIRE, revogando a parte da norma referente à resolubilidade dos atos omitidos, é notória a incoerência entre estas duas disposições.

¹²¹ Em “Código da Insolvência e Recuperação...” ob.cit.p.517. Nesse sentido também MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “Direito da Insolvência” ob.cit.p.233.

apenas ao processo de insolvência. Estas só prosseguirão os seus termos se “a resolução vier a ser declarada ineficaz por decisão definitiva. Se a resolução for declarada ineficaz a ação de impugnação pauliana está, como refere MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “sujeita à força vinculativa dessa mesma decisão quanto às questões que tenha apreciado”, contando que não consubstancie uma ofensa ao caso julgado formado anteriormente.

A impugnação pauliana está regulada no artº. 616º nº1 do C.Civil. Esta norma determina a restituição dos bens em função e na medida do interesse do credor que a tenha requerido ou a restituição do seu valor, no caso da má-fé. Havendo boa fé a obrigação de restituir é limitada ao enriquecimento do adquirente (616ºnº3).

Assim, é manifesta a prevalência que o legislador atribui à resolução em benefício da massa insolvente quando comparada com a impugnação pauliana¹²². Este predomínio que a lei consagra merece a nossa maior concordância em virtude do facto de a resolução ser em benefício da massa e consequentemente aproveitar a todos os credores, o que não acontece com a impugnação pauliana que, como se sabe, só aproveita ao credor impugnante¹²³. Somos desta opinião por considerarmos que a impugnação pauliana consubstancia os efeitos, *supra* referenciados, que põem em causa o princípio da igualdade dos credores que é, como se sabe, um dos maiores princípios do direito insolvencial¹²⁴.

¹²² Nesse sentido EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, “Manual Direito ...”ob.cit.p.220 e CARVALHO FERNANDES e JOAO LABAREDA “Código da Insolvência e Recuperação...”ob.cit.p.517.

¹²³ Houve uma mudança de paradigma no que esta questão diz respeito. No CPEREF a procedência da impugnação aproveitava a todos. Atualmente, o artº. 127º do CIRE conjugado com o 616º do C.Civil, a impugnação pauliana só aproveita ao impugnante. No caso da procedência da ação da impugnação, o interesse do credor impugnante é avaliado, em conformidade com o 616º do C.Civil, com “*abstração das modificações introduzidas ao seu crédito por um eventual plano de insolvência ou pagamentos*”.

¹²⁴ Com este entendimento e MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, “Direito da Insolvência”. ob cit.p.233.

4.3. A administração da massa insolvente pelo devedor: vantagens e desvantagens, e riscos para os credores. Aumento da (des)confiança?

A atribuição da administração da massa insolvente ao devedor tem vantagens e desvantagens que acarretam riscos para os credores. Assim, sobre esta questão, há que atentar aos quatro intervenientes principais do processo de insolvência: os credores, o devedor, o administrador da insolvência e o juiz.

A administração da massa insolvente pelo devedor tem como grande vantagem a familiaridade que o devedor tem com a empresa insolvente¹²⁵. Não há, neste conjunto de intervenientes (credores, devedor, administrador da insolvência e o juiz), quem conheça a empresa insolvente como conhece o próprio devedor. Se já é difícil administrar uma empresa insolvente, estando inteirado do modo de funcionamento do mercado e da empresa, imagine-se a situação de esta ser gerida por um “estranho” como o administrador da insolvência¹²⁶.

Veja-se a opinião de RUI PINTO DUARTE que afirma não haver “razões que justifiquem presumir que as dificuldades das empresas se devem a gestão de má qualidade e muito menos gestão ilícita” e que “ a cessação abrupta de funções pelos gestores de empresas em dificuldades agrava a situação dessas empresas”. Posição com a qual concordamos na íntegra.

Estando o CIRE fortemente vocacionado para a recuperação da empresa, e sendo obrigatória a apresentação de um plano de recuperação da empresa por parte do devedor, parece-nos que também o credor tem interesse na recuperação da empresa.

Este facto, aliado à inerente redução de custos do processo, assume-se como uma das grandes vantagens desta administração.

Porém, não somos alheios à normal expectativa que o credor tem na satisfação do seu crédito. Assumimos que pode haver riscos e desvantagens associadas a esta administração. Ainda que tenhamos algumas dúvidas, consentimos que na eventualidade de ser a assembleia de credores a atribuir a administração da massa, os

¹²⁵ Nesse sentido SERRA, CATARINA, “*Os efeitos patrimoniais...*” em “*Estudos de Homenagem...*” ob cit. p.555.

¹²⁶ Para mais desenvolvimentos sobre as funções do administrador de insolvência na situação de não ser o devedor a administrar a massa veja-se EPIFANIO, MARIA DO ROSÁRIO, “ *Manual Direito da Insolvência* ” ob.cit.pp.63 e ss.

bens poderão já ter sido apreendidos (149º, 1), pelo que este facto poderá ser benéfico para os credores¹²⁷. No entanto, se esta for atribuída pelo juiz tem como consequência a não apreensão dos mesmos o que, contrariamente ao *supra* referido, pode trazer uma desvantagem nas expectativas que estes detêm na recuperação do seu crédito.

Outra questão que pode comportar uma desvantagem decorre do artº. 225º. De acordo com esta norma a liquidação só se efetua depois de retirada a administração ao devedor. Ora, a liquidação da generalidade dos bens podia ser benéfica para os credores. É importante referir que a empresa insolvente, antes de o ser, já era administrada pelo “devedor”. Por isso é natural que exista alguma relutância ao facto de este continuar a administrar a massa insolvente.

Sabemos que no mundo comercial há fatores externos que condicionam o comportamento dos agentes económicos. Desta forma, o devedor, ao administrar a massa, sujeita-se ao agravamento da situação de insolvência, podendo contrair mais dívidas, decorrendo daí maiores e profundas desvantagens para os credores da insolvência, dado que, depois de declarada insolvência, estas dívidas iriam integrar dívidas da massa e não da insolvência.

Não obstante o exposto, consideramos que é benéfica a administração da massa insolvente pelo devedor. Digamos que, mais do que confiar a administração ao devedor, os credores devem confiar no administrador de insolvência. Como vimos, o administrador da insolvência tem, como uma das funções, a fiscalização da ação do devedor. Assim, e como decorre de alguma jurisprudência¹²⁸, o administrador da insolvência atua no interesse dos credores, cabendo-lhe minimizar os riscos que estes possam ter com essa administração. Relembre-se que, no processo de insolvência, o legislador conferiu ao administrador da insolvência a exclusividade para intentar ações, em nome dos credores, contra o devedor. Isto, para além de respeitar o princípio “*par conditio creditorium*”, faz com que não ocorram uma pluralidade de ações a correr contra o mesmo devedor pelos mesmos factos danosos.

¹²⁷ No entanto, não parece fazer muito sentido que os bens não sejam administrados pelo devedor, dado que, isto a acontecer, poderia esvaziar o conteúdo da norma.

¹²⁸ Cfm. Ac. STJ de 14-07-2016 é mencionado o seguinte: “Os riscos inerentes a uma total liberdade de administração da massa insolvente pelo devedor, que não é muito comum ser conferida pelos Tribunais, embora não tenha as desvantagens que muitas vezes, preconceituosamente, se imputam às sociedades que caem na insolvência, são contrabalançados pela obrigação de fiscalização que impende sobre o administrador”. Neste acórdão também é referido que o administrador deve “*reportar imediatamente ao Juiz e à comissão de credores (se existir) quaisquer atos que tornem desaconselhável a continuação da administração pelo nomeado*” zelando, desta forma por inerência, pela salvaguarda dos direitos dos credores”.

Assim, apesar de reconhecermos que existem riscos associados a esta concessão da administração, concluímos que, e em linha de conta do que se faz noutros ordenamentos jurídicos¹²⁹, é mais vantajoso para os credores a administração da massa pelo devedor. Deste modo, comungamos da posição de CATARINA SERRA, que defende que esta possibilidade prevista no CIRE de administração da massa por parte do devedor, é a regra que “melhor se harmoniza com o primado da recuperação sobre a liquidação, tendo sido consagrada no âmbito de um processo pré-insolvencial e devendo, por identidade ou até por maioria de razão, ser adotada, na prática, também no âmbito do plano de recuperação”¹³⁰.

¹²⁹ Veja-se o preceituado nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. No artº.40º da *Ley Concursal* espanhola defende que só na circunstância de *concurso necessário* é que o devedor não pode exercer as funções de administração e disposição do seu património. No *chapter 11 do Bankruptcy code* a regra é a do *debtor in possession*. Isto é, quando o objetivo passa pela recuperação da empresa, o devedor mantém as funções de administração. Também na *ESUG* alemã onde a regra é a administração da massa pelo devedor.

¹³⁰ Em “*Os efeitos patrimoniais....*” Em “*Estudos de Homenagem...*” ob cit.575.

Conclusão

Com esta dissertação podemos afirmar que ainda há uma grande aversão ao mecanismo da administração da massa insolvente pelo devedor, introduzido em 2004 no nosso ordenamento jurídico, como de resto nos confirma o Ac. do STJ: “Os riscos inerentes a uma total liberdade de administração da massa insolvente pelo devedor, que não é muito comum ser conferida pelos Tribunais, embora não tenha as desvantagens que muitas vezes, preconceituosamente, se imputam às sociedades que caem na insolvência, são contrabalançados pela obrigação de fiscalização que impende sobre o administrador”. É, de facto, uma pena que assim seja.

Ponderadas as vantagens e desvantagens, consideramos que este instrumento, aplicado mais vezes, contribuiria para a recuperação das empresas e assim para uma melhor e mais eficaz garantia e tutela dos credores sociais.

Entendemos não haver ninguém melhor que o devedor, conhecedor, em regra, da empresa e das razões que a levaram à insolvência, para administrar a empresa insolvente neste momento tão delicado.

Vimos que o legislador não foi totalmente feliz, na elaboração das normas deste regime jurídico, porquanto existem certas questões que levantam fundadas dúvidas de interpretação. Uma das mais evidentes é, de facto, a questão da inexistência do “*fumus boni iuris*” na atribuição da massa insolvente ao devedor. Esta atribuição depende, como vimos, da não existência “de atrasos na marcha do processo”. Ora, partilhando da posição de CATARINA SERRA, é quase impossível que esta administração não consubstancie “atrasos” e pequenos constrangimentos para os credores. Destarte, dever-se-ia alterar esta norma no sentido de que só seria possível a recusa de atribuição da massa ao devedor nos casos de haver indícios concretos.

Ao longo da dissertação demos nota que os credores, no processo de insolvência e pela circunstância da impossibilidade de intentar ações executivas, podem ficar de certa forma vulneráveis ao modo de como este processo decorre. Procuramos apontar os efeitos da insolvência culposa comportando, por inerência, responsabilidade dos administradores e os modos de reação dos credores. Analisamos o papel do administrador de insolvência que, no exercício da sua função de fiscalização, tem a obrigação de comunicar as circunstâncias que desaconselhem a manutenção da administração da massa pelo devedor, visando desta maneira a proteção dos credores. Deste modo é notória a importância que o administrador de insolvência tem neste

processo, pelo que a inobservância dos seus deveres legais consubstancia, como vimos, a sua responsabilização.

Não obstante de o CIRE ter, com este regime de administração da massa pelo devedor, tentado promover um maior compromisso do devedor com a recuperação da empresa e, desta forma, acautelar os interesses dos credores, a verdade é que o recurso a este mecanismo se mostrou francamente escasso. Há ainda muita relutância e desconfiança por parte dos credores e dos próprios juízes neste instrumento. O que merece, da nossa parte, a maior reprovação. Todavia, mantemos a esperança de que, com o tempo e com o esvanecer deste preconceito, este recurso seja mais utilizado, enveredando-se, assim, por sistemas vocacionados para o “*management-friendly*”.

Estamos convencidos de que os interesses dos credores, bem como os do devedor, estão mais salvaguardados na eficiente recuperação da empresa que deve ser efetuada pelo devedor recorrendo ao mecanismo da administração da massa insolvente pelo devedor, desde que devidamente fiscalizada pelo administrador da insolvência.

Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- ALBUQUERQUE, Pedro, *Declaração da situação de Insolvência*” em revista “O Direito” nº137.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócios do Falido* em “Revista da Ordem dos Advogados”, III, 1995
- BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da falência punitiva à insolvência reconstitutiva)*”, Almedina, 2015.
- COSTA, Mário Almeida, *Noções Fundamentais do Direito Civil*, 6ª Edição, Almedina, 2013.
- COSTEIRA, Maria José, *Classificação, verificação e graduação de créditos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa*, em: “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, LEX, 1997.
- CUNHA, Paulo Olavo, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, 2010.
- DUARTE, Rui Pinto, *A Administração da Empresa Insolvente: Rutura ou Continuidade?*” em: “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 153-174.
- DUARTE, Rui Pinto, *“Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”*, em: “III Congresso de Direito da Insolvência” pp. 151-173., Almedina, Coimbra, 2015.
- ESTEVES, Maria José, AMORIM, Sandra Alves, VALÉRIO, Paulo *“Código de Insolvência e Recuperação de Empresa - Anotado”* 4ª Edição, Vida Económica, 2015.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- FERREIRA, Manuel Requicha, *Estado da Insolvência* em “Direto da Insolvência” Estudos e coordenação RUI PINTO, Coimbra Editora, 2011.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor*, em “Coletânea de Estudos sobre a Insolvência”, reimpressão, Quid Juris, 2009.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Iuris, Lisboa, 2011.

FREITAS, José Lebre, *A Acção Executiva, Depois da Reforma da Reforma*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª reimpressão da edição de 1992, Almedina, Coimbra, 2006.

LEITÃO, Luís M. T. de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

LEITÃO, Luís M. T. de Menezes, *Manual de Direito da Insolvência*, 7 edição, Almedina, Coimbra, 2017.

LEITÃO, Luís M. T. de Menezes, *Pressupostos da Declaração de Insolvência em: “I Congresso de Direito da Insolvência”*, Almedina, Coimbra, 2013.

MACEDO, Pedro Sousa, *Manual de Direito das Falências*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1963.

MARTINS, Alexandre Soveral, *Um Curso Direito da Insolvência”* 2ª edição revista e atualizada. Almedina, 2016.

MORAIS, Gravato, *A Resolução em Benefício da Massa Insolvente”*, Almedina, 2008.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, reimpressão da 19ª Edição, Almedina, 2017.

PERESTRELO, Ana, *Manual Governo das Sociedades*, Almedina, 2017.

PIDWELL, Pedro, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, 2011.

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, vol. I, 6ª reimpressão da 5ª edição de janeiro/2008, Almedina, Coimbra, 2013.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2011.

RIBEIRO, Maria de Fátima, “*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*” – *Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob*

a orientação do Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro. Reimpressão Almedina, 2012.

SERRA, Catarina, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*. Coimbra Editora, 2009.

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

SERRA, Catarina, *Os Efeitos Patrimoniais da Declaração de Insolvência após a alteração da Lei nº 16/2012 ao Código da Insolvência*, em: “ Julgar”, 18, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SERRA, Catarina, *Os Efeitos Patrimoniais da Declaração de Insolvência – Quem tem medo da administração da massa pelo devedor?*, em: AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

VARELA, J. M. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de Vasconcelos, *A participação social nas Sociedades Comerciais*”, reimpressão da 2ª edição de 2006, Almedina, 2014.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA:

Acórdão do Tribunal Relação Lisboa de 23-03-2010, relatora: ANA RESENDE.

Acórdão do Tribunal Relação Coimbra, de 03-07-2012, relator: FONTE RAMOS.

Acórdão do Tribunal Relação Lisboa, de 18-12-2012, relator: PIMENTEL MARCOS.

Acórdão do Tribunal Supremo Tribunal Justiça de 2013-2014, relator: AZEVEDO. RAMOS.

Acórdão do Tribunal Relação Porto de 19-05-2016, relatora: JUDITE PIRES.

Acórdão do Tribunal Relação Guimarães, de 23-06-2016, relator: ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA.