

Os credores tributários no processo de insolvência

RUI DUARTE MORAIS

1. Introdução

São muitas as questões que o processo de insolvência suscita relativamente aos créditos tributários. Questões que, no domínio da legislação anterior, não mereceram a devida atenção da nossa doutrina, porventura em razão de um certo divórcio entre os fiscalistas e os cultores de outros ramos do Direito¹. O contributo da jurisprudência também foi limitado, centrando-se a maioria dos casos apreciados pelos Tribunais em questões pontuais, como a graduação dos créditos fiscais.

O momento não é, ainda, o mais favorável a uma análise de tão complexa problemática. A entrada em vigor, há cerca de um ano, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)² recolocou praticamente no ponto de partida muitas dessas questões e, certamente, dará azo, no futuro, a muitas outras.

Há que começar por salientar que o CIRE operou uma verdadeira *reforma* legislativa, uma vez que rompeu com alguns dos princípios

¹ Registamos aquilo que nos parece ser a tendência para a progressiva autonomização do Direito da Insolvência, ao ponto de nos podermos questionar se esta matéria não constituirá já hoje um verdadeiro ramo do Direito.

² Processo legislativo atribulado, como parece ser, agora, regra. Mesmo antes de entrar em vigor, o DL n.º 53/2004, de 18 de Março, foi objecto de profundas alterações operadas pelo DL n.º 200/2004, de 18 de Agosto. Cada vez é mais difícil saber a lei que nos rege...

estruturantes do CPEREF e da legislação que antecedeu este diploma. Desde logo, com a ideia, clássica entre nós³, de que haveria que dar prioridade (e, portanto, a lei deveria facilitar) à recuperação das empresas, que a falência só deveria ser decretada perante uma conclusão de total irrecuperabilidade. Muito embora o legislador rejeite a ideia que no novo Código é dada à primazia à liquidação do património do insolvente e afirme que o que conta é a vontade dos credores enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar (o pagamento dos respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral⁴), o certo é que – como quanto a alguns pontos veremos no decurso desta exposição – a aprovação de uma medida de recuperação não resultou facilitada pela nova lei. É, pois, de supor que a maioria destes processos termine pela liquidação do património do devedor.

Mas não será só em razão de uma diferente filosofia da nova lei que muitas questões irão surgir. O novo texto legal é profundamente diferente do anterior, o que, certamente, irá suscitar inúmeros problemas interpretativos.

Passemos a algumas questões concretas.

2. O impulso processual

O credor tributário tem a possibilidade de assumir o impulso inicial de um processo deste tipo, nas mesmas condições em que o pode fazer qualquer outro credor⁵.

No domínio da legislação anterior não foram muitos os casos em que a iniciativa partiu destas entidades (fisco, segurança social, etc), o que não pode deixar de causar estranheza porquanto serão, normalmente, dos maiores credores e, em especial, porque lhes caberia, em primeira linha, assumir um papel activo (porventura o mais activo) na realização do

³ ANTUNES VARELA, «A recuperação das empresas economicamente viáveis em situação económica difícil», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, (1990) 123 ss.

⁴ Citámos a parte final do n.º 6 do Preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março.

⁵ A declaração de insolvência (...) pode ser requerida (...) por qualquer credor (...) qualquer que seja a natureza do seu crédito (...) – dispõe o art.º 20.º do CIRE, em consonância com o anterior art.º 8.º do CPEREF.

interesse público do saneamento do tecido empresarial. Embora alguns dados factuais se tenham, entretanto, alterado⁶, pensamos que, no essencial, a situação se manterá.

Haverá que assinalar aqui o seguinte: ao elencar os indícios de falência, o CIRE (art.º 20.º, al. g) (i) e (ii)) refere o incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias e/ou de contribuições e quotas para a segurança social. Para alguns⁷, isto resulta redundante na medida em que uma tal situação integraria a “suspensão generalizada do pagamento de obrigações vencidas” previsto na al. a) da mesma norma.

Comecemos por reconhecer que não será fácil a um qualquer credor basear o pedido de declaração de insolvência de um seu devedor no não pagamento de impostos ou outros tributos vencidos há relativamente pouco tempo, porquanto lhe será difícil o conhecimento de tais factos: tal informação não estará – ao menos na maior parte dos casos – disponível; mesmo existindo, não deverá ser facultada a terceiros em razão do dever de sigilo que impende sobre as administrações tributárias⁸.

Para além do caso de auto-apresentação à insolvência, a invocação da falta de cumprimento de obrigações tributárias é o fundamento lógico da iniciativa processual das administrações tributárias. Assim sendo, será demasiado pretender que o legislador do CIRE, ao redigir tal normativo, teve presente a ideia da existência de um poder-dever das administrações tributárias, verificadas tais circunstâncias, requererem a declaração de insolvência do contribuinte? Ter-se-á querido, por esta via, reforçar a linha de orientação constante do art.º 182.º, n.º 2, do CPPT, segundo o qual o órgão de execução fiscal, no caso de concluir pela inexistência ou fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor para o pagamento da dívida exequenda, comunicará o facto ao representante do Ministério Público para que apresente o pedido de declaração de falência

⁶O DL n.º 42/2001, de 9 de Fevereiro, criou as secções de processo executivo do sistema de solidariedade e segurança social, as quais ficaram incumbidas do exercício da função de órgão de execução relativamente à cobrança coerciva das dívidas às instituições que integram tal sistema, função essa antes desempenhada pelas Repartições de Finanças. Tal autonomia permitirá, porventura, um maior grau de participação destas instituições nos processos de insolvência.

⁷MENEZES LEITÃO, *Código... Anotado*, Almedina, 2004, p. 52.

⁸Procedimento que temos por esperável será o de, tendo a insolvência sido requerida por um terceiro e havendo oposição do devedor, o Juiz, no exercício dos poderes inquisitórios que o art.º 11.º lhe atribui, se certificar, junto das administrações fiscais, de qual a situação tributária do requerido.

no Tribunal competente, sem prejuízo da possibilidade de tal acção ser subscrita por mandatário especial?

Será que do agora preceituado pela referida disposição do CIRE não resulta um poder-dever de a administração tributária impulsionar a declaração de insolvência dos contribuintes que se encontrem em mora há mais de seis meses relativamente à generalidade das suas obrigações tributárias e não tenham requerido a aplicação de qualquer uma das formas excepcionais de regularização previstas na lei? Haverá que alterar, neste ponto, o CPPT de forma a adequá-lo ao que agora dispõe o CIRE?

3. Consequências da declaração de insolvência

Como é sabido, uma das inovações do CIRE, relativamente ao diploma que o antecedeu, foi a eliminação da duplicação do chamamento dos credores, primeiro para justificarem os respectivos créditos e, depois, para os reclamarem, duplicação essa que, na realidade, não fazia sentido. Hoje, a reclamação de créditos acontece depois da declaração de insolvência, sendo que as medidas de recuperação de empresa, caso a elas deva haver lugar por decisão dos credores, acontecem no quadro do chamado plano de insolvência, ou seja, não excluem a declaração de insolvência mas determinam quais os seus efeitos, “em derrogação das normas do Código” (art.º 192.º, n.º 1, do CIRE).

3.1. Citação da administração fiscal

Dispõe o n.º 5 do art.º 37.º do CIRE que, havendo créditos do Estado, de institutos públicos sem a natureza de empresas públicas ou de instituições de segurança social, estas entidades serão *citadas* (da sentença), por carta registada.

Começemos por notar que, sendo o requerente o devedor, o normal será ele relacionar as dívidas deste tipo, não só por expressa obrigação legal⁹ mas também pelo interesse que os seus representantes legais terão em o fazer¹⁰. Porém, quando o pedido é da iniciativa de um credor – por-

⁹ Dispõe a al. a) do n.º 1 do art.º 24.º do CIRE que o devedor, quando seja o requerente, deve juntar à petição uma relação, por ordem alfabética, de todos os credores.

¹⁰ Uma vez que o cumprimento do dever de apresentação à insolvência no prazo que a lei fixa poderá excluir a punibilidade dos representantes legais das sociedades pelo crime de abuso de confiança fiscal.

que não é de supor que este conheça a situação fiscal do devedor —, não é de crer que sejam relacionados créditos desta natureza.

Acresce que a lei (art.º 9.º, n.º 4, do CIRE), em nome do carácter urgente deste tipo de processos, esvazia de consequências a omissão da formalidade de citação individualizada de determinados credores. Estes consideram-se sempre regularmente citados (no caso, da sentença que declarou a insolvência) pela publicação dos anúncios e editais que a lei prevê.

Importa, ainda, não esquecer que o Ministério Público é, sempre, notificado da sentença que declarou a insolvência (art.º 37.º, n.º 7, do CIRE). Obviamente que tal notificação só se compreende na medida em que com ela se vise a oportunidade de cumprimento do poder-dever de defesa dos interesses que legalmente lhe estão confiados, entre os quais os do Estado na cobrança dos tributos. Tal parece supor a obrigação funcional do Ministério Público em procurar informar-se junto da administração fiscal sobre a existência de créditos tributários reclamáveis, ao menos sempre que do processo não resulte ter havido lugar à citação individualizada daquela.

Temos, portanto, que a *citação* dos credores tributários, promovida oficiosamente pelo tribunal, pode ou não acontecer.

A questão do “convite” às administrações fiscais para intervirem no processo em ordem à reclamação de créditos tem sido ultrapassada pela aplicação do que dispõe o n.º 1 do art.º 181.º do CPPT: declarada a falência, o liquidatário judicial requererá, no prazo de dez dias a contar da notificação da sentença, a citação pessoal dos chefes de serviços periféricos locais da área do domicílio fiscal do falido ou onde possua bens ou onde exista qualquer estabelecimento comercial ou industrial que lhe pertença para, no prazo de 15 dias, lhe remeterem certidão das dívidas do falido à Fazenda Pública, aplicando-se o disposto nos n.º 2, 3 e 4 do art.º 80.º.

Os referidos preceitos do CIRE e do CPPT precisam de ser harmonizados.

Na realidade, o art.º 181.º do CPPT, além de implicar uma (eventualmente, segunda) citação, posterior à da sentença, parece não ter como objectivo fixar à administração fiscal um (novo) prazo de reclamação de créditos (embora saibamos ser prática corrente que a “resposta” se traduza em tal), mas tão só disponibilizar ao administrador elementos para este reconhecer oficiosamente os créditos tributários.

Acresce que esta citação posterior de determinados credores, promovida pelo Juiz, não é coerente com a desjudicialização da maioria da tra-

mitação processual subsequente à declaração de insolvência que o CIRE pretendeu lograr. Além de que, nos termos rigorosos da lei, não haveria obrigação de, por esta forma, citar a Segurança Social¹¹.

3.2. Intervenção processual subsequente

De forma muito resumida, diremos que, com a citação, ficam abertas aos credores tributários as mesmas vias de intervenção ao alcance de quaisquer outros, quais sejam as de se oporem através da dedução de embargos (art.º 40.º, n.º 1, al. *d*) do CIRE), dela recorrerem (art.º 42.º), ou, como será mais normal, reclamarem os seus créditos. Voltaremos a este último tema, uma vez que esta será a situação mais frequente e em relação à qual o novo texto legal suscita algumas perplexidades.

3.3. Suspensão das acções executivas

A declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer acção executiva intentada pelos credores da insolvência (n.º 1 do art.º 88.º do CIRE).

No essencial, este preceito nada traz de novo relativamente ao que dispunha o CPREF quanto aos efeitos do despacho de prosseguimento da acção. A alteração principal foi, como vimos, a de que a possibilidade de os credores intervirem no processo acontece, agora, apenas depois da declaração de insolvência.

Significa isto que, em processos de execução fiscal pendentes, não poderão ser efectuadas novas penhoras, mesmo que já ordenadas, concretizados quaisquer procedimentos cautelares, efectuadas vendas, etc, muito embora possam e devam prosseguir a sua normal tramitação os “incidentes” declaratórios, como sejam os embargos. É evidente que as entidades onde correm tais acções só poderão suspender a realização das medidas executivas quando tiverem conhecimento da declaração de insolvência, tendo o devedor e, a nosso ver, o próprio administrador da insolvência o ónus de lhes dar tal conhecimento. Isto sem prejuízo da nulidade das medidas que, entretanto, tenham acontecido.

¹¹ Pois que o art.º 181.º do CPPT não reflecte a autonomização das execuções relativas a dívidas à Segurança Social entretanto ocorrida. Cf. *supra* nota (6).

Julgamos que se deve considerar revogado o disposto no n.º 2 do art.º 180.º do CPPT, o qual determina que o Tribunal onde corre o processo (agora, de insolvência) avoque os processos de execução fiscal pendentes.

De resto, como os autores vinham notando¹², esta norma era, mesmo no domínio do CPEREF, despida de qualquer utilidade. Desde logo porque o aí previsto não dispensava o credor tributário de reclamar os seus créditos. O envio dos autos dos processos de execução fiscal ao Tribunal (e a sua posterior devolução) surgia como uma formalidade inútil, inutilidade essa evidente se atentarmos que pode estar em causa, também, a reclamação de outros créditos da mesma natureza já vencidos, mas cuja fase da respectiva cobrança executiva ainda não se iniciou.

Determina o n.º 2 do art.º 85.º do CIRE que o Juiz requisita ao Tribunal competente a remessa, para efeitos de apensação aos autos de insolvência, de todos os processos nos quais se tenha efectuado qualquer acto de apreensão ou detenção de bens do insolvente. Preceito este que corresponde ao antes disposto no art.º 175.º, n.º 3, do CPREF.

O que está em causa, havendo penhoras diligências ou semelhantes incidentes sobre os bens do insolvente efectuados em outros processos, não é uma apensação para efeitos de reclamação de créditos, mas a concretização das providências conservatórias que a declaração de insolvência implica: o administrador da insolvência fica, como efeito da declaração de insolvência, investido no poder de apreensão de todos os bens integrantes da massa insolvente, deles ficando – querendo – depositário (art.º 149.º e 150.º do CIRE, no essencial correspondentes aos art.º 175.º, n.º 1 e 176.º do CPEREF). A apensação de tais processos justifica-se, assim, como forma expedita de integração dos bens em causa na massa insolvente.

3.4. Reclamação de créditos

Dispõe o n.º 1 do art.º 128.º do CIRE¹³ que, dentro do prazo fixado para o efeito na sentença declaratória de insolvência, devem os credores do falido, incluindo o Ministério Público na defesa dos interesses das entidades que represente, reclamar a verificação dos seus créditos por

¹² ALFREDO JOSÉ DE SOUSA / JOSÉ DA SILVA PAIXÃO, *Código de Procedimento e Processo Tributário*, 2000, p. 437.

¹³ Corresponde, no essencial, ao art.º 188.º do CPEREF.

requerimento, acompanhado de todos os documentos probatórios de que dispõem¹⁴.

Permanece, assim, em vigor o disposto no n.º 1 do art.º 80.º do CPPT, devendo as entidades fiscais aí referidas, sempre que por qualquer forma tenham conhecimento da abertura da fase de reclamação de créditos num processo de insolvência, enviar ao Ministério Público certidão de quaisquer dívidas à Fazenda Pública imputadas ao executado (insolvente) que possam ser objecto de reclamação de créditos.

O n.º 3 do art.º 80.º do CPPT necessita de ser reformulado (para já, de uma interpretação sistemática actualizante), uma vez que as informações que deverão acompanhar tais certidões não são mais (apenas) as previstas em tal preceito, mas sim as necessárias para dar cumprimento ao ora estipulado no n.º 128.º, n.º 1, do CIRE.

Importa, desde logo, indicar no requerimento de reclamação se os créditos em causa devem ser considerados como “privilegiados” ou “garantidos” ou como simples créditos comuns e, no primeiro caso, qual a extensão das garantias invocadas, desde logo quando estejam em causa privilégios creditórios, sejam eles gerais ou especiais¹⁵.

Esta exigência legal compreende-se na medida em que estes dados são necessários para o administrador da insolvência dar cumprimento ao disposto no art.º 129.º do CIRE, elaborando a relação de créditos reconhecidos e não reconhecidos, a qual servirá, directamente, de base à sentença de verificação e graduação de créditos¹⁶.

Note-se que a reclamação de créditos é, agora, endereçada ao administrador da insolvência e enviada para o seu domicílio profissional

¹⁴ Lembramos o que deixámos dito sobre o facto de, na prática, se continuar a aplicar sistematicamente o art.º 181.º, n.º 1, do CPPT.

¹⁵ Manda o art.º 128.º, n.º 1, al. d), do CIRE que o credor reclamante indique a existência de eventuais garantias pessoais, com identificação dos respectivos garantidos. Julgamos que tal não se aplica aos gerentes, administradores, etc., responsáveis fiscais por dívidas de uma sociedade. Isto, desde logo, porque a existência de uma tal responsabilidade tributária é meramente subsidiária, ou seja, depende da constatação da insuficiência de bens do originário devedor, a qual acontecerá, precisamente, pelo decurso do processo de insolvência. Mais problemático é o caso de ocorrerem situações de responsabilidade tributária solidária, embora julguemos que, então, não se possa falar de garantias da obrigação fiscal. De qualquer modo, haverá que atender ao que prevê o art.º 95.º, n.º 2, do CIRE quanto à possibilidade de intervenção dos obrigados solidários e dos garantidos do devedor intervirem no processo como forma de exercício do direito de regresso que lhes assista.

¹⁶ Veja-se o art.º 130.º, n.º 3, do CIRE. Julga-se que o aí disposto é aplicável, mesmo havendo impugnações, relativamente aos créditos não impugnados.

(art.º 128.º, n.º 2, do CIRE), o que, ousamos prever, irá suscitar dificuldades “protocolares” nos casos em que o reclamante seja representado pelo Ministério Público.

3.4.1. Créditos reclamáveis

Temos, agora, a questão da delimitação dos créditos reclamáveis. O CPREF determinava (ainda que só em sede de processo de recuperação de empresas) que os créditos reclamáveis eram aqueles que existissem à data de entrada da petição inicial em juízo. Uma vez que hoje os credores só são chamados a intervir no processo após a declaração de insolvência, são reclamáveis os créditos existentes nesta data. Entendimento com suporte legal directo no disposto no n.º 1 do art.º 47.º do CIRE¹⁷, segundo o qual são considerados credores da insolvência todos os titulares de créditos sobre o insolvente cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração. Note-se, a propósito, ser pacífico o entendimento de que a dívida de imposto nasce com a ocorrência do facto gerador (ou com a sua conclusão, no caso dos impostos periódicos), tendo a liquidação eficácia meramente declarativa.

Entre os créditos reclamáveis há que incluir os ainda não vencidos, porquanto a declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a condição suspensiva (art.º 91.º, n.º 1, do CIRE). Vale por dizer que poderão ser reclamados todos os créditos por impostos cujo facto gerador tenha acontecido antes da declaração de insolvência, incluindo aqueles cujo pagamento estava a ser efectuado em regime prestacional devidamente autorizado¹⁸. Porém, por a reclamação implicar a prova documental da existência do crédito, afigura-se que, em termos práticos, apenas poderão ser invocados os créditos relativos a impostos já liquidados^{19 20}.

¹⁷ No mesmo sentido aponta o n.º 2 do art.º 4.º do CIRE, segundo o qual todos os prazos que neste Código têm como termo final o início do processo de insolvência abrangem igualmente o período compreendido entre esta data e a da declaração de insolvência.

¹⁸ Note-se o disposto no art.º 92.º do CIRE relativamente às consequências da declaração de insolvência em relação aos impostos objecto de um plano de regularização.

¹⁹ Esta observação terá menor interesse prático quando o insolvente seja uma sociedade, uma vez que lhe cabe a autoliquidação dos principais impostos de que é sujeito passivo, à qual, normalmente, terá procedido, embora sem entrega dos montantes apurados.

²⁰ O facto de a reclamação de créditos acontecer depois da declaração de insolvência será uma das razões explicativas da abolição da norma constante do n.º 3 do art.º 65.º do CPREF, segundo a qual os créditos a favor de entidades públicas em consequência do incumprimento de obrigações tributárias ou contributivas, constituídas posteriormente ao despacho de prosseguimento da acção, podiam, a requerimento dos respectivos credores,

Se, por alguma razão, não forem reclamados, em tempo oportuno, créditos fiscais gerados por factos ocorridos anteriormente à declaração de insolvência, desde logo por não estarem liquidados no momento da reclamação, poderá o Estado, tal como acontece com os demais credores, usar da possibilidade prevista no art.º 146.º e ss. do CIRE (correspondentes aos art.º 205.º e ss. do CPREF), fazendo-os reconhecer por meio de acção proposta contra os credores (e, necessariamente, também contra o insolvente)?

Lima GUERREIRO²¹, escrevendo no domínio da legislação falimentar anterior ao CPREF – mas as modificações subsequentes não parecem ser relevantes quanto a este ponto –, concluía pela afirmativa. Julgamos que bem, pois não vemos qualquer razão para o credor fiscal ficar em situação de desvantagem relativamente aos demais credores.

É certo que o n.º 6 do art.º 180.º do CPPT parece levar a concluir diversamente, uma vez que determina que os créditos vencidos após a declaração de falência (insolvência) não serão objecto de tentativa de cobrança fora do quadro da execução fiscal. Só que não estão aqui em causa créditos *vencidos* após a declaração de falência/insolvência, pois que esta determina o imediato vencimento de todas as dívidas *anteriores* do devedor. Do que se trata é de impostos a serem, posteriormente ao prazo normal, reclamados como créditos sobre a insolvência.

Pergunta-se: qual o interesse prático do prosseguimento da execução fiscal? Isto porque o primeiro efeito da declaração de insolvência é a apreensão do património bruto do insolvente, da totalidade dos seus bens susceptíveis de penhora, os quais passam a integrar a massa insolvente. Essa perda, por parte do insolvente, dos poderes de disposição e administração dos seus bens abrange quer os bens actuais (isto é, os existentes no seu património ou que a ele sejam feitos regressar com referência à data da insolvência), mas, também, os obtidos na pendência do processo, os quais revertem para a massa insolvente, de forma automática, sem necessidade de qualquer iniciativa do administrador da insolvência²².

ser incluídos na relação de créditos relevante para efeito de atribuição do direito a voto na assembleia de credores. Esta norma era muito criticada, desde logo por constituir uma violação do princípio de igualdade dos credores. Hoje, o direito à participação nas assembleias de credores determina-se nos termos dos art.º 72.º e 73.º do CIRE.

²¹ LIMA GUERREIRO, «Os créditos fiscais no novo processo de recuperação de empresas e de falência», *Fisco*, n.º 54, 1993, p. 28.

²² ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, UCP, 2000, p. 117.

É certo que os efeitos da declaração de insolvência não são nem podem ser eternos, especialmente no caso de o insolvente ser uma pessoa singular²³.

Para estas, o novo Código veio criar a possibilidade do *fresh start*, prevendo a possibilidade de exoneração dos créditos sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste, verificado que seja o condicionamento previsto nos art.º 235.º e ss. do CIRE. Só que os créditos tributários estão excluídos da exoneração do passivo restante (art.º 245.º, n.º 2, al. d)). Portanto, encerrado o processo de insolvência, as execuções fiscais contra pessoas singulares poderão prosseguir (art.º 233.º, n.º 1, al. c)).

Se o insolvente for uma sociedade, teremos duas hipóteses a considerar (excluindo o caso excepcional de o devedor requerer o encerramento do processo por, entretanto, ter cessado a sua situação de insolvência): a da aprovação de um plano de insolvência; a do encerramento do processo após o rateio final ou pela constatação da insuficiência da massa insolvente.

Analisaremos, posteriormente, as possíveis consequências da aprovação de um plano de insolvência relativamente aos créditos tributários.

O encerramento do processo na outra hipótese considerada leva à extinção ou liquidação da sociedade comercial devedora (n.º 2 e n.º 3 do art.º 234.º do CIRE), pelo que não se colocará, nestes casos, a questão do eventual prosseguimento, contra ela, de execuções fiscais.

3.5. O reconhecimento dos créditos tributários

Imaginemos a seguinte situação, aliás vulgar: um devedor é declarado insolvente; a administração fiscal reclama créditos por impostos, em relação aos quais está pendente reclamação graciosa, impugnação judicial ou oposição à execução.

Estranhamos que o credor reclamante (qualquer credor) não seja obrigado a, sendo o caso, declarar o carácter litigioso dos seus créditos, que tal menção não conste da enumeração dos elementos informativos que.

²³ OLIVEIRA ASCENSÃO, «Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido», 1995, 677, entendia – no domínio da legislação anterior onde não estava previsto este instituto de exoneração do passivo restante – que, levantada a falência, os credores sacrificados não poderiam reclamar os seus créditos não satisfeitos ao ex-falido, uma vez que a falência, como execução universal, apagaria na totalidade as situações anteriores, qualquer que tenha sido o êxito do processo, constituindo uma juridicidade nova, substitutiva da preexistente.

segundo o disposto no art.º 128.º, n.º 1, do CPREF, devem integrar a reclamação de créditos.

O administrador da insolvência, face à documentação apresentada pela administração fiscal e desconhecendo a existência do litígio, com toda a probabilidade reconhecerá tais créditos ao elaborar a relação a que se refere o art.º 129.º do CIRE. Tal reconhecimento, na maioria dos casos, não será objecto de impugnação: o devedor – provavelmente o único conhecedor da situação –, por certo, o não fará, quando não creia na recuperabilidade da empresa. Não havendo impugnações, o Juiz limitar-se-á a, de imediato, proferir sentença a qual, quanto à verificação dos créditos, se reduz a uma mera homologação da lista apresentada pelo administrador de insolvência (art.º 130.º, n.º 3, do CIRE).

Ou seja, o carácter muito sumário da apreciação que conduz ao reconhecimento dos créditos reclamados facilita em muito a possibilidade de serem reconhecidos créditos que, na realidade, não existem.

Admitamos, agora, que o administrador da insolvência se apercebe, tempestivamente, da existência de um processo de reclamação graciosa ou de impugnação judicial relativo a um crédito que haja sido reclamado como crédito sobre a insolvência. Deve ou não reconhecer tal crédito? Julgamos que deve ser havido por litigioso.

Relativamente à generalidade dos créditos não reconhecidos ou reconhecidos de forma diversa da constante da reclamação, o procedimento que a lei prevê é o seguinte: o credor reclamante é avisado pelo administrador da insolvência do não reconhecimento, dispondo de um prazo de 10 dias para impugnar, junto do Juiz, tal decisão, ou seja, para tentar, na sequência do processo previsto nos art.º 130.º e ss. do CIRE, obter uma sentença que o reconheça.

Só que este processo é inaplicável aos créditos fiscais pela simples razão de que o Juiz do Tribunal onde corre o processo de insolvência é incompetente em razão da matéria para apreciar da legalidade da exigência de impostos. Tal competência é exclusiva da administração fiscal (em sede de procedimento gracioso) e dos Tribunais Tributários.

Julgamos que a solução não poderá ser outra senão a de aguardar pela decisão final do procedimento ou processo tributário, devendo o administrador da insolvência, nos lugares próprios, assumir a defesa do devedor, no uso dos poderes conferidos pelo n.º 3 do art.º 85.º do CIRE. Até acontecer uma decisão com trânsito em julgado, julgamos que se deverá aplicar o disposto no n.º 1 do art.º 180.º, considerando-se condicionalmente verificados os créditos reclamados pela Fazenda Nacional de pelo

que, em consequência, deverão ser observadas as cautelas de prevenção previstas em tal norma.

Esta é a que julgamos ser a solução possível, dentro do (insuficiente) quadro normativo existente. Reconhecemos que este entendimento poderá resultar em manifesto prejuízo dos demais credores, obrigados a esperar, muitas vezes anos, pela decisão final de um processo tributário com o conseqüente adiamento dos pagamentos. Só que pensamos que as dívidas fiscais impugnadas (ou cuja impugnação o administrador da insolvência entenda efectuar por estar ainda a decorrer o prazo para tal à data da sua entrada em funções) não podem ser, pura e simplesmente, tidos por reconhecidas por haverem sido reclamadas e o Tribunal onde corre o processo de insolvência não ser o competente para decidir quanto à sua legalidade²⁴.

4. As dívidas tributárias da massa insolvente

Analisemos uma outra situação: a das dívidas fiscais cujo facto gerador ocorreu no decurso do processo de insolvência

Começemos por notar que, agora, será normal o prosseguimento da actividade comercial do devedor, tendo este uma empresa, uma vez que a declaração de insolvência não tem como consequência imediata a inibição para o exercício do comércio, ao contrário do que sucedia na vigência do CPREF. O que bem se compreende, uma vez que só após a declaração de insolvência é que se saberá, p. ex., se a actividade da empresa prosseguirá no quadro de um plano de insolvência ou se será alienada na sua universalidade (continuando activa, ainda que na titularidade de terceiros), conforme prevê o art.º 162.º do CIRE. Significa isto que, prosseguindo a actividade do devedor, no seu decurso normal nascerão novas obrigações tributárias. Mesmo não existindo ou cessando a actividade comercial, poderão existir bens, integrantes da massa insolvente, capazes de gerar rendimentos tributáveis ou a implicar a sujeição a outras formas de tributação: pensemos no caso, porventura o mais simples, do Imposto

²⁴ Existem aqui várias outras questões para as quais não temos resposta. Consideremos apenas a hipótese seguinte: a administração tributária reclama créditos que haviam sido impugnados junto do Tribunal Tributário. Tais créditos são reconhecidos e o respectivo valor é pago, atento o seu carácter privilegiado. O processo judicial tributário de impugnação prossegue e a liquidação é anulada por o imposto não ser devido. Entretanto, o processo de insolvência encerrou-se. *Quid juris?*

Municipal sobre Imóveis devido até à venda de um prédio integrante da massa insolvente. Aliás, a própria venda dos bens será geradora de obrigações tributárias, nomeadamente em IVA.

As dívidas de imposto originadas por factos relativos aos bens que integram a massa falida são dívidas da massa insolvente. Apesar de não directamente previstas na enumeração a que procede o art.º 51.º do CIRE, são dívidas emergentes de actos de administração, liquidação e partilha da massa insolvente. A estas obrigações tributárias geradas na vigência do processo de insolvência aplica-se, pois, o disposto no art.º 172.º do CIRE: deverão ser pagas pelo administrador da insolvência na data dos respectivos vencimentos, qualquer que seja o estado do processo, e, antes de proceder ao pagamento a quaisquer credores, o administrador deverá deduzir da massa insolvente os bens e direitos necessários à satisfação das dívidas da massa²⁵. Para utilizar a linguagem tradicional, o necessário ao pagamento das dívidas da massa sai precípua do produto desta²⁶.

5. A graduação dos créditos fiscais

A extinção, como efeito da declaração de falência, dos privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de Segurança Social, passando os respectivos créditos a ser exigidos como crédi-

²⁵ Entendemos que o não cumprimento desta obrigação implica a responsabilidade tributária do liquidatário. Porém, a formulação do art.º 26.º, n.º 3, da LGT é infeliz, uma vez que só o responsabiliza no caso de não satisfazer os débitos fiscais em conformidade com o prescrito na sentença de verificação e graduação de créditos, do que se poderá inferir, *a contrario*, que tal responsabilidade não abrange as dívidas fiscais nascidas após a declaração de falência (e que, por isso, não tenham sido incluídas na sentença de verificação e graduação de créditos), como constata, acertadamente, LIMA GUERREIRO, *Lei Geral Tributária*, 2000, p. 151.

²⁶ JOÃO LABAREDA, «Conhecer o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», *Miscelâneas*, n.º 2, IDET, (2004) 27 ss., formula dúvidas sobre a bondade da qualificação imperativa e com carácter universal das dívidas emergentes da administração da massa insolvente como dívidas dela própria, com a consequência da preceuidade relativamente aos créditos sobre a insolvência. Isto porque, uma vez que as novas dívidas resultantes do prosseguimento da actividade empresarial têm, assim, preferência no pagamento relativamente aos créditos existentes à data da declaração de insolvência, parece sair reforçado o interesse dos credores da insolvência no imediato encerramento da actividade da empresa.

tos comuns, foi considerada pelo próprio legislador como a novidade de maior monta introduzida pelo CPEREF.

Tal extinção apareceu justificada pelas seguintes razões²⁷: acabar com o desinteresse do credor Estado relativamente a uma efectiva colaboração nos processos de recuperação de empresas. Isto porque ele nada arriscaria ao não se empenhar ao tais processos, na medida em que manteria sempre a prioridade de pagamento em caso de falência. Desinteresse este incompreensível na medida em que o Estado deveria ser o primeiro a dar exemplo na participação no sacrifício comum que os “deveres de solidariedade económica e social” impõem que sejam feitos em ordem à recuperação de empresas merecedoras de uma tal oportunidade. Por outro lado, também os demais credores se desinteressavam de pedir a falência e participar no respectivo processo, uma vez que, na maior parte dos casos, nada iriam receber dado que os bens do devedor seriam afectados exclusivamente ao pagamento das dívidas ao Estado e Segurança Social.

Foi esta uma medida que, na altura, vivamente se aplaudiu.

O art.º 97.º do CIRE introduziu um novo recuo relativamente a esta matéria, uma vez que mantém os privilégios de que gozam os impostos constituídos ou vencidos há menos de 12 meses da data do início do processo de insolvência²⁸.

Em causa estão, apenas, os privilégios que constituem garantia de créditos do Estado, autarquias e Segurança Social. Assim, julgamos que se mantém válido o decidido pelo STJ, em sede de revista ampliada²⁹, no domínio da legislação anterior, entendendo que tal extinção de privilégios não abrange os que garantem créditos de institutos públicos.

²⁷ Preâmbulo (n.º 6) do DL n.º 132/93, de 23 de Abril, que aprovou o CPEREF.

²⁸ Há aqui que salientar um pormenor não despidendo. Tratando-se de privilégios gerais, extinguem-se os constituídos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência. Como o nascimento (a constituição) do privilégio é contemporâneo do nascimento do crédito a que está associado, tal significa que cessam os privilégios gerais relativos a tributos cujo facto gerador (ou a sua conclusão, no caso dos impostos periódicos) tenha acontecido há mais de doze meses. Mas, relativamente aos privilégios creditórios especiais, o prazo conta-se relativamente à data do vencimento da dívida de imposto assim garantida. Significa isto que, por exemplo, se mantém os privilégios creditórios especiais que garantem o pagamento da contribuição autárquica/ IMI relativa a anuidades anteriores que tenham “sido inscritas para cobrança” (para utilizar a linguagem do art.º 744.º, n.º 1, do Código Civil) no ano anterior ao da declaração de insolvência.

²⁹ STJ, Jurisprudência n.º 1/2001, DR, I-A, 5/01/01, 52 ss.

O que poderá resultar paradoxal na medida em que entes com esta natureza podem ser titulares de impostos.

A nova lei resolveu expressamente a questão das hipotecas legais, considerando extintas, apenas, aquelas cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência.

Como é sabido, as hipotecas legais assumem particular relevo enquanto garantia especial de créditos tributários. Isto, desde logo, porquanto a possibilidade da constituição de hipoteca legal surge na lei, muitas vezes, como sucedâneo dos privilégios creditórios, como garantia especial de anuidades de um imposto não abrangidas pelo privilégio creditório ou como de reforço da garantia, apesar da existência de privilégios (p. ex., em ordem a criar um efeito de sequela que os privilégios gerais não conferem). Daí que a questão de saber se a extinção de privilégios em consequência da declaração de falência abrangia também as hipotecas legais fosse muito debatida na doutrina e jurisprudência na vigência do CPREF³⁰.

O novo regime geral permite à administração fiscal – a qual dispõe de uma ampla prerrogativa para constituir unilateralmente hipotecas³¹, – manter, por esta forma, o carácter preferencial dos seus créditos, mesmo que muito antigos (salvaguardados os prazos prescricionais). Assim, temos que, em frustração dos objectivos visados pelo legislador quando decidiu tornar efeito normal da declaração de falência/insolvência a abolição dos privilégios creditórios associados aos créditos fiscais, estes manterão o seu carácter de créditos “garantidos” ou “privilegiados”,

³⁰NORBERTO SEVERINO/LIMA GUERREIRO. *Código ...*, 1993, p. 153; CARVALHO FERNANDES /JOÃO LABAREDA. *Código...*, 1999, p. 404 ss.; em sentido contrário ia a jurisprudência dominante (Ac. do STJ de 3/03/98, BMJ n.º 475, 1998, 548 ss., e de 18/06/2002, CJ, II, 2002, 115 ss) com base, essencialmente, no argumento de que o elemento literal da norma (do art.º 152.º do CPREF) não permitia uma interpretação extensiva, desde logo porque o legislador por certo saberia a diferença entre privilégio e hipoteca legal.

³¹Dispõe o art.º 195.º do CPPT que “quando o risco financeiro envolvido o torne recomendável, o órgão de execução fiscal, para garantia dos créditos tributários, poderá fundamentadamente constituir hipoteca legal ao penhor, de forma que assegure a totalidade da dívida exequenda e acrescido”.

Temos as maiores dúvidas de que esta norma seja suficiente para permitir a constituição de hipotecas legais para a garantia de todos e quaisquer créditos tributários em fase de execução. Desde logo, porque existem normas substantivas prevendo, apenas para situações específicas, o direito do credor tributário a fazer-se garantir através da constituição de hipoteca legal (cf., p. ex., o art.º 705.º, al. a) do Código Civil).

independentemente da respectiva antiguidade, sempre que a administração fiscal seja diligente na constituição de hipotecas legais³².

6. Os créditos tributários e o plano de insolvência

O pagamento aos credores da insolvência pode, agora, ocorrer no quadro de um plano de insolvência. Dá-se, assim, continuidade à possibilidade de ser aprovado um conjunto de medidas visando a recuperação da empresa devedora³³ e, em resultado de tal recuperação, os credores serem pagos pela totalidade ou parte dos respectivos créditos.

A matéria do plano de insolvência é objecto de previsão legislativa que consideramos demasiado escassa, remetendo o legislador a definição do conteúdo para a vontade dos credores, limitando-se o Juiz, quando actue oficiosamente, a um controlo de legalidade com vista à respectiva homologação³⁴.

Coloca-se aqui toda uma série de questões de âmbito mais geral, nomeadamente a medida em que créditos que gozam de garantias especiais podem ser afectados (no seu montante, nos seus prazos de pagamento, etc.), sem consentimento dos respectivos titulares, em resultado da vontade da maioria que, em assembleia de credores, aprove o plano de insolvência. Não aprofundaremos por ora a questão, limitando-nos a assinalar o carácter meramente supletivo do disposto no art.º 197.º do CIRE, segundo o qual os direitos decorrentes de garantias legais e de privilégios creditórios não são afectados pelo plano³⁵. A única exclusão imperativa parece ser a prevista no art.º 196.º, n.º 2, do CIRE. Ou seja, a nova lei parece não excluir liminarmente a possibilidade de os créditos tributários poderem ser afectados no seu montante e exigibilidade por um plano de insolvência, mesmo no caso de serem créditos privilegiados.

³² Coincidindo nesta crítica, JOÃO LABAREDA, «O novo Código...», (2004) 22.

³³ Significativamente, ao que julgamos, esta expressão não aparece ao longo do Código, apenas figurando no respectivo título.

³⁴ N.º 9 do *Preâmbulo* do CIRE

³⁵ Muito mais claro era o regime estabelecido pelo art.º 62.º do CPEREF: as providências que envolviam a extinção ou a modificação dos créditos sobre a empresa era apenas aplicáveis aos créditos comuns e aos créditos com garantias prestadas por terceiro, devendo incidir proporcionalmente sobre todos eles, salvo acordo expreso dos credores afectados, e podiam estender-se ainda aos créditos com garantia real sobre os bens da empresa devedora, nos termos em que o credor beneficiário da garantia real visse a acordar.

Temos, assim, duas questões: saber se, e em que medida, a administração fiscal pode votar favoravelmente um plano de insolvência que envolva os respectivos créditos; e em que medida é que os créditos fiscais podem resultar afectados por um plano de insolvência aprovado, apesar do voto contrário da administração fiscal. Questões que, como veremos, deverão ter uma resposta, no essencial, coincidente.

A posição da administração fiscal quanto à primeira questão é, segundo informa LIMA GUERREIRO³⁶, a de que do princípio da indisponibilidade dos créditos tributários resulta a impossibilidade legal de o Estado aderir a providências que impliquem uma redução dos seus créditos de imposto, só podendo aceitar uma moratória no pagamento e esta, apenas, dentro dos limites que a lei admite.

Estamos de acordo com esta posição, cuja defesa resulta hoje facilitada pelo desaparecimento da norma que constava do art.º 62, n.º 2, do CPEREF, a qual poderia ser entendida como conferindo base legal para a administração fiscal, autorizada pelo membro do Governo que a tutela, aderir, discricionariamente, a providências de recuperação de empresas.

Sujeita a um dever de actuar nos termos da lei, a administração tributária só pode conceder aos contribuintes as facilidades de pagamento que aquela expressamente prevê (art.º 36.º, n.º 3, da LGT). A indisponibilidade da obrigação tributária implica ser esta irrenunciável e imodificável, salvo na medida em que a lei expressamente preveja de forma diferente³⁷.

Quais são, então, as facilidades que a administração fiscal³⁸ pode conceder a um devedor de imposto, nomeadamente em sede de aprovação de um plano de insolvência visando a recuperação da sua actividade empresarial? São apenas as que resultam da possibilidade de pagamento em prestações nos termos previstos no art.º 196.º do CPPT.

Umhas breves notas sobre o disposto em alguns dos pontos desta norma:

Primeira, que o n.º 5 deste preceito, ao prever a possibilidade excepcional de alargamento do prazo de pagamento em prestações mensais até cinco anos nos casos em que se demonstre notória dificuldade financeira e previsíveis consequências económicas (presume-se que negativas)

³⁶ LIMA GUERREIRO, «Os créditos fiscais no novo Código dos Processos Especiais de Recuperação e de Falência», cit., (1993), 15 s.

³⁷ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2003, p. 246 ss.

³⁸ Consideraremos apenas o caso dos impostos em sentido estrito, aqueles cuja administração cabe à DGI.

para os devedores, parece especialmente talhado para as situações de empresas visando a sua recuperação através da aprovação de um plano de insolvência.

Segunda, o n.º 3 de tal artigo, ao prever, em excepção ao disposto no número anterior, a possibilidade do pagamento em prestações de dívidas relativas (entre outros) a impostos retidos na fonte ou legalmente repercutidos a terceiros quando “esteja em aplicação um plano de recuperação económica de que decorra a imprescindibilidade da medida”, parece, também, pensado para os casos de empresas sujeitas a processo judicial onde seja encarada a sua recuperação (embora, rigorosamente, se esteja, ainda, em sede de aprovação de um plano de insolvência e não da sua aplicação).

Só que a exigência colocada por este normativo (obrigatoriedade da substituição dos gerentes e administradores responsáveis pela não entrega das prestações tributárias em causa), além de dificilmente compreensível no plano jurídico, pode, em termos práticos, comprometer decisivamente a viabilização da empresa. Esta exigência é mais uma manifestação do entendimento legislativo de que a não entrega de tais importâncias corresponde à apropriação ilícita de dinheiro alheio – é um abuso de confiança como a lei o tipifica para efeitos criminais. O “absurdo” de tal norma resulta, desde logo, da exigência do afastamento dos gerentes e administradores “responsáveis” num momento em que tal responsabilidade, quer para efeitos criminais, quer para efeitos civis, ainda não foi apurada. Ou seja, esta norma parece impor o afastamento de *todos* os administradores e gerentes em funções “potencialmente” responsáveis por, no período da respectiva gerência, ter acontecido a obrigação de entrega dos impostos em causa. Acresce que este afastamento parece dever ter lugar mesmo quando a legalidade da exigência de todos ou parte dos impostos em causa ainda não esteja definitivamente apreciada, p. ex., estando pendentes processos de impugnação. Mais, parece-nos que esta exigência legal não constituirá, só por si, no plano das relações entre a sociedade e esses gerentes ou administradores, justa causa para a demissão destes. Ou seja, a lei parece exigir que a sociedade tenha, eventualmente, de cometer um ilícito contratual, afastando esses gerentes ou administradores (que muitas vezes nem serão sócios mas gestores profissionais) do exercício de funções, com a consequente obrigação de os indemnizar³⁹.

³⁹ Decidindo no sentido de que a obrigação *ex lege* de nomeação de uma nova administração, no quadro de um processo de recuperação de empresas, não exclui o direito dos

Uma boa ajuda à recuperação de uma empresa! Por último, a questão prática essencial: o afastamento dos titulares (de todos) dos órgãos de gestão significará, na maioria dos casos, a impossibilidade do êxito de uma qualquer medida de recuperação. Estas pessoas serão, muitas vezes, os únicos detentores do *know how* indispensável ao prosseguimento do negócio, conhecerão como ninguém a própria empresa e o mercado onde esta actua... Ou seja, sem os seus administradores e gerentes, a empresa dificilmente terá êxito na sua actividade; sem uma moratória quanto ao pagamento das suas principais dívidas fiscais, a empresa não subsistirá, qualquer que seja o êxito da sua actividade no futuro.

Restará considerar um último ponto: a autorização para o pagamento em prestações implica a manutenção das garantias prestadas, ou, na sua falta ou insuficiência, das penhoras realizadas. Porém, o art.º 218.º, n.º 1, do CPPT abre uma excepção a esta regra: o Juiz, quando a medida for extensiva aos credores em circunstâncias idênticas às da Fazenda Pública⁴⁰, poderá levantar a penhora a requerimento do gestor judicial, com fundamento nos interesses da recuperação, obtido parecer favorável da comissão de credores. Julgamos que esta norma se deve considerar em vigor.

O seu interesse prático será, nomeadamente, o de – no quadro de um plano de insolvência que preveja a continuação da exploração da empresa – permitir a venda de determinados bens quer para imediata realização de

administradores afastados à indemnização legalmente prevista para a destituição sem justa causa, o Ac. da Relação de Lisboa de 18/04/02, CJ, II, (2002), 116 ss.

⁴⁰ Temos dúvidas quanto ao significado desta expressão “circunstâncias idênticas”. Entendemos, em primeiro lugar, que estando em causa o levantamento da penhora incidente sobre bens determinados, a questão só se porá relativamente aos credores com garantia real ou penhora sobre esses concretos bens. Parece-nos que, existindo várias penhoras, o requerimento necessariamente as abrangerá a todas, pois não fará qualquer sentido solicitar o levantamento da penhora fiscal mantendo-se as penhoras de que beneficiam outros credores: tal dificilmente pode ser do interesse objectivo da recuperação. Ao permitir que a penhora seja levantada, o Juiz fará, em termos práticos, ao menos na maior parte dos casos, extinguir a garantia “real” do crédito fiscal quanto a esses bens. O que a lei, certamente, pretende é que uma tal decisão não resulte em favor de outros credores que, uma vez afastado o Fisco, poderiam lograr a efectiva cobrança dos seus créditos pelo funcionamento das garantias de que dispõem. Assim, p. ex., só seria de admitir o levantamento de uma penhora feita em execução fiscal – “permitindo-se” uma subsequente alienação ou oneração do bem – se os credores com hipoteca posterior sobre esse bem, cujo crédito não prevaleceria em concurso com o crédito fiscal, renunciassem, também, à sua garantia.

liquidez, quer em ordem a uma renovação de equipamentos da empresa, com a sua substituição por outros⁴¹.

Outra questão: os créditos de impostos, especialmente quando devam ser havidos como comuns em razão da extinção das garantias reais e privilégios gerais que lhes estavam associados, podem ser objecto de redução ou de modificação em resultado da aprovação de um plano de insolvência?

Julgamos, também, que não!

Em primeiro lugar, salientamos o seguinte: há que não confundir a natureza de um crédito com a “classe” a que pertence. Um crédito por imposto mantém sempre esta mesma natureza. A relação jurídico-tributária rege-se por normas próprias que a cobrança do imposto em processo de insolvência deixa intocadas. Questão diferente é a de saber se, em sede de concurso de credores, deverá ou não existir uma prioridade no pagamento dos impostos, se devem ser havidos como créditos “garantidos”, “privilegiados” ou “comuns”.

Dispõe o n.º 2 do art.º 30.º da LGT que o crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária. Ou seja, só o legislador (e um legislador particularmente habilitado, em razão da dimensão formal do princípio da legalidade tributária) tem competência para fixar as condições em que deva acontecer a extinção (total ou parcial) da obrigação fiscal⁴² ou, mesmo, alterar as condições do seu pagamento.

Ora, na hipótese que estamos a considerar, a alteração do conteúdo da obrigação fiscal ocorreria não por força da lei mas em resultado da vontade da maioria dos credores.

Não é, pura e simplesmente, admissível entender que a lei (o CIRE) remeteu para a assembleia de credores a definição da existência, conteúdo e prazos de pagamento das obrigações fiscais do devedor. Tal seria

⁴¹ A solução de “transferência” da penhora para os bens adquiridos poderá não ser exequível, uma vez que a difícil situação da empresa implicará, muitas vezes, que a disponibilidade de novos equipamentos seja conseguida por outras formas que não a sua aquisição (v.g., o recurso ao *leasing*).

⁴² Em matéria de juros moratórios, a lei admite a possibilidade de uma intervenção administrativa na sua fixação. Assim, o art.º 3.º, n.º 5, do DL n.º 73/99, de 16 de Março, prevê que a respectiva taxa possa ser reduzida por despacho ministerial no âmbito de um procedimento conducente à celebração de um contrato de consolidação financeira e reestruturação empresarial ou de um processo especial de recuperação de empresas. No sentido de não estarem os juros abrangidos pelo princípio da indisponibilidade do imposto, PIMENTEL LOURENÇO, «A indisponibilidade do imposto», *CFE*, n.º359 (1999), 87.

inconstitucional por violação não só do princípio da lei formal mas, essencialmente, do princípio da tipicidade. Um perdão ou moratória relativos a dívidas fiscais decididas em assembleia de credores constituiria um autêntico benefício fiscal, uma medida excepcional a determinar a não cobrança do imposto ditada por interesses económicos e sociais que se entenderia deverem prevalecer no caso concreto.

Por exigência constitucional, nem a administração fiscal, nem, muito menos, uma assembleia de credores podem conceder benefícios fiscais.

Em resumo, concluímos que da aprovação de um plano de insolvência nunca pode resultar a extinção ou redução de créditos fiscais. Apenas pode ser lograda uma moratória no pagamento, um pagamento em prestações, desde que autorizado pela administração fiscal e observado que seja o condicionalismo previsto no art.º 196.º do CPPT.

Significa isto que o Juiz deve, oficiosamente, recusar a homologação do plano de insolvência sempre que dele resultem alterações à situação do credor tributário que vão além de um pagamento em prestações autorizado pela administração fiscal nos termos legais. O fundamento directo de tal não homologação será “a violação não negligenciável (...) das normas aplicáveis ao seu conteúdo, qualquer que seja a sua natureza, (...)”, no dizer do art.º 215.º do CIRE.

Igual atenção deve ter o Ministério Público, enquanto guardião da legalidade e defensor dos interesses fazendários do Estado, o qual, em tais circunstâncias, deve promover a não homologação do plano de insolvência, nos termos do art.º 216.º do CIRE, ou, sendo o caso, interpor recurso da decisão homologatória⁴³.

⁴³ LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, (1999), p. 202, entendiam que se um crédito for atingido por uma providência que, apesar do vício, obteve homologação sem que, tempestivamente, o credor haja interposto recurso, a medida consolida-se de acordo com as regras gerais do caso julgado. Temos as maiores dúvidas em aceitar que tal caso julgado seja oponível à administração fiscal. Em nosso entender, encerrado o processo em razão da aprovação de um plano de insolvência e prosseguindo o insolvente a sua actividade, a administração fiscal poderá prosseguir com as acções de execução fiscal mesmo que relativas a créditos reclamados no processo de insolvência.

7. Um último ponto:

Para recordar as possíveis consequências fiscais da declaração de insolvência, quer para os credores, quer para o próprio devedor (em relação a este, no caso de ter sido aprovado um plano de insolvência que implique um perdão parcial das suas dívidas).

Temos, em primeiro lugar, o disposto no art.º 35.º, n.º 1, al. a), do CIRC⁴⁴, segundo o qual a pendência de um processo de insolvência possibilita aos credores (reclamantes ou não, uma vez que o preceituado nas diferentes alíneas desta norma tem carácter disjuntivo) a constituição de uma provisão correspondente à totalidade do valor tais créditos. Isto em razão de a lei considerar a pendência de um tal processo como indício de cobrança duvidosa. Julgamos que o princípio da especialização dos exercícios obriga à constituição da provisão, o mais tardar⁴⁵ no ano em que o processo de insolvência teve início, uma vez que então ocorre o facto que integra a presunção legal de incobrabilidade.

Se, em resultado de um plano de insolvência, o valor dos créditos for objecto de redução, o montante “perdoado” é considerado como custo ou perda do respectivo exercício (salvo, como é óbvio, se já estiver devidamente provisionado). Tendo sido constituída uma provisão pelo valor total do crédito, os recebimentos que se venham a verificar serão considerados proveitos do exercício em que aconteçam.

Do lado do devedor, temos que o perdão parcial das dívidas, se previsto no plano de insolvência como é normal acontecer, constitui uma variação patrimonial positiva que, em princípio, concorreria para a quantificação do respectivo lucro tributável. De forma a evitar que da aprovação de um plano de insolvência que suponha a continuidade da actividade económica do devedor resultem consequências fiscais negativas para este, o art.º 268.º do CIRE⁴⁶ desconsidera tais ganhos para efeitos tributários.

⁴⁴Aplicável à determinação dos rendimentos da categoria B do IRS de sujeitos passivos com contabilidade organizada, por força do disposto no art.º 31.º do respectivo Código. Entendemos, com apoio em alguma jurisprudência, que a possibilidade de constituir estas provisões aproveita também aos contribuintes sujeitos ao regime simplificado, uma vez que a constituição de uma provisão para créditos de cobrança duvidosa visa “anular” um proveito registado na contabilidade que não corresponde à realidade e, mesmo no regime simplificado, o rendimento tributável é calculado com base em rendimentos brutos reais.

⁴⁵Se antes tal crédito não tiver sido, total ou parcialmente, provisionado ao abrigo do disposto no art.º 35.º, n.º 1, al. c), do CIRC.

⁴⁶Que nada alterou de substancial relativamente ao art.º 119.º do CPEREF.

Não haverá lugar a tributação em impostos sobre o rendimento, em Imposto de Selo e em Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis em razão da cessão de bens aos credores como forma de pagamento de dívidas da insolvência (art.º 268.º, n.º 1, 269.º al. c) e 270.º, n.º 1 al. c) do CIRE), no intuito óbvio de facilitar tal tipo de acordos. Seguindo a mesma lógica, são isentas da tributação nestes dois últimos impostos toda uma série de operações de reestruturação financeira ou jurídica que o plano de insolvência pode prever (art.º 269.º e 270.º do CIRE).

Finalmente, o IVA. Dispõe o n.º 8 do art.º 71.º do CIVA que “os sujeitos passivos poderão deduzir ainda o imposto respeitante a créditos considerados incobráveis em (...) processo ou medida especial de recuperação de empresas ou a créditos de falidos ou insolventes, quando for decretada a falência ou a insolvência”. Mais uma vez a lei considera que a declaração de insolvência indicia a irrecuperabilidade total ou parcial de crédito.

O exercício deste direito à dedução não exclui que, nos termos do n.º 13 do mesmo preceito, o sujeito passivo fique obrigado a entregar o correspondente imposto se e quando se verificar o pagamento, total ou parcial, dos seus créditos sobre o insolvente.

A nosso ver, esta disposição precisa de ser clarificada em razão da entrada em vigor do CIRE. Na realidade, a falência ou insolvência do devedor nela referidas significavam, no quadro da lei anterior, que se seguiria sempre a liquidação do património a favor dos credores. Não acontece mais assim, uma vez que agora o devedor pode ser declarado insolvente e, depois, conseguir uma “recuperação” no quadro de um plano de insolvência. Ora, a lei (o referido n.º 8 do art.º 71.º do CIVA) só admite a dedução do imposto relativamente aos créditos considerados incobráveis em processo de recuperação de empresas, ou seja, àqueles montantes que, nos termos da medida aprovada, o sujeito passivo deixa de receber.

Apesar da desconformidade entre o que prevê o CIVA e a realidade que, agora, resulta do CIRE, entendemos poder defender o seguinte: poderá ser deduzida a totalidade do imposto facturado ao insolvente se na assembleia para a aprovação do relatório a que se refere o art.º 156.º do CIRE for decidido o encerramento dos estabelecimentos compreendidos na massa insolvente. Uma tal deliberação significa que, em prin-

cípio⁴⁷, se seguirá a liquidação do património do devedor, o fim da sua actividade empresarial, ou seja, a mesma situação que, antes, resultava da declaração de falência.

Pelo contrário, se for perspectivada a possibilidade de um plano de insolvência visando a recuperação da empresa devedora, haverá que aguardar pela assembleia de credores prevista no art.º 209.º do CIRE, e, em caso de aprovação do plano, pela respectiva homologação judicial para, só então, se poder determinar quais os créditos que devem ser havidos por incobráveis e, portanto, qual o IVA dedutível.

⁴⁷ Em princípio, pois que a decisão dos credores pela aprovação de um plano de insolvência pode ser tomada em momento posterior.