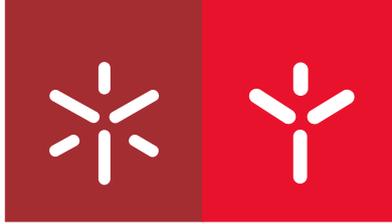


Universidade do Minho
Escola de Direito

José Manuel Esteves Gonçalves Ferreira

**A exoneração do passivo restante:
algumas considerações sobre o regime
(em especial sobre a decisão liminar)**



Universidade do Minho
Escola de Direito

José Manuel Esteves Gonçalves Ferreira

**A exoneração do passivo restante:
algumas considerações sobre o regime
(em especial sobre a decisão liminar)**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Catarina Serra

DECLARAÇÃO

Nome: José Manuel Esteves Gonçalves Ferreira

Endereço eletrónico: jmeg.ferreira@gmail.com

Telefone: 914732500

Titular do Cartão do Cidadão 10000899

Título da dissertação: A exoneração do passivo restante: algumas considerações sobre o regime (em especial sobre a decisão liminar)

Orientadora: Professora Doutora Catarina Serra

Ano de conclusão: Outubro de 2012

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE/TRABALHO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 29 de Outubro de 2012

José Manuel Esteves Gonçalves Ferreira

AGRADECIMENTOS

Estas linhas são dedicadas a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, contribuíram para que a presente dissertação chegasse a este ponto. Não obstante o trabalho ser eminentemente solitário, certo é que sem o apoio de terceiros, a tarefa, apesar de não ser impossível, resultaria sempre muito onerada.

Não nos querendo *exonerar* da responsabilidade de recordar todos e cada um dos que ajudaram – às vezes com uma simples palavra de encorajamento – e a quem saudamos reconhecidos, importa recordar aqui, muito em particular, em primeiro lugar, a Senhora Professora Doutora Catarina Serra, orientadora desta dissertação: por todo o saber e apoio ao longo da redação, pela disponibilidade permanente e a discussão iluminante bem como a crítica sempre pertinente. Sobretudo, o nosso muito obrigado por ter aceite e superiormente dirigido a orientação.

Também à Escola de Direito da Universidade do Minho impõe-se um agradecimento pelo acolhimento e pela possibilidade conferida de produzir a presente dissertação.

Finalmente, à minha família, e em especial à Inês e ao João que sempre apoiaram mesmo nos dias em que não brincámos...

RESUMO

A exoneração do passivo restante tem vindo a assumir um protagonismo crescente no âmbito do processo de insolvência. Efetivamente, e mercê de um problema de sobreendividamento decorrente de um recurso maciço ao crédito, problema esse agravado pelo clima de contração decorrente da crise económica mundial que se tem vindo a fazer sentir desde 2008, o número de pessoas objeto de uma decisão de insolvência tem vindo a aumentar exponencialmente em Portugal.

Tentando evitar que por força das decisões judiciais se venha a criar uma nova classe social de pobres durante vinte anos – período de tempo necessário para que as dívidas não possam ser mais judicialmente exigíveis – o legislador, inspirando-se nos modelos norte-americano e alemão, introduziu no ordenamento jurídico português o instituto da exoneração do passivo restante. Esta figura prevê a possibilidade que, observados determinados requisitos, o insolvente, após cinco anos de pagamento de dívidas, se veja desobrigado do pagamento das dívidas ainda existentes e possa começar a sua vida de novo liberto do peso financeiro do passivo.

Ao longo da presente dissertação, após termos enquadrado o problema e perspetivado a sua evolução histórico-normativa, analisámos as circunstâncias em que poderia ser requerida (e concedida) a exoneração do passivo restante. Ainda neste âmbito indagámos sobre as consequências decorrentes da concessão da exoneração do passivo restante, designadamente o que sucederia às obrigações não cumpridas pelo devedor tendo concluído pela sua conversão em obrigações naturais.

Abordámos igualmente as exceções existentes no instituto da exoneração do passivo sobretudo no que respeita aos créditos de que o Estado é titular tendo também estudado as hipóteses em que o mecanismo da exoneração do passivo restante possa ser objeto de uma utilização abusiva.

Finalmente, e indo um pouco além da conceitualização do legislador que se referiu à exoneração do passivo restante como uma hipótese de *fresh start*, sedimentámos a nossa conclusão num *earned start*; isto é, este instituto não será apenas concedido por força da lei, mas porque o seu destinatário mereça ser agraciado com tal possibilidade.

ABSTRACT

The discharge mechanism has taken a leading role in the context of insolvency proceedings. In fact, starting as over-indebtedness following a massive recourse to credit – an issue aggravated by the climate of contraction due to the global economic crisis that has been felt from 2008 – the number of people subjected to a decision of insolvency has increased exponentially in Portugal.

Trying to avoid a new class of poor people that, by the force of legal decisions, would be lingering for twenty years – the period of time required for the debts be no more judicially enforceable – the legislator, inspired by the American and German models, introduced in the Portuguese law the discharge. This figure provides the possibility that, subject to certain requirements, the bankrupt, after five years of debt payments, be relieved of the payment of the debts that still exist and can start his life again freed from the burden of financial liability.

Throughout this dissertation, after having covered the problem and its historical evolution, we examined the circumstances in which it could be requested (and granted) the dismissal of the remaining liabilities. In this matter we sought after the consequences of granting the dismissal of the remaining liabilities, including what would happen to obligations unfulfilled by the debtor having concluded by the conversion to natural obligations.

We also addressed the exceptions in the discharge institute with regard to claims that the state owns and studied the cases in which that mechanism can be subject to misuse.

Finally, and going a bit beyond the conceptualization of the legislator who referred to the dismissal of the remaining liability as a chance to a *fresh start*, our conclusion reached the concept of a *earned start*; thus this institute will not only be granted by law, but because its recipient deserves to be honored with such a possibility.

Índice

Capítulo 1: Acolhimento e evolução do regime da insolvência de pessoas singulares.	1
Secção 1: Notas gerais.	1
Secção 2: A regulação do sobreendividamento.	5
Secção 3: O modelo português.	10
Subsecção 1: Das Ordenações ao CPEREF.	10
Subsecção 2: O CIRE.	19
Capítulo 2: Admissibilidade da exoneração do passivo restante.	25
Secção 1: Do indeferimento.	29
Secção 2: Da admissão condicionada.	36
Secção 3: Do despacho inicial.	38
Subsecção 1: Natureza jurídica da exoneração.	39
Subsecção 2: O fiduciário.	54
Subsecção 3: Cessão dos rendimentos do insolvente.	59
3.1: A natureza da cessão.	59
3.2: Aspetos procedimentais da cessão.	61
3.3: O rendimento disponível.	63
3.4: As obrigações do devedor durante o período da cessão.	68
Subsecção 4: A cessação antecipada da exoneração.	70
Subsecção 5: A revogação da exoneração.	73
Capítulo 3: A exoneração do passivo restante. Concessão e consequências.	77
Secção 1: A concessão da exoneração.	77
Secção 2: A extinção de créditos.	78
Secção 3: A extinção das obrigações.	80
Secção 4: A exoneração do passivo restante enquanto modalidade de extinção das obrigações.	84
Secção 5: A conversão em obrigações naturais.	86
Capítulo 4: A subsistência de créditos.	93
Secção 1: Créditos de interesse social.	95
Secção 2: Créditos cuja manutenção resulta da prossecução de interesses estatais.	99

Subsecção 1: Interesses públicos.	99
Subsecção 2: Interesses injustificados(?).	101
Capítulo 5: Casos-limite da exoneração do passivo restante.....	107
Secção 1: Do abuso da exoneração.	107
Subsecção 1: A proteção dos interesses dos credores.....	108
Subsecção 2: A proteção dos interesses do devedor.	109
Secção 2: A insuficiência da massa insolvente como obstáculo à exoneração do passivo restante.....	112
Capítulo 6: Considerações finais. A exoneração e o conceito de <i>fresh start</i>	115
Bibliografia	123

Acrónimos e abreviaturas

A(A): Autor(es);

AA. VV.: Autores vários;

Al(s): Alínea(s);

Art(s).: Artigo(s);

BOA: Boletim da Ordem dos Advogados;

CC: Código Civil;

CCom: Código Comercial;

CEJUR: Centro de Estudos Jurídicos do Minho;

CFal: Código das Falências;

Cfr.: Confirmar/confrontar;

CIRE: Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas;

Cit./op. cit.: opus citatum est / (d)a obra citada;

CP: Código Penal;

CPC: Código de Processo Civil;

CPCom: Código de Processo Comercial;

CPEREF: Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência;

CPP: Código de Processo Penal;

CRP: Constituição da República Portuguesa;

CSC: Código das Sociedades Comerciais;

CT: Código do Trabalho;

DL: Decreto-Lei;

DR: Diário da República;

DReg.: *Regio decreta*;

DRet/Ret: Declaração de retificação

Ed.: Edição;

IAPMEI: Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento;

L: Lei;

LC: Lei Constitucional;

LGT: Lei Geral Tributária;

LOFTJ: Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais;

MP: Ministério Público;

OE: Orçamento de Estado;

P(p): Página(s);

Port.: Portaria;

RCP: Regulamento das Custas Processuais;

Ret.: v. DRet/Ret;

RGIT: Regime Geral das Infrações Tributárias;

STJ: Supremo Tribunal de Justiça;

S(s): Seguinte(s)

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;

UC: Unidade(s) de conta;

V.: *Vide*; ver;

Vol.: Volume.

Capítulo 1: Acolhimento e evolução do regime da insolvência de pessoas singulares.

Secção 1: Notas gerais.

Com a aprovação do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas¹, uma das principais alterações legislativas introduzidas, no que à insolvência de pessoas singulares diz respeito, foi a criação do instituto da exoneração do passivo restante constante do título XIII do diploma legal em causa. Efetivamente, até 2004, e neste estrito conspecto, inexistia no plano legal um tratamento autónomo dos circunstancialismos de índole falimentar exclusivo das pessoas singulares, sendo tais situações reguladas pelo regime genérico em vigor e aplicável indistintamente a pessoas singulares e coletivas^{2 3}.

O aparecimento deste instituto – inspirado em modelos históricos de origem norte-americana – prendeu-se com o propósito assumido de permitir aos insolventes (pessoas

¹ Aprovado pelo DL 53/2004 de 18.03. Foi definido um período de *vacatio legis* de 180 dias (artigo 13º do DL cit.); porém, na esteira da profícua atividade legislativa indígena, mesmo antes da sua entrada em vigor, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (e doravante CIRE, sendo que qualquer menção legal, sem indicação de origem diversa, ter-se-á por reportada a este diploma), foi alterado pelo DL 200/2004 de 18.08 (e objeto de republicação). Em sequência veio a ser sucessivamente alterado pelos DL 76-A/2006 de 29.03, DL 282/2007 de 07.08, DL 116/2008 de 04.07, DL 185/2009 de 12.08 e pela L 16/2012 de 20.04.

² Bem como à herança jacente, às associações sem personalidade jurídica e às comissões especiais, às sociedades civis, às sociedades comerciais e às sociedades civis sob a forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, às cooperativas, antes do registo da sua constituição, ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada e, ainda, a quaisquer outros patrimónios autónomos, nos termos do artigo 2º/1.

Do âmbito do processo de insolvência estão, todavia, excluídas, nos termos do artigo 2º/2, as pessoas coletivas públicas e as entidades públicas empresariais bem como as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades e que, no caso vertente, será o Regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras aprovado pelo DL 298/92 de 31.12 e alterado pelos DL 246/95 de 14.09, 232/96 de 05.12, 222/99 de 22.06, 250/2000 de 13.10, 285/2001 de 03.11, 201/2002 de 26.09, 319/2002 de 28.12, 252/2003 de 17.10, 145/2006 de 31.07, 104/2007 de 03.04, 357-A/2007 de 31.10, 1/2008 de 03.01, 126/2008 de 21.07, 211-A/2008 de 03.11, L 28/2009 de 19.06, pelo DL 162/2009 de 20.07, pela L 94/2009 de 01.09, pelos DL 317/2009 de 30.10, 52/2010 de 26.05, 71/2010 de 18.06, pela L 36/2010 de 02.09, pelo DL 140-A/2010 de 30.12, pela L 46/2011 de 24.06 e pelos DL 88/2011 de 20.07, 119/2011 de 26.12 e 31-A/2012 de 10.02.

³ Este artigo constitui uma inovação no que respeita ao âmbito subjetivo do processo insolvencial. Com efeito, no domínio do CPEREF (DL 132/93 de 23.04 alterado pelos DL 157/97 de 24.06, 315/98 de 20.10, 323/2001 de 17.12 e 38/2003 de 08.03), a doutrina, por uma interpretação literal do artigo 125º, concluía pela aplicação do regime falimentar apenas às entidades aí referenciadas (neste sentido, cfr. LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2000, 3ª edição atualizada de acordo com o DL 315/98 de 20 de Outubro, 2ª reimpressão, em anotação ao artigo 125º, pp. 340-341).

Porém, CATARINA SERRA em *Falências derivadas e âmbito subjetivo da falência*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, especialmente pp. 275-276, ao propugnar como critério delimitador do âmbito subjetivo da falência a autonomia patrimonial ou a personalidade judiciária em detrimento da personalidade jurídica concluiu pela hipótese de ser proferida uma «declaração de falência de entidades não personalizadas».

singulares) a «possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica»⁴.

Com efeito, e tendo como base a expansão da concessão de crédito substantivada num ambiente económico favorável que contribuiu para o aumento do poder de compra (também motivada pela descida das taxas de juro, pela confiança no funcionamento do mercado, por uma suposta solidez do sistema financeiro, pela aspiração a melhores condições de vida)⁵, fácil será afirmar que as necessidades económicas das pessoas singulares aumentaram de modo exponencial, o que se traduziu num consumo massificado que teve a sua génese na década de 20 do pretérito século e foi possível considerando três quadrantes sequenciais: a (1) revolução tecnológica; o (2) desenvolvimento paralelo de três invenções sociais: (a) produção em massa, (b) desenvolvimento da publicidade e (c) crédito; e (3) a revolução dos transportes e comunicações. Desta forma «[t]odos estes fatores, atuando conjuntamente, permitiram que o consumo de massa se traduzisse como sinónimo, no domínio crucial do *estilo de vida*, da ideia de mudança ou transformação sociais e legitimou os que inovaram e lideraram este processo, não apenas na cultura mas também na indústria»⁶ e se sedimentasse já após a Segunda Guerra Mundial, mormente a partir da década de 60.

Como nota prática, cumpre referir que, em si mesmo, o recurso ao crédito não é um comportamento negativo⁷; já o cumprimento do dever de pagar pode afigurar-se como mais problemático quando aquele mesmo crédito, induzido rapidamente, em larga escala e sem real perceção por parte dos próprios consumidores das suas implicações nos orçamentos familiares designadamente no que implica na alocação de recursos financeiros (normalmente) mensais para a satisfação dos contratos de mútuo em aberto – a comumente designada taxa de

⁴ Cfr. ponto 45 da exposição de motivos do DL 53/2004 de 18.03, que utiliza a expressão anglófona que, ao que se sabe, teve uma primeira utilização em 1934 numa decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos – processo *Local Loan Co vs Hunt* e que acaba por denotar a sua génese ideológica.

⁵ Isto apenas no que respeita às pessoas singulares pois as necessidades creditícias das pessoas coletivas, *maxime* das que sejam titulares de empresas, têm uma matriz radicalmente diferente

⁶ Cfr. DAVID BELL, *The cultural contradictions of capitalism*; Basic Books, Nova Iorque 1976, p. 66, em tradução livre da nossa autoria; cfr. também BRETT WILLIAMS, *Debt for sale. A social history of the credit trap*; University of Pennsylvania Press, Filadélfia/Pensilvânia, 2004, p. 1 e LENDOL CALDER, *Financing the American dream: A cultural history of consumer credit*; Princeton University Press, Nova Jérsei 1999, p. 301.

⁷ E muito menos uma tendência *maligna*, na expressão de DAVID A. SKEEL JR., *Debt's dominion: a history of bankruptcy law in America*; Princeton University Press, Nova Jérsei 2001, p. 1.

esforço⁸. E, porque o texto legislativo deverá constituir um repositório de conceções vigentes⁹, o CIRE acabou por tentar apresentar respostas para a questão do incumprimento creditício, nomeadamente a exoneração do passivo restante.

Certo é que a introdução legal deste regime acabou por se revelar imbuída de particular acerto, motivada, por um lado, pela já aflorada indesmentível realidade sociológica do estabelecimento da *open credit society*¹⁰ e reforçada, pelo outro, pela crise económica e financeira que se vive na Europa e nos Estados Unidos da América desde 2008. Esta mesma crise, e no particular conspecto em que a estamos a abordar, motivou um acréscimo absoluto de mais de 10% de insolvências de pessoas singulares no período compreendido entre 2008 e 2009¹¹; em dados recentes constata-se que no primeiro trimestre de 2012¹² deram entrada em Juízo 5506 processos de insolvência, tendo sido decretados nesse período 3900, dos quais 2230 eram de pessoas singulares, o que corresponde a um aumento de 76,8% relativamente a

⁸ Pense-se no exemplo clássico do casal que compra uma habitação – bem duradouro – contraindo um mútuo pelo período de 30 anos, mas que, aproveitando a facilidade na concessão do crédito, reforça o montante mutuado e garantido ordinariamente por uma hipoteca e aproveita para adquirir um automóvel – bem não duradouro – que terá de pagar pelo período de... 30 anos. Considerando que, via de regra, um automóvel não tem a longevidade de um prédio, certo é que essa mesma família terá de adquirir um novo automóvel enquanto continua a pagar o primeiro. E não será abusivo inferir que recorrerá, novamente, ao crédito para proceder a tal aquisição passando, portanto, a estar onerada com mais uma prestação. E, finalmente, pode dar-se o caso de que o contrato de mútuo deste segundo automóvel tenha uma vigência de 72, 84 ou 96 meses o que poderá implicar que, em caso de troca do bem, a família em exemplo passe a pagar um terceiro crédito podendo o exemplo replicar-se ao longo do tempo.

⁹ Efetivamente, «significa que o direito se vai afinal constituindo à medida que se realiza» ... «Ou seja, o sentido do direito não pode ser definido pelos fundamentos assimilados – tem que reconstituir-se permanentemente em vista da historicidade que o anima» [v. PINTO BRONZE, *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, (memória das aulas teóricas do ano letivo de 1996-97), Coimbra, 1997, respetivamente, pp. 15 e 152]. Daí que «o direito, a *ordem jurídica*, constitu[a] uma parte integrante – e necessariamente complementar da ordem social global» (cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao pensamento legitimador*, Almedina, 16.ª reimpressão, Almeida, Coimbra, 2007, p. 12). Para ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES o «direito é uma intenção axiológico-normativa que se manifesta como um sistema aberto de realização histórica» [*in Curso de Introdução ao estudo do direito (extratos)*, Lições proferidas a um curso do 1.º ano da faculdade de Direito de Coimbra no ano letivo de 1971-1972, Coimbra, 1971, p. 121].

¹⁰ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/VÍTOR NEVES/CATARINA FRADE/FLORA LOBO/PAULA PINTO e CRISTINA CRUZ, *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 3.

¹¹ Relatório das estatísticas trimestrais sobre processos de falência, insolvência e recuperação de empresas (2005-2010) elaborado pela Direção-Geral da Política de Justiça disponível *in* http://www.dgpi.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/sections/siej_pt/destaques4485/processos-de-falencia/downloadFile/file/Insolv%C3%AAncias_20110504.pdf?nocache=1304585951.87 e consultado em 10.08.2012.

¹² Relatório das estatísticas trimestrais sobre processos de falência, insolvência e recuperação de empresas (2007-2012) elaborado pela Direção-Geral da Política de Justiça disponível *in* http://www.dgpi.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/estatisticas-trimestrais8105/downloadFile/file/Insolvencias_trimestral_20120724.pdf?nocache=1343748154.65 e consultado em 10.08.2012.

período homólogo em 2011¹³ sendo que este último número apenas confirma a espiral ascendente deste tipo de procedimento jurisdicional¹⁴.

Ainda até Setembro de 2012, e segundo os últimos dados publicados, por reporte a 2011 o aumento do número de insolvências coletivas é de 50% e o aumento do número de insolvências de pessoas singulares é de 70% (já em relação a 2010 o aumento é de 180%), num total de 13691 processos distribuídos¹⁵.

Neste mesmo regime, e em linhas muito simplistas, estatuiu-se que no prazo de cinco anos após o encerramento do processo, ou após o património do insolvente ter sido totalmente executado em benefício do pagamento dos seus credores (e sem prejuízo da cessão do rendimento disponível a operar durante os referidos cinco anos), as obrigações de natureza creditícia que não tenham sido ainda cumpridas sejam declaradas extintas.

Por isto, e para melhor compreensão do surgimento deste instituto importa, de seguida, abordar a evolução histórica da lei falimentar portuguesa.

¹³ Jornal “Público” de 26.03.2011 in http://economia.publico.pt/Noticia/so-este-ano-ja-entraram-em-insolvencia-1116-pessoas_1486884 o que traduz uma média superior a 12 processos/dia, consultado pela última vez em 02.10.2012.

¹⁴ Em 1ª instância, em 2007 foram distribuídos 432 processos, número esse que aumentou para 656 em 2008 e 1258 no ano de 2009, de acordo com dados constantes do BOA n.º 78 de Maio/2011, pp. 25 e ss.

¹⁵ Jornal “Público” de 01.10.2012 in http://economia.publico.pt/Noticia/tribunais-estao-a-declarar-50-insolvencias-por-dia-em-portugal-1565433?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+PublicoRSS+%28Publico.pt%29 e consultado pela última vez em 02.10.2012.

Secção 2: A regulação do sobreendividamento.

O sobreendividamento, conceito central nesta temática, que se desenvolve em economias que funcionam em regime de mercado mais ou menos regulado, «refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando exista uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis»¹⁶.

Dentro deste, costuma distinguir-se entre sobreendividamento ativo e sobreendividamento passivo. Na primeira hipótese, a situação de sobreendividamento resulta da contribuição ativa e direta do próprio consumidor, porque não faz adequada gestão do seu orçamento ou porque, fazendo-o, toma a decisão de contrair créditos ou dívidas sucessivas e excessivas considerando os seus rendimentos. No que ao sobreendividamento passivo diz respeito, estaremos diante de hipóteses em que a situação que procuramos descrever resulta de factos involuntários e/ou externos ao consumidor como sejam as que resultem, nomeadamente, de desemprego, encargos com a habitação elevados (renda ou prestação), precarização do emprego, divórcio, separação, doença ou morte de familiar, acidente, despesas imprevistas, conjuntura (crise) económica/ ou outros de matriz idêntica¹⁷.

Todavia, em matéria de crédito, consumo e sobreendividamento nada é estável ou definitivo¹⁸ e, considerando as causas e os efeitos desta realidade, a regulação do sobreendividamento revela-se imperiosa¹⁹.

Sistematizando, diremos que a regulação do sobreendividamento abrange três vertentes: (1) observação e caracterização do endividamento e sobreendividamento; (2) prevenção do sobreendividamento; e (3) tratamento do sobreendividamento dos particulares²⁰.

¹⁶ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES *et alii*, *O endividamento dos consumidores cit.* p. 1.

¹⁷ Cfr. *idem*, p. 156.

¹⁸ Se o crédito já foi encarado como um mal (cfr. CATARINA FRADE, *A regulação do sobreendividamento*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007, p. 397) também é certo que o consumo (e o crédito como alavanca desse consumo, por inerência) já foi invocado com um sentido patriótico (BRETT WILLIAMS, *Debt for sale. cit.*, p. 1).

¹⁹ «Credores e devedores e a sociedade em geral têm, de resto, a ganhar com a maior prevenção e mesmo com o tratamento do sobreendividamento, seja de um ponto de vista social, seja de um ponto de vista estritamente económico» (*ob. ult. cit.*, p. 8).

²⁰ MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES *et alii*, *O endividamento dos consumidores cit.* p. 154. A regulação do sobreendividamento traduziu-se inicialmente numa ideia profilática. Sem embargo, muitas vezes, apenas o tratamento pode trazer soluções aceitáveis. Essas soluções de conjunto traduzem-se na garantia de cumprimento das dívidas e de que a engrenagem se encontra dotada de instrumentos de prevenção do sobreendividado, mas igualmente de tratamento que permitam a sua integração no mercado como vertente necessária da sua capacitação

A *observação* e a *caracterização* têm «como objeto analisar o endividamento» e o sobreendividamento «contemplando, entre outros aspetos, a sua distribuição por tipo de dívidas, a caracterização dos devedores, respetivas classes de rendimento, grupos etários, agregados familiares e região, e a frequência e acumulação de dívidas no mesmo devedor»²¹.

A prevenção, partindo do contributo da primeira, procura dogmaticamente estabelecer as medidas conducentes à prossecução de um fim pré-estabelecido: evitar (não o endividamento mas) as situações de incumprimento (tendencialmente) conducentes à falência individual. Uma prevenção que abrange as *duas cabeças de Jano* (credores e devedores) devendo «combinar medidas de origem diferente: umas de natureza auto-regulatória e outras de natureza hetero-regulatória, dirigidas a modificar os comportamentos...potenciais ou efetivos» dos sujeitos diretos e imediatos da relação de consumo²².

O tratamento do sobreendividamento traduz a ideia de proteção de pessoas singulares sobreendividadas e concretiza-se num processo mais ou menos concreto que reflete as opções políticas relativamente às dimensões fundamentais sobre as quais pode assentar a consideração do problema²³: numa dimensão filosófica, podemos encará-lo da perspectiva do *fresh start* ou da reeducação [a ideia de começar de novo contra a ideia de que se agiu e mal e se deve (re)aprender a *consumir*]; na dimensão institucional, encontramos em confronto as soluções judiciais e os mecanismos extrajudiciais; numa dimensão pragmática, os pólos situam-se entre a liquidação e o plano de pagamentos; finalmente, numa dimensão axiológica, temos o princípio do *pacta sunt servanda* e o princípio do perdão das dívidas²⁴ podendo ainda encontrar modelos mitigados²⁵.

As possíveis soluções ou modelos variam de acordo com o entendimento do devedor em cada sociedade e a sua articulação veio densificar ainda mais a necessidade do seu estudo.

social. Esta constatação acabou por permitir que se começasse a assumir, no domínio da insolvência, a ideia de que a responsabilização assume contornos específicos, ainda que a sua orientação fosse (e é) pró-credor como interesse relevante a prosseguir por qualquer lei (tendencialmente) comercial.

²¹ *Ob. ult. cit.*, p. 194.

²² *Ibidem*.

²³ CATARINA FRADE refere-se a «mecanismos institucionais e jurídicos, de natureza curativa e reabilitadora, concebidos ou adaptados para providenciar uma solução específica para as situações de insolvência que oneram os indivíduos e as suas famílias» (*A regulação do sobreendividamento cit.*, p. 530).

²⁴ *Ob. ult. cit.*, p. 566.

²⁵ O que acabou, pelo menos formalmente, por ser a intenção do legislador do CIRE.

Em termos mais ou menos puristas, costuma confrontar-se o modelo norte-americano com o modelo francês, como representantes da ideia de inclusão (liquidação/ perdão/ integração) *vs* a ideia de cumprimento (saneamento/ pagamento/ recuperação)²⁶.

Todavia, ambos os sistemas acabaram por se mitigar.

Veja-se o exemplo norte-americano regulado no *Bankruptcy Code* de 1978. Nesse modelo, o processo prevalecente era o da liquidação acompanhado do perdão de dívidas regulado no capítulo 7 do título XI (Parágrafos 701 a 784). Neste processo, a liquidação traduzia-se no apuramento e na avaliação de todos os bens do devedor não isentos de penhora acompanhados da venda e pagamento rateado aos seus credores. Esta tramitação era seguida por um *trustee*²⁷ nomeado nos termos do parágrafo 701.º do subcapítulo I. Este regime tinha em consideração as variações próprias da regulação específica de cada Estado. Concluído este procedimento (de liquidação), o devedor beneficiava automaticamente da *discharge*, que equivalia a um perdão das dívidas remanescentes. Sem embargo, e numa clara aproximação de regimes, em 2005, o *Bankruptcy Code* foi alterado pelo *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection*. A *discharge* deixou de ser automática, passando a estar condicionada por algumas medidas de reeducação financeira²⁸, precisamente para procurar contornar os efeitos perversos que o sistema permitia alcançar.

No sistema francês, por seu turno, regulava esta matéria a «*Loi n.º 89-1010*» de 31.12.1989²⁹, relativa à prevenção e regulação das dificuldades ligadas ao sobreendividamento dos particulares e das famílias.

Com a *Loi n.º 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation*, este regime passou a fazer parte integrante do Código do Consumo Francês, que revogou numerosos artigos da lei original³⁰ e postulava um regime assente na criação de uma comissão de avaliação – *commission de surendettement* – que fazia a instrução do processo, tendo como referencial a boa-fé do devedor. A atividade da comissão culminava num plano de recuperação que se

²⁶ Cfr., por todos, CATARINA FRADE, *A regulação do sobreendividamento cit.*, p. 544; e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES *et alii*, *O endividamento dos consumidores cit.* p. 217.

²⁷ Que corresponderá *grosso modo* à figura do fiduciário no nosso código, prevista no artigo 240.º do CIRE.

²⁸ CATARINA FRADE, *A regulação do sobreendividamento cit.*, p. 545.

²⁹ Publicada no jornal oficial de 02.01.1990.

³⁰ A lei original tinha 34 artigos e apenas o 20.º não foi revogado pela lei de 1993. Este (o artigo 20º) veio a ser revogado em 2000 (Lei n.º 2000-1208).

fundava numa reestruturação da dívida a apresentar ao devedor e aos principais credores, devendo por ambos ser aprovado³¹.

O sistema admitia o recurso a mecanismos de resolução extrajudiciais através da comissão ou o recurso direto a tribunal.

Em 1995, o regime foi objeto de revisão e a avaliação pela comissão passou a ter carácter obrigatório. A esta foi permitido sugerir ao juiz medidas que, apesar de não terem carácter vinculativo, em princípio, fundamentariam o plano de reestruturação a elaborar por aquele e que abrangeriam credores e devedores.

Não obstante, na prática, a ideia revelou-se insatisfatória na medida em que a elaboração e o cumprimento de planos dependiam da sua viabilidade intrínseca e do próprio devedor, que, muitas vezes, não tinha possibilidade de dar garantias efetivas de cumprimento³². Assim, muitas das vezes, os aludidos planos falhavam pela falta de recursos do devedor e, bem assim, da inadequação à situação concreta dos planos que, a final, eram o pressuposto inicial da existência do sistema de prevenção e regulação das dificuldades ligadas ao sobreendividamento.

Foi esta conjuntura que permitiu a inclusão de um período de moratória que podia chegar aos três anos com o objetivo de que o devedor melhorasse a sua situação financeira. Todavia, não passava de uma expectativa, uma vez que nada era promovido, em concreto, para que tal pudesse ser alcançado. Em 1998, a duração do plano foi alargado de 5 para 8 anos.

As sucessivas críticas e ineficiências demonstradas conduziram a que, em 2003, fosse publicada nova alteração que passou a admitir a hipótese de falência pessoal para situações tidas como irre recuperáveis (que se estimavam atingir 25% dos processos). Nestes casos, e porque nem com planos de longa duração – podendo chegar aos 10 anos de duração – se conseguiria ultrapassar a situação de dificuldade dos insolventes aceitou-se, como já dito, a hipótese de falência pessoal e a nomeação de um mandatário judicial para proceder à liquidação do património. Concomitantemente, passou a aceitar-se a extinção das dívidas não profissionais

³¹ CATARINA FRADE, *A regulação do sobreendividamento cit.*, p. 549.

³² O que se devia, em grande parte, à crise económica e aos seus reflexos na vida social e pessoal (cfr. *ob. ult. cit.*, p. 551).

mas estabelecendo um período inter-exonerações de um mínimo de 8 anos³³ numa muito clara manifestação de abertura relativamente ao modelo norte-americano.

³³ CATARINA FRADE, *A regulação do sobreendividamento cit.*, p. 552; CATARINA SERRA, *As novas tendências do direito português da insolvência. Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto de Código da Insolvência* (2003), disponível em www.dgpi.mj.pt em Julho de 2012; e DAVID A. SKEEL JR., *Debt's dominion cit.*, p. 271.

Secção 3: O modelo português.

Em Portugal, e de uma forma comum à generalidade dos ordenamentos jurídicos, importa distinguir duas conceptualizações opostas do processo falimentar: o da falência-saneamento e o da falência-liquidação³⁴.

O primeiro, e como até decorre do *nomen*, visa recuperar o falido³⁵ numa perspetiva endo-procedimental: isto é, o processo jurisdicional encara a falência como uma última *ratio* pelo que, numa primeira fase, importa tentar que inexistam falências, dando-se dessa forma primazia à recuperação do falido e, nesse conspecto, promover o ressarcimento creditício por via da prossecução da atividade económica subjacente.

O segundo, diversamente, conceptualiza a liquidação como uma decorrência quase inelutável do próprio processo, sendo que a recuperação do falido se faz em (muito) poucos casos. Ou seja, a opção pela excussão integral do património do devedor é o fim em si mesmo sendo que este modelo encerra, adicionalmente, uma segunda dimensão, de índole punitiva. Com efeito, ao optar-se *ab initio* pela liquidação patrimonial, pretende-se, por tal via, punir³⁶ o devedor por ter caído na situação falimentar.

Estabilizados que foram estes conceitos basilares, historicamente, em Portugal, os dois modelos sucederam-se; o da falência-liquidação foi adotado desde o início até à entrada em vigor do CPC de 1961. A partir deste momento e até à entrada em vigor do atual CIRE, alterou-se o paradigma para o modelo falência-saneamento sendo que desde 2004 retomou-se a orientação da falência-liquidação.

Subsecção 1: Das Ordenações ao CPREF.

A insolvência apareceu legalmente prevista nas Ordenações Afonsinas³⁷ sob o conceito de quebra³⁸ sendo que, primeiro, as Ordenações Manuelinas e, posteriormente, as Ordenações

³⁴ CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito. O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 189 e ss.

³⁵ Aqui a expressão *falido* é utilizada indistintamente para pessoas singulares e coletivas.

³⁶ Não obstante, a nossa lei atual comporta outros afloramentos de punições – veja-se, a este propósito, e a título de exemplo, o artigo 186º ao estatuir a insolvência culposa ou, mais ainda, o artigo 227º do CP que tipifica o crime de *insolvência danosa*.

³⁷ Sem prejuízo de, na exposição, termos optado pela evolução marcada apenas desde as Ordenações não nos é desconhecido que a temática da insolvência é aflorada desde o direito romano em variadas figuras desde a *solvere*, *solutio*, *satisfacere*, *liberatio* e *obligatio* (sobre a evolução do

Filipinas continuaram a tratar o tema, mas já sob a designação de falência³⁹. Estas Ordenações caracterizaram-se pelo facto de terem levado ao extremo a dimensão punitiva do modelo de falência-liquidação⁴⁰, ao estatuírem diferentes modalidades falimentares: fraudulenta, culposa ou casual⁴¹. Como reflexo do ordenamento jurídico então vigente, importa referir que a primeira era punida com a pena de morte ou o degredo para as galés, sendo que a inabilitação para o ofício de mercador era vitalícia.

Posteriormente, e com a primeira codificação comercial em 1833⁴², a insolvência aparece tratada em termos sistemáticos⁴³, devendo-se assinalar que o requisito da quebra de pagamentos se manteve estabilizado como condição de abertura do processo falimentar.

Cerca de meio século depois surgiu o Código Comercial, hoje ainda em vigor em Portugal⁴⁴. Este acervo codicístico, não obstante não comportar grandes novidades legislativas, era composto, *inter alia*, pelo Livro IV com a epígrafe *Das Falências*. A dimensão punitiva era reforçada pela interdição civil do falido e pela possibilidade da sua prisão imediata (e dos cúmplices), caso surgissem indícios de culpa ou fraude. Tal como as legislações anteriores, este Código dispunha sobre o regime geral falimentar, quer do ponto de vista substantivo, quer do ponto de vista adjetivo pelo que nem o CPC de 1876⁴⁵ nem o CPCo de 1895⁴⁶ incorporaram, ao início, estatuições sobre a matéria falimentar.

Porém, por decisão política, entendeu-se autonomizar o instituto falimentar do CCom; assim, a Lei de 13.05.1896 autorizou o Governo a legislar e criou-se o Código das Falências de

conceito de insolvência e as suas manifestações desde o direito romano ao atual direito espanhol, cfr. ANA ALEMÁN MONTERREAL, *La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2010, p. 19 e *passim*; aflorando causas remotas da configuração legal do processo de insolvência português como um “processo de execução universal” v. CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito cit*, pp. 181 e ss.). Também MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Insolvência in AA. VV., O Direito*, Ano 137º, III, Almedina, Coimbra, 2005, p. 469, localiza o aparecimento do fenómeno insolvencial no Ocidente no Direito Romano, designadamente na Lei das XII Tábuas.

³⁹ PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de direito das falências*, Vol. I, Almedina, Coimbra 1964, p. 33.

⁴⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2012, 4ª ed., p. 48.

⁴¹ V. *supra* Capítulo I, Secção 3.

⁴² Edição de 1870 por CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, reproduzida pela Fundação Calouste Gulbenkian em 1985 *apud* LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 49, designadamente a nota 74.

⁴³ Código Ferreira Borges.

⁴⁴ PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de direito das falências cit.*, pp. 42 e ss.

⁴⁵ Também conhecido como Código Veiga Beirão e aprovado pela Carta de Lei de 28.06.1888.

⁴⁶ Aprovado por Lei de 8 de Novembro de 1876.

⁴⁷ Aprovado por Decreto de 24 de Janeiro de 1895.

1899⁴⁷, revogando-se expressamente os artigos 692.º a 749.º do CCom. Este regime mostrou-se mais detalhado na procedimentalização e conferiu uma maior dimensão de interesse público ao processo. A grande novidade assentou na hipótese de o Ministério Público poder requerer a declaração de falência quando ocorresse a fuga ou abandono do estabelecimento.

A convulsão política e social por que Portugal passava nos finais do século XIX/princípios do século XX, com as constantes alterações de modelo governamental (embora sempre sob a égide monárquica), com os Executivos, em alguns casos, a não conseguirem sedimentar a sua posição mais do que alguns meses⁴⁸, teve também os seus reflexos na dimensão legislativa. Exemplo de tal instabilidade é o facto do artigo 3º do Decreto de 26.07.1899 autorizar o Governo a publicar, de novo, o CPCom de 1895, em ordem a incorporar o Código das Falências aprovado por este mesmo Decreto. Assim, logo em 1905, foi aprovado o novo CPCom⁴⁹, que, em bom rigor, pouco mais fez do que transcrever o regime falimentar aprovado em legislação extravagante para o acervo codicístico ora enunciado.

Este código veio a ter uma vida de mais de trinta anos. Porém, sofreu uma importante alteração no dealbar da II República. Com efeito, o Decreto 21758 de 22.10.1932 veio alterar profundamente o paradigma falimentar: alargou o âmbito subjetivo deste instituto aos não-comerciantes, bem como às sociedades civis sob a forma comercial ou sob a forma simplesmente civil. A denominação então adotada foi a de insolvência estabelecendo, de resto, uma conceptualização que durou largas décadas.

O propósito confesso deste diploma foi o de induzir uma maior igualdade processual entre comerciantes e não-comerciantes e, em alguma medida, proteger estes últimos da multiplicidade de atos ofensivos do seu património que – por via da execução – poderiam sofrer, por contraponto aos comerciantes⁵⁰.

Escassos anos volvidos, logo em 1935, foi aprovado um novo Código das Falências⁵¹. Este diploma, inspirado essencialmente por experiências europeias vizinhas⁵², reconhecia que a

⁴⁷ Aprovado por Decreto de 26.07.1899.

⁴⁸ Para melhor compreensão desta matéria, v. LUIS FARINHA, *A caminho do 28 de Maio*, in AA. VV., *História da Primeira República Portuguesa*, coordenação de FERNANDO ROSAS e MARIA FERNANDA ROLLO, 2.ª edição, Tinta-da-china edições, Lisboa, 2010, pp. 547 e ss. e *passim*, e VASCO PULIDO VALENTE, *O Poder e o Povo*, Edição do Centenário da República, Aletheia Editores, Lisboa 2010, pp. 163 e ss. e *passim*.

⁴⁹ Decreto de 14.12.1905.

⁵⁰ Neste sentido, LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, pp. 56 e ss. e, especialmente p. 57, nota 80.

⁵¹ DL 25981 de 26.10.

⁵² Cfr. o n.º1 do preâmbulo do CIRE.

legislação até então vigente se mostrava desadequada à então realidade socioeconómica e ao estatuto profissional dos comerciantes. Com efeito, se, durante largos séculos, se entendeu a seriedade como condição imanente à do comerciante, certo é que a dinamização económica que se pretendia imprimir aos negócios tinha como reverso a possibilidade de ingresso na arte de indivíduos com menos escrúpulos, pelo queurgia repensar o modelo normativo e possibilitar atuações *ex ante* em vez de apenas por reação.

Assim, defluía logo do artigo 1º do CFal de 1935 que a falência consistia na impossibilidade do próprio comerciante solver os seus compromissos⁵³, em detrimento da anterior formulação que se sedimentava na presunção decorrente da cessação dos pagamentos. Ou seja, o modelo punitivo da falência-liquidação tinha, neste conspecto, um campo de ação mais lato e, simultaneamente, prévio no que consistia à constituição do momento falimentar. Conclusão a extrair seria que, enquanto a Banca (ou agiotas particulares) concedesse crédito, o comerciante poderia ser um *player* ativo no mercado sem incorrer em risco de intervenção jurisdicional. Curiosamente, só as sociedades de responsabilidade limitada⁵⁴ podiam ser consideradas falidas em caso de insuficiência dos ativos, pois entendia-se que estas não poderiam gozar do benefício do crédito pessoal⁵⁵ sendo que, no entanto, os seus sócios (de responsabilidade limitada) poderiam beneficiar de tais movimentos financeiros⁵⁶.

Como notas gerais deste Código pode-se ainda referir a inovação do aparecimento do síndico⁵⁷, o “endurecimento” do regime para evitar os abusos no recurso a tal figura⁵⁸, a criação de um processo simplificado de falência para os pequenos comerciantes e, ainda, a classificação

⁵³ Naturalmente que esta impossibilidade, por força do artigo 2º do CFal1935, assentava em três situações indiciárias: (1) a cessação de pagamentos (o que, na prática, reconduziria à anterior situação normativa); (2) a fuga do comerciante sem representante gestor designado; e (3) dissipação, extravio de bens ou qualquer procedimento levado a cabo pelo comerciante e que fosse adequado a permitir evitar solver os compromissos.

⁵⁴ Utilizando a terminologia de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 60, expressão essa também encontrada em CATARINA SERRA, *Direito comercial – Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 62, embora esta última em *Falências derivadas cit.*, p. 72 precisou o conceito reportando-se à falência dos sócios de responsabilidade ilimitada.

⁵⁵ Sobre esta temática, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Recuperação de empresas em processo de insolvência in Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II: Direito privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 17.

⁵⁶ CATARINA SERRA, *Falências derivadas cit.*, pp. 71-73 (especialmente a nota 161), faz notar que, ao abrigo do artigo 235º do CFal1935, o entendimento doutrinário corria no sentido de que os sócios de responsabilidade ilimitada das sociedades em nome coletivo e em comandita faliam em paralelo com as próprias sociedades dada a ausência de personalidade jurídica destas.

⁵⁷ Que se veio a manter futuramente até à revogação do regime legal estatuído no CPC1961.

⁵⁸ Passou-se a determinar que as concordatas não poderiam prolongar-se por mais de 18 meses e que os pagamentos a efetuar não poderiam ser inferiores a 40% dos créditos verificados.

da falência em casual, culposa ou fraudulenta sendo que nas duas últimas situações poderiam os comerciantes incorrer em penas privativas de liberdade.

Com a alteração do regime adjetivo civil em 1939⁵⁹, alterou-se, mais uma vez, o paradigma falimentar e o legislador optou pela “reintegração” deste na nova legislação, acolhendo igualmente as soluções decorrentes do Decreto 21758⁶⁰.

Importa aqui referir que foi preocupação do legislador a distinção clara entre falência e insolvência sendo que se podem elencar dois planos diferenciados de análise para estes institutos: o primeiro, de cariz subjetivista, identificava a falência como privativa dos comerciantes e das sociedades comerciais, sendo que a insolvência era de aplicação às (outras) pessoas jurídicas (singulares ou coletivas) não comerciantes bem como às sociedades civis. Um segundo plano, numa vertente mais objetiva⁶¹, associava a falência à impossibilidade do comerciante em solver os seus compromissos, ao passo que a insolvência se identificaria pela inferioridade do ativo patrimonial por referência ao passivo. Isto é, para se verificar uma situação de insolvência, haveria de se aferir a impossibilidade mais ou menos duradoura de pagamento, atento o facto de o passivo superar as existências identificadas do devedor. Por seu turno, na falência, importaria apenas apurar sobre se poderia ou não ser viável o comerciante honrar compromissos que, e como é bem de ver, poderiam ser solvidos por recurso ao crédito ou decorrentes da própria atividade comercial.

A falência poderia ser decretada em condições análogas às já estatuídas no CFal de 1935⁶², verificando-se a situação de insolvência quando corresse, pelo menos, duas execuções não embargadas ou tivesse sido decretado previamente um arresto com a causa de pedir a radicar no justo receio da insolvência e não tendo o requerido alegado, em sede de embargos, a suficiência dos seus bens ou, quando tal tivesse ocorrido, os embargos tivessem sido improcedentes.

O CPC de 1939 previa, ainda, que aos efeitos da falência pudessem obstar meios preventivos ou suspensivos (que se consubstanciavam na concordata, no acordo de credores e na moratória).

⁵⁹ DL 29637 de 28.05.

⁶⁰ Cfr. *supra* pp. 14-15.

⁶¹ Ou, nos ensinamentos de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 62, de matriz conceptual.

⁶² Cfr. *supra* nota 51.

Tal como em anteriores legislações, a falência poderia ser considerada casual, culposa e fraudulenta, sendo estas duas últimas modalidades tipificadas como crime⁶³.

Ultrapassadas que foram pouco mais de duas décadas, em 1961, foi aprovado um novo Código de Processo Civil⁶⁴. À semelhança do anterior, o tratamento do processo falimentar era feito nesta sede. Contudo, o aspeto que mais cumpre salientar é a da mudança do paradigma falimentar.

Até aí, e desde o período das Ordenações, o modelo falimentar foi sempre o da falência-liquidação; com a entrada em vigor do CPC de 1961 passou a vigorar um regime de falência-saneamento⁶⁵.

É certo que, na globalidade do regime legal, não se verificaram alterações de elevada importância em sede de conteúdos legislativos; contudo, o legislador erigiu como matriz do modelo a utilização de meios preventivos de falência, em detrimento de uma “ruinosa liquidação judicial”⁶⁶.

Para tal, o legislador impunha que, prévia ou simultaneamente à cessação de pagamentos aos credores, o comerciante se apresentasse à falência, requerendo, de tal sorte, a convocação dos credores para uma assembleia destinada à apreciação provisória dos créditos decorrentes das relações obrigacionais que sobre si impenderiam.

Esta assembleia, após a predita apreciação creditória, passaria a funcionar como definitiva e dever-se-ia pronunciar sobre a concordata aprovada pelo próprio falido⁶⁷ ou proposta pelos credores. Mesmo que esta não viesse a ser aprovada, poder-se-ia recorrer ao acordo de credores. Apenas no caso de se frustrarem ambos os institutos é que seria declarada a falência no imediato.

Igualmente reflexo do modelo de falência-saneamento era – em momento posterior à declaração judicial de falência – a possibilidade legalmente conferida de se lançar mão, não já

⁶³ Como já referenciamos, desde as Ordenações Afonsinas que o instituto da falência foi perspectivado pela dogmática jurídico-penal.

⁶⁴ DL 44129 de 28.12.1961.

⁶⁵ A propósito da distinção entre estes dois modelos cfr. *supra* Capítulo I, Secção 3.

⁶⁶ V. ponto 32 do Relatório que aprovou o CPC1961. Não deixa de ser sintomático que, já à altura – tal como hoje –, uma das maiores críticas comumente tecidas ao regime legal falimentar fosse a sua morosidade a par do escasso ressarcimento creditório. Aliás, a morosidade da liquidação falimentar faz com que, as mais das vezes, aumentem exponencialmente os custos associados, o que implica, inelutavelmente, uma diminuição financeira idêntica nos pagamentos aos credores.

⁶⁷ Com exatidão não se poderia, já nesta fase, denominar como falido pois a aprovação da concordata ou o acordo de credores impediriam, de *per se*, a declaração de falência, contadas que fossem algumas (poucas) exceções.

de meios preventivos da falência, mas de meios suspensivos desta. Com efeito, o CPC de 1961 previa a possibilidade de, mesmo após a verificação de créditos, quer por iniciativa do falido ou dos credores, aprovar uma concordata ou um acordo de credores. Isto é, o paradigma de modelo falimentar centrado no ressarcimento creditório implicando a liquidação patrimonial foi completamente alterado, dando-se agora primazia à recuperação económica e à prossecução da própria atividade.

O CPC de 1961, e no que à matéria tratada tange, não obstante ter estado em vigor largos anos, veio a ser pontualmente alterado⁶⁸, sobretudo no período pós-revolucionário buscando-se a razão de tal facto numa diferente perspetiva do Estado relativamente à intervenção na economia decorrente da apropriação coletivizada dos meios de produção. *Inter alia*, há a destacar o regime legal estatuido pelo DL 864/76⁶⁹ de 23.12, revogado posteriormente pelo artigo 9º do DL 353-H/77 de 29.08 (embora este diploma acabe por constituir uma redação mais elaborada e corretiva do anterior)⁷⁰.

Já em 1986 surge o DL 177/86 de 02.07 que, como observa LUÍS MENEZES LEITÃO⁷¹, representa uma jurisdicionalização da recuperação das empresas constituindo, de tal sorte, uma alternativa real ao processo falimentar. Não obstante este continuar a existir, certo é que se pretendeu reforçar o modelo de falência-saneamento pela introdução de mecanismos preventivos adicionais⁷².

⁶⁸ Desde logo com uma alteração, não de substância, mas, essencialmente, de pormenores esparsos e numeração conferida pelo DL 47690 de 11.05.1967 havendo a destacar o preciosismo do legislador no prómio do diploma ao explicar qual o critério, não das alterações legais efetuadas, mas o da renumeração dos artigos e respetivas alíneas.

⁶⁹ Que, note-se, já revogava o DL 530/76 de 07.07 e que teve a *longa* vigência de cinco meses e alguns dias... Ainda assim, há a ressaltar que este diploma, através do fervor revolucionário contido na sua exposição de motivos – «O Governo e a população em geral têm conhecimento de todo um conjunto de situações a necessitarem de urgente correção de acordo com os limites do atual contexto sócio-económico-laboral português, de empresas que, sem contrapartida relevante de produção de riqueza, em bens ou serviços, ou com contrapartida que fica muito aquém daquilo que consome o seu funcionamento, vivem artificialmente à custa do orçamento do Estado, ao abrigo de intervenção ou de recebimento sistemático do que só formalmente se pode chamar «avales» do Estado, já que o respetivo reembolso se mostra ou impossível ou de difícil exequibilidade.» –, encerrava em si mesmo uma tentativa do Estado em evitar a degradação do sistema produtivo facultando às entidades patronais várias formas de diminuição dos custos destacando-se, pelo impacto, a possibilidade de se derrogar a «obrigação do pagamento das remunerações mínimas garantidas» [artigo 2º/1, a)] embora com a observância, claro está, das remunerações mínimas existentes por sectores de atividade.

⁷⁰ Pode-se ainda referenciar uma pequenissima alteração introduzida pelo DL 242/85 de 09.07 que, ao alterar o regime do CPC, acabou, *a latere*, por introduzir uma mínima variação no regime falimentar, mas de índole estritamente adjetiva.

⁷¹ *Direito da Insolvência cit.*, p. 68.

⁷² «É de salientar que a concordata e o acordo de credores são aqui figurados como meios de recuperação da empresa, longe do espectro ameaçador da falência, e não como instrumentos de prevenção ou de suspensão da liquidação do património do devedor. Não se dirigem à satisfação exclusiva do interesse dos credores, pela via mitigada ou indireta que impõe a situação do devedor; o que se visa é a salvação

Um elemento a extrair desta legislação é o facto de se extinguir a distinção clássica entre falência (para os comerciantes) e insolvência (para os não comerciantes), optando-se por um novo critério objetivo de incidência qual seja a existência – ou não – de empresa⁷³.

Nesta legislação, o decretar da falência é a última *ratio*, só podendo ocorrer assim que transitasse em julgado a decisão da assembleia de credores a confirmar não ter sido aprovado um meio de recuperação proposto. Importa, ainda, referir que este poderia ser a concordata, o acordo de credores e, inovadoramente, a gestão controlada⁷⁴.

Como nota a reter, importa frisar que no DL 177/86 se continuava a fazer sentir a morosidade dos procedimentos de liquidação, razão pela qual se estatuiu que a venda do património se deveria iniciar sem que ocorresse previamente a verificação do ativo.

Este diploma veio ainda a sofrer alterações pontuais introduzidas pelo DL 10/90 de 05.01, mas acabou por nunca ter uma grande aplicabilidade e, rapidamente, foi revogado, logo em 1993, pelo Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência (CPEREF).

imediate da empresa, tendo em vista não apenas a sua estrutura jurídica e económica, mas, e principalmente, a sua dimensão social» (cfr. ponto 3 da exposição de motivos do DL 177/86 de 02.07).

⁷³ A definição de empresa constante do artigo 2º do CPEREF reduzia-se à «organização dos fatores de produção destinada ao exercício de qualquer atividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços».

Atualmente, o conceito de empresa tem oscilado entre duas correntes: uma pugna por uma conceção unitária da empresa, isto é, um único conceito aplicável aos diferentes ramos de direito e que tem tido em PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários e mercados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 6ª edição, p. 29, um dos expoentes máximos: este A. define empresa como «uma organização de pessoas e bens que tem por objeto o exercício de uma atividade económica em economia de mercado», no que é acompanhado por MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2012, 3ª edição revista, aumentada e atualizada, p. 322, ao definir empresa «como um conjunto concatenado de meios materiais e humanos, dotados de uma especial organização e de uma direção, de modo a desenvolver uma atividade segundo regras de racionalidade económica», embora apontando para a suscetibilidade da empresa poder ser configura objetiva ou subjetivamente). Já no que respeita ao perfil subjetivo da empresa, ele é defendido por MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, Ediforum Lisboa, 2011, 12ª edição revista e atualizada (com a colaboração de ANTÓNIO JOSÉ TOMÁS e OCTÁVIO CASTELO PAULO), p. 41-42.

Outra, em sentido contrário, apenas aceitando um critério de empresa em sentido objetivo, mas negando a possibilidade de um conceito unitário de empresa, por falta de esgotamento deste em alguns dos ramos do Direito, e a possibilidade de tangência em diversos ramos diferenciados (o que preclui a predita hipótese de conceito unitário) tem sido sustentada por COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), pp. 281 e ss., especialmente 306-308.

⁷⁴ Decorrendo a denominação do circunstancialismo da equipa de gestão ser nomeada pelos credores, atuar sob a fiscalização da comissão de credores e dever executar um plano de reestruturação deliberado em assembleia de credores.

Com a aprovação deste último⁷⁵ o legislador voltou a infletir nas suas opções e expurgou novamente a legislação falimentar do código processual, factualidade que, de resto, se mantém até à data de hoje, não obstante as sucessivas alterações legais.

Deste agregado codicístico resulta a unificação do processo falimentar pois aboliu-se a distinção entre insolvência e falência. Assim, e com uma parte comum ao processado de recuperação e de falência pretendia agilizar-se a dinâmica processual. Resultando, igualmente, do CPEREF que o âmbito de aplicação subjetivo era constituído pelas empresas (fossem ou não comerciais), na prática vedava-se a hipótese de recuperação aos devedores não titulares de empresas que, em tal conspecto, só poderiam ver decretada a sua falência⁷⁶.

A destacar igualmente no CPEREF é a introdução de uma nova medida de recuperação denominada «reestruturação financeira» que, a par das já conhecidas «concordata», «acordo de credores» e «gestão controlada», constituíam a panóplia de instrumentos legais com que se pretendia evitar o decretar de falências chamando os próprios credores a participar ativamente⁷⁷ como forma de atingir tal desiderato. Porém, e como o texto legal obrigava a que as medidas atrás enunciadas, para serem aprovadas, carecessem de 75% dos votos creditórios, certo é que, na maioria dos casos, as falências continuaram a existir por insucesso na aprovação das medidas de recuperação.

O estertor final deste diploma deu-se com as alterações promovidas pelo DL 315/98 de 20.10 que, a par de algumas medidas de cosmética⁷⁸ como a alteração da denominação da medida de recuperação «acordo de credores» para «reestruturação empresarial», o reforço dos poderes da comissão de credores e o aumento da responsabilização dos responsáveis societários, visou, sobretudo, compatibilizar o regime legal com o instituído pelo DL 316/98 (também da mesma data) e que procedeu à instituição de um procedimento administrativo a

⁷⁵ DL 132/93 de 23.04.

⁷⁶ Não obstante a impossibilidade dos devedores não titulares de uma empresa se apresentarem à recuperação, certo é que o CPEREF incluía uma norma de escape visando evitar a falência ao estatuir no artigo 240º/1: «O devedor insolvente que, por não ser titular de empresa, não beneficie dos meios de recuperação previstos no título II pode evitar a declaração de falência requerida pelos credores, submetendo à homologação do juiz, até à data da sentença, uma proposta de concordata particular».

⁷⁷ Sendo disso exemplo o disposto no artigo 53º ao prever que a falência seria decretada se não se aprovasse uma medida de recuperação no prazo de oito meses contados desde a data do despacho de prosseguimento da ação. Como forma de pressão adicional para as viabilizações empresariais, e com as alterações introduzidas pelo DL 315/98 de 20.10, este prazo ainda veio a ser encurtado para seis meses embora, já como anteriormente, sem resultados práticos visíveis.

⁷⁸ Neste sentido, cfr. as fundadas críticas de CATARINA SERRA, *Falências derivadas cit.*, p. 281 e ss.

gravitar na esfera do IAPMEI⁷⁹ denominado como «procedimento de conciliação». Com este diploma pretendia-se, em fase prévia à da falência jurisdicional, alcançar consensos entre a empresa e os seus credores (não necessariamente na sua totalidade) através da mediação exercida pelo instituto público em questão. Na prática, este procedimento, apesar de alguma adesão inicial, veio a revelar-se de recurso escasso porquanto a mediação pública rapidamente se converteu em sucessivas etapas burocráticas que desencorajou as empresas recuperandas bem como os credores. E, refira-se, que seria a sorte expectável uma vez que em processos desta índole a celeridade de decisão e de atuação importam ao sucesso dos procedimentos, sendo que, em muitas das situações, a resposta estatal tardava por falta de autonomia decisória das próprias delegações regionais do instituto.

Subsecção 2: O CIRE.

Entretanto, em 2004, com a aprovação do DL 53/2004 de 18.03, surgiu o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

Este normativo, envolto em grande polémica desde a sua preparação⁸⁰, teve assumidamente a sua conceção ideológica em normativos estrangeiros⁸¹, referenciando a doutrina a *Insolvenzordnung* alemã de 1994⁸² como matriz genética do CIRE.

⁷⁹ Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento originariamente criado pelo DL 51/75 de 07.02 e relançado através do DL 387/88 de 25.10 tendo «por objeto a promoção do desenvolvimento industrial e o apoio, direto ou indireto, ao fortalecimento e modernização da estrutura empresarial do País, nos sectores secundário e terciário, em especial no que se refere às pequenas e médias empresas» (artigo 4º).

⁸⁰ Vejam-se as fortes críticas tecidas por LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, pp. 73 e ss. e especialmente a nota 92, bem como LEBRE DE FREITAS, *Pressupostos objetivos e subjetivos da insolvência in AA. VV. Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 12, ao referenciar a mera denominação política do código, e MARIA JOSÉ COSTEIRA, *Novo direito da insolvência in AA. VV. Themis cit.*, pp. 25-26.

Porém, MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Insolvência cit.*, p. 505, discorda e classifica o CIRE como tendo uma técnica feliz.

⁸¹ «Os sistemas jurídicos congêneres do nosso têm vindo a unificar os diferentes procedimentos que aí também existiam num único processo de insolvência, com uma tramitação supletiva baseada na liquidação do património do devedor e a atribuição aos credores da possibilidade de aprovarem um plano que se afaste deste regime, quer provendo à realização da liquidação em moldes distintos, quer reestruturando a empresa, mantendo-a ou não na titularidade do devedor insolvente. É o caso da recente lei alemã e da reforma do direito falimentar italiano em curso» (cfr. ponto 6 da exposição de motivos do DL 53/2004 de 18.03).

⁸² A par de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 74, também CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2012, 5ª ed., p. 23, indo esta A. mais longe nas críticas formuladas ao texto legal, invocando inclusivamente a quase reprodução integral da lei alemã, posição reiterada em *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Direito Registral – Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II – Vária, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 505-506.

Do cotejo do normativo ressalta, desde logo, à saciedade o retorno do modelo de falência-liquidação: em abono do propugnado veja-se, por um lado, o próprio título do Código ao subalternizar a expressão «recuperação» em detrimento da insolvência em si mesma considerada, indiciando, de tal sorte, a novel finalidade imanente e, por outro, a redação do artigo 1º, estatuinto «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».

Este retorno ao modelo de falência-liquidação estribou-se também no reforço dos poderes dos credores por contraponto à limitação dos poderes de intervenção do Tribunal, o que, no entender de alguma doutrina⁸³, configura uma desjudicialização do processo falimentar ao não permitir a formulação de reclamações jurisdicionais no que tange aos atos do administrador de insolvência e das deliberações da comissão de credores, bem como do regime do plano de insolvência.

Independentemente de comungarmos da grande maioria das críticas formuladas pela doutrina a propósito da conceção e implementação do CIRE, certo é que não conseguimos lobrigar tão longe neste particular. Com efeito, uma boa parte dos atos do administrador de insolvência são jurisdicionalmente sindicáveis; veja-se, *v. g.*, que no caso das listagens de reclamações de créditos – cuja elaboração compete ao administrador de insolvência nos termos do artigo 129º –, as mesmas são suscetíveis de impugnação e que pode culminar com a realização de audiência e produção de prova para que seja proferida sentença, decisão esta suscetível de recurso nos termos do artigo 676º e ss. do CPC⁸⁴.

⁸³ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 75.

⁸⁴ DL 44129 de 28.12.1961 alterado pelos DL 47690 de 11.05.1967, L 2140 de 14.03.1969, DL 323/70 de 11.07, Port 439/74 de 10.07, LC 6/75 de 26.03, DL 261/75 de 27.05, DL 165/76 de 01.03, DL 201/76 de 19.03, DL 366/76 de 15.05 retificado pela DRet de 06.07.1976, DL 605/76 de 24.07, DL 738/76 de 16.10, L 54/77 de 26.07, DL 368/77 de 03.09, DL 533/77 de 30.12, L 21/78 de 03.05, DL 513-X/79 de 27.12, DL 207/80 de 01.07, DL 457/80 de 10.10 retificados pelas DRet de 22.10 e 08.11, DL 224/82 de 08.06 retificado pela DRet de 21.07, alterado por ratificação pela L 3/83 de 26.02 retificado pela DRet de 22.04, L 9/85 de 05.06, DL 242/85 de 09.07 retificado pela DRet de 31.08, DL 381-A/8 de 28.09 retificado pela DRet de 31.10, DL 177/86 de 02.07, L 31/86 de 29.08, DL 92/88 de 17.03, DL 321-B/90 de 15.10, DL 211/91 de 14.06, L 16/92 de 06.08, DL 132/93 de 23.04 retificado pela DRet 141/93 de 31.07, DL 227/94 de 08.09 retificado pela DRet 263-A de 31.12, DL 39/95 de 15.02 retificado pela DRet 73/95 de 31.05, L 33/95 de 18.08, DL 329-A/95 de 12.12, DL 180/96 de 25.09, DL 125/98 de 12.05, DL 269/98 de 01.09 retificado pela DRet 16-A/98 de 30.09, DL 315/98 de 20.10, L 3/99 de 13.01 retificada pela DRet 7/99 de 16.02, DL 375-A/99 de 20.09, DL 183/2000 de 20.09 retificados pelas DRet 7-S/2000 de 31.08 e 11-A/2000 de 30.09 alterado, por apreciação parlamentar, através da L 30-D/2000 de 20.12, L 82/2001 de 03.08, DL 272/2001 de 13.10 retificado pela DRet 20-AR/2001 de 30.11, DL 323/2001 de 17.12, L 13/2002 de 19.02 retificada pelas DRet 14/2002 de 20.03 e 18/2002 de 12.04, L 23/2002 de

Por outro lado, a não existência de reclamações de alguns atos do administrador de insolvência não preclude o direito de as partes (e aqui entenda-se quer o insolvente, quer os credores) poderem requerer a sua destituição do cargo nos termos do artigo 56º. Acresce que a própria lei prevê que a atividade do administrador de insolvência é fiscalizada pelo juiz⁸⁵, nos termos do artigo 58º, e que a todo o tempo⁸⁶ lhe poderá exigir informações sobre quaisquer assuntos ou a elaboração de um relatório de atividade.

Também no que tange à questão do plano de insolvência, sendo certo que o texto legal, no artigo 214º, se limita a conceder prazo para proferir decisão homologatória, é, porém, incontestavelmente exato que a lei prevê hipóteses de não homologação oficiosa (artigo 215º), não homologação a solicitação dos interessados (artigo 216º) e, até, a sua não admissão *tout court* (artigo 207º)⁸⁷.

Estamos, pois, em crer que esta opção legislativa não reflete uma desconsideração da importância do Tribunal, mas sim uma decisão de responsabilizar acrescidamente os credores, que, de resto, deverão ser os principais interessados – porque lesados – na prossecução de uma liquidação patrimonial célere e no conseqüente ressarcimento.

Outra crítica pertinentemente formulada prende-se com o agravar da morosidade da tramitação judicial como consequência da necessidade da realização de assembleia de credores na esmagadora maioria dos processos ou a existência de embargos e recursos como via opositória às decisões tomadas, nos termos do artigo 14º, 40º e 42º. É manifesta a acuidade da observação; porém, e face ao elevado e crescente número de processos de insolvência distribuídos em Tribunal⁸⁸, bem como o muito reduzido número de tribunais de competência

21.08, DL 38/2003 de 08.03 retificado pela DRet 5-C/2003 de 30.04, DL 199/2003 de 10.09 retificado pela DRet 16-B/2003 de 31.10, DL 324/2003 de 27.12 retificado pela DRet 26/2004 de 24.02, L 39/2003 de 22.08, DL 53/2004 de 18.03 L 6/2006 de 27.02 retificado pela DRet 24/2006 de 17.04, L 60-A/2005 de 30.12, DL 76-A/2006 de 29.03 retificado pela DRet 28-A/2006 de 26.05, L 14/2006 de 26.04, L 53-A/2006 de 29.12, DL 8/2007 de 17.01, L 6/2007 de 02.02, L 26/2007 de 23.07, DL 303/2007 de 24.08 retificado pela DRet 99/2007 de 18.10, DL 34/2008 de 26.02 retificado pela DRet 22/2008 de 24.04, L 18/2008 de 21.04, DL 116/2008 de 04.07 retificado pela DRet 47/2008 de 25.08, L 52/2008 de 28.08, L 61/2008 de 31.10, DL 226/2008 de 20.11 retificado pela DRet 2/2009 de 19.01, L 29/2009 de 29.06, DL 35/2010 de 15.04, L 43/2010 de 03.09, DL 52/2011 de 13.04, L 63/2011 de 14.12 e L 31/2012 de 14.08.

⁸⁵ Note-se que LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, Almedina, Coimbra, 6ª ed., 2012, em anotação ao artigo 58º, enfatiza que a fiscalização pertence ao juiz, se bem que também à comissão de credores, quando esta exista.

⁸⁶ Isto, claro está, para além da informação trimestral que o administrador de insolvência está obrigado a prestar nos termos do artigo 61º.

⁸⁷ Configurando esta hipótese uma recusa liminar do plano segundo LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência anotado cit.*, em anotação ao artigo 207º, p. 203, mas que admite recurso jurisdicional.

⁸⁸ Ver *retro* notas 13 a 15.

especializada⁸⁹, não se nos afigura como excessivo buscar também aqui uma das múltiplas causas para os longos processos – sobretudo na fase da liquidação – de insolvência que, paradoxalmente, na observância do artigo 9º, até têm carácter urgente.

Ainda outra inovação introduzida pelo CIRE – e que constitui a final o objeto do nosso estudo – foi a instituição do benefício da exoneração do passivo restante.

Às alterações pontuais que foram surgindo⁹⁰, em 2012, e por obrigação assumida nos pontos 2.17 e 2.18 do Memorando de Entendimento⁹¹ assinado entre o Governo da República, o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, surgiu a Lei 16/2012 de 20.04.

O propósito do diploma foi o de estimular a recuperação empresarial – assim tentando mitigar a opção clara de falência-liquidação que constituiu o CIRE.

Assinalam-se como principais alterações⁹² a desclassificação obrigatória do incidente de qualificação de insolvência, a revisão do quadro de efeitos da insolvência culposa⁹³ e a redução do prazo para a apresentação à insolvência. A última alteração digna de nota foi a (re)instituição denominado «processo especial de revitalização» e constante do artigo 17º-A e ss.

Não obstante ser um regime legal novo, dirigido a quem se encontre em situação de insolvência iminente ou em situação económica difícil, complicado se torna não vislumbrar laivos da boa intenção subjacente ao DL 316/98 de 20.10, sabendo nós os escassos resultados que o mesmo comportou, pelo que não auguramos grande futuro a este novo procedimento.

⁸⁹ Nos termos do RLOFTJ (aprovado pelo DL 186-A/99 de 31.05 – e respetivas alterações – e revogado parcialmente pela L 52/2008 de 21.08, mas ainda aplicável mercê da não entrada plena em vigor desta última) existem, apenas, os Tribunais do Comércio de Lisboa e Vila Nova de Gaia. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência anotado cit.*, em anotação ao artigo 7º, p. 51, alerta justamente para a inanidade em que se tornou a LOFTJ (L 52/2008 de 21.08 já alterada pelas Leis 103/2009 de 11.09, 115/2009 de 12.10, pelo DL 295/2009 de 13.10, pela DRet 86/2009 de 23.11 e pelas Leis 3-B/2010 de 28.04, 40/2010 de 03.09, 43/2010 de 03.09 e 46/2011 de 24.06) através da existência de comarcas-piloto: Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste incluindo Juízos de Comércio e com a instituição de um regime experimental que, por ora, só entrará em vigor em 01.09.2014 com a redação dada ao artigo 187º pelo artigo 162º da L 3-B/2010 de 28.04 a despeito da versão inicial prever que 01.09.2010 fosse a data da entrada em vigor.

⁹⁰ DL 76-A/2006 de 29.03, 282/2007 de 07.08, 116/2008 de 04.07 e 185/2009 de 12.08.

⁹¹ Disponível in http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf e consultado em 09.06.2012.

⁹² Seguindo de perto CATARINA SERRA, *Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões in AA. VV. Direito das sociedades em Revista*, ano 4, volume 7, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 99 e ss.

⁹³ E aqui, muito provavelmente, não terá sido alheia a intervenção do Tribunal Constitucional através da declaração de inconstitucionalidade insita no Acórdão 173/2009 de 02.04 (Conselheiro SOUSA RIBEIRO) disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090173.html> e também DR I, 85, 04.05.2009.

A acrescer a esta negativa ideia não se pode igualmente deixar de assinalar a precipitação legislativa com que o regime foi instituído, importando conceitos do já vigente CIRE e enxertando-os neste novel Capítulo II sem curar de os adaptar em face da tramitação processual necessariamente diversa⁹⁴.

Não obstante o até agora exposto, manifesto se torna que as alterações introduzidas se mostram de pouca monta⁹⁵ e seguramente não trarão as respostas exigíveis ao crescente número de insolvências.

Entretanto, e mais recentemente⁹⁶, foi instituído o SIREVE (Sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial) que, finalmente, revogou o vetusto DL 316/98 de 20.10 e que visa, aparentemente, envolver o Estado nas operações de recuperação do tecido empresarial. Sem prejuízo das críticas já feitas a propósito de tal regime legal, certo é que não deixa de se afigurar como paradoxal que, apenas quatro meses volvidos sobre as alterações ao CIRE em que o procedimento especial de revitalização assumia uma figura de proa, o Estado, apesar de agora não alterar aquele Código, instituiu mais um procedimento que não podendo ser sobreponível àquele, nos termos do artigo 18º do DL 178/2012, pode, no entanto, suscitar dúvidas quanto ao melhor recurso a empregar⁹⁷.

⁹⁴ Atente-se, a título de exemplo, no facto de o artigo 17º-D/2 postular que as reclamações de créditos são dirigidas ao Administrador judicial provisório – num regime, de resto, idêntico ao estatuído no artigo 128º – e, caso o processo se encerre sem a aprovação de um plano de recuperação e se converta num processo de índole falimentar, estas mesmas reclamações de créditos já serão consideradas nesse mesmo futuro processo de insolvência (17º-G/7). Ora, no regime geral, como é sabido, os juros vincendos, após a declaração de insolvência assumem a forma de créditos subordinados [artigo 48º, b)] sendo certo que no processo especial de revitalização inexistente sentença, pelo que a contabilização dos juros não é cuidada e poderá conduzir a resultados disparem em termos de créditos comuns e subordinados, considerada a fase processual em que se reclamem créditos.

⁹⁵ Aliás, basta analisar a comunicação feita por SOVERAL MARTINS e confrontar as alterações elencadas com aquelas que o A. prevê que tenham de vir a ser implementadas para perceber a diminuta relevância do agora aprovado (cfr. *Repercussões que os memorandos da Troika terão no Código da Insolvência*, in AA. VV. *O memorando da Troika e as empresas*, Instituto do Trabalho e das Empresas, Colóquios, n.º 5, Almedina, Coimbra 2012; pp. 191 e ss.).

⁹⁶ Em 03.08.2012, por força do DL 178/2012.

⁹⁷ Paradoxalmente este mesmo artigo 18º prevê que a apresentação à insolvência obsta à utilização do SIREVE [nº1, a)]; no entanto, o nº2 já permite que se recorra ao SIREVE se o processo de insolvência tiver sido iniciado anteriormente.

Por outro lado, nos termos do artigo 8º do CIRE, a regra é a da impossibilidade de suspensão da instância, circunstancialismo que o artigo 18º/3 do DL 178/2012 contraria, sendo estes apenas alguns exemplos da falta de consonância legislativa entre o CIRE e os diplomas que supostamente lhe serão complementares.

Capítulo 2: Admissibilidade da exoneração do passivo restante.

Assente que ficou a evolução normativa do modelo falimentar em Portugal importa, agora, abordar a exoneração do passivo restante.

Este instituto – previsto e regulado entre os artigos 235º a 248º do CIRE – apareceu, conforme já atrás se referiu, pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico em 2004. A razão de ser de tal inovação prendeu-se, por um lado, com a adoção de modelos testados em ordenamentos jurídicos diferenciados⁹⁸ e, por outro, com a possibilidade de se reintegrar na atividade económica os devedores singulares.

Decorre da lei – artigo 235º – o objetivo⁹⁹ do regime, sob a forma da definição legal dos requisitos aplicáveis: «Se o devedor for uma pessoa singular¹⁰⁰, pode ser-lhe concedida a exoneração dos créditos¹⁰¹ sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste, nos termos das disposições do presente capítulo». Os artigos seguintes limitam-se a definir as normas procedimentais que, não sendo exaustivas¹⁰², acabam por constituir a matriz aplicadora do regime legal.

Assim, o procedimento para se poder beneficiar da exoneração do passivo restante, segundo o artigo 236º, deve iniciar-se por uma de duas formas: (1) no caso de apresentação à insolvência por parte do próprio devedor, estribando-se para tanto no artigo 18º/1 (236º/1) ou, (2) tendo a insolvência sido requerida por terceiro, nos termos do artigo 20º (236º/2). Isto é, na primeira hipótese, com a petição inicial de apresentação à insolvência deve o requerente

⁹⁸ A propósito da instituição do regime da exoneração em ordens jurídicas estrangeiras, por todos, CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 154, especialmente a nota 255.

⁹⁹ Objetivo regimental este que se traduz, segundo ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante in AA. VV., Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 167, na constituição de «uma medida de proteção do devedor».

¹⁰⁰ Por pessoa singular teremos de entender a pessoa humana dotada de personalidade jurídica que, de acordo, com o artigo 66º do CC se adquire aquando do nascimento completo e com vida. A este propósito, por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 4ª ed. revista e atualizada com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, em anotação ao artigo 66º, na nota 2, p. 102, assinalam que o critério de nascimento completo e com vida não enforma de unanimidade nos ordenamentos jurídicos existindo vários que exigem um prazo de viabilidade do nascituro para se lhe poder atribuir personalidade jurídica indicando os AA. como exemplo o direito espanhol.

¹⁰¹ Que, e como veremos *infra*, trata-se de uma formulação legal manifestamente infeliz porquanto a exoneração não se reporta aos créditos, mas sim ao devedor que é sujeito de obrigações; neste sentido, CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 158-159.

¹⁰² Veja-se, a título de exemplo, o artigo 240º (*Fiduciário*) que remete para múltiplas normas dispersas no texto legal, mormente as de índole funcional do administrador de insolvência.

formular desde logo a sua pretensão de lhe ser concedida a exoneração, alegando, para tanto, a factualidade que ao caso couber; na segunda circunstância, com a apresentação da oposição à insolvência deve igualmente deduzir tal requerimento^{103 104}.

Porém, o artigo 236º prevê igualmente no seu número um que o pedido será sempre rejeitado se deduzido fora de prazo, ou seja, em período posterior após a assembleia de apreciação do relatório o que, de resto, se afigura como uma solução ponderada, atento o princípio do pedido e da contradição previsto no artigo 3º do CPC.

Com efeito, em sede adjetiva civil, como corolário do princípio do dispositivo, surge o princípio do pedido ou, por outras palavras, o Tribunal tem de decidir sobre o aduzido pelas

¹⁰³ Cumpre referir que, no rigor dos termos, não será necessário que o devedor deduza oposição para que possa, em simultâneo, peticionar a concessão do benefício da exoneração do passivo restante, pois o CIRE não obriga a tal condição cumulativa. O devedor terá, isso sim, de, no prazo legal concedido para a oposição do requerimento inicial de insolvência, suscitar formalmente tal pretensão nos autos, podendo confessar a sua situação de insolvência ou mesmo nem a confessar (sendo que não poderá tal comportamento processual ser-lhe desvalioso no que à análise da exoneração do passivo diz respeito).

Aliás, entendemos até que nada impede o devedor de se opor ao requerimento de insolvência, arrimado no artigo 30º, e subsidiariamente, “contrapeticionar”, no caso de procedência da ação, que lhe seja concedida a exoneração do passivo restante.

¹⁰⁴ A este propósito, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 4ª ed., a págs. 300, na nota 963, alerta para o facto de o devedor que apresente um pedido de exoneração do passivo restante beneficiar de apoio judiciário *ex vi* artigo 248º, solução que não acompanhamos.

De uma leitura estrita do número 1 do citado artigo, extrai-se que só é concedida a faculdade de diferimento do pagamento das custas até à decisão final do pedido e apenas na parte em que a massa insolvente e o rendimento disponível para a cessão sejam insuficientes para o respetivo pagamento integral, sem embargo de também serem devidas as remunerações e despesas do administrador da insolvência, bem como do fiduciário por reembolso aos custos antecipados que o Cofre Geral dos Tribunais tenha suportado.

Acresce, por outro lado, que o artigo 4º/1, u) do RCP (DL 34/2008 de 26.02 com as alterações introduzidas pela Ret 22/2008 de 24.04, L 43/2008 de 27.08, DL 181/2008 de 28.08, L 64-A/2008 de 31.12, L 3-B/2010 de 28.04, DL 52/2011 de 13.04, L 7/2012 de 13.02 e Ret 16/2012 de 26.03) apenas isenta de custas «[a]s sociedades civis ou comerciais, as cooperativas e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada que estejam em situação de insolvência ou em processo de recuperação de empresa, nos termos da lei, salvo no que respeita às ações que tenham por objeto litígios relativos ao direito do trabalho», pelo que, por uma interpretação *a contrario*, parece-nos ser de concluir que não só são devidas custas por opção expressa legislativa como, ademais, o mecanismo previsto no artigo 18º da L 34/2004 de 29.07 (com as alterações suscitadas pela L 47/2007 de 28.08) não é de aplicação plena, mas, e apenas, se consagra um diferimento temporal do pagamento da taxa de justiça devida e bem assim das custas. Isto, claro está, não prejudica que o insolvente não possa requerer a concessão do benefício do apoio judiciário, no respaldo do artigo 248º/4, e este lhe seja concedido na modalidade prevista no artigo 16º/1, b) da L 34/2004.

No sentido ora apontado apenas do diferimento do pagamento das custas cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009, reimpressão (inclui notas de atualização dos diplomas publicados até Agosto de 2009), em anotação ao artigo 248º, em especial a nota 3, p. 805.

Note-se que desde a alteração legislativa preconizada pela L 16/2012 de 20.04, nos termos do novel artigo 230º/1, e) o processo de insolvência em que é deduzido um pedido de exoneração do passivo restante terá de ser encerrado no limite no despacho inicial do incidente a que alude o artigo 237º, b).

partes¹⁰⁵. Mas, e passe a repetição, para poder decidir há que ser requerido. No caso concreto, reconduz-se a dizer que para se poder gozar do benefício da exoneração do passivo restante há que o requerer ao Tribunal, não podendo este ser decretado oficiosamente, o que constituiria um sério desequilíbrio das partes em sede processual e constituiria uma entorse ao próprio ordenamento processual civil.

Resulta, portanto, que a condição imanente a este princípio decisório é o princípio da igualdade das partes como desenvolvimento do princípio do contraditório. Ou seja, o Tribunal decide, mas primeiro tem de ouvir todas as partes envolvidas no litígio a dirimir.

Significa pois isto que, requerida que seja a exoneração do passivo restante, haverá que dar hipótese de pronúncia à(s) contraparte(s): seja apenas o requerente da insolvência (se inexistirem mais credores), sejam os demais credores (caso a iniciativa parta do devedor) ou mesmo ambos (se o pedido tiver sido apresentado em sede de oposição à insolvência ou no período concomitante com o prazo legal para a apresentação de oposição).

Assim, e para que este exercício fosse efetivo, o legislador balcanizou no tempo a possibilidade de apresentação do pedido de exoneração, limitando-o até à assembleia de apreciação do relatório (236º/1), pois que, a partir de tal momento, será sempre rejeitado por intempestivo. E importa frisar que o momento foi traçado em tal ato processual pois é neste que, nos termos do artigo 236º/4, os credores (e, eventualmente, o requerente da insolvência

¹⁰⁵ Sendo que este princípio tem como limite negativo de incidência a proibição de *non liquet*; isto é, o Tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre as questões que lhe são sujeitas para decisão, tal como postula o artigo 8º do Código Civil (DL 47344 de 25.11.1966, com as alterações introduzidas pelos DL 67/75 de 19.02, DL 261/75 de 27.05, DL 561/76 de 17.07, DL 605/76 de 24.07, DL 293/77 de 20.07, DL 496/77 de 25.11, DL 200-C/80 de 24.06, DL 236/80 de 18.07, Declaração de 12.08.1980, DL 328/81 de 04.12, DL 262/83 de 16.06, DL 225/84 de 06.07, DL 190/85 de 24.06, L 46/85 de 20.09, DL 379/86 de 11.11, Declaração de 31.12.1986, L 24/89 de 01.08, DL 321-B/90 de 15.10, DL 257/91 de 18.07, DL 423/91 de 30.10, DL 185/93 de 22.05, DL 27/94 de 08.09, DL 267/94 de 25.10, DL 163/95 de 13.07, L 84/95 de 31.08, DL 329-A/95 de 12.12, DL 14/96 de 06.03, DL 68/96 de 31.05, DL 35/97 de 31.01, DL 120/98 de 08.05, L 21/98 de 12.05, DRet 11-C/98 de 30.06, L 47/98 de 10.08, DL 343/98 de 06.11, L 59/99 de 30.06, L 16/2001 de 22.06, DL 272/2001 de 13.10, DL 273/2001 de 13.10, DRet 20-AS/2001 de 30.11, DL 323/2001 de 17.12, DL 38/2003 de 08.03, L 31/2003 de 22.08, DL 199/2003 de 10.09, DL 59/2004 de 19.03, L 6/2006 de 27.02, DRet 24/2006 de 17.04, DL 263-A/2007 de 23.07, L 40/2007 de 24.08, DL 324/2007 de 28.09, DL 116/2008 de 04.07, L 61/2008 de 31.10, L 14/2009 de 01.04, DL 100/2009 de 11.05, L 29/2009 de 29.06, L 103/2009 de 11.09, L 9/2010 de 31.05 e L 23/2010 de 30.08): «O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio».

Também o artigo 3º/2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais (L 21/85 de 30.07 com as alterações introduzidas pelos DL 342/88 de 28.09, L 2/90 de 20.01, L 10/94 de 05.05 (conforme a Ret 16/94 de 03.12), L 44/96 de 03.09, L 81/98 de 03.12, L 143/99 de 31.08, L 3-B/2000 de 04.04, L 42/2005 de 29.08, L 26/2008 de 27.06, L 52/2008 de 28.08, L 63/2008 de 18.11, L 37/2009 de 20.07, L 55-A/2010 de 31.12 e L 9/2011 de 12.04) corre em idêntico sentido ao estatuir que «Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado».

quando exista) bem como o administrador de insolvência terão a possibilidade final de se pronunciar sobre o próprio pedido.

Ora, fluindo do texto legal três hipóteses diversas de solução no que à admissibilidade da exoneração do passivo restante diz respeito – quais sejam a rejeição, a admissão ponderada e a aceitação *tout court* – importa, agora, analisar cada uma separadamente, iniciando o estudo pela hipótese negativa; i.e., pelo indeferimento.

Secção 1: Do indeferimento.

Começando pelo indeferimento da pretensão suscitada pelo devedor, a lei é taxativa quando refere que o pedido de exoneração será sempre rejeitado no caso de ser deduzido após a realização da assembleia do relatório; é esta a solução legal que resulta do artigo 236º/1 e que, nos termos do artigo 238º/1, a), é causa de indeferimento liminar do pedido de exoneração.

A par desta agora enunciada causa de indeferimento liminar, outras constam do artigo 238º/1, quais sejam: o devedor, com dolo ou culpa grave, tiver fornecido por escrito, nos três anos anteriores à data do início do processo de insolvência, informações falsas ou incompletas sobre as suas circunstâncias económicas com vista à obtenção de crédito ou de subsídios de instituições públicas ou a fim de evitar pagamentos a instituições dessa natureza [al. b)]; o devedor tiver já beneficiado da exoneração do passivo restante nos 10 anos anteriores à data do início do processo de insolvência [al. c)]; o devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a se apresentar, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo, em qualquer dos casos, para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica [al. d)]; constarem já no processo, ou forem fornecidos até ao momento da decisão, pelos credores ou pelo administrador da insolvência, elementos que indiciem com toda a probabilidade a existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência, nos termos do artigo 186.º [al. e)]; o devedor tiver sido condenado por sentença transitada em julgado por algum dos crimes previstos e punidos nos artigos 227.º a 229.º do Código Penal nos 10 anos anteriores à data da entrada em juízo do pedido de declaração da insolvência ou posteriormente a esta data [al. f)] e o devedor, com dolo ou culpa grave, tiver violado os deveres de informação, apresentação e colaboração que para ele resultam do presente Código, no decurso do processo de insolvência [al. g)].

O Código estatui, ainda, no nº2 deste artigo que o despacho deverá ser proferido em sede da assembleia de apreciação do relatório, exceto se a causa de indeferimento for a intempestividade ou se constar já dos autos documento autêntico que comprove qualquer uma das outras causas enunciadas no artigo 238º/1.

A redação deste artigo, não sendo das mais felizes, importa pois que se tenham algumas reflexões, a começar pela própria epígrafe.

Com efeito, mal se logra entender que se denomine um despacho como sendo de indeferimento liminar quando, *v. g.*, nos termos da al. b), se exija a atuação, com dolo ou culpa grave, do devedor ao nível da prestação de informações sobre as suas circunstâncias económicas. Na verdade, para se determinar a modalidade da culpa do interveniente, forçosa se torna a produção de prova sobre o circunstancialismo decidendo¹⁰⁶.

Também a redação da al. g) nos suscita perplexidade. Sem embargo das anteriores considerações imediatamente antecedentes a propósito da culpa, a locução «no decurso» não se afigura como correta. Interpretativamente, e no rigor dos conceitos, o processo de insolvência só pode ser encerrado na observância do legalmente preceituado nos artigos 230º e ss. Ora, até se verificar qualquer um dos eventos ali previstos o processo de insolvência não se poderá ter por encerrado, pelo que falar-se em despacho de indeferimento liminar neste período não se afigura como adequado, podendo ser até ilegal, pois a decisão que admite a final a exoneração ou a denega não é seguramente um despacho liminar.

Por outro lado, se já tiver sido decretado o encerramento do processo insolvencial, então a norma da alínea g) poderá ficar esvaziada de alcance prático.

Isto é, a norma, *de jure constituendo*, deveria apontar para que o despacho a que alude a al. g) só pudesse ser proferido até à assembleia de apreciação do relatório ou, podendo este segmento legal constituir uma repetição desnecessária, face ao estatuído no artigo 236º/1 e *a contrario* do artigo 238º/1, a), pura e simplesmente ser expurgada a última parte daquela alínea. Isto, claro está, e repetindo-nos, sem prejuízo de não se poder, com propriedade, denominar como de indeferimento liminar um despacho que obriga à produção de prova, seja pelos elementos carreados processualmente pelo devedor ou pelos credores, seja pelos que partam da iniciativa do julgador, de acordo com a faculdade legal conferida pelo artigo 11º¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Como fez notar ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 169, acompanhada por CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 159 e igualmente por LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 318 (especialmente a nota 406) bem como do mesmo A., *Código da Insolvência anotado cit.*, em anotação ao artigo 238º, p. 221.

¹⁰⁷ «No processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes».

Deixámos propositadamente para último a al. d), atentos os problemas que se têm colocado na prática, decorrentes da multiplicidade de situações a subsumir ao preceito legal em questão.

De uma leitura do artigo defluem três requisitos: (a) incumprimento do dever de apresentação; (b) prejuízo para os credores e (c) inexistência de perspectiva séria de melhoria da sua situação económica.

Quanto ao primeiro requisito temos um enquadramento diferenciado consoante se trate de um devedor titular (ou não) de uma empresa. Caso os devedores sejam titulares de uma empresa¹⁰⁸ têm, nos termos do artigo 18º, o dever de se apresentar à insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3.º, ou à data em que devesse conhecê-la, isto é, em que se aperceba que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (devendo referir-se que esta redação minimalista tem como consequência a dificuldade da perceção exata do momento temporal em que se verifica a situação de insolvência e as consequências nefastas que daí poderão advir em sede processual)¹⁰⁹. Não o sendo, rege-se, então, o disposto no artigo 238º/1, d) sendo o prazo de seis meses contabilizados desde a verificação da situação de insolvência – ou do seu conhecimento. Naturalmente que as críticas já formuladas quanto à consubstanciação da situação de insolvência valem, *mutatis mutandis*, neste conspecto.

O segundo requisito – prejuízo para os credores decorrente da apresentação tardia – é apenas mais um reflexo legislativo da “imponderação criacionista” do CIRE¹¹⁰. No que ora interessa, importa lembrar que se discute a admissão – ou não –, numa fase absolutamente embrionária do processo de insolvência, do devedor ao benefício de entrada em período probatório (ou período de cessão, para utilizar a terminologia legal) da exoneração do passivo restante. Temos para nós que não se logrará a realização de um juízo sério sobre a sobrevivência de prejuízo para os credores nesta fase, mas sim, e apenas, após o encerramento do processo

¹⁰⁸ Sendo que o CIRE define, no artigo 5º, a empresa como sendo «toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer atividade económica». Porém, e como observa CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 34-35, este conceito de empresa torna-se relevante se tiver personalidade jurídica ou autonomia patrimonial, pois, no caso contrário, independentemente da existência de uma empresa, assim considerada para efeitos do CIRE, a declaração de insolvência recai sobre o seu titular.

¹⁰⁹ Para maior desenvolvimento desta temática, por todos, LUIS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência anotado cit.*, em anotação ao artigo 3º, mormente a nota 4, p. 48.

¹¹⁰ Veja-se, de resto, as críticas fundadas de LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 238º, nota 3, p. 785, a propósito da redação do artigo em apreço bem como da sua sistematização.

nos termos do artigo 230º. Só aqui chegados, e numa perspetiva global, se poderá aferir em que medida a conduta do devedor constituiu qualquer prejuízo para os seus credores. E fará sentido ponderar a aplicação deste requisito se a iniciativa do processo falimentar provier de um qualquer credor, logo fora da esfera controlável da *actio* do devedor? Concretizando: os credores estão legitimados a requerer a insolvência, observadas que sejam as condicionantes legais do artigo 20º¹¹¹, e bem assim o devedor se encontre impossibilitado de cumprir com as suas obrigações vencidas. Disto decorre necessariamente que a data em que é requerida a insolvência do devedor é escolhida pelo próprio credor. Assim, parece-nos que, neste caso, o recurso ao requisito de prejuízo para os credores decorrente da apresentação tardia à insolvência não poderá ser equacionado sob pena de cairmos numa situação de abuso de direito. Com efeito, em princípio, nada obstará a que o credor/requerente pudesse apresentar a sua pretensão em juízo em momento anterior (desde que já se verificassem todos os requisitos legalmente exigidos) pelo que se não o fez também não deverá o devedor ser sancionado com um indeferimento liminar.

Temos que a resposta deverá ser negativa, tanto mais que, como acertada e claramente se explicita na jurisprudência, «o atraso implica sempre um avolumar do passivo. O legislador

¹¹¹ «1 – A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos:

- a) Suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas;
- b) Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações;
- c) Fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal atividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo;
- d) Dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos;
- e) Insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor;
- f) Incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos, nas condições previstas na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 218º;
- g) Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas de algum dos seguintes tipos:
 - i) Tributárias;
 - ii) De contribuições e quotizações para a segurança social;
 - iii) Dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato;
 - iv) Rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respetiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua atividade ou tenha a sua sede ou residência;
 - h) Sendo o devedor uma das entidades referidas no n.º 2 do artigo 3º, manifesta superioridade do passivo sobre o ativo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.

2 – O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de representação das entidades públicas nos termos do artigo 13º».

não pode ter querido prever naquela alínea d) como exceção aquilo que é o normal ocorrer; donde se conclui que o conceito de prejuízo aí previsto constitui algo mais do que já resulta do previsto nesse dispositivo. Esse prejuízo não pode consistir no aumento da dívida e atraso na cobrança dos créditos por parte dos credores, pois que tal já resultava da demais previsão dessa alínea. Não pode o intérprete escamotear que o legislador do CIRE estava consciente de que os créditos vencem juros com o simples decorrer do tempo. Representando a insolvência uma situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (art.º 30, n.º 1), inevitável será a constatação de que estas vencem juros (art.º 804.º e seg.s do Código Civil), que assim aumentam (quantitativamente) o passivo do devedor».¹¹²

As dificuldades interpretativas e de aplicação que esta alínea coloca têm conduzido, como adequadamente observa GONÇALO GAMA LOBO^{113 114}, a acesa controvérsia jurisprudencial sobre a existência – ou não – de prejuízo para os credores sempre por mero decurso da passagem do tempo e o conseqüente avolumar de juros relativamente, claro está, às obrigações vencidas.

Não obstante as considerações formuladas, a discutida al. d) levanta uma segunda ordem de problemas que se prende justamente com a tipologia dos requisitos nela formulados e que, como já referimos *supra*, são três. No que ora interessa, e para melhor se compreender o alcance e sentido desta cláusula, importa concluir pela disjunção ou cumulação dos preditos requisitos. Ou seja – e repetindo –, pode a jurisprudência lançar mão de qualquer um dos requisitos isoladamente considerados como substrato do indeferimento da exoneração do passivo restante ou, bem ao invés, têm os três de se verificar em pleno e em simultâneo?

¹¹² Acórdão TRC de 08.05.2012 (Desembargador CARVALHO MARTINS) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

¹¹³ *Da exoneração do passivo restante* in AA. VV., *Jurisprudência A a Z – Insolvência volume especial*, Nova Causa, Trofa, 2011, p. XVIII, concretamente notas 47 e 48.

¹¹⁴ Inclusivamente, esta querela – mais ou menos estéril e que só se torna compreensível como condição de aplicação do artigo 238.º/1, d) – chegou ao STJ, com um Acórdão de 21.10.2010 (Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS) a decidir que pelo «facto de o devedor se atrasar na apresentação à insolvência não se pode concluir imediatamente que daí advieram prejuízos para os credores». Porém, posteriormente, os Tribunais da Relação proferiram sentenças contraditórias: *inter alia*, TRL de 30.06.2011 (Desembargadora ROSA RIBEIRO COELHO), TRG de 03.05.2011 (Desembargadora RAQUEL RÊGO). Finalmente, o STJ voltou a pronunciar-se em 24.01.2012 (Conselheiro FONSECA RAMOS), na sequência de interposição do MP invocando oposição de Acórdãos e decidiu que a «apresentação tardia do insolvente/requerente da exoneração do passivo restante, não constitui, por si só, presunção de *prejuízo para os credores* – nos termos do art. 238.º, n.º1, d) do CIRE – pelo facto de, entretanto, se terem acumulado juros de mora – competindo aos credores do insolvente e ao administrador da insolvência o ónus de prova desse efetivo prejuízo, que se não presume», todos disponíveis in <http://www.dgsi.pt>. Refira-se que, posteriormente ao Acórdão do STJ, o TRG já se pronunciou em sentido idêntico ao do Supremo Tribunal: cfr. TRG de 17.05.2012 (Desembargadora CONCEIÇÃO BUCHO) e TRG de 26.04.2012 (Desembargador ANTÓNIO SOBRINHO) igualmente disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

Não obstante a esdrúxula redação do normativo em causa, somos da opinião que a verificação dos requisitos tem de ser cumulativa, desde logo pela inserção da locução «e» no corpo do texto. Neste sentido e, de forma relativamente unânime, tem sido igualmente o acolhimento jurisprudencial à proposição ora enunciada¹¹⁵ bem como a doutrina. Aliás, comungando da posição sufragada por CATARINA SERRA¹¹⁶, provavelmente haverá que buscar o *leitmotiv* de toda esta controvérsia interpretativa numa densificação excessiva da questão, devendo adotar-se uma leitura desdramatizadora da norma, em ordem à melhor interpretação da mesma.

No entanto, e divergindo de alguma jurisprudência que, à força, consegue estribar as suas decisões neste normativo¹¹⁷, temos presente que a complexa redação da norma implicará, na prática, que, na maior parte das situações decidendas, ela seja inaplicável. Com efeito, o requisito de verificação da culpa grave no desconhecimento da existência de uma perspetiva séria de melhoria da sua situação económica torna, as mais das vezes, a prova impossível. Com efeito, temos como seguro que a perspetiva psicológica do insolvente (seja ou não titular de uma empresa) é que a sua situação vai melhorar. E, se se pode censurar, de um ponto de vista objetivo, que não se tenha apresentado à insolvência, certo é que, do ponto de vista subjetivo, ele próprio não acreditará na irracionalidade – ou pelo menos na dificuldade de sustentação empresarial – da sua posição, pelo que o requisito da culpa grave será de muito difícil prova jurisdicional¹¹⁸.

Uma última nota a considerar tem a ver com a tipologia dos requisitos para o indeferimento enunciados nas alíneas deste artigo 238º. Estaremos em face de requisitos exemplificativos ou taxativos?

De uma forma sumária a nossa resposta propende para a segunda hipótese. Na verdade, e sem embargo da técnica utilizada para a construção legislativa, com o recurso a cláusulas relativamente indeterminadas como é o exemplo da al. g) do artigo 238º/1, poder apontar para um modelo meramente exemplificativo, o facto de o corpo da cláusula

¹¹⁵ Cfr. *inter alia* TRC Coimbra de 12.06.2012 (Desembargador ARTUR DIAS), o já citado Acórdão TRC de 08.05.2012 (Desembargador CARVALHO MARTINS), bem como da mesma Relação de 17.01.2012 (Desembargador CARLOS QUERIDO), 06.09.2011 (Desembargadora JUDITE PIRES), TRP de 07.04.2011 (Desembargador FILIPE CAROÇO) e TRP de 30.09.2010 (Desembargador LIMA DA COSTA), todos disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

¹¹⁶ *O regime português cit.*, pp. 159-161.

¹¹⁷ Como, justamente, observa CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 159-160, designadamente a nota 269.

¹¹⁸ Há que não confundir esta factualidade com a do devedor que deliberadamente pretende cair em situação de insolvência, pois nessa circunstância a norma a convocar para o indeferimento liminar será a da alínea e) ou .g) e não a desta alínea d).

assertivamente enunciar que o pedido de exoneração é liminarmente indeferido nos termos das alíneas sucedâneas parece-nos autorizar a conclusão de que se trata de um modelo taxativo¹¹⁹. Acresce, ainda, que, ao longo do CIRE, não se detetam outras normas que convoquem a aplicação do indeferimento; pelo contrário, o que encontramos são normas a remeter para as causas de indeferimento estatuídas no artigo 238º como condição de aplicação da cessação antecipada do procedimento de exoneração (artigo 243º) e da revogação desta (artigo 246º).

¹¹⁹ No mesmo sentido parece apontar LUIS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência anotado cit.*, em anotação ao artigo 283º, designadamente na nota 2, p. 221 ao referir ser «compreensível que *nestas* situações não seja concedida ao devedor esse benefício» (itálico nosso). Ao reportar-se especificadamente às causas constantes do artigo 238º parece-nos não ser abusivo inferir que o A. apenas considera as causas apenas previstas naquele artigo e não em mais qualquer outro.

Também recente jurisprudência trilha este entendimento: cfr. Acórdão TRC de 12.06.2012 (Desembargador ARTUR DIAS) disponível *in* <http://www.dgsi.pt>.

Secção 2: Da admissão condicionada.

Delimitadas que foram as hipóteses de indeferimento liminar no que tange à exoneração do passivo restante, cabe agora abordar o que antes denominámos admissão condicionada, isto é a admissão – ou rejeição – do pedido de exoneração quando formulado no período intermédio; ou seja quando a pretensão é suscitada em prazo ulterior ao da apresentação à insolvência (quando a iniciativa caiba ao próprio insolvente) ou da apresentação da oposição¹²⁰ (quando a insolvência seja requerida por um credor), mas sempre antes da materialização da assembleia de apreciação do relatório a que alude o artigo 236º/4.

Não se nos afigura feliz a redação legal do segmento final do artigo 236º/1. Efetivamente, e do cotejo com o número quatro do mesmo normativo, vemos que a decisão jurisdicional, não obstante ser solitária por força da competência legal, não é, todavia, isolada. Com efeito, o julgador não pode tomar a decisão sem respeitar o princípio processual da contradição e, dessa sorte, carece de inteirar-se previamente da posição dos credores e do administrador da insolvência.

Mas, e sem embargo desta injunção de pronúncia, cabe ao juiz seguir inelutavelmente a posição sufragada por aqueles sujeitos processuais?

A resposta – parece-nos – deverá claramente propender para a negativa. Desde logo, pela literalidade imanente aos referenciados preceitos legais que em nada obriga o julgador a

¹²⁰ Note-se que a lei não refere no artigo 236º/1 que é no prazo da oposição, mas sim no prazo de dez dias. Porém, e atento o prazo fixado no artigo 30º, facilmente se constata que os períodos temporais são idênticos pelo que é de presumir que o legislador se pretendeu referir à mesma realidade.

Contudo, esta construção legislativa não é suscetível de grandes elogios: com efeito, sendo incontestável que os prazos são idênticos, certo é que na observância do estatuído no artigo 145º/5 do CPC em vigor «5 – Independentemente de justo impedimento, pode o ato ser praticado dentro dos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo, ficando a sua validade dependente do pagamento imediato de uma multa, fixada nos seguintes termos:

- a) Se o ato for praticado no primeiro dia, a multa é fixada em 10 % da taxa de justiça correspondente ao processo ou ato, com o limite máximo de meia UC;
 - b) Se o ato for praticado no segundo dia, a multa é fixada em 25 % da taxa de justiça correspondente ao processo ou ato, com o limite máximo de três UC;
 - c) Se o ato for praticado no terceiro dia, a multa é fixada em 40 % da taxa de justiça correspondente ao processo ou ato, com o limite máximo de sete UC.»
- conclui-se que pode conduzir a contagens diferenciadas dos prazos. Ou seja: pode dar-se a situação absurda de se apresentar a exoneração do passivo restante antes da própria oposição ao requerimento de insolvência e aquela, ainda assim, incorrer no denominado período intermédio em que o Juiz decide livremente pela admissão ou rejeição da exoneração.

adotar tal conduta¹²¹; por outro lado, e caso a posição adotada pelos credores seja diversa, apodítico será concluir que o juiz não poderá sustentar uma decisão que seja concordante com as posições pois elas são em si mesmas diferentes¹²².

Em síntese, o juiz, quando confrontado com um pedido de exoneração formulado no período intermédio decide, não livremente porque a lei não permite a decisão *ad nutum* nos termos do artigo 236º/4, mas sim de uma forma ponderada pois implica valorar (em sentido concordante ou discordante) as posições que o administrador da insolvência e os credores entendam carrear para os autos. Isto é: mesmo que estes sujeitos adotem uma posição processualmente concordante, é lícito ao juiz decidir em sentido diverso, mas terá, obviamente, de fundamentar o decidido, sob pena de ilegalidade.

Como corolário do agora exposto decorre que o pedido de exoneração do passivo restante, quando deduzido nesta fase processual, implicará sempre uma admissão condicionada à decisão do julgador, decisão essa a ser tomada nos moldes anteriormente expostos.

¹²¹ Ao invés, por exemplo, do artigo 188º/4, que, até à alteração introduzida pela L 16/2012 de 20.04, postulava a obrigatoriedade de o juiz decidir pela qualificação como culposa da insolvência quando o parecer do administrador da insolvência e do Ministério Público corressem nesse idêntico sentido, acrescentando que o CIRE até postulava que tal decisão fosse insuscetível de recurso. Atualmente, alterou-se o paradigma, e nos termos do nº5 daquele artigo 188º, o juiz apenas pode proferir uma decisão irrecorrível quando decida pela qualificação da insolvência como fortuita após prévia pronúncia concordante do Ministério Público e do administrador da insolvência.

¹²² Neste sentido LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coleção de estudos sobre a Insolvência*, Lisboa, Quid Juris, 2011 (reimpressão), p. 286, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 317.

Secção 3: Do despacho inicial.

Importa agora abordar a questão pela sua vertente positiva, ou seja, saber como pode o insolvente alcançá-lo ao benefício da exoneração do passivo restante.

Desde logo, cabe explicitar que, nesta fase processual – regulada pelos artigos 236º e 237º –, e com respeito pelo rigor dos conceitos, ao insolvente não é concedida a exoneração do passivo restante, mas sim a possibilidade de vir a beneficiar desse mesmo instituto passado que seja o período “probatório” de cinco anos em que a sua vida económico-financeira é supervisionada por um terceiro indicado pelo Tribunal: *in casu*, o fiduciário¹²³. Ou seja, o juiz profere – logo em sede de assembleia de apreciação do relatório ou nos dez dias subsequentes – um despacho denominado como despacho inicial [artigo 237º, b)] declarando que ao insolvente será concedida a exoneração conquanto observe as injunções comportamentais que venham a ser definidas na salvaguarda do artigo 239º e durante os cinco anos posteriores ao encerramento do processo de insolvência. Findo este período, o juiz profere novo despacho [epitetado como de exoneração no artigo 237º, d)], decretando a exoneração definitiva.

Portanto, e como resulta desta sumaríssima explanação, não é concedida, na fase inicial, qualquer exoneração – pois esta até pode ser revogada, nos termos do artigo 246º, ou até feita cessar antecipadamente, ao abrigo do disposto no artigo 243º –, mas sim, e tão-somente, declarada a possibilidade do seu posterior benefício, observados também que sejam os limites do artigo 245º. Porém, quando concedida a final do procedimento, não deixa de constituir um efeito eventual da declaração de insolvência¹²⁴.

Já atrás referenciámos o facto de se tratar de um instituto dirigido a pessoas singulares, titulares ou não de uma empresa.

Em sede formal, constatamos que o pedido, para ser aceite, deveria ser formulado aquando da apresentação à insolvência, aquando da dedução da oposição à insolvência ou em fase posterior (com as consequências anteriormente enunciadas) conquanto o seja até à realização da assembleia de apreciação do relatório. Como condição de aceitação, prevê o artigo 237º que não pode concorrer qualquer causa de indeferimento liminar, ou seja, que, cumulativamente, o juiz profira dois despachos – se bem que temporalmente separados por

¹²³ Sobre as suas funções e natureza jurídica teceremos algumas breves considerações *infra* na Subsecção 2 desta Secção.

¹²⁴ A este propósito, por todos, CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 71-72 e 155.

cinco anos –, ambos positivos quanto à concessão da exoneração, e que, requisito adicional para que este circunstancialismo se verifique, não seja aprovado qualquer plano de insolvência, conforme preceitua o artigo 237º, c)¹²⁵.

Subsecção 1: Natureza jurídica da exoneração.

Afinal, em que se traduz a exoneração do passivo restante? É um ónus? Um dever? Ou um direito? Ou algo de diferente?

Tradicionalmente, a doutrina¹²⁶ concebe a estrutura das relações jurídicas constituída externamente por sujeito (pois decorre entre sujeitos determinados), objeto (incide via de regra sobre um sendo que este pode ser encarado como o direito subjetivo imanente à relação jurídica com a correspondente obrigação), facto jurídico (decorrendo deste enquanto facto realmente verificado ou produzido e não meramente possível¹²⁷) e garantia (em caso de incumprimento pode assegurar-se o seu cumprimento por via coercitiva e eventualmente até por via antecipatória). Por contraposição, e no que tange ao seu lado interno – ou de conteúdo –, ela é integrada por um direito subjetivo e por um dever jurídico ou uma sujeição.

No objeto do nosso estudo não cabe esta análise externa, mas sim a meramente interna, pelo que nos ocuparemos apenas da conceptualização do direito subjetivo em sentido amplo e estrito e os correspondentes estados simétricos, isto é, a sujeição e o dever jurídico.

Importa, então, começar por analisar o direito subjetivo propriamente dito.

Numa aceção ampla, podemos definir o direito subjetivo como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de, por um ato de livre vontade, de *per si*, ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)¹²⁸.

¹²⁵ Note-se, porém, que nada impede que o devedor, em sede de apresentação à insolvência ou no prazo de dedução de oposição a tal procedimento, manifeste, por mera cautela, e respaldando-se no artigo 244º *a contrario sensu*, em simultâneo com o plano de insolvência, a intenção de beneficiar da exoneração do passivo restante caso aquele não venha a ser aprovado.

¹²⁶ Na aceção de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica – Sujeitos e Objeto*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1974, pp. 19 e ss.

¹²⁷ Como assinala HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina (5ª reimpressão da edição de 1992), p. 162.

¹²⁸ CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 4ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, 2ª reimpressão, p. 178-179.

E, apesar de termos conceptualizado o direito subjetivo numa perspetiva ampla, certo é que, da definição enunciada, podemos extrapolar duas realidades paralelas: a do direito subjetivo *strictu sensu* e a do direito potestativo, como de resto se infere pela utilização do elemento disjuntivo «ou».

Então, numa primeira instância, temos o direito subjetivo como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão/abstenção de ação). Significa isto que alguém terá o poder de exigir – ou pretender – de outrem a adoção de um comportamento positivo ou negativo em ordem a obter-se um determinado resultado. Isto é, o titular do direito tem liberdade de atuação¹²⁹ – o exercício do direito depende exclusivamente do elemento volitivo do seu próprio titular – em face da contraparte, que ficará, assim, sujeita a um dever jurídico, que consistirá na realização do comportamento (positivo ou negativo) a que tem direito o titular do (e passe a repetição) direito subjetivo.

Um outro elemento que importa chamar à colação na definição proposta para direito subjetivo é a utilização da expressão «exigir ou pretender». A existência de um direito subjetivo importa, em sede de garantia da própria relação jurídica, que o seu titular possa recorrer aos tribunais (em sede consequencial ou antecipatória) – ou a outras autoridades investidas de poderes para tanto – para obter decisões que lhe permitam o pleno exercício do seu direito em caso de lesão pela contraparte. Pense-se, por exemplo, no mecanismo ínsito no artigo 827^o¹³⁰ do CC, que permite ao titular do direito requerer jurisdicionalmente que lhe seja entregue determinada coisa quando tal prestação não tenha sido tempestiva e contratualmente cumprida; é isto, portanto, uma decorrência do estatuído no artigo 397^o do CC, o que significa que, em caso de incumprimento, pode o tribunal impor coercitivamente ao inadimplente a adoção do comportamento positivo ou negativo atrás enunciado.

Porém, nem sempre é assim. Situações existem que, não obstante o direito existir na esfera jurídica do seu titular, a obrigação da contraparte não existe nos precisos termos acabados de descrever, pelo que o recurso jurisdicional se mostra inviável, por inútil.

¹²⁹ Sobre a contraposição e limites do direito subjetivo (por falta de liberdade de atuação) aos poderes-deveres e poderes jurídicos *stricto sensu* e faculdades, por todos, CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral cit.*, p. 179-180, bem como *infra* a nota 225.

¹³⁰ «Se a prestação consistir na entrega de coisa determinada, o credor tem a faculdade de requerer, em execução, que a entrega lhe seja feita».

Como se sabe, a par das obrigações civis, o CC prevê no seu artigo 402^o¹³¹ a existência de obrigações naturais. Estas caracterizam-se por corresponderem a um direito do credor que o devedor não está obrigado a observar; ele até poderá cumprir a sua obrigação (pois trata-se de um dever de justiça na expressão legal), mas, caso não o faça, não decorrem consequências. Porém, caso o faça de moto próprio, não poderá, por princípio, o devedor reaver o prestado – ou na expressão legal do artigo 403^o do CC «repetir o indevido» – podendo, de tal sorte, o credor fazer sua a prestação.

Esta modalidade de obrigações funda-se na tipologia interna do próprio negócio¹³² ou nas circunstâncias exógenas ao negócio mas intrínsecas da própria relação jurídica e na forma como esta é afetada pelo decurso temporal¹³³.

Neste caso, em que estamos em face de obrigações meramente naturais, e não obstante também estarmos em presença de um direito subjetivo, temos de concluir que o seu titular não poderá exigir, mas meramente pretender da contraparte a adoção do comportamento positivo ou negativo que temos vindo a referir.

Analisemos, agora, a segunda dimensão da definição de direito subjetivo em sentido amplo, ou seja, o poder jurídico de, por um ato de livre vontade, de *per si*, ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário). Estamos aqui em face de um direito potestativo.

Este direito potestativo, este “direito de poder”, como a própria definição inculca, acarreta a produção de efeitos jurídicos incombateveis na esfera jurídica da contraparte. Ou seja, esta não se lhe pode opor, estando numa situação indefesa, pelo que a doutrina contrapõe ao direito potestativo o estado de sujeição (aquela em que o visado nada pode fazer, estando, pois, sujeito à produção do resultado); em contraposição, no dever jurídico, o visado (obrigado) tem a

¹³¹ «A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça».

¹³² Veja-se o artigo 1245^o do CC: «O jogo e a aposta não são contratos válidos nem constituem fonte de obrigações civis; porém, quando lícitos, são fonte de obrigações naturais, exceto se neles concorrer qualquer outro motivo de nulidade ou anulabilidade, nos termos gerais de direito, ou se houver fraude do credor na sua execução».

¹³³ Cfr. o artigo 304^o/2 do CC: «Não pode, contudo, ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição; este regime é aplicável a quaisquer formas de satisfação do direito prescrito, bem como ao seu reconhecimento ou à prestação de garantias».

faculdade prática de não cumprir¹³⁴, mesmo que se sujeite *a posteriori* às consequências jurídicas de tal atitude.

Tendo abordado alguns conceitos a propósito do direito subjetivo, direito potestativo, dever jurídico e sujeição, convém, ainda, para que possamos tirar algumas ilações sobre a natureza do direito de acesso à exoneração do passivo restante, estabilizar, muito sinteticamente, o conceito de ónus e de expectativa. Aquele caracteriza-se por não fazer incorrer o visado em qualquer sanção caso não o observe, mas, neste caso, o visado também não atingirá o desiderato almejado. Isto é, o visado precisa de fazer algo, adotar um certo comportamento em ordem a atingir um resultado, sem que a não adoção deste comportamento seja em si mesmo ilícita¹³⁵. Porém, a vantagem que o visado pretendia atingir também não lhe será concedida. Já a expectativa, no autorizado dizer de CARLOS DA MOTA PINTO¹³⁶, é a «situação ativa, juridicamente tutelada, correspondente a um estágio dum processo complexo de formação sucessiva de um direito. É uma situação em que se verifica a possibilidade, juridicamente tutelada, de aquisição futura de um direito estando já parcialmente verificada a situação jurídica (o facto jurídico) complexa, constitutivo desse direito», exemplificando o autor com o comprador sob condição suspensiva (artigo 273º do CC).

Aqui chegados, somos confrontados, então, com seis realidades diferenciadas, se bem que interligadas por uma enorme proximidade conceitual, sendo que, em alguns dos casos, são até condição de existência da outra: (1) o direito subjetivo, (2) o direito potestativo, (3) o dever jurídico, (4) a sujeição, (5) o ónus e (6) a expectativa. Coloca-se, assim, a questão de determinarmos por qual prisma deveremos lobrigar o direito do acesso à exoneração do passivo restante.

¹³⁴ É o caso típico dos direitos de crédito que são verdadeiros direitos subjetivos em sentido estrito decorrendo da inadimplência contratual consequências coercitivas que, em sede jurisdicional, implicam, por exemplo, a produção da declaração negocial a que se eximiu o relapso. Por seu turno, os direitos potestativos aparecem ligados essencialmente aos direitos reais. Aliás, os exemplos doutrinários comuns para os direitos potestativos constitutivos (que são aqueles que originam a produção da constituição de uma relação jurídica por ato unilateral do seu titular), para os direitos potestativos modificativos (que produzem uma alteração numa relação jurídica pré-existente que, ainda assim, continuará a existir embora modificada) e para os direitos potestativos extintivos (que extinguem unilateralmente uma relação jurídica) são, respetivamente, a constituição de uma servidão de passagem em benefício de prédio encravado (artigo 1550º do CC), a mudança da servidão para outro sítio (artigo 1568º do CC) e o direito de extinção da servidão por desnecessidade (artigo 1569º/2 e 3 do CC). Para mais exemplos, cfr. CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral cit.*, p. 184.

¹³⁵ Ou, melhor dito, na clara lição de CARLOS DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 373, um ónus traduz-se «[n]a necessidade de adoção dum comportamento que se extrema do dever jurídico, segundo a contraposição kantiana imperativo hipotético – imperativo categórico, sendo o carácter hipotético ou categórico do comando respetivo, resultante de ser próprio ou alheio o interesse a tutelar».

¹³⁶ *Teoria Geral cit.*, pp. 188-189.

Conforme decorre do enunciado do conceito a analisar, naturalmente que podemos, *ab initio*, excluir o dever jurídico e a sujeição. Um insolvente não tem o dever de requerer a concessão do benefício da exoneração do passivo restante como forma de se eximir ao cumprimento de obrigações; quando muito, poderemos concluir que ele adotará tal comportamento se assim o desejar, mas afirmar-se que sobre si impende tal dever é que nos parece forçoso. De igual sorte, consideramos que não estamos em face de uma sujeição, pois a faculdade do insolvente poder atuar requerendo a discutida concessão em si mesmo preclui o recurso ao conceito de sujeição tal como o definimos.

Tendo, então, afastado as situações negativas de direitos iminentes ao insolvente aquando do recurso ao benefício da concessão da exoneração do passivo restante, pode já concluir-se que se trata de uma situação positiva, porque subsumível a um dos restantes quatro conceitos: direito subjetivo, direito potestativo, ónus ou expectativa. Interessa, pois, precisar qual deles.

Já tivemos oportunidade de observar as situações (taxativas) que conduzem ao indeferimento da concessão de tal instituto, nos termos do disposto no artigo 238º e também no artigo 236º/1. Este último prevê, em simultâneo, as circunstâncias positivas que concorrem para a concessão desse mesmo instituto. E, de uma forma simplificada, temos de concluir o seguinte: para se poder beneficiar da exoneração é preciso que, não concorrendo causas de indeferimento, e tendo o pedido sido formulado tempestivamente de acordo com o artigo 236º/1 (no inciso inicial) ou do número 2 do mesmo artigo, o juiz profira despacho de exoneração inicial ao abrigo do artigo 237º, b).

Mas, mesmo verificando-se todo o circunstancialismo *retro* enunciado, pode o Juiz proferir o aludido despacho inicial em sentido negativo, isto é, indeferindo a concessão da exoneração do passivo restante?

Numa primeira asserção, a resposta não poderá deixar de ser positiva. Com efeito, basta atentar na redação do artigo 3º do Código de Processo Civil¹³⁷, ou na do artigo 11º do CIRE¹³⁸ ou

¹³⁷ «1 – O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2 – Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 – O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

mesmo no artigo 3º do Estatuto dos Magistrados Judiciais¹³⁹ para se concluir pela possibilidade de livre decisão do julgador. Porém, a interpretação a fazer destes normativos, a ser literal, poderá resumir de algum positivismo excessivo, que contraria os próprios pressupostos teleológicos do instituto da exoneração do passivo restante, pelo que é merecedora de crítica.

Na verdade, parece incontestável que este instituto visa conferir aos insolventes um novo começo¹⁴⁰, traduzido, este, na possibilidade de desenvolver novamente uma atividade económica – ou mesmo uma vida pessoal – sem o anátema que constitui a pendência de um processo de natureza falimentar. Como bem é referido¹⁴¹, tal hipótese de recomeço tem plena acuidade, pois a insolvência pode ter causas incontroláveis quais sejam as perdas de rendimento decorrentes de desemprego ou doença, entre outras hipóteses.

Ora, a subordinar-se a concessão do instituto ao assentimento (mais ou menos arbitrário) dos credores (mesmo com a livre decisão do Juiz), fácil é de ver que, na maioria das hipóteses, este regime legal perderá manifestamente campo de aplicação, pois é sabido que, sendo o processo de insolvência um processo de execução tendencialmente universal¹⁴², aqueles pretenderão ver ressarcidos os seus créditos pelas vias possíveis e não estarão dispostos a abrir mão dos seus direitos, pois, em sede última, poderemos estar até em face de decisões que, para os próprios credores, poderão constituir uma opção ilegal.

Isto é: já aqui referimos¹⁴³ que as estatísticas apontam no sentido da estabilização do número das insolvências das pessoas coletivas em detrimento das insolvências das pessoas singulares que não cessam de aumentar. Ora, diz-nos a experiência que, na maioria dos casos,

4 – Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final».

¹³⁸ «No processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes».

¹³⁹ «1 – É função da magistratura judicial administrar a justiça de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões».

¹⁴⁰ Ou, como decidido no STJ em 19.04.2012 (Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS): «O pedido de exoneração do passivo restante tem como objetivo primordial conceder uma segunda oportunidade ao indivíduo, permitindo que este se liberte do passivo que possui e que não consiga pagar no âmbito do processo de falência», disponível in <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴¹ LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 316.

¹⁴² CATARINA SERRA, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito cit.*, p. 163. Em sentido semelhante, PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências cit.*, p.13, assinala que «a concorrência de credores a um património insuficiente é o aspeto mais relevante da falência» contrapondo que na «execução individual rege o princípio *vigilantibus jura subveniunt*» sendo que nesta, e conquanto o património do devedor seja suficiente inexistente prejuízo para os demais credores forçando que, em caso adverso, este circunstancialismo fáctico reconduza a um tratamento desigual destes.

¹⁴³ Cfr. *supra* Capítulo I, Secção 1.

os credores serão instituições bancárias ou congêneres nas quais a prossecução da atividade não tem um fim altruístico¹⁴⁴, mas sim economicista, com vista a gerar lucro¹⁴⁵, de molde a reparti-lo pelos sócios¹⁴⁶. Significa isto que a remissão do capital em dívida (tal como os respetivos juros), não fazendo parte da matriz genética destas sociedades¹⁴⁷, poderá configurar uma atuação *contra legem*¹⁴⁸, pelo que, por esta via¹⁴⁹, poderá inexistir campo de aplicação para a exoneração do passivo¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Sobre esta temática e clara definição, cfr. CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral cit.*, pp. 288 e ss.

¹⁴⁵ Já CATARINA SERRA, *Direito comercial cit.*, p. 48, ensina que o objetivo societário não será o de efetivamente gerar lucro, mas sim o intuito de produzir lucro.

¹⁴⁶ Pela pena de ANTÓNIO FERRER CORREIA, in *Lições de Direito Comercial – Sociedades Comerciais: doutrina geral*, vol. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1968, p. 9 e reafirmado por PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ Veja-se, por exemplo, a definição legal de sociedade insita no artigo 980.º do CC: «Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa atividade» ou o Ac. STJ de 08.11.2005 (Conselheiro AZEVEDO RAMOS): «São elementos essenciais do contrato de sociedade: a obrigação de contribuição de todos os contraentes para um fundo comum; o exercício, em comum, de uma atividade económica que não seja de mera fruição; o objetivo de realização de lucros e a sua repartição» reiterando, de resto, anterior e pacífica jurisprudência de 28.10.1999 (Conselheiro ABÍLIO DE VASCONCELOS): «As sociedades comerciais, têm por objeto a prática de atos de comércio e, o seu escopo é a obtenção de lucro, no âmbito dos artigos 1, n. 2, 21, n. 1, alínea a), 22 n. 1, e 217, do CSC» e de 07.10.1999 (Conselheiro NORONHA DO NASCIMENTO): «I – O que define a sociedade, como ente social, é a existência de uma pluralidade de associados que constituem um fundo patrimonial comum gerido e explorado para dar lucro (a dividir entre eles) através do exercício de uma atividade» disponíveis todos [in http://www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Também as instituições de crédito estão obrigadas ao regime do exercício de atividade lucrativa porquanto o artigo 2º/1 do Regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras determina que «[s]ão instituições de crédito as empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito» exigindo ainda a lei, no artigo 14º, que as instituições de crédito adotem um dos tipos previstos na lei portuguesa sob a forma de sociedade anónima.

¹⁴⁸ Situação que, quanto a nós, só se coloca apenas aquando da exoneração do passivo restante. Com efeito, e se à primeira vista, nos poderíamos interrogar se esta “proibição” de remissão – porque contrária à lei – também colocaria em causa a aprovação de um plano especial de revitalização (artigo 17º-A e ss.) ou de um plano de insolvência (artigo 192º e ss.), certo é que não nos parece que tal se verifique pela teleologia própria de cada um dos institutos.

Na verdade, quer da definição colhida do plano especial de revitalização («O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização» – artigo 17º-A/1) quer da definição de plano de insolvência constante do artigo 192º/1 e 3 («O pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos e pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor depois de findo o processo de insolvência, podem ser regulados num plano de insolvência em derrogação das normas do presente Código.» e «O plano que se destine a prover à recuperação do devedor designa-se plano de recuperação, devendo tal menção constar em todos os documentos e publicações respeitantes ao mesmo.») constata-se que qualquer um dos planos visa permitir que o devedor, ou não entre em situação de insolvência (seja reanimado) ou que possa sair da situação de insolvência e retomar a sua atividade económica (comercial ou não). Veja-se que a aprovação de um plano de recuperação pode permitir teoricamente a libertação total das dívidas do devedor embora, via de regra, não seja isso o que sucede. É, pensamos nós, claro que não existe qualquer motivação dos credores para uma total libertação das dívidas a troco de nada. Essa é uma situação que, com algum grau de normalidade só ocorrerá na exoneração do passivo restante, porque imposto aos credores, mesmo com a oposição destes. Assim, o conteúdo do plano de recuperação poderá incluir o perdão de capital e/ou juros, constituindo esta uma medida com incidência no passivo (defendido por JOANA ALBUQUERQUE OLIVEIRA, *Curso de processo de insolvência e de recuperação de*

Mas, independentemente da putativa ilegalidade subjacente à conduta dos credores, certo é que não se afigura curial que tal venha a acontecer, pelo que as intervenções desfavoráveis (dos credores e do Administrador de Insolvência, recorde-se) anteriormente aventadas reconduzirão, na prática, ao esvaziamento de tal instituto.

Aqui chegados, somos forçados a concluir que importa encarar a exoneração do passivo restante por um diferente prisma que não se pode esgotar na mera dependência do assentimento dos credores.

Desde logo, e como aponta a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal¹⁵¹, importa perceber que a exoneração do passivo restante é em si mesmo um instituto que, ao invés do princípio universal de execução tendente ao ressarcimento creditório¹⁵², visa proteger os próprios devedores; este é, de resto, um propósito assumido por parte do legislador¹⁵³ ao atribuir «aos devedores singulares insolventes a possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica».

Para que se logre atingir este desiderato, necessário é que os insolventes tenham um efetivo acesso ao benefício da exoneração do passivo restante dentro do quadro normativo de referência.

empresas, Almedina, Coimbra, 2012, 2ª edição, p. 91), mas, na prática, isto implicará que se almeje o retorno do devedor à atividade económica sendo que nestes casos a finalidade lucrativa imanente à sociedade credora não é atingida no imediato, mas apenas a médio/longo prazo, não deixando isto de constituir uma atuação lícita porque orientada para o lucro.

Intenta-se assim que a atividade dos credores fique protegida por uma estabilidade exo-istancial; isto é: mesmo “perdendo” alguns créditos no imediato, aqueles sabem que os irão recuperar fora do processo falimentar pois os devedores irão manter-se a operar no mercado recorrendo ao crédito e às regulares operações bancárias (contas de depósito, utilização de cheques, letras, livranças, cartões de débito e de crédito, etc.). Para maior concretização das operações desta índole, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2012, 4ª edição (reimpressão), pp. 505-781 e também MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial cit.*, p. 542-561.

Esta questão é também aflorada por LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 192º, p. 635, ao ensinarem que «tratando-se de um devedor pessoa singular, a liquidação universal do seu património, obtido no decurso do processo, não o exime, por regra, à responsabilidade pelo que ainda fica por pagar, sem prejuízo do recurso ao mecanismo da exoneração do passivo restante».

¹⁴⁸ Diferentemente será se não ocorrer uma remissão de capital e juros no sentido estrito do termo, mas sim, e no caso do plano de pagamentos, o tribunal suprir, ao abrigo do artigo 258º, a aprovação dos credores (mesmo que os bancários ou, mais precisamente afirmado, dos societários) pois nesse caso não existe uma violação do objeto societário atento o facto do dito perdão ser exogenamente imposto.

¹⁵⁰ Sendo que acrescidamente o próprio instituto coloca grandes dificuldades de aplicação desde logo pela técnica legislativa empregue; é um sistema, nas elegantes palavras de MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Insolvência cit.*, p. 504, «pouco aberto».

¹⁵¹ Acórdão de 19.04.2012 (Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

¹⁵² Vide artigo 1º do CIRE.

¹⁵³ Cfr. ponto 45 da exposição de motivos do DL 53/2004 de 18.03.

Ora, presumindo o acerto legislativo¹⁵⁴, tem de se concluir que o acesso, por parte dos devedores à possibilidade de lhes ser concedida a exoneração do passivo restante, não sendo irrestrito (desde logo por força do artigo 238º), terá de ser maximizado. Ou seja, a possibilidade de acesso ao instituto só poderá ser recusada nos casos taxativamente previstos na lei e nunca por oposição do administrador de insolvência ou dos credores. Quanto à concessão do benefício propriamente dita, já aflorámos *retro* que essa é uma questão diferente e que só se verifica aquando do despacho final e, aí sim, depende essencialmente do comportamento do insolvente ao longo do período de cessão.

Em termos mais precisos, desde que não concorra qualquer causa de indeferimento liminar – afastando assim o regime legal estatuído no artigo 238º – e o pedido de exoneração seja deduzido na apresentação à insolvência (artigo 236º/1, 1ª parte) ou no período de oposição à mesma quando esta tenha sido iniciativa de um credor (artigo 236º/2)¹⁵⁵ (artigo 236º/1, parte final), aquele deve ser sempre despachado favoravelmente pelo julgador: «o juiz tem sempre de admitir o pedido de exoneração: o devedor pessoa singular tem o direito potestativo a que o pedido seja admitido e submetido à assembleia de apreciação do relatório, momento em que credores e administrador da insolvência se podem pronunciar sobre o requerimento»¹⁵⁶, conforme preceitua o artigo 236º/4.

Como é bem de ver, a faculdade dos credores e do administrador de insolvência se pronunciarem sobre o requerimento de exoneração tem uma tríplice dimensão: de, nos termos do artigo 238º/2, peticionarem a verificação de alguma causa de indeferimento liminar; de, nos termos do artigo 236º/1 (parte final), contribuírem para a formação da decisão jurisdicional¹⁵⁷

¹⁵⁴ Nos termos do artigo 9º/3 do CC.

¹⁵⁵ Que, como se sabe, é o período de tempo que medeia entre a data do requerimento de apresentação à insolvência ou a data correspondente aos 10 dias posteriores à citação (conquanto a iniciativa da insolvência tenha pertencido ou não ao devedor) e a data da assembleia de apreciação do relatório, nos termos do artigo 236º/4. Neste sentido, e precisando os termos e alcance de mais esta imprecisão normativa, cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 236º, pp. 778 e ss.

¹⁵⁶ ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 168. Também LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, 2ª ed., p. 99, conclui em sentido idêntico ao referir que «[o] despacho inicial (que não é o despacho de exoneração final), apenas pode ser desfavorável se houver motivo para indeferimento liminar do pedido por uma das razões que constam taxativamente no artigo 238º, o qual não estatui, como causa de rejeição, a oposição dos credores. Nem poderia ser pois, em regra, os credores opõem-se à exoneração, na medida em que este procedimento pode concretizar o não pagamento total ou parcial dos seus créditos».

¹⁵⁷ Que, como justamente observa ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 168, o juiz deverá decidir com base numa pessoal convicção sobre o benefício ou desvantagem em aceitar que o insolvente possa vir a beneficiar da exoneração do seu passivo restante.

(embora sem qualquer grau de vinculação para com a decisão jurisdicional¹⁵⁸); ou, finalmente, nos termos do já referenciado artigo 236º/4, se pronunciarem, não sobre a bondade do peticionado, mas sim sobre as obrigações a que, na ótica daqueles, o insolvente deverá estar vinculado em sede da cessão do rendimento disponível, nos termos do artigo 239º (pois, como igualmente observámos, aos credores e ao administrador de insolvência está vedada a hipótese de se pronunciarem sobre a intrínseca bondade do requerido no que ao seu mérito substantivo¹⁵⁹ diz respeito). Ou seja, aqueles nem terão de se pronunciar sobre o mérito do requerido, pois essa é uma análise a fazer a final do processado, no respaldo do disposto no artigo 244º, sendo nesta fase extemporâneo alegar um incumprimento em relação a um qualquer período temporal que ainda não transcorreu¹⁶⁰.

Aliás, não vemos que outra hipótese seja possível, atenta a potestatividade do direito, tal como enunciado pela doutrina e à qual aderimos *in totum*. Efetivamente, o instituto jurídico discutido tem uma teleologia própria que, como já anteriormente referimos *ex abundantia*, correria o risco de ser desvirtuada se fosse adotada uma visão *pro creditoris* daquele.

Refira-se, acrescidamente, que o próprio artigo 239º/1 impõe ao julgador a prolação do despacho inicial na assembleia de apreciação do relatório conquanto não exista motivo para indeferimento liminar. E nesse mesmo artigo – no nº2 – explicita-se o conteúdo positivo do despacho jurisdicional, pelo que tal despacho não comporta a possibilidade de uma solução negativa que não a decorrente do indeferimento liminar. De resto, ensina também a doutrina¹⁶¹ que «[s]egundo o nº1, o juiz deve então proferir uma decisão – designada na lei como *despacho inicial* –, que vale como admissão do pedido de exoneração. Vê-se (...) que este despacho tem por função específica fixar as condições que devem ser observadas pelo devedor para, posteriormente, poder ser proferido o despacho de que depende a *exoneração efetiva*». Isto é, ao proferir-se o despacho inicial – o que, repetindo, só pode ser feito quando não concorra qualquer

¹⁵⁸ Como, de resto, também é a solução legal em Itália; a este propósito cfr. FAUCEGLIA/PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo II, Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori Assago, 2009, p. 1326.

¹⁵⁹ Diferentemente, no que à questão adjetiva tange, pois como já retratado à saciedade os credores e o administrador de insolvência podem (e devem) alertar o juiz – requerendo o que tiverem por conveniente e arrolando os meios de prova que tiverem por melhor – para a verificação positiva de algum dos requisitos negativos estatuidos no artigo 238º.

¹⁶⁰ Neste sentido, assume elevada importância o contributo de ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 169, ao ensinar que «[o] mérito não é sobre a concessão ou não da exoneração pois essa análise será feita passados cinco anos. Aqui o mérito está em aferir o preenchimento de requisitos, substantivos, que se destinam a perceber, se o devedor merece que uma nova oportunidade lhe seja dada».

¹⁶¹ LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 236º, mormente a nota 2, p. 779.

causa de indeferimento liminar –, este terá de ser em sentido coincidente com o requerido pelo insolvente, pelo que o acesso à possibilidade de exoneração do passivo restante terá, manifestamente, de revestir a tipologia de um verdadeiro direito potestativo, ao impor-se *erga omnes* à vontade (presumida ou real) da globalidade dos credores, bem como do administrador de insolvência.

Assumindo esta premissa, naturalmente que a resposta a dar à pergunta inicialmente colocada será de que não estaremos em face de um direito subjetivo, nem de uma expectativa. Encerra em si mesmo algo de um ónus, pois carece de ser requerido para atingir o objetivo visado, mas atinge a sua plenitude bem além de tal, já que se impõe a terceiros, sendo, conseqüentemente, subsumível ao conceito de direito potestativo.

Estamos em crer que as conclusões ora vertidas refletem a possibilidade de funcionamento do mecanismo da exoneração do passivo restante. Tal como ensina a doutrina¹⁶², não obstante o texto da lei ressumar, as mais das vezes, *prima facie*, de evidência e clareza, certo é que na sua adequação ao concreto surgem, de forma inopinada, múltiplos escolhos interpretativos que urdirá dilucidar. Isto é, importa que, com a fidedignidade possível, o intérprete fixe o sentido e o alcance do texto legal em ordem à boa, justa e uniforme aplicação do direito visando, em suma, a realização do próprio direito¹⁶³.

Assim, aceitando que a interpretação jurídica radica num processo hermenêutico, em ordem à interpretação das normas, a doutrina¹⁶⁴ faz apelo a quatro elementos que, em conjunto, permitem realizar o processo interpretativo: (1) o elemento gramatical (também denominado de texto ou letra da lei), (2) o elemento histórico, (3) o elemento sistemático (ou de contexto da lei e lugares paralelos) e (4) o elemento teleológico ou racional. Estes três últimos elementos podem ser aglutinados num único, denominado como lógico, ou de espírito da lei por contraposição ao elemento gramatical correspondente à letra da lei¹⁶⁵.

¹⁶² JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito cit.*, pp. 175 e ss.

¹⁶³ Por todos, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução ao estudo do Direito*, ed. policopiada, Coimbra, 1976, pp. 81 e ss.

¹⁶⁴ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Curso de introdução (1976) cit.*, p. 58 e 59; também JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito cit.*, pp. 182 e ss. Assinale-se que JOÃO CASTRO MENDES, *Introdução ao estudo do Direito*, Pedro Ferreira, Lisboa, 1994 (edição revista por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA), p. 230, refere ainda – embora de forma menor – a possibilidade de recurso interpretativo a um quinto elemento interpretativo: os complementares.

¹⁶⁵ Posição esta assumida pela doutrina tradicional e, entre outros, a título meramente exemplificativo, cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, 6ª ed. revista e ampliada, p. 158 e ss.

No que ao elemento gramatical diz respeito, sabe-se que ele tem no seu início uma função delimitadora ou de incidência negativa. Num primeiro momento, urge expurgar todas as orientações que não encontrem qualquer respaldo na letra da lei. Mas, em fase ulterior, este elemento poderá ter uma função positiva ou inclusiva, conquanto a letra da lei admita mais que uma interpretação possível, atenta uma redação deficiente ou obscura. Aqui chegados, a interpretação com base no elemento gramatical deverá sugerir o sentido possível da letra da lei ou, pelo menos, aquele que o intérprete considere mais adequado.

No caso vertente, há que referir que o artigo 236º/4 não aponta a finalidade de audição dos credores (e do administrador de insolvência), bastando-se com a exigência de tal audição. Acresce – e parece-nos decisivo – que o segmento legal só refere o circunstancialismo em que o pedido deva ser rejeitado¹⁶⁶, pelo que se poderá inferir *a contrario*, que, nos restantes casos, deverá sempre ser admitido, com a exceção óbvia incluída na parte final do artigo 236º/1, em que o CIRE admite expressamente a livre decisão (em qualquer sentido, refira-se) do julgador.

Isto é, a letra da lei estatui expressamente as situações em que o pedido deverá ser rejeitado por indeferimento liminar (artigo 238º) e o circunstancialismo em que o juiz decide livremente (artigo 236º/1, segmento final), pelo que se impõe concluir sempre pela admissibilidade da exoneração em todos os demais casos submetidos à apreciação do tribunal.

Já o elemento histórico se caracteriza por, no raciocínio interpretativo, recorrer a indícios decorrentes da própria (como o nome indica) história da norma. Aqui faz-se apelo à história evolutiva do instituto, às fontes do texto legal bem como aos trabalhos preparatórios. Ora, como já tivemos o ensejo de afirmar, este é um instituto novo, pelo que os índices atinentes ao elemento histórico encontram-se significativamente reduzidos.

Ainda assim, do texto de inspiração do CIRE – a *Insolvenzordnung* alemã de 1994¹⁶⁷ – não perpassa uma posição clara quanto a este particular: com efeito, o artigo 289º/1 do normativo alemão estatui a obrigatoriedade de audição dos credores – tal como no CIRE – e o artigo 290º prevê um regime vagamente semelhante ao do artigo 238º do CIRE.

Por outro lado, e no que aos trabalhos preparatórios diz respeito, constata-se que na proposta de lei que antecedeu o CIRE¹⁶⁸, o (ao tempo) artigo 213º, com um enorme grau de

¹⁶⁶ E, ainda assim, por remissão ao artigo 238º do CIRE.

¹⁶⁷ Consultado in http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/index.html em 06.07.2012.

¹⁶⁸ Disponível in <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=4789> e consultada pela última vez em 08.07.2012.

concretização, postulava que a concessão da exoneração seria proferida após audição dos credores e do administrador de insolvência e desde que o pedido não fosse liminarmente indeferido, o que coincide com as conclusões por nós já atingidas.

Abordando agora o elemento sistemático, este é entendido como permitindo a interpretação da norma por recurso à análise da globalidade dos restantes segmentos legais em que ela está compreendida, referindo-se, por conseguinte, ao contexto da lei. Para além deste passo hermenêutico, no auxílio do processo interpretativo, concitam-se também as normas que dispõem sobre problemas normativos idênticos ou institutos afins, identificando-se então este passo como o de lugares paralelos.

Neste conspecto, é de notar que a norma surge num contexto legal bastante atípico. Já antes¹⁶⁹ concluímos pelo facto de estarmos em face dum acervo normativo que é reflexo do modelo de falência-liquidação, com o que isso implica a nível da dimensão punitiva que o social impõe ao devedor relapso e inábil para o exercício do comércio e, muitas vezes, da sua vida pessoal. Porém, esta hipótese da exoneração do passivo restante acaba por surgir como um desvio ao modelo tradicional desta tipologia falencial, encerrando um quase “amacramento” da conceção falimentar e aproximando-se em larga medida ao modelo da falência-saneamento.

Não deixa de ser paradigmático que esta norma tenha como requisito essencial primário o de estar dirigida, apenas, a pessoas singulares (independentemente de serem ou não empresários, como também já vimos). Ou seja, o legislador não teve dúvidas em diferenciar o âmbito subjetivo da falência, pretendendo, inequivocamente, que existisse um regime de exceção no tratamento das insolvências singulares, interpretação essa acolhida pela jurisprudência¹⁷⁰, pelo que, do ponto de vista sistemático e no contexto da lei, entendemos como possível e adequada a interpretação por nós propugnada. No que tange aos lugares paralelos, este é um instituto de génese inovadora, afigurando-se inexistirem modelos afins no ordenamento jurídico nacional¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. *supra* Capítulo I, Secção 1, Subsecção 2.

¹⁷⁰ Cfr. Acórdão STJ de 19.04.2012 (Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS): «É crucial, no entanto, entender, que a exoneração do passivo restante não tem como principal fim a satisfação dos credores da insolvência, tal como o previsto no artigo 1º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – embora, reflexamente, não esqueça por completo esses interesses, na medida em que são impostos apertados limites para a sua admissão».

¹⁷¹ Confrontando, de resto, os exemplos dados para o tratamento do sobreendividamento em Portugal por CATARINA FRADE, *A regulação do sobreendividamento cit.*, pp. 583 e ss. bem como a referência ao sebastiânico Código do Consumidor, concluímos que em Portugal nunca existiram modelos prévios desta índole e que inexistem quaisquer outros atualmente.

Já a nível internacional, situações diferenciadas se nos deparam: nos Estados Unidos da América, desde 2005 que o perdão de dívidas deixou de ser automático, obrigando-se o insolvente à frequência de uma reeducação financeira, mas, note-se, à altura de preparação do CIRE, o regime norte-americano pugna pela concessão automática da exoneração do passivo restante (a denominada *discharge*); em França, o perdão de dívidas radica na orientação de uma comissão em face da situação financeira do insolvente após a realização de um plano de pagamentos; na Bélgica, a exoneração do passivo restante é concedida após o cumprimento de um plano integral de um plano judicial de pagamentos ou em sede de um acordo extrajudicial a realizar entre o insolvente e os seus credores; por seu turno, na Holanda, o acesso ao perdão de dívidas é feito após o cumprimento de planos de pagamentos trienais, mas, em caso de incumprimento por impossibilidade, a exoneração até poderá ser concedida antecipadamente; já na Alemanha, a exoneração carece de ser requerida, mas só será concedida após um período probatório de seis anos, sendo que, adicionalmente, ainda assim, os credores se poderão opor à concessão de tal benefício (quando concluem pela má conduta processual ou falta de lisura e empenho na liquidação das dívidas ainda existentes por parte do insolvente no período de cessação); por seu lado, em Inglaterra, o período probatório conducente a concessão da exoneração desde 2002 foi reduzido para um ano e pode ser excecionalmente de seis meses nos casos ditos “irrecuperáveis”; finalmente, na Suécia, o regime revela-se bastante pragmático e os próprios credores concedem perdões de monta (entre 2002 e 2003 25% das exonerações foram totais e 50% ascenderam a 90% dos créditos inicialmente devidos) quando concluem pela impossibilidade de pagamento e a probabilidade elevada de incumprimento dos planos de pagamentos (o que acarreta uma continuação inútil da litigiosidade). Em Itália, o regime (da *esdebitazione*) é ligeiramente diferente, carecendo a exoneração de ser requerida mas não sendo concedida no caso de inexistirem bens que permitam satisfazer alguma parcela que seja dos créditos reclamados no processo falimentar. Assim, e do aqui sumariamente explanado, propendemos, mais uma vez, para concluir interpretativamente que, com maiores ou menores especificidades, todos estes modelos visam permitir o regresso dos insolventes à regular atividade económica¹⁷², pelo que não vislumbramos razões ponderosas para concluir diferentemente em Portugal.

¹⁷² Entendendo, de resto, a doutrina italiana que seria sempre muito difícil (para não reputar como impossível) um retorno ao mercado pelo peso específico que as dívidas anteriores acarretam; neste sentido V. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, dirigido por JORIO e coordenado por FABIANI,

Finalmente, e no que ao elemento racional tange, este tem sido entendido como a razão de ser da lei – a *ratio legis* –, ou, se se preferir, o fim visado pelo legislador aquando da elaboração do texto normativo, sendo que este fim, como é bem de ver, se encontra intimamente ligado ao próprio elemento volitivo do legislador, isto é, à sua decisão de apontar normativamente em determinado sentido: a *occasio legis*.

O próprio espírito do CIRE, em que este aparece menos como um processo jurisdicionalizado e mais como um processo de partes e em que a estas (designadamente aos credores) foi cometida uma maior panóplia de poderes, leva-nos a concluir que essa mesma panóplia, *in casu*, tem de ser entendida restritivamente face às razões já aduzidas da não aplicabilidade do instituto legal em análise se o mesmo for deixado ao livre alvedrio dos credores. Também deve ser levado em linha de conta que o próprio legislador alude insistentemente ao princípio do *fresh start*, desde logo na exposição de motivos da lei. Traduz-se isto em dizer que o legislador pretendeu efetivamente que ao insolvente pudesse ser concedido um regime de perdão ou, se se preferir, de graça, quase de redenção, em face dos erros anteriormente cometidos e que o levaram ao ponto final do processo jurisdicional de índole falimentar.

Assim, e do cotejo dos quatro elementos enunciados e ligados à conceção tradicional da interpretação jurídica, podemos concluir pela efetividade do direito potestativo que assiste aos insolventes. Descontando os casos de indeferimento liminar e os de livre decisão do julgador, deve ser-lhes franqueado o acesso à fase prolegomenar do instituto de exoneração do passivo restante. Como iremos ver, se lhes deve ser efetivamente concedida essa exoneração, essa é uma questão a discutir a final, passados cinco anos sobre esta possibilidade de acesso ao instituto. Por algum motivo, o que a lei designa como período de cessão, a doutrina denomina como período probatório¹⁷³ ou período experimental¹⁷⁴.

Como nota final, a este propósito, temos presente que, na jurisprudência, o direito potestativo do devedor no acesso ao benefício da exoneração não é uma questão unânime: abordam tal questão, *inter alia* e a título meramente exemplificativo, os Acórdãos STJ de 21.10.2010 (Conselheiro OLIVEIRA VASCONCELOS), TRL de 24.03.2011 (Desembargadora MÁRCIA

tomo II, Zanchelli Editore, Torino, 2007, em anotação ao artigo 142º, p. 2096.

¹⁷³ ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 170 e também, no seguimento daquela, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência cit.*, p. 301, especialmente a nota 971.

¹⁷⁴ Expressão empregue por CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 162, evocando o detido em liberdade condicional.

PORTELA) ou TRP de 21.10.2010 (Desembargador AMARAL FERREIRA) todos disponíveis *in* <http://www.dgsi.pt>. Porém, em sentido diametralmente oposto, aparece o Acórdão TRE de 09.02.2011 (inédito) tirado no processo 886/10.OTBAPT–A.E1 (Desembargador D’OREY PIRES)¹⁷⁵.

Subsecção 2: O fiduciário.

No trecho anterior delimitámos o procedimento através do qual o devedor pode aceder ao instituto da exoneração do passivo restante que, e como também já referenciámos, implica que o juiz profira um despacho inicial aquando da realização da assembleia convocada para apreciação do relatório elaborado pelo administrador de insolvência, ao abrigo do artigo 155º, ou, então, nos dez dias subsequentes a esta assembleia¹⁷⁶.

Esta decisão caracteriza-se, essencialmente, por definir as obrigações a que o insolvente estará adstrito durante o período de cessão e, bem assim, designar o fiduciário que a lei obriga (artigo 239º/2) a que seja escolhido a partir das entidades¹⁷⁷ inscritas na lista oficial dos administradores de insolvência¹⁷⁸.

Mas qual a natureza jurídica do fiduciário? O CIRE não nos responde, nem por via indireta no que tange aos administradores de insolvência¹⁷⁹, nem tão pouco o regime legal¹⁸⁰ dos administradores de insolvência o faz. Assim, o CIRE limita-se a enunciar as funções do fiduciário

¹⁷⁵ Sucede que, face à abundante argumentação ora expandida, o raciocínio desenvolvido no último Acórdão referenciado não nos merece concordância. Sem embargo, e de *jure condendo*, não nos repugnaria um aperfeiçoamento legislativo em ordem a clarificar a própria *mens* legislativa pois, em caso adverso, existirá uma elevada probabilidade em que a questão acabe, num futuro mais ou menos próximo, por findar num Acórdão uniformizador de jurisprudência.

¹⁷⁶ O regime-regra será o de ser proferido na assembleia, sendo que e a prolação do despacho só deverá ser postergada para um dos dez dias subsequentes em caso de fundado motivo impeditivo de que o mesmo ocorra na assembleia; neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 239º, nota 2, pp. 786-787.

¹⁷⁷ Que pode assumir a forma do exercício da atividade em prática isolada – o administrador de insolvência – ou em regime societário: as sociedades de administradores de insolvência, instituídas através do DL 54/2004 de 18.03.

¹⁷⁸ Cumpre dizer que, via de regra, o fiduciário acaba por ser o administrador de insolvência já nomeado nos autos o que faz sentido atendendo a que já conhece a situação *sub judice*. Estranha-se, até, que o legislador não tenha optado por consagrar esta factualidade como a regra legal, pois não só concorrem a razão de vantagem processual já enunciada como, no limite, pode cair-se na situação caricata de, em simultâneo, existirem dois administradores de insolvência nomeados – se bem que, por força da lei, com diferentes funções – o que implica, *inter alia*, a liquidação de honorários e despesas a duas entidades e o conseqüente agravar de custos do processo de insolvência.

Apesar do afirmado ser meramente empírico, esta situação em nada beneficiaria o Cofre Geral dos Tribunais, pois, diz-nos a experiência, que os insolventes não têm património nem liquidez financeira para fazer face às custas gerais do processo.

¹⁷⁹ Pois o próprio CIRE faz uma intra-remissão do artigo 240º para vários artigos no seio deste acervo codicístico e que especificamente se reportam à figura do administrador da insolvência.

¹⁸⁰ L 32/2004 de 22.07, com as alterações introduzidas pelo DL 282/2007 de 07.08 e pela L 34/2009 de 14.07.

no artigo 241^o¹⁸¹, pelo que, em face destas, teremos de alinhar algumas considerações para concluir pela natureza jurídica do fiduciário.

Manifestamente, não poderá ser um mandatário, pois inexistente qualquer constituição decorrente de uma atuação volitiva do insolvente. Na verdade, o artigo 258^o do CC, não definindo a representação *strictu sensu*, define, contudo, os seus efeitos: «O negócio jurídico realizado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último». Assim, e apesar de inexistir uma definição legal, extrai-se que a representação implica a prática de um ato jurídico por parte de um sujeito que atua em nome de outrem e que, por força dessa representação, os efeitos do ato jurídico se repercutem direta e imediatamente na esfera deste último representado¹⁸² – o mandante –, conhecendo a contraparte a qualidade do representante.

Ou seja, flui do exposto que a representação tem como pressuposto, não a atividade material em si mesma, mas «uma atividade volitiva» sendo que o «representante empresta ao representado, exercitando-o por ele, o seu poder de volição, isto é, de determinação da vontade¹⁸³.

Assim, não se pode falar de mandato, pois o fiduciário intervém por nomeação judicial e não por vontade do devedor, vontade esta traduzida na celebração de um contrato¹⁸⁴. Tão-pouco

¹⁸¹ «1 – O fiduciário notifica a cessão dos rendimentos do devedor àqueles de quem ele tenha direito a havê-los, e afeta os montantes recebidos, no final de cada ano em que dure a cessão:

- a) Ao pagamento das custas do processo de insolvência ainda em dívida;
- b) Ao reembolso ao Cofre Geral de Tribunais das remunerações e despesas do administrador da insolvência e do próprio fiduciário que por aquele tenham sido suportadas;
- c) Ao pagamento da sua própria remuneração já vencida e despesas efetuadas;
- d) À distribuição do remanescente pelos credores da insolvência, nos termos prescritos para o pagamento aos credores no processo de insolvência.

2 – O fiduciário mantém em separado do seu património pessoal todas as quantias provenientes de rendimentos cedidos pelo devedor, respondendo com todos os seus haveres pelos fundos que indevidamente deixe de afetar às finalidades indicadas no número anterior, bem como pelos prejuízos provocados por essa falta de distribuição.

3 – A assembleia de credores pode conferir ao fiduciário a tarefa de fiscalizar o cumprimento pelo devedor das obrigações que sobre este impendem, com o dever de a informar em caso de conhecimento de qualquer violação».

¹⁸² Cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português cit.*, p. 476 e no mesmo sentido, CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral cit.*, p. 539.

¹⁸³ Nos ensinamentos de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina Coimbra, 4^a reimpressão, 1974, p. 289.

¹⁸⁴ Como ensina a doutrina, designadamente LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Contratos em especial*, vol. III, Almedina, Coimbra, 7^a ed., 2010, pp. 442-443, «[o] mandato forma-se nos termos gerais dos contratos mediante a proposta do mandante e a aceitação do mandatário...». O A., a pp. 437-438, assinala igualmente que o CC, apesar de admitir os casos de mandato sem representação, como regra

estaremos em face de um tutor ou de um curador¹⁸⁵, já que inexistente representação legal, atento o facto de o fiduciário não representar o insolvente em qualquer ato, mas, e apenas, conservar (e não vemos que a lei impeça a frutificação) os rendimentos cedidos do insolvente e distribuí-los anualmente pelos credores, de acordo com o disposto no artigo 241º. Acresce que o insolvente não está interdito¹⁸⁶ nem inabilitado¹⁸⁷, pelo que também não se poderá conceber nesta sede a representação legal.

estabelece que a atribuição de poderes representativos promana de um negócio autónomo, qual seja a procuração e que nos termos do artigo 262º do CC se define como «o ato pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos».

¹⁸⁵ A legislação falimentar italiana utiliza a este propósito (e já desde o DReg 267 de 16.03.1942, com as alterações introduzidas pelos *Decreti legge* 35/2005 e 5/2006) a denominação “curador”, mas confere-lhe a categoria de oficial público por reporte à definição constante do artigo 357º do Código Penal italiano, como ensinam FAUCEGLIA/PANZANI, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo I, Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori Assago, 2009, p. 319-321. Parece-nos, porém, ser uma solução a desconsiderar, pois a relação jurídica de emprego público em Portugal constitui-se apenas por nomeação ou por contrato de trabalho em funções públicas ou, excepcionalmente, por comissão de serviço, nos termos do artigo 9º da L 12-A/2008 de 27.02 (com as alterações introduzidas pela Ret 22-A/2008 de 24.04, L 64-A/2008 de 31.12, L 3-B/2010 de 28.04, L 34/2010 de 02.09, L 55-A/2010 de 31.12 e L 64-B/2011 de 30.12).

Note-se igualmente que no domínio da legislação italiana inexistente a dialética administrador de insolvência/fiduciário (e que na prática é derogada pois na esmagadora maioria dos casos o administrador nomeado para a “parte” falimentar vem a assumir posteriormente as funções de fiduciário) sendo que a figura do *curatore* assume a administração do património falimentar e bem assim está incumbido de proceder à liquidação deste como explicita GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, G. Giappichelli Editore, Torine, 2008, 3ª edição, pp. 84-85.

¹⁸⁶ A interdição aqui é entendida, na esteira de HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português cit.*, p. 333, como uma incapacidade geral de exercício de direitos e que decorre, nos termos dos artigos 123º e 138º do CC da idade, anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira. Consabidamente no primeiro caso tal incapacidade extingue-se com o atingir da maioridade aos 18 anos (artigo 130º CC) ou com a emancipação por via da celebração de matrimónio a partir dos 16 anos (artigo 1601º do CC *a contrario*) sendo que a representação legal do menor é assegurada pelos detentores do poder paternal ou, de forma subsidiária, pela tutela (artigos 124º, 143º e 144º, todos do CC).

Teoricamente, e num plano ligeiramente diverso, o interdito pode ser declarado insolvente pois basta que o seu representante legal – o tutor – tenha gerido (de forma ruínosa ou mesmo de forma proba) o património do seu representado e se tenha verificado uma situação de insolvência; porém, a asserção proferida no corpo do texto pretendia apenas excluir a figura do tutor em face do fiduciário.

¹⁸⁷ Novamente seguindo os ensinamentos de HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português cit.*, p. 342, a inabilitação tem efeitos menos intrusivos na esfera jurídica do visado do que a interdição, porquanto esta se destina a quem se mostre totalmente incapaz de reger adequadamente a sua própria pessoa e o seu acervo patrimonial, enquanto que na inabilitação falece, por um lado, o requisito da total impossibilidade de auto-governo de pessoas e bens e, pelo outro, destina-se igualmente a quem não saiba, de forma conveniente, reger o seu património por mor de prodigalidade, uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, tal como postula o artigo 152º do CC, sendo que a representação legal do inabilitado é assegurada pela assistência de um curador (artigo 153º/1).

Reproduzem-se, também aqui, as considerações teóricas feitas na nota precedente a propósito da hipótese do interdito poder ser declarado insolvente, pois também aqui, por negócio próprio ou assistência curatelar, pode sobrevir a declaração de insolvência.

Finalmente, e um pouco *a latere*, cumpre dizer que na redação original do CIRE o artigo 189º/2, b) postulava-se que, quando aberto o incidente de qualificação da insolvência e esta fosse declarada culposa, o juiz deveria decretar a inabilitação das pessoas afetadas por um período de 2 a 10 anos. Porém, e como se sabe, após numerosas decisões dos tribunais nesse sentido, o Tribunal Constitucional veio a julgar esta disposição inconstitucional, com força obrigatória geral, no já citado Acórdão 173/2009 de 02.04 (Conselheiro SOUSA RIBEIRO) decretando que esta sanção viola frontalmente as disposições conjugadas dos artigos 18º e 26º da Constituição da República Portuguesa (aprovada em 02.04.1976 e revista pelas LC 01/82 de 30.09, 01/89 de 08.07, 01/92 de 25.11, 01/97 de 20.09, 01/2001 de 12.12, 01/2004 de 24.07 e 01/2005 de 12.08) na parte em que estes consagram o direito à capacidade civil.

A doutrina também não tem sido unânime na caracterização desta figura.

Com efeito, quer a designação de proprietário fiduciário¹⁸⁸, quer a apodítica caracterização do fiduciário como fiduciário¹⁸⁹, quer a aventada identificação com a figura do fideicomissário ou com a do usufrutuário¹⁹⁰ suscitam-nos algumas dúvidas.

É sabido que o proprietário tem um direito pleno e imediato sobre a coisa à sua disposição¹⁹¹: é um *jus in res*⁹². Mas não é um qualquer direito: tem de ser um dos direitos tipificados na lei. Apenas este(s) podem ser configurados como direitos reais: é a solução normativa que decorre do artigo 1306º/1 do CC¹⁹³ e que dá origem à chamada tipicidade dos direitos reais por aplicação de um princípio de *numerus clausus*¹⁹⁴.

Ora, decorre do texto do CC que as limitações à propriedade apenas podem consistir nas que estejam previamente definidas na lei e, até à data, a fidúcia não poderá ser configurada como validamente restritiva ou compressora do direito de propriedade por ausência de previsão legal expressa, daí decorrendo a sua nulidade, ou quando muito, a geração de efeitos meramente obrigacionais¹⁹⁵, o que tornariam tal figura incompatível entre si mesma. Com efeito, mal se conseguiria entender um proprietário a praticar atos com efeitos obrigacionais, pois, desde logo, lhe estariam vedados os meios de defesa da propriedade.

Também a alegada figura do fideicomissário nos coloca reservas: a substituição fideicomissária (também simplesmente designada como fideicomisso) traduz-se em ser «uma convenção testamentária pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído ou ao legatário nomeado (fiduciários) o encargo de conservar a herança ou o legado, para que eles revertam, por morte de tais beneficiados, a favor de outrem (fideicomissário)»¹⁹⁶. Pelo exposto, é, manifestamente, uma figura de índole sucessória que não tem cabimento na matéria discutida.

¹⁸⁸ Assim ensinada por LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 322.

¹⁸⁹ Referenciada por ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 180.

¹⁹⁰ Abordada por LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 127, especialmente a nota 132.

¹⁹¹ Como explicitado por LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, Quid Juris, Lisboa, 2009, 6ª edição (atualizada e revista), p. 47.

¹⁹² Como deflui do artigo 1305º do CC: «O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas».

¹⁹³ «Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional».

¹⁹⁴ Note-se que LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições cit.*, p. 80, defende que *de jure condendo* se deve repensar o modelo do *numerus clausus* dos direitos reais evoluindo para uma atipicidade cuidadosamente limitada.

¹⁹⁵ Como defendem PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 2ª ed. revista e atualizada (reimpressão) com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, em anotação ao artigo 1306º, na nota 2, p. 95.

¹⁹⁶ Nas palavras de CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 4ª edição renovada, p. 220.

Se estivéssemos no domínio contratual, seria possível, face ao princípio da autonomia privada, configurar interpretativamente o fiduciário fazendo apelo a estas normas, mas é incontestável que não estamos no domínio das declarações de vontade, pois o fiduciário emerge *ex vi legis*, indo ter uma intervenção num procedimento jurisdicional.

Sempre acresceria que a tese sustentada por alguns¹⁹⁷ não nos mereceria acolhimento, pois é defendida uma mescla de figuras jurídicas que também incluem o usufrutuário. Como adiante veremos, a cessão de créditos operada a favor do fiduciário implica que ele não seja apenas usufrutuário, pelo que, também por esta via, não acompanháramos esta caracterização da figura do fiduciário.

Finalmente, no que tange à caracterização do fiduciário enquanto tal, importa alinhar algumas considerações.

Na verdade, o que ressalta (de uma maneira muito superficial) da caracterização jurídica do fiduciário é que este acederá, através de uma cessão de créditos, aos rendimentos do insolvente e que os destinará a pagamentos devidos aos credores. Ou seja, ele tem uma função de depositário das verbas, que devem ser submetidas a uma especial e vinculada afetação nos termos legais (artigo 241^o). É alguém¹⁹⁸ idóneo, característica esta absolutamente essencial em ordem a infundir a confiança necessária nos credores do insolvente, pois está a lidar com verbas que não são suas, mas que se destinam a entregar a estes. É, pois, esta função de confiança que preenche – até etimologicamente¹⁹⁹ – o conceito do fiduciário.

Esta aludida função de confiança é, na prática, complementada por uma segunda característica imanente, qual seja a da garantia; ou seja, o fiduciário tem uma única função incorporada por duas dimensões: tem de merecer a confiança dos credores e, assim, garantir o seu ressarcimento (total ou parcelar) com as verbas cedidas pelos devedores do insolvente.

¹⁹⁷ LUIS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 127, nota 132.

¹⁹⁸ Por este alguém entenda-se uma pessoa singular ou uma pessoa coletiva obviamente representada por uma pessoa física.

¹⁹⁹ A fidúcia é sinónimo de confiança como decorre da definição daquela inserta na *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. XI, Editorial Enciclopédia, Lda., Lisboa – Rio de Janeiro, 1960, p. 271. Também enfatizando a necessidade da confiança, se bem que a propósito da circulação de peças de ouro e de prata, V. *Dicionário de História de Portugal*, Direção de JOEL SERRÃO, vol. III, Livraria Figueirinhas, Porto, 1985, p. 8.

Implica isto dizer que, interpretativamente, encontramos-lhe funções próximas às do fiduciário na clássica garantia da *fiducia*²⁰⁰, entretanto desaparecida.

Subsecção 3: Cessão dos rendimentos do insolvente.

3.1: A natureza da cessão.

No exercício das suas funções, o fiduciário notifica a cessão dos rendimentos do insolvente aos devedores deste e, de acordo com o artigo 241º/1, procede anualmente à sua afetação pela forma legalmente prescrita. Incorporando o fiduciário rendimentos na sua esfera jurídica mas tendo o dever de os manter separados do seu património próprio (artigo 241º/2), não podemos de todo acompanhar a conclusão²⁰¹ de que há uma efetiva aquisição dos rendimentos do insolvente, mas apenas uma mera detenção precária ou um encaminhamento²⁰².

Mas uma nova questão se coloca e que se prende exatamente com os créditos que entrarão na disponibilidade do fiduciário em ordem a que este possa dar cumprimento ao artigo 241º/1. Sabemos que, nos termos do artigo 239º/2, os rendimentos auferidos pelo insolvente se consideram cedidos ao fiduciário, importando, portanto, apurar a natureza jurídica desta cessão.

Considerando que a cessão é determinada em sede do despacho inicial, encontra-se automaticamente afastada a possibilidade de estarmos em face da mais comum cessão de créditos de génese contratual. Com efeito, e na esteira do artigo 577º/1 do CC²⁰³, a doutrina²⁰⁴ define a cessão de créditos como negócio jurídico, através do qual o credor (usualmente por via contratual) transmite o seu direito a um terceiro. Esta é a situação mais usual no nosso comércio jurídico, mas que, e como já referimos, é inaplicável *in casu*, atenta a génese da cessão.

²⁰⁰ Que era encarada, segundo SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, vol. I, Dislivro, Coimbra, 4ª edição revista e atualizada, 1984, p. 242-243, como uma verdadeira garantia real, a par do *pignus* e da *hypotheca*, sendo que na garantia em análise dava-se a transferência da propriedade da coisa (denominada como *datio*) a favor do credor, propriedade que deveria cessar aquando do cumprimento da obrigação.

²⁰¹ Tal como propugna LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 322.

²⁰² Utilizando a expressão de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 241º, em especial a nota 6, p. 794. Também neste sentido parece apontar ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 178.

²⁰³ «O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor».

²⁰⁴ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, 12ª ed. revista e atualizada, p. 813.

Parece-nos, pois, que a solução terá de radicar, em parte, neste artigo 577º do CC, que define a figura da cessão de créditos, mas articulado, noutra parte, com o vertido no artigo 588º²⁰⁵ do mesmo diploma, que estatui que o regime da cessão creditória se aplica à transferência legal ou judicial dos créditos, pois, efetivamente, é sobre esta realidade que dispõe o artigo 239º/2, ao determinar a cessão do rendimento disponível ao fiduciário²⁰⁶.

Já referenciámos o facto de a cessão de créditos se reportar a uma cedência que, do texto da lei (577º/1 CC), nos parece claro reportar-se a um determinado ponto temporal. Contudo, temos presente que, nos termos do artigo 239º/2, o despacho inicial determinará a cessão de rendimentos para os próximos cinco anos e que, de resto, o fiduciário os afetará anualmente. Assim dito, cremos inquestionável que a cessão de créditos será válida para os créditos existentes à altura da prolação do despacho inicial. Mas, e porque, na generalidade dos casos, estaremos em face de salários que se vencerão periodicamente no futuro, poderemos também para estes créditos vincendos recorrer à figura da cessão de créditos?

A resposta haverá de configurar-se como positiva. A doutrina²⁰⁷ entende que o recurso à cessão de créditos, no que tange a bens futuros, é possível, conquanto estes sejam determinados ou, pelo menos, determináveis e que tenham um certo valor económico²⁰⁸.

Assim, pensamos que, acompanhando a doutrina mais ou menos unânime²⁰⁹, podemos estabilizar o conceito de que estamos em face de uma cessão de créditos legal, regulada no

²⁰⁵ «As regras da cessão de créditos são extensivas, na parte aplicável, à cessão de quaisquer outros direitos não excetuados por lei, bem como à transferência legal ou judicial de créditos».

²⁰⁶ No mesmo sentido, mas com um diferente percurso argumentativo, ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 177, conclui que «[n]o fundo esta dita “cessão” é uma cessão judicial de créditos dependente de um exercício de vontade por parte do devedor: por sua iniciativa, a seu pedido, submete-se ao procedimento de exoneração do passivo restante, que o coloca em situação que não lhe é pedido que transmita direitos de crédito, não lhe é dada a opção de transmitir direitos de crédito, mas em que os créditos são transmitidos por efeito do despacho inicial do juiz...». Apesar de tudo, esta ação do devedor não nos parece em demasia relevante na compreensão do problema pois a cessão aparece neste contexto inelutavelmente como uma injunção associada ao benefício da exoneração. A tônica, pela importância jurídica e social que a exoneração pode ter para os devedores, deve, quanto a nós, ser colocada no resultado da exoneração e não no necessário para a alcançar. Aliás, na perentória explicação de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 239º, na nota 6, p. 789, estes AA. apontam como fonte única possível para esta cessão de créditos a legal e desvalorizando, precisamente, a ação do devedor ao requerer o benefício da exoneração.

²⁰⁷ É essa a posição de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1997, reimpressão da 7ª ed., p. 316, exigindo-se como requisito a determinabilidade do crédito; na nota 3 alude-se, porém, ao circunstancialismo constante do artigo 399º do CC em que se limita, de forma excepcional segundo o A., a prestação de coisa futura.

²⁰⁸ Na esteira, aliás, de numerosa doutrina estrangeira, mormente a italiana, conforme assinalado por ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, p. 814, na nota 3.

²⁰⁹ No entendimento de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 239º, designadamente na nota 6, p. 789, bem como de ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 176, também MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO,

artigo 239º/2 e também nos artigos 577º e 588º do CC, que abrange bens e direitos presentes e futuros.

3.2: Aspetos procedimentais da cessão.

Retomando a análise do artigo 239º, constatamos que o número dois prevê que, no prazo de cinco anos²¹⁰ subsequentes ao encerramento do processo de insolvência, o rendimento disponível que o devedor venha a auferir se considerará cedido ao fiduciário nos termos que acabámos de analisar. Mas emergem duas notas adicionais decorrentes deste preceito e que importam serem trazidas à colação: (1) por um lado, este prazo de cinco anos é um prazo manifestamente fixo, que não pode ser diminuído em função do maior ou menor grau de prudência do julgador ou do seu simples alvedrio, mesmo quando confrontado com um insolvente cooperante e com uma retidão comportamental face aos credores merecedora de encómos e, conseqüentemente, de uma recompensa processual²¹¹; (2) por outro lado, a exigência temporal de que os cinco anos se contabilizem a partir do encerramento²¹² do processo de insolvência poderá implicar que, na prática, este período se alargue substancialmente pois a tramitação processual que conduz à possibilidade de aplicação do artigo 230º poderá [e normalmente é o que acontece a menos que o encerramento seja decretado ao abrigo da alínea d) do nº 1 do artigo 230º] revelar-se demorada²¹³.

Manual de Direito da Insolvência cit., p. 303, e, finalmente, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 320 bem como do mesmo A., *Código da Insolvência anotado cit.*, em anotação ao artigo 239º, p. 223 a defender uma evolução opinativa no sentido de se estar em presença de uma cessão de créditos futuros e não de uma promessa de entrega de ganhos como anteriormente sustentou, embora continuando a assinalar que não é uma questão isenta de dúvidas.

²¹⁰ Ou, eventualmente, menor como referiremos aquando da análise do artigo 243º/4.

²¹¹ Em sentido idêntico ao ora enunciado cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 239º, na nota 3, p. 787.

²¹² E que, apesar de não constar expressamente do texto legal, entendemos que esta referência ao encerramento se deve ter por reportada ao dia subsequente do trânsito em julgado da decisão que ordenou tal encerramento e tomada ao abrigo do disposto no artigo 230º. Parece-nos ser a solução mais razoável até tendo em conta a decisão de encerramento condicionada – mesmo já com o rateio final elaborado o que *a priori* seria causa de encerramento nos termos do artigo 230º/1, a) – caso tenha sido interposto recurso do despacho inicial a conceder ou a indeferir a exoneração e o mesmo ainda não tenha sido decidido à altura da prolação da decisão de homologação do rateio, pelo que em sede de coerência sistemática apontamos para a solução preconizada *ab initio*.

²¹³ Também alertando para este problema da (infelizmente) normal morosidade processual, LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, pp. 128-130.

Admitindo, então, a prolação do despacho inicial concedente da exoneração, o fiduciário notificará, ao abrigo do artigo 241º/1, a), a cessão dos rendimentos do insolvente àqueles de quem ele tenha direito a havê-los, pois, nos dizeres do artigo 239º/3, todos os rendimentos que advenham ao devedor – a que título seja – integram o rendimento disponível.

Aqui chegados, duas hipóteses têm de se configurar: após a notificação da cessão dos rendimentos por parte do fiduciário, os devedores do insolvente têm de entregar a totalidade dos créditos ao fiduciário²¹⁴ ou só a parte que integre o rendimento disponível para cessão²¹⁵?

Não podemos acolher esta última asserção. Com efeito, nada impede que o insolvente tenha mais do que uma fonte de rendimento, pelo que se tornaria extraordinariamente confuso que o devedor A entregasse ao fiduciário uma determinada quantia e ao insolvente um outro montante, o devedor B procedesse de idêntica forma e, assim, sucessivamente. Esta procedimentalização seria apenas fonte de equívocos e seria idónea a que se gerassem problemas com as contabilizações dos rendimentos que integrariam a parte disponível e a parte indisponível. Acresce que, dos termos do artigo 239º/3, b) ii) e iii), não resulta (bem, ao contrário) que o montante a integrar a parte indisponível para cessão seja um *quantum* estático e irrevisível, pelo que se imporá nova notificação do(s) devedore(s) do insolvente sempre que existisse um despacho judicial a alterar os montantes razoavelmente necessários à existência do insolvente na sua dimensão pessoal (em conjunto com o seu agregado familiar) e profissional.

Do que fica dito, e do cotejo da letra da lei (241º/1), propendemos, pois, para considerar que todos os rendimentos auferidos pelo insolvente são entregues ao fiduciário e é este que faz chegar ao insolvente os rendimentos excluídos da cessão. Aliás, o ora defendido não colide com o estatuído no artigo 239º/4, c)²¹⁶, ao prever que o insolvente deva entregar de imediato ao fiduciário a parte dos seus rendimentos objeto de cessão, quando os receba. Na verdade, este artigo apenas prevê um mecanismo de controlo adicional da atividade do

²¹⁴ Como propugnam LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 239º, designadamente na nota 7, pp. 789-790.

²¹⁵ Tal como defende LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 127.

²¹⁶ Como afirma LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 127; divergindo LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coletânea de estudos sobre a insolvência*, Quid Juris, Lisboa, 2011, reimpressão, p. 296, ensinam, tal como defendemos, que não só a letra do artigo 239º/4, c) não preclui a interpretação de que os rendimentos são entregues ao fiduciário, antes a reforçando.

insolvente, ao impor-lhe um ónus comportamental no caso, eventual, de receber rendimentos a qualquer título²¹⁷, sejam eles de cariz ordinário ou extraordinário.

Acresce, em reforço do por nós propugnado, que a solução, para além do já dito, resulta clara da lei substantiva civil. Na verdade, da concatenação dos artigos 577º e 578º do CC resultam alguns elementos, a nosso ver decisivos, para esta interpretação: o artigo 577º do CC admite manifestamente a cessão do crédito independentemente do consentimento do devedor²¹⁸, afastando-o, desta sorte, do desenvolvimento da relação obrigacional complexa; e o artigo 578º/1 do CC estatui que «[o]s requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que lhes serve de base». Sem prejuízo dos requisitos de forma – que no presente caso não cabe analisar –, certo é que este artigo estatui os efeitos entre as partes²¹⁹, significando isto que se A (devedor cedido) deve pagar a B (cedente), e sendo que este, entretanto, cedeu o seu crédito a C (cessionário) independentemente do consentimento de A, naturalmente que o pagamento deve ser feito por A diretamente a C²²⁰. A doutrina²²¹ vê, nesta parte, um decalque da transmissão da posição contratual vertida no artigo 425º do CC, sendo que a diferença se consubstancia, não na cessão da posição propriamente dita, mas na cessão do crédito emergente da obrigação primitiva.

3.3: O rendimento disponível.

²¹⁷ Imagine-se o caso do insolvente que numa qualquer data durante o período de cessão joga no euromilhões e ganha um prémio; naturalmente que o deverá entregar, ao abrigo do citado artigo 239º/4, c) e também na esteira dos deveres de correção e boa fé para com os credores e probidade patrimonial, ao fiduciário.

²¹⁸ Na esclarecida interpretação de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 577º, nota 5, p. 594, justifica-se este “afastamento” do devedor atentas as modernas necessidades do tráfico mercantil constituindo esta opção jurídica «uma conceção bastante evoluída do direito de crédito».

²¹⁹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 578º, nota 2, p. 596.

²²⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral cit.*, vol. II, p. 313, defendendo que o contrato de cessão produz os seus efeitos no momento em que se completa o acordo dos contraentes. Também neste sentido LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, 8ª ed., p. 24 referenciando, ainda, que diversamente em relação a terceiros a eficácia contratual não é imediata como intra partes. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, p. 819, frisa mesmo que «o cessionário será, para todos os efeitos, o único credor» e, finalmente, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações II*, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 222, ensina que «[o]corrida uma cessão de crédito, opera, imediatamente, a transferência do direito à prestação do cedente para o cessionário, com todas as faculdades que lhe sejam inerentes».

²²¹ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 578º, nota 1, p. 595, bem como ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, nota 1, p. 817.

Ultrapassada que está a questão de saber a quem devem ser entregues os rendimentos do insolvente em ordem a incorporá-los na cessão do rendimento disponível, haverá que determinar quais os rendimentos que a deverão integrar.

Sobre esta matéria reza o artigo 239º/3, ao verter, em sede de cláusula geral, que todos os rendimentos, a qualquer título advindos ao insolvente, integram a cessão do rendimento disponível, excetuando-se quatro diferentes circunstancialismos.

A primeira prende-se com cessões de crédito anteriores à declaração de insolvência e que, ao abrigo do artigo 115º, promanam de créditos futuros emergentes de (1) contrato de trabalho, (2) prestação de serviços ou prestações sucedâneas futuras, tais como (3) subsídios de desemprego ou (4) pensões de reforma, e ainda, nos termos do artigo 115º/2, (5) rendas²²² ou (6) alugueres²²³ decorrentes de alguns contratos. A lei aceita que estas cessões, em homenagem a uma tutela de interesses de terceiros de boa fé, sejam válidas, nos quatro primeiros casos, pelo período máximo de 24 meses contabilizados desde o mês seguinte ao da declaração de insolvência. Isto significa que nunca perdurarão ao longo de todo o período de cessão e que, no limite, até poderá tal cessão terminar antes de transcorridos os 24 meses. Nos dois últimos casos tais cessões só serão válidas até ao mês subsequente ao da declaração da insolvência. Em qualquer dos casos, entendemos que a referência feita até a um determinado momento temporal posterior ao da declaração de insolvência se deverá ter por contabilizada desde a data da declaração de insolvência, com menção de trânsito em julgado.

Esta opção pela exceção parece-nos imerecedora de aplauso, tal como se acha configurada no artigo 239º/3, a): norteando-nos pelo disposto no artigo 242º, não temos como seguro que os interesses contratuais destes credores (cessionários) em particular se devam sobrepor aos daqueles que se veem na contingência de reclamarem créditos e de serem pagos na medida da possível liquidação e da cessão de rendimento disponível, que, as mais das vezes diz-nos a experiência, assume uma expressão diminuta.

Já a alínea b) do artigo 239º/3 comporta três subgrupos de exclusões que, pelas suas especificidades, devem ser analisadas em separado, sendo que o corpo da alínea utiliza a

²²² Contratos de locação financeira com a cláusula de o bem se tornar propriedade do locatário após cumprimento integral do contrato – artigo 104º/2.

²²³ Contratos de locação de renovação automática – artigo 109º/1.

expressão «razoavelmente necessário», o que só poderá ser entendido como um apelo à prudente ponderação do decisor e não a um qualquer livre alvedrio.

Aceitando, desde já, a premissa de que a razão de ser das duas primeiras subalíneas se funda na função interna do património²²⁴, em que este é entendido como necessário à subsistência do seu titular e que esta prevalecerá sobre os direitos de ressarcimento creditório, circunstancialismo a que a função externa desse mesmo património deveria responder, constatamos que as duas primeiras alíneas se diferenciam nos seus objetivos concretos: ou seja, a subalínea i) dirige-se muito concretamente à salvaguarda da pessoa humana e da sua dignidade imanente. Quer isto dizer que, não obstante o processo falimentar ter uma dimensão punitiva, de penalização individual do insolvente por não honrar os seus compromissos, certo é que, e como não podia deixar de ser, o direito à vida com um mínimo de dignidade (na expressão da lei) se sobrepõe inelutavelmente ao ressarcimento creditório. Note-se que este direito a viver dignamente não é de incidência exclusivamente pessoal, pois a lei faz estender os seus efeitos ao agregado familiar do devedor. O que é compreensível, atento o facto do direito constitucional a constituir família encerrar em si próprio uma compressão legal (como se sabe, as relações familiares progenitores/descendência são pautadas pela dependência dos filhos, traduzindo-se a posição dos progenitores num poder-dever²²⁵ de alimentar, educar e fazer crescer harmoniosamente e integrar socialmente).

Por seu turno, a subalínea ii) dirige-se à proteção da dimensão profissional do insolvente, o que bem se entende, já que é por via deste auferir (mais) rendimentos que os próprios credores poderão ver satisfeitos os seus direitos numa maior medida.

A subalínea i) tem assumido o papel mais discutido devido à sua formulação legal.

Parece-nos clara a opção pela definição de um limite máximo objetivo, qual seja o triplo do salário mínimo nacional²²⁶ mensal (que, atualmente, corresponde a €1455). Ainda assim, este não é um limite absoluto, atento o teor do preceito legal, que prevê que não deve ser excedido tal montante, exceto se uma decisão fundamentada do julgador correr em sentido contrário. Porém, a posição de princípio é que o limite máximo mensal para o sustento mínimo do insolvente e do seu agregado familiar é o triplo do salário mínimo nacional em vigor.

²²⁴ Na expressão de LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coletânea de estudos cit.*, p. 295.

²²⁵ Como ensina CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral cit.*, p. 179, não são direitos com um livre conteúdo de exercício, e portanto não são direitos subjetivos em sentido próprio, sendo diversamente direitos com uma especial vinculação ao exercício dos poderes respetivos.

²²⁶ O salário mínimo nacional está fixado desde 01.01.2011 (DL 143/2010 de 31.12) em €485 mantendo-se nesse valor durante o ano de 2012.

Questão mais delicada é a de saber o que é um «sustento minimamente digno» sendo que a jurisprudência tem entendido que este deve ser considerado como um limite mínimo de exclusão, não obstante constituir um critério geral e abstrato²²⁷.

De uma forma prática, se bem que não unânime, a jurisprudência tem vindo a apontar que este assinalado limite mínimo de exclusão corresponderá ao salário mínimo nacional em singelo. Invocando, ora a unidade do sistema jurídico²²⁸, ora a similitude de regime do CPC, e recorrendo, por analogia, ao artigo 824^o deste repositório codicístico²²⁹, os tribunais têm insistido na necessidade de a decisão ser sempre necessariamente casuística, mas tem vindo, em paralelo, a identificar o salário mínimo nacional mensal como o limite mínimo de exclusão alertando alguma jurisprudência, em reforço do argumentário ora exposto, para o facto de numerosas pessoas viverem até abaixo desse limite por apenas terem como rendimento um valor inferior qual seja o do rendimento social de inserção²³⁰.

Porém, e não sendo totalmente insensível às orientações propugnadas pelos tribunais comuns superiores, podemos concordar que, independentemente da necessária ponderação casuística, o valor do salário mínimo nacional como limite mínimo de exclusão poderá constituir um ponto de partida razoável para as decisões, embora com um radical de pensamento ligeiramente diferente.

Na verdade, e conforme se afirmou no Acórdão do Tribunal Constitucional 177/2002 de 23.04 (Conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA)²³¹ «assim como o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador e que por ter sido concebido como o 'mínimo dos mínimos' não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo, assim, também uma pensão por invalidez, doença, velhice ou viuvez cujo montante não seja superior ao salário mínimo nacional não pode deixar de conter em si a ideia de que a sua atribuição corresponde ao montante mínimo considerado necessário para uma subsistência digna do respetivo beneficiário».

²²⁷ Ac. TRP de 24.01.2012 (Desembargador RODRIGUES PIRES) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

²²⁸ Ac. TRP de 15.07.2009 (Desembargador BARATEIRO MARTINS) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

²²⁹ Ac. TRP de 08.03.2012 (Desembargador TRAJANO MENEZES E MELO) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

²³⁰ No sentido apontado, mas quanto a nós enfermando de uma argumentação excessiva, cfr. Acórdão TRP de 15.09.2011 (Desembargador LEONEL MARADO SERÓDIO) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

²³¹ Disponível in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020177.html> e DR I-A, 150, de 02.07.2002.

Este é, julgamos, o argumento decisivo para que o salário mínimo nacional possa constituir o limite inferior para a exclusão do rendimento, sendo porém manifesto que, na letra e no espírito da lei, nada obriga a que este montante seja sempre definido no limiar mínimo; ponderado o caso concreto, o valor do salário mínimo pode até revelar-se desajustado, por escasso, às necessidades do insolvente e do seu agregado familiar, pelo que se poderá impor a fixação de um qualquer outro montante por parte do julgador. O que nos parece é que não se deverá, nunca por nunca, fixar um quantitativo inferior ao salário mínimo nacional mensal que esteja em vigor.

A segunda alínea postula que o julgador, no despacho inicial (ou em momento posterior se a questão vier a ser colocada já com o procedimento de cessão do rendimento em marcha), analise a vivência profissional do insolvente – se necessário, pois esta exclusão não é automática, antes dependendo de requerimento e da alegação de factos que permitam ao julgador tomar uma decisão ponderada, sem prejuízo do recurso ao artigo 11º – e exclua da cessão do rendimento os montantes que entender como razoáveis para que o insolvente possa exercer a sua atividade profissional²³².

Quanto à última alínea, importa referir que, no requerimento inicial de exoneração, o insolvente pode solicitar que sejam excluídas do âmbito da cessão do rendimento outras despesas que, fundadamente, sejam consideradas essenciais para sua a vivência (pessoal ou profissional). Ainda neste conspecto, nada impede que o pedido seja feito em momento posterior ao do requerimento inicial²³³, embora isto, apenas, quando as circunstâncias justificativas do requerido ocorram depois da prolação do despacho inicial.

Finalmente, uma nota comum a todas as subalíneas radica no facto de todas elas pressuporem que o *quantum* a ser definido em cada uma delas é decidido no prudente arbítrio do julgador. Mercê do facto de a vida quotidiana ser uma realidade dinâmica, por maioria de razão, os quantitativos definidos não serão estáticos, podendo ser alterados, sempre por decisão jurisdicional, mediante requerimento prévio do insolvente. Da letra da lei, afigura-se admissível que o requerimento de alteração seja formulado por um credor, ou mesmo pelo fiduciário, desde que lhes chegue ao conhecimento um qualquer facto suscetível de poder fazer alterar os

²³² Por exemplo, no caso do insolvente ser um agente e que necessite de um automóvel para cobrir a zona geográfica que lhe esteja atribuída pelo principal, utilizando a terminologia do DL 178/86 de 03.07, e alterado pelo DL 118/93 de 13.04.

²³³ Neste sentido LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coletânea de estudos cit.*, p. 296.

montantes mensalmente atribuídos. Com efeito, entendemos que, quando a subalínea .iii) se refere «a requerimento do devedor», por um juízo de razoável prognose, dever-se-á entender que o insolvente poderá requerer a cobertura de despesas adicionais que sejam de conhecimento superveniente (pois as inicialmente existentes são objeto de conhecimento do despacho inicial de cessão do rendimento). Todavia, e como é óbvio, a decisão dependerá sempre do prudente critério do julgador.

3.4: As obrigações do devedor durante o período da cessão.

O artigo 239º/4 erige diversos circunstancialismos que enformam a posição do insolvente durante o período de cessão e que se destinam, de forma orientada, a assegurar que o devedor, durante tal período não pratique atos (de maior ou menor importância) que possam colocar em causa os objetivos visados com a cessão do rendimento disponível.

A primeira alínea reveste a figura de uma cláusula geral de boa fé do insolvente face ao próprio processo e aos respetivos sujeitos. Bem se entende a imposição feita, pois sendo certo que o fiduciário tem uma especial relação com o insolvente decorrente, por exemplo, do exercício das funções estatuídas no artigo 241º, a verdade, também, é que poderão haver situações que escapem totalmente ao controlo daquele. Com efeito, ao fiduciário cabe notificar os devedores do insolvente para a cessão dos créditos e, habitualmente, estes reconduzir-se-ão a rendimentos laborais que são facilmente conhecíveis. E os rendimentos extra-laborais?

Recorde-se que o insolvente não é de todo incapaz, pelo que pode estar de *per si* em juízo e celebrar negócios jurídicos. Assim sendo, o que sucede se o insolvente for herdeiro? Ou se for autor numa ação jurisdicional de indemnização que tenha vencimento? Naturalmente que ambas as situações referidas são dificilmente cognoscíveis pelo tribunal, pelo fiduciário e até pelos próprios credores, pelo que o sentido desta alínea a) deverá contribuir para que o insolvente tenha a obrigação de prontamente comunicar a panóplia de circunstancialismos que possam fazer variar (tanto positiva como negativamente) a sua situação patrimonial, sendo que, acrescidamente, se deve abster de praticar atos que prejudiquem as hipóteses do ressarcimento creditório: por exemplo, em princípio, não pode o insolvente deixar de aceitar uma herança para,

dessa forma, prejudicar os credores²³⁴. Parece, porém, que lhe será lícito fazê-lo se a herança onerar a sua situação patrimonial; ainda assim, deverá comunicar tal facto ao tribunal.

Já a alínea b) estabelece uma obrigação de manutenção do emprego (ou, não sendo possível a manutenção, diligenciar pela obtenção de um novo emprego), ao impor ao insolvente que não deve abandonar a sua fonte de rendimento sem motivo legítimo²³⁵ e a fazer uma procura ativa de emprego quando na situação de desempregado. Bem se entende esta solução legal, pois, via de regra, será pelos rendimentos do trabalho que os credores verão preenchido o rendimento disponível cedido.

Não nos deteremos na alínea c). Efetivamente, já em momento anterior nos debruçámos sobre esta questão, pelo que remetemos para tal momento.

A alínea d) impõe ao insolvente um dever permanente de informação, quer no que respeita à dimensão pessoal da sua existência, consubstanciada na eventual mudança de domicílio – que, recorde-se, é fixado, nos termos do artigo 36º, c), no momento da prolação da sentença de insolvência –, quer na sua dimensão profissional, pois, e como já afirmámos, será por via desta que os credores poderão alcançar um maior ressarcimento.

Por fim, a alínea e) volta a chamar à colação o princípio da *par conditio creditorum*, densificando-se este na proibição de pagamentos aos credores que não por intermédio do fiduciário – como, de resto, impõe o artigo 241º/1, d) – ou da concessão de benefícios a qualquer um dos credores em particular.

Denominador comum a todas estas alíneas é o facto de o seu incumprimento – a título de dolo ou de negligência grave – importar a cessação antecipada do procedimento de exoneração, nos termos do artigo 243º/1, a), conquanto seja causa adequada a provocar prejuízo do ressarcimento creditório.

²³⁴ Seguindo o exemplo apontado por LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 136.

²³⁵ Só o podendo fazer se tiver a perspectiva fundada de um melhor emprego eventualmente até com a prévia assinatura de uma promessa de contrato de trabalho ao abrigo do artigo 103º do CT (L 7/2009 de 12.02, com as alterações introduzidas pelas L 53/2011 de 14.10, 23/2012 de 25.06 e Ret 38/2012 de 23.07) ou, então, só se a resolução do contrato for feita com invocação de justa causa nos termos do artigo 394º do CT, justa causa essa subsistente caso a mesma venha a ser impugnada pelo empregador.

No caso de ser despedido pela entidade empregadora na sequência de processo disciplinar com invocação de justa causa, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 324, citando a doutrina alemã na nota 412, assinala que impende sobre o insolvente o dever de se opor jurisdicionalmente nos termos da infrene (caracterizamos nós) ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento prevista nos artigos 98º-B e ss. do Código de Processo do Trabalho (DL 480/99 de 09.11 com as alterações introduzidas pelo DL 323/2001 de 17.12, DL 38/2003 de 08.03, DL 295/2009 de 13.10 e Ret 86/2009 de 23.11).

Finalmente, o número cinco do artigo 239º dispõe expressamente que a cessão de rendimento prevalece sobre quaisquer acordos que afetem a cessão em si. É, naturalmente, uma cláusula de matriz anti-abuso, cujo escopo é assegurar a eficácia²³⁶ normativa. A única nota que se nos oferece fazer prende-se com a precisão da redação jurídica: sendo incontestável a bondade da norma, pois a cessão deve prevalecer sobre quaisquer outros acordos, certo é que o número três deste artigo comporta exclusões e limitações à apontada cessão, pelo que a leitura a fazer deverá necessariamente ser restritiva.

Subsecção 4: A cessação antecipada da exoneração.

Durante a vigência do período probatório, em caso de incumprimento das injunções a que o devedor está adstrito por decisão jurisdicional, existirão naturalmente consequências a extrair de tal facto. Neste caso, o CIRE estatui um amplo conjunto circunstancial de causas de cessação antecipada do procedimento de exoneração – apesar de reduzidas a três alíneas como construção dogmática no artigo 243º/1.

Assim, temos como causas de cessação, nas duas primeiras alíneas, razões endógenas ao próprio incidente de exoneração e na terceira numa causalidade exógena.

A primeira causa de cessação antecipada radica precisamente na violação, com dolo ou culpa grave, das condições impostas pelo teor do despacho inicial, dela resultando prejuízo para a satisfação dos créditos sobre a insolvência. Ou seja, exige-se uma dupla condição: por um lado, que exista dolo ou culpa grave na violação, não se bastando a mera negligência; por outro, que essa violação seja causa adequada a prejudicar o ressarcimento creditório.

A causa seguinte constitui quase um segundo controlo de legalidade no que ao indeferimento liminar diz respeito. Efetivamente, a lei prevê que parte das causas suscetíveis de constituírem motivo para indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante possam ser reapreciadas em sede de cessação antecipada do procedimento de exoneração se os factos integradores das mesmas só vierem a ser conhecidos em momento ulterior²³⁷, mesmo que a sua prática tenha sido anterior ao momento temporal de prolação do despacho inicial.

²³⁶ Na expressão de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 239º, nota 8, p. 790.

²³⁷ Tal como ensinam LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 243º, nota 3, p. 797.

A última alínea é clara: caso o incidente de qualificação venha a considerar a insolvência como culposa²³⁸, manifestamente, e como uma sanção atípica (porque não prevista na lei como tal) acessória, não pode o insolvente ver ser-lhe deferida a exoneração do passivo.

Também o regime de prolação da decisão é diferente: nos dois primeiros casos, o juiz não pode proferir a decisão sem primeiro auscultar o visado, o fiduciário e os credores, sendo incontestável que a decisão do julgador, necessariamente, fundamentada, não está contudo vinculada à(s) pronúncia(s) carreadas para os autos. Porém, se o devedor, sem um motivo estimado como razoável, não fornecer os elementos que infirmem o alegado incumprimento ou faltar injustificadamente à audiência em que devesse fornecer tais elementos, então a exoneração será sempre recusada, na letra da lei. Não deixa de se assinalar que o legislador,

²³⁸ Apesar de não estar diretamente compreendido no âmbito do nosso estudo, pela sua importância e aplicabilidade também em sede da exoneração do passivo restante, não podemos deixar de alinhar umas muito breves considerações a propósito do incidente de qualificação da insolvência.

Em traços muito sumários, este incidente [tal como é definido pelo artigo 36º, i)] destina-se a curar de determinar as razões que conduziram à situação insolvencial. Ao estatuir sanções em caso de culpa dos insolventes manifestamente cumpre uma das dimensões do modelo de falência-liquidação: a do sancionamento pela eclosão daquele específico circunstancialismo e, dessa sorte, concorrer para o cumprimento da prevenção geral e da prevenção especial.

Como nota geral a insolvência diz-se «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 início do processo de insolvência», pelo que aqui não cabendo a insolvência será necessariamente fortuita: neste sentido, cfr. LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 273 e igualmente LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 185º, nota 4, p. 608.

Em reforço desta cláusula genérica que, como tal, carece de percorrer as normais vias do processo civil quais sejam alegação, contraditório e prova para se chegar a uma decisão, o legislador optou por incrementar a *vis* do processo falimentar estatuidando no artigo 186º/2 um conjunto de presunções inilidíveis que determinam a culpa na eclosão da insolvência. Não deixa de ser sintomático que a redação legal aponte para uma modalidade de culpa, no mínimo grave, culpa essa refletida em duas situações: na criação ou agravamento da situação de insolvência e necessariamente também culpa no nexos causal entre os comportamentos imputados e a insolvência em si sendo certo que como aponta CATARINA SERRA, “*Decoctor ergo fraudator?*” – *A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)* – *Ac. do TRP de 07.01.2008, Proc. 4886/07, in AA. VV.*, Cadernos de Direito Privado, nº21, Janeiro/Março 2008, pp. 65-66, as factuais descritas nas alíneas .h) e .i) do artigo 186º/2 não deveriam, em bom rigor, constituir inilidivelmente causa de criação ou agravamento da situação de insolvência por terem um carácter meramente instrumental pelo que a mesma A. defende *de jure condendo* a “mudança” de tais cláusula para o corpo do artigo 186º/3 pois até nem são muito distintas nos pressupostos. Este último normativo encerra em si um conjunto também de presunções, mas de cariz *iuris tantum*, pelo que admitirão obviamente prova em contrário.

Importa aqui referir que, caso a decisão do Tribunal corra no sentido de considerar a insolvência como culposa, então nessa mesma decisão, e no respaldo do artigo 189º/2, als. .b) a .d) devem ser decretadas sanções contra as pessoas declaradas responsáveis pela insolvência. Note-se que, na esteira de LUIS CARVALHO FERNANDES, *A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor in AA. VV.*, *Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 196, as mencionadas alíneas não esgotam o âmbito de efeitos da declaração de insolvência culposa; assim, vejam-se os artigos 228º/1, .c), 238º/1, als. b), e) e f), 243º/1, c), e 246º/1.

Assinale-se que, com as alterações perpetradas pela L 16/2012 de 202.04, o legislador veio habilidosamente suprir os vícios de constitucionalidade apontados à alínea b) do artigo 189º/2, substituindo a figura da inabilitação por uma inibição de administração de patrimónios pertencentes a terceiros.

erigindo mais uma vez como principal interesse a recuperação creditória e a supremacia dos credores, adota uma tese de responsabilidade quase contratualista e inverte totalmente o ónus da prova, ao colocar nas mãos do insolvente a responsabilidade em demonstrar as causas negativas do direito pretendido. Isto é, o legislador falimentar, com este extremo “sancionatório” acaba por configurar o despacho inicial (que, não podemos deixar de repetir, é uma decisão jurisdicional) quase como um contrato com o insolvente. Numa nota de proto-humor, colocar-se-á a questão de aferirmos se estamos – ou não – em face de um contrato de adesão e, como tal, sujeito ao apertado regime das cláusulas contratuais gerais²³⁹.

Já no terceiro caso a decisão jurisdicional é consequência automática da qualificação (necessariamente transitada em julgado para ter força de caso julgado) da insolvência como culposa. Nesta última, concordamos²⁴⁰ que não seja necessário proceder a qualquer exercício de contraditório pois este foi previamente assegurado em sede do incidente de qualificação da insolvência.

À parte o incumprimento, a exoneração do passivo restante pode ser objeto de uma cessação antecipada por uma outra via: o total cumprimento em sede antecipatória.

Esta última hipótese (constante do artigo 243º/4) poderá ocorrer numa de duas circunstâncias: (1) por um regresso de melhor fortuna, constituindo uma previsão clássica a aceitação de uma herança que permita fazer face a todos os créditos verificados e graduados nos autos; (2) quando a cessão do rendimento se mostre suficiente para o ressarcimento creditório antes de transcorrido o prazo dos cinco anos a que alude o artigo 239º/2.

Aliás, como hipótese teórica, não nos parece impossível que o período de cessão possa ser inferior aos cinco anos legalmente previstos pelo que, neste particular, a interpretação a fazer do artigo 239º/2 poderá ser ligeiramente restritiva. E referimo-nos apenas ao ponto de vista teórico, já que os dados da experiência nos dizem que os valores a liquidar serão quase sempre superiores aos proventos decorrentes da cessão do rendimento pelo que a tese aqui contemplada não deverá ter grande campo de aplicação; porém, e reafirmamos, não na letra da lei, mas no próprio espírito, nada impede que o despacho inicial possa ter como horizonte um período temporal inferior a cinco anos.

²³⁹ DL 446/85 de 25.10 alterados pelos DL 220/95 de 31.08, Ret 114-B/95 de 31.08, DL 249/99 de 07.07 e DL 323/2001 de 17.12).

²⁴⁰ Sobre este ponto cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 243º, nota 5, p. 798.

Nesta caso estaremos em face de um comportamento do devedor que vai ao encontro das finalidades do processo insolvencial como decorre do próprio artigo 1º do CIRE, pelo que, oficiosamente ou a requerimento do devedor ou do fiduciário, o juiz deve ordenar o encerramento do incidente por inutilidade superveniente da lide²⁴¹, concatenando esta disposição legal com o artigo 287º, e) do CPC.

Subsecção 5: A revogação da exoneração.

Ainda em nota ao tratamento substantivo, será útil determo-nos uns breves momentos na leitura do artigo 246º.

Este artigo prevê a hipótese de revogação do benefício da exoneração, embora em moldes muito estritos, pois, como vimos, o artigo 243º/1, b) já prevê um mecanismo a poder ser utilizado em momento processualmente anterior e com um fim materialmente idêntico. Consignou-se que a revogação da exoneração ocorreria caso se provasse a violação de algumas das alíneas do artigo 238º/1 ou, caso o insolvente violasse as suas obrigações, dolosamente²⁴², durante o período de cessão e, assim, tivesse prejudicado de forma relevante²⁴³ os credores da insolvência.

A interpretação do artigo 238º, já atrás foi efetuada, não havendo que a repetir nesta sede. Parece-nos, porém, que a leitura a fazer é a de que os comportamentos conducentes à revogação da exoneração devam ser do conhecimento superveniente (atento o disposto no artigo 246º/2, 2ª parte) do credor que a requeira; com efeito, a ocorrer em momento temporal anterior, cair-se-ia no indeferimento da exoneração ou na cessação antecipada desta ao abrigo do artigo 243º. Mas, o facto de o conhecimento ter de ser superveniente, não significa que os comportamentos imputados tenham sido praticados também supervenientemente. Ou seja, os comportamentos que podem consubstanciar a revogação da exoneração até podem ter sido praticados no período – por hipótese – da cessão, bastando para a admissão processual do

²⁴¹ Também neste sentido LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 243º, nota 7, p. 798.

²⁴² Alertando, no entanto, ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 173, que a exigência legal agora cinge-se ao dolo o que se justifica por razões de necessidade de segurança jurídica.

²⁴³ Devendo, para tanto, levar-se em linha de conta o ato praticado, o valor dos créditos em presença e a quantificação do montante do prejuízo causado, segundo LUIS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 163.

requerimento que o credor requerente só tenha tido conhecimento – e o prove em Juízo – deles *a posteriori*²⁴⁴.

Contudo, o *iter* mais discutido pela doutrina²⁴⁵ prende-se com a redação do artigo 246º/1 em cotejo com o artigo 243º/1 b): ou seja, por que razão as causas possíveis da revogação da exoneração poderão ser mais abrangentes do que as causas da cessação antecipada daquela. A solução apontada para esta invocada incongruência tem sido a de fazer uma interpretação extensiva do artigo 243º ou recorrer a uma interpretação enunciativa (*a maiori ad minus*). Temos, no entanto, algumas dúvidas que o problema enunciado pela doutrina assuma grandes proporções, uma vez que estamos em face de momentos diversos do processo; passemos a explicar: a cessação antecipada do procedimento de exoneração, como deflui da própria terminologia, ocorrerá antes de terminado o período de cessão. Este último consiste numa fase procedimental em que a “fiscalização” da conduta do exonerando é desenvolvida, por um lado, pelo fiduciário e, por outro, pelos próprios credores (que continuam a ser parte interessada pois a exoneração pode ser feita cessar ou, no final, revogada). Note-se igualmente que a revogação da cessação antecipada, nos termos do artigo 243º/1, só poderá ser decretada pelo juiz a requerimento de algum credor ou do fiduciário. Assim, a referência feita às alíneas b), e) e f) do artigo 238º/1 bem se entendem, dado que os circunstancialismos ali vertidos poderão – e deverão – ser do conhecimento (superveniente) dos requerentes. Já as alíneas c) e d) deverão ser manifestamente do conhecimento do tribunal aquando da prolação do despacho inicial: a da alínea c) por se tratar de uma decisão jurisdicional e, como tal, teoricamente suscetível de ser conhecida na salvaguarda do artigo 514º/2²⁴⁶ do CPC e a alínea d), pois a ponderação feita a este propósito é condição do prosseguimento do próprio incidente na fase inicial.

Diversamente, a revogação da exoneração só ocorrerá a final – mesmo após a decisão final da exoneração a que alude o artigo 244º – e implica colocar em causa um procedimento já sedimentado; por essa mesma ponderosa razão, o CIRE estatui a obrigatoriedade de que se

²⁴⁴ Que, segundo LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 246º, nota 5, p. 803, deve tramitar por apenso ao procedimento exoneratório.

²⁴⁵ Vejam-se os ensinamentos de ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante cit.*, p. 171, bem como CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 164-165, sendo que esta A. pugna pela interpretação restritiva do artigo 246º.

²⁴⁶ «Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove».

verifique o requisito de prejuízo relevante para a satisfação dos interesses dos credores da insolvência.

Ora, o alargar da panóplia de causas de revogação (por contraponto às causas da cessação antecipada) parece ressumar da tentativa de induzir algum equilíbrio no próprio ordenamento jurídico; isto é: da mesma forma que protege o devedor ao introduzir o requisito do prejuízo relevante, não deixa, no entanto, desprotegidos os interesses creditórios ao alargar as causas de revogação.

Queremos ainda deixar expressas três questões adicionais que, mais uma vez, resultam de uma pouco cuidada redação do CIRE. A primeira prende-se com a peregrina redação emprestada ao artigo 246º/2, designadamente na janela temporal concedida para a revogação da exoneração: segundo o texto legal ela só pode ser decretada até ao termo do ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração. Ora, esta solução induz uma arbitrariedade que manifestamente deveria estar expurgada da aplicação do Direito. Com efeito, e é uma hipótese bastante corrente (que as mais das vezes é absolutamente incontestável), existir um Tribunal com o serviço bastante atrasado²⁴⁷ e que, mesmo requerendo a revogação da exoneração no dia subsequente ao trânsito em julgado da concessão da exoneração que aquela, passado um ano, ainda não esteja decidida em primeira instância, quanto mais com trânsito em julgado. E quantas vezes, dentro da própria orgânica do Tribunal, não acontece um dos Juízos estar em dia e um dos outros estar atrasado porque esteve sem magistrado, por exemplo, devido a doença, gravidez ou uma qualquer outra incontrolável causa no que respeita ao regular andamento dos processos? Naturalmente, que este circunstancialismo resvala para a arbitrariedade o que não pode manifestamente ocorrer.

Ora, extrai-se que a interpretação literal do preceito reconduz a soluções indesejáveis e a decisão – para poder ser exequível – não deve estar dependente de causas incontroláveis pelo

²⁴⁷ E não se esgrima o argumento legal do artigo 9º que o processo insolvencial tem carácter urgente e, como tal, goza de precedência sobre o serviço ordinário do tribunal pois basta pensar na tipologia de tramitação nos Tribunais do Comércio em que todos os processos de insolvência são... urgentes.

A doutrina (cfr. ISABEL FONSECA, *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 258 e ss.) tem assinalado que, cronologicamente, existem três momentos de efetivação do direito a um processo justo: (1) o acesso aos tribunais para defesa de um direito ou interesse legítimo; (2) o direito a obter uma decisão em prazo razoável e (3) um direito à efetividade/execução das sentenças obtidas. Ora, se os processos têm todos a mesma tipologia de urgência, fácil será de inferir que o objetivo pretendido de maior celeridade processual será postergado pois naturalmente o ritmo será idêntico para todos colocando assim em causa o direito a um processo justo.

requerente sob pena de denegação de justiça pelo que o artigo deve ser interpretado no sentido de que a revogação, como condição positiva de aplicação, tem de ser requerida (e não decretada) até ao termo do ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração²⁴⁸.

Uma segunda nota a assinalar prende-se com o artigo 246º/3, onde se estatui que, antes de proferir a decisão, o juiz deve ouvir o devedor e o fiduciário. É o corolário natural do princípio do contraditório, mas tal como já antes dissemos, a lei, ao nada referir de acrescido, não obriga a que a decisão do juiz esteja vinculada a qualquer das alegações (mesmo que estas sejam concordantes), pelo que pode decidir livremente.

A última nota decorre das consequências da revogação da exoneração no que à extinção creditória tange. A lei refere que, a ocorrer o cenário *retro* descrito, os créditos extintos terão de ser reconstituídos, situação que aplaudimos até pela coerência imanente: se o insolvente vê revogado o benefício da exoneração importará, então, reconstituir a situação *ex ante* como, de resto, parece lógico.

Porém, a reconstituição não pode ser absoluta sob pena de induzir uma situação de injustiça entre os credores: como se sabe, nos termos do artigo 173º, o pagamento dos créditos apenas pode ocorrer para os que estiverem verificados por sentença transitada em julgado²⁴⁹. Ora, a revogação da exoneração apenas pode reconstituir precisa e estritamente os créditos que tenham sido afetados pela decisão de exoneração e, como é claro, estes apenas serão os verificados por sentença transitada em julgado nos termos da disposição legal já enunciada²⁵⁰.

²⁴⁸ Louvando-nos, de resto, nos ensinamentos de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 246º, nota 2, p. 803.

²⁴⁹ Pois a reclamação de créditos constitui efetivamente um ónus, como explicita CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 163, designadamente na nota 279.

²⁵⁰ Também neste sentido cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 246º, nota 7, p. 804.

Capítulo 3: A exoneração do passivo restante. Concessão e consequências.

Secção 1: A concessão da exoneração.

Transcorrido que esteja o período de cinco anos sobre o trânsito em julgado do despacho que ordenou o encerramento do processo falimentar, deve o juiz, nos termos do artigo 244º, proferir um despacho a conceder a exoneração do passivo restante (nos termos do nº1) ou a recusar tal concessão (de acordo com o nº2).

O despacho de exoneração pressupõe, naturalmente, o cumprimento das injunções atinentes ao despacho de cessão do rendimento disponível pois, caso aquelas não tenham sido observadas, o procedimento de exoneração poderá ter visto ocorrer a sua cessação antecipada.

Mesmo que a cessação antecipada não tenha sido decretada, nesta fase final, e pelos exatos motivos que poderia proferir uma decisão de cessação antecipada, poderá o julgador, agora, recusar a concessão da exoneração sendo irrelevante o grau de satisfação do ressarcimento creditório²⁵¹ (ao invés da obrigatoriedade que decorre do requisito do prejuízo relevante previsto no artigo 246º a propósito da revogação da exoneração).

A lei impõe igualmente que a decisão a proferir seja acompanhada da prévia pronúncia do devedor/exonerando, do fiduciário e dos credores. Na esteira de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA²⁵², entendemos que, não obstante a posição assumida por qualquer dos sujeitos processuais, a decisão do julgador não é de mérito total, mas está vinculado a uma decisão positiva a menos que se verifique o circunstancialismo previsto no artigo 244º/2.

²⁵¹ Neste sentido V. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 244º, nota 4, p. 800.

²⁵² *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 246º, nota 5, p. 800.

Secção 2: A extinção de créditos.

Tivemos o ensejo, ao longo das últimas páginas, de analisar o procedimento do instituto da exoneração do passivo restante, designadamente da forma de acesso ao mesmo e a sua execução ao longo do período de cessão e, bem assim, de suscitar algumas questões que, com maior ou menor acuidade, ressaltam do texto legal e que se colocam no quotidiano da praxis jurídica com um tratamento assaz pragmático por parte da jurisprudência nacional.

Há, agora, que direcionar o estudo para os efeitos da exoneração do passivo restante, designadamente indagando sobre a natureza da extinção e qual o seu objeto.

Sobre esta matéria rege o artigo 245º/1: «A exoneração do devedor importa a extinção de todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida, sem exceção dos que não tenham sido reclamados e verificados, sendo aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 217.º».

Atente-se no facto de o legislador ter optado claramente por apenas submeter aos efeitos da exoneração os créditos sobre a insolvência. Significa isto que os créditos sobre a massa insolvente²⁵³ estão excluídos do âmbito da exoneração por exclusão de elementos adicionais²⁵⁴, o que se torna compreensível dada a natureza dinâmica do processo insolvencial. Com efeito, e “esbarrando” no artigo 51º/1²⁵⁵, constatamos que, sem um mecanismo desta índole, e a título

²⁵³ «A massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas, e, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo»: artigo 46º/1.

²⁵⁴ Como, de resto, assinala CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 166.

²⁵⁵ «1 - Salvo preceito expresso em contrário, são dívidas da massa insolvente, além de outras como tal qualificadas neste Código:

- a) As custas do processo de insolvência;
- b) As remunerações do administrador da insolvência e as despesas deste e dos membros da comissão de credores;
- c) As dívidas emergentes dos atos de administração, liquidação e partilha da massa insolvente;
- d) As dívidas resultantes da atuação do administrador da insolvência no exercício das suas funções;
- e) Qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não possa ser recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida em que se reporte a período anterior à declaração de insolvência;
- f) Qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não seja recusado pelo administrador da insolvência, salvo na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte anteriormente à declaração de insolvência ou em que se reporte a período anterior a essa declaração;
- g) Qualquer dívida resultante de contrato que tenha por objeto uma prestação duradoura, na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte e cujo cumprimento tenha sido exigido pelo administrador judicial provisório;
- h) As dívidas constituídas por atos praticados pelo administrador judicial provisório no exercício dos seus poderes;
- i) As dívidas que tenham por fonte o enriquecimento sem causa da massa insolvente;
- j) A obrigação de prestar alimentos relativa a período posterior à data da declaração de insolvência, nas condições do artigo 93.º».

de mero exemplo, dificilmente se encontraria um administrador de insolvência disposto a exercer tais funções, sobretudo se se prefigurasse a hipótese de os seus honorários serem afetados por uma exoneração do passivo restante ou de ocorrer um incumprimento que se revelasse demasiado oneroso para a própria massa insolvente²⁵⁶. Poderemos, como é óbvio, discutir a latitude das dívidas diretamente imputáveis à massa insolvente (e assim excluídas do âmbito da exoneração), mas temos para nós que a solução legal encontrada para o artigo 51º acaba por constituir a forma adequada para que a liquidação do património do devedor ocorra com a maior celeridade possível²⁵⁷.

Sem embargo do ora enunciado, a principal questão a dilucidar na interpretação deste artigo prende-se com o facto de sabermos se o principal efeito da exoneração do passivo restante – como a lei estatui – é uma «extinção de todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida» ou, diversamente, se estamos em face de uma extinção das obrigações do devedor para com o(s) seu(s) credore(s).

Importa, assim, numa primeira linha, sedimentar o conceito de obrigação. Esta é definida pelo artigo 397º do CC como sendo «o vínculo jurídico pelo qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação», assinalando a doutrina²⁵⁸ a impossibilidade do objeto obrigacional ser a própria pessoa do devedor. É também ensinado que a obrigação constitui a face passiva de uma relação jurídica com determinado conteúdo²⁵⁹, sendo que, na ótica do credor, esta comportará um direito de crédito²⁶⁰ e na perspetiva do devedor existirá um dever de prestar, sendo estes dois conceitos necessariamente recíprocos²⁶¹.

²⁵⁶ Imagine-se um contrato de empreitada em que ao adquirente falte ainda liquidar 80% do valor total do imóvel a ser construído pela massa insolvente. Naturalmente que esta tem de dispor de liquidez para pagar aos trabalhadores que erigirão o imóvel e também para pagar os materiais incorporados em obra para, a final, o adquirente cumprir a sua prestação contratual pagando o preço e, por essa via, arrecadando uma maior fatia financeira que permita ressarcir os credores.

²⁵⁷ Parecendo discordar criticando veladamente a disparidade de tratamento entre os credores da insolvência e os credores da massa insolvente, CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 166.

²⁵⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 397º, nota 3, p. 348.

²⁵⁹ GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 7ª ed. (reimpressão), p.11. Também propugnando idêntico conceito, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, p. 65.

²⁶⁰ Direito de crédito esse incidente sobre a prestação a obter por parte do devedor não recaindo diretamente sobre o património deste, tal como afirmam *inter alia* GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações cit.*, p. 16 e p. 17, nota 1, ou LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Introdução. Constituição das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, 9ª ed., p. 92. Como ensinam os AA. de *per se* quando se excute o património do devedor essa é uma prerrogativa estatal coercitiva decorrente da inadimplência verificada pelo que a relação jurídica passa a ser trilateral, angulada pelo Estado via Tribunais, pelo que a relação do credor com o património do devedor continua a ser existente.

²⁶¹ Assim ensinado por NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 22.

Secção 3: A extinção das obrigações.

Densificado que foi o conceito de obrigação, poder-se-á afirmar que a principal causa de extinção das obrigações é o próprio cumprimento²⁶² (por princípio integral podendo, contudo, até ser parcial²⁶³) por parte do devedor. Porém, esta é apenas uma das modalidades extintivas pois, em paralelo com os institutos que podem afetar a relação obrigacional na sua generalidade²⁶⁴, outras hipóteses estão previstas sistematicamente tal qual no texto legal, quais sejam a dação em cumprimento²⁶⁵, a consignação em depósito²⁶⁶, a compensação²⁶⁷, a novação²⁶⁸, a remissão²⁶⁹ e a confusão²⁷⁰, sendo que a doutrina referencia usualmente os quatro primeiros institutos como causa de extinção das relações obrigacionais com satisfação do interesse do credor e os dois últimos também como causa de extinção das relações obrigacionais mas sem que ocorra satisfação do interesse creditório²⁷¹.

Acrescidamente, como nota exploratória dos institutos em apreço, cumpre dizer que a maior parte – em paralelo com o cumprimento – pressupõem um comportamento²⁷² do devedor

²⁶² Referindo ainda BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 17, que a satisfação obrigacional pressupõe a realização plena, diligente e de acordo com a boa fé da obrigação a que se vinculou o devedor.

²⁶³ Veja-se o artigo 763º/2 do CC.

²⁶⁴ Sendo disso exemplo, nos ensinamentos de ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral cit.*, vol. II, p. 169, a declaração de nulidade, a declaração de anulabilidade, a resolução, a caducidade e a denúncia nas relações duradouras. Refere ainda o A. que a prescrição, não sendo em sentido estrito uma causa extintiva por constituir uma exceção (perentória, isto é que constituindo um meio de defesa do devedor coloca um entrave permanente ao direito do credor), aquela – por aplicável aos direitos de crédito – acaba por se assumir como tal.

Porém, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Transmissão e extinção das obrigações/Não cumprimento e garantias de crédito*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011, 8ª ed., pp. 103 e ss., ensina que também a revogação e a oposição à renovação (esta entendida como uma figura mista incorporando elementos da caducidade e da denúncia) constituem causas de extinção das obrigações.

²⁶⁵ Artigo 837º e ss. do CC.

²⁶⁶ Artigo 841º e ss. do CC.

²⁶⁷ Artigo 847º e ss. do CC.

²⁶⁸ Artigo 857º e ss. do CC.

²⁶⁹ Artigo 863º e ss. do CC.

²⁷⁰ Artigo 868º e ss. do CC.

²⁷¹ Para melhor compreensão desta temática, cfr. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, pp. 85-87. Mencione-se que BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento cit.*, p. 22, acompanhando o anterior A. no que se reporta aos dois últimos institutos, refere ainda a propósito dos primeiros que não obstante estarem conexonados com a satisfação do interesse do credor a dação em cumprimento (e a dação em função do cumprimento) só importam uma satisfação sucedânea e a compensação e a novação só acarretam uma satisfação indireta.

²⁷² Que, como observa CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Separata do volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, p. 76, se pode reconduzir a uma ação positiva (prestação de coisa e prestação de facto positiva) ou uma abstenção, tolerância ou omissão (prestação de facto negativa), recondução essa também assinalada por GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações cit.*, p. 11.

visando a satisfação dos interesses do credor obrigacional²⁷³, sendo que a este a lei comete o poder acrescido de consentir, ou não, na prestação efetuada²⁷⁴.

Assim, e de uma forma sintética, a propósito de cada um dos institutos já referenciados, a doutrina²⁷⁵ tem-nos distinguido pela seguinte forma: (i) a revogação traduz-se na extinção do negócio jurídico subjacente decorrente de uma declaração negocial em sentido oposto àquela que o constituiu²⁷⁶; (ii) a resolução é uma extinção da relação contratual, sempre por declaração unilateral de um dos contraentes (distinguindo-se da revogação pois esta pode ser bilateral) e fundada num facto ocorrido posteriormente à celebração do contrato base (também se distinguindo da revogação pois esta é uma manifestação de autonomia da vontade não estando dependente de qualquer facto a ocorrer a posteriori)²⁷⁷; (iii) já a denúncia promanando de uma declaração unilateral (tal como a resolução), não carece de fundamento, vindo a sua aplicação emergir como forma de impossibilitar os contratos perpétuos, enquadrando-se assim nos contratos de execução continuada ou duradoura²⁷⁸; (iv) por seu turno a caducidade implica a extinção da relação obrigacional por ocorrência de um facto jurídico²⁷⁹ sem necessidade de verificação de quaisquer outros requisitos; (v) a oposição à renovação caracteriza-se por conjugar o regime da caducidade e da denúncia. Ou seja, quando se está em face de contratos que preveem a sua renovação automática a partir do primeiro ciclo de vigência, entende-se que se permite a aplicação do regime da caducidade, pois o tempo transcorrido torna-se o facto consubstanciador desta e a declaração unilateral de exercício livre a impedir a renovação assume a forma da denúncia; (vi) a prescrição por sua vez ocorre quando a alguém é

²⁷³ CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 156-157, assinala que a remissão não se pode subsumir ao enquadramento agora traçado o que se compreende pois a iniciativa parte do credor que, agora, carece do consentimento do devedor, prefigurando-se, assim, como uma renúncia ao direito de crédito tal como defende ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral cit.*, vol. II, p. 249.

²⁷⁴ Com a exceção, claro está, do cumprimento integral da prestação em que a questão do assentimento do credor não se coloca; neste sentido, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento cit.*, p. 58.

²⁷⁵ Seguindo muito de perto a exposição e sistematização de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações cit.*, vol. II, pp. 103 e ss. e 185 e ss.

²⁷⁶ Assinalando MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português cit.*, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 339 que ela deverá ser livre, discricionária e não retroativa.

²⁷⁷ Ensinando assim MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português cit.*, tomo IV, p. 340 que as notas distintivas da resolução serão a condicionalidade, a sua vinculação tendencial e a operação retroativa.

²⁷⁸ Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português cit.*, tomo IV, p. 341, terá de ser livre e unilateral, discricionária e não retroativa.

²⁷⁹ Como assinala o A. (p. 108), normalmente o facto jurídico a considerar será o decurso do tempo, mas não o será necessariamente podendo consistir na morte de um dos contratantes quando a relação negocial seja *intuitu personae*; mas indo um pouco mais longe, a caducidade poderá também decorrer exemplificativamente nas relações laborais quando o trabalhador estrangeiro veja a sua autorização de residência cancelada ou um qualquer trabalhador carecendo de título profissional supervenientemente este lhe seja retirado por aplicação do artigo 117º/2 do CT.

possibilitado opor-se ao exercício de um direito pela circunstância de este não ter sido exercido durante (ou até) um determinado período de tempo²⁸⁰; (vii) a dação em cumprimento caracteriza-se por que o credor dê o seu consentimento a que a prestação definitivamente efetuada pelo devedor seja diferente daquela a que originariamente vinculado²⁸¹; (viii) por seu lado a consignação em depósito é entendida como uma modalidade de extinção das obrigações quando o devedor, ao não poder, por um qualquer motivo relacionado com o credor (incluindo a mora deste), cumprir a sua prestação de modo seguro, proceda ao depósito judicial da coisa devida; (ix) já a compensação pode ocorrer quando os dois contratantes sejam mutuamente devedores e credores do outro, isto é, de modo recíproco, e que as prestações a efetuar sejam coisas fungíveis da mesma espécie, o que traduz que, por um mecanismo de equivalência, as obrigações mútuas sejam total ou parcialmente extintas²⁸²; (x) a novação distingue-se por se extinguir a primitiva obrigação através da assunção de uma nova obrigação por parte do devedor que, assim, substituirá a primitiva²⁸³; (xi) a remissão é entendida como uma causa de extinção das obrigações porquanto se trata de um acordo entre o credor e o devedor em que aquele

²⁸⁰ A prescrição, não obstante não ser uma causa específica de extinção dos direitos de crédito (ela está prevista, a par da caducidade e do não uso no capítulo do Código Civil que se ocupa do tempo e da sua repercussão sobre as relações jurídicas) é correntemente no domínio do *terminus* das relações obrigacionais que assume uma maior preponderância. Como se poderá depreender (erroneamente) das muito sumárias caracterizações feitas de ambos os institutos no corpo do texto, estes poder-se-iam confundir, o que se revelaria inexacto: na verdade, para além do enunciado, a caducidade poderá verificar-se, não por mero decurso temporal, mas por um qualquer outro facto e opera de pleno direito, correndo o seu prazo de modo contínuo e é do conhecimento oficioso; já a prescrição, não opera de pleno direito, e carecendo de ser invocada para que possa aproveitar ao interessado e o seu prazo de verificação pode ser suspenso ou interrompido.

Acresce que, tradicionalmente, a doutrina entendia que a prescrição tinha por objeto os direitos subjetivos propriamente ditos ao passo que a caducidade veria o seu objeto restringido aos direitos potestativos, tal como defendeu MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral cit.*, vol. II, p. 264; porém, tal critério distintivo está hoje ultrapassado, como refere ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, p. 1122 e, bem assim, BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento cit.*, pp. 48-49, a propósito da redação do artigo 298º/2 do CC ou, acrescidamente, a assim não ser de mal grado se entenderia, *v.g.*, a atual redação do artigo 10º da L 23/96 de 26.07 (com as alterações dadas pelas L 12/2008 de 26.02, 24/2008 de 02.06, 6/2011 de 10.03 e pela 44/2011 de 22.06).

²⁸¹ Explicitando LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações cit.*, vol. II, p. 186 que tem sido entendido nas prestações incorporantes da dação em cumprimento podem ser encontradas tanto prestações de coisa específica, como de coisa fungível ou até de prestação de um facto. O A. assinala igualmente, a p. 194, que não se pode confundir a dação em cumprimento com a dação em função do cumprimento (ou *datio pro solvendo*) pois nesta a prestação feita pelo devedor não visa, no imediato, a satisfação do interesse creditório, mas sim permitir que este se realize através da conversão em dinheiro por mor da diversa prestação efetuada pelo próprio obrigado.

²⁸² Exceto se, nos termos do artigo 853º do CC, os créditos a extinguir provierem de factos ilícitos dolosos, os créditos forem impenhoráveis (exceto se tiverem a mesma natureza), os créditos forem do Estado ou de outras pessoas coletivas públicas (exceto se a lei o autorizar), os créditos cuja compensação envolva lesão de direitos de um terceiro e os créditos em que o devedor haja previamente renunciado à compensação.

²⁸³ É também assinalado pela doutrina que a novação comporta duas modalidades: a objetiva quando a nova obrigação se constitui entre os mesmos sujeitos da relação obrigacional originária e subjetiva quando ocorra a mudança do credor ou do devedor da obrigação primitiva.

prescinde enquanto exercício claro de autonomia da vontade (expressamente ou, pelo menos, de forma concludente), de receber a prestação a que aquele último está vinculado; (xii) finalmente, a confusão caracteriza-se por consistir na extinção simultânea do crédito e da dívida por estes se terem reunido na mesma pessoa, que ficará simultaneamente investida na qualidade de credor e devedor.

Note-se que, a despeito de todos os institutos agora elencados e sumariamente retratados a propósito da tipologia da extinção obrigacional, ocorre o entendimento²⁸⁴ que existem mais institutos reconducentes a idêntico resultado sem que tal seja configurado *a priori* como uma causa de extinção das obrigações. Assim, assinala-se (i) a extinção das relações obrigacionais por impossibilidade superveniente da prestação nos termos dos artigos 790º a 795º e 801º do CC, (ii) a frustração do interesse do credor, (iii) a satisfação do interesse do credor por causa diferente do cumprimento, (iv) a exoneração do passivo restante²⁸⁵ (v) a supressão da fonte da própria obrigação²⁸⁶ e (vi) a decorrente de fontes não contratuais²⁸⁷.

Efetivamente, a exoneração do passivo restante, operando a libertação²⁸⁸ das dívidas que impendem sobre as pessoas singulares, acaba por se constituir como uma modalidade de extinção das obrigações. Ou seja, extinguindo-se tal vínculo jurídico, termina necessariamente o estado de dever decorrente da condição descrita, o que, em larga medida, é o que se vislumbra no instituto da exoneração quando permite que o devedor não tenha que cumprir as suas obrigações.

²⁸⁴ Veja-se NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, p. 87.

²⁸⁵ A propósito da exoneração do passivo restante como causa de extinção das obrigações também CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 156.

²⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português cit.*, tomo IV, p. 337.

²⁸⁷ Como defende MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português cit.*, tomo IV, p. 343.

²⁸⁸ Na expressão de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coletânea de estudos cit.*, nota 7, p. 276.

Secção 4: A exoneração do passivo restante enquanto modalidade de extinção das obrigações.

Mas, assim afirmado, a exoneração do passivo restante atua como um meio de extinção das obrigações a título principal ou, na prática, é uma denominação outorgada no âmbito do CIRE, mas subsumível a alguma das figuras acima referenciadas?

Poder-se-ia dizer que na exoneração do passivo restante se vislumbram alguns laivos da remissão, pois existe uma libertação da dívida: facilmente se rebaterá a ideia porquanto, e como referimos, o perdão a conceder terá de ser livre, ao passo que no caso da exoneração aquela será imposta por sentença judicial.

Igualmente se poderia ponderar se não se está em face de um instituto análogo ao da prescrição, sendo que a nossa resposta também propenderá para a negativa. Com efeito, vimos que na prescrição há uma oposição ao exercício de um direito pela circunstância de este não ter sido exercido durante (ou até) um determinado período de tempo, o que aqui também não se verifica. Na verdade, e se numa primeira fase – durante o decurso do período de cessão – o direito, ao não poder ser exercido, poderia não sair prejudicado, pois o prazo prescricional não correria, certo é que, após o despacho final de concessão da exoneração, o credor continua a não poder exercer o seu direito como consequência inelutável do predito despacho. Em conclusão, o credor está impossibilitado jurisdicionalmente de efetivar o seu direito pelo exercício, daí que a prescrição – ao configurar como necessária uma inação do credor – também terá que estar afastada desta suposta identidade de institutos. Isto não significa, porém, que não inexistam um ponto tangente entre ambos, qual seja o mecanismo de atuação, ou seja, por via de exceção. E porquê?

A exceção é um meio de defesa aceite no direito processual civil, meio de defesa esse a poder ser utilizado, via de regra, pelo réu da relação processual, mas também, e em casos contados, pelo autor²⁸⁹. Esta defesa não constitui uma negação dos factos alegados pelo autor,

²⁸⁹ Será o caso típico da reconvenção deduzida pelo réu em sede de contestação e que na réplica (ou na resposta) o autor deduza alguma exceção no que tange à matéria alegada nessa mesma reconvenção. Como explicita ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, II volume, Almedina, Coimbra, 2010, 4ª edição revista e atualizada, p. 125, a reconvenção emerge em homenagem ao instituto da economia processual permitindo que no mesmo processo se possam julgar pretensões materiais de sentido divergente, isto é, a reconvenção acaba por ser um verdadeiro contra-ataque do réu ao encerrar em si um pedido que deverá ser julgado pelo tribunal em paralelo com o pedido formulado pelo autor na petição inicial pois este articulado constitui, também no dizer do A., mas em *Temas da reforma do processo civil*, I volume, Almedina, Coimbra, 2010, 2ª edição revista e ampliada, p. 118, «o ato fundamental do processo, uma vez que é através dela que alguém – o autor – solicita ao tribunal a concessão de um determinado meio de tutela do direito subjetivo invocado ou de um interesse juridicamente relevante que

antes se reconduzindo a alegar situações de facto²⁹⁰ e de direito que obstem a que o tribunal aprecie o pedido, ou apreciando-o, julgue a ação improcedente. Trata-se, pois, de um meio de defesa indireto²⁹¹. Este reveste, ainda, duas modalidades: (a) as exceções dilatórias²⁹², que obstam ao conhecimento do pedido em juízo por falta de reunião (ou sanação da respetiva falta) dos pressupostos processuais, mas que não impedem que seja apreciado por outro tribunal (no caso da exceção deduzida ser a da incompetência do tribunal) ou no mesmo mediante a propositura de nova ação²⁹³; (b) já as exceções perentórias²⁹⁴ permitem que o tribunal aprecie o pedido formulado pelo autor, mas, na procedência da exceção, fará com que este seja improcedente, nos termos do artigo 487º/2 do CPC.

Em suma, podemos vislumbrar, em alguma medida, que a exoneração do passivo restante atue tal, como a prescrição, por via da exceção²⁹⁵. Como se sabe, o processo insolvential caracteriza-se por ser um processo de execução universal e, em sede de insolvência de pessoas singulares, o legislador previu que, não se negando a existência das dívidas e dos pressupostos da declaração de insolvência, fosse conferida ao devedor a hipótese de se libertar dessas mesmas dívidas impondo, tal efeito, ao(s) credore(s) que tenham reclamado os créditos nos autos.

sustenta determinada pretensão». Aliás, já ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 1946, p. 102, ensinava que, para existir reconvenção, mister seria que o pedido formulado pelo réu não fosse uma mera consequência da defesa apresentada em sede de contestação, mas, apesar de fundado na defesa, o pedido teria de ser substancial.

²⁹⁰ Factos esses que devem ser novos abstraindo do âmbito fixado pela petição nos ensinamentos de ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, 3ª edição – reimpressão, p. 24 em anotação ao artigo 491º, especialmente a nota 3.

²⁹¹ Como enfatiza LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa comum à luz do Código revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 2ª edição, pp. 102 e ss. e também Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil cit.*, p. 25 em anotação ao artigo 491º, especialmente a nota 3.

²⁹² Previstas no artigo 494º do CPC, mas que, como assinala, LEBRE DE FREITAS, *A ação declarativa comum cit.*, p. 104, trata-se de uma indicação meramente exemplificativa.

²⁹³ Embora já não seja possível se a exceção julgada procedente for a da violação do caso julgado.

²⁹⁴ Nos dizeres do artigo 493º/3 do CPC: «As perentórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor».

Melhor explicado, e nas autorizadas linhas de ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil cit.*, p. 78 em anotação ao artigo 498º, designadamente a nota 1, «[a]s primeiras, quando procedentes, não extinguem a ação: somente a retardam; por isso se chamam dilatórias. A procedência das segundas extingue ou perime a ação; daí a designação de perentórias».

²⁹⁵ Isto no caso de ser o devedor a apresentar-se à insolvência e, em simultâneo, requerer a exoneração do passivo restante ao abrigo do artigo 236º/1. Já se for requerida a insolvência por um credor terceiro e o requerimento de exoneração for deduzido na salvaguarda do artigo 236º/2 facilmente se constata que a forma de atuação adjetiva corre muito mais próxima do instituto processual da reconvenção: o insolvente enxerta um contra-pedido que, não prejudicando diretamente o do credor, fará com que, na procedência daquele, a esfera jurídica deste seja afetada ao ser-lhe imposta a exoneração do passivo restante e, naturalmente, as respetivas consequências creditórias.

Secção 5: A conversão em obrigações naturais.

Mas, retomando a questão inicial, estaremos então em face de uma extinção dos direitos do credor ou das obrigações do devedor? Isto é, decretada a exoneração, o que sucede?

Flui do texto legal – artigo 245º – que a concessão da exoneração do passivo restante importa a extinção dos créditos sobre a insolvência. Sem mais considerações, e de forma simplificada, poderíamos responder que se extingue o direito do credor, o que nos resolveria a questão, mas não temos como seguro que seja essa a solução, atento o espírito da lei.

Já antes referimos²⁹⁶ que, quanto ao vínculo, as obrigações comportam duas modalidades: (1) as obrigações civis e (2) as obrigações naturais, distinguindo-se pelo facto das primeiras, em caso de inadimplência, poderem ser satisfeitas com recurso à via coercitiva dos tribunais²⁹⁷ e as segundas pela circunstância de o seu cumprimento não poder ser judicialmente exigido²⁹⁸, mas, caso sejam satisfeitas, ter o credor direito a fazer a coisa sua²⁹⁹. É nisto que se distinguem, pois o regime legal das obrigações naturais até se define supletivamente por recurso ao das obrigações civis³⁰⁰.

²⁹⁶ Cfr. *supra* p. 41.

²⁹⁷ Arrimando-se o credor, para tanto no disposto no artigo 817º do CC: «Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo».

²⁹⁸ Por força do artigo 402º do CC que dispõe: «A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça».

²⁹⁹ Nos termos do artigo 403º/1 do CC: «Não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural, exceto se o devedor não tiver capacidade para efetuar a prestação» sendo este, de resto, o argumento a extrair para encarar as obrigações naturais como obrigações no seu sentido puro não obstante a insusceptibilidade de se recorrer aos tribunais para obter o seu cumprimento coativo: neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, 10ª edição revista e atualizada, p. 720; também MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais: Direito ou Moral? in AA. VV., O Direito*, Ano 141º, III, Almedina, Coimbra, 2009, p. 526. Indo mais além, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, p. 48, equipara os efeitos do cumprimento da obrigação natural aos efeitos do cumprimento das obrigações civis (assinalando o A. a exceção decorrente da impugnação pauliana pois o cumprimento de uma obrigação natural, no domínio assinalado, é impugnável).

³⁰⁰ Conforme estatui o artigo 404º do CC: «As obrigações naturais estão sujeitas ao regime das obrigações civis em tudo o que não se relacione com a realização coativa da prestação, salvo as disposições especiais da lei» e explicitado por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 404º, nota 1, p. 353.

Afirmando, igualmente, a imanente natureza de obrigação jurídica às obrigações naturais, também RUI CAMACHO PALMA, *Da obrigação natural*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999, p. 271.

Não obstante as tangências apontadas, na doutrina têm-se verificado acentuadas divergências³⁰¹ quanto à natureza jurídica das obrigações naturais: radicarão estas num dever de índole jurídica ou extra-jurídica?

A este propósito, a resposta doutrinal favorável à segunda questão tem sido encabeçada por ANTUNES VARELA³⁰², ao definir as obrigações naturais como «deveres morais ou sociais juridicamente relevantes», no que tem sido secundado por LUÍS MENEZES LEITÃO³⁰³, que, não afirmando a natureza extra-jurídica, nega, contudo, a natureza jurídica das obrigações naturais. Diversamente, ALMEIDA E COSTA³⁰⁴, defende uma terceira via, em que as obrigações naturais aparecem como um caso intermédio entre os deveres de ordem social ou moral e ou deveres jurídicos, pugnando por uma interpretação jurisprudencial casuística. Optando por um caminho intermédio, pronunciou-se também GALVÃO TELLES³⁰⁵, ao aludir que se poderia «ver na obrigação natural uma relação de facto, embora juridicamente relevante». Finalmente, NUNO PINTO OLIVEIRA³⁰⁶ tem respondido perentoriamente ao primeiro segmento da questão, estribando o raciocínio no argumento estritamente legal: efetivamente, se, por força do artigo 404º do CC, o regime legal das obrigações naturais é – com as necessárias adaptações – o das obrigações civis, e inexistindo margem de dúvidas de que estas terão uma natureza jurídica, então também aquelas haverão de ser qualificadas como jurídicas³⁰⁷.

Para retomar o caso concreto, será seguro, nesta fase, afirmar a existência de uma obrigação? Com efeito, não decorre da redação do artigo 245º/1 que a concessão da exoneração do passivo restante se reconduz à hipótese de virem a existir, a final, obrigações naturais. Aqui chegados, em que situações se constituem obrigações naturais? Só nos casos

³⁰¹ Numa recensão alongada das posições diversas sustentadas a este propósito, por todos, MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais cit.*, pp. 533-535.

³⁰² *Das Obrigações em geral cit.*, vol. I, p. 741.

³⁰³ *Direito das Obrigações cit.*, vol. I, p. 130, afirmando a incidibilidade da possibilidade de recurso coativo para o cumprimento obrigacional dos direitos de crédito; contestando frontalmente esta asserção, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais cit.*, p. 536.

³⁰⁴ *Direito das Obrigações cit.*, pp. 175-177.

³⁰⁵ *Direito das Obrigações cit.*, p. 54.

³⁰⁶ *Princípios de direito dos contratos cit.*, p. 44.

³⁰⁷ Sendo que este argumento é entusiasticamente aplaudido por MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais cit.*, p. 535 ressaltando ainda este A. a evidência da resposta pois decorrente da frágil condição das obrigações naturais necessários se torna que elas sejam enformadas por critérios jurídicos para uma maior segurança do tráfico jurídico.

taxativamente previstos no CC³⁰⁸, vigorando, de tal sorte, um princípio de tipicidade ou poderemos conceber as obrigações naturais extra expressas indicações legais?

É incontestável que existem segmentos doutrinários³⁰⁹ a pugnar pela tipicidade das obrigações naturais, invocando que a exigibilidade judicial (ou a falta dela) não está na disponibilidade das partes, maxime do credor, atento o estatuído no artigo 809º do CC³¹⁰. Porém, a esmagadora maioria tem-se pronunciado em sentido contrário³¹¹, solução à qual aderimos.

Com efeito, entendemos que as obrigações naturais não se podem confinar a indicações legais taxativas, pois, não obstante os limites impostos à celebração negocial designadamente pelos artigos 280º, 334º e 809º do CC, incontestável se torna que estamos, sob a égide do artigo 405º do CC, no domínio da autonomia da vontade. Neste caso, apesar de as partes não poderem estatuir a criação *ab initio* de obrigações naturais de moto próprio, nada impede que, no contexto interpretativo da negociação e da execução contratual, alguma(s) obrigação(ões) decorrentes do clausulado se venham a afirmar como obrigações naturais e assim serem consideradas jurisprudencialmente.

³⁰⁸ Artigo 304º/2: «Não pode, contudo, ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição; este regime é aplicável a quaisquer formas de satisfação do direito prescrito, bem como ao seu reconhecimento ou à prestação de garantias».

Artigo 495º/3: «Têm igualmente direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural».

Artigo 1245º: «O jogo e a aposta não são contratos válidos nem constituem fonte de obrigações civis; porém, quando lícitos, são fonte de obrigações naturais, exceto se neles concorrer qualquer outro motivo de nulidade ou anulabilidade, nos termos gerais de direito, ou se houver fraude do credor na sua execução».

³⁰⁹ Veja-se MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais cit.*, p. 533 e já do mesmo A., *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações II*, tomo I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 583-586.

³¹⁰ «É nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 800º».

³¹¹ Vejam-se, LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações cit.*, vol. I, p. 128 aceitando conquanto se considere no caso *sub judice* que o cumprimento de um dever moral ou social corresponde a um dever de justiça; NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, p. 44, admitindo expressamente as obrigações naturais atípicas; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, p. 178, afirmando ser inadequado a enumeração limitativa dos possíveis casos de obrigações naturais; BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento cit.*, p. 99 ou PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 402º, nota 1, p. 351, ao afirmarem que apenas alguns casos estão expressamente previstos na lei.

Já no domínio do processo falimentar, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral cit.*, vol. I, pp. 727-728, designadamente na nota 1 da p. 728, admitia (se bem que na vigência do CPEREF) a existência de obrigações naturais na parte da dívida remitida pelos credores concordatários e desde que não tivesse sido estipulada uma cláusula de salvo regresso melhor fortuna. Note-se, porém, que neste caso a remissão da dívida era feita de livre vontade pelos credores em sede de aprovação de uma concordata e na exoneração do passivo restante não existe remissão, mas sim imposição do perdão por via da sentença.

É sabido que o princípio da liberdade contratual encerra múltiplas dimensões³¹². Entre elas encontramos a faculdade de os contratantes negociarem as cláusulas que entenderem por boas (descontados que sejam os casos limite previstos na lei) e até de sentido divergente às tipificadas no Código Civil (exceto as que assumam natureza imperativa). Assim, parece-nos curial conceber na prática, e de forma casuisticamente ponderada, a criação de obrigações jurídicas que se venham a converter em obrigações naturais. Isto porque o seu cumprimento decorre do cumprimento de um dever jurídico postergado pela concreta situação.

E, no caso vertente, parece-nos ser a resposta a dar: já vimos que a exoneração do passivo restante atua, tal como a prescrição, por via de exceção: ou seja, poder-se-á recusar o cumprimento, não pelo decurso do tempo, mas por força de uma sentença judicial transitada em julgado.

Por outro lado, como também anteriormente concluímos, o acesso à exoneração do passivo restante – não obstante estar sujeita a vários requisitos formais e substanciais e a sua efetiva concessão, como adiante veremos, ter de ser merecida – é um verdadeiro direito potestativo que assiste ao devedor e fragilizando, nessa exata e justa medida, a posição do credor. Por outras palavras: para se aceder à exoneração do passivo restante importa comprimir o direito creditório³¹³, por mais que entendamos que não o poderemos suprimir totalmente, por ser uma solução inconstitucional.

Na verdade, a ocorrer tal supressão, ao remover-se o direito do credor, sem mais e sem qualquer contrapartida, estaríamos a violar o seu direito à capacidade civil, isto é à capacidade de ser titular de direitos que, do ponto de vista da doutrina constitucional³¹⁴, admite restrições, mas não privações totais. Ou seja, estaríamos a privar o credor da titularidade de uma relação jurídica sem qualquer razão que não fosse a efetivação do direito à exoneração que, até à data, ainda não tem a mesma densidade e importância que o direito à capacidade civil.

Poder-se-ia configurar subsidiariamente que estaríamos em face de um direito à propriedade privada. É incontestável que o direito de propriedade admite supressões no caso do

³¹² A propósito destas múltiplas dimensões, V. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 405º, pp. 355-356 e também NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, pp. 147-160.

³¹³ Afirmando (se bem que a outro propósito) a compressão dos direitos creditórios, CATARINA SERRA, *O valor do registo provisório da aquisição na insolvência do promitente-alienante – Ac. do STJ de 12.05.2011*, in AA. VV., *Cadernos de Direito Privado*, nº38, Abril/Junho 2012, p. 67.

³¹⁴ Sustentando tal posição GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 (4ª ed. revista), em anotação ao artigo 26º, nota V, p. 465.

seu não exercício, pelo que o legislador entendeu que o desinteresse reiterado de alguém pelo cumprimento dos seus próprios direitos teria como contrapartida a cessação de tutela jurídica.

Porém, na exoneração do passivo restante o credor não mostra qualquer desinteresse; bem ao invés, ele até quer a satisfação do seu direito, razão pela qual requer a declaração de insolvência do devedor ou cumpre o ónus da reclamação creditória. Por isso, e a partir de tal cenário, apontar-se para a extinção de um direito de crédito que o credor até pretende exercer ativamente é manifestamente abusivo e desconforme ao texto constitucional.

É inequívoca a tutela constitucional do direito à propriedade que deflui do artigo 62º da CRP. A doutrina³¹⁵, a propósito do âmbito deste direito, identifica, entre outros, o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade. Esta factualidade assume particular relevo, até pela inserção sistemática do texto constitucional, o que motiva, nos termos do artigo 17º da CRP, a equiparação daquele a um direito fundamental de natureza análoga a um direito, liberdade e garantia³¹⁶ e implica dizer que ele tem uma matriz de direito reforçado e de aplicação direta e imediata, com eficácia *erga omnes*³¹⁷.

Ora, para poder afetar a propriedade seria sempre necessário que se determinasse – desde logo em sede do próprio CIRE – a justa contrapartida para o credor que, *in casu*, se assumiria como uma indemnização (de *quantum* justo³¹⁸), nos termos do artigo 62º/2 da CRP, o que obviamente não se determina.

Porém, e repetindo-nos, encarar-se a hipótese de uma expropriação é, do ponto de vista do texto constitucional, forçado, pois estamos a falar de um direito de crédito e não do direito de propriedade³¹⁹.

Retomando a questão inicial, e pelo exposto, não se pode concluir pela extinção dos créditos sobre a insolvência³²⁰, mais se devendo atribuir tal fenómeno a uma (de novo) pouco

³¹⁵ Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 62º, especialmente nota VI, p. 802.

³¹⁶ Neste sentido, *idem*, em anotação ao artigo 17º, especialmente nota V, p. 374.

³¹⁷ Sobre os princípios estruturantes dos direitos, liberdades e garantias e sua densificação, por todos *ibidem*, em anotação ao artigo 17º, especialmente nota III, pp. 371-372 e também GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional cit.*, pp. 437-536.

³¹⁸ Ou, nos ensinamentos de GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 62º, nota XVII, p. 809, a indemnização deve ser enformada pelo princípio da equivalência de valores comportando uma dupla dimensão: (a) a ser paga tendencialmente em simultâneo com a efetivação da extinção do direito e (b) ser justa no seu quantitativo.

³¹⁹ Sendo que este, na clara preleção de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral cit.*, vol. I, p. 183, «põe, efetivamente o titular em contato imediato com a coisa, prescindindo da colaboração de outrem para obter as utilidades que esta visa proporcionar-lhe» ao passo que a obrigação «consiste num direito à prestação, só realizável através do intermediário, que é o devedor»; para uma mais extensa comparação, NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, pp. 52-61.

cuidada redação jurídica. Diversamente, pensamos que o direito do credor não pode ser extinto sem mais. O que, na realidade, sucede é que as obrigações do devedor se convertem, por efeito da sentença, em obrigações naturais, tanto mais que será um dever de justiça pagá-las pois foi precisamente pela intervenção de um terceiro – um tribunal da República no regular exercício das suas funções – que o devedor se eximiu ao cumprimento coercitivo das suas dívidas, equivalendo isto a dizer que se exonerou das suas obrigações civis.

E, findo o período de cessão, com a conseqüente conversão das obrigações civis em obrigações naturais, certo é que o devedor, já não estando adstrito à observância da *par conditio creditorum* até poderá – se tiver capacidade financeira para tanto, obviamente – querer solver algumas das suas obrigações (não judicialmente exigíveis), em ordem a poder negociar com credores e reentrar mais facilmente no circuito económico³²¹. Esta pretensão estaria prejudicada ab initio, por pura impossibilidade lógica, se o direito de crédito do requerente da insolvência ou do reclamante se tivesse, em concomitância com o despacho definitivo da concessão da exoneração do passivo restante, extinto.

Este é, em suma, o regime legal decorrente do artigo 245º/1. Porém, há uma hipótese que, não estando estatuída diretamente na lei, pode configurar-se como um desvio a este regime impositivo por parte dos credores e que poderá conduzir a resultados perversos quanto ao entendimento do processo insolvencial.

Já afirmámos, ao longo do presente texto, que o processo de insolvência, de um ponto de vista muito simplificado, é um processo de execução universal³²² em que se liquida o património do devedor e esta liquidação implica o ressarcimento dos credores que não foram pagos. Também vimos que os credores são convocados e deverão cumprir um ónus, qual seja o da reclamação de créditos, em ordem a que estes sejam reconhecidos e graduados e para que a final o produto da liquidação da massa insolvente reverta para eles e sejam pagos os créditos. Finalmente, também referimos que as reclamações de créditos, ao constituírem-se como ónus,

³²⁰ Tal como no Brasil que admite, de forma mitigada, a exoneração do passivo, mas a doutrina refere-se à extinção de obrigações, mas não dos créditos sobre a insolvência; neste sentido, cfr. GLADSTON MAMEDE, *Direito empresarial brasileiro – Falência e recuperação de empresas*, vol. IV, Editora Atlas, São Paulo, 2006, pp. 622-625.

³²¹ Hipótese também admitida por MENEZES CORDEIRO, *Das obrigações naturais cit.*, p. 537.

³²² Natureza universal também afirmada por MENEZES CORDEIRO, *Introdução ao Direito da Insolvência cit.*, p. 495 e CASSIANO DOS SANTOS/HUGO FONSECA, *Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da insolvência e da recuperação de empresas*, in AA. VV., *Cadernos de Direito Privado*, nº29, Janeiro/Março 2010, p. 13.

implicam que os credores que não reclamem³²³ não sejam pagos pelo produto da liquidação da massa insolvente, com os constrangimentos legais ao nível dos montantes a entregar aos credores e decorrentes da aplicação do artigo 245º. Aqui chegados: *quid juris* quanto aos créditos não reclamados?

Parece-nos meridianamente compreensível que, não tendo sido reclamados os créditos, porque não consequentemente verificados e graduados, os seus titulares não poderão concorrer ao produto da liquidação da massa insolvente, assim resultando da aplicação dos artigos 173º e 140º³²⁴.

³²³ Ou que não obtenham vencimento numa ação de verificação ulterior de créditos proposta ao abrigo do artigo 146º.

³²⁴ Como, de resto, brevemente referenciámos na nota 249.

Capítulo 4: A subsistência de créditos.

Breves considerações, agora, sobre alguns dos efeitos da exoneração do passivo restante, matéria presentemente regulada no artigo 245º e de indubitável alcance prático e que, mais uma vez, à semelhança do restante CIRE, se encontra salpicada por uma redação legal aligeirada e equívoca no que respeita aos conceitos utilizados. Estes efeitos decorrem, como é óbvio, do facto de a exoneração ter sido efetivamente concedida, ao abrigo do disposto no artigo 244º. Findo o período de cessão (os cinco anos contabilizados após o trânsito em julgado do despacho que ordenou o encerramento do processo falimentar), o juiz tem dez dias para conceder – ou não – a exoneração do passivo restante, devendo auscultar previamente o fiduciário bem como os credores. Valem aqui, para a recusa da concessão, as considerações antes feitas a propósito da cessação antecipada do procedimento exoneratório.

Temos fundadas dúvidas sobre a exclusão de alguns créditos do âmbito de incidência da exoneração do passivo restante, mais a mais nas circunstâncias concretas que vimos. Sem embargo, e sendo pacífica a vocação universal do processo falimentar³²⁵ (vocação essa necessariamente norteadada pelo princípio legal da igualdade dos credores expresso no artigo 604º do CC), não se entende que se imponha a alguns credores a extinção de créditos (para utilizar a expressão ínsita no artigo 245º/1) e não se vise idêntico sentido para outros credores que, como também concluiremos, as mais das vezes por via imediata ou mediata, se reconduzirão ao próprio Estado. Este, enquanto poder executivo, parece confundir-se, em interesse próprio, com o legislador. Isto é, a iniciativa legislativa criou um mecanismo de exceção para o Estado e, no respaldo da sua força, impôs à generalidade dos credores (que na maioria dos casos serão operadores económicos) a aceitação da redução dos seus créditos por via da sua extinção. Ou seja, o Estado continua a poder cobrar aos insolventes enquanto que os que fazem da busca do lucro a sua profissão, no legal e regular exercício da sua atividade económica, terão que acomodar operações deficitárias nas suas declarações de resultados e contas de exercício anuais.

³²⁵ Vocação que já referenciámos *supra* na p. 85 e a título de mero exemplo *passim* reiterada por LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *A reclamação, verificação e graduação de créditos em processo de insolvência in AA. VV., O Direito*, Ano 143º, V, Almedina, Coimbra, 2011, em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1ª Secção) de 19 de Novembro de 2009, a pp. 1168, ensinam que «[p]ela sua vocação universal, o processo de insolvência convoca a que nele se reclamem, decidam e, sendo o caso, graduem todos os créditos sobre o devedor...»; e, bem assim, CATARINA SERRA; *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito cit.*, pp. 179 e ss.

Este número comporta quatro alíneas diferenciadas e que constituem um limite negativo de incidência em face da decisão concedente do benefício da exoneração. Ou seja, a despeito da exoneração do passivo restante pretender permitir aos insolventes alcançar um novo começo, como já abundantemente explicitámos ao longo da presente dissertação, certo é que, por força deste preceito, facilmente se constata que tal exoneração não é plena e comporta limites que, em alguns casos, poderão ser bastante severos, dada a natureza das dívidas não abrangidas pelo instituto da exoneração³²⁶. Note-se igualmente que, ao estabelecer-se este limite negativo de incidência, e tendo presente a égide do artigo 604º do CC, temos como seguro que o circunstancialismo definido nas várias alíneas do artigo 245º/2 assume um carácter absolutamente tipificado, pelo que nenhuma outra tipologia creditória se encontra excluída do âmbito da exoneração do passivo restante³²⁷.

Ainda assim, e do cotejo do número dois do artigo em apreço, pensamos ser útil, para melhor compreensão interpretativa, espartilhar dois grandes blocos de interesses creditórios³²⁸: (i) os elencados nas alíneas c) e d) e que se reconduzem a interesses estatais e (ii) os constantes das alíneas precedentes [a) e b)] e cujos titulares são protegidos pelo legislador em sede de pura opção política como reflexo dos especiais interesses subjacentes.

³²⁶ Também neste sentido LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 329.

³²⁷ Tal como defendem cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 245º, nota 2, p. 801.

³²⁸ Por seu turno, CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 168, aponta um critério comum a todas as exclusões, qual seja a fonte; ou seja, a A. faz notar que todos os créditos emergentes de fonte legal se encontram- afastados da exoneração, ao passo que os créditos decorrentes de ato negocial unilateral ou bilateral são abrangidos pela exclusão.

Secção 1: Créditos de interesse social.

Começando por estes últimos, entendemos ser de aceitar a opção legislativa em relação às duas primeiras alíneas. Na verdade, o que se pretende é, em alguma medida, limitar os efeitos da insolvência na esfera jurídica de terceiros alheios à realidade falimentar³²⁹, promovendo, dentro do possível, a continuidade de uma certa expectativa de terceiros que, a não existir este mecanismo de proteção legal, poderia ser denegada mediante o abusivo recurso ao processo falimentar. Obviamente que o facto de existir este mecanismo não impede que, *a contrario*, se possam verificar igualmente abusos; basta prefigurar a hipótese do futuro insolvente que, antecipando este cenário, não conteste uma ação de alimentos interposta por um filho maior, ao abrigo do artigo 1880º do CC, ou uma ação emergente de responsabilidade civil³³⁰ onde lhe seja imputado um incumprimento doloso por um qualquer testa-de-ferro.

Mas, descontados os casos limites de fraude à lei, o que está basicamente em apreço é a necessidade de proteção das expectativas de terceiros ou, de outra forma, a necessidade de se possibilitar a continuidade do exercício de alguns direitos constituídos *ex ante*.

Assim, e em primeira linha, deparamo-nos com a exceção relativa aos créditos por alimentos: a noção de alimentos é-nos dada pelo artigo 2003º do CC³³¹ e são devidos às pessoas elencadas no artigo 2009º/1 do CC³³² com base no exercício do poder-dever³³³ de assistência.

³²⁹ Ou, na expressão de LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 245º, nota 2, p. 801, «a razão de ser da manutenção dos créditos (...) reside na particular natureza dos interesses dos seus titulares...».

³³⁰ Em que se discuta a responsabilidade subjetiva, seja contratual ou extracontratual; só se pode falar de responsabilidade objetiva quando esteja prevista, de acordo com o artigo 483º/2 do CC, nos casos especificados na lei e não depende de culpa do agente (PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 499º, nota 1, p. 505) pelo que, apoditicamente, não se poderá configurar o dolo pelo que falecerá o requisito estatuído na alínea b) do artigo 245º/2.

³³¹ «1 – Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário.

2 – Os alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor.».

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, em anotação a este artigo na nota 2, p. 573, definem os alimentos como «[a] prestação destinada a satisfazer as necessidades primárias da pessoa que não tem condições para viver e que a lei impõe à pessoa que a deva realizar, por virtude dos laços familiares que as unem». Paradoxalmente em face da definição *retro* transcrita, logo de seguida os AA. concluem que a obrigação de alimentos não se esgota no âmbito familiar embora reconheçam que é neste domínio que têm o âmbito máximo de aplicação.

³³² «1 – Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada:

- a) O cônjuge ou o ex-cônjuge;
- b) Os descendentes;
- c) Os ascendentes;
- d) Os irmãos;
- e) Os tios, durante a menoridade do alimentando;

Há que fazer notar que a alínea a) do número um do artigo em discussão não se refere especificadamente a alimentos, mas sim aos créditos por alimentos. Importa isto dizer que a situação de alimentos devidos deverá ter sido constituída antes da sentença de declaração de insolvência, pois se a factualidade só se colocar em discussão já com processo falimentar em curso, então há que recorrer ao disposto nos artigos 84º e 93º sendo de tal sorte inaplicável o artigo 245º.

Existe ainda uma derradeira ressalva a notar: não se pode confundir este conceito de créditos de alimentos com o conceito do sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar a que alude o artigo 239º/3, i). Este último, como *supra* analisámos, é formado pelo montante excluído da cessão da globalidade do rendimento disponível que, em via de regra, não poderá ultrapassar o montante mensal de €1.455 (três vezes o salário mínimo nacional), e com o qual o insolvente deverá prover ao seu sustento bem como o do seu agregado familiar no decurso do processo falimentar, mais concretamente durante o período de cessão de cinco anos conducente à concessão final (ou indeferimento) do benefício da exoneração do passivo restante. Já o crédito por alimentos deve ver a sua constituição reportada a um momento pretérito ao da insolvência e mesmo com a concessão da exoneração não é afetado na sua existência e/ou validade do passo que findo o período de cessão e a concessão definitiva da exoneração soçobra naturalmente a cessão do rendimento e, conseqüentemente, extingue-se.

Se bem que em ambos os casos possamos vislumbrar elementos genéticos comuns, quais sejam o absoluto respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana ou de responsabilização pela vivência familiar e social, certo é que para estes efeitos os conceitos em cotejo não se mesclam por qualquer forma.

Em segunda linha, também somos confrontados com a exclusão da exoneração, nos termos do artigo 245º/2, b), das indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor e que tenham sido reclamadas em tal qualidade. Parte das considerações já alinhavadas a propósito da alínea anteriormente enunciada podem aqui ser retomadas, designadamente no que tange à especial natureza dos interesses titulados pelos sujeitos ativos desses direitos e, também, no que respeita a buscar-se o seu fundamento na salvaguarda de decisões judiciais anteriormente tomadas e que punam comportamentos que devam ter

f) O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste».

³³³ A este propósito cfr. a remissão já feita na nota 225.

associada uma especial punição decorrente da censura devida ao particular grau de ilicitude que esteja na génese da perpetração dos factos em análise³³⁴.

Porém, a amplitude imanente emprestada pelo legislador à redação deste preceito suscita-nos uma interrogação: sem curar de escarpelizar as diferentes concepções de responsabilidade contratual e extracontratual pela prática de facto ilícito, certo é que ambas comungam os mesmos pressupostos: a saber, o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano conforme estatui o artigo 483º/1 do CC³³⁵. Sem prejuízo da evidente diferença entre os dois regimes de responsabilidade considerado que seja o evento gerador – contrato ou extracontrato – outro elemento manifestante de dissemelhança prende-se com o ónus da prova: na responsabilidade extracontratual cabe ao lesado provar a culpa do lesante de acordo com o artigo 487º/1 do CC³³⁶, enquanto que na responsabilidade contratual o artigo 799º/1 do CC³³⁷ determina que é ao lesante que incumbe provar a sua ausência de culpa.

Alinhadas que foram estas perfunctórias considerações sobre a diversidade de regimes aplicáveis às modalidades de responsabilidade civil contratual e extracontratual, temos de considerar o seguinte: admitindo-se *ab initio* a compressão do princípio da *par conditio creditorum* em face de direitos mais importantes, certo é que se consegue compreender que se exclua do âmbito da concessão da exoneração do passivo restante os créditos de jaez indemnizatória emergentes de responsabilidade extracontratual. Efetivamente, se se violam direitos na esfera jurídica de terceiros como por exemplo a ofensa à integridade física ou à propriedade de outrem, pode-se conceber que o legislador falimentar tenha pretendido proteger o(s) lesado(s) a montante por uma conduta ilícita na modalidade mais grave de culpa – o dolo – perpetrada pelo insolvente. Porém, não temos tantas certezas quando o que está na génese seja a responsabilidade contratual³³⁸. Com efeito, não vislumbramos diferenças de tomo – para efeitos de diferenciação creditória – entre uma violação contratual dolosa geradora de indemnização e

³³⁴ Já LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 162 lobriga como fundamento desta exclusão da exoneração o respeito por princípios constitucionais merecedores de especial acolhimento sem, no entanto, densificar o raciocínio.

³³⁵ «Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação».

³³⁶ «É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa».

³³⁷ «Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua».

³³⁸ Note-se, por exemplo, que de acordo com o artigo 46º da lei falimentar italiana, os créditos decorrentes de responsabilidade contratual não estão (felizmente) sujeitos a este regime de exclusão tal como assinala V. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare cit.*, em anotação ao artigo 142º, p. 2096.

uma qualquer outra violação contratual atinente a um elemento essencial do negócio; certo é que, no primeiro caso, o crédito não está abrangido pela exoneração do passivo restante, ao passo que, na segunda situação, já o estará; isto é: um credor que não veja satisfeito o preço do negócio feito com o devedor, se não imputar tal incumprimento a título doloso e reclamando uma indemnização terá os seus direitos afetados.

Isto é, o regime consagrado no artigo 245º/2, b), na atual redação poderá conduzir a resultados paradoxais e até injustos podendo, em sede teórica, roçar os limites da inconstitucionalidade material, por violação do princípio da igualdade³³⁹.

Acresce que, em nota última, apenas os montantes creditórios subsumidos a esta alínea é que carecem de ser reclamados em sede do processo insolvencial. Os remanescentes, ou seja os constantes das alíneas a), c) e d), só precisam de existir sem necessidade de serem reclamados e, conseqüentemente, dispensam a respetiva verificação.

³³⁹ Determina o artigo 13º/1 da CRP: «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». A propósito da concretização e densificação do princípio da igualdade v. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional cit.*, pp. 426 e ss.; e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República cit.*, anotação ao artigo 13º, pp. 333 e ss.

Não levando a crítica ao limite da inconstitucionalidade, mas tecendo fortes críticas à solução encontrada pelo legislador, cfr. LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 245º, nota 2, p. 801.

Secção 2: Créditos cuja manutenção resulta da prossecução de interesses estatais.

Abordando agora o segundo bloco de interesses creditórios, designadamente os elencados nas alíneas c) e d) do artigo 245º/2, facilmente concluímos que estes se reportam a interesses do próprio Estado. Não deixa de ser sintomático que este, enquanto legislador, não tenha resistido ao interesse de, em causa própria e constituindo-se como principal beneficiário, criar um regime excepcional – não só de manutenção, mas, também, de reforço – para os seus privilégios creditórios³⁴⁰.

Ainda assim, e dentro deste denominado bloco de interesses, podemos encontrar dois circunstancialismos diversos, pelo que importa abordá-los separadamente.

Subsecção 1: Interesses públicos.

No que respeita à alínea c), é clara a intenção do legislador de, não obstante privilegiar o próprio Estado de que faz parte, proteger interesses não só egoísticos em sede de ressarcimento creditório, mas tutelar também os interesses punitivos *rectius* as exigências de prevenção³⁴¹. Isto é, ao excluir do âmbito da exoneração os créditos por multas³⁴², coimas³⁴³ ou outras sanções

³⁴⁰ Aqui entendida a expressão numa forma lata e não na sua aceção técnica. Não nos referimos aos privilégios em sentido estrito que desembocam na sua classificação como garantidos ou privilegiados nos termos do artigo 47º/4, a), mas sim ao facto de, apesar de já existir esta classificação, o legislador ainda ter criado mais uma exceção indutora de uma situação de privilégio adicional para o Estado enquanto credor concursal. No entanto, para uma melhor e mais abrangente compreensão desta temática, LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das garantias*, Almedina, Coimbra, 2012, reimpressão, designadamente pp. 333-336 e 344-346.

Também sobre o regime geral dos privilégios creditórios no âmbito do CIRE, cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2012, 3ª edição, pp. 302-306.

³⁴¹ Neste sentido V. CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 166-167.

³⁴² Multa que consiste numa pena de índole pecuniária aplicada por um tribunal em sede de um processo do foro criminal, em regra por alternativa às penas privativas de liberdade; a este propósito, cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2000, reimpressão com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, pp. 392 e ss.

³⁴³ Já a coima, apesar de revestir uma índole pecuniária à semelhança da pena de multa, é aplicada como sanção em sede de um processo administrativo por uma autoridade também ela administrativa. Sobre o aparecimento do processo contra-ordenacional em Portugal, V. COSTA ANDRADE, *Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)*, RDE 6/7, Coimbra, 1980/1981, pp. 83-121, designadamente pp. 116-117 e a nota 108 onde o A. discorre sobre as exigências para a balcanização da qualificação como pena ou coima.

Também sobre a delimitação legal necessária como ramo autónomo em face do direito penal e processual penal e alertando para os riscos de “policialização” das contra-ordenações e respetivas coimas, V. LOBO MOUTINHO, *Direito das Contra-Ordenações – Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pp. 61-73.

Finalmente, para compreensão da especial dogmática do direito contra-ordenacional, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Temas básicos da doutrina penal – Sobre os fundamentos da doutrina penal/Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, especialmente pp. 144 e ss.

pecuniárias por crimes³⁴⁴ ou contra-ordenações o Estado está a cumprir as necessidades imanentes à satisfação da prevenção geral³⁴⁵ e especial³⁴⁶ de acordo com a teoria da prevenção mista seguida no nosso acervo codicístico penal³⁴⁷, mormente no artigo 42º/1³⁴⁸.

Ou seja, apesar de não se concordar – por princípio e atenta a filosofia supostamente imanente ao CIRE – com a derrogação do princípio da igualdade concursal em favor de quem tem o poder de legislar, não podemos, em rigor, afastar totalmente a ideia, atenta a ideologia subjacente à dogmática, designadamente a proteção de interesses sociais gerais, ao configurar-se este normativo como uma forma de combater a hipótese de extinção abusiva de procedimentos de índole punitiva (penal ou contra-ordenacional) por parte de condenados que se apresentassem à insolvência pretendendo assim beneficiar da exoneração do passivo restante. Ressalve-se, no entanto, que, *prima facie*, a exclusão da exoneração não precluirá a hipótese da prescrição das penas ou das coimas nos termos dos artigos 122º do CP³⁴⁹ e 29º do DL 433/82³⁵⁰ de 27.10.

³⁴⁴ Pense-se, por exemplo, quando exista caução carcerária prestada nos termos do artigo 197º do Código de Processo Penal (DL 78/87 de 17.02, alterado pela Declaração de 31.03.1987, DL 387-E/87 de 29.12, DL 212/89 de 30.06, L 57/91 de 13.08, DL 423/91 de 30.10, DL 343/93 de 01.10, DL 317/95 de 28.11, L 59/98 de 25.08, L 3/99 de 13.01, L 7/2000 de 27.05, DL 320-C/2000 de 15.12, L 30-E/2000 de 20.12, Ret 9-F/2001 de 31.03, L 52/2003 de 22.08, Ret 16/2003 de 29.10, DL 324/2003 de 27.12, L 48/2007 de 29.08, Ret 100-A/2007 de 26.10, DL 34/2008 de 26.02, L 52/2008 de 28.08, L 115/2009 de 12.10 e L 26/2010 de 30.08 ou que visando a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo tenha sido aplicada ao arguido a injunção de indemnizar o lesado nos termos do disposto no artigo 283º/2, a) do CPP ou ainda a de entrega ao Estado ou a instituições privadas de solidariedade social certa quantia ao abrigo do vertido no artigo 283º/2, c) do mesmo diploma.

³⁴⁵ A prevenção geral, ensinava EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1999, reimpressão com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, p. 47, que, por ser interesse do legislador em que não se cometessem crimes, a pena teria de atuar psicologicamente sobre a generalidade dos cidadãos.

³⁴⁶ Também aqui seguindo os ensinamentos de EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I *cit.*, p. 49, a prevenção especial deveria atuar, em primeira linha, por via da execução da pena, sobre a personalidade do criminoso distinguindo-se assim da prevenção geral: esta atuava no seio do sentimento comunitário do passo que a prevenção especial tinha um campo de atuação *ad hominem*.

³⁴⁷ DL 48/95 de 15.03, alterado pela Declaração 73-A/95 de 14.06, L 90/97 de 30.07, 65/98 de 02.09, 7/2000 de 27.05, 77/2001 de 13.07, 97/2001 de 25.08, 98/2001 de 25.08, 99/2001 de 25.08, 100/2001 de 25.08, L 108/2001 de 28.11, DL 323/2001 de 17.12, DL 38/2003 de 08.03, L 52/2003 de 22.08, L 100/2003 de 15.11, DL 53/2004 de 18.03, L 11/2004 de 27.03, Ret 45/2004 de 05.06, L 31/2004 de 22.07, L 5/2006 de 23.02, L 16/2007 de 17.04, L 59/2007 de 04.09, Ret 102/2007 de 31.10, L 61/2008 de 31.10, L 32/2010 de 02.09, L 40/2010 de 03.09, L 4/2011 de 16.02 e L 56/2011 de 15.11.

³⁴⁸ «A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes».

³⁴⁹ «1 – As penas prescrevem nos prazos seguintes:

- a) Vinte anos, se forem superiores a dez anos de prisão;
- b) Quinze anos, se forem iguais ou superiores a cinco anos de prisão;
- c) Dez anos, se forem iguais ou superiores a dois anos de prisão;
- d) Quatro anos, nos casos restantes.

Subsecção 2: Interesses injustificados(?).

Radicalmente diferente será a leitura que fazemos da alínea d) do artigo 245º/2, pois não vislumbramos qualquer motivação ponderosa para que os créditos do Estado beneficiem de um regime ultra-privilegiado³⁵¹.

Com efeito, e como assinala LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS³⁵², hodiernamente, com a declaração de insolvência só se extinguem, nos termos do artigo 97º/1, a), «[o]s privilégios creditórios gerais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social constituídos mais de 12 meses antes da data do início do processo de insolvência», pelo que, conquanto não estejam abrangidos por este hiato temporal, os créditos do Estado mantêm a sua vigência.

A acrescer a esta manutenção, temos de considerar o vertido no artigo 47º ao dispor que são «“[g]arantidos” e “privilegiados” os créditos que beneficiem, respetivamente, de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, e de privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias ou dos privilégios gerais, tendo em conta as eventuais onerações prevalecentes».

Feito este breve enquadramento, teremos de concluir por um regime de *per si* altamente favorável ao credor Estado no âmbito do processo insolvencial.

Mas a vantagem “competitiva” do credor Estado não se basta com isto. Com efeito, a estrutura de interesses prevalecentes do Estado, ora legislador, ora credor, conforme necessita,

2 – O prazo de prescrição começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 118.º».

³⁵⁰ Alterado pela Declaração de 06.01.1983, DL 356/89 de 17.10, Declaração de 31.10.1989, DL 244/95 de 14.09, DL 323/2001 de 17.12 e L 109/2001 de 24.12:

«1 – As coimas prescrevem nos prazos seguintes:

a) Três anos, no caso de uma coima superior ao montante máximo previsto no n.º 1 do artigo 17.º;

b) Um ano, nos restantes casos.

2 – O prazo conta-se a partir do carácter definitivo ou do trânsito em julgado da decisão condenatória».

³⁵¹ Mas que CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 168, e especialmente nota 284, faz notar que não é uma medida avulsa do legislador pois esta tem sido uma atitude recorrente do Estado legislador.

³⁵² *Direito das garantias cit.*, p. 345.

ainda criou um vértice adicional de proteção: a Lei Geral Tributária³⁵³, na alteração introduzida pela L 55-A/2010 de 31.12 (Orçamento de Estado para o ano de 2011) aditou um n.º3 ao artigo 30.º que passou a ter a seguinte redação: «1 – Integram a relação jurídica tributária:

- a) O crédito e a dívida tributários;
- b) O direito a prestações acessórias de qualquer natureza e o correspondente dever ou sujeição;
- c) O direito à dedução, reembolso ou restituição do imposto;
- d) O direito a juros compensatórios;
- e) O direito a juros indemnizatórios.

2 – 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.

3 – O disposto no número anterior prevalece sobre qualquer legislação especial».

E o que ressalta deste normativo, designadamente dos números dois e três que são os relevantes para a nossa apreciação? Manifestamente, o Estado, agora legislador, mas tendo em vista a proteção do Estado credor (enquanto recolector de tributos), consagrou a quase total indisponibilidade do crédito tributário, mas, e sobretudo, estatuiu a prevalência absoluta desta legislação em relação a leis de idêntico valor e, ainda, a normativos avulsos que previssem regimes de exceção que pudessem fazer perigar os direitos do Estado, agora na veste de cobrador.

Isto é: pela adição deste singelo número três, numa única assentada, afastou-se da área de atuação do Estado credor o âmbito de aplicação do artigo 604.º do CC, bem como, e por mero exemplo, a redução dos créditos do Estado ou mesmo o suprimento da sua vontade em sede da materialização de um plano de pagamentos, conforme poderiam obrigar os artigos 257.º e 258.º; de idêntica sorte, acaba-se com o princípio da igualdade creditória prevista no artigo 242.º e acaba-se, na prática, com a possibilidade de se aprovarem planos de insolvência com perdão de juros e/ou capital nos termos do artigo 196.º, ou, redito, termina-se, através de insídia legislativa, com a faculdade de se aprovarem planos de insolvência em que o Estado tenha de

³⁵³ DL 398/98 de 17.12 alterado pela Ret 7-B/99 de 27.02, L 100/99 de 26.07, L 3-B/2000 de 04.04, L 30-G/2000 de 29.12, L 15/2001 de 05.06, L 16-A/2002 de 31.05, DL 229/2002 de 31.10, L 32-B/2002 de 30.12, DL 320-A/2002 de 30.12, DL 160/2003 de 19.07, L 107-B/2003 de 31.12, L 55-B/2004 de 30.12, L 50/2005 de 30.08, L 60-A/2005 de 30.12, DL 238/2006 de 20.12, L 53-A/2006 de 29.12, L 67-A/2007 de 31.12, L 19/2008 de 21.04, L 64-A/2008 de 31.12, L 94/2009 de 01.09, L 3-B/2010 de 28.04, L 37/2010 de 02.09, L 55-A/2010 de 31.12, DL 29-A/2011 de 01.03, L 64-B/2011 de 30.12, DL 32/2012 de 13.02 e L 20/2012 de 14.05.

arcar com os mesmos ónus que os restantes credores, solução legal a que, manifestamente, não conseguimos aderir³⁵⁴.

Mas cumpre-nos, ainda, formular uma crítica adicional. O recurso a este tipo de técnica legislativa vaga³⁵⁵ determina imprecisões que não deveriam caber no texto. Com efeito, a alínea d) refere apenas os créditos tributários. E de que se trata em concreto? De todos os créditos emergentes de tributos³⁵⁶? Isto é, impostos, taxas e contribuições nos termos do artigo 3º da LGT³⁵⁷?

Sabemos que os impostos consistem numa «prestação pecuniária, coativa e unilateral, sem o caráter de sanção, exigida pelo Estado com vista à realização de fins públicos»³⁵⁸. Por seu turno, as taxas distinguem-se dos impostos³⁵⁹, pois não detêm a característica da unilateralidade pressupondo, isso sim, uma prestação específica pela entidade estatal. Já as contribuições estritamente consideradas, reportam-se – ao invés dos impostos que se dirigem aos normais detentores de capacidade contributiva – «a grupos de pessoas ligados seja por uma particular manifestação de capacidade contributiva decorrente do exercício de uma atividade administrativa (nas contribuições especiais), seja pela partilha de uma específica contraprestação de natureza grupal (nas demais contribuições financeiras)»³⁶⁰.

São, portanto, realidades absolutamente distintas, com teleologias próprias, mas que aparecem a coberto de uma mesma categorização legal – o artigo 3º da LGT – e que,

³⁵⁴ E, sobretudo, tentou travar-se a crescente jurisprudência que, estribada no princípio *lex specialis derogat legi generali* vinha a considerar que a lei falimentar prevalecia sobre a lei geral tributária, conforme assinala CATARINA SERRA, *Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades in AA. VV. Direito das sociedades em Revista*, ano 4, volume 8, Almedina, Coimbra, 2012 (em curso de publicação), pp. 22-23, invocando a A. especificadamente o Ac. STJ de 04.06.2009 (Conselheiro ÁLVARO RODRIGUES) disponível in <http://www.dgsi.pt>.

³⁵⁵ Ou, nas ponderadas palavras de LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 329, tratam-se de exclusões muito amplas.

³⁵⁶ Isto é, aquela realidade que na lapidar definição de JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de procedimento e processo tributário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 4ª ed., pp. 12-13, são todas as prestações coativas com finalidades financeiras?

³⁵⁷ «1 – Os tributos podem ser:

a) Fiscais e parafiscais;

b) Estaduais, regionais e locais.

2 – Os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e especiais, e outras espécies tributárias criadas por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas.

3 – O regime geral das taxas e das contribuições financeiras referidas no número anterior consta de lei especial».

³⁵⁸ Na definição de TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, reimpressão da 5ª ed. refundida e atualizada, 2010, p. 258.

³⁵⁹ Alertando para as (às vezes) dificilmente descortináveis fronteiras entre taxa e imposto, cfr. JÓNATAS MACHADO/PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Curso de direito tributário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 14, especialmente nota 13.

³⁶⁰ Na autorizada lição de CASALTA NABAIS, *Direito fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011, 6ª ed. (reimpressão de Outubro de 2010) p. 27.

inclusivamente, são referenciados doutrinariamente como uma mesma realidade³⁶¹, pelo que, numa primeira abordagem, deveríamos interpretar, sem mais, que a alínea d) se reporta a todo e qualquer crédito tributário em sentido amplo.

Porém, a jurisprudência, se bem que a propósito de uma realidade bem distinta, negou esta conceção unitária dos tributos. Com efeito, o STJ, num Acórdão uniformizador de jurisprudência tirado pela 5ª Secção em 14.07.2010 no processo 6463/07.6TDLSB.L1 (Conselheiro SOUTO DE MOURA e disponível *in* <http://www.dgsi.pt> e em DR I, 186 de 23.09.2010), renegou o carácter da unidade tributária anteriormente enunciado; com efeito pode ler-se nesse aresto, no que à sua fundamentação diz respeito: «O sistema fiscal do Estado e o sistema da Segurança Social constituem em si realidades diferentes, muito mais amplo aquele que este, e ambos organizados, evidentemente, a seu modo.

As finalidades prosseguidas pela fiscalidade e pela Segurança Social também divergem.

A natureza das contribuições para a Segurança Social não é, pelo menos no que toca ao trabalhador, a de um imposto.

(...)

A “função tributária” ou as receitas fiscais do Estado visam a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas, mas, também, uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza (art.º 103.º-1, da CRP).

À semelhança de um fundo de pensões, as contribuições para a Segurança Social destinam-se à prossecução dos seus fins muito específicos, de que não beneficiam, sequer, todos os cidadãos.

No regime contributivo da segurança social as receitas arrecadadas não são do Estado, no sentido de integrarem diretamente o “erário público”, mas pertencem a uma entidade individualizada, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, IGFSS [(artigo 25.º n.º 1 al. a) do DL 260/99 de 7 de Julho]. O sistema previdencial tem mesmo por vocação autofinanciar-se.

E o facto de as receitas fiscais suprirem as carências do sistema da segurança social, só revela a subsidiariedade daquelas».

³⁶¹ Equiparando absolutamente as contribuições a impostos, veja-se CASALTA NABAIS, *Direito fiscal cit.*, p. 663 e também JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de procedimento e processo tributário cit.*, p. 19.

Ora, o que daqui resulta é, manifestamente, a distinção entre impostos e contribuições³⁶², mesmo que debaixo do conceito genérico de tributos, importando, por esta via, excluir as contribuições (e também as quotizações³⁶³) feitas para a Segurança Social do âmbito da exclusão da exoneração do passivo restante, limitando esta aos créditos de natureza fiscal, isto é, apenas os impostos e taxas.

Temos dúvidas sobre a bondade desta solução gizada na jurisprudência num Acórdão, no mínimo, polémico³⁶⁴ e que teve a fama (provavelmente injusta) de ter resolvido um problema anterior criado por uma alteração legislativa, no mínimo inepta, qual tenha sido a descriminalização (até ao montante de €7500) do abuso de confiança fiscal inserida na ordem jurídica através da alteração do artigo 105º/1 do RGIT por intermédio do DL 64-A/2008 de 31.12. Assim, a solução interpretativa encontrada casuisticamente à altura pode induzir resultados perniciosos quando aplicada a outros normativos bastante abertos como é o caso do artigo 245º/2, d), pelo que, *de iure condendo*, entendemos que se justificaria uma clarificação do texto legal, sem embargo do que *infra* diremos.

Findo este breve excuro, importa, quanto a nós, retomar a ideia inicial e concluir, conforme já antes aduzimos, que o normativo em apreciação não se justifica, por acarretar um tratamento de favor absolutamente intolerável para com o Estado credor³⁶⁵, pelo que se imporia a revogação desta alínea e sua eliminação do âmbito das ressalvas aos efeitos da exoneração do passivo restante.

Aliás, a doutrina³⁶⁶ recusa este tratamento de exceção com base no argumento da teleologia específica imanente à disciplina do plano de insolvência e a unidade do sistema jurídico explicitando a necessidade de, para que o plano de insolvência (na vertente da

³⁶² Distinção esta, porém, admitida por SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 3ª ed., p. 29, ao postular que «[s]e alguma diferença podemos encontrar entre estas contribuições e um vulgar imposto é a diferença que resulta do destino dos impostos como instrumentos de cobertura das despesas gerais do Estado e os objetivos destas contribuições».

³⁶³ Sobre esta diferença conceitual cfr. CASALTA NABAIS, *Direito fiscal cit.*, p. 661.

³⁶⁴ Aliás, refira-se que dos dezoito Juizes Conselheiros signatários do Acórdão, oito deles fizeram-no vencidos.

³⁶⁵ Este tratamento de favor, absolutamente despuadorado, faz ressaltar ainda mais a hipocrisia da RAR 110/2012 de 08.06 ao aprovar a Convenção nº173, relativa à proteção dos créditos dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador, adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, na sua 79.ª Sessão, realizada em Genebra em 23 de junho de 1992, e ratificada pelo DPR 136/2012 de 08.08. Com efeito, o Estado legisla no sentido dos seus créditos serem indisponíveis e, *a posteriori*, aprova uma Convenção que estatui, no seu artigo 8º, que «[a] legislação nacional deve colocar os créditos dos trabalhadores num grau de privilégio mais elevado do que a maioria dos outros créditos privilegiados e, em particular, os do Estado e da segurança social».

³⁶⁶ Neste sentido, CATARINA SERRA, *Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores cit.*, (em curso de publicação), p. 26.

recuperação da empresa) funcione, haver uma compressão dos direitos do próprio Estado-credor. E bem se compreende esta solução, já que se tornaria intolerável que o Estado-credor, aproveitando a prerrogativa de ser igualmente legislador, pudesse postular um princípio de igualdade creditório que não o afetasse, ao invés dos demais credores, o que colocaria em causa a ideia de justiça.

Capítulo 5: Casos-limite da exoneração do passivo restante.

Analisámos a exoneração do passivo restante no que respeita ao seu acesso, ao seu desenvolvimento, à sua concessão e, bem assim, alguns problemas que a tal propósito se colocam. Cumpre, ainda, porém, avaliar dois circunstancialismos, que se prendem (1) com o abuso no recurso à exoneração e também (2) indagar se a insuficiência da massa insolvente configura um obstáculo à apreciação do pedido de exoneração.

Secção 1: Do abuso da exoneração.

Vimos, até aqui, que o instituto da exoneração do passivo restante permite que o devedor se liberte das dívidas que impendiam sobre a sua insolvência o que acarreta necessariamente a perda dos direitos do credor. Por esse motivo, que implica uma situação de vantagem patrimonial para o devedor ao não cumprir com as suas obrigações, a doutrina³⁶⁷ refere, a tal propósito, tratar-se de uma medida de proteção do devedor. E de onde decorre tal proteção? Naturalmente que ela emerge do facto de se derrogar o regime geral da responsabilidade creditória ao permitir que não sejam pagos os créditos findo o período de cessão. Ou seja, a não existir este instituto, o insolvente teria que liquidar todas as obrigações a que estivesse adstrito até ao extremo da prescrição³⁶⁸.

Não obstante alguns segmentos doutrinários não concederem grande crédito ao sucesso do instituto³⁶⁹, certo é que esta libertação das dívidas poderá induzir os devedores a recorrerem ao mesmo com o fito de se eximirem ao cumprimento obrigacional, aduzindo outra doutrina³⁷⁰ que esta exoneração pode constituir uma tentação para o insolvente, conduzindo a abusos no recurso ao instituto³⁷¹, clamando, nessa medida,³⁷² pela limitação do acesso ao instituto.

³⁶⁷ Como refere ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante in Novo direito da insolvência in AA. VV. Themis cit.*, p. 167 ou CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência cit.*, p. 155, nota 259. Não o encarando como uma medida de proteção, mas apenas um simples benefício dos devedores pessoas singulares, V. LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coletânea de estudos cit.*, p. 276.

³⁶⁸ Neste sentido cfr. ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante in Novo direito da insolvência in AA. VV. Themis cit.*, p. 167, assinalando igualmente a A. que em Portugal, atualmente, o regime regra da prescrição é de vinte anos.

³⁶⁹ Assim defendido por LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Coletânea de estudos cit.*, p. 309.

³⁷⁰ Tal como assertivamente afirmado por CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência cit.*, p. 155.

³⁷¹ Como já foi observado, por exemplo, no ordenamento jurídico norte-americano; neste sentido cfr. CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 155-156, especialmente notas 261 e 262.

³⁷² Veja-se CATARINA SERRA, *Emendas à (lei da insolvência) portuguesa cit. in AA. VV. Direito das sociedades em Revista*, pp. 98-99.

Na verdade, a possibilidade abstrata do recurso à exoneração pode conduzir a resultados perigosos, sendo que as hipóteses se podem prefigurar quer do lado do devedor, quer do lado do credor³⁷³.

Neste conspecto o CIRE encerra dois blocos legislativos que, na ótica do legislador, permitirão funcionar como mecanismos de controlo do instituto: (1) os artigos 238º, 243º e 246º e (2) um normativo singular qual seja o nº1 do artigo 245º.

Subsecção 1: A proteção dos interesses dos credores.

O primeiro bloco travão da exoneração abusiva é constituído, essencialmente, pelo conteúdo das normas dos artigos 238º, 243º e 246º.

Estes artigos, quer quanto à substância, quer quanto ao procedimento, já foram alvo de análise mais detalhada pelo que não iremos repetir anterior argumentário. Há, no entanto, que referir o seguinte: num mais embrionário momento processual, o artigo 238º aparece-nos como um mecanismo de controlo no recurso à exoneração, por prever que esta seja denegada em caso de uma atuação voluntária do devedor, visando a prolação de uma declaração de insolvência que, mesmo correspondendo à verdade, pode ter sido motivada por elementos ilícitos anteriores, sendo disso exemplo o artigo 238º/1, b).

Mas, ainda, uma outra norma suscita uma mais acutilante referência – e que constitui um desvio ao requisito da atuação volitiva do devedor –, qual seja o artigo 238º/1, c): se o devedor, nos dez anos anteriores ao procedimento em análise, já tiver beneficiado de uma exoneração do passivo restante, está-lhe, então, automaticamente vedada a hipótese de beneficiar de nova exoneração, independentemente da licitude de uma ou de outra, ou mesmo de ambas as exonerações. Isto é, o legislador previu uma quarentena³⁷⁴, um período de nojo inter-exonerações em ordem a que não se faça um uso reprovável – por repetitivo – do mecanismo exoneratório.

³⁷³ Como assinala LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de pessoas singulares cit.*, p. 87, assinalando que o devedor pode recorrer à exoneração mesmo dispondo de bens que lhe permitissem fazer face ao cumprimento das suas obrigações, mas também o credor ao conceder crédito mesmo sabendo que o devedor irá incumprir; assim, este A. defende que aos tribunais caberá a tarefa de atenuar o recurso a uma utilização excessiva deste instituto. Neste último segmento não podemos acompanhar o A.: com efeito, caberá aos tribunais refrear o recurso a uma utilização abusiva deste instituto, mas não em caso de uma utilização excessiva.

³⁷⁴ Na expressão de CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 155-156.

Atenta a data de entrada em vigor do CIRE, é manifesto que, no presente, este circunstancialismo ainda não foi objeto de avaliação jurisdicional.

Finalmente, os artigos 243º e 246º também constituem um mecanismo de controlo da bondade no recurso à exoneração, mas feito em momentos ulteriores do processado.

O que, assim, ressalta do agora afirmado é que neste particular os normativos referenciados constituem um travão a um recurso abusivo à exoneração do passivo restante, mas apreciando a conduta do devedor.

Subsecção 2: A proteção dos interesses do devedor.

Diversamente, o artigo 245º/1 incorpora uma estatuição que pretende evitar o recurso à exoneração abusiva, mas sindicando a atividade do(s) credore(s) da insolvência, ao dispor que a exoneração do devedor importa a extinção de todos os créditos sobre a insolvência subsistentes à data em que seja concedida, sem exceção dos que não tenham sido reclamados e verificados.

Extrapolase, portanto, a ideia clara e pacífica de que a reclamação de créditos constitui um ónus³⁷⁵. A assim não ser, introduzir-se-iam seguramente elementos anómalos no sistema que beneficiariam alguns credores em detrimento de outros em clara violação do princípio da *par conditio creditorum*.

Com efeito, uma das principais características das obrigações é a sua relatividade; isto é, apenas são oponíveis *inter partes*³⁷⁶ ou, de outra forma, pelo facto de não serem oponíveis a terceiros não preclude – antes reforça – que os terceiros respeitem a eficácia daquelas entre as partes³⁷⁷. Aliás, é assinalado na doutrina³⁷⁸ que as exceções a este princípio, por força do artigo 406º/2 do CC³⁷⁹, serão a faculdade de se atribuir eficácia real ao contrato-promessa³⁸⁰, ao pacto

³⁷⁵ Tese explicitamente sustentada por CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 163, concretamente na nota 279. Também LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 245º, nota 1, p. 801 ensinam que a inclusão da locução “todos” neste segmento normativo seria até desnecessária, mas que aparece por razões de índole cautelar.

³⁷⁶ Assim explicitado por NUNO PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos cit.*, pp. 54 e 991 e também ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral cit.*, vol. I, p. 180-182. Também LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações cit.*, vol. I, pp. 101-102, afirma a relatividade estrutural como característica principal da obrigação. Em sentido divergente, PEDRO FERREIRA MÚRIAS disponível in <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eEficaciaExterna.htm> consultado pela última vez em 07.08.2012.

³⁷⁷ Na esteira de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado cit.*, vol. I, em anotação ao artigo 406º, nota 3, p. 373.

³⁷⁸ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações cit.*, p. 349.

³⁷⁹ «Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei».

de preferência³⁸¹, ao contrato a favor de terceiro³⁸² e, não sem algumas dúvidas, ao contrato para pessoa a nomear³⁸³.

Isto é: como o caso julgado decorrente da sentença de exoneração definitiva só se impõe às partes intervenientes no processo³⁸⁴, logo, os efeitos decorrentes da exoneração – quais sejam a conversão das obrigações civis do insolvente em obrigações naturais – não se imporiam a quem não tivesse reclamado créditos, o que vale dizer que estes se manteriam exatos nos seus precisos montantes.

Aqui chegados, suscitava-se a entorse do sistema: um qualquer credor não reclamava o seu crédito na altura devida. Ao devedor era concedida a exoneração do passivo restante e este, na salvaguarda do artigo 239º/4, b), manteria honrada e porfiadamente o seu posto de trabalho no qual auferia €1500 mensais, sendo que, no despacho inicial, por uma qualquer fundamentação, €1000 seriam excluídos do rendimento disponível. Findo o período de cessão, e com a concessão definitiva da exoneração do passivo restante, todos os credores reclamantes perderiam a hipótese de reaverem mais quantitativos, ao passo que o credor exemplo, tendo na sua posse uma letra de câmbio ou um qualquer outro título executivo, vem dar a letra à

³⁸⁰ Artigo 413º do CC: «1. À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registo.

2. Deve constar de escritura pública a promessa a que as partes atribuam eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral».

³⁸¹ Artigo 421º do CC: «1. O direito de preferência pode, por convenção das partes, gozar de eficácia real se, respeitando a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, forem observados os requisitos de forma e de publicidade exigidos no artigo 413º.

2. É aplicável neste caso, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 1410º».

³⁸² Artigo 443º do CC: «1. Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de proteção legal, a obrigação de efetuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio; diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita.

2. Por contrato a favor de terceiro, têm as partes ainda a possibilidade de remitir dívidas ou ceder créditos, e bem assim de constituir, modificar, transmitir ou extinguir direitos reais».

³⁸³ Artigo 452º do CC: «1. Ao celebrar o contrato, pode uma das partes reservar o direito de nomear um terceiro que adquira os direitos e assumia as obrigações provenientes desse contrato.

2. A reserva de nomeação não é possível nos casos em que não é admitida a representação ou é indispensável a determinação dos contraentes».

³⁸⁴ Artigo 498º do CPC: «1 – Repete-se a causa quando se propõe uma ação idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir.

2 – Há identidade de sujeitos quando as partes são as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica.

3 – Há identidade de pedido quando numa e noutra causa se pretende obter o mesmo efeito jurídico.

4 – Há identidade de causa de pedir quando a pretensão deduzida nas duas ações procede do mesmo facto jurídico. Nas ações reais a causa de pedir é o facto jurídico de que deriva o direito real; nas ações constitutivas e de anulação é o facto concreto ou a nulidade específica que se invoca para obter o efeito pretendido».

execução e nomeia à penhora 1/3 do vencimento do devedor. Ou, pior ainda: vem requerer a insolvência do devedor onde, previsivelmente, será o único credor, pois, no período de cessão, não será expectável – para não dizer possível – que o devedor tenha contraído dívidas e ao devedor não poderia ser concedida nova exoneração do passivo restante atento o teor do artigo 238º/1, c) e, dessa sorte, teria direito a ser pago pela totalidade do seu crédito.

Contra-argumentar-se-á, com bondade, que este novo credor/requerente de insolvência poderia sair prejudicado, já que correria o risco natural e óbvio de que o património do devedor tivesse sido integralmente executado em sede do primeiro processo falimentar. Pensamos, porém, que, pragmaticamente, na maioria dos casos tal raciocínio não procederá, atento o facto de, usualmente, inexistir património para excussão ou ele ser tão diminuto que o recurso ao artigo 39º é uma realidade corrente.

Portanto, o artigo 245º, desta forma, evita que o recurso à exoneração do passivo restante possa ser abusivo, atuando por via da limitação do campo de atuação dos credores.

Secção 2: A insuficiência da massa insolvente como obstáculo à exoneração do passivo restante.

Como é sabido, verificando-se os requisitos do artigo 39º/1³⁸⁵, o processo falimentar pode terminar sem percorrer toda a sua pesada tramitação, nos termos do artigo 230º/1, d)³⁸⁶.

Sucedendo o atrás narrado, tem questionado a doutrina³⁸⁷ se deve o processo ainda assim prosseguir para a concessão da exoneração do passivo restante, mesmo que se saiba que a massa insolvente será insuficiente logo para a liquidação das custas e demais encargos processuais, isto já para não considerar o ressarcimento creditório.

Neste particular, têm sido aduzidas ponderosas razões para que a suficiência da massa possa ser condição positiva para a verificação do acerto da concessão do benefício da exoneração do passivo restante e que se prendem essencialmente com a hipótese de o devedor se ter intencionalmente colocado em tal situação para, dessa sorte, prejudicar (ainda mais) os credores ou com o facto de o processo, para prosseguir, onerar ainda mais os credores, de acordo com a responsabilidade pela liquidação das custas atinentes ao complemento da sentença conforme preceituado no artigo 39º/3.

O tratamento jurisprudencial³⁸⁸ tem optado pela admissão do prosseguimento do processo mesmo em caso de insuficiência da massa, o que, quanto a nós, revela acerto no tratamento da questão.

Com efeito, a letra da lei não proíbe que o processo prossiga para tais fins e, por outro lado, a novel redação do artigo 230º/1, e) emprestada pela L 16/2012 de 20.04³⁸⁹ parece vir

³⁸⁵ «Concluindo o juiz que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação por outra forma garantida, faz menção desse facto na sentença de declaração da insolvência, dando nela cumprimento apenas ao preceituado nas alíneas a) a d) e h) do n.º 1 do artigo 36.º, e, caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, declara aberto o incidente de qualificação com carácter limitado, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 36.º».

³⁸⁶ «1 – Prosseguindo o processo após a declaração de insolvência, o juiz declara o seu encerramento:

(...)

d) Quando o administrador da insolvência constata a insuficiência da massa insolvente para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente».

³⁸⁷ CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, p. 156.

³⁸⁸ Vejam-se os Acórdãos TRC Porto de 05.11.2007 (Desembargador PINTO FERREIRA) e 12.05.2009 (Desembargador BRITO ARAÚJO), ambos disponíveis in <http://www.dgsi.pt>.

³⁸⁹ «1 – Prosseguindo o processo após a declaração de insolvência, o juiz declara o seu encerramento:

(...)

e) Quando este ainda não haja sido declarado, no despacho inicial do incidente de exoneração do passivo restante referido na alínea b) do artigo 237.º».

em reforço deste argumento pois admite-se expressamente que o despacho de encerramento do processo só ocorra após a prolação do despacho inicial de exoneração.

Esta questão colocou-se pois antes das alterações suscitadas pela L 16/2012 de 20.04, a solução não era óbvia em termos legais. Efetivamente, quando o devedor pleiteasse sob o benefício do apoio judiciário, a lei – artigo 232º/6 – expressamente afastava a aplicação do artigo 232º na sua globalidade, pelo que não se poderia encerrar o processo, nos termos do artigo 230º.

Finalmente, e quanto às reservas suscitadas pela doutrina anteriormente enunciadas, no que respeita à obstaculização do prosseguimento dos autos para encerramento mesmo em caso de insuficiência da massa insolvente parecem-nos não ser de acompanhar na íntegra uma vez que se o devedor se colocou intencionalmente na situação de despojo total de bens e consequente insuficiência da massa insolvente, então tal conduta, numa primeira fase, deverá ser apreciada à luz do artigo 238º/1, d), e) e g) e, bem assim, do artigo 186º; em fase posterior, e como já abundantemente referenciámos, a vigília tutelar deverá ser assegurada pelos artigos 243º e 246º.

Capítulo 6: Considerações finais. A exoneração e o conceito de *fresh start*.

Analisado que foi o regime do CIRE a propósito do benefício da exoneração do passivo restante, impõe-se, então, tentar perceber o que é o *fresh start* e qual o seu âmbito em sede do processo insolvencial.

O CIRE constitui, conforme já referido, o acervo normativo que, em Portugal, regula, por um lado, o processo de execução universal do património de devedores insolventes, com o objetivo de liquidar o seu património e distribuir o produto obtido pelos credores e, por outro, ainda na mira da satisfação dos credores, a elaboração e concretização de um plano de insolvência, se este visar a recuperação da empresa ou do devedor singular não titular de empresa.

Já vimos antes que a insolvência consiste na insusceptibilidade de o devedor satisfazer as suas obrigações³⁹⁰. Já o *fresh start*, por seu turno, ou a ideia do *recomeçar* significa tão-somente que o património futuro do devedor (auferido pela força da iniciativa, do trabalho, da sucessão ou outros) não fica onerado com as suas dívidas do passado³⁹¹, embora com as limitações já abundantemente enunciadas.

Efetivamente, se o preâmbulo do CIRE é claro quando se refere ao *começar de novo*, o regime – em particular – dos artigos 235º e ss. do acervo citado já não traduz com rigor essa ideia. Esta segunda oportunidade, tutelada legalmente, tem origem na ideia norte-americana da *discharge* traduzida no *Bankruptcy Code*³⁹², importado para a Europa pela lei alemã – a *Insolvenzordnung* – e acolhido igualmente pela lei italiana associada à ideia de *esdebitazione* ou *azzeramento*³⁹³.

Não é por acaso que se discute se se pode efetivamente falar em *fresh start* no contexto europeu. Na verdade, afigura-se-nos inegável que, por força das matrizes que inspiram os sistemas, a ideia de começar de novo não tem a mesma dimensão aquém e além atlântico. Enquanto na perspetiva americana o perdão opera quase imediatamente, no domínio europeu obriga ao preenchimento de diversos requisitos objetivos e subjetivos que densificam ou, mais do que isso, dificultam substancialmente o regime e também processualmente no que respeita

³⁹⁰ LUIS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência cit.*, em anotação ao artigo 3º, nota 6, pp. 72-73.

³⁹¹ THOMAS H. JACKSON, *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press, Washington D. C. 2001, p. 227.

³⁹² Neste sentido, CATARINA SERRA, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Direito Registral cit.*, p. 518.

³⁹³ CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência cit.*, p. 154.

ao seu acesso e implementação. Assim, não podemos reputar como surpreendente que doutrina exista defendendo que não é possível neste contexto falar simplesmente de *fresh start*, mas, sobretudo, de um *earned start*³⁹⁴: um começo conquistado não de *per se*, mas demonstrando *urbi et orbi* que existe um mérito³⁹⁵ imanente a tal concessão. É, pois, neste conspecto, que se alcança o entendimento de que o tratamento jurídico da insolvência nos ordenamentos de matriz europeia tem de se centrar na ideia de que o fim nuclear a prosseguir nesta sede é a da satisfação dos direitos dos credores³⁹⁶, regulando os atos, os caminhos, para a obtenção de uma decisão falimentar³⁹⁷ e erigindo os credores não só em interessados, mas também em principais decisores, assumindo-se, então, como um processo dos credores, por credores e a favor dos credores.

Do assim exposto, não decorre qualquer colisão com as intenções do CIRE plasmadas, nomeadamente, no seu alongado preâmbulo³⁹⁸.

³⁹⁴ UDO REIFNER, JOHANNA NIEMI-KIESILÄINEN, NIK HULS e HELGA SPRINGENEER, *Overindebtedness in European Consumer Law: Principles from 15 European States*, Books on demand, Norderstedt 2010, p. 256.

³⁹⁵ Mérito esse também enfatizado e reputado como indispensável para a concessão da *esdebitazione* no texto de CAPO em introdução à obra de CASSANO, *Il diritto fallimentare riformato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 12.

³⁹⁶ Mesmo no CIRE esta nota é expressamente postulada no preâmbulo do diploma «[o] objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores» (cfr. considerando 3), assinalando CATARINA SERRA, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Direito Registral cit.*, p. 506, a unidade do processo de insolvência e afirmando o fim exclusivamente liquidatório do mesmo.

³⁹⁷ ASSUNÇÃO CRISTAS, *Exoneração do devedor pelo passivo restante, Novo direito da insolvência in AA. VV. Themis cit.*, p. 166.

³⁹⁸ Que se transcreve na parte que ora releva: O CIRE «conjuga de forma inovadora o princípio fundamental do ressarcimento dos credores com a atribuição aos devedores singulares insolventes da possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica. O princípio do *fresh start* para as pessoas singulares de boa-fé incorridas em situação de insolvência, tão difundido nos Estados Unidos, e recentemente incorporado na legislação alemã da insolvência, é agora também acolhido entre nós, através do regime da “exoneração do passivo restante”.

O princípio geral nesta matéria é o de poder ser concedida ao devedor pessoa singular a exoneração dos créditos sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste.

A efetiva obtenção de tal benefício supõe, portanto, que, após a sujeição a processo de insolvência, o devedor permaneça por um período de cinco anos - designado período da cessão - ainda adstrito ao pagamento dos créditos da insolvência que não hajam sido integralmente satisfeitos. Durante esse período, ele assume, entre várias outras obrigações, a de ceder o seu rendimento disponível (tal como definido no Código) a um fiduciário (entidade designada pelo tribunal de entre as inscritas na lista oficial de administradores da insolvência), que afetará os montantes recebidos ao pagamento dos credores. No termo desse período, tendo o devedor cumprido, para com os credores, todos os deveres que sobre ele impendiam, é proferido despacho de exoneração, que liberta o devedor das eventuais dívidas ainda pendentes de pagamento.

A ponderação dos requisitos exigidos ao devedor e da conduta reta que ele teve necessariamente de adotar justificará, então, que lhe seja concedido o benefício da exoneração, permitindo a sua reintegração plena na vida económica (...).

Esclareça-se que a aplicação deste regime é independente da de outros procedimentos extrajudiciais ou afins destinados ao tratamento do sobreendividamento de pessoas singulares, designadamente daqueles que relevem da legislação especial relativa a consumidores» (cfr. considerando 45 do preâmbulo do CIRE).

Da leitura do documento realçam-se as seguintes notas/intenções do legislador: (1) a conjugação inovadora do *princípio fundamental* do ressarcimento dos credores com o *fresh start*; (2) o estabelecimento do instituto da exoneração do passivo como manifestação da ideia do perdão de dívidas; (3) os destinatários do instituto enquanto insolventes de boa-fé; (4) a garantia da plena reintegração na vida económica e (5) a autonomia do regime em relação às leis do consumo.

Ou seja: tudo o que inicialmente poderia sugerir a adesão a um novo modelo ou paradigma para encarar o sistema de mercado, de crédito e de consumo restringe-se a uma solução: a exoneração do passivo restante.

A opção político-legislativa passou pela *combinação* de dois modelos opostos: um centrado no credor, outro centrado no funcionamento mercado [que decorre da (co)-existência de credores e devedores]. Em tese, a aproximação de modelos poderia trazer vantagens na medida em que permitiria corrigir as dificuldades próprias de modelos puros; sem embargo, as importações, traduções e colagens acriticas, ao invés de produzirem os efeitos desejados, poderão acabar por crivar ainda mais profundamente os defeitos imanentes.

Aos modelos de matriz europeia aponta-se, como aspeto negativo, a circunstância de se centrarem e prosseguirem os interesses dos credores sem que as legítimas expectativas destes sejam ponderadas com as dos devedores, com particular enfoque para os consumidores, muitas vezes na sequência de situações de sobreendividamento promovidas e incentivadas (agressivamente) por aqueles que se tornarão seus credores.

Por seu turno, aos modelos centrados na integração do consumidor no mercado aponta-se a circunstância de incentivarem o não pagamento das dívidas ou o incumprimento das obrigações.

Será, pois, que o CIRE consegue operar o equilíbrio dos modelos e dos efeitos?

Antes de tudo, convém reforçar a ideia de que o processo de insolvência tal qual se encontra configurado no CIRE se aplica indistintamente tanto a consumidores *stricto sensu*, como a comerciantes, gerentes e administradores que, por um qualquer motivo, se viram responsabilizados pessoalmente pelo pagamento dos encargos das empresas ou sociedades que representavam. Isto traduz, e em alguma medida, uma uniformização do conceito de insolvência em sede de tratamento jurídico neste diploma que disciplina a insolvência de pessoas coletivas e de pessoas físicas, por um lado e, por outro, a insolvência de comerciantes/empresários e

estritos consumidores. Se esta solução permite uma melhor sistematização e facilita o *manuseamento* e tratamento destas matérias, simultaneamente processuais e substantivas, já a bondade das soluções encontradas é questionável³⁹⁹.

Vejamos, então se o CIRE promove os seus intentos formais. O tratamento desta matéria encontra-se nos artigos 235º e ss. Nessa primeira norma do regime estabelece-se, e como já vimos, como princípio geral que «[s]e o devedor for uma pessoa singular, pode ser-lhe concedida a exoneração dos créditos sobre a insolvência que não forem integralmente pagos no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste, nos termos das disposições do presente capítulo».

Por seu turno, o artigo 236º do CIRE estabelece que o pedido de exoneração do passivo restante deve ser feito pelo devedor no momento em que se apresenta à insolvência, sempre que a iniciativa do processo lhe compita, ou nos 10 dias posteriores à citação nos demais casos; nesta última hipótese – também já o sabemos – do ato de citação deve constar a indicação e os termos em que o devedor poderá requerer a exoneração.

O legislador vinculou o julgador à rejeição deste pedido quando apresentado após a assembleia de apreciação do relatório tendo, todavia, permitido que este decida livremente sobre os pedidos apresentados no período intermédio. Ora, é precisamente neste segundo artigo ora enunciado que se parecem abrir efetivamente as portas para o *começar de novo*: o legislador estabeleceu um requisito procedimental que o insolvente deve respeitar, onerando-o nesses termos.

Todavia, esta exigência não se compreende totalmente. Por que razão apenas neste momento se pode requerer a exoneração? Imagine-se um devedor em processo de insolvência que, por motivos de liquidez momentânea, tem completa confiança na recuperação da empresa como em que os seus credores que aprovarão um plano de recuperação. No momento em que a insolvência é requerida o insolvente – e os seus credores – têm confiança plena no recobro; todavia tal não acontece. Por que razão não se pode permitir a este insolvente que em momento distinto do inicial requeira a exoneração⁴⁰⁰?

³⁹⁹ Colocar no mesmo *cesto* o consumidor, comumente aceite como parte merecedora de tutela jurídica; e o comerciante ou o gestor que as mais das vezes voluntária ou imponderadamente se coloca em situação de incumprimento (neste sentido V. CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 157-158).

⁴⁰⁰ Admitimos que a objetivação desta ideia não se encontre facilitada, todavia o princípio do *fresh start*, se se verificasse verdadeiramente, provavelmente deveria subsistir ou, pelo menos, precaver-se a hipótese do seu peticionar em momento processualmente mais tardio.

Ou seja, a lei promove a recuperação (apenas) daqueles que no momento inicial, independentemente da sua confiança e até da sua disponibilidade (subjéctiva e objectiva) em cumprir, o requeiram (tempestivamente).

De seguida, o artigo 237º vem definir outros pressupostos de que a concessão efectiva da exoneração depende. Em concreto: (1) o pedido não esteja eivado de vício que determine o seu indeferimento liminar⁴⁰¹; (2) o juiz admita a concessão, ainda que preliminar e condicionadamente à observação das condições fixadas em particular a cessão do rendimento disponível⁴⁰² pelo período de cinco anos contados a partir do encerramento do processo de insolvência; (3) não seja aprovado ou homologado plano de insolvência; (4) prolação, depois de verificados todos os requisitos anteriores incluindo o do decurso do prazo, de despacho definitivo pelo juiz em que determine a exoneração.

Estas etapas processuais – porque inseridas numa procedimentalização obrigatória – são de preenchimento sucessivo. Todavia, o crivo do primeiro é tão apertado que os processos de exoneração muitas vezes não passam desse primeiro requisito que se traduz num explícito obstáculo à concessão do regime.

Atentemos, pois, no artigo 238º, no qual assenta o primeiro requisito do artigo 237º. A norma estabelece vários pressupostos nas suas alíneas; alguns reportam-se à extemporaneidade⁴⁰³; outros associam-se à prática de ilícitos (civis ou criminais) qualificados pelo legislador⁴⁰⁴; outros, ainda, estão relacionados com a *reincidência* ou período de «quarentena» (dez anos contados regressivamente a partir do início do *novo* processo de insolvência)⁴⁰⁵; e, finalmente, os associados à boa-fé do insolvente⁴⁰⁶.

Justifica a doutrina a existência de requisitos com a circunstância de, tratando-se da exoneração de um instrumento claro de protecção do devedor (e portanto completamente afastado da matriz creditícia tradicional), se pretender que a regulação da exoneração seja efectivada com garantia de que não se verificarão exonerações abusivas.

⁴⁰¹ As causas que determinam o indeferimento liminar encontram-se plasmadas no artigo 238º.

⁴⁰² Cfr. artigo 239º.

⁴⁰³ Alínea a).

⁴⁰⁴ Alíneas b), e), f) e g).

⁴⁰⁵ Alínea c).

⁴⁰⁶ Alínea d).

Ultrapassada esta primeira fase *de acesso*, é proferido o despacho a que se reporta o artigo 239º. Posteriormente, a possibilidade de exoneração é objeto de um controlo intermédio que pode fazer cessar o procedimento de exoneração e a que o legislador chamou «cessação antecipada do procedimento de exoneração» e regulou no artigo 243º. Tal pode ocorrer a requerimento de credor da insolvência, do administrador ou de fiduciário, caso exista, situação em que, verificados os demais requisitos legais, o juiz deve declarar encerrado o processo de exoneração.

Finalmente, a exoneração ainda tem de obedecer a um crivo final previsto no artigo 244º, nos termos do qual o juiz deve proferir decisão definitiva sobre a concessão ou não da exoneração, ouvido o devedor, o fiduciário e os credores.

A exoneração não abrange, finalmente, nos termos do artigo 245º/2, os créditos por alimentos; as indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamadas nessa qualidade; os créditos por multas, coimas e outras sanções pecuniárias por crimes ou contra-ordenações; e os créditos tributários, mantendo-se, por tal via, a obrigação, para o exonerado de as pagar.

É certo que entre nós já não vigora um estrito processo de falência–saneamento, como resultava do revogado CPEREF, em que do próprio nome ressaltava a tónica do respetivo processo (a recuperação e apenas secundariamente a falência). Agora, temos um diploma que dá primazia à insolvência e, só supletivamente, se considera a recuperação, mesmo com as tentativas de mitigar a orientação legal no sentido da liquidação.

Efetivamente, é disso que se trata: as alterações introduzidas pela L 16/2012 de 20.04 ou do mecanismo legal constante do DL 178/2012 de 03.08 mais não constituem do que uma tentativa⁴⁰⁷ de minorar a *open road* que conduz inevitavelmente para a liquidação, sendo que as, mais das vezes, nunca é considerada a hipótese de recuperação. Importa, porém, dizer que esta via aberta para a liquidação é o resultado de uma forma de combate ao exagero em que a via do saneamento caiu ao impor que este fosse tentado, mesmo quando era manifesta a sua inviabilidade⁴⁰⁸. Porém, e face ao contexto de crise, por um lado já pré-existente desde 2008 e, por outro, decorrente do programa de auxílio financeiro à República Portuguesa, não será difícil antecipar a míngua do alcance das medidas decorrentes de tais inovações legislativas.

⁴⁰⁷ Como também defende LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência cit.*, p. 76.

⁴⁰⁸ Assinalando os exageros do modelo do saneamento, cfr. CATARINA SERRA, *O regime português cit.*, pp. 19-20.

Sem prejuízo do panorama geral agora descrito, manifesto é que o instituto da exoneração do passivo restante, ao constituir-se como uma medida de proteção do devedor, acaba por ele próprio induzir um elemento de mitigação no modelo de falência-saneamento vigente.

Vimos no decurso do texto, que, por impositivo, se torna violento para os credores. Naturalmente que se poderiam aqui retomar as críticas feitas ao CPEREF que era epitetada como excessivamente *pro debitoris*, existindo até quem se referisse à «ternura da lei pelo falido»⁴⁰⁹. Porém, este é um modelo assumido, não só a nível nacional no CIRE, como a nível internacional pela própria Comissão Europeia⁴¹⁰, não devendo, então, a sua utilização ser cerceada pelas interpretações jurisprudenciais excessivas, mas, e apenas, travado na sua utilização abusiva. A quererem introduzir-se alterações então que as mesmas sejam tomadas em sede própria: isto é, por via de alteração legal assumindo o legislador o ónus de (mais) uma mudança de paradigma.

Importa, por último, dizer que estamos ainda longe de um modelo de *fresh start* pleno pois o devedor deve preencher tantos pressupostos e passar por tantas fases que se traduz numa verdadeira conquista: um *earned start*, com o que de bom e mau encerre: ou seja, o devedor não tem direito à exoneração de *per se*, mas a crescer ao opróbrio da insolvência ele terá de patentear uma retidão de comportamento que lhe permita ser encarado como alguém merecedor de reentrar no “convívio” económico e financeiro.

⁴⁰⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO *apud* CATARINA SERRA, *As novas tendências do direito português da insolvência – Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto de Código da Insolvência* disponível in <http://www.dgpi.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/mestre-catarina-serra/downloadFile/file/CS.pdf?nocache=1210675423.37>, p. 27 e consultado pela última vez em 07.10.2012.

⁴¹⁰ Vejam-se os princípios enunciados no «Projecto Best sobre Reestruturação, Falências e Novo Arranque» estando o resumo disponível em http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/summary_failure_final_pt.pdf e consultado pela última vez em 05.10.2012.

Bibliografia

- AA. VV.:
 - *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. XI, Editorial Enciclopédia, Lda., Lisboa – Rio de Janeiro, 1960;
 - *Dicionário de História de Portugal*, Direção de Joel Serrão, vol. III, Livraria Figueirinhas, Porto, 1985;
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de:
 - *Recuperação de empresas em processo de insolvência in Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II: Direito privado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
 - *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1999;
- ALMEIDA, António Pereira de, *Sociedades comerciais, valores mobiliários e mercados*, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de:
 - *Teoria Geral da Relação Jurídica – Sujeitos e Objeto*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1974;
 - *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 4ª reimpressão, Almedina Coimbra, 1974;
- ANDRADE, Manuel Costa, *Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)*, RDE 6/7, Coimbra, 1980/1981, pp. 83-121;
- BELL, David, *The cultural contradictions of capitalism*, Basic Books, Nova Iorque, 1976;
- BRONZE, Fernando José Pinto, *Apontamentos sumários de Introdução ao Direito*, (memória das aulas teóricas do ano letivo de 1996-97), Coimbra, 1997;
- CALDER, Lendol, *Financing the American dream: A cultural history of consumer credit*, Princeton University Press, Nova Jérсия, 1999;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constitucional*, 11ª reimpressão da 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2011;
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital Martins, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I., 4ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- CASSANO, Giuseppe, *Il diritto fallimentare riformato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008;

- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes:
 - *Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 3ª edição revista, atualizada e aumentada, 2012;
 - *Manual de direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2012, 4ª edição (reimpressão);
 - *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações II*, tomo IV, Almedina, Coimbra, 2010;
 - *Das obrigações naturais: Direito ou Moral?* in AA. VV., *O Direito*, Ano 141º, III, Almedina, Coimbra, 2009;
 - *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações II*, tomo I, Almedina, Coimbra, 2009;
 - *Introdução ao Direito da Insolvência* in AA. VV., *O Direito*, Ano 137º, III, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 465 a 506;
- CORREIA, António de Arruda Ferrer, *Lições de Direito Comercial – Sociedades Comerciais: doutrina geral*, vol. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1968;
- CORREIA, Eduardo:
 - *Direito Criminal*, vol. II, reimpressão com a colaboração de Figueiredo Dias, Almedina, Coimbra, 2000;
 - *Direito Criminal*, vol. I, reimpressão com a colaboração de Figueiredo Dias, Almedina, Coimbra, 1999;
 - CORREIA, Miguel José de Almeida Pupo, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, Ediforum Lisboa, 2011, 12ª edição revista e atualizada (com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo);
- COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2009;
- COSTEIRA, Maria José, *Novo direito da insolvência* in AA. VV. *Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 25 a 42;
- CRISTAS (Machado da Graça), Maria de Assunção Oliveira, *Exoneração do devedor pelo passivo restante*, in AA. VV. *Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 165 a 182;
- CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Romanum)*, vol. I, 4ª edição revista e atualizada, Dislivro, Coimbra, 1984;

- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal – Sobre os fundamentos da doutrina penal/Sobre a doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- FARINHA, Luís, *A caminho do 28 de Maio*, in AA. VV.; *História da Primeira República Portuguesa*, coordenação de Fernando Rosas e Maria Fernanda Rollo, 2.ª edição, Tinta-da-china edições, Lisboa, 2010, pp. 535 a 567;
- FAUCEGLIA, Giuseppe; e PANZANI, Luciano:
 - *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo I, Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori Assago, 2009;
 - *Fallimento e altre procedure concorsuali*, tomo II, Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori Assago, 2009;
 - V. PANZANI;
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho:
 - *Lições de Direitos Reais*, 6ª edição (atualizada e revista), Quid Juris, Lisboa, 2009;
 - *A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor in AA. VV., Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 81 a 104;
 - V. FERNANDES/LABAREDA;
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho; e LABAREDA, João António da Cunha:
 - *Colectânea de estudos sobre a Insolvência*, (reimpressão), Quid Juris Lisboa, 2011;
 - *A reclamação, verificação e graduação de créditos em processo de insolvência in AA. VV., O Direito*, Ano 143º, V, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1147 a 1169;
 - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, reimpressão (inclui notas de atualização dos diplomas publicados até Agosto de 2009), Quid Juris, Lisboa, 2009;
 - *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2000, 3ª edição atualizada de acordo com o DL 315/98 de 20 de Outubro, 2ª reimpressão;

- FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo temporalmente justo e urgência – contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- FRADE, Catarina Cláudia Ferreira:
 - *A regulação do sobreendividamento*; Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007;
 - V. MARQUES;
- FREITAS, José Lebre de:
 - *A ação declarativa comum à luz do Código revisto*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
 - *Pressupostos objetivos e subjetivos da insolvência in AA. VV. Themis edição especial – Novo direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 11 a 23;
- GERALDES, António Santos Abrantes:
 - *Temas da reforma do processo civil*, I volume, 2ª edição revista e ampliada, Almedina, Coimbra, 2010;
 - *Temas da reforma do processo civil*, II volume, 4ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2010;
- GUGLIELMUCCI, Lino, *Diritto fallimentare*, 3ª edição, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008;
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, (5ª reimpressão da edição de 1992), Almedina, Coimbra, 2009;
- JACKSON, Thomas H., *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press, Washington D. C., 2001;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes:
 - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
 - *Direito da Insolvência*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
 - *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2012, 3ª edição;
 - *Direitos das Obrigações – Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito*, vol. II, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2011;
 - *Direito das Obrigações – Contratos em especial*, vol. III, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2010;

- *Direito das Obrigações – Introdução. Constituição das obrigações*, vol. I, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2010;
- LIMA, António de Magalhães Pires de; e VARELA, João de Matos Antunes; *Código Civil Anotado*,
 - *Código Civil anotado*, Volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995;
 - *Código Civil anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e atualizada com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra 1987;
 - *Código Civil anotado*, vol. III, 2ª ed. revista e atualizada (reimpressão) com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, 1987;
 - *Noções fundamentais de direito civil*, vol. I, 6ª ed. revista e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 1965;
- LOBO, Gonçalo Gama, *Da exoneração do passivo restante in AA. VV., Jurisprudência A a Z – Insolvência volume especial*, Nova Causa, Trofa, 2011;
- MACEDO, Pedro de Sousa, *Manual de direito das falências*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1964;
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao pensamento legitimador*, Almedina, 16.ª reimpressão, Almeida, Coimbra, 2007;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; e COSTA, Paulo Jorge Nogueira da, *Curso de direito tributário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- MAMEDE, Gladston, *Direito empresarial brasileiro – Falência e recuperação de empresas*, vol. IV, Editora Atlas, São Paulo, 2006;
- MARTINS, Alexandre Miguel Cardoso Soveral, *Repercussões que os memorandos da Troika terão no Código da Insolvência*, in AA. VV. *O memorando da Troika e as empresas*, Instituto do Trabalho e das Empresas, Colóquios, n.º 5, Almedina, Coimbra, 2012; pp. 191 a 209;
- MARTINS, Luís M., *Recuperação de Pessoas Singulares*, Volume I, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vítor; FRADE, Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; e CRUZ, Cristina, *O endividamento dos consumidores*, Almedina, Coimbra, 2000;
- MENDES, João Castro, *Introdução ao estudo do Direito*, (edição revista por Miguel Teixeira de Sousa), Pedro Ferreira, Lisboa, 1994;

- MONTERREAL, Ana Alemán, *La Insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*; Andavira editora, Santiago de Compostela, 2010;
- MOUTINHO, José Augusto Preto Xavier Lobo, *Direito das Contra-Ordenações – Ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008;
- MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Síntese para os alunos sobre a chamada «eficácia externa das obrigações»*, Dezembro de 2003, disponível em <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eEficaciaExterna.htm>;
- NABAIS, José Casalta, *Direito fiscal*, 6ª edição (reimpressão de Outubro de 2010), Almedina, Coimbra, 2011;
- NEVES, António Castanheira:
 - *Curso de introdução ao estudo do Direito*, ed. policopiada, Coimbra, 1976;
 - *Curso de Introdução ao estudo do direito (extractos)*, Lições proferidas a um curso do 1.º ano da faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1971-1972, Coimbra, 1971;
- OLIVEIRA, Joana Albuquerque, *Curso de processo de insolvência e de recuperação de empresas*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de direito dos contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
- PALMA, Rui Camacho, *Da obrigação natural*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999;
- PANZANI; Luciano, *Il nuovo diritto fallimentare*, dirigido por Jorio e coordenado por Fabiani, tomo II, Zanchelli Editore, Torino, 2007;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota:
 - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro/Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
 - *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982;
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
- REIFNER, Udo; NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna; HULS, Nik; SPRINGENEER, Helga; *Overindebtedness in European Consumer Law: Principles from 15 European States*, Books on demand, Norderstedt, 2010;

- REIS; José Alberto dos, *Comentário ao Código de Processo Civil*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 1946;
- RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Lições de Finanças Públicas*, reimpressão da 5ª edição refundida e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de procedimento e processo tributário*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
- SANCHES, José Luís Saldanha, *Manual de Direito Fiscal*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- SANTOS, Filipe Cassiano dos; e FONSECA, Hugo Duarte, *Pressupostos para a declaração de insolvência no Código da insolvência e da recuperação de empresas*, in AA. VV., *Cadernos de Direito Privado*, n°29, Janeiro/Março 2010, pp. 13 a 24;
- SERRA, Catarina Isabel da Silva Santos:
 - *Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades* in AA. VV. *Direito das sociedades em Revista*, ano 4, volume 8, Almedina, Coimbra, 2012 (em curso de publicação);
 - *Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões* in AA. VV. *Direito das sociedades em Revista*, ano 4, volume 7, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 97 a 132;
 - *O regime português da insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
 - *O valor do registo provisório da aquisição na insolvência do promitente-alienante – Ac. do STJ de 12.05.2011*, in AA. VV., *Cadernos de Direito Privado*, n°38, Abril/Junho 2012;
 - *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito. O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
 - *Direito comercial – Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
 - *“Decoctor ergo fraudator”? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Ac. do TRP de 07.01.2008, Proc. 4886/07*, in AA. VV., *Cadernos de Direito Privado*, n° 21, CEJUR, Janeiro/Março 2008, pp. 54 a 71;

- *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Direito Registral – Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II – Vária, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 505 a 522;
- *As novas tendências do direito português da insolvência. Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto de Código da Insolvência*, 2003, disponível em <http://www.dgpi.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/mestre-catarina-serra/downloadFile/file/CS.pdf?nocache=1210675423.37>;
- *Falências derivadas e âmbito subjetiva da falência*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999;
- SILVA, João Calvão da, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Separata do volume XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997;
- SILVA, Maria Manuela Magalhães; e ALVES, Dora Resende, *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*, 2ª edição, Rei dos Livros, 2010;
- SKEEL JR; David, A., *Debt's dominion: a history of bankruptcy law in America*; Princeton University Press, Nova Jérсия, 2001;
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de direito das sucessões*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, 4ª edição renovada, p. 220
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- VARELA, João de Matos Antunes:
 - *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000;
 - *Das Obrigações em geral*, vol. II, reimpressão da 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1997;
 - V. LIMA;
- VALENTE, Vasco Pulido, *O Poder e o Povo*, Edição do Centenário da República, Aletheia Editores, Lisboa, 2010;
- VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito das garantias*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012;

- WILLIAMS, Brett, *Debt for sale. A social history of the credit trap*; University of Pennsylvania Press, Filadélfia/Pensilvânia, 2004.