

OS EFEITOS PATRIMONIAIS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA APÓS A ALTERAÇÃO DA LEI N.º 16/2012 AO CÓDIGO DA INSOLVÊNCIA

CATARINA SERRA ¹

Considerando a Autora que a privação dos poderes de administração e de disposição dos bens tem um alcance bem mais limitado do que à primeira vista se poderia pensar e que esta não é — nunca foi — um efeito absoluto da declaração de insolvência, parte para a análise desta temática à luz da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, revisitando a questão dos poderes patrimoniais do devedor no processo de insolvência e repensando, nos casos de recuperação de empresas, as posições da regra e da excepção, tendo presente as soluções encontradas pelo Direito Espanhol, Alemão e Norte Americano.

O TEMA E A MOTIVAÇÃO PARA O TEMA

Costuma dizer-se que a privação dos poderes de administração e disposição dos bens do devedor é o efeito clássico (ou por excelência) da declaração de insolvência. Mas será que, hoje em dia, o efeito ainda pode ser entendido assim?

Com o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), a privação dos poderes de administração e disposição dos bens do devedor já sofreu um “rude golpe”: abriu-se a possibilidade de, excepcionalmente, o devedor manter os seus poderes após da declaração de insolvência — a administração da massa pelo devedor.

Com alteração da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, foi desferido o “golpe de misericórdia”: prevê-se a substituição, no quadro dos efeitos da insolvência culposa, da inabilitação dos sujeitos afectados pela inibição para a administração dos bens de terceiros. Sob pena de este novo efeito da insolvência culposa perder a sua utilidade, torna-se necessário visitar a questão dos poderes patrimoniais do devedor no processo de insolvência e repensar, nos casos de recuperação de empresas, as posições da regra e da excepção.

¹ Professora Universitária.

1. A PRIVAÇÃO DOS PODERES DE ADMINISTRAÇÃO E DISPOSIÇÃO DOS BENS

1.1. A sua configuração como efeito clássico e a discussão sobre a sua natureza jurídica

A privação dos poderes de administração e disposição dos bens do devedor, hoje consagrada no art. 81.º, n.º 1, do CIRE, não é de todo uma novidade. Revestiu, é claro, ao longo dos tempos, formas diferentes. A sua forma actual é resultado da progressiva relativização dos efeitos da insolvência.

De início, o falido estava sujeito às mais graves cominações do Direito e a falência importava uma *capitis deminutio*, ou seja, uma autêntica “morte civil”. A situação veio lentamente a amenizar-se, passando de incapacidade absoluta a incapacidade relativa, restrita a bens.

Em Portugal, a tese da incapacidade do falido tinha origem no Código de Processo Civil (CPC) de 1905, mais especificamente na norma do art. 198.º, que dispunha que a declaração de falência operava a “interdição civil” do falido, e fazia, no seu § 1.º, referência expressa à “incapacidade” do falido.

A tese suscitou as maiores críticas. Tratando-se de uma incapacidade, os negócios jurídicos celebrados em violação da norma seriam inválidos. Tornava-se, assim, fácil para o falido arguir a invalidade e desonerar-se das obrigações que assumira, comprometendo fatalmente os interesses de todos quantos com ele houvessem contratado. Para evitar os resultados indesejáveis a que norma conduzia, entendeu-se que, não sendo tal incapacidade estabelecida, como é comum, no interesse do incapaz, e a serem mesmo inválidos os actos praticados contra a proibição legal, não poderia o falido invocar tal invalidade.

Fosse ou não devido às críticas (e parece-nos que foi), o certo é que o normativo que se sucedeu — o Código de Falências de 1935 — abandonou a expressão “interdição”. Passou a designar, no seu art. 212.º, a situação do falido como “inibição” para administrar e dispor dos seus bens e determinando que os actos celebrados pelo falido após a declaração de falência seriam “inefcazes em relação à massa falida”. Mas também isso não afastou a controvérsia, desenvolvendo-se, a partir daí, em aplicação ao caso, conceitos jurídicos como os de inabilidade, incompatibilidade ou impedimento e, sobretudo, ilegitimidade e indisponibilidade ².

² Do debate resultava que a verdadeira distinção entre a qualificação do caso como ilegitimidade ou como indisponibilidade residia na diversidade de concepções sobre a posição do falido quanto à relação ou esfera jurídica que com o negócio jurídico se pretende constituir, modificar ou extinguir. É que a legitimidade decorre de uma posição, de um modo de ser da pessoa e pressupõe que o sujeito do negócio jurídico seja sujeito da esfera jurídica atingida pelos efeitos que o negócio se destina a produzir. Se se entender que o falido não é sujeito da esfera jurídica em que se repercutem os efeitos jurídicos do negócio praticado, ou seja, que ele deixou de ser titular dos bens da massa falida, a sua situação será de ilegitimidade. Se, pelo contrário, se considerar que o falido continua titular dos bens, ele terá legitimidade, faltando-lhe apenas a disponibilidade, ou seja, o poder ou a faculdade de dispor desses bens. Sobre as várias teses cfr. CATARINA SERRA,

Com o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência passou a falar-se em “privação” dos poderes de administração e disposição dos bens, uma expressão juridicamente mais neutra, o que abrandou, por fim, a discussão doutrinal.

1.2. Os seus limites actuais

Costuma dizer-se que a privação dos poderes de administração e disposição dos bens do devedor é um efeito necessário da declaração de insolvência, uma vez que se produz em todos os casos e por mero efeito da declaração de insolvência ³.

A verdade é que a privação dos poderes de administração e de disposição dos bens tem um alcance bem mais limitado do que à primeira vista se poderia pensar. Em primeiro lugar, não é — nunca foi — um efeito absoluto, uma vez que há bens que permanecem na disponibilidade do devedor ⁴. Além disso, não é um efeito exclusivo da declaração de insolvência, já que pode ter lugar antes da declaração de insolvência, antes da citação do devedor e mesmo antes da distribuição da petição inicial ^{5 6}.

“Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência)”, in: *Scientia Iuridica*, 1998, n.ºs 274/276, p. 270 (notas 8 e 9).

³ Como se definiu oportunamente, “[p]or efeitos necessários entende-se aqueles cuja produção é automática e não depende senão da prolação da sentença que declara a insolvência do devedor. Integram-se aqui a privação dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (cfr. art. 81.º do CIRE), os deveres de apresentação no tribunal e de colaboração com os órgãos da insolvência (cfr. art. 83.º do CIRE), o dever de respeitar a residência fixada na sentença [cfr. art. 36.º, al. c), do CIRE] e o dever de entrega imediata de documentos relevantes para o processo [cfr. art. 36.º, al. f), do CIRE] [cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2010 (4.ª edição), p. 50].

⁴ Os bens insusceptíveis de apreensão para a massa insolvente (cfr. arts. 822.º e s. do CPC) e o eventual subsídio de alimentos (cfr. art. 84, n.º 1, do CIRE).

⁵ Da perda de poderes sobre os bens integrantes da massa insolvente, imposta pelo n.º 1 do art. 81.º do CIRE, tem sido (bem) autonomizada a proibição de alienação de bens futuros, consagrada no n.º 2 da norma (cfr. RUI PINTO DUARTE, “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, in: *Themis*, Edição Especial — *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 141-142). Esta atinge, não apenas os bens que ainda não integram a massa insolvente, mas inclusivamente os bens que o devedor adquira após o encerramento do processo de insolvência, ou seja, aqueles que nunca virão a integrá-la. Não é fácil discernir o fim visado com a afectação destes bens. Aparentemente, quer-se esclarecer que o devedor não pode, durante o período em que decorre o processo, dispor dos bens que adquira futuramente (nem mesmo daqueles que, por serem adquiridos após o encerramento do processo, jamais chegam a integrar a massa insolvente), arrecadando para si a (eventual) contraprestação — que a opção de dispor, durante o período em que decorre o processo, daqueles bens futuros cabe ao administrador da insolvência, que é a única pessoa considerada em condições de o fazer com respeito pelos interesses dos credores.

⁶ Associada à possibilidade de nomeação de um administrador judicial provisório, ela constitui uma das medidas cautelares expressamente previstas para o caso de justificado receio da prática de actos de má gestão (cfr. art. 31.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, do CIRE). Com a Lei n.º 16/2012, o n.º 4 do art. 31.º do CIRE foi revogado, tornando-se impossível a adopção de medidas cautelares antes da distribuição.

E, depois, será que ela ainda é um efeito absolutamente necessário da declaração de insolvência? É que desde 2004 há uma excepção de monta ao efeito. O n.º 1 do art. 81.º do CIRE ressalva expressamente o disposto no Título X (“Administração pelo devedor”), dispondo, por sua vez, a al. e) do art. 36.º do CIRE que, em certas circunstâncias, o juiz pode, na sentença de declaração de insolvência, determinar que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor. Em face disto, não é possível deixar de concluir que a privação dos poderes de administração e disposição dos bens, sendo embora um efeito automático no sentido de que apenas depende da declaração de insolvência, não é, afinal, um efeito necessário pois não decorre necessariamente dela.

O que se passa é que, se antes podia dizer-se que a privação para a administração e disposição era um efeito essencial do processo de insolvência — por instrumental à sua finalidade típica (liquidatória) ⁷ —, hoje, em resultado de alterações sucessivas ao paradigma (a introdução da finalidade de recuperação), as coisas já não são — já não podem ser — exactamente assim.

2. A PRIVAÇÃO DOS PODERES DE ADMINISTRAÇÃO E DISPOSIÇÃO DOS BENS E A INABILITAÇÃO

2.1. O enquadramento da inabilitação prevista na al. b) do n.º 1 do art. 189.º do CIRE no regime geral do Código Civil e o seu alcance limitado

É um dado pacífico que a inabilitação prevista na al. b) do n.º 1 do art. 189.º do CIRE é uma concretização do instituto geral da inabilitação regulado nos arts. 152.º a 156.º do Código Civil português (CC). Se alguma dúvida restasse, ela seria afastada pelo disposto no n.º 1 do art. 190.º do CIRE. À imagem do n.º 1 do art. 153.º do CC, a norma prevê o suprimento da inabilitação através da nomeação de um curador, a cuja autorização pode ficar subordinada a prática de determinados actos patrimoniais (cfr. art. 153.º, n.º 1, do CC) — suprimento por assistência — ou a quem pode mesmo ser entregue a administração do património do inabilitado (cfr. art. 154.º, n.º 1, do CC) — suprimento por representação.

Atendendo a este enquadramento — à configuração da inabilitação regulada na al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE como uma incapacidade que afecta os poderes do incapaz sobre o seu património —, ela tem, na verdade, uma utilidade restrita.

⁷ O efeito permite a transferência para o administrador da insolvência dos poderes sobre os bens (cfr. art. 81.º, n.º 3, do CIRE) e a sua posterior liquidação em benefício dos credores.

Tal é especialmente visível nos casos em que o sujeito afectado pela qualificação da insolvência como culposa é o próprio insolvente. Quando a inabilitação é decretada ele já está, em princípio, privado da administração dos seus bens desde a declaração de insolvência (cfr. art. 81.º, n.º 1, do CIRE). E quando o curador é nomeado já o administrador da insolvência assumiu a representação daquele para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência (cfr. art. 81.º, n.º 4, do CIRE). Daí que se tenha sentido logo a necessidade de delimitar as esferas de competência do administrador da insolvência e do curador e de saber qual era, afinal, a sanção para os actos de natureza patrimonial indevidamente praticados pelo insolvente (se a ineficácia, em obediência ao n.º 1 do art. 81.º do CIRE, se a anulabilidade, em conformidade ao art. 148.º, ex vi do art. 156.º do CC) ⁸. Dada esta intersecção dos dois efeitos, quando o inabilitado é o próprio insolvente só após o encerramento do processo a inabilitação do devedor ganha plena relevância ⁹.

Como se disse noutras ocasiões, o efeito terá sido pensado mais para os casos em que o sujeito afectado é uma pessoa diferente do devedor, que não é afectada (também) pelos efeitos típicos da declaração de insolvência ¹⁰. E, na realidade, só aí a inabilitação tem utilidade ou é susceptível de desempenhar a sua função.

2.2. As críticas à inabilitação. O equívoco da doutrina. Referência às origens da qualificação da insolvência e ao regime da *Ley Concursal*

Logo que foi publicado o CIRE, a doutrina portuguesa, sobretudo a civilista, concentrou-se no incidente da qualificação da insolvência e deu ampla atenção aos efeitos da insolvência culposa, em particular, ao efeito da inabilitação, que (re)aproximava o falido do pródigo ¹¹. De uma forma geral,

⁸ Cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., pp. 66-67. Em face disto, sustentou-se que é de toda a conveniência que seja nomeado como curador a mesma pessoa que já exerce as funções de administrador da insolvência e que, não sendo isto possível, em homenagem às finalidades do processo de insolvência e ao papel aí desempenhado pelo administrador, se entenda que a acção do curador é residual (os seus poderes devem ser limitados aos bens que permanecem ainda na disponibilidade do insolvente e só os actos que envolvam estes bens, quando praticados sem a autorização ou a representação do curador, são anuláveis).

⁹ Salienta isso mesmo LUÍS CARVALHO FERNANDES (“A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, in: *Themis*, Edição Especial — *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 102).

¹⁰ Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., p. 380, e *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., p. 66.

¹¹ Cfr., sobre esta proximidade entre o falido e o pródigo (e o incapaz), CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., p. 352 (e nota 902) pp. 376-377 (e nota 962).

insurgiu-se contra a inabilitação ou, pelo menos, pôs em causa a sua adequação ¹².

Neste grupo está JORGE DUARTE PINHEIRO ¹³, que, em face do fundamento e da finalidade da inabilitação, duvida que ela seja uma verdadeira incapacidade: “a inabilitação funda-se numa diminuição natural da faculdade do insolvente e o regime legal visa protegê-lo? Ou trata-se pura e simplesmente de uma sanção? À primeira vista, o regime tutela o sujeito contra a sua inabilidade. Contudo, a insolvência culposa abrange não apenas a insolvência decorrente de culpa grave ou negligência grosseira, mas também aquela que resulta de actuação dolosa (cfr. art. 186.º, n.º 1)...” ¹⁴.

Também LUÍS CARVALHO FERNANDES ¹⁵ tem dúvidas sobre a inabilitação e se pergunta se a tutela dos credores legitimará a solução. A sua resposta é negativa: dados os efeitos irrisórios da inabilitação quando ela afecta o devedor — já submetido à privação dos poderes sobre os seus bens por força do art. 81.º do CIRE —, o regime é, por um lado, “não necessário do ponto de vista do respectivo processo”; considerando a disparidade com a norma da lei espanhola que o inspirou, é admissível, por outro lado, que o regime possa “ser ainda acusado de excessivo, nos seus efeitos globais” ¹⁶.

A *Ley Concursal (LC)* é, de facto, uma referência obrigatória na interpretação do regime da qualificação da insolvência, já que ele foi nela que o legislador português confessadamente se inspirou ¹⁷. No que respeita ao efeito em causa, a norma do art. 172 da *LC*, na sua última redacção pela *Ley 38/2011, de 10 de octubre*, é do seguinte teor: “2. *La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: [...] 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio*” ¹⁸.

¹² Cfr., sobre as opiniões da doutrina, CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdiccional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., pp. 369 e s.

¹³ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Efeitos pessoais da declaração de insolvência”, cit., pp. 211-212.

¹⁴ Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, “Efeitos pessoais da declaração de insolvência”, cit., pp. 215-216.

¹⁵ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, “A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, cit., p. 104.

¹⁶ Invocam também a diversidade entre a lei portuguesa e a lei espanhola para criticar a configuração da medida RUI PINTO DUARTE (“Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, cit., pp. 145-146) e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU [*Curso de Direito Comercial*, volume I — *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, cit., p. 135 (e nota 100)].

¹⁷ Cfr. ponto 40 do Preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE.

¹⁸ Deve dizer-se que a *inhabilitación* designava, no regime anterior, um dos “efeitos necessários” da declaração de falência do comerciante. Determinava-se, então, no art. 878.1 do *Código de Comercio* de 1885: “[d]eclarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes» (sobre a “*inhabilitación*” do *Código de Comercio* cfr. JOSÉ A. RAMÍREZ, *La quiebra — Derecho Concursal español*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 821 e s.). Hoje, como se vê, o termo “*inhabilitación*” designa uma sanção diferente: primeiro,

São visíveis as diferenças entre a *inhabilitación* e a inabilitação. Entre tantas outras, destaca-se, justamente, a diferença ao nível do conteúdo: a lei espanhola limita a incapacidade do devedor à administração de bens alheios e à representação de qualquer pessoa. Chegou a conceber-se, no *Ante-proyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001*, um efeito dirigido à administração dos bens próprios, mas este não foi acolhido na versão definitiva da lei, por, alegadamente, ter um alcance excessivo^{19 20}.

Sem prejuízo do papel que desempenha como fonte da disciplina da qualificação da insolvência, talvez não seja, contudo, à luz da lei espanhola que devem ser apreciadas as medidas que compõem o regime português. Existem diferenças determinantes entre os dois sistemas e tal impede uma aproximação automática. Tendo, no seu assomo crítico, esquecido isto, a doutrina portuguesa contribuiu para a formação de um equívoco que agora está na iminência de ter reflexos normativos.

Com efeito, em Espanha, o processo de insolvência (*concurso*) tem uma fase comum, que se abre com a declaração de insolvência (*declaración de concurso*) e se conclui com a apresentação do relatório dos administradores da insolvência²¹ e o decurso do prazo para as impugnações de créditos, e uma segunda fase, alternativamente, de recuperação, com base num acordo de credores (*convenio*) (cfr. arts. 99 a 141 da LC) ou de liquidação (*liquidación*) (cfr. arts. 142 a 162 da LC). Como se declara na *Exposición de Motivos da Ley [22/2003, de 9 de julio] Concursal*, o *convenio* é a solução normal do concurso, que a lei fomenta através de numerosas medidas, e a *liquidación* a solução subsidiária, a *ultima ratio*²². Logicamente, a LC associa ao *convenio* medidas mais moderadas do que aquelas que compõem o regime da *liquidación*. Um dos exemplos é a regra de que todo o sujeito que se apresenta à insolvência (*concurso voluntario*) fica, em princípio, isento da privação dos poderes de administração e disposição do património, excepto no caso de o processo evoluir para a *liquidación* (cfr. arts. 40.1 e 145.1 da LC)²³.

está reservada aos casos de qualificação da insolvência como culposa e, depois, consiste na inibição para a administração de bens alheios, não abrangendo a administração dos bens próprios da pessoa afectada. Para uma comparação entre o sistema de efeitos patrimoniais sobre o devedor do *Código de Comercio* de 1885 e da LC cfr. CARLOS ROMERO DE SANZ DE MADRID, *Derecho Concursal*, cit., pp. 99-101.

¹⁹ Cfr., neste sentido, CARLOS ROMERO DE SANZ DE MADRID, *Derecho Concursal*, Madrid, Civitas, 2005, p. 283.

²⁰ É de salientar que o no *Código de Comercio* espanhol há uma norma que complementa este regime. Trata-se do art. 13.2, onde se estabelece que as pessoas inabilitadas por sentença transitada em julgado nos termos da LC ficam impedidas, até ao termo do período de inabilitação, de exercer o comércio e de ocupar cargos administrativos ou económicos em sociedades comerciais.

²¹ Em Espanha, a “*administración concursal*” é um órgão colegial, composto de um jurista (advogado), um economista (ou ROC) e de um credor (comum ou com privilégio creditório geral).

²² Cfr. *Exposición de Motivos da Ley [22/2003, de 9 de julio] Concursal*, pp. 15-16.

²³ Sobre isto cfr. CATARINA SERRA, “*Decoctor ergo fraudator?*” — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) — Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 21, p. 61, nota 11.

A privação dos poderes de administração e disposição dos bens da massa não é, assim, na lei espanhola, um efeito necessário do *concurso*. Mais do que isso, a regra é a da manutenção dos poderes patrimoniais do devedor. A inibição para a administração de bens alheios é, em princípio, medida suficiente para sancionar a conduta do sujeito.

No Direito português, pelo contrário, o devedor insolvente está, em princípio, privado da administração dos seus bens desde a declaração de insolvência. Por isso, como se disse, a inabilitação não tem aqui grande efeito útil. Mas nos casos em que o sujeito afectado é uma pessoa diferente do devedor a inabilitação desempenha realmente uma função. A partir da declaração de insolvência, os administradores do insolvente ficam, em princípio, privados dos poderes de administração dos bens do insolvente, por força do art. 81.º, n.º 1, do CIRE. A partir do momento em que a insolvência é qualificada como culposa, por outro lado, ficam inibidos para o exercício do comércio bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa [cfr. al. c) do n.º 1 do art. 189.º do CIRE], o que significa que ficam impossibilitados de administrar os bens de pessoas colectivas em geral. A única medida que pode realmente acrescentar alguma coisa — que pode constituir um *novum* — é a inabilitação no sentido de privação dos poderes sobre os próprios bens.

Ao contrário do que alguma doutrina insinuou, a previsão da inabilitação em vez de uma inibição para a administração de bens alheios não é, então, necessariamente imputável a (mais) um lapso do legislador português. Sem pôr em causa as razões (irrefutáveis) que presidiram aos julgamentos de inconstitucionalidade e, por fim, à declaração de inconstitucionalidade da norma, talvez seja de pôr a hipótese de a não transposição da lei espanhola ter sido, sob este ponto de vista, mais deliberada do que se poderia pensar de imediato.

2.3. A inibição para a administração de bens alheios após a alteração do CIRE pela Lei n.º 16/2012

Com a Lei n.º 16/2012 foi alterada a norma que consagra a inabilitação — a al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE. Onde antes se dizia “*inabilitação das pessoas afectadas*” passou a dizer-se “*inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros*”. Com o acolhimento desta alteração, o equívoco doutrinal deu origem a uma má medida legislativa ²⁴.

²⁴ Apesar da crítica, é de louvar que se tenha aproveitado para corrigir alguns erros do Anteprojecto (Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 24 de Novembro de 2011). Salienta-se o abandono do termo “inabilitação”, que ainda constava da redacção da norma da al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE nos termos do Anteprojecto. Na versão do Anteprojecto, a norma referia-se, de facto, à “*inabilitação das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros*”. Ora, o termo “inabilitação” tem um significado jurídico preciso (designa uma incapacidade geral de exercí-

Ter-se-á, com certeza, pretendido corrigir o erro anterior — de instrumentalização da incapacidade para efeitos punitivos, que esteve na base dos inúmeros julgamentos de inconstitucionalidade da norma e, por fim, da respectiva declaração de inconstitucionalidade, designadamente do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 2 de Abril (Relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO), que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade na violação dos arts. 26.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP) ²⁵.

Mas se é verdade que a inabilitação em sentido próprio (incapacidade geral que priva o incapaz da possibilidade de administrar livremente os seus bens) não era adequada ao intuito de sancionar condutas, nem por isso bastava substituí-la por outra qualquer que pudesse sê-lo. Deveria ter-se escolhido uma que fosse útil e eficaz, isto é, capaz de desempenhar plenamente as funções preventiva e sancionatória ou punitiva das sanções civis, de produzir um efeito simultaneamente inibidor e repressivo dos comportamentos em causa (causadores da insolvência ou do seu agravamento) ²⁶. Ora, não é certo que a inibição para a administração de bens alheios tenha tal aptidão.

Quando o sujeito afectado é o próprio insolvente, ele já está privado da administração de bens de determinados terceiros por força do regime civil [arts. 1933.º, n.º 2, *a contrario*, 139.º e 156.º, e 1970.º, al. a), do CC] — a impossibilidade de administrar os bens do menor, do interdito e do inabilitado. Quando, como sucede mais frequentemente, o insolvente é uma sociedade

cio instituída para a tutela dos interesses do próprio incapaz) e não pode ser adaptado a qualquer significado que se queira. Se é certo que, para funcionar como sanção, a medida escolhida não podia ser uma incapacidade, também é certo que, não podendo ser uma incapacidade, não podia continuar a ser ou a chamar-se inabilitação. Criar-se-ia, em última análise, uma dualidade inadmissível: as inabilitações absolutas ou plenas (tradicionalistas) e as inabilitações relativas ou restritas.

²⁵ O acórdão está disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. A declaração de inconstitucionalidade aproveita, todavia, apenas os administradores de sociedades comerciais declaradas insolventes, continuando sujeitos ao efeito da inabilitação os insolventes que sejam pessoas singulares e os seus administradores bem como os administradores de insolventes que não sejam pessoas singulares nem sociedades comerciais, criando-se, assim, uma injustificada disparidade de tratamento. É de salientar, contudo, que os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 409/2011, de 14 de Setembro (Relator: MARIA LÚCIA AMARAL) e n.º 578/2011, de 29 de Novembro (Relator: JOSÉ BORGES SOEIRO) (ambos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>) vieram recentemente julgar a norma inconstitucional também quando aplicada às pessoas singulares declaradas insolventes. É de notar que no documento “Contributos da Procuradoria-Geral da República (disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/anexo-viii-contributos6542>), foi proposta a “[r]evogação expressa e integral dos arts. 189.º, n.º 2, alínea b), e 190.º, do CIRE, retirando como efeito da insolvência a inabilitação dos gerentes e administradores de pessoas colectivas” (cfr. documento cit., pág. 2, ponto 5).

²⁶ PEDRO DE SOUSA MACEDO (*Manual de direito das falências*, volume II, cit., p. 51) observa que a impossibilidade de o devedor ser administrador de bens do menor é uma medida tomada para protecção dos interesses patrimoniais do tutelado; que se, ao invés, estivesse em causa um direito do falido que é postergado como atitude condenatória do seu comportamento, então compreender-se-ia que o direito, numa tendência mais benevolente, a omitisse. Generalizando o raciocínio, é legítimo dizer que a impossibilidade de administrar bens alheios é uma medida que, pela sua natureza, não se presta ao desempenho de funções punitivas.

comercial e o sujeito afectado é o administrador, ele já está privado da administração dos bens da sociedade por força do disposto no n.º 1 do art. 81.º do CIRE. Acresce que em ambos os casos existe uma inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de certos cargos [cfr. al. c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE] e a consequente impossibilidade de administrar os bens de sociedades comerciais ou civis, associações ou fundações privadas de actividades económicas, empresas públicas e cooperativas ²⁷.

Perante tudo isto, a inibição geral para a administração de bens de terceiros fica quase desprovida de objecto e tem, como já se havia dito antes de qualquer sinal da alteração da norma ²⁸, escassíssima utilidade. Assim, ela dificilmente poderá funcionar como argumento para convencer os sujeitos a adoptarem o comportamento devido — como uma medida dissuasora.

Se se procurar o fundamento da inibição para a administração de bens de terceiros encontra-se, primeiro, a ideia de ineptidão do sujeito para a administração de bens e a consequente necessidade de protecção de terceiros. Simplificadamente, o raciocínio é o seguinte: se o insolvente administrou mal os seus próprios bens, ele não tem, por maioria de razão, condições para administrar os bens dos outros (existe um fundado receio de que ele estenda o comportamento revelado na administração de bens próprios a outras situações); se os administradores administraram mal os bens da pessoa administrada, eles não têm condições para administrar, em geral, bens alheios. A medida é idónea sob este ponto de vista, ou seja, é apta a tutelar os interesses dos terceiros titulares dos bens. O que se passa, mais uma vez, é que, sobretudo por causa da inibição consagrada na al. c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, a necessidade / utilidade desta nova inibição para a salvaguarda dos interesses de terceiros não é sensível ²⁹. O seu único préstimo

²⁷ Isto além de, por força da mesma norma, ficarem impedidos de administrar os seus bens próprios para efeitos de exercício do comércio.

²⁸ Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., p. 380, e *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., p. 380.

²⁹ Da argumentação expendida pelo Conselheiro JOÃO CURA MARIANO, como relator na Decisão Sumária do TC n.º 615/07, de 27 de Novembro (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/>), pode retirar-se a ideia de que uma sanção que determine a inibição para administração de bens de terceiros é inútil quando aplicada aos administradores de pessoas colectivas. Diz ele que no caso “em que a pessoa inabilitada, nos termos do artigo 189.º, n.º 2, alínea b), do C.I.R.E., é um administrador duma sociedade comercial declarada insolvente, a quem também foi aplicada a medida de inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa, nos termos da alínea c), do n.º 2, do mesmo artigo 189.º, independentemente da perspectiva que tivermos da intervenção da figura da inabilitação, a sua aplicação surge sempre manifestamente desproporcionada. Na verdade, a conduta causadora da insolvência não ocorreu na gestão do património pessoal do inabilitado, mas sim no exercício da sua actividade profissional de administrador de sociedade comercial, pelo que nem o interesse do inabilitado, nem o dos

é alargar o círculo de beneficiários, representando a norma, pelo menos teoricamente, um acréscimo no número de interesses tutelados relativamente àqueles que resultam da aplicação cumulativa das regras do CC e da al. c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, no caso de a pessoa afectada ser o insolvente, e desta última regra, no caso de a pessoa afectada ser um administrador do insolvente.

Mas a inibição para a administração de bens de terceiros não tem — não pode ter — apenas este fundamento. Tratando-se, como se trata, de situações em que o sujeito revelou grave imperícia mas também de situações em que ele se comportou dolosamente, o efeito não pode ficar-se pelo propósito de salvaguarda dos interesses de terceiros; tem de desempenhar simultaneamente uma função ao nível do interesse público, dirigida a evitar ou a prevenir a repetição de tais comportamentos, para segurança do tráfico jurídico — o que implica punir o sujeito.

Relativamente a esta função da norma, contudo, o panorama é menos animador. Quando a pessoa afectada é o insolvente, o que significa para ele perder os poderes de administração de bens de terceiros se ele já está, por mero efeito da declaração de insolvência, impossibilitado de administrar os próprios bens, impossibilitado de administrar os bens do menor, do interdito e do inabilitado e impossibilitado de administrar, em geral, os bens de sociedades e outras pessoas colectivas em geral? Quando a pessoa afectada é o administrador, que efeito ameaçador tem a impossibilidade de administrar bens alheios se ele já está, por mero efeito da declaração de insolvência, impedido de administrar os bens da sociedade ou pessoa colectiva insolvente e impedido de administrar os bens de sociedades e outras pessoas colectivas em geral?

Na realidade, só há uma forma de aumentar o relevo prático da nova inibição: reduzir o alcance da regra da privação dos poderes de administração e disposição dos bens ou, por outras palavras, tornar mais habituais os casos de administração da massa pelo devedor; numa palavra, adoptar a solução da lei espanhola.

Quando o sujeito afectado é o administrador do insolvente, não estando ele, *ab initio*, privado da administração dos bens do insolvente, a inibição geral para a administração dos bens de terceiros ainda poderia ter alguma utilidade punitiva. No caso do insolvente-pessoa singular, os efeitos seriam sempre

seus credores pessoais, reclamam tal medida, pelo que esta se revela desnecessária e desadequada ao facto que a desencadeia. Não existindo qualquer manifestação por parte do administrador da sociedade declarada insolvente de que este não se encontra apto a gerir convenientemente o seu património, a aplicação da medida de inabilitação, limitadora da sua capacidade jurídica, não é proporcionada”. Quer dizer: no caso dos administradores de pessoa colectiva, cuja conduta não ocorreu na gestão do seu património pessoal mas na gestão de património de terceiros, deve aplicar-se uma medida predisposta para a tutela dos interesses de terceiros; tal medida já existe — é a inibição para o exercício do comércio e a ocupação de outros cargos. A (superveniente) inibição para a administração de bens de terceiros é, pois, supérflua.

mais diminutos, pois ele já está sujeito, nos termos do CC, à inibição para a administração dos bens de certos sujeitos. Ainda assim, sempre se ganha mais do que no caso contrário: se ele estiver, *ab initio*, privado dos poderes de administração sobre os seus próprios bens, então é que a inibição geral para a administração de bens alheios, enquanto sanção para uma conduta reprovável, não vale quase nada ³⁰.

3. A ADMINISTRAÇÃO DA MASSA PELO DEVEDOR

3.1. A administração da massa pelo devedor no CIRE

3.1.1. Justificação do instituto

A administração da massa pelo devedor foi introduzida no Direito português, em 2004, pelo CIRE. Tudo indicava que seria uma novidade bem-vinda no direito português. Entre outras vantagens, ela permitia aproveitar a familiaridade do devedor com a empresa (o seu conhecimento da empresa e dos motivos da crise) e reduzir, em princípio, os custos do processo ³¹. O certo é que nunca chegou a ter acolhimento. O regime não é claro e suscita várias dúvidas de interpretação. É uma pena que seja a própria lei a desfavorecer os institutos que concebe, qual Medeia que mata os próprios filhos.

3.1.2. Regime jurídico — problemas

Antes de mais, diga-se que a administração da massa pelo devedor foi concebida no Direito português por influência directa da lei alemã. Daí que, na globalidade, as regras que regulam o instituto no CIRE correspondam, com alguma fidelidade, às regras que regulam originariamente a *Eigenverwaltung* na *Insolvenzordnung (InsO)* — § 270 a § 285 da *InsO* ³². Relativamente a esta, se puderem apontar-se diferenças, elas têm a ver com o facto de o

³⁰ A discussão sobre a natureza jurídica da inibição para administração de bens alheios tem genuíno interesse para a fixação da sanção respectiva, ou seja, para determinar o regime a que ficam submetidos os actos de administração de bens alheios que, pese embora a inibição, o sujeito afectado pratique. Se a inibição tivesse, de facto, fundamento no interesse público, seria lógico que lhe correspondesse a nulidade, ao abrigo do art. 294.º do CC, não tendo, contudo, o sujeito afectado legitimidade para a invocar (a arguição da nulidade por ele corresponderia a um *venire contra factum proprium*). Se, pelo contrário, se considerar que, embora devesse ter aquele fundamento, a norma visa exclusivamente proteger os interesses de terceiros, então será suficiente uma sanção que acautele a possibilidade de estes terceiros não serem afectados pelo acto, ou seja, a anulabilidade.

³¹ Como se tem afirmado desde o início [cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit. pp. 51-52].

³² Ou seja, antes da última alteração da *InsO*, em 7 de Dezembro de 2011, pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*.

legislador alemão ter revelado, logo à partida, uma maior abertura do que o legislador português ³³.

De acordo com o art. 223.º do CIRE, a administração da massa pelo devedor é exclusivamente aplicável aos casos em que a massa insolvente envolva uma empresa. Ela depende, em geral, da verificação de quatro requisitos: que o devedor a tenha requerido; que o devedor tenha já apresentado, ou se comprometa a fazê-lo no prazo de 30 dias após a sentença de declaração de insolvência, um plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa por si próprio; que não haja razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores; e que o requerente da insolvência, quando não seja o insolvente, dê o seu acordo (cfr. n.º 2 do art. 224.º do CIRE).

É evidente a ligação entre a administração pelo devedor e a recuperação / continuidade da empresa. Resulta, pois, justificado que a administração pelo devedor dependa da existência de um plano de recuperação.

A necessidade de apresentação, pelo devedor, de um requerimento, demonstrativo do seu interesse e da sua compenetração nas responsabilidades que o instituto envolve, também é incontestável.

Já quanto aos dois últimos requisitos há algumas dúvidas.

O primeiro deles depende exclusivamente de uma avaliação do juiz (que, para aferir dos riscos, deverá, entre outras coisas, apreciar o comportamento do devedor, antes e depois da declaração de insolvência ³⁴). O texto da norma é algo “retorcido”: o deferimento pressupõe que não haja razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores. Ao contrário do que é habitual em circunstâncias idênticas, a norma nem sequer impõe que não exista “fundado receio” ou “justificado receio” ou “risco sério”. Só podendo aceitar o pedido quando não há (de todo) razões para receios, o juiz quase nunca o defere (quase nunca é possível garantir que dela não advêm atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores) ³⁵. Para as coisas funcionarem, seria necessário (suficiente) inverter-se o requisito: só poder haver recusa quando houvesse alguma razão (concreta) para receios.

³³ As diferenças mais visíveis entre a lei alemã e a lei portuguesa são ao nível da aplicabilidade e dos pressupostos da concessão da administração ao devedor: a lei alemã não circunscreve o regime aos casos de empresa e, logicamente, tão-pouco faz depender a concessão da faculdade da existência / apresentação de um plano de recuperação. Como adiante se verá, os pressupostos foram ainda mais “aligeirados” pela *ESUG*. Além destas diferenças, salienta-se apenas que o sujeito que fiscaliza a administração pelo devedor não é o habitual administrador da insolvência (*Insolvenzverwalter*) mas uma espécie de administrador de bens ou curador (*Sachwalter*).

³⁴ Cfr., neste sentido, LUIS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, Lisboa, Quid Juris, 2008, p. 745.

³⁵ Como adiante se verá, a *ESUG* esclareceu este pressuposto, de forma a reduzir ao máximo as possibilidades de uma recusa.

Relativamente à exigência de acordo do requerente, admite-se que ela seja útil em certos casos, já que a eventual oposição do requerente pode ter fundamentos importantes para a decisão sobre o pedido de administração da massa pelo devedor. Mas, primeiro, o apuramento de factos que desaconselhem o deferimento do pedido deve considerar-se coberto pelo pressuposto anterior, estando incluída nos poderes de investigação do juiz a possibilidade de ouvir o requerente para formar uma opinião quanto os riscos da administração pelo devedor. Depois, o processo de insolvência não se compatibiliza com a individualização dos interesses dos sujeitos (os actos de cada sujeito que participa no processo têm eficácia colectiva e assim também o acto do requerente da insolvência ³⁶), não se vendo, portanto, razão para autonomizar o interesse privado do requerente da insolvência e conceder-lhe especial relevância ³⁷.

No que respeita ao início do procedimento, dispõe-se que a administração pelo devedor pode ser determinada pelo juiz, logo no momento da declaração de insolvência (cfr. al. e) do art. 36.º e n.º 1 do art. 224.º do CIRE), mas também pela assembleia de credores (cfr. n.º 3 do art. 224.º do CIRE).

Há que ter presente esta dualidade e, em função dela, distinguir bem as duas situações: quando a concessão da administração compete ao juiz e é feita na declaração de insolvência e quando ela cabe à assembleia de credores e é efectuada na assembleia de apreciação do relatório ou em eventual assembleia anterior ³⁸.

Enquanto na primeira hipótese o pedido tem necessariamente de ser formulado na petição inicial ou na contestação (consoante o processo de insolvência seja da iniciativa do devedor ou de terceiros), na segunda hipótese, o pedido pode também ser — deve também poder ser — formulado após a declaração de insolvência, contanto que antes da reunião da assembleia de credores (assembleia de apreciação do relatório prevista no art. 156.º do CIRE ou eventual assembleia anterior) ³⁹. Neste último

³⁶ Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., pp. 396 e s.

³⁷ Como adiante se verá, a ESUG eliminou este pressuposto.

³⁸ Como nota LUÍS CARVALHO FERNANDES (“A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, cit., p. 83, nota 3), o CIRE prevê a existência de assembleias anteriores [cfr. arts. 53.º, n.º 3, e 73.º, n.º 1, al. a)]. Note-se, porém, que, depois da alteração da Lei n.º 16/2012, o juiz pode prescindir, em certos casos, da assembleia de credores de apreciação do relatório [cfr. proposto art. 36.º, n.º 1, als. n), e n.º 2, do CIRE]. Nestes casos, a não ser que haja uma assembleia de credores exclusivamente para o efeito ou com outras finalidades (hipótese pouco provável tendo em conta que não há sequer razões a justificar a assembleia de apreciação do relatório), fica, em princípio, precluída a possibilidade de ser a assembleia a determinar a administração pelo devedor.

³⁹ Alerta para a dualidade e sustenta a solução descrita LUÍS CARVALHO FERNANDES, “A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, cit., pp. 82-83. Curiosamente, a *InsO* estabelece uma solução diferente: nos termos do § 271, à (primeira) assembleia de credores é apenas atribuído o poder de requerer ao tribunal a administração pelo devedor e isso somente quando tenha havido um requerimento (anterior) do devedor e o tribunal o tenha recusado.

caso, a decisão tem inevitavelmente lugar mais tarde (na assembleia de credores de apreciação do relatório ou na eventual assembleia anterior) e depende só dos dois primeiros pressupostos (a circunstância de serem os credores a deliberar a administração pelo devedor equivale, por um lado, ao consentimento dos credores quanto ao risco de danos e dispensa, por outro, o acordo do requerente) ⁴⁰. Acresce que o prazo para apresentação do plano de recuperação, a que se refere o segundo pressuposto, sofre uma adaptação: passa a ser de 30 dias após a deliberação da assembleia.

A dualidade adquire relevância também ao nível dos efeitos. Atendendo ao disposto no n.º 2 do art. 228.º do CIRE (à possibilidade de o juiz pôr fim à administração e de, em consequência disso, ter lugar a apreensão dos bens), não parece razoável, em caso de atribuição da administração ao devedor, fazer tábua rasa do trabalho até então realizado pelo administrador. Na primeira hipótese, poderá (deverá), pois, entender-se que a administração pelo devedor produz a suspensão da apreensão dos bens (para que a sua eventual cessação possa conduzir à retoma da apreensão dos bens). Mas, na última, a apreensão dos bens já estará, com toda a probabilidade, concluída nessa altura. Não poderá, evidentemente, suspender-se ⁴¹. E deverá ser revogada, como sustentam alguns ⁴²? Tudo aponta para uma resposta negativa. Antes de mais, não é fácil saber quais seriam os efeitos de uma eventual revogação quanto aos actos materiais. Relativamente aos actos jurídicos, se, no caso em que a apreensão ainda não está concluída, é de procurar uma solução que não desperdice a actividade já desenvolvida, aqui, por maioria de razão, não deverá adoptar-se uma solução tão drástica que, na hipótese de o juiz pôr termo à administração pelo devedor, obrigue à repetição da apreensão.

No que toca aos poderes do devedor, é defensável entender que os seus poderes sobre os bens são análogos aos que competiriam, em regra, ao administrador da insolvência ⁴³. Incumbe, designadamente, ao devedor exercer os poderes conferidos ao administrador da insolvência no quadro dos negócios em curso (basicamente, decidir se dá ou recusa o seu cumpri-

⁴⁰ Os dois pressupostos existem para tutela dos credores; ora, a assembleia de credores é o órgão especialmente concebido para a defesa dos interesses destes. Cfr., neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., p. 746.

⁴¹ Como afirma LUÍS CARVALHO FERNANDES (“A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, cit., p. 84). A interpretação foi acolhida no Ac. do TRP de 29 de Janeiro de 2008 (Relator: CARLOS MOREIRA) (disponível em <http://www.dgsi.pt>).

⁴² Como propõe LUÍS MENEZES LEITÃO (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2009, 5.ª edição, p. 233).

⁴³ Cfr., neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, “A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, cit., p. 86.

mento)⁴⁴, conquanto já não o direito de resolução dos actos prejudiciais à massa, que permanece na esfera de competências do administrador (cfr. n.º 5 do art. 226.º do CIRE).

O administrador não deixa, como se depreende da epígrafe do art. 226.º do CIRE, de ter uma intervenção no processo. Para ele fica, fundamentalmente, a tarefa de fiscalizar a administração da massa e de comunicar ao juiz e aos credores quaisquer circunstâncias que desaconselhem a manutenção da administração nas mãos do devedor. Em certos casos, caber-lhe-á ainda apreciar os actos praticados pelo devedor, dando quer o seu consentimento quer a sua aprovação (cfr. n.ºs 1, 2, 3 e 4 do art. 226.º do CIRE), o que pode acarretar restrições consideráveis aos poderes do devedor. As demais competências típicas do administrador da insolvência que não contendam com a situação de administração pelo devedor (como o poder de examinar os elementos da contabilidade do devedor) deverão continuar a ser por ele exercidas (cfr. n.º 7 do art. 226.º do CIRE)⁴⁵.

O regime de repartição de funções parece, então, equilibrado⁴⁶. Estranha-se, porém, que ao administrador da insolvência seja conferido o poder de exigir que todos os recebimentos em dinheiro e todos os pagamentos fiquem a seu cargo sem quaisquer requisitos ou sindicância pelo juiz (cfr. n.º 3 do art. 226.º do CIRE)⁴⁷. Como é de calcular, não é muito benéfico para a continuidade da empresa — para a confiança que que ela pretende incutir nos seus parceiros nesta fase decisiva da sua vida — que seja o administrador da insolvência a efectuar tais operações. A faculdade terá de ser usada pelo administrador da insolvência com algum critério, ou seja, apenas quando haja risco sério de má realização das operações (risco de desvio ou má utilização do dinheiro recebido ou dos pagamentos). Na realidade, havendo estes riscos, a administração pelo devedor nem deveria poder manter-se. O certo é que, face

⁴⁴ Chega-se a este resultado por interpretação correctiva, uma vez que o resultado da sua interpretação literal (a remissão para a disciplina dos efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos) é ininteligível: a disciplina não confere ao administrador poder algum. Em sentido contrário manifestam-se LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA [*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., p. 752]. O argumento que convocam — o facto de ser repugnante que o devedor decida o destino dos actos que ele próprio praticou — é, porém, duvidoso. Sob pena de se esvaziar completamente o conteúdo da administração pelo devedor, para que é que serviria ela se o devedor não pudesse decidir sobre os negócios em curso? Faria realmente sentido deixar a continuação da empresa ao devedor e impedi-lo de decidir, nos limites da lei, sobre os contratos celebrados com os seus clientes, fornecedores ou trabalhadores?

⁴⁵ Cfr. o Ac. TRL de 23 de Março de 2010 (Relator: ANA RESENDE), onde se diz: “[n]o caso da administração da massa insolvente ser feita pelo devedor, não deixa o administrador da insolvência de existir como órgão da insolvência, exercendo, em conformidade, os poderes de representação que lhe são legalmente atribuídos”.

⁴⁶ A disciplina é muito idêntica à consagrada no §§ 274 e 275 da *InsO*, relativamente às funções do devedor e do administrador de bens ou curador (que intervém, em vez do administrador da insolvência mas em termos semelhantes, na administração pelo devedor).

⁴⁷ Corresponde, de uma forma geral, à regra do 275 (2) da *InsO*.

ao elenco do n.º 1 do art. 228.º do CIRE, se nenhuma das pessoas legitimadas agir (a assembleia de credores, algum credor ou o próprio devedor), o juiz não tem a possibilidade de pôr termo à administração pelo devedor. Não teria sido conveniente alterar a norma de modo a acautelar esta e outras situações [por exemplo, alargando os fundamentos para a cessação da administração pelo devedor ou tornando o fundamento previsto na al. d) independente do requerimento de credor]?

Uma das normas mais problemáticas do regime é a norma do art. 227.º do CIRE, respeitante ao efeito, por excelência, da administração pelo devedor — a sua remuneração. Em consonância com o seu n.º 1, se o devedor for uma pessoa colectiva, mantêm-se as remunerações dos seus administradores e dos membros dos respectivos órgãos. A disciplina constitui um desvio à regra do art. 82.º, n.º 1, do CIRE, segundo a qual os titulares dos órgãos sociais do devedor que se mantenham em funcionamento não serão remunerados. Apesar das funções exercidas pelos administradores numa e noutras situações serem diversas, atendendo a esta regra (à sua razão de ser), teria sido aconselhável que o desvio fosse menos acentuado: é muito provável, num contexto de insolvência, que não seja adequado manter o valor anterior das remunerações ⁴⁸.

Curiosamente, no caso de o devedor ser uma pessoa singular, são outros os critérios para fixar a remuneração. Nos termos do n.º 2 do art. 227.º do CIRE, ele tem “o direito de retirar da massa os fundos necessários para uma vida modesta dele próprio e do seu agregado familiar, tendo em conta a sua condição anterior e as possibilidades da massa” ⁴⁹. Se a remuneração dos administradores, embora possa revelar-se excessiva, é, pelo menos, fácil de determinar, a remuneração do insolvente-pessoa singular não o é de todo. O que são “fundos necessários para uma vida modesta”? Se bem se interpreta o conceito, a remuneração correspondente aos “fundos necessários para uma vida modesta” pode não coincidir — raramente coincidirá — com a remuneração adequada à “sua condição anterior” ⁵⁰.

⁴⁸ Cfr., neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., p. 754.

⁴⁹ O texto da norma é quase *ipsis verbis* o do § 278 (1) da *InsO*. Esta última norma autonomiza, porém, no seu (2), no âmbito da insolvência de pessoas jurídicas, os administradores que sejam sócios ou membros de responsabilidade ilimitada, a quem deverá aplicar-se, para efeitos de remuneração, o mesmo critério.

⁵⁰ No quadro da exoneração encontra-se uma norma com conceitos imprecisos idênticos. É a norma do art. 239.º, n.º 3, al. b), (i), do CIRE, que, a propósito da determinação do rendimento disponível (daquilo que fica excluído tal rendimento), se refere ao “sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar”, que não deve exceder, “salvo decisão fundamentada do juiz em contrário, três vezes o salário mínimo nacional”. A jurisprudência propende para interpretar o “sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar” como um limite mínimo e o valor correspondente a “três vezes o salário mínimo nacional” como um limite máximo (que pode excepcionalmente ser excedido por decisão especialmente fundamentada do juiz). Cfr., neste sentido, os Ac. do TRP de 15 de Julho de 2007 (Relator: BARA-

E quem pode retirar da massa o montante da remuneração: o devedor, como resulta da norma, ou, atendendo ao art. 26.º, n.º 5, do Estatuto do Administrador da Insolvência (EAI), o administrador da insolvência ⁵¹?

Sem alterações pela Lei n.º 16/2012, o art. 227.º do CIRE é uma das normas que, pela sua indefinição, não estimulará certamente o juiz à concessão da administração da massa ao devedor.

No que toca à cessação da administração pelo devedor, a norma do art. 228.º do CIRE dispõe que o juiz põe termo à administração da massa insolvente pelo devedor quando se verificarem determinadas condições: se o devedor o requerer; se assim for deliberado pela assembleia de credores; se for afectada pela qualificação da insolvência como culposa a própria pessoa singular titular da empresa; se algum credor o solicitar, com fundamento em ter desaparecido a situação de inexistência de razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores; se o plano de insolvência não for apresentado pelo devedor no prazo aplicável ou não for admitido, aprovado ou homologado [cfr. art. 228.º, n.º 1, do CIRE].

A norma torna evidente, em primeiro lugar, em virtude da sua al. e), a ligação entre a administração pelo devedor e a recuperação da empresa, que já resultava clara da norma da al. b) do n.º 2 do art. 224.º do CIRE. Torna, além disso, evidente, por força da sua al. c) e ainda da sua al. d), a ligação entre a administração pelo devedor e o mérito do sujeito, que já resultava da norma da al. c) do n.º 2 do art. 224.º do CIRE (uma vez que, para verificar o pressuposto, o juiz necessita de avaliar a conduta do sujeito). Tem, em suma, a virtualidade de evidenciar as duas únicas circunstâncias para que o juiz deveria olhar aquando da sua decisão de confiar a administração ao devedor e as únicas que deveriam estar na base a decisão de lhe pôr termo: a recuperação da empresa e o mérito do devedor.

Precisamente por esta razão, não se pode deixar de criticar o facto de que, sendo embora compreensível a atribuição de poder de decisão nesta matéria à assembleia de credores, ela possa deliberar a cessação da administração pelo devedor independentemente de qualquer causa.

Tão-pouco se compreende a expressa circunscrição do efeito derivado da qualificação da insolvência como culposa circunscrito ao devedor-pessoa singular, dando a ideia de que os administradores podem ser afectados pela insolvência culposa e continuar na administração da massa. Isso, na realidade, não acontece, posto que da al. c) [e, a partir da alteração da Lei

TEIRO MARTINS), de 27 de Outubro de 2009 e de 2 de Fevereiro de 2010 (Relator: RAMOS LOPES), o Ac. do TRL de 20 de Abril de 2010 (Relator: PEDRO BRIGHTON) e os Ac. do TRC de 20 de Abril de 2010 (Relator: CARVALHO MARTINS) e de 25 de Maio de 2010 (Relator: MOREIRA DO CARMO) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). O apuramento do montante envolve sempre uma ponderação casuística por parte do juiz. Cfr., neste sentido, por todos, Ac. do TRL de 4 de Maio de 2010 (Relator: MARIA JOSÉ SIMÕES) (disponível em <http://www.dgsi.pt>).

⁵¹ O EAI foi estabelecido pela Lei n.º 32/2004, de 22 de Julho. A norma do art. 26.º, n.º 5, depois da alteração pelo DL n.º 282/2007, de 7 de Agosto, determina que a remuneração deve ser retirada da massa insolvente pelo devedor e entregue ao administrador.

n.º 16/2012, também da al. b)] do n.º 2 do art. 189.º do CIRE resulta a inibição destes sujeitos para a administração dos bens da sociedade. E todavia, por isso mesmo, teria sido bom que o texto da al. c) do n.º 1 do art. 228.º não sugerisse claramente o oposto⁵².

Decidindo o juiz pôr termo à administração pelo devedor, tem imediatamente lugar a apreensão dos bens [e pode finalmente ter início a liquidação dos bens, suspensa durante todo o período em que o devedor manteve a administração (cfr. art. 225.º do CIRE)], prosseguindo o processo a sua tramitação, nos termos gerais (cfr. art. 228.º, n.º 2, do CIRE). Isto no caso de a apreensão dos bens ainda não se ter iniciado no momento da atribuição da administração ao devedor. No caso contrário, apesar do silêncio da lei, entende-se, como se disse, que a apreensão dos bens deve ser retomada e, se já se estiver concluída, aproveitada.

Uma questão importante omitida pela lei prende-se com os efeitos dos actos entretanto praticados pelo devedor e, designadamente, com a qualificação das dívidas resultantes da actuação do devedor.

Tudo indica que os actos que respeitem as condições do art. 226.º do CIRE, nomeadamente a necessidade de intervenção do administrador da insolvência, são plenamente válidos e eficazes. Quanto às dívidas, não obstante a ausência de norma expressa, elas devem ser consideradas dívidas da massa insolvente. E isto por duas razões. Primeiro, dada a analogia destas dívidas com as reguladas na al. d) [e ainda com as reguladas na al. h)] do n.º 1 do art. 51.º do CIRE], respeitantes às dívidas resultantes da actividade (análoga) do administrador da insolvência (e do administrador judicial provisório). Segundo, por uma razão prático-teleológica: se as dívidas fossem qualificadas como dívidas da insolvência ninguém concederia crédito ao devedor; sem crédito não haveria empresa, ainda para mais insolvente, que pudesse continuar em actividade e aí é que o instituto da administração pelo devedor estaria definitivamente condenado.

E nem se diga que da qualificação como dívidas da massa resultam desvantagens para os credores — que vêm a sua posição degradar-se face à oneração da massa insolvente com mais obrigações, ainda por cima privilegiadas — pois sempre seria esta a situação no caso de ser o administrador da insolvência manter a empresa em actividade.

3.1.3. O alheamento dos tribunais

A administração pelo devedor não teve, até agora, utilização visível em Portugal. A circunstância dever-se-á a duas ordens de razões.

Por um lado, e principalmente, à atitude dos tribunais. Nos poucos casos em que é requerida (normalmente no âmbito do processo aberto por iniciativa

⁵² Como adiante se verá, solução diferente é a da lei espanhola, em que a vontade de promover a recuperação (o *convenio*) é tão grande que se admitiu, ainda que a título excepcional, que o sujeito afectado pela qualificação da insolvência continue na administração da massa.

de um dos sujeitos legitimados que não o devedor), a administração pelo devedor é quase sempre recusada pelos tribunais.

A segunda razão — a atitude do devedor — é, em grande parte, consequência da primeira. Aos olhos do devedor, a insolvência sempre apareceu — ainda aparece —, não obstante aspectos como a exoneração do passivo restante, como um regime hostil. A existência de uma regra com o teor do n.º 1 do art. 81.º do CIRE e a ausência de uma história que diminua o impacto da regra (de uma história de casos de concessão da administração ao devedor) reforçam esta visão. O receio de ser repentina e inapelavelmente destituído dos seus poderes sobre a empresa inibe o devedor de se apresentar à insolvência e de se preparar adequadamente — de se preparar de forma a retirar do processo todos os benefícios que expedientes como a administração pelo devedor representam.

O que explica aquela atitude por parte dos tribunais? Evidentemente, deve reconhecer-se que o direito positivo é desanimador⁵³. Mas, além disso (embora não independentemente disso), suspeita-se que os tribunais não confiem na administração da empresa, que tenham medo de que a manutenção deles no cargo não só não tenha vantagem alguma como até possa dar aso a (maiores) prejuízos para os credores. Trata-se, então, de uma resistência com intuítos preventivos. Mas esta resistência não é — não pode ser — uma prerrogativa dos tribunais e nem a decisão sobre o requerimento da administração pelo devedor é — nem deve ser — um acto absolutamente discricionário. A resistência só deverá poder legitimar uma recusa se existirem razões *objectivas, concretas*, para reaar atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores.

E terá sentido, de qualquer forma, esta atitude de resistência no contexto das alterações produzidas pela Lei n.º 16/2012? Uma delas foi a desclassificação do carácter obrigatório do incidente de qualificação da insolvência e a sua limitação aos casos em que existem indícios de culpa. Parece que o legislador português quis (ou pelo menos admitiu) “levantar” a presunção geral de culpa grave que recaía sobre o devedor e os seus administradores (o *decoctor ergo fraudator*⁵⁴) e pautar os efeitos pessoais do processo de insolvência pelo critério do mérito. A ser assim (se o insol-

⁵³ Será por isto que uma das magistradas entrevistadas para o “Estudo de Avaliação Sucessiva sobre o Regime Jurídico da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, de 2 de Dezembro de 2011 (cfr. p. 58), diz que “a possibilidade conferida pela lei de cometer ao administrador do devedor a administração da empresa insolvente é desadequada. Por tal facto, não tem aplicado tal possibilidade no plano concreto”? O documento foi consultado por último em 10 de Setembro de 2011, em http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/anexo-iv-estudo-dezembro/downloadFile/file/AnexoIV_Relatorio_Insolvencias.pdf.

⁵⁴ Como se disse noutra ocasião, não pode deixar de se associar o regime da qualificação da insolvência à presunção absoluta de fraude do falido que era característica dos regimes medievais da falência (se está em situação de falência é porque praticou fraude) [cfr. CATARINA SERRA, “*Decoctor ergo fraudator*”? — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) — Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008”, cit., p. 67].

vente não é culpado até prova em contrário), por paralelismo, o insolvente deveria manter o controlo sobre os seus bens até que alguma circunstância aconselhasse o contrário.

O legislador não quis ir tão longe, decerto pelo peso histórico que (ainda) atribui à regra oposta. Restará, pois, aos tribunais, em homenagem àquela mudança de premissa, reduzir gradualmente a sua desconfiança e passar a fazer uma leitura sem preconceitos das condições para a concessão da administração ao devedor — sobretudo do disposto na al. c) do n.º 2 do art. 224.º do CIRE, que é aquele que, por conter conceitos indeterminados, mais depende do inquisitório e do prudente arbítrio do juiz. O movimento estaria, aliás, em consonância com a tendência das duas leis da insolvência que foram mais recentemente modificadas e que curiosamente têm constituído, tanto uma como outra, o modelo da lei portuguesa: a lei espanhola e a lei alemã.

3.2. A administração da massa pelo devedor na *Ley Concursal*

A facilitação da administração pelo devedor é, de facto, um dos grandes propósitos das reformas das leis da insolvência estrangeiras ⁵⁵. Veja-se, em confirmação, a lei espanhola.

Como se disse, segundo a norma do art. 40 da *LC*, só na hipótese de *concurso necesario* é que o devedor fica impedido de exercer as faculdades de administração e disposição do seu património, sendo substituído pelos administradores da insolvência (cfr. art. 40.2 da *LC*).

No caso de *concurso voluntario*, uma vez declarada a insolvência, o devedor conserva os seus poderes patrimoniais, ficando embora a prática dos actos sujeita à intervenção dos administradores da insolvência, sob a forma de autorização ou aprovação dos actos (cfr. art. 40.1 da *LC*). Evidentemente, quando o *concurso* evolui para a fase da *liquidación*, as faculdades de administração e disposição dos bens do devedor suspendem-se (cfr. art. 145.1 da *LC*).

Em síntese, sempre que o devedor se apresenta à insolvência e o processo evolui para a recuperação, o devedor conserva, em princípio, os seus poderes; só nos casos em que o processo se abre por iniciativa de outro legitimado e / ou o processo evolui para a liquidação é que o devedor fica, em princípio, privado dos seus poderes.

É razoavelmente evidente o critério (duplo) adoptado pelo legislador espanhol quanto à possibilidade de o devedor se manter na administração dos seus bens: um critério subjectivo, que se afere pela existência de um *concurso voluntario* ou de um *concurso necesario* e é baseado no mérito ou

⁵⁵ De acordo com o “*Clifford Chance — European Insolvency Procedures — 2011 Edition*”, pág. 117. O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 16 de Outubro de 2011, em http://www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2011/08/european_insolvencyprocedures2011edition.html.

idoneidade do devedor, e um critério objectivo, que se afere pela existência de um *convenio* ou de uma *liquidación*.

O segundo critério funda-se, com certeza, na necessidade ou desnecessidade do efeito (o seu carácter instrumental relativamente à liquidação) mas é, acima de tudo, reflexo da vontade de promover a recuperação — o *convenio*. Esta vontade é tão intensa que o novo texto do art. 172.2 2.º, parágrafo segundo, da LC determina que, em caso de *convenio*, se tal lhe for solicitado pela administração da insolvência, o juiz pode, excepcionalmente, na sentença que qualifica a inabilitação, autorizar o sujeito afectado a continuar à frente da empresa ou como administrador da sociedade insolvente ⁵⁶.

Note-se, aliás, que as regras acima referidas do art. 40.1 e 2 da LC não são rígidas. Bem pelo contrário, concede-se uma ampla liberdade ao juiz para modificá-las, determinando quer a suspensão das faculdades patrimoniais em caso de *concurso voluntario* quer a conservação das faculdades patrimoniais em caso de *concurso necesario*, posto que justifique a sua decisão e indique os riscos que se pretendem evitar e as vantagens que se pretendem obter (art. 40.3 da LC).

No âmbito do *preconcurso de acredores*, regulado no art. 5 *bis* da LC — período de negociações entre o devedor e os seus credores na tentativa de alcançar um acordo de refinanciamento (*acuerdo de refinanciación*) ou para obter o acordo dos credores relativamente a um plano de insolvência (*propuesta anticipada de convenio*) —, o devedor conserva, naturalmente, os seus poderes patrimoniais.

3.3. O debtor in possession no Bankruptcy Code e a Eigenverwaltung na Insolvenzordnung. A recente Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) e o enaltecimento da administração da massa pelo devedor na Alemanha

Não é apenas na LC que se verifica a tendência para a valorização da administração pelo devedor. Nos sistemas que mais influenciam actualmente a lei portuguesa em matéria de insolvência portuguesa — o alemão e, por via deste, o anglo-americano — o expediente ocupa um espaço cada vez mais destacado.

Isto é assim, desde sempre, na lei norte-americana. No *Bankruptcy Code* (BC), quando o fim é a recuperação da empresa (*Chapter 11* do BC — *Reorganization*), a regra é a da manutenção do devedor à frente da empresa (*debtor in possession*) e a nomeação do administrador (*trustee*) a excepção (cfr. secção 1104 do BC).

⁵⁶ Mais uma vez, a norma do art. 13.2 do *Código de Comercio* complementa a disciplina estabelecida na LC, determinando que se o sujeito afectado tiver sido autorizado a continuar à frente da empresa ou como administrador da sociedade insolvente, os efeitos desta autorização se limitam ao especificamente previsto na sentença judicial que a contenha.

O problema que mais se tem discutido é o do financiamento do devedor durante esta fase, ou seja, o *debtor in possession financing* (ou *DIP Financing*). Ao abrigo da secção 364 do *BC*, o *DIP Financing* prevê instrumentos verdadeiramente singulares para facilitar a concessão de crédito ao devedor. Este “dinheiro fresco” (“*new money*”) pode ser disponibilizado tanto pelos credores preexistentes o início do processo como por credores supervenientes. Estando o devedor na situação em que está, não é fácil levar qualquer deles a fazê-lo. Para obviar a isto, a secção 364(d) do *BC* prevê que, em última análise, o tribunal possa, mediante a observância de certos requisitos de publicidade, atribuir aos potenciais credores *lien priming*, isto é, garantias sobre os bens pré-existentes do devedor iguais ou mais fortes do que as garantias de que gozam os créditos constituídos anteriormente.

Também na Alemanha, na sequência das recentes alterações introduzidas pela *ESUG*, a administração da massa pelo devedor (*Eigenverwaltung*) passará, desde 1 de Março de 2012, a ser a regra e a privação dos poderes de administração e disposição dos bens a excepção.

Tal como acontece em grande parte dos sistemas europeus, a *InsO* não é, de raiz, “*management-friendly*”. A faculdade de o devedor requerer a manutenção dos poderes de administração estava prevista mas, por estar subordinada a muitos requisitos, tinha escassa utilização⁵⁷. Atendendo a isto, a *ESUG* veio proceder ao reforço da *Eigenverwaltung*.

Desde logo, operou uma redução generalizada das causas de recusa do pedido. Primeiro, foi eliminado o acordo do requerente da insolvência como pressuposto de uma decisão favorável. Figuram agora como únicos pressupostos o do pedido do devedor e o da não prejudicialidade aos interesses dos credores. Mas mesmo este último foi modificado no sentido de tornar mais difícil a recusa do pedido. Antes, para haver decisão favorável exigia-se, tal como na lei portuguesa, que não fosse de esperar a ocorrência de atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores. A partir de agora, basta não serem conhecidas circunstâncias concretas que tornem previsível a ocorrência de desvantagens para os credores [cfr. § 270 (2, n. 2) da *InsO*]. Como se vê, não só se restringiram as consequências relevantes às desvantagens para os credores como o pressuposto se tornou mais afirmativo. A mera dúvida sobre a eventual ocorrência destas desvantagens deixa, portanto, de poder funcionar como causa de rejeição do pedido.

Depois, na decisão sobre o pedido, a comissão provisória de credores (*vorläufiger Gläubigerausschuss*) passa a ter um papel determinante, devendo o juiz ouvi-la antes de decidir. Se esta decidir unanimemente em sentido

⁵⁷ Segundo CARLOS MACK (“ESUG: German Insolvency Law Anglo style?”, in: *EuroFenix — The Journal of INSOL Europe*, 2011, 45, pág. 42), contam-se pelos dedos das duas mãos os casos em que o devedor manteve os seus poderes de administração.

favorável ao devedor deverá presumir-se que a administração pelo devedor não traz desvantagens para os credores, não podendo o juiz recusá-lo com este fundamento [cfr. § 270 (3) da *InsO*].

Determina-se, por fim, que no caso de o devedor se apresentar à insolvência com fundamento em insolvência iminente (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) e requerer a manutenção dos seus poderes de administração, o tribunal, quando tencionar não deferir o pedido, tem a obrigação de lho comunicar, de forma a que ele possa optar por manter ou (ainda) retirar a sua apresentação à insolvência (já que não está obrigado a isso no caso de insolvência iminente) [cfr. § 270a (2) da *InsO*].

Ainda no capítulo relativo à *Eigenverwaltung*, a *ESUG* introduziu a possibilidade de o devedor preparar (ou continuar a preparar) um plano de recuperação (*Vorbereitung einer Sanierung*) depois da sua apresentação à insolvência, durante o período máximo de três meses, antes de ser declarada a sua insolvência e de o processo ser formalmente aberto [cfr. § 270b da *InsO*]. A possibilidade é exclusiva dos devedores em situação de insolvência iminente ou de situação patrimonial líquida negativa mas em que a continuação da empresa seja a hipótese mais provável.

Durante o período de negociações, o devedor mantém, naturalmente, os poderes de administração e disposição dos seus bens. É nomeado um administrador de bens ou curador provisório (*vorläufigen Sachwalter*) que, em representação dos credores, se limita a fiscalizar a administração pelo devedor (cfr. § 270c da *InsO*). Sob proposta do devedor, o tribunal determina a proibição de instauração e prosseguimento de acções executivas [cfr. § 270b (2) da *InsO*], ficando, assim, completo o quadro ideal para a preparação de um plano de recuperação.

Dada a sua inserção sistemática no capítulo respeitante à *Eigenverwaltung*, o novo mecanismo torna perfeitamente claro o papel que está reservado a esta última no âmbito da recuperação.

4. A RELEVÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA MASSA PELO DEVEDOR NO CONTEXTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

4.1. Os instrumentos de recuperação no CIRE (o plano de recuperação e o novo “processo especial de revitalização”)

A reforma do CIRE não compreende alterações de fundo ao plano de insolvência. Projecta-se apenas a alteração a duas normas em que o plano de insolvência é aludido.

A primeira norma é a do art. 1.º do CIRE, que passa a conter um n.º 1 com o seguinte texto: “[o] processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não for pos-

sível, na liquidação do património do devedor insolvente e [n]a repartição do produto obtido pelos credores”.

A segunda norma é a do art. 192.º, que passa a conter um n.º 3, onde se diz: “[o] plano de insolvência que se destine a prover à recuperação do devedor designa-se plano de recuperação, devendo tal menção constar [de] todos os documentos e publicações ao mesmo respeitantes”.

Da alteração à primeira norma resulta que a recuperação da empresa será prioritária. Mas isso de nada adianta se, como parece ser o caso, não houver medidas novas nem apuramentos aportados ao regime de recuperação de empresas insolventes.

A alteração à segunda norma tão-pouco é significativa. Quando o plano de insolvência se destina à recuperação chama-se plano de recuperação. Será, então, possível distinguir entre os devedores titulares de empresas em curso de recuperação e os outros casos.

Em contrapartida, apostou-se nos *pre-insolvency procedures*. Com a Lei n.º 16/2012, foi introduzido, nos arts. 17.º-A a 17.º-H do CIRE, um novo mecanismo de recuperação: o processo especial de revitalização. Em conformidade com o proposto no n.º 1 do art. 17.º-A do CIRE, ele é aplicável exclusivamente ao “devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação”; não se aplica, portanto, ao devedor insolvente.

4.2. O papel da administração da massa pelo devedor no âmbito dos instrumentos de recuperação

Começando pelo novo processo especial de revitalização, deve dizer-se que não há, em rigor, um administrador da insolvência. O juiz tem o dever nomear um administrador judicial provisório [cfr. art. 17.º-C, n.º 3, al. a), do CIRE]⁵⁸, que, entre outras coisas, participa, orienta e fiscaliza as negociações (cfr. art. 17.º-D, n.º 9, do CIRE) e desempenha funções ao nível da verificação de créditos (cfr. art. 17.º-D, n.º 2, do CIRE) e da administração dos bens do devedor (cfr. art. 17.º-E, n.º 2, do CIRE).

Mais precisamente, no que toca à administração de bens, a nomeação do administrador judicial provisório não prejudica os poderes patrimoniais do devedor. Este fica sujeito a um único condicionamento: não pode praticar actos de especial relevo sem autorização prévia do administrador (cfr. art. 17.º-E, n.º 2, do CIRE). Estão em causa, essencialmente, os actos a que se refere o art. 161.º do CIRE, como os actos de disposição respeitantes à empresa (por

⁵⁸ Não obstante a al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C não parecer deixar dúvidas quanto a este ser um dever do juiz, a verdade é que no proposto n.º 2 do art. 17.º-E do CIRE se concebem casos em que o juiz não nomeia administrador judicial provisório.

exemplo, a venda da empresa, de partes da empresa ou de bens necessários à continuação da actividade da empresa).

No âmbito do plano de recuperação, o regime permanece o descrito: posto que exista uma empresa, o juiz pode determinar a administração pelo devedor se este a tiver requerido e apresentar um plano que preveja a continuidade da empresa por si próprio, se não houver razões para reear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores e se o requerente da insolvência (quando seja pessoa diversa do devedor) der o seu acordo.

Face à ausência de alterações legislativas, a promoção da administração pelo devedor na prática judicial é a única possibilidade de salvar o plano de recuperação. Um registo de casos de concessão de administração ao devedor daria ao devedor a convicção de que o processo de insolvência não implica obrigatoriamente a perda do controlo da sua empresa e acabaria com os protelamentos para apresentação à insolvência. Uma história de casos bem-sucedidos de administração ao devedor tornaria o instituto mais conhecido e apetecível e estimularia o devedor a apresentar-se à insolvência com um plano de recuperação pré-preparado, que é a melhor garantia de que o processo de insolvência não desemboca na pura e simples liquidação, por falta de um acordo com os credores dentro do prazo processual ⁵⁹.

Em conclusão, a administração pelo devedor deve deixar de ser “encarada como uma situação transitória e excepcional” ⁶⁰. Evidentemente, teria ajudado que a norma do art. 224.º, n.º 2, al. c), do CIRE tivesse sido alterada. Faltando uma intervenção do legislador, que seja o intérprete (ágil, corajoso e criativo) a explorar as possibilidades que ainda abre o direito positivo.

O que se propõe, para já, é um passo minúsculo por comparação com as medidas que foram adoptadas no Direito estrangeiro: com inspiração no texto modificado da norma homóloga alemã, começar por fazer uma nova leitura da al. c) do n.º 2 do art. 224.º do CIRE e confiar a administração ao devedor sempre que não haja conhecimento de alguma circunstância concreta que torne previsível a ocorrência de danos para os credores.

⁵⁹ No Estudo de Avaliação Sucessiva, uma das magistradas entrevistadas diz justamente que “o CIRE não está adaptado à recuperação de empresas. Os prazos estabelecidos quase que impedem materialmente a recuperação das empresas, realidade que só se altera se a empresa insolvente chegar ao processo já com o plano de insolvência completamente preparado e não houver oposição de nenhum credor. Caso contrário, uma vez que um processo de insolvência em que seja apresentado plano de insolvência para a recuperação da empresa demora, no mínimo, de quatro a cinco meses, atentas as formalidades legais previstas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, não se mostra viável que uma empresa em situação periclitante como o é uma empresa em situação de insolvência suporte tão longa espera” (cfr. documento cit., p. 23). Por sua vez, os advogados entrevistados afirmam que “no caso da recuperação de uma empresa de grande dimensão é geralmente mais favorável a manutenção da gestão da mesma pelo devedor” (cfr. documento cit., p. 62).

⁶⁰ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 233.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS — EM VISTA DAS NOVAS ALTERAÇÕES AO CIRE

Tudo visto, considera-se que:

- 1.^a *a regra (prática) da administração pelo devedor no caso de plano de recuperação é a única que assegura algum efeito útil à nova inibição para a administração de bens alheios;*
- 2.^a *a regra (prática) da administração pelo devedor no caso de plano de recuperação é coerente com o favor debitoris evidenciado na regra da abertura excepcional da qualificação da insolvência; e*
- 3.^a *a administração pelo devedor é a regra que melhor se harmoniza com o primado da recuperação sobre a liquidação, tendo sido consagrada no âmbito de um processo pré-insolvencial e devendo, por identidade ou até por maioria de razão, ser adoptada, na prática, também no âmbito do plano de recuperação.*

Se vai ser possível tirar partido da administração da massa pelo devedor de modo a aumentar o número de casos de recuperação de empresas insolventes em Portugal é coisa que não pode ver-se — porque não pode acontecer — de imediato. Não é tarefa fácil, como se viu. Na realidade, como se já não fosse suficientemente grave nada fazer para promover o instituto, o legislador ainda deixou muitos obstáculos para ultrapassar e, por isso, são muitas as dificuldades de regime que desculpariam os magistrados se decidissem não se dar a tal esforço. Em tempos de crise, contudo, há que esperar — e esperar.