

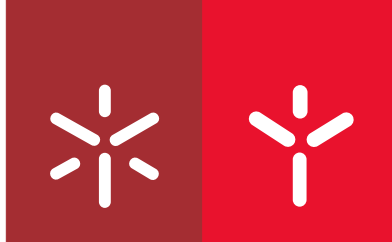


Universidade do Minho
Escola de Direito

Juliana Ribeiro de Sousa

**A Alienação de Estabelecimento Comercial
no Âmbito do Processo de Insolvência**

Abril de 2012



Universidade do Minho

Escola de Direito

Juliana Ribeiro de Sousa

A Alienação de Estabelecimento Comercial no Âmbito do Processo de Insolvência

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

Abril de 2012

DECLARAÇÃO

Nome: Juliana Ribeiro de Sousa

Endereço electrónico: sousa.juliana85@gmail.com **Telefone:** 916514592

Número do Bilhete de Identidade: 12795041

Título da Dissertação:

A Alienação de Estabelecimento Comercial no Âmbito do Processo de Insolvência

Orientador:

Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

Ano de conclusão: 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: ___/___/_____

Assinatura: _____

Resumo

A presente investigação tem como objectivo concretizar o estudo do Estabelecimento Comercial e do seu papel no Processo de Insolvência, nomeadamente pelo aprofundar das particularidades substantivas e adjectivas da alienação do Estabelecimento Comercial no âmbito do Processo de Insolvência.

Até á data a doutrina portuguesa tem apenas tratado estas questões de forma separada, isto é, os doutrinadores na área do Direito Comercial trabalharam e trabalham toda a questão relacionada com o Estabelecimento Comercial e a doutrina processualista tem investigado as questões atinentes ao Processo de Insolvência.

Ainda ninguém trabalhou estas matérias numa perspectiva de confluência e complementaridade.

Pretende-se com o presente, aprofundar questões como a possibilidade de se admitir a alienação de Estabelecimento Comercial como medida de Recuperação de uma empresa, assim como no âmbito da Liquidação, no sentido de saber se os Administradores de Insolvência deverão privilegiar a alienação do Estabelecimento Comercial no seu todo em detrimento da venda “loteada”.

Visto que a letra da lei não é explícita quando determina que a venda do estabelecimento no âmbito do processo de insolvência se realize *como um todo*, e sendo o objectivo da venda do estabelecimento *como um todo* a manutenção do aviamento da empresa, pretende-se aferir o que é efectivamente alienado na consideração da empresa *como um todo*, de maneira a que o aviamento não se perca, seja num âmbito de liquidação ou de recuperação.

Abstract

The present investigation was made in order to realize the study of the commercial establishment and his role in the insolvency proceedings (or bankruptcy), specifically studying carefully the peculiarities, substantives and adjectives, of the alienation of the commercial establishment in the insolvency proceedings.

Until now, the Portuguese doctrine as only deal with these questions individually, this mean, the renowned legal scholars in the Commercial Law worked and work all the questions related to the commercial establishment and the procedural doctrine as investigated the questions related to the insolvency proceedings.

No one worked these subjects in a confluence and harmony perspective.

We intend with the present, study carefully situations related with the possibility of admitting the alienation of the commercial establishment was a measure of reconstruction of a company, as well as in the liquidation proceedings, by knowing if the insolvency administrators should favour the commercial establishment alienation as a whole rather than a subdivided alienation.

Because the letter of the Law does not specifies when says that the alienation of the commercial establishment in the insolvency proceedings should take place as a whole, and being the objective of the commercial establishment sale as a whole to provide the maintaining of the goodwill of the company, the intention is to evaluate what is effectively sold in the consideration of the company as a whole, in a manner that de goodwill won't be loose, in a reconstruction or a liquidation proceeding.

Índice:

Índice	VII
Abreviaturas	XI

Capítulo I

Secção I

O estabelecimento comercial	3
-----------------------------------	---

Secção II

1. A alienação de estabelecimento comercial	6
2. Breve alusão ao regime jurídico do Trespasse	8
3. Breve alusão ao regime da alienação de estabelecimento comercial no âmbito de operações societárias	10

Secção III

A insolvência – Breve nota introdutória	12
---	----

Capítulo II

Secção I

A codificação	17
---------------------	----

Secção II

1. A situação de insolvência	23
2. Os sujeitos da insolvência	27
a) O tribunal	27
b) O administrador de insolvência	28
c) A comissão de credores	29
d) O devedor	29

e) O credor	30
3. Os efeitos da insolvência	31
a) Efeitos sobre a pessoa do devedor	32
b) Efeitos processuais	34
c) Efeitos sobre os créditos	35
d) Efeitos sobre os negócios em curso	36
e) Resolução em benefício da massa	37

Secção III

1. O processo de insolvência	38
2. O plano de insolvência	42

Capítulo III

Secção I

A Alienação	47
1. A Alienação de estabelecimento comercial na insolvência com fins de liquidação.....	49
a) Estabelecimento comercial instalado em imóvel arrendado.....	52
b) Destino das posições contratuais do insolvente/trespasante	54
b.1) os contratos em geral	54
b.2) os contratos de trabalho	58
c) Os créditos e os débitos	61
d) Transmissão da firma	64
e) Os direitos de propriedade industrial	67

2. A Alienação de estabelecimento comercial na insolvência com fins de recuperação.....	69
---	----

Capítulo IV

Conclusão	73
-----------------	----

Bibliografia	77
---------------------------	----

Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Conf.	Conferir
CPC	Código do Processo Civil
CPEREF	Código da insolvência e da Recuperação de Empresas
CPI	Código da Propriedade Industrial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
NRAU	Novo Regime do Arrendamento Urbano
p.(pp.)	pagina(s)
RAU	Regime do Arrendamento Urbano
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	tribunal da relação de Évora
TRG	tribunal da relação de Guimarães
TRL	tribunal da relação de Lisboa
TRP	tribunal da relação do Porto

Dissertar sobre a noção jurídica de estabelecimento comercial pode, nos dias que correm, não ser uma tarefa impossível, no entanto, são várias as dúvidas e divergências doutrinárias que perduram. E que, mais difíceis se tornam de responder quando, inevitavelmente, temos que unificar regimes e doutrinas de âmbitos jurídicos diferentes para dar resposta às questões práticas da vida jurídica dos que todos os dias se confrontam com questões para as quais nem a doutrina nem a jurisprudência, nem a lei, deram ainda uma resposta.

Citando Manuel A. Carneiro da Frada “ *O direito da insolvência representa um daqueles recantos da ordem jurídica que poucas vezes é objecto, entre nós, de atenção, significando para muitos reserva de iniciados. No entanto, além da sua grande relevância prática, particularmente em épocas, coma nossa, de crise e transformação acelerada do tecido produtivo, apresenta um enorme interesse dogmático - crítico, ao constituir como que um laboratório jurídico avançado onde o direito civil se mescla com o direito comercial e o direito processual, e se testam as suas fronteiras e implicações recíprocas, sob o olhar atento da política económica.*”¹

Propomo-nos assim, com o presente, concretizar o estudo do Estabelecimento Comercial e do Processo de Insolvência, tendo em atenção as particularidades substantivas e adjectivas da alienação do Estabelecimento Comercial no âmbito do Processo de Insolvência.

Creemos serem as questões aqui estudadas de fulcral interesse na conjuntura jurídica, dedicada á vida real, em que nos encontramos, já que a Insolvência, nomeadamente os bens e direitos que compõem a massa, onde está necessariamente o Estabelecimento Comercial, e todas as questões e dificuldades com ela relacionadas, são o “*prato do dia*” dos agentes que diariamente trabalham no, e, o mundo do Direito.

¹ “A responsabilidade dos Administradores de Insolvência” pelo Prof. Dr. Manuel A. Carneiro da Fraga, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Lisboa, Setembro de 2006, pp. 653 a 702

Capítulo I

Secção I:

O Estabelecimento Comercial

Desde logo, o próprio conceito de estabelecimento comercial não acolhe um perfil homogéneo.² Embora sejam várias as referências legais e normativas, difusas por diversos diplomas ao longo dos tempos, este assume muitas vezes o sinónimo de “armazém”, “loja de venda” (art. 95º § 2 CCom.); em outros casos é identificado como o conjunto de coisas materiais ou corpóreas (art. 425º CCom.), e noutros, de um modo ainda mais amplo, é equiparado às “instalações, utensílios, mercadorias, ou outros elementos (...)” (art. 115º nº 1 RAU).³

Na actual legislação comercial é vulgar utilizar-se as expressões “estabelecimento” e “empresa” para significarem uma e a mesma coisa, embora o estabelecimento não deva ser confundido com o imóvel onde habitualmente está instalado, já que este não é redutível às coisas corpóreas nem se identifica com as instalações, é, aliás marcadamente distinto da mera pluralidade das partes que o compõem. Assim como, para alguns autores, estes termos representam *duas faces da mesma moeda*, o estabelecimento comercial enquanto aspecto objectivo e a empresa enquanto aspecto subjectivo.^{4,5}

Assim, a palavra *estabelecimento* tanto pode ser reportada a uma acepção lata referente à organização comercial global do comerciante, ou seja, o conjunto de elementos corpóreos e

2 Conf. Ac. STJ de 16 de Janeiro de 2003, sobre a noção de estabelecimento comercial diz: “Que é uma unidade jurídica, volátil, uma idealização normativa “ondulante”, é uma realidade pacífica e adquirida, pelo menos nos diferentes direitos dos Estados membros da União Europeia - apenas para falar dos que nos estão mais próximos, e do próprio direito comunitário a que obedecemos.” *In* www.dgsi.pt.

3 Sobre este assunto são vários os autores que se podem consultar, a título exemplificativo, FERRER CORREIA, “Reivindicação de Estabelecimento comercial como unidade jurídica”, Coimbra, 1962; BARBOSA DE MAGALHÃES, Do Estabelecimento Comercial, Estudo de Direito Privado, Lisboa, 1951; ORLANDO DE CARVALHO, Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Coimbra, 1967; - COUTINHO DE ABREU, “Curso de direito comercial”, 2009; GRAVATO MORAIS, “Alienação e oneração de estabelecimento comercial”, Almedina, 2005.

4 Orlando de Carvalho defende uma sinonímia entre os dois termos, já que nem um nem outro significam realidades distintas, ORLANDO DE CARVALHO, Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Coimbra, 1967, pp. 7,8 e 9 nota 3; no mesmo sentido Coutinho de Abreu defende “ser legítima a utilização sinonímica dos dois vocábulos – tomando em conta quer o espaço jurídico - mercantil quer outros domínios”, COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, 2009; por outro lado para FERRER CORREIA, as palavras “empresa” e “estabelecimento comercial”, na sua acepção mais lata e objectiva significam “o mesmo que o complexo da organização comercial do comerciante, o seu negócio em movimento ou apto a entrar em movimento”.

5 Assim defende VALERI *in* “Manuale di diritto commerciale”, t.2, pp. 6 e 7, «l’impresa é organizzazione di attività, da inquadrarsi nella categoria dei *fatti giuridici*, e almeno potenzialmente organizzazione di persone, *soggetti di diritto*; l’azienda é organizzazione di beni, da inquadrarsi nella categoria degli *oggetti di diritto*; la seconda non ha che una funzione strumentale, si pura necessária e constante, rispetto alla prima, e concettualmente le si contrappone come il mezzo si contrappone al fine» ...«certo é che non può sussistere impresa senza azienda, come non può sussistere azienda senza impresa». Ainda sobre a diversidade destes conceitos: FERRARA JUNIOR, “La Teoria Juridica Dell’Azienda”, pp. 89; MARIO CASANOVA, “Estudios sobre la Teoria de la Hacienda Mercantil (trad. Espanhola), pp. 5 e 6.

incorpóreos organizados para o exercício do comércio de uma determinada pessoa (singular ou colectiva); como nos pode aparecer numa acepção restrita ligada á unidade técnica ou de produção de bens, ou ao local onde se realiza o comércio, identificando-se, como já referimos, com a “loja” ou “armazém”. Assim, tecnicamente, «a palavra abrange não apenas as coisas corpóreas, mas ainda o conjunto de bens e serviços organizados pelo comerciante com vista ao exercício da respectiva exploração comercial.»⁶. Para ORLANDO DE CARVALHO o estabelecimento comercial será «uma organização concreta de factores produtivos com valor de posição no mercado, organização, portanto, que concreta como é, exige um complexo de elementos ou meios, em que a mesma radica e que a tornam reconhecível»⁷. FERNANDO OLAVO⁸, defende o estabelecimento como «um conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas, de bens e serviços, organizados pelo comerciante com vista ao exercício da sua actividade mercantil, de sorte que, em última análise, o que o compõe são os elementos aptos para o desempenho da actividade do comerciante e que este agregou e organizou para a realização de tal empresa». Para BARBOSA DE MAGALHÃES a expressão estabelecimento comercial pode ser tomada num sentido económico ou num sentido jurídico.⁹ GRAVATO MORAIS, por sua vez, defende uma acepção mais lata de noção de estabelecimento comercial enquanto “*...organização, mais ou menos complexa, que tem em vista o exercício de uma actividade de natureza mercantil (perfil organizativo). (...) Tal organização, corporizada num complexo de valores diferenciados, existe como unidade jurídica.*”.

Sendo inequívoco o reconhecimento desta unidade jurídica, então o estabelecimento comercial não pode senão ser concebido como um todo organizado, que é valido em todos os domínios quer da sua protecção quer da sua negociação, independentemente do direito que cabe ao proprietário, comerciante, de por via de regra, poder dispor de forma isolado dos bens que o compõem.¹⁰

O estabelecimento comercial é ainda generalizadamente considerado como um bem móvel *sui generis*, tendo em conta o particular objecto em causa, já que a própria lei não o

⁶ MENDES DE ALMEIDA, “Negociação do estabelecimento comercial e âmbito de entrega”, Negociação e Reivindicação do estabelecimento comercial, Coimbra, 1993, pp. 9 e 10.

⁷ “Direito das Coisas”, Coimbra, 1977, p. 196

⁸ “Direito Comercial”. 1. 3ª Edição, Lisboa, 1970.

⁹Do ponto de vista económico o autor defende que, o estabelecimento comercial é num sentido amplo a *organização técnica constituída por todos os factores que servem para o exercício de uma actividade comercial*, num sentido restrito pode designar uma loja, um armazém, uma fábrica, uma oficina, etc. Sob o ponto de vista jurídico a expressão estabelecimento comercial não tem, á face da legislação portuguesa, um significado rigoroso e preciso, antes nos aparece em várias acepções. In BARBOSA DE MAGALHÃES, Do Estabelecimento Comercial. Estudo de Direito Privado, 2ª Edição, 1951, pp. 13 e 14.

¹⁰Consultar no âmbito da unidade jurídica, entre outros, FERRER CORREIA, “Reivindicação de Estabelecimento comercial como unidade jurídica”, cit. pp.18 e 19

qualifica como bem imóvel, nem como bem móvel comum (art. 1682º-A nº1 al. *b*) CC e art. 246º nº2 al. *c*) CSC). Tal peculiaridade de que reveste implica que pontualmente lhe seja aplicável a disciplina relativa aos bens imóveis.

Surge neste âmbito a questão do direito de propriedade sobre o estabelecimento comercial¹¹. Rejeitando a existência de um direito de propriedade sobre o estabelecimento, uma parte da doutrina invoca que só as coisas corpóreas podem ser objecto de direito de propriedade, e que, relativamente às coisas incorpóreas apenas uma regulamentação especial é susceptível de atribuir tal direito. Na verdade, razões ponderosas levaram outra parte da doutrina à defesa de uma orientação contrária. Torna-se necessário neste quadro atender à especificidade deste bem, ou seja, não há dúvidas quanto à existência de um direito de propriedade quanto às coisas corpóreas, assim como também nas coisas incorpóreas se admite esse direito, mas a verdade é que, o estabelecimento comercial não é uma coisa corpórea, nem incorpórea, é no fundo *um bem incorpóreo sui generis*. Na verdade, a lei reconhece a existência de um direito de propriedade sobre o estabelecimento comercial como resulta das referências dos art. 1559º nº 1 e 1560º nº 1 al. *c*) CC ou ainda o art. 13º do DL 209/97.

Enquanto objecto de direitos, o estabelecimento comercial não tem personalidade nem capacidade jurídica, e como tal, não é susceptível de estar por si, em juízo, não podendo ser demandado judicialmente, ou seja, a acção deve sempre ser intentada contra o proprietário do estabelecimento comercial sob pena de ser condenada ao fracasso (art. 493º e 494º al. *c*) CPC).

No que ao imóvel onde o estabelecimento se encontrar instalado diz respeito, este constitui um dos componentes (talvez o mais importante) do estabelecimento, que embora assim não tenha que acontecer, é na grande maioria das vezes transmitido com o estabelecimento. Apesar de o imóvel existir, ou puder existir, antes de existir estabelecimento, e subsistir, ou puder subsistir, quando o estabelecimento deixa de existir é incontornável a sua importância para o estabelecimento, em especial no que aos estabelecimentos ditos *sedentários* diz respeito. O imóvel, enquanto valor periférico ou externo da empresa é o elemento com maior capacidade para, na generalidade dos casos, sensibilizar, exprimir e transportar o valor de posição da empresa.¹² Sendo o imóvel o ponto principal de contacto com o público (no comércio); o lugar de depósito de mercadorias, o entreposto (no comércio e na indústria); o

¹¹ BARBOSA DE MAGALHÃES pronunciou-se no sentido de que o estabelecimento comercial é objecto de propriedade e de posse, sendo susceptível de acções possessórias. cit. pp. 157 e ss.

¹² MENDES DE ALMEIDA, "Negociação do estabelecimento comercial...", p. 38.

lugar de produção dos bens (na indústria), o imóvel reveste um papel preponderante e até por vezes condicionante dos restantes elementos da organização.

Já no que se refere aos seus elementos, integram os elementos do estabelecimento comercial, bens corpóreos, nomeadamente, as máquinas, utensílios, mercadorias, o mobiliário, entre outros; e bens incorpóreos, nomeadamente, os direitos de propriedade industrial (direito à marca, ao nome, as patentes, etc) e ainda os direitos decorrentes dos contratos celebrados pelo proprietário do estabelecimento comercial (contrato de arrendamento ou comodato, contratos de trabalho, contratos de distribuição comercial, contratos de crédito, contratos de prestação de serviços, etc.), ainda aqui se inserem os créditos e os débitos do estabelecimento comercial.

Por outro lado, mais controversa é a inclusão, ou não, da clientela e do aviamento nos elementos do estabelecimento.

No que à clientela diz respeito, enquanto elemento, ou não, do estabelecimento comercial, as opiniões são divergentes, COUTINHO DE ABREU, desconsidera a clientela como elemento do estabelecimento; OLIVEIRA ASCENSÃO rejeita a qualificação da clientela como “elemento essencial”; PINTO FURTADO considera a clientela como elemento constitutivo e integrante do estabelecimento. GRAVATO MORAIS considera-a como um elemento natural do estabelecimento comercial, o que nos parece bastante acertado¹³.

Quanto ao aviamento, ou seja, a aptidão lucrativa do estabelecimento comercial, para a doutrina dominante, o aviamento não seria um elemento mas sim uma qualidade do estabelecimento comercial, designando a sua susceptibilidade de produzir lucros¹⁴.

Secção II

1. A Alienação de Estabelecimento Comercial

O estabelecimento comercial existe como unidade económica, sendo reconhecido pelo direito como unidade jurídica. Deste reconhecimento resulta a ideia da possibilidade do estabelecimento comercial poder ser objecto de negócios, apesar da pluralidade e heterogeneidade dos elementos que o constituem e o integram.

¹³ BARBOSA DE MAGALHÃES defende que o essencial para a existência de um estabelecimento comercial, é a existência de um conjunto organizado de elementos que permitam o exercício do determinado ramo do comércio; a abertura do estabelecimento representa a passagem “do seu estado estático, ao estado dinâmico”, não se devendo considerar essencial à existência do estabelecimento comercial, a clientela ou freguesia. “Do estabelecimento comercial”, cit. p. 133.

¹⁴ Neste âmbito defende FERRER CORREIA que, “...não podemos conceber um direito à clientela – nem o aviamento é propriamente um bem jurídico, uma coisa em si, mas antes um valor ou qualidade do estabelecimento.”, ob. cit. pp.17.

Ora conforme nos diz ORLANDO DE CARVALHO «para o estudo dos negócios sobre a empresa, o primeiro problema que se levanta ao julgador é o problema do bem que esses negócios mobilizam: a determinação do estabelecimento ou da empresa como bem juridicamente negociável».^{15,16}

Neste contexto é inevitável abordar, ainda que sumariamente, os aspectos relativos à alienação do estabelecimento, enquanto transmissão, oneroso ou gratuita, da propriedade de um bem¹⁷.

A forma mais comum de alienação do estabelecimento é aquela que é efectuada *inter vivos* a título perpétuo ou definitivo, e mediante o pagamento de um determinado preço, ou seja, falamos, na terminologia comum, da “venda” (que representa a substituição do nome próprio e técnico: *trespasse*)¹⁸.

Os motivos que levam a esta alienação são vários e diferem consoante se trate de um venda extra-judicial, na forma corrente de amigável ou negociada voluntariamente; ou consoante se trate de uma venda judicial (executiva); de uma «adjudicação a um dos sócios de uma sociedade em dissolução da totalidade do estabelecimento social», ou ainda, da «atribuição do estabelecimento de um comerciante em nome individual a uma sociedade constituída ou constituenda, desde que a atribuição seja, não apenas onerosa, mas retribuída em dinheiro»¹⁹.

Os negócios que incidem sobre o estabelecimento comercial são de várias espécies, embora umas se destaquem em relação a outras. Caso disso é a figura do *trespasse*²⁰, de tal forma abrangente que engloba realidades bem diversas e cada uma delas com especificidades²¹. Temos também neste âmbito a transmissão definitiva de estabelecimento no quadro de

¹⁵ Ob. Cit. pp.293

¹⁶ Diz ainda o autor: “Sabemos que nos sistemas que admitem a negociação das empresas, o estabelecimento comercial ou industrial é tido como uma organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado, organização essa que exige um complexo de elementos ou meios em que a mesma radica e que a tornam reconhecível - o estabelecimento comercial ou empresa é uma organização concreta, que encarna em bens corpóreos (“lastro ostensivo”) e incorpóreos, com um certo valor de posição no mercado; embora não possa reduzir-se a coisa ou coisas materiais, é incidível de certos elementos externos, sendo que, noutra perspectiva de análise, e como decorre da referida noção de estabelecimento, é também uma organização e integra determinados valores de acreditamento ou de fama, tais como a clientela, importante elemento de afirmação do mencionado “valor de posição”. *“Direito das Coisas”, colecção Perspectiva Jurídica/Universidade, Coimbra 1977, p. 196 – nota*

¹⁷ Conf. Ac. TRC de 25 de Março de 2010, “O estabelecimento comercial é susceptível de transmissão, desde logo através de cessão de exploração ou *trespasse*, sendo necessário que dessa cedência faça parte tendencialmente todo o elenco de bens e valores que o compõem, ou no mínimo, o acervo corporizador de um estabelecimento comercial, o que se afere normalmente do modo casuístico.” *In* www.dgsi.pt

¹⁸ Assim, “se há *trespasse* de estabelecimento por antonomásia, esse *trespasse* é a venda da empresa”, *in* MENDES DE ALMEIDA, “Negociação do estabelecimento comercial e âmbito de entrega”, *Negociação e Reivindicação...*, pp. 24.

¹⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura ...*, pp.200, nota 17.

²⁰ Conf. Ac. STJ de 24 de Março de 2003, “Enfim e de uma forma sintética poderemos definir o *trespasse* como a transmissão *inter vivos* definitiva, unitária e onerosa do estabelecimento comercial, entendido este como a realidade jurídica complexa, heterogénea e dinâmica, constituída pelos bens corpóreos e incorpóreos que o integram...” *In* www.dgsi.pt

²¹ Para BARBOSA DE MAGALHÃES haveria *trespasse* quando o estabelecimento, fosse objecto de troca, de dação em pagamento, de usufruto, ou da chamada cessão temporária de exploração. Porem, segundo ORLANDO DE CARVALHO, a integração destas figuras, dentro das transmissões definitivas como é o caso da cessão de exploração e do usufruto, só é possível por quem conceba o *trespasse* como uma figura rígida ou quase rígida, em vez de uma sùmula, naturalmente variável, de fenómenos diversos. (respectivamente, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial*, pp. 220, e ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura ...*, pp. 602 e 603)

operações societárias. Outros negócios onerosos que importem a transmissão definitiva do estabelecimento são, por exemplo, a troca – art. 939º CC – ou a dação em cumprimento – art. 837º ss. CC.

O trespasse deve (e só pode) ser entendido como um negócio sobre o estabelecimento, a ele apenas se subsumem as transmissões definitivas da organização, excluindo-se todas as outras²². O que está em causa, portanto, é a transferência do direito de propriedade sobre o estabelecimento, que seja celebrada inter vivos, e que reveste frequentemente carácter oneroso, mas não é forçoso que assim seja (art. 116. N° 1 RAU; art. 152º n°2 al. d) CSC), nele cabem ainda os negócios gratuitos.

Assim, o trespasse enquanto contrato de compra e venda, pode ser, voluntario, tratando-se aqui da alienação de um estabelecimento por via de um acto voluntario, nos termos do qual se transfere a sua propriedade mediante um preço; pode ainda configurar uma venda em sede executiva, transferindo-se, por essa via, para o adquirente os direitos do executado (art. 824º n°1 CC)²³; e pode ainda configurar uma venda em sede de insolvência, que aqui nos interessa especialmente e que ulteriormente exploraremos, embora se possa desde já colocar a questão quanto á natureza desta venda em sede de processo de insolvência em cada um dos seus fins (liquidação ou recuperação).

Existem, ainda, específicas operações societárias que envolvem uma transferência definitiva de estabelecimento comercial, nomeadamente no âmbito da transmissão de participações sociais e de fusão e cisão de sociedades.

2. Breve alusão ao regime jurídico do trespasse

Resumidamente, podemos ainda referir, no que ao regime jurídico do trespasse²⁴ se relaciona que, se mostra suficiente para a celebração do contrato de trespasse o escrito particular²⁵.

Que nos casos de trespasse de estabelecimento comercial instalado em imóvel arrendado, cumpre, antes de mais, salientar que o trespasse do estabelecimento não pressupõe

²² Não obstante o exposto cumpre referir que é ainda possível o chamado trespasse parcial. É frequente que um estabelecimento comercial, pela própria complexidade orgânica e multiplicidade de funções que reúne, contenha dentro de si uma parte autónoma ou autonomizável capaz de emergir do seu todo. Se essa parte que integra o estabelecimento, mas é dele destacável, conseguir adquirir uma imagem própria dentro da organização do estabelecimento, então essa parte pode ser objecto de negociação. Trata-se de um verdadeiro trespasse de estabelecimento, tão só designado "parcial" por referencia ao todo do qual era parte integrante.

²³ GRAVATO MORAIS, *"Alienação e oneração de estabelecimento comercial"*, Almedina 2005, pp. 80 e 81

²⁴ O art. 1112º n°2 do CC/NRAU, que veio substituir o art. 115º n°2 do RAU, estabelece os casos legais em que não se considera que haja negociação do estabelecimento, ou seja, não haja trespasse (tentando desta forma evitar os negócios simulados).

²⁵ Até á entrada em vigor do DL 64-A/2000 de 22 de Abril, o contrato de trespasse estava sujeito a escritura pública, sendo que, nos termos do art. 1112º e 1083º n° 2 Código Civil (NRAU), o contrato de trespasse é nulo por falta de observância da forma.

em todos os casos a transmissão do arrendamento do imóvel onde aquele se encontra instalado, ou porque a organização não se encontra instalada num imóvel ou porque apesar de instalado num imóvel, não existia qualquer relação locatícia anterior.

Assim, não sendo a transmissão do arrendamento um efeito essencial do trespasse do estabelecimento, ela traduz-se, a maioria das vezes, numa consequência natural do mesmo, ou seja, se as partes nada convencionarem expressamente no contrato, entende-se que haverá uma transmissão natural da posição jurídica do arrendatário.

Desta forma, em caso de venda ou dação em cumprimento do estabelecimento comercial, o art. 116º n.º 1 RAU e o art. 1112º n.º 4 do NRAU atribuem, embora com o NRAU se venha permitir a “...convenção em contrario” deste direito, ao senhorio primazia na celebração do trespasse, desde que manifeste a vontade de realizar este negócio, devendo para isso ser comunicado com um mês de antecedência pelo trespasante²⁶, ou seja atribuem-lhe um direito de preferência.²⁷

Assistindo ao senhorio o direito de preferência, o trespasante, que se encontra vinculado à preferência, deve comunicar àquele os elementos essenciais do respectivo contrato projectado, nomeadamente, o preço, as condições de pagamento, ou quaisquer outras estipulações fundamentais do negócio, visto que, a falta destas equivale à falta de comunicação para preferir²⁸.

No que se refere ao destino das posições contratuais ligadas ao estabelecimento quando haja um trespasse, cumpre desde logo alertar, que não existe uma norma específica que regule esta matéria, e portanto a solução é socorrer-nos do princípio geral expresso no art. 424º do CC. Deste decorre que a eficácia da cessão da posição contratual em relação à contraparte no negócio realizado depende da sua vontade, ou seja, da vontade do contraente cedido²⁹. Assim,

²⁶ O inquilino, atenta a sua qualidade, está adstrito à comunicação ao senhorio. Mas o trespasante do estabelecimento, para quem se transmite a posição contratual de locatário, tem também a faculdade de a realizar – art. 1049º, *in fine* CC.

²⁷ Problema distinto é o do consentimento do senhorio, conforme consagra o art. 1112º n.º al. a) CC, com cariz imperativo, não é necessário o consentimento do senhorio no caso de trespasse de estabelecimento comercial instalado em imóvel arrendado.

²⁸ Caso não haja a notificação ao locador do imóvel com as cláusulas essenciais do contrato projectado para que possa exercer o seu direito de preferência atempadamente, o senhorio pode intentar a respectiva acção de preferência onde requer para si o estabelecimento alienado, desde que o faça nos 6 meses posteriores ao momento em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação e deposite o preço nos 15 dias posteriores à propositura da acção – art. 1410º n.º 1 NRAU/CC.

²⁹ Conf. Ac. STJ de 28 de Março de 2000, “I – O trespasse é o negócio pelo qual é transmitido, definitivamente e inter vivos, um estabelecimento comercial, como unidade, podendo ter por objecto: a) O âmbito necessário ou mínimo do estabelecimento, para que possa haver um estabelecimento comercial como valor negociável; b) O âmbito natural, que compreende aqueles bens que o compõem e são transmitidos a menos que sejam expressamente excluídos; c) O âmbito máximo, que existe quando a alienação é feita em todos os seus valores, activo e passivo, móveis, mercadorias, alvará, etc. II – O trespasse do estabelecimento comercial, se for feito com a sua dimensão máxima, integrando, além do mais, todo o activo e passivo, importa, nas relações internas, a obrigação para o trespasante de satisfazer, perante o trespasante, as dívidas aos credores. III – Porém, nas relações externas, o trespasante continua obrigado a pagar as dívidas aos credores se estes o não exonerarem, por declaração expressa, dessa obrigação – cfr. o n.º 2 do artigo 595.º do Código Civil. IV – A transmissão do passivo não faz parte do núcleo essencial do contrato de trespasse, consubstanciando uma cláusula acessória cuja alteração pode ser concretizada por acordo constante de simples documento particular ou mesmo por estipulação verbal, entre trespasante e trespasante – cfr. o n.º 2 do artigo 221.º do Código Civil – o qual, no entanto, só é válido e eficaz entre as partes, enquanto não houver ratificação pelos credores.” *In* BJM 495 (2000).

aplicando este normativo á disciplina da transmissão do estabelecimento resulta que, em principio, não se transfere para o adquirente a posição decorrente das relações contratuais anteriormente constituídas pelo alienante, sendo necessário o acordo entre eles para que tal aconteça.³⁰

No entanto, existem no nosso sistema jurídico desvios á regra geral enunciada, ou seja, em que não é necessário o consentimento, nomeadamente, e não nos alongando em explicações mais detalhadas, os casos da transmissão da respectiva situação jurídica no silêncio do contrato de trespasse, a transmissão só não ocorre se as partes estipularem coisa diversa (caso da transmissão da posição de arrendatário); os casos previstos no art. 11º do DL 149/95 de 24 de Julho sobre os contratos de leasing; assim como o caso previsto pelo art. 100º nº 1 e 145º do Código de Direitos de Autor.³¹

3. Breve alusão ao regime da alienação de estabelecimento comercial no âmbito de operações societárias

Por outro lado, e no que á alienação de estabelecimento comercial no âmbito de operações societárias diz respeito, estas podem ocorrer por meio da transmissão de participações sociais, assim, nos termos legais, a quota pode ser transmitida a outrem que, por via desse negocio, adquire a posição do anterior sócio nessa sociedade, logo, a cessão de quota tem em vista a transmissão da própria quota, se eventualmente existir um estabelecimento que integre o património da sociedade, este permanece na esfera da sociedade, os sócios não têm direitos sobre os bens que compõem o património da sociedade, mas apenas perante a sociedade (sendo portanto uma realidade distinta do trespasse).³²

Assim, e de forma a estabelecer um confronto com trespasse, podemos ter operações societárias de fusão (art. 97º nº 1 CSC), por incorporação ou concentração, e cisão de sociedades.

Nos casos de fusão por incorporação resulta uma transferência global do património de uma sociedade em outra, e a atribuição aos sócios das sociedades fundidas de participações sociais da sociedade incorporante – art. 97º nº 4 al. a) CSC.

³⁰ Conf. GRAVATO MORAIS, “Alienação e oneração...”, pp. 101 a 106

³¹ Op. cit.

³² Tem sido defendido por alguma doutrina que a cessão de participações sociais, em globo, pode implicar uma transmissão da propriedade indirecta ou mediata sobre o estabelecimento, propondo a aplicação do regime do trespasse sempre que fosse possível, e se justificasse, a sua equiparação. Por exemplo, em caso de cessão total das participações sociais, e coincidindo o património social com o património empresarial, em caso de estabelecimento instalado em imóvel arrendado, ao senhorio onde está instalado o estabelecimento assiste o direito de preferência na sua venda ou dação em cumprimento (art. 1112º nº4 CC/NRAU. Conforme defende GRAVATO MORAIS, esta orientação deve acompanhar-se, mas apenas nos casos em que envolva uma transmissão total ou por larga maioria das participações sociais.

Nos casos de fusão por concentração resulta a constituição de uma nova sociedade com o resultado da transferência global dos patrimónios das sociedade fundidas – art. 97º nº 4 al. *b)* CSC.

A fusão de sociedades não resulta de um único acto, mas implica a observância de vários procedimentos, conforme consagra o art. 98º e seguintes CSC, fazendo tal acto operar os efeitos previstos no art. 112º do CSC³³.

No caso de cisão, art. 118º CSC, dá-se a conversão de uma sociedade em duas ou mais sociedades (art. 118º e seguintes CSC). A cisão reveste três modalidades distintas, a saber, a cisão simples (art. 118º nº1 al. *a)* CSC), em que uma sociedade destaca uma parte do seu património para constituir uma outra sociedade; a cisão – dissolução (art. 118º nº1 al. *b)* CSC) uma sociedade dissolve-se, fraccionando o seu património, sendo que cada uma das partes se destina á constituição de novas sociedades; e a cisão – fusão (art. 118º nº1 al. *c)* CSC) em que uma sociedade destaca fracções do seu património ou se dissolve, dividindo o seu património em duas ou mais partes iguais, no propósito de as fundir com sociedades já existentes ou com parcelas do património de outras sociedades. Importa ainda referir que deve constar do projecto de cisão a enumeração completa dos bens a transmitir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade e o respectivo valor, art. 119º al. *d)* CSC.

Após esta sucinta apreciação cumpre averiguar se há ou não transmissão de um estabelecimento comercial, e havendo, se essa transferência se pode configurar como um trespasse.

Antes de mais, nem sempre a fusão ou cisão implicam a alienação de uma organização mercantil, seja porque a mesma não consta do património da sociedade, (p.e.) porque foi anteriormente vendido, seja porque a operação em causa não envolve em concreto a transmissão da referida organização mercantil.

Se do património da sociedade a transmitir existir o estabelecimento, na sequência da sua extinção, e conforme defende GRAVATO MORAIS, afastando-se da orientação de PINTO FURTADO³⁴, este transfere-se de modo definitivo para a nova sociedade ou para a sociedade incorporante. Nestes termos, com se qualifica esta transmissão? A doutrina é divergente quanto a esta questão.

³³ Os efeitos da fusão são assim: a extinção da sociedade incorporada ou das sociedades fundidas; a transmissão universal, em bloco, dos direitos e dos deveres para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade; os sócios das sociedades extintas são agora sócios da sociedade incorporante ou da nova sociedade – art. 112º CSC.

³⁴ O autor defende que “com a fusão ou cisão não ocorre uma *alienação do estabelecimento* de A em favor de B, mas uma *dissolução de A em B*, através da qual B incorpora A, em si própria, e se torna numa como que – exclusivamente ou apenas em parte – sua *encarnação (...)* não é o *estabelecimento* que se *trespasa*, mas o *titular* que se *transpersonaliza*”. – cit. in GRAVATO MORAIS, “*Alienação e oneração...*”, pp. 127

Uma parte da doutrina configura-a como um *trespasse*, baseando-se na noção ampla e flexível do negócio, independentemente da causa do acto translativo, já que esta também será uma transmissão definitiva por acto *inter vivos*.

Outra facção da doutrina entendem que se trata de uma transmissão a título universal, em que os direitos e obrigações se transferem em globo, ou seja, por via da transmissão, por fusão ou cisão, transfere-se a totalidade do património.

Defendemos esta última facção, assim como o faz também GRAVATO MORAIS, já que o património passa para a sociedade adquirente e mantém na esfera jurídica desta a mesma fisionomia sem necessidade de preenchimento dos requisitos exigíveis para cada acto individual. Pois concordamos que a disciplina estabelecida no âmbito deste tipo de operações pretende evitar a criação de entraves às técnicas de concentração e desconcentração societária, daí a possibilidade da transmissão em globo dos direitos e obrigações, inclusive no que á aplicação deste princípio á transferência definitiva de um estabelecimento, que integra o património da sociedade, diz respeito. Assim, sempre que transferida uma organização mercantil por efeito de uma operação societária deste género não haverá *trespasse*.

Secção III

A Insolvência – breve nota introdutória

O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência, firmado no preâmbulo do DL 53/2004 de 18 de Março que aprovou o Código da Insolvência e da recuperação Empresas (doravante CIRE³⁵), é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores.

Mas nem sempre assim foi.

Muitos passos foram dados para que se chegasse a tal apreciação, e a verdade é que nada nos garante que iremos ficar por aqui.

Em Portugal, até á entrada em vigor do CPEREF³⁶ e mais tarde do CIRE, esta matéria encontrava-se prevista no Código Civil (doravante CC).

Historicamente, e antes mesmo de haver insolvência, havia a noção e concepção de falência. A primeira concepção de falência assentava na ideia de que a falência opunha dois sujeitos, os credores a quem se devia pagar, e o falido que se devia punir. A realização de tais

³⁵ Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo DL 53/2004 de 18 de Março (que revogou o CPEREF)

³⁶ Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (aprovado em 1993 e revisto em 1998, até á sua revogação pela entrada em vigor do CIRE).

fins era assegurada pelo processo de falência que consistia quase exclusivamente na liquidação do património do falido, daí o nome “falência – liquidação”. Pela tomada de consciência de que a falência dizia respeito a outros sujeitos, outros interesses, e que estes deveriam ser também valorizados, foram criados mecanismos de recuperação da empresa, em nome dos interesses públicos, do crescimento económico, da estabilidade no emprego e da harmonia social.³⁷ Com isto, e apesar de, no início, os mecanismos de recuperação terem sido levados ao exagero, ao longo dos tempos consolidou-se a ideia de que o risco da empresa devia ser distribuído por todos os sujeitos com interesse na empresa (empresários, trabalhadores, investidores, instituições bancárias, consumidores, etc.) e que a solução para o problema da empresa implicaria uma ponderação lúcida e equilibrada dos interesses públicos, colectivos e privados que nela convergem, passando o regime da falência a ter como missão principal a de saneamento da economia, “falência – saneamento”, e tendo como tarefa fundamental identificar os agentes/empresas viáveis, a quem se deveria apoiar, e não viáveis, que deveriam ser eliminados.

A mudança de designação do processo, que é agora a de “processo de insolvência”, justifica-se pela supressão da dicotomia recuperação/falência, a par da configuração da situação de insolvência como pressuposto objectivo único do processo. A “insolvência”, conforme é actualmente entendida, fundamentalmente consiste na “...impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas” (art. 3º do CIRE)³⁸, não se confunde com a “falência” enquanto inviabilidade económica da empresa ou irrecuperabilidade financeira³⁹.

Hoje, e decorridos cerca de sete anos sobre a aprovação do CIRE em Portugal, seguindo a orientação estrangeira, nomeadamente a lei Espanhola e Alemã, o *objectivo de qualquer processo de insolvência é a satisfação pela forma mais eficiente dos direitos dos credores*⁴⁰.

³⁷ CATARINA SERRA, “O Novo Regime Português da Insolvência – uma Introdução”, Almedina, 2ª Edição, Maio 2005, pp. 9 e ss.

³⁸ Retirada do § 17 da *Insolvenzordnung* alemã, no entendimento de MENEZES LEITÃO, in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa – Anotado”, 3ª Edição, Almedina 2006, pp. 48 (anotação 4. Do art. 3º do CIRE), a definição de insolvência não parece correcta. Defende o autor que a disposição alemã se limitou a estabelecer, não uma definição de insolvência, mas um conceito vago e indeterminado de incapacidade de cumprimento, que é genericamente preenchido pela referência à cessação de pagamentos pelo devedor, o que é, no seu entender, totalmente omitido no preceito português. Assim, defende o autor que teria sido melhor a definição da insolvência como a situação da empresa que “por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontra impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações.”

³⁹ Conf. Ac. TRC de 02 de Março de 2010: “1) Rompendo com o regime anterior, o novo diploma consagra um claro retorno ao princípio da falência liquidação em benefício dos credores em prejuízo da recuperação da empresa como era previsto nos artigos 1º, 2º e 3º do CPEREF; 2) Na verdade esta última finalidade, de natureza manifestamente secundária, diríamos que incidental – artigo 195º nº 2 alínea b) do CIRE - só surge na medida em que é instrumento ao serviço do interesse dos credores. 3) Aliás vai mais longe no seu recuo já que retrocedendo ao período anterior ao Diploma cessante limita de forma gravosa os poderes de soberania do juiz, deslocando-o de uma forma quase exclusiva para a assembleia de credores. 4) Para a definição do estado de insolvência adoptou o Legislador do CIRE a teoria do “fluxo de caixa” temperado pela consideração do balanço. sendo caso disso, nos casos a que se reportam os nsº 2 e 3 do artigo 3º do mencionado Diploma Legal.

⁴⁰ Conforme argumenta MENEZES LEITÃO, in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa – Anotado”, art. 1º do CIRE, (anotação 3.) “A indicação da finalidade do processo de insolvência (...) representa uma grande alteração da filosofia do Código (...). Para LEBRE DE FREITAS, (e conforme citado pelo autor na referida anotação 3.), o fim da recuperação passou a ser subalternizado, passando a garantia patrimonial dos credores a ser a finalidade última do processo, o que orienta todo o seu regime. É isso o que explica que o Código tenha limitado drasticamente o poder do juiz, a favor da soberania dos credores. (...)”

Os sistemas jurídicos análogos ao Português, como é o caso da recente lei alemã e da reforma do direito falimentar italiano, têm vindo a unificar os diferentes procedimentos existentes num único processo de insolvência, com uma tramitação supletiva baseada na liquidação do património do devedor e a atribuição aos credores da possibilidade de, afastando-se deste regime, aprovarem um plano de recuperação/reestruturação da empresa ou provendo à realização da liquidação em moldes distintos.

Assim, o legislador português definiu “insolvência” como a impossibilidade de cumprimento, por parte do devedor, das suas obrigações vencidas⁴¹.

Conforme se deixou patente, existe apenas um tipo de procedimento de insolvência. Para que este possa ser despoletado, é necessário que se verifique um quadro fáctico caracterizado pela impossibilidade de cumprimento, por parte do devedor, das suas obrigações vencidas ou, no que respeita às pessoas colectivas e aos patrimónios autónomos, pela existência de passivo manifestamente superior ao activo.

A vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que, o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais. Assim, sendo a garantia comum dos créditos o património do devedor, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação dessa garantia. Defendendo os criadores do Código ser por esta via que melhor será satisfeito o interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado. Desta forma, a melhor satisfação dos credores

⁴¹ Está legalmente previsto pelo Dec-Lei n.º 316/98, de 20 de Outubro (com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 201/2004, de 18 de Agosto) um procedimento extrajudicial de conciliação para viabilização de empresas confrontadas com um quadro de insolvência ou colocadas em situação económica difícil. Este processo é conduzido por uma entidade pública: o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI). Tal procedimento visa conduzir à celebração de um acordo entre a empresa e todos ou alguns dos credores, em termos que viabilizem a sua recuperação. A pendência de processo judicial de insolvência não obsta ao procedimento de conciliação. Neste caso, se ainda não tiver sido declarada a insolvência, a instância judicial pode ser suspensa, a requerimento da empresa ou de qualquer interessado. O procedimento é requerido, por escrito, ao IAPMEI, pela empresa ou por qualquer credor que, nos termos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, tenha legitimidade para requerer a declaração de insolvência da empresa, devendo o requerente invocar os fundamentos da pretensão, identificar as partes que devam intervir e indicar o conteúdo do acordo pretendido. A participação dos credores públicos no procedimento de conciliação é obrigatória desde que a regularização das respectivas dívidas contribua, de forma decisiva, para a recuperação da empresa. O requerimento a apresentar deve integrar credores que representem mais de 50% das dívidas da empresa. Deve ser apresentado, no prazo de 15 dias após a entrega do requerimento, um plano de negócios que demonstre o carácter adequado do acordo proposto e da afirmação da viabilidade da empresa. O Instituto deve recusar liminarmente o requerimento de conciliação se entender que: a) a empresa é economicamente inviável; b) não é provável o acordo entre os principais interessados na recuperação; c) não é eficaz a sua intervenção para a obtenção do pacto visado; d) a empresa não se encontra em situação de insolvência, ainda que meramente iminente; e) já se encontra ultrapassado o prazo para apresentação à insolvência. Se o requerimento não for recusado, compete ao IAPMEI promover as diligências e os contactos necessários entre a empresa e os principais interessados, com vista à concretização de acordo que viabilize a recuperação, cabendo-lhe a orientação das reuniões que convocar. A todo o tempo, pode o IAPMEI sugerir ao requerente a modificação dos termos do acordo inicialmente pretendido. Sem prejuízo da audição dos intervenientes no procedimento de conciliação, o IAPMEI deve analisar, por si ou através de especialistas externos, a viabilidade da empresa e a adequação do ajuste pretendido. As propostas de acordo podem servir de base a propostas de planos de insolvência ou de pagamentos a apresentar no âmbito de processo de insolvência. O prazo de conclusão do procedimento, quando não exista processo de insolvência pendente, não deverá exceder seis meses podendo, porém, ser este prazo prorrogado por mais três meses, por uma única vez, mediante requerimento devidamente fundamentado da empresa ou de um dos credores. A suspensão da instância do processo judicial de insolvência por força do curso do procedimento de conciliação não pode prolongar-se por mais de dois meses. Em algumas situações legalmente previstas, se o conteúdo da proposta de acordo tiver sido objecto de aprovação escrita por mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pelo devedor, pode a mesma ser submetida ao juiz do tribunal que seria competente para o processo de insolvência para suprimento da manifestação de vontade dos restantes credores e homologação, com os mesmos efeitos previstos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas para o plano de pagamentos. O acordo obtido em sede do procedimento de conciliação deve ser reduzido a escrito, dependendo de escritura pública nos casos em que a lei exija tal formalismo.

pode passar tanto pelo encerramento da empresa como pela sua manutenção em actividade, mas é sempre da vontade dos credores que depende a decisão da recuperação da empresa e em que termos ela se há-de realizar.

Ao direito da insolvência caberá, assim, a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa segundo uma lógica de mercado, “... *devolvendo o papel central aos credores, convertidos, por força da insolvência, em proprietários económicos da empresa.*”⁴². Desta feita, é sempre a vontade dos credores que comanda todo o processo.

Do novo código, resulta, não uma primazia á liquidação do património do insolvente, mas sim, a primazia da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar, ou seja, o pagamento dos respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, á partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral.

Assim, etimologicamente Insolvência significa o inverso de solvência. Esta traduz a situação daquele que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações, normalmente por ausência da necessária liquidez, em determinado momento, porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para as satisfazer.

Desta forma o Direito da Insolvência pode, por isso, ser considerado como o *complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e a satisfação dos direitos dos seus credores*⁴³. Abrange as consequências resultantes da impossibilidade de cumprimento pelo devedor das suas obrigações, nomeadamente, a situação do devedor; as medidas de conservação e a liquidação do seu património; eventuais medidas de recuperação que venham a ser determinadas; a determinação e a graduação dos direitos dos credores; a satisfação (ainda que na maioria das vezes parcial) dos direitos dos credores.

Entendido nestes termos, o Direito da Insolvência pode abranger normas de índole muito variada quer de Direito Comercial, quanto aos devedores comerciantes; quer de Direito Civil, em relação aos outros devedores; quer de Direito Processual Civil, quanto ao processo de Insolvência *latu senso*; quer de Direito Penal, em relação aos crimes falenciais/insolventiais, e neste sentido também quer ao próprio Direito Processual Penal, e ainda de Direito Internacional Privado no âmbito das insolvências internacionais⁴⁴.

⁴² Preâmbulo DL 53/2004 de 18 de Março (ponto 3.)

⁴³LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito da Insolvência”, 2ª Edição, Almedina 2009, pp. 16

⁴⁴ Pelo exposto, já se considerou a autonomia do Direito de Insolvência como carecendo de fundamento científico, já que este não passaria de uma massa heterogénea de normas de mais diversa natureza, alegando por isso que a sua autonomização legislativa seria artificial. Posição que, assim como MENEZES LEITÃO, consideramos exagerada, na medida em que, embora recolha elementos dos ramos de Direito referidos (como

Assim, o Direito da Insolvência, tem, acima de tudo, uma forte componente processual, dado que, por necessidade de tutela dos direitos do devedor e dos credores envolvidos, é necessária a intervenção do tribunal, coadjuvado pelos órgãos da insolvência⁴⁵.

alias outros fazem), é possível atribuir-lhe uma unidade dogmática própria já que, para todos os efeitos, representa a *reação da ordem jurídica á situação de insolvência*.

⁴⁵ Apesar dessa forte componente processual, são vários os que têm criticado a nova lei da insolvência introduzida pelo CIRE, neste âmbito. A “desjudicialização” que o CIRE implementou tem sido criticada por muitos, a par de MENEZES LEITÃO, também MARIA JOSÉ COSTEIRA, juíza, defende que se o objectivo do legislador era tornar o processo mais célere e simultaneamente retirar trabalho aos tribunais, nenhum dos objectivos foi alcançado. Na verdade, é ambíguo que por um lado se mantenha a natureza judicial do processo e por outro se retire ao tribunal o efectivo controlo do mesmo. Neste momento, o processo de Insolvência está praticamente dependente da vontade dos credores e do administrador de insolvência, sendo o juiz, praticamente, um mero agente de homologação das decisões do administrador de insolvência e da comissão de credores, normalmente, sem bases de decisão certas e fidedignas já que o arquivo dos documentos essenciais às suas decisões esta na esfera de opção do administrador que não tem que os por á disposição do magistrado. Será no mínimo caricato que, p.e., as decisões e deliberações das comissões de credores não sejam sindicáveis pelo juiz, mas apenas pela assembleia de credores; que as decisões do tribunal possam ser literalmente revogadas pela assembleia de credores; ou que a sentença de verificação e graduação de créditos passe a ser feita por «homologação» do parecer do administrador de insolvência, salvo em casos de erro grosseiro. Dispensa-se agora a intervenção do juiz na decisão relativa ao destino da empresa e limita-se a sua intervenção ás fases da declaração de insolvência, da homologação do plano de insolvência de da verificação e graduação de créditos, ou seja, as fases verdadeiramente jurídicas. Assim, desvalorizado o papel do juiz no processo, quem tem agora, quase exclusivamente, o poder decisivo são os credores – conf. MARIA JOSÉ COSTEIRA, “Novo Direito da Insolvência” *in* Themis: Revista da Faculdade de Direito. Ed. Especial (2005), pp. 25-42; e CATARINA SERRA, “O Novo Regime...”, pp. 23 e ss.

Capítulo II

Secção I:

A Codificação

O instituto da insolvência, originariamente designado de *quebra*, e posteriormente de *falência*, encontra-se previsto em Portugal desde tempos imemoriais, surgindo referências à *quebra* nas várias Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). O sec. XVIII conheceria ainda vários diplomas sobre a falência, a maior parte desencadeada pelas consequências económicas do terramoto de 1755.

Porem, é apenas com o Código Comercial de 1833 aprovado pelo decreto de 18 de Setembro de 1833, habitualmente designado por Código Ferreira Borges, em homenagem ao seu autor, que o instituto da insolvência surge disciplinado pela primeira vez em termos sistemáticos.

O sistema passaria sem grandes alterações para o Código Comercial de 1888, o Veiga Beirão, aprovado pela Carta de Lei de 28 de Junho de 1888, o qual possuía um livro IV, denominado *Das Falências* regulado nos art. 692º a 749º, sistematizada em sete títulos.

Como ambos os Códigos Comerciais regulavam o instituto das falências, quer a nível substantivo quer a nível processual, fez com que nem o Código de Processo civil de 1896, nem o Código de Processo Comercial de 1895 contivessem, inicialmente, qualquer normativo a este respeito.

A necessidade de rever o processo de falência constante do Código Comercial de 1888, levou a que fosse aprovado por Decreto de 26 de Julho de 1899 o Código das Falências⁴⁶. Este código divide-se em 15 títulos e conta com 186 artigos.⁴⁷

Conforme nos ensina LEBRE DE FREITAS⁴⁸, *“O direito da falência e insolvência era tradicionalmente entendido como um instituto dirigido á actuação do princípio da*

⁴⁶ O Código de Processo Comercial de 1905 não trouxe grandes inovações ao processo de falência, mantendo praticamente intacto o seu regime, uma vez que correspondeu a uma mera inserção do Código de Falências de 1899 num novo Código. Uma importante inovação resultou do facto de o Decreto nº 21758, de 22 de Outubro de 1932 ter vindo introduzir em Portugal o instituto da insolvência, destinado aos devedores não comerciantes. Este diploma representou a aplicação em Portugal, pela primeira vez, de um processo de liquidação colectiva em benefício de credores.

⁴⁷ O código estabelecia uma presunção do estado de falência em consequência da cessação de pagamentos (art.1º), considerando ainda fundamento para a sua declaração a fuga ou abandono do estabelecimento e a insuficiência do activo. Na sentença de declaração de falência eram nomeados o administrador de falência e dois ou mais curadores fiscais, escolhidos pelo Tribunal entre os credores (art. 14º).

⁴⁸ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Pressupostos objectivos e subjectivos da Insolvência”, *in* Themis: Revista da Faculdade de Direito. Edição Especial (2005) p. 11-24

*responsabilidade patrimonial, constituindo o património do devedor a garantia comum dos credores, a sua insuficiência levava a liquidá-lo, no interesse deles”.*⁴⁹

A evolução do Direito da falência, durante os sec. XIX e XX, foi no sentido do abrandamento da penosidade da falência, visto que as crises de 1870, 1914 e 1929 provocaram múltiplas falências casuais que produziram um sentimento geral de benevolência para com os falidos, surgindo a ideia de separação dos destinos do homem e da empresa insolventes, ensaiando-se vias de recuperação.⁵⁰

Recuemos então ao código de processo civil (CPC) de 1939 e de 1961⁵¹, que falavam de “liquidação em benefício de credores”, nomeadamente, na epígrafe da secção III do capítulo dedicado á liquidação de patrimónios, ao lado da liquidação em benefício de sócios (sociedades)⁵². A lei previa as figuras da *concordata*⁵³ e do *acordo de credores*⁵⁴, quando não também a *moratória*⁵⁵, que constituíam meios preventivos da declaração de falência, quando tinham lugar antes ou no início do processo; ou meios suspensivos da falência, quando tinham lugar após a verificação dos créditos em 1ª instância (art. 1236, § único, 1288 e 1289 do CPC de 1939; art. 1152, 1167 e 1266 do CPC de 1961).

Onde se verificou uma efectiva modificação no Código de Processo Civil de 1961, que justifica, aliás, que este seja encarado como o início do sistema falência – saneamento, tem a

⁴⁹ A primeira codificação que abrangeu a falência foi o *Code de Commerce* francês, de Napoleão, cujo livro III relativo á falência foi promulgado em 22 de Setembro de 1807. O código distinguia entre a falência (*faillite*) e a bancarrota (*banqueroute*), considerando-se que a primeira ocorria em caso de cessação de pagamentos, art. 437º, e a segunda resultava da existência de culpa grave ou fraude, art. 438º. No sistema do código francês de 1807 a falência é essencialmente tratada como um processo de liquidação de bens do comerciante, resultante da cessação de pagamentos, assente numa autogestão da massa falida pelos credores, sendo a autoridade judiciária, uma mera fiscalizadora da sua actuação. Seguiu-se a *Konkursordnung* alemã de 1877, aqui, competia integralmente ao tribunal a promoção, desenvolvimento e conclusão dos processos de falência, a administração da massa falida era assegurada pelo Estado através de um oficial público. Esta, não estabelecia qualquer distinção para efeitos da insolvência, por considerar que a mesma não passava de uma execução colectiva destinada a salvaguardar a igualdade dos credores.

⁵⁰ Em França o *Code de Commerce* foi modificado, por exemplo, pelas leis de 28 de Maio de 1838; pela lei de 17 de Julho de 1856, sobre as concordatas com o abandono do activo; a lei de 4 de Março de 1889 que estabeleceu um processo especial alternativo, a *liquidation judiciaire*, para os comerciantes honestos. Na Alemanha as leis protectoras do falido iniciaram-se com a lei de 8 de Junho de 1915. No direito Inglês, sucederam-se leis, nomeadamente em 1883, 1887, 1888, 1914 e 1926. Este sistema tem a particularidade de permitir que, após um *official receiver* indagar dos negócios do devedor e das causas da insolvência, se entregue o conjunto de bens a um *trustee* que os administra e liquida no interesse dos credores.

⁵¹ Ainda anteriormente, em 1935, foi publicado pelo DL nº 25981, de 26 de Outubro, novo Código das Falências. No seu preambulo, referia-se que a necessidade da revisão do regime falimentar resultava das inúmeras reclamações que os comerciantes e as associações comerciais estavam a colocar em relação ao regime anterior. O Código de 1935 alterou a definição da falência, que deixou de constituir uma presunção resultante da cessação de pagamentos, para passar a assentar na impossibilidade de o comerciante solver os seus compromissos (art. 1º). Tendo o legislador passado a considerar que essa impossibilidade era o critério decisivo, pois sempre que o comerciante conseguisse obter crédito para cumprir os seus compromissos, não poderia ser considerado falido. Foi ainda criada a figura do *sindico*, inspirado no juiz-delegado de outras legislações, que constituía um novo órgão administrativo com poderes de direcção, fiscalização e de acção disciplinar sobre os administradores. Por fim, o Código classificava a falência, consoante as circunstancia, em casual, culposa ou fraudulenta (art. 194º e ss.), estabelecendo penas de prisão para as quebras fraudulenta e culposa (art. 198º).

⁵² O referido Código das Falências de 1935 teve uma curta vigência visto o legislador, através do DL nº 29637, de 28 de Maio, ter decidido unificar todo o processo civil e comercial no Código de Processo Civil de 1939, o que implicou a inclusão neste do Código das Falências. Com o Código de Processo Civil de 1961, aprovado pelo DL 44.129, de 28 de Dezembro de 1961, entra em vigor a fase do sistema da falência – saneamento.

⁵³ Geralmente através da redução dos créditos e do escalonamento de vencimentos diferidos.

⁵⁴ Através da constituição de uma sociedade de quotas entre os credores, art. 1286 do CPC de 1939; art. 1167 do CPC de 1961.

⁵⁵ Trata-se de um acordo para o pagamento diferido dos créditos, art. 1297 CPC 1939. O CPC de 1961 não autonomizou a moratória reconduzindo-a para a figura da concordata.

ver com os meios preventivos da declaração de falência aos quais passou a ser dada prioridade, sendo considerados como alternativa preferível à liquidação judicial.⁵⁶

Com o aumento e concentração do tecido empresarial começou a defender-se a ideia de que os custos sociais da falência das grandes empresas eram imensos, pelo que, para os evitar havia que recuperar as empresas enquanto fosse possível.⁵⁷

Defendia-se que, actuando mais cedo seria mais propícia a tomada de medidas adequadas à recuperação. Foi assim criado pelo DL 177/86 de 2 de Julho, o processo especial de recuperação de empresas.

Este diploma vem abolir a dicotomia da falência para os comerciantes e insolvência para os não comerciantes, substituindo-a pela relativa à existência ou não de empresa, já que apenas a esta é aplicável o processo de recuperação. Com o DL 177/86, foram alteradas disposições do CPC relativas ao processo de falência, nomeadamente, procurou-se aumentar a eficácia e a celeridade das liquidações falimentares, determinando que a venda deveria iniciar-se, independentemente da verificação do passivo (art. 1245º), e que *os estabelecimentos compreendidos na massa, deveriam ser alienados na totalidade* (art. 1247º nº 3).

Este diploma caracteriza-se por estabelecer pela primeira vez a recuperação de empresa por via judicial, instituindo-se, deste modo, um processo judicial alternativo ao processo de falência.

O DL 177/86 de 2 de Julho foi, posteriormente, integrado no Código dos Processos de Recuperação da Empresa e Falência (CPEREF) de 1993, aprovado pelo DL nº 132/93 de 23 de Abril, onde se impôs esta nova visão. Este Código, considerado a reforma mais importante, unificou o regime da falência e da recuperação de empresas, evitando assim a dispersão do seu regime por dois diplomas.

A *gestão controlada*⁵⁸ (art. 97º do CPEREF), a *reestruturação financeira*⁵⁹ (art. 87º do CPEREF) e a *manutenção dos poderes de gestão*⁶⁰ dos administradores durante a execução da

⁵⁶ O Código de Processo Civil de 1961 teve sucessivas reformas em matéria de Direito Falimentar, das quais se destacam o DL nº 47.690, de 11 de Março de 1967 e o DL nº 242/45, de 9 de Julho.

⁵⁷ Das reformas recentes em matéria de insolvência, destacam-se a reforma francesa de 1985, representada pela *loi 85-98, du Janvier 1985 relative au redressement et à liquidation judiciaires des entreprises*, instituindo um novo processo de “*redressement et liquidation judiciaire*”, que se pode considerar o apogeu da tendência evolutiva no sentido da recuperação das empresas em situação de falência. Tendo sido os referidos processos reformulados pela *Loi nº 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*; surgindo posteriormente a *Loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, baseada ainda na ideia de recuperação. Assim como se destaca a *Insolvenzordnung* alemã de 1994, uma reforma cuidadosamente ponderada e preparada (os primeiros ante-projectos desta reforma apareceram em 1985 e 1986) e que representa um marco na evolução do Direito da Insolvência. Esta visou essencialmente o reforço da autonomia dos credores, facilitando-lhes a abertura do processo de insolvência, e dilatando as possibilidades de impugnação de actos praticados em prejuízo da massa. Procurou reforçar a igualdade entre os credores, não deixando contudo de ser contemplada a possibilidade de recuperação da empresa através do instituto do plano de insolvência.

⁵⁸ Constituição de uma nova administração, actuando com base num plano global, concertado entre os credores e com um regime próprio de fiscalização.

concordata (art. 68º do CPEREF) eram, entre outras, medidas cuja base assentava na ideia de que o saneamento da empresa era a via para o saneamento da economia.

A principal inovação teve a ver com a abolição da distinção entre falência e insolvência e a aplicação do respectivo regime a todas e quaisquer empresas, fossem ou não empresas comerciais (art. 1º). Desta feita, foi unificado o processo de falência, que passou a ter pressupostos comuns, sendo que, se o devedor não fosse titular de empresa poderia ser declarado falido mas não beneficiava do processo de recuperação (art. 27º). Acresce que, facilitou-se ainda a circulação ente os dois processos de falência e recuperação ao se prever uma fase prévia comum a ambos (art. 5 a 10º e 14º a 25º)⁶¹.

O CPEREF foi revisto pelo DL 315/98 de 20 de Outubro, a partir deste diploma, passou a considerar-se “a situação económica difícil” como novo pressuposto da providência de recuperação, considerando-se que a mesma existia sempre que a empresa “não devendo considerar-se em situação de insolvência, indície dificuldades económicas e financeiras, designadamente por incumprimento das suas obrigações” – nova redacção do art. 3º do CPEREF.⁶²

Com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa (CIRE)⁶³ o fim de recuperação é subalternizado e a garantia patrimonial dos credores elevada a finalidade única, que orienta todo o regime.

Inicia-se a chamada *terceira fase* com o retorno ao sistema da *falência - liquidação*.

Esta orientação surge claramente no seu art. 1º onde se estabelece como finalidade do processo de insolvência “*a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pelas formas previstas num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente*”. O processo deixa de ter como fim principal a recuperação da empresa, para passar

⁶⁰ Modificação da situação do passivo ou alteração do capital da empresa, a fim de assegurar a superioridade do activo sobre o passivo e a existência de fundo de manei.

⁶¹ Em alternativa á limitação ou condicionamento dos seus poderes.

⁶² LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito da Insolvência”, pp. 73 e ss.

⁶³ Com o referido diploma, passou a denominar-se o acordo de credores como “reconstituição empresarial” (art. 4º), e foram ainda reforçados os poderes da comissão de credores (art. 41º e ss), ficando os poderes do juiz limitados á fiscalização, após reclamação (art. 121º -A). Ao mesmo tempo, o DL 316/98 de 20 de Outubro, criou, ao lado dos processos judiciais, um procedimento administrativo, denominado *procedimento de conciliação*, também destinado á recuperação de empresas, com a intervenção de um instituto público, o IAPMEI (Instituto de Apoio ás Pequenas e Médias Empresas Industriais).

⁶⁴ Acabou por ser alterado mesmo antes de entrar em vigor, pelo DL nº 200/2004 de 18 de Agosto, que o republicou, tendo vindo posteriormente a ser alterado pelo DL nº 76-A/2006 de 29 de Março, pelo DL nº 282/2007 de 7 de Agosto, pelo DL nº 116/2008 de 4 de Julho e pelo DL nº 185/2009 de 12 de Agosto.

a ter como fim único a satisfação dos credores, de que a recuperação da empresa é vista como mero instrumento.⁶⁴

A ideia de recuperação é subalternizada, e a recuperação não é um processo, dado que o processo de insolvência é o único admissível, sendo a recuperação apenas um fim possível, entre outros, do plano de insolvência, que constitui a verdadeira alternativa à liquidação.⁶⁵

No entendimento de LEBRE DE FREITAS, esta concepção não constitui mero retrocesso às concepções liberais anteriores ao CPEREF, ela leva mais longe a confiança nos mecanismos reguladores do mercado, limitando drasticamente os poderes do juiz e conferindo a soberania aos credores.

Nesse mesmo sentido nos diz MENEZES LEITÃO que a fé nas vantagens do individualismo dos credores, fez com que no CIRE se deixasse mesmo totalmente na sua esfera de decisão a eventual recuperação da empresa, admitindo que os credores a rejeitem apenas por não verem interesse na sua continuação.

No entendimento de MENEZES LEITÃO, esta desjudicialização do processo de insolvência resulta, desde logo, na inexistência de reclamação para o juiz dos actos do administrador de insolvência e das deliberações da comissão de credores, bem como do regime do plano de insolvência. No entanto, e ao contrario do previsto esta desjudicialização não contribuiu para tornar o processo mais célere e retirar trabalho aos tribunais. Muito pelo contrário, a morosidade agravou-se em virtude da necessidade da assembleia de credores em quase todos os processos, da necessidade de reagir contra a sentença de declaração de insolvência por via de embargos e recursos e da exigência de convocação da assembleia de credores para aprovação do plano de insolvência, o qual deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência. O que fez com que a avaliação do CIRE se apresenta-se em geral fortemente negativa.⁶⁶

Na verdade, consideramos justificadas estas reservas em relação ao regime da insolvência, quer pelo desaparecimento da viabilidade económica como condição subjectiva para a recuperação, quer porque o pendor claramente liberal do CIRE, em que “os credores convertem-se em proprietários económicos da empresa”⁶⁷, torna “praticamente” impossível

⁶⁴ Conf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa – Anotado*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, sub art. 1º nº 2, pp.52

⁶⁵ Conf. CATARINA SERRA, “As novas tendências do direito português da insolvência – Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto do Código da Insolvência”, disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/mestre-catarina-serra/downloadFile/file/CS.pdf?nocache=1210675423.37>

⁶⁶ Conf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito da Insolvência”, pp. 76

⁶⁷ Preâmbulo do DL nº 53/2004 de 18 de Março que estabelece que “...é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação da garantia comum dos seus créditos (...) é sempre das estimativas dos credores que deve depender, em última análise, a decisão de recuperar a

controlar a sensatez da decisão de recuperação, ou seja, na prática, poderemos ter situações em que se opta pela recuperação mesmo que a sua condição de aplicabilidade, a viabilidade da empresa, não se verifique; e inversamente, deixar que o processo de insolvência siga o seu caminho até à liquidação, quando seria viável a recuperação.

Torna-se uma situação arrojada principalmente quando sabemos estarem em causa interesses públicos tão importante como o desenvolvimento da economia e a estabilidade do emprego. Os custos sociais da declaração de insolvência das empresas, são nos dias que correm, enormes, nunca antes como agora vemos e ouvimos falar da degradação do tecido empresarial português, seja pela declaração de insolvência das empresas, seja pela fuga das grandes empresas para países onde o custo de produção e mão-de-obra são amplamente mais baixos. Pelo que, se justifica a nosso ver, uma reapreciação dos princípios que sustentam o nosso direito insolvencial, visto a nossa conjuntura, não só nacional mas também internacional, apontar para a necessidade de recuperar as empresas efectivamente recuperáveis⁶⁸. A subalternização do fim da recuperação da empresa prevista no CIRE não é, a nosso ver, benéfica para a conjuntura que o país atravessa⁶⁹. Este aumento das declarações de insolvência com cada vez mais empresas a encerrarem tem contribuído para a instabilidade social, económica, e principalmente ao nível do emprego. Este exponencial aumento tem colocado em causa interesses públicos fundamentais com enormes custos sociais, pelo que julgamos, hoje mais do que nunca, se justificarem medidas de saneamento das empresas como via para o saneamento da economia⁷⁰. Deveriam ser implementados mecanismos efectivos de recuperação da empresa, em nome dos referidos interesses públicos, do crescimento económico, da estabilidade no

empresa (...) é sempre a vontade dos credores que comanda todo o processo (...) aos credores compete decidir se o pagamento se obterá por meio da liquidação integral do património do devedor, nos termos do regime disposto no Código ou nos de que constem de um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção em actividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano."

⁶⁸ De acordo com dados do Instituto Informador Comercial, Portugal teve um total de empresas declaradas insolventes no ano de 2009 de 1413, em 2010 um total de 1536 empresas, e até ao dia 16 de Maio de 2011 já haviam sido declaradas insolventes 1605 empresas, <http://www.iic.pt/iic/geral/mapainsolvencias.aspx>. ainda de acordo com informação do Portal Estatístico de Informação Empresarial do IRN, no ano de 2010, foram extintas pelos mais variados motivos 22,452 empresas. www.estatisticasempresariais.mj.pt.

⁶⁹ Conforme dita o ponto 6 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004: "O novo Código acolhe esta estrutura, como logo resulta do seu artigo 1.º e, por outro lado, do artigo 192.º, que define a função do plano de insolvência. Fugindo da errónea ideia afirmada na actual lei, quanto à suposta prevalência da via da recuperação da empresa (sublinhado nosso), o modelo adoptado pelo novo Código explicita, assim, desde o seu início, que é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo. A opção que a lei lhes dá é a de se acolherem ao abrigo do regime supletivamente disposto no Código - o qual não poderia deixar de ser o do imediato ressarcimento dos credores mediante a liquidação do património do insolvente ou de se afastarem dele, provendo por sua iniciativa a um diferente tratamento do pagamento dos seus créditos. Aos credores compete decidir se o pagamento se obterá por meio de liquidação integral do património do devedor, nos termos do regime disposto no Código ou nos de que constem de um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção em actividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano."

⁷⁰ "Entre Janeiro e Setembro (2009), houve 3255 acções de insolvências registadas nos tribunais, das quais 1122 apresentadas pelos próprios empresários, mais 96% do que em 2008. O total de acções cresceu 55,9% e as falências 40% ", *In* DN Economia de 09 Outubro de 2009 - "O número de novos processos de insolvência judicial aumentou 42 por cento nos nove primeiros meses deste ano (2009), atingindo 3626, o que representa um agravamento de 29 por cento face ao segundo trimestre, informou esta tarde a Crédito y Caución. [...] «O aumento das insolvências judiciais é mais um indicador do complexo momento económico que atravessam muitas empresas portuguesas. Na maioria dos casos a deterioração da solvência produz-se de forma progressiva», refere o director da Crédito y Caución para Portugal e Brasil, Paulo Morais", *In* TSF online de 07 de Outubro de 2009

emprego e da harmonia social. Cremos que, e salvo melhor opinião, a decisão de recuperação não deveria ser exclusiva dos credores, antes pelo contrário, deveria ser tomada por uma equipa de agentes capazes, com conhecimentos de mercado, de gestão, de contabilidade, de Direito, (conhecimentos até específicos do próprio sector de actividade da empresa) que juntos conseguissem aferir da efectiva recuperabilidade da mesma, e só após parecer desses técnicos deveria ser colocada a opção de encerramento ou recuperação, decisão que, a nosso ver, deveria caber ao tribunal após audição dos credores e do devedor.⁷¹

Secção II

1. A situação de Insolvência

O art. 1135º do CPC considerava em situação de falência o comerciante impossibilitado de cumprir as suas obrigações; e o art. 1174º n.º 2 CPC admitia que as sociedades de responsabilidade limitada fossem declaradas falidas com fundamento na insuficiência manifesta do activo para a satisfação do passivo. Quanto aos não comerciantes, estes podiam ser

⁷¹ A proposta de lei n.º 39/XII, que a ser aprovada, procede à sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 200/2004, de 18 de Agosto, 76-A/2006, de 29 de Março, 282/2007, de 7 de Agosto, 116/2008, de 4 de Julho, e 185/2009, de 12 de Agosto), pretende, conforme decorre da sua parte inicial na exposição dos motivos, simplificar formalidades e procedimentos e instituir o processo especial de revitalização. O principal objectivo prosseguido por esta revisão passa por reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação (ao contrario do previsto pelo CIRE em 2004), privilegiando sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação. A presente proposta tem também outros objectivos, designadamente, o reforço da responsabilidade assacada aos devedores, bem como aos seus administradores de direito ou de facto no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa, a simplificação de procedimentos, o ajustamento de prazos que, em muitos casos, se mostravam demasiadamente alargados, a possibilidade de adaptação do processo ao caso concreto, o reforço das competências do juiz em termos de gestão processual, a delimitação clara do âmbito de responsabilidade dos administradores da insolvência, o reforço da tutela efectiva dos dependentes do devedor insolvente com direito a alimentos e a melhoria da articulação entre a acção executiva e o processo de insolvência. A ser aprovada a presente proposta parece-nos ser de louvar alguns credores compete decidir se o pagamento se obterá por meio de liquidação integral do património do devedor, nos termos do regime disposto no Código ou nos de que constem de um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção em actividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano.”

⁷¹ “Entre Janeiro e Setembro (2009), houve 3255 acções de insolvências registadas nos tribunais, das quais 1122 apresentadas pelos próprios empresários, mais 96% do que em 2008. O total de acções cresceu 55,9% e as falências 40%”, /n DN Economia de 09 Outubro de 2009 - “O número de novos processos de insolvência judicial aumentou 42 por cento nos nove primeiros meses deste ano (2009), atingindo 3626, o que representa um agravamento de 29 por cento face ao segundo trimestre, informou esta tarde a Crédito y Caución. [...] «O aumento das insolvências judiciais é mais um indicador do complexo momento económico que atravessam muitas empresas portuguesas. Na maioria dos casos a deterioração da solvência produz-se de forma progressiva», refere o director da Crédito y Caución para Portugal e Brasil, Paulo Morais”, /n TSF online de 07 de Outubro de 2009

⁷¹ A proposta de lei n.º 39/XII, que a ser aprovada, procede à sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 200/2004, de 18 de Agosto, 76-A/2006, de 29 de Março, 282/2007, de 7 de Agosto, 116/2008, de 4 de Julho, e 185/2009, de 12 de Agosto), pretende, conforme decorre da sua parte inicial na exposição dos motivos, simplificar formalidades e procedimentos e instituir o processo especial de revitalização. O principal objectivo prosseguido por esta revisão passa por reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação (ao contrario do previsto pelo CIRE em 2004), privilegiando sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação. A presente proposta tem também outros objectivos, designadamente, o reforço da responsabilidade assacada aos devedores, bem como aos seus administradores de direito ou de facto no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa, a simplificação de procedimentos, o ajustamento de prazos que, em muitos casos, se mostravam demasiadamente alargados, a possibilidade de adaptação do processo ao caso concreto, o reforço das competências do juiz em termos de gestão processual, a delimitação clara do âmbito de responsabilidade dos administradores da insolvência, o reforço dos seus objectivos e revisões que a nosso ver poderão trazer benefícios especialmente aos insolventes com viabilidade de recuperação que com a legislação actual eram praticamente deixados para último plano.

declarados insolventes quando o seu activo fosse inferior ao passivo, art. 1313º CPC. Assim, o termo *falência* era reservado aos comerciantes e o termo *insolvência* aos não comerciantes.

Com o CPEREF a dicotomia de critérios desaparece. Deixando de relevar a distinção entre comerciantes e não comerciantes, e adquirindo fundamental importância o conceito de *empresa* só ela passível de recuperação. A situação de insolvência define-se então pela impossibilidade de o devedor cumprir pontualmente as suas obrigações.

No CPEREF de 1993, deixa de se apelar à comparação entre activo e passivo, pelo que, nos termos do art. 93º, a impossibilidade de cumprimento resulta da carência de meios próprios ou da falta de crédito. Mais tarde, com a revisão de 1998, o critério mantém-se mas a impossibilidade de cumprimento passa, nos termos do art. 98º, a ser aferida apenas pela insuficiência do activo disponível para satisfazer o passivo exigível.

No CIRE, segundo o art. 3º nº 1, a situação de insolvência consiste na impossibilidade de o devedor cumprir as obrigações vencidas⁷².

No entanto, note-se que o art. 3º nº 4 CIRE equipara a situação de insolvência actual à “meramente iminente”⁷³ quando o devedor se apresenta à insolvência. Assim, o conceito de insolvência iminente estará próximo do de situação económica difícil previsto no art. 1º nº 1 do CPEREF.

Assim, enquanto no CPEREF a inviabilidade económica ou impossibilidade de recuperação financeira constituía, com a situação de insolvência, requisito da declaração de falência, sem o qual, aliás, a empresa só podia ser sujeita a regime de recuperação (art. 1º CPEREF), no CIRE é bastante a situação de insolvência para que o devedor seja declarado insolvente.⁷⁴

O CPEREF adoptou uma perspectiva diferente ao tomar a empresa como ponto de referência do instituto da falência, aqui a empresa era não só a “organização dos factores de produção destinada ao exercício de actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços”, conforme o art. 2 do CPEREF, como acima de tudo era a *titular* da organização.

⁷² Com redacção igual à do § 17, II da *Insolvenzgesetz* alemã. Na lei espanhola: impossibilidade de cumprir *regularmente* as obrigações exigíveis, art. 2-2 da Ley Concursal. As leis, alemã e espanhola, foram as grandes inspiradoras do CIRE.

⁷³ É necessária uma certeza, uma convicção objectiva do devedor, de que praticamente se encontram esgotadas as possibilidades de cumprir com as suas obrigações. A situação de *insolvência iminente* equipara-se à situação de insolvência actual apenas nos casos de apresentação à insolvência pelo devedor (art.18.º CIRE). Atenção que, no caso de a insolvência ser “meramente iminente”, não existe o dever de apresentação do devedor à insolvência. Nestes casos, consagra-se a faculdade de o devedor se apresentar ou não, uma vez que ainda não se está perante uma situação consumada de insolvência e não será de excluir uma alteração da situação.

⁷⁴ Mas, assim como acontecia no esquema do CPC, também no CIRE, há uma norma especial para as sociedades de responsabilidade limitada, agora alargada às outras pessoas colectivas e aos patrimónios autónomos, e abrangendo igualmente as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos de responsabilidade ilimitada por cujas dívidas, não responda, segundo diz a lei (art. 2º nº 1 *b)* e *g)* CIRE), directa ou indirectamente, uma pessoa singular, ou seja, todos eles, se pelas suas dívidas não responder ilimitadamente uma pessoa singular, são também considerados insolventes quando seja o seu passivo manifestamente superior ao activo, um e outro avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis.

No CIRE, pelo contrário, a empresa surge apenas como objecto “compreendida na massa insolvente” (art. 1º CIRE), que tem como titular o devedor (art. 18º nº 2 e nº 3, 20º nº 1 *c*), 195º nº 2 al. *b*) e *c*) do CIRE) e, como tal, pode ser transmitida a outra entidade (art. 195º nº 2 *b*) CIRE). A empresa perde desta forma importância, no esquema dos pressupostos, neste caso subjectivos, da insolvência.⁷⁵

No que aos sujeitos passivos da declaração de insolvência diz respeito, estes encontram-se enumerados no art. 2º nº 2 do CIRE. Dessa enumeração, verifica-se que os sujeitos passivos da insolvência, compreende tantas pessoas singulares e colectivas como também outras entidades, normalmente designadas como simples patrimónios autónomos⁷⁶.

Desta forma julga-se poder falar-se de uma personalidade insolvencial⁷⁷, que não coincide necessariamente com a personalidade jurídica consagrada no art. 66º do CC, nem com a personalidade judiciária em geral consagrada nos arts. 5º e seguintes do CPC, já que é relativa apenas á susceptibilidade de ser objecto de um processo de insolvência.

Assim, conforme decorre do exposto, ser insolvente significa ser incapaz de cumprir as suas obrigações⁷⁸. Para certificar essa incapacidade, MENEZES LEITÃO⁷⁹, refere dois critérios principais, o critério do fluxo de caixa (*cash flow*), em que o devedor é insolvente logo que se torna incapaz, por ausência de liquidez suficiente, de pagar as suas dívidas no momento em que

⁷⁵ Desapareceu também com o CIRE a figura da insolvência (ou falência) derivada, em que os pressupostos da insolvência tinham de se verificar relativamente a cada insolvente. Desta forma, deixou de ser automática a falência do sócio da sociedade pessoal, do cooperante de responsabilidade ilimitada da cooperativa ou do membro do agrupamento complementar de empresas responsável pelas dívidas desta (art. 126º CPEREF), bem como do gerente, administrador ou director, de direito ou de facto, cujos actos, praticados nos últimos dois anos tenham contribuído para a situação de insolvência (art. 126º-A CPEREF).

⁷⁶ Sobre a prevalência do critério de autonomia patrimonial sobre a personalidade jurídica para efeitos de sujeitos passivos da insolvência transcreve-se o ponto 20 do preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março: “Dão-se profundas alterações na delimitação do âmbito subjectivo de aplicação do processo de insolvência. Dissipando algumas dúvidas surgidas quanto ao tema na vigência do CPEREF, apresenta-se no art. 2.º do novo Código um elenco aberto de sujeitos passivos do processo de insolvência (...) neste quadro, a mera empresa, enquanto tal, se não dotada de autonomia patrimonial, não é considerada sujeito passivo, mas antes o seu titular. Desaparecem, portanto, as «falências derivadas» ou «por arrastamento» constantes do art. 126.º do CPEREF, por não se crer equânime sujeitar sem mais à declaração de insolvência as entidades aí mencionadas, que podem bem ser solventes. Por outro lado, quanto às empresas de seguros, instituições de crédito e outras entidades tradicionalmente excluídas do âmbito de aplicação do direito falimentar comum, esclarece-se que a não sujeição ao processo de insolvência apenas ocorre na medida em que tal seja incompatível com os regimes especiais aplicáveis a tais entidades, assim se visando pôr termo a certos vazios de regulamentação que se verificam nos casos em que tais regimes nada prevêem quanto à insolvência das entidades por eles abrangidas. A aplicação do processo de insolvência a pessoas colectivas, pessoas singulares incapazes e meros patrimónios autónomos exige a identificação das pessoas que os representem no âmbito do processo, e a quem, porventura, possam ser imputadas responsabilidades pela criação ou agravamento da situação de insolvência do devedor. Naturalmente que tais pessoas serão aquelas que disponham ou tenham disposto, nalguma medida, e tanto por força da lei como de negócio jurídico, de poderes incidentes sobre o património do devedor, o que legitima a sua reunião na noção, meramente operatória, de «administradores» contida no n.º 1 do art. 6.º”.

⁷⁷ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito da Insolvência”, pp. 81

⁷⁸ No que á impossibilidade de cumprimento das obrigações diz respeito veja-se: NUNO MARIA PINHEIRO TORRES, “O Pressuposto Objectivo do Processo de Insolvência”, in *Direito e Justiça*, 2005/tomo II, p. 170. “A impossibilidade afere-se (...) em função da incapacidade ou impotência financeira ou patrimonial do devedor para liquidar a obrigação vencida”. Daqui decorre que estamos perante uma impossibilidade de cumprimento objectiva, um verdadeiro «*stato di facto*», e não apenas um comportamento omissivo. E também MARIA JOÃO COUTINHO DOS SANTOS, “Algumas Notas sobre os Aspectos Económicos da Insolvência da Empresa”, in *Direito e Justiça*, 2005/ tomo II, p. 182: “(...) a situação de insolvência sendo, conceptualmente, um fenómeno de índole económica manifesta-se sob a forma de uma insuficiência de liquidez para solver as obrigações financeiras contratuais, a qual é resultante da incapacidade, não necessariamente transitória, da empresa gerar excedente económico(...)”.

⁷⁹ Ob. Cit.

estas se vencem⁸⁰; e o critério do balanço ou do activo patrimonial (*balance sheet* ou *asset*) onde a insolvência resulta do facto de os bens do devedor serem insuficientes para o cumprimento integral das suas obrigações, neste o que seria decisivo era o facto de o conjunto dos bens do devedor não permitirem satisfazer as suas responsabilidades.

O balanço da empresa é o documento que retrata os activos, as responsabilidades para com terceiros e a situação líquida ou património da empresa. O balanço é um mapa que indica, de forma resumida e segundo uma ordem de liquidez/exigibilidade, a situação do património da empresa num dado momento. A partir de balanços sequenciais, é possível obter conclusões sobre a saúde económica e financeira da empresa num determinado momento. O balanço está dividido em três categorias fundamentais: activo, passivo e capital próprio. O activo inclui tudo aquilo que a empresa possui e que é susceptível de ser avaliado em dinheiro – disponibilidades (numerário, depósitos bancários e títulos negociáveis), créditos sobre clientes, stocks de mercadorias, equipamentos, instalações, etc. O passivo é o conjunto de fundos obtidos externamente pela empresa, seja através de empréstimos, seja através do diferimento de pagamentos (aos fornecedores, ao Estado, etc.). Por fim, o capital próprio, que corresponde ao capital pertencente aos sócios, representa o valor do investimento realizado pelos proprietários adicionado dos lucros (ou deduzido de eventuais prejuízos) obtidos ao longo dos exercícios passados e do exercício corrente⁸¹.

Este último critério do balanço ou activo patrimonial pressupõe uma apreciação jurisdicional mais complexa, pois os bens do devedor nem sempre são de avaliação fácil, podendo o seu preço variar em função de múltiplos circunstancialismos, nomeadamente do facto de o estabelecimento do devedor ser alienado como um todo ou se os seus bens forem vendidos separadamente.

Ao nível do critério da lei portuguesa, sendo a insolvência, conforme já referido, genericamente definida, no art. 3º nº1 CIRE, como a impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas, este será o critério principal para a definição da situação de insolvência⁸², o que implica a adopção do critério do *fluxo de caixa*.⁸³ Embora a lei admita em certos casos a aplicação do *critério do balanço*⁸⁴.

⁸⁰ Para este critério o facto de o activo ser ou não superior ao passivo é irrelevante, já que a insolvência ocorre logo que se verifica a impossibilidade de pagar as dívidas que surgem no quotidiano da sua actividade.

⁸¹ LUÍS M. MARTINS, *Processo de Insolvência - Anotado e Comentado*, Almedina 2011, 2ª Edição, pp.66

⁸² Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "Pressupostos objectivos e subjectivos da insolvência", in *Themis*, edição Especial 2005, pp. 11-24

⁸³ Para MENEZES LEITÃO e PEDRO DE ALBUQUERQUE, parece preferível a definição anterior do CPREF que entendia a insolvência como a impossibilidade de cumprir pontualmente as respectivas obrigações por carência de meios próprios e por falta de crédito. Cfr. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "Direito da Insolvência", pp. 78 e "Código da Insolvência" sub art. 3º nº4, pp. 48; PEDRO DE ALBUQUERQUE, "Declaração da situação de insolvência", em *O Direito* 137º, 2005, III, pp. 507-525.

2. Os Sujeitos da Insolvência

a) O tribunal

O processo de insolvência deve ser instaurado junto do tribunal da sede ou do domicílio do devedor (art. 7º CIRE). A declaração de insolvência pode, ainda, ser requerida perante o tribunal do lugar em que o devedor tenha o centro dos seus principais interesses, entendendo-se como tal aquele em que os administre de forma habitual e conhecível por terceiros.

O tribunal assume o controlo do cumprimento das normas legais que regulam o processo, cumprindo-lhe, designadamente, proceder à apreciação liminar do pedido de declaração de insolvência e à avaliação da legalidade, para efeitos de homologação, dos planos de insolvência e de pagamentos, aprovados pelos credores.

Cumpre-lhe, também, avaliar a alegada situação de insolvência de um devedor de acordo com os factos colhidos no processo e proferir, caso entenda ser esse o sentido para o qual apontem tais factos, sentença declarando a insolvência, sem que para tal tenha de se pronunciar quanto à recuperabilidade financeira da empresa.

Cabe ao tribunal escolher o administrador judicial provisório e nomear o administrador da insolvência, fazendo parte das suas competências substituí-lo e destituí-lo, fiscalizar a sua actividade exigindo-lhe informações sobre quaisquer assuntos ou a apresentação de um relatório do trabalho desenvolvido e do estado da administração e da liquidação, e fixar-lhe prazo para a prestação de contas (art. 52º e ss. CIRE). Cumpre-lhe, também, nomear a comissão de credores.

É função do juiz convocar, suspender e presidir à assembleia de credores, assim como avaliar as reclamações que tenham por objecto as deliberações desta (art. 74º a 78º CIRE).

O tribunal determina a apresentação do devedor e procede ao agendamento das diligências processuais, designadamente de tentativa de conciliação, das diligências probatórias e da audiência de discussão e julgamento (art. 136º a 140º CIRE).

⁴⁸ Conf. Ac. TRC de 02 de Março de 2010: "A definição do estado de insolvência é tradicionalmente alcançada por duas vias: o do critério do "fluxo de caixa" (cash flow) e o do "balanço ou activo patrimonial" (balance sheet ou asset). O primeiro critério basta-se com a falta de liquidez, não pagamento das dívidas; trata-se de um critério simples que toma por indício seguro de insolvência a falta de pagamento, independentemente do confronto entre o activo e passivo da empresa, tomando em linha de conta que o credor na insolvência não pode estar à espera que o devedor cobre os seus créditos para honrar os seus compromissos. Outro é o critério do balanço... contudo mais moroso e complexo, supondo uma avaliação jurisdicional dos elementos contabilísticos e dos bens do devedor, o que nem sempre se torna fácil "podendo variar o seu preço em função de múltiplas circunstâncias designadamente se a venda é realizada judicialmente ou extrajudicialmente ou se o estabelecimento do devedor é alienado como um todo ou são os seus bens vendidos separadamente"[4]. (...) Coerentemente com a sua teleologia, o CIRE adoptou nesta sede de forma clara a teoria do "fluxo de caixa" ao referir, como vimos, no nº 1 do artigo 3º que é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas. Este critério é contudo temperado pela consideração do balanço, sendo caso disso nas hipóteses a que se reportam os nsº 2 e 3 do citado normativo legal.", Disponível em www.dgsi.pt

É o juiz que profere sentença de verificação e graduação dos créditos, cabendo-lhe, ainda, nomear curador aos inabilitados (art. 190º CIRE), decretar a suspensão da liquidação da massa insolvente e da partilha do produto pelos credores da insolvência.

Ao tribunal cabe, da mesma forma, declarar o encerramento do processo (art. 230º CIRE).

b) O administrador da insolvência

O administrador da insolvência é nomeado pelo juiz (art. 52º CIRE) que deverá, para tal efeito, atender às indicações do devedor ou da comissão de credores, quando esta exista. Os titulares de créditos podem, contudo, deliberar em assembleia a substituição do administrador nomeado.

Está a cargo do administrador da insolvência, com a cooperação e sob a fiscalização da comissão de credores, conforme prevê o art. 55º do CIRE, preparar o pagamento das dívidas do insolvente à custa das quantias em dinheiro existentes na massa insolvente (património do devedor), designadamente das que constituam produto da alienação, que lhe incumbe promover, dos bens que a integrem; prover, no lapso temporal intermédio, à conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à continuação da exploração da empresa, se for o caso, evitando, tanto quanto possível, o agravamento da sua situação económica.

O administrador exerce pessoalmente as competências do seu cargo, não podendo substabelecê-las em ninguém, sem prejuízo dos casos de recurso obrigatório ao patrocínio judiciário ou de necessidade de prévia concordância da comissão de credores.

No exercício das respectivas funções, o administrador da insolvência pode ser coadjuvado, sob a sua responsabilidade, por técnicos ou outros auxiliares, incluindo o próprio devedor, mediante prévia concordância da comissão de credores ou do juiz, na falta desta comissão. Pode ainda contratar os trabalhadores necessários à liquidação da massa insolvente ou à continuação da exploração da empresa, mas os novos contratos caducam no momento do encerramento definitivo do estabelecimento em que tais trabalhadores prestem serviço, ou, salvo convenção em contrário, no da sua transmissão.

Compete-lhe prestar, à comissão de credores e ao tribunal, todas as informações necessárias sobre a administração e a liquidação da massa insolvente.

O administrador da insolvência responde pelos danos que causar ao devedor e/ou aos credores (art. 59º CIRE).

O juiz decretará a destituição, com justa causa, do administrador, caso o processo de insolvência não seja encerrado no prazo de um ano contado da data da assembleia de apreciação do seu relatório, ou no final de cada período subsequente de seis meses, salvo havendo razões que justifiquem o prolongamento (art. 56º e 169º CIRE).

c) A comissão de credores

A comissão de credores é um órgão de natureza eventual submetido, quanto à sua existência e composição, à vontade da assembleia de credores. Esta pode prescindir da comissão que o juiz haja nomeado, nomear uma caso este não o tenha feito e, em qualquer dos casos, alterar a sua composição (art. 66º e 67º CIRE).

O tribunal pode não proceder à sua nomeação, quando o considere justificado em atenção à exígua dimensão da massa insolvente, à simplicidade da liquidação ou ao reduzido número de credores.

Quando esta comissão existir, depende do seu consentimento a prática de actos jurídicos que assumam especial relevo para o processo.

Cumpra-lhe cooperar com o administrador da insolvência e fiscalizar a sua actividade, emitindo parecer incidente sobre as contas por este apresentadas.

Este órgão é composto por três ou cinco membros e dois suplentes, devendo o encargo da presidência recair, de preferência, sobre o maior credor da empresa e a escolha dos restantes assegurar a adequada representação das várias classes de credores, com excepção dos subordinados, devendo integrar, obrigatoriamente, um representante dos trabalhadores (art. 66º CIRE). Os membros da comissão de credores eleitos pela assembleia não têm de ser credores e, na sua escolha, tal como na designação do presidente, a assembleia não está vinculada à observância dos critérios referidos no parágrafo anterior. As suas deliberações são, obrigatoriamente, tomadas por maioria, delas não cabendo reclamação para o tribunal. Os respectivos membros são responsáveis perante os credores pelos prejuízos resultantes da inobservância culposa dos seus deveres (art. 70º CIRE).

d) O devedor

É obrigação do devedor requerer a declaração da sua insolvência nos sessenta dias seguintes à data do conhecimento dessa situação ou à data em que devesse conhecê-la, excepto quando se trate de pessoa singular que, na data em que incorra em insolvência, não seja titular

de uma empresa (art. 18º e 19º CIRE). Sendo o devedor titular de uma empresa, a lei presume o conhecimento da situação de insolvência quando se encontrem decorridos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações tributárias, de segurança social, laborais ou emergentes de contratos de locação.

Durante o curso do processo, o devedor insolvente está obrigado a fornecer todas as informações relevantes que lhe sejam solicitadas pelo administrador da insolvência, pela assembleia de credores, pela comissão de credores ou pelo tribunal; apresentar-se pessoalmente no tribunal, sempre que a apresentação seja determinada pelo juiz ou pelo administrador da insolvência, salva a ocorrência de legítimo impedimento ou expressa permissão de se fazer representar por mandatário; prestar a colaboração que lhe seja solicitada pelo administrador da insolvência para efeitos do desempenho das suas funções.

e) O credor

Conforme determina o preambulo do DL 53/2004 de 18 de Março que aprovou o CIRE, deve ser devolvido “...o papel central aos credores, convertidos, por força da insolvência, em proprietários económicos da empresa”. O credor tem supremacia no processo de insolvência. Tem o direito de requerer a declaração de insolvência do devedor e, bem assim, de desistir do pedido ou da instância, desde que não tenha sido ainda proferida sentença (art. 20º e 21º CIRE). Se o tribunal indeferir o pedido de declaração de insolvência, pode, desde que tenha sido o requerente, recorrer da decisão (art. 45º CIRE).

Ao credor, quando requer a declaração de insolvência do devedor, basta invocar factos donde possa resultar a prova de que o devedor está impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, não interessa que possa cumprir num momento futuro qualquer.

Todavia, importa ter presente que o facto indiciador de insolvência *não se resume ao mero e casual incumprimento de uma ou algumas das obrigações vencidas*. A jurisprudência e doutrina têm considerado que, os factos elencados no art. 20.º n.º 1 CIRE constituem meros índices da situação de insolvência, tal como definida no art. 3.º CIRE, sendo que, a verificação de qualquer um desses factos - índices permite *presumir* a situação de insolvência do devedor (esta será também a causa de pedir). Esta presunção pode e deve ser ilidida pelo devedor na oposição ao pedido de insolvência⁸⁵.

⁸⁵ LUÍS M. MARTINS, *Processo de Insolvência - Anotado e Comentado*, Almedina 2011, 2ª Edição, pp. 67

Assim, invocando, e provando, o credor estarem preenchidos algum ou alguns dos factos enumerados no n.º 1 do art. 20.º CIRE, bem como o incumprimento da generalidade das obrigações do devedor e a impossibilidade de este pagar, revela-se condição para que seja declarada a insolvência (se o devedor não vier ao processo argumentar que tal situação não se verifica).

A prova de se verificar um dos factos previstos no art. 20.º n.º 1 CIRE é fundamento essencial para a legitimidade processual do credor⁸⁶. Mas atenção, não basta que o devedor deixe de cumprir este ou aquele contrato (em especial o do credor requerente da insolvência), para que esteja preenchida e possa ser declarada a insolvência. É essencial o *incumprimento generalizado* das demais obrigações existentes, ou, pelo menos, trazer elementos ao processo que permitam concluir que o devedor não conseguirá continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos. Isto porque as al. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 20.º CIRE, mencionam que, o credor, pode requerer a insolvência do devedor verificado o incumprimento da “*generalidade das obrigações*”, afastando-se assim o legislador do incumprimento pontual, (até porque podemos estar perante dificuldades ocasionais por défice momentâneo de tesouraria que não expressam uma situação de penúria da empresa ou qualquer outra situação).

Alem disto, o credor tem o direito de participar na assembleia de credores (art. 72º CIRE). Nesta, cabe-lhe decidir, com total flexibilidade, quanto ao futuro da empresa, nomeadamente se a mesma deve ser recuperada ou liquidada e em que termos. Pode aceitar ou recusar o plano de pagamentos, caso o devedor o apresente. Assiste-lhe a faculdade de requerer a substituição do administrador da insolvência nomeado pelo juiz tendo, quanto à comissão de credores, os poderes acima referenciados.

3. Os efeitos da Insolvência

Ate á entrada em vigor do CPEREF e mais tarde do CIRE, esta matéria encontrava-se prevista no Código Civil (CC), que no seu art. 1189º nº 1 previa que, o comerciante, por via da declaração de falência, ficaria inibido de administrar e de dispor dos seus bens havidos ou que no futuro lhe adviessem, os quais seriam apreendidos e entregues a um administrador (art. 1205º e 1208º CC), que ficaria a representar o falido para todos os efeitos, salvo quanto ao

⁸⁶ Conf. Ac. TRP de 26.10.2006: “ (...) II – O estabelecimento de factos presuntivos da insolvência tem por principal objectivo permitir aos legitimados o desencadeamento do processo, fundados na ocorrência de alguns deles, sem haver necessidade de, a partir daí, fazer a demonstração efectiva da situação de penúria traduzida na insusceptibilidade de cumprimento das obrigações vencidas, nos termos em que ela é assumida como característica nuclear da situação de insolvência. III – Caberá então ao devedor trazer ao processo factos e circunstâncias probatórias de que não está insolvente, pese embora a ocorrência do facto que corporiza a causa de pedir.” Acessível em www.dgsi.pt

exercício dos seus direitos exclusivamente pessoais ou estranhos á falência (art. 1189º n.º3 CC)⁸⁷.

Em relação ao CPEREF «os efeitos da falência» eram tratados em três momentos, consoante respeitassem ao falido (art. 147º CPEREF), aos seus negócios ou aos seus trabalhadores⁸⁸.

Já no âmbito do CIRE, nota-se uma arrumação da matéria e algumas alterações substantivas. O art. 81º abre um extenso Título (com 47 normas) relativo aos «efeitos da declaração de insolvência» estando este repartido por 5 capítulos, nomeadamente os que regulam os «efeitos sobre o devedor e outras pessoas», os «efeitos processuais», os «efeitos sobre os créditos» e os «efeitos sobre os negócios em curso»; sendo que o último capítulo rege a «resolução em benefício da massa» de negócios jurídicos celebrados pelo insolvente.

Com a instauração do processo de insolvência dá-se a definição da massa insolvente (art. 46º CIRE).

A massa insolvente abrange, salvo disposição em contrário, todo o património do devedor à data da declaração de insolvência pelo tribunal e, bem assim, os bens e direitos que o devedor adquira na pendência do processo.⁸⁹

O legislador distingue as dívidas da insolvência das dívidas da massa insolvente. As primeiras correspondem aos créditos sobre o insolvente, cujo fundamento seja anterior à data da declaração de insolvência. São-lhe equiparados ainda os créditos que o credor demonstre ter adquirido no decorrer do processo. São dívidas da massa insolvente, as constituídas no decurso do processo, compreendendo, por exemplo, as custas processuais e a remuneração do administrador da insolvência.

a) Efeitos sobre a pessoa do devedor

Temos então como efeitos “novos” em relação ao devedor, a inabilitação, a perda de créditos sobre a massa insolvente e a condenação na obrigação de restituir os bens ou direitos recebidos em pagamento desses créditos; assim como a novidade da possibilidade de administração da massa pelo devedor, que desde já dizemos, constitui a grande excepção á

⁸⁷ ANTÓNIO MOTA SALGADO, *Falência e Insolvência – Guia Prático*, Editorial Notícias (S/D)

⁸⁸ HÉLDER MARTINS LEITÃO, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (DL n.º 132/93 de 23 de Abril com a rectificação n.º 141/93 de 31 de Julho de 1993) – Anotado e Comentado*, Elcla Editora, 1994.

⁸⁹ Os bens isentos de penhora só são integrados na massa insolvente se o devedor voluntariamente os apresentar e a impenhorabilidade não for absoluta – art. 46º n.º 2 CIRE.

privação dos poderes de administração e de disposição dos bens da massa insolvente, previsto pelo art. 81.º CIRE.⁹⁰

Na sistematização dos efeitos sobre o devedor temos na doutrina a sistematização defendida por CATARINA SERRA,⁹¹ que distingue entre efeitos necessários e efeitos eventuais da declaração de insolvência sobre o devedor; e por MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO que distingue entre efeitos pessoais e efeitos patrimoniais quanto ao devedor⁹². Na sua sistematização MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO considera como efeitos pessoais sobre o devedor: a fixação da residência e o dever de apresentação; a inibição para o exercício do comércio; o direito a alimentos; entre outros efeitos que classifica como jurídico - familiares e jurídico-políticos. No âmbito dos efeitos patrimoniais considera: a privação do poder de disposição e de administração dos bens; e a responsabilidade dos fundadores, gerentes, administradores ou directores das sociedades ou pessoas colectivas⁹³.

No âmbito do que por nós é defendido, quanto aos efeitos da insolvência sobre o devedor, e segundo a sistematização de CATARINA SERRA, os efeitos são divididos entre *efeitos necessários*, cuja produção decorre necessariamente da prolação da sentença que declara a insolvência do devedor; e os *efeitos eventuais* cuja produção depende, claro, para além da referida sentença de declaração de insolvência, dependem da verificação, em concreto, de um leque de outras condições, inclusive da culpa do devedor na insolvência.

Temos então como *efeitos necessários* sobre o devedor da declaração de insolvência: a privação dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente previsto no art.81.º⁹⁴; o dever de apresentação no tribunal e de colaboração com os

⁹⁰ Da análise destes normativos, e salvo o *supra* referido, não se nota uma alteração muito substancial do objectivo de fundo que estava, e está, subjacente a todas as normas legais referentes aos efeitos sobre o devedor. Mudaram-se as nomações aos sujeitos das relações, o devedor passou de *falido* a *insolvente*; o *administrador da falência* passou a *liquidatário judicial* e novamente a *administrador* mas agora da *insolvência*. Mas quanto aos efeitos sobre o devedor, os propósitos e princípios que fundamentaram as primeiras normas, especialmente o princípio da proporcionalidade que alicerça todo o processo de insolvência, continuam a estar presentes na lei actual, mas com uma linguagem e arrumação diferente.

⁹¹ Cfr. CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução*, pp. 28 ss, cit.

⁹² MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Coleção Estudos e Monografias, Publicações Universidade Católica, Porto 2000

⁹³ No mesmo sentido da sistematização defendida por Maria do Rosário Epifânio, parecem seguir o Professor Oliveira Ascensão e Menezes Leitão, (Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido", *in* ROA 55 (1995), pp. 641-688; e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso" disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutor-luis-menezes/>

⁹⁴ Cfr. Ac. TRL de 06/03/2008: "(...)III- Esta situação de indisponibilidade relativa não priva o insolvente de actuar em defesa dos seus interesses e, por isso, a lei prescreve que a representação do devedor pelo administrador da insolvência não se estende à intervenção do devedor no âmbito do próprio processo de insolvência, seus incidentes e apensos, salvo expressa disposição em contrário (artigo 81.º/4 e 5 do C.I.R.E.). IV- O devedor tem, assim, legitimidade para requerer o incidente de destituição do administrador da insolvência (artigo 56.º do C.I.R.E.) ou para impugnar a resolução de actos em benefício da massa insolvente (artigo 125.º do C.I.R.E.) ou para invocar nulidade processual no âmbito do apenso de reclamação e verificação de créditos (artigos 201.º e 205.º do C.P.C.),(...)", e Ac. TRL de 28/02/2008 (Relator: Salazar Casanova): "I - Os actos do insolvente praticado após a declaração de insolvência são, em regra, ineficazes em relação à massa insolvente (artigo 81.º/1 e 6, 1º parte do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). II- No entanto, se tais actos forem celebrados, a título oneroso, anteriormente ao registo da sentença de declaração de insolvência e não constituírem nenhum daqueles a que se refere o n.º 1 do artigo 121.º do mesmo diploma, então, nesse caso, beneficia o terceiro da excepção à regra da ineficácia, ou seja, tais actos produzem efeitos em relação à massa insolvente. III- Tal é o caso da compra e venda outorgada (4-10-2005) após a declaração de insolvência (27-9-2005) entre o insolvente e o

órgãos da insolvência previsto no art.83º; dever de respeitar a residência fixada na sentença previsto no art.36º al.c)⁹⁵; e o dever de entrega imediata de documentos relevantes para o processo, art.36º al.f). Como *efeitos eventuais* da declaração de insolvência, temos: o direito a alimentos á custa da massa previsto pelo art.84º; a inabilitação prevista pelo art.189º nº 2 al.b)⁹⁶; a inibição para o exercício do comercio previsto pelo art.189º nº 2 al.c); e a perda de créditos sobre a massa previsto pelo art.189º nº 2 al.d).⁹⁷

b) Efeitos Processuais

Consideram-se como processuais, os efeitos que atingem processos que, sendo extrínsecos ao processo de insolvência, e ainda que envolvendo pessoas distintas do devedor, são relevantes para a massa insolvente. Estes têm por subjacente o princípio *par conditio creditorum* e pretendem, basicamente, impedir que algum credor possa obter, por outra via que não o processo de insolvência, uma satisfação mais célere ou mais completa, em prejuízo dos restantes credores. Tais efeitos consubstanciam-se em três providências, a apensação de acções (art. 85º nº 1 e seguintes do CIRE); a impossibilidade de instauração de acções (art. 88º nº 1 e art. 89º nº 2 CIRE) e a suspensão de acções (art. 87º nº 1 e 88º nº 1 CIRE).

comprador de boa fé que pagou o preço, que pagou o IMT, que registou a aquisição na Conservatória, tudo antes de efectuado o registo da declaração de insolvência. (...) A regra da ineficácia relativamente à massa insolvente dos actos de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente que resulta imediatamente da declaração de insolvência implica que a massa insolvente restitua, de acordo com as regras do enriquecimento sem causa, o que lhe tiver sido prestado. Assim, por exemplo, a massa insolvente, se entretanto forem alienados bens integrativos do seu património, deve restituir ao comprador o preço pago que haja sido efectivamente prestado." E ainda o Ac. TRG de 16/04/2009 (Relator: Conceição Bucho): "II – A venda de qualquer bem da insolvente, após essa declaração, configura a venda de bem alheio, que em relação à massa é res inter alios acta e, por isso, ineficaz. III - A nulidade prevista no artigo 892º do Código Civil, apenas se aplica na relação entre o alienante e o adquirente e não em relação ao verdadeiro proprietário. (...) Em termos gerais, existe direito de restituição quando o reclamante tem exclusiva e plena propriedade sobre os bens reclamados e verifica-se o direito à separação quando o reclamante compartilha com o falido direitos sobre os mesmos bens." Todos disponíveis em www.dgsi.pt

⁹⁵ Cfr. Ac. TRC, de 03-12-2009: "I- A fixação da residência dos administradores da devedora, nos termos da alínea c) do art. 36 do CIRE, destina-se a regular o bom andamento do processo e deve constar da parte dispositiva da sentença. II – Se o juiz na sentença que declara a insolvência omitiu a fixação de residência dos administradores da devedora, deve suprir officiosamente tal omissão, por aplicação analógica do art. 667 nº1 do CPC."; e Ac. Ac. TRG, de 25-10-2007, (Relator: Antero Veiga): " A indicação dos administradores, aos quais é fixada residência conforme artigo 36, al. c) do CIRE, é efectuada sem contraditório por parte destes. E assim é porque normalmente a indicação efectuada no requerimento inicial corresponderá à realidade(...)Não prevê o CIRE meio de reacção ao administrador que pretenda contestar essa qualidade. Talvez por se tratar de uma nova consequência do decretamento da insolvência – inexistia no artigo 128 do CPEREF", disponíveis em www.dgsi.pt

⁹⁶ O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 173/2009 declarou inconstitucional com força obrigatória geral a presente norma por violação dos art. 26º e 18º nº 2 da Constituição da Republica Portuguesa, na medida em que impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente.

⁹⁷ A questão que fundamentalmente se coloca no âmbito dos efeitos sobre o devedor é saber se o regime dos efeitos será adequado ao fim do processo de insolvência, ou seja, se os mesmos servem os fins da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que fundamentam o processo de insolvência. Desde logo podemos considerar a inabilitação como uma medida que não é de forma nenhuma proporcional à finalidade do processo de insolvência e á sua qualificação como culposa já que se trata de um efeito que é excessivamente grave, tal como decorre do já referido Acórdão do Tribunal Constitucional ao considerá-la uma norma inconstitucional. Ao invés do considerado na norma, deveria o legislador português ter considerado a responsabilidade patrimonial pessoal dos administradores ou gerentes com culpa na insolvência, e não partir, sem mais, para a sua inabilitação. Assim, consideramos serem alguns dos efeitos eventuais sobre o devedor, em especial os efeitos eventuais da inabilitação, algo desproporcionados em relação às finalidades do processo de insolvência. Já quanto aos efeitos necessários que decorrem da declaração de insolvência, consideramos serem os mesmos adequados e proporcionais ao fim do processo de insolvência, inclusive na salvaguarda do interessa publico, do qual é fundamento o interesse pessoal dos credores, e da tutela jurisdiccional efectiva, e que subjazem ao processo de insolvência.

Efectivamente, a razão de ser do processo de insolvência é a de fazer com que todos os credores do mesmo devedor exerçam os seus direitos no âmbito de um único processo e o façam em condições de igualdade – *par conditio creditorum* – não tendo nenhum credor quaisquer outros privilégios ou garantias, que não aqueles que sejam reconhecidos pelo Direito da Insolvência, e nos precisos termos em que este os reconhece.

Desta forma, na pendência do processo de insolvência, os credores apenas poderão exercer os seus direitos no âmbito deste (art. 90º CIRE), deixando de poder instaurar acções independentes ou continuar a prosseguir outros processos á margem do processo de insolvência. Com isto, assegura-se a intangibilidade do património do devedor, já que a massa insolvente, deixa de poder ser utilizada como garantia geral de outros créditos que não aqueles que sejam exercidos, reclamados e reconhecidos, no processo de insolvência.

c) Efeitos sobre os Créditos

A declaração de insolvência tem também efeitos consideráveis sobre os créditos. Os créditos da insolvência repartem-se por quatro categorias (art. 47º e 90º e seguintes do CIRE): garantidos, privilegiados, subordinados e comuns.

Os créditos garantidos são os que beneficiam de garantias reais incidentes sobre bens integrantes da massa insolvente até ao montante correspondente ao valor dos bens objecto de garantias. Neles se incluem também os privilégios creditórios especiais. Esta categoria abrange não só os créditos como também os respectivos juros.

Os créditos privilegiados são aqueles que gozam de privilégios creditórios gerais sobre bens integrados na massa insolvente, até ao montante correspondente ao valor dos bens objecto desses privilégios, quando eles não se extinguem por efeito da declaração de falência.

Os créditos subordinados (art. 48º CIRE) são aqueles cujo pagamento tem lugar apenas depois de integralmente pagos os créditos comuns. São créditos subordinados, excepto quando beneficiem de privilégios creditórios, gerais ou especiais, ou de hipotecas legais, que não se extinguem por efeito da declaração de insolvência, nomeadamente, os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor (art. 49º CIRE) – por exemplo, o cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos do devedor, quando este seja pessoa singular, ou os sócios, associados ou pessoas que tenham estado em relação de domínio ou de grupo com o devedor, quando este seja pessoa colectiva – e por aqueles a quem estes créditos tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; os juros de créditos

não subordinados constituídos após a declaração de insolvência, com excepção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respectivos; os créditos cuja subordinação tenha sido convencionada entre as partes; os créditos que tenham por objecto prestações do devedor a título gratuito; os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé; os juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência; os créditos por suprimentos.

São comuns os créditos não abrangidos nas categorias anteriores.

A declaração de insolvência, vai produzir o vencimento imediato de, *quase*, todas as obrigações do insolvente (art. 91º nº 1 CIRE). A razão deste vencimento antecipado, no entender de MENEZES LEITÃO prende-se com a falta de confiança dos credores na solvabilidade do devedor, bem como com a necessidade de verificar e liquidar a massa insolvente de uma só vez, passando as obrigações vencidas a vencer juros legais a partir dessa data⁹⁸. Temos ainda como efeitos sobre os créditos, a extinção de privilégios creditórios e garantias reais (art. 97º CIRE), ou seja, extinguem-se os privilégios creditórios gerais e especiais relativos ao Estado e outras entidades publicas que tenham sido constituídos ou vencidos mais de 12 meses antes do inicio do processo de insolvência; a constituição de um privilégio mobiliário geral a favor do credor requerente (art. 98º CIRE), prevendo-se o ressarcimento do credor requerente das despesas inerentes á promoção do processos;⁹⁹ e a limitação do direito de compensação (art. 99º CIRE).

d) Efeitos sobre os negócios em curso

No que aos efeitos sobre os negócios em curso diz respeito, foi introduzida a abrir este capítulo, uma norma de carácter geral em que se pretende determinar o conceito de “negocio em curso” e se determina pela suspensão do seu cumprimento até que o administrador de insolvência declare optar pela execução ou pela recusa do cumprimento, (art. 102º CIRE). De seguida, verificamos um conjunto extenso de normas em que se estabelecem um conjunto de efeitos especiais consoante as particulares situações ou relações jurídicas que podem envolver o devedor insolvente (art. 103º a 118º CIRE).

⁹⁸ Foi assim alterado o preceituado pelo art. 151º do CPEREF que determinava a cessação da contagem de juros em consequência da declaração de insolvência. No seguimento de MENEZES LEITÃO consideramos a alteração bastante criticável, por contrária ao princípio da estabilização do passivo, que deveria resultar da declaração de insolvência. A partir do momento em que a insolvência é decretada o que deveria interessar era salvar o capital.

⁹⁹ Como defende CATARINA SERRA, a intenção é boa mas é possível que a tentação faça precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos e sem fundamento. Cfr. CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, pp. 49

e) Resolução em benefício da massa

No actual sistema, prevê-se a possibilidade de resolução de um conjunto restrito de actos, e a perseguição dos demais nos termos apenas da impugnação pauliana. No CIRE, o recurso dos credores à impugnação pauliana é impedida, sempre que o administrador entenda resolver o acto em benefício da massa. Prevê-se a reconstituição do património do devedor (a massa insolvente) por meio de um instituto específico - a «resolução em benefício da massa insolvente» - que permite, de forma expedita e eficaz, a destruição de actos prejudiciais a esse património.

A resolução em benefício da massa insolvente (art. 120º a 126º do CIRE), não é senão um instrumento adequado a repelir os efeitos jurídicos dos actos do devedor que prejudiquem a massa.

São resolúveis em benefício da massa insolvente, sem dependência de quaisquer outros requisitos, nomeadamente, os actos de partilha celebrada menos de um ano antes da data do início do processo de insolvência em que o quinhão do insolvente tenha sido essencialmente preenchido com bens de fácil sonegação, cabendo aos co-interessados a generalidade dos imóveis e dos valores nominativos; actos celebrados pelo devedor, a título gratuito, dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência, incluindo o repúdio de herança ou legado, com excepção dos donativos conformes aos usos sociais; constituição, pelo devedor, de garantias reais relativas a obrigações preexistentes ou de outras que as substituam, nos seis meses anteriores à data de início do processo de insolvência; fiança, sub-fiança, aval e mandatos de crédito, em que o insolvente haja outorgado no período referido na alínea anterior e que não respeitem a operações negociais com real interesse para ele; constituição, pelo devedor, de garantias reais em simultâneo com a criação das obrigações garantidas, dentro dos sessenta dias anteriores à data do início do processo de insolvência; pagamento ou outros actos de extinção de obrigações com vencimento posterior à data do início do processo de insolvência, ocorridos nos seis meses anteriores ao momento temporal de início do processo de insolvência, ou depois deste mas anteriormente ao vencimento; pagamento ou outra forma de extinção de obrigações efectuados dentro dos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência em termos não usuais no comércio jurídico e que o credor não pudesse exigir; actos a título oneroso realizados pelo insolvente dentro do ano anterior à data do início do processo de insolvência, em que as obrigações por ele assumidas excedam manifestamente as da

contraparte; reembolso de suprimentos, quando tenha lugar dentro do mesmo período referido na alínea anterior.

O regime descrito no parágrafo anterior cede perante normas legais que excepcionalmente exijam sempre a má fé ou a verificação de outros requisitos. Os actos de qualquer destes tipos presumem-se prejudiciais à massa, sem admissão de prova em contrário, ainda que praticados ou omitidos fora dos prazos aí contemplados.

A resolução pode ser invocada pelo administrador da insolvência, mediante o envio de carta registada com aviso de recepção nos seis meses seguintes ao conhecimento do acto (art. 123º CIRE), desde que não se encontrem decorridos mais de dois anos sobre o momento da declaração de insolvência. Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a resolução ser declarada, sem dependência de prazo.

Essa invocação pode ter lugar ainda que estejam em causa transmissões sucessivas de bens ou de direitos da massa insolvente, desde que os transmissários estejam de má-fé, sejam sucessores a título universal ou tenham adquirido aqueles a título gratuito.

A resolução de actos pode ser impugnada no prazo de seis meses.

Uma vez resolvidos, com efeitos retroactivos, os actos prejudiciais à massa insolvente, deve ser reconstituída a situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado ou omitido.

Secção III

1. O processo de Insolvência¹⁰⁰

Do ponto de vista processual, sumariamente, o processo de insolvência tem a seguinte tramitação: recebida a petição inicial, no próprio dia ou no prazo máximo de três dias úteis, o juiz profere despacho liminar (que pode ser de citação, de aperfeiçoamento, de indeferimento, de aplicação de medidas cautelares, de declaração de insolvência ou de marcação de julgamento, (conforme art. 27º e seguintes do CIRE)¹⁰¹; de seguida procede-se a audiência de

¹⁰⁰ A proposta de lei n.º 39/XII, sendo aprovado nos termos exactos previsto no documento entregue para deliberação e aprovação junto da Assembleia da Republica, provocará algumas mudanças no âmbito processual do direito de insolvência visto que com os objectivos previstos, designadamente, o reforço da responsabilidade assacada aos devedores, bem como aos seus administradores de direito ou de facto no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência com culpa, a simplificação de procedimentos, o ajustamento de prazos que, em muitos casos, se mostravam demasiadamente alargados, a possibilidade de adaptação do processo ao caso concreto, o reforço das competências do juiz em termos de gestão processual, a delimitação clara do âmbito de responsabilidade dos administradores da insolvência, o reforço da tutela efectiva dos dependentes do devedor insolvente com direito a alimentos e a melhoria da articulação entre a acção executiva e o processo de insolvência, provocarão alterações, algumas substanciais, na tramitação processual insolvencial, nomeadamente a nível dos prazos para a apresentação à insolvência, nos prazos e possibilidades de suspensão da Assembleia de credores, no começo da venda dos bens, na tramitação na qualificação da insolvência, entre outras alterações, umas louváveis outras nem por isso, poderão alterar o mecanismo insolvencial tal qual o conhecemos de forma significativa.

¹⁰¹ A data de início do processo corresponde à entrada do requerimento na secretaria, nos termos do art. 267.º do CPC. No entanto, não é possível definir, com exactidão o tempo que medeia entre a data de entrada do pedido e a prolação da sentença. Desde logo, há diferença na

juízo que passa a ter lugar em duas situações, no caso de a insolvência ser requerida e o devedor deduzir oposição, e no caso de o devedor não ter sido citado; temos depois a sentença de declaração de insolvência, onde, entre outras, se fixa a residência aos administradores, nomeia-se o administrador de insolvência, e pode eventualmente declarar-se aberto o incidente de qualificação de insolvência, assim como se designa o dia para a realização da assembleia para apreciação do relatório, (art. 36º e ss. CIRE)¹⁰².

Com isto, abre-se o prazo para a reclamação de créditos, fixado pelo juiz até 30 dias contados da publicação da sentença em Diário da República (art. 36º n.º1 al. j) e 37º n.º6 CIRE), e as reclamações são feitas directamente para o administrador da insolvência, para que posteriormente seja feita a verificação e graduação dos créditos.

A liquidação da massa insolvente inicia-se com a apreensão de bens, acto que se segue à sentença (art. 149.º e 150º CIRE), prossegue com a venda (art. 158.º CIRE) e termina com o pagamento aos credores (arts. 172.º e ss. CIRE) e só se suspende se forem deduzidos embargos nos cinco dias subsequentes à notificação da sentença que declara a insolvência (art. 40.º, n.ºs 2 e 3 CIRE) ou com a existência de um plano de insolvência (art. 192.º e ss. CIRE).

Por fim, e de acordo com o art. 230º CIRE, o juiz declara o encerramento do processo, nas seguintes situações: após a realização do rateio final (art. 239º n.º6); após o trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de insolvência¹⁰³ se a isso não se opuser esse mesmo plano; a pedido do devedor quando deixe de se encontrar em situação de insolvência (art. 231º CIRE); ou quando o administrador de insolvência constate a insuficiência da massa para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa (art. 232º CIRE).¹⁰⁴

É um processo unitário, delimitado pelos pressupostos básicos da declaração judicial da situação patrimonial deficitária do devedor insolvente, que confere a possibilidade de disputa do acervo existente por todos os credores¹⁰⁵.

tramitação processual nos casos em que a insolvência é requerida pelo próprio devedor ou por um terceiro, credor ou não. Se for pelo próprio devedor, a declaração de insolvência ocorre até ao 3.º dia útil seguinte à distribuição (se for convidado a aperfeiçoar, é no terceiro dia útil após a concretização do aperfeiçoamento). Se for um credor/terceiro a requerer a insolvência, segue a tramitação do art. 27.º e ss. CIRE, podendo demorar mais ou menos tempo consoante o devedor seja ou não citado para se opor (arts. 29.º e 30.º CIRE), visto a sua citação poder ser dispensada nos termos do art. 12.º CIRE.

¹⁰² A regra é que, proferida a sentença, fica imediatamente esgotado o poder jurisdicional do juiz quanto à matéria da causa. Todavia, a lei prevê a possibilidade o juiz, por sua iniciativa, rectificar erros materiais (ex. se a sentença for omissa quanto a custas, tiver erros de escrita ou de cálculo ou outras inexactidões devidas a omissões ou lapsos manifestos (667º, n.º 1 CPC); suprir nulidades (falta da sua assinatura). A requerimento das partes, pode quanto a algum ponto obscuro ou ambíguo [669º, n.º 1 al. a) CPC; suprir as nulidades referidas nas als. b) a e) do art. 668º CPC, mesmo que tenha havido recurso da mesma, conforme n.º 4 do art. 668º CPC; reformá-la quanto a custas e multa e quando tenha feito indicação errada da norma aplicável ou da qualificação jurídica dos factos e, ainda, quando deixe de tomar em consideração documentos ou quaisquer elementos que impliquem, só por si e necessariamente, decisão diversa da proferida, art. 669º, n.º 1 b) e 2 CPC.

¹⁰³ O conteúdo do plano de insolvência é livremente fixado pelos credores, limitando-se o juiz, quando actue oficiosamente, a um controlo de legalidade, com vista à respectiva homologação.

¹⁰⁴ MARIA JOSÉ COSTEIRA, “Novo Direito da Insolvência” *in* Themis: Revista da Faculdade de Direito. Ed. Especial (2005), pp. 25-42

¹⁰⁵ LUÍS M. MARTINS, *Processo de Insolvência - Anotado e Comentado*, Almedina 2011, 2ª Edição, pp. 59

Pode então falar-se de processo de insolvência numa *formulação restrita* e numa *formulação ampla*.¹⁰⁶ Em termos *restritos*, o processo de insolvência consiste numa sequência ordenada de actos que se inicia com a apresentação á insolvência (art. 19º e 19º CIRE), ou com o pedido da sua declaração (art. 20º e ss) e se conclui com o pagamento aos credores (art. 172 e ss. e 230º e ss CIRE), ou por alguma das outras causas de extinção do processo nos termos do preceituado pelo art. 230º CIRE. Em termos *amplos* o processo abrange ainda as tramitações estruturalmente autónomas que surgem na dependência do processo de insolvência, em consequência da declaração de insolvência, como os embargos á sentença declaratória de insolvência (art. 40º e ss), ou a verificação dos créditos (art. 128º e ss), sendo esta a concepção de processo de insolvência expressa pelo legislador.

Conforme nos diz MENEZES LEITÃO, e no seguimento do defendido também por CASTRO MENDES e JESUS DOS SANTOS¹⁰⁷, a insolvência constitui uma *acção executiva*, uma vez que tem por fim a obtenção de providencias adequadas á reparação efectiva dos direitos de credito violados (art. 4º nº 3 do CPC). No entanto, trata-se de uma execução com características próprias e especiais, já que é uma *execução colectiva* (e não singular), *genérica ou total* (e não parcial) e que resulta de um *processo especial*.

Efectivamente a insolvência é um processo que visa a satisfação do direito de crédito sobre o património do devedor, sendo consequentemente uma execução, assim, a sua larga incidência declarativa, não afecta a sua qualificação como processo executivo uma vez que a sua finalidade última é a obtenção de providências relativas á satisfação efectiva do direito violado. Trata-se de uma *execução colectiva* visto que o seu fim é a satisfação dos direitos de todos os credores de um devedor, que visa o tratamento igualitário de todos os credores do devedor, *par conditio creditorum*. Assim, através do processo de insolvência efectua-se a reunião de todos os credores em assembleia, para os quais se institui a administração do património do devedor através de um administrador de insolvência que, sob a fiscalização do tribunal, procura obter a melhor valorização possível desse património e proceder á sua repartição pelos credores.

A insolvência constitui por isso uma *execução genérica ou total*, uma vez que abrange todo o património do devedor e não apenas os bens necessários para fazer face a algum ou alguns créditos determinados. A insolvência constitui, assim, uma forma de *execução para pagamento de quantia certa*. Efectivamente, o rateio do património do devedor não é realizado em espécie, mas antes envolve normalmente um processo de liquidação, destinado a converter

¹⁰⁶ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito da Insolvência”, pp 18 e ss.

¹⁰⁷ JOÃO DE CASTRO MENDES/JOAQUIM DE JESUS DOS SANTOS, Direito Processual Civil (Processo de Falência). Lisboa, polic., pp. 4 e ss.

em dinheiro os bens do insolvente, e a atribuir aos credores o pagamento respectivo, o que implica seguir-se, neste âmbito, o regime da execução para pagamento de quantia certa.¹⁰⁸ A fase da liquidação da massa, tem início após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência e a realização da assembleia de apreciação do relatório. Com já referido, as modalidades de alienação são as permitidas em processo executivo, mas é admissível qualquer outra que seja considerada mais conveniente (art. 164º CIRE). Consagrando-se neste âmbito a regra da preferência para a alienação da empresa/estabelecimento como um todo, conforme art. 162º do CIRE, por razões que se prendem com os interesses de conservação das unidades económicas e de protecção da economia¹⁰⁹.

Constitui ainda um *processo especial* uma vez que se afasta do regime comum das execuções, já que o Código de Processo Civil é aplicável apenas a título subsidiário, art. 17º CIRE, apresentando ainda desvios em relação aos princípios comuns de processo civil. Em primeiro lugar, consagra expressamente no art. 11º CIRE, o princípio do inquisitório em derrogação expressa ao regime do art. 664 do CPC; por outro lado, admite-se o afastamento do princípio do contraditório ao se possibilitar a dispensa de audiência do devedor nos casos previstos no art. 12º CIRE; e finalmente a regra no processo de insolvência é a existência de apenas um grau de recurso, pois salvo em certos casos de oposição de julgados, não se admite o recurso de Acórdão da Relação, art. 14º CIRE. Não esquecendo ainda, conforme já referido, a existência de elementos declarativos no processo de insolvência.

Tendencialmente encarado com um processo de execução universal trata-se de um processo colectivo em que a principal finalidade é a protecção e satisfação dos interesses dos credores, e cujo objectivo se traduz na apreensão de todo o património do insolvente, liquidando-o e repartindo o produto obtido pelos credores convocados para reclamar os seus créditos (art. 36.º al. j CIRE).

Os efeitos da insolvência apenas afectam o devedor a partir da data de declaração de insolvência (art. 36.º CIRE)¹¹⁰, pelo que vigora o princípio geral vertido no art. 601.º do CC,

¹⁰⁸LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, “Direito da Insolvência”, pp. 20 e ss.

¹⁰⁹ Destaca-se neste âmbito, a necessidade do consentimento da comissão de credores, ou, na sua falta, da assembleia de credores para a prática de actos de especial relevo pelo administrador de insolvência, onde se inclui a venda da empresa, de estabelecimentos ou da totalidade das existências, art. 161º CIRE.

¹¹⁰ Conf. Ac. TRG de 12-07-2006, “Contrariamente ao previsto no CPEREF, que previa o chamamento de todos os credores e do devedor logo com a instauração do processo, o CIRE releva o chamamento universal dos credores para a fase posterior à declaração de insolvência (art. 36.º). Assim, instaurado o pedido de insolvência por um credor, apenas é citado o próprio devedor para contestar (art. 30.º), dando cumprimento ao princípio do contraditório, a menos que haja dispensa de citação nos termos do art. 12.º. Só após a sentença o processo assume, na sua plenitude, uma natureza de execução universal e chamamento de todos os credores. Esta circunstância permite a utilização, muitas vezes de forma imprópria, do processo de insolvência em substituição da acção executiva singular, esquecendo-se que os fins de ambos os procedimentos são diferentes. Um visa o interesse directo e próprio do credor e, o outro, o interesse de todos os credores, culminando com a dissolução e liquidação da sociedade.”

segundo o qual *“pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios”*, aplicando-se as regras do art. 824.º do CPC, sobre a impenhorabilidade, salvo se o insolvente voluntariamente oferecer os referidos bens para apreensão (art. 46.º e 149.º CIRE).

Sendo um processo tendencialmente *universal*, visto envolver a liquidação de todo o património penhorável do devedor em benefício de todos os seus credores, além dos gravosos efeitos substantivos que desencadeia, a insolvência apresenta-se como um processo de elevada complexidade, incluindo múltiplas actividades, repartidas por uma fase declarativa e por uma fase executiva, entre as quais avultam, na primeira fase, a declaração do devedor em estado de insolvência e, na segunda, a apreensão e liquidação dos bens do devedor, de identificação do passivo e de pagamento aos credores.

2. O Plano de Insolvência

Resulta claramente do art. 1º do CIRE, e como já se disse, que o processo de insolvência é agora o único processo admissível, sendo a recuperação apenas uma das suas finalidades em alternativa à liquidação¹¹¹.

Preceitua o art. 192º nº 1 do CIRE, que podem ser regulados num plano de insolvência,¹¹² em derrogação das normas do CIRE, 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. *Pelo que o plano só pode afectar por forma diversa a esfera jurídica dos interessados, ou interferir com direitos de terceiros, na medida em que tal seja expressamente autorizado neste título ou consentido pelos visados.*

Mas, pode ainda, e conforme já referido, o plano de insolvência ter a finalidade de recuperação da empresa e regular as medidas para a atingir (art. 1º CIRE) sendo o único instrumento que a lei prevê para esse efeito.

Como este se trata de um instrumento que depende, quase que exclusivamente, da vontade dos credores, é permitido que se opte pela recuperação, mesmo quando a condição

Sobre a opção pela via da insolvência para atingir os mesmos fins previstos no processo executivo (que visa a satisfação directa do interesse do credor), importa lembrar que, tal como refere o Ac. TRP de 11.04.2005,“(…) a insolvência não visa a cobrança de créditos mas a liquidação do património (...). Como afirma Flener não se deve utilizar um canhão para atirar a pardais”. Ambos disponíveis em www.dgsi.pt

¹¹¹ o que poderá vir a mudar caso a proposta de lei 39/XII seja aprovada em pleno.

¹¹² O plano de insolvência corresponde ao *Insolvenzplan* da lei alemã, conf. §§ 217 a 279 da *Insolvenzordnung*

natural da sua aplicabilidade não se verifique, ou seja, a viabilidade da empresa, assim como, *á contrario*, permite que o processo de insolvência siga os seus termos até á liquidação mesmo quando se mostre possível a recuperação.

Podem apresentar uma proposta de plano de insolvência (art. 192.º CIRE) o administrador da insolvência (art. 52.º CIRE), o devedor, qualquer pessoa responsável pelas dívidas da insolvência (art. 6.º CIRE) ou qualquer credor ou grupo de credores que representem um quinto do total dos créditos não subordinados (art. 48.º CIRE) reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos ou, na falta desta, na estimativa do juiz (art. 193.º, n.º 1 CIRE).

O plano não está sujeito a critérios de forma mas, o seu conteúdo, está tipificado na lei (art. 192.º CIRE). Não obstante, os credores podem, entre outras medidas, derrogar as normas previstas no CIRE (art. 192.º, n.º 1 CIRE)¹¹³.

Conforme consagra o art. 194º CIRE, o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sendo que, um tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado (que se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável ao plano). Diz o nº 3 do referido preceito que é nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem que confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente, por exemplo, quanto ao exercício do direito de voto.

O plano de insolvência deve indicar claramente as alterações decorrentes para as posições jurídicas dos credores da insolvência, (art. 195º nº1 CIRE), devendo indicar a sua finalidade, descrever as medidas necessárias à sua execução, já realizadas ou ainda a executar, e conter todos os elementos relevantes para efeitos da sua aprovação pelos credores e homologação pelo juiz¹¹⁴.

¹¹³ Conf. Ac. do STJ de 04/06/2009: “I- Não se verifica impedimento na homologação judicial do plano de insolvência, apresentado pelo administrador da Insolvência e aprovado pela assembleia de credores da empresa insolvente, se no mesmo plano estiver prevista redução ou perdão de dívidas do insolvente ao Estado, de natureza fiscal (capital ou juros) e, muito menos, que a sentença homologatória de tal plano padeça dos vícios de violação do princípio de legalidade, de igualdade e de inconstitucionalidade por derrogação de normas imperativas por vontade das partes. II- Não ocorre, nesta situação, qualquer derrogação de normas legais imperativas (fiscais ou outras) por vontade dos credores ou partes, como vem afirmado (até porque os particulares não têm poder para «derrogar» normas emanadas do poder legislativo) sendo que a derrogação é operada pela própria lei da insolvência que estabelece um regime especial e, nessa medida, afasta, do seu âmbito de aplicação, o regime normativo geral (*lex specialis derogat legi generali*), fruto da opção político-legislativa que, tendo em conta a relevância do tecido empresarial na estrutura económica da sociedade e, do mesmo passo, a necessidade de obviar, na medida do possível, ao prejuízo da insatisfação dos créditos concedidos à insolvente, cujo ressarcimento se frustra frequentemente nestas situações, gizou um esquema legal que contribuisse para atenuar a tensão dialéctica, reconhecidamente existente, entre estas duas realidades contrapostas.” Disponível em www.dgsi.pt

¹¹⁴ Se o plano nada disser em sentido diverso, os direitos decorrentes de garantias reais e de privilégios creditórios não são por ele afectados, os créditos subordinados consideram-se objecto de perdão total e o cumprimento do plano exonera o devedor e os responsáveis legais da totalidade das dívidas da insolvência remanescentes.

A disposição do art. 195º nº 2 al. b) CIRE sugere a existência de quatro modalidades de plano: o plano de liquidação da massa insolvente; o plano de recuperação; o plano de saneamento por transmissão da empresa a outra entidade; e naturalmente, o plano misto, que resulta da liberdade de combinar todas ou algumas das modalidades anteriores.¹¹⁵

Admitida que seja a proposta de plano de insolvência, há lugar aos pareceres obrigatórios da comissão de trabalhadores (ou na sua falta, dos representantes por eles designados), da comissão de credores (se esta existir), do devedor e do administrador de insolvência (art. 208º CIRE). De seguida, a proposta é discutida e votada em assembleia de credores convocada pelo juiz para o efeito (art. 209º nº1 CIRE). Tal proposta é discutida e votada em assembleia de credores, a realizar depois de transitada em julgado a sentença de declaração de insolvência, de esgotado o prazo para a impugnação da lista de credores reconhecidos e da realização da assembleia de apreciação de relatório.

O plano de insolvência pode ser modificado pelo proponente, na assembleia, e posto à votação na mesma sessão com as alterações introduzidas, desde que estas, ainda que substanciais quanto a aspectos particulares de regulamentação, não contendam com o próprio cerne ou estrutura do plano ou com a finalidade prosseguida.

A votação da proposta pode, também, ter lugar por escrito, num prazo não superior a dez dias, se assim o decidir o juiz, podendo nela participar apenas os titulares de créditos com direito de voto presentes ou representados na assembleia. O voto escrito deve conter a aprovação ou a rejeição da proposta; qualquer proposta de modificação do plano de insolvência ou condicionamento do voto corresponde a rejeição.

A proposta de plano de insolvência considera-se aprovada se, estando presentes ou representados na reunião credores cujos créditos constituam, pelo menos, um terço do total dos créditos com direito de voto, recolher mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções, tudo conforme a sentença de verificação e graduação de créditos.

Após a aprovação, o plano de insolvência deve ser homologado pelo juiz (art. 214º CIRE), mas o seu conteúdo é livremente fixado pelos credores, devendo o juiz, quando actue officiosamente, limitar-se ao controlo de legalidade e, designadamente, recusar a homologação

¹¹⁵ Nesse sentido conf. CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, pp. 71

do plano com base na violação não negligenciável das regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo (art. 215º CIRE).

As alterações dos créditos sobre a insolvência, geradas pelo plano de insolvência, produzem efeitos a partir da sentença de homologação, o que ocorre independentemente de tais créditos terem sido, ou não, reclamados ou verificados. A sentença de homologação confere eficácia a quaisquer actos ou negócios jurídicos previstos no plano, independentemente da forma consagrada na lei, desde que constem do processo, por escrito, as declarações de vontade de terceiros e dos credores que não tenham votado favoravelmente tal plano ou que, nos seus termos, devessem ser emitidas posteriormente à aprovação, mas prescindindo-se das declarações de vontade do devedor cujo consentimento não seja obrigatório.

A sentença homologatória constitui título bastante (art. 217º CIRE) para a constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que deva adquirir, assim como para a realização dos respectivos registos; ou para a redução de capital, aumento de capital, modificação dos estatutos, transformação, exclusão de sócios e alteração dos órgãos sociais da sociedade devedora, bem como para a realização dos respectivos registos.

As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afectam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os co-devedores ou os terceiros garantes da obrigação, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.

Se o devedor se constituir em mora ou for declarado em situação de insolvência em outro processo durante a execução do plano de insolvência, ficam sem efeito, relativamente a alguns ou a todos os créditos, o perdão e moratória previstos em tal plano. Este pode, no entanto, dispor em sentido diverso quanto às consequências do incumprimento ou ainda estabelecer a produção das mesmas quando se verificarem acontecimentos de outro tipo no prazo de três anos após a data da sentença homologatória.

No caso de o plano aprovado determinar o encerramento do processo, o administrador procede, até ao desfecho, ao pagamento das dívidas da massa insolvente. O plano de insolvência que implique o encerramento do processo pode prever que a sua execução seja fiscalizada pelo administrador e que a autorização deste seja necessária para a prática de determinados actos pelo devedor ou pela nova sociedade ou sociedades.

Posto isto temos que, é aos credores que cabe, na assembleia de apreciação do relatório (arts. 156.º e ss. e 206.º, n.º 1 CIRE) ou posteriormente, tomar a decisão de liquidar ou recuperar¹¹⁶.

A recuperação da empresa através de um plano de insolvência é, pois, a par da liquidação, um instrumento para os credores verem satisfeitos os seus créditos.

¹¹⁶ O pagamento aos credores faz-se através da liquidação do património do devedor, repartindo-se por estes o produto da liquidação (art. 172.º CIRE), ou através de um plano de insolvência (art. 192.º CIRE), que pode suspender a liquidação se os credores assim o deliberarem, nos termos previstos no art. 156.º, n.º 3CIRE.

Capítulo III

Secção I

A Alienação

A insolvência de uma empresa é susceptível que ocasionar danos diversos, que atingem sócios, credores e trabalhadores, sendo de facto afectados múltiplos interesses. Os credores não conseguem amiúde cobrar os seus créditos, pelo menos na íntegra, os sócios são confrontados com a dissolução da sociedade e a liquidação do respectivo património, vendo esfumar-se o valor das suas participações sociais e os trabalhadores perdem, em consequência da extinção da empresa, os seus postos de trabalho e, com eles, o meio de sustento próprio e das suas famílias. Numa fase de acentuada globalização nas relações económico - jurídicas os efeitos devastadores de uma insolvência podem sentir-se a léguas de distância, nomeadamente pela ruína inesperada de alguns *gigantes* empresariais estrangeiros que arrastam consigo uma serie de pequenas e medias empresas deles directamente dependentes.

Pelo que, uma solução que viabilize a manutenção da empresa em condições de laborar, seja pela via da venda em globo a um interessado que pretenda a sua viabilização económica, seja pela recuperação, deveria ser trave mestra indispensável de todo o processo insolvencial.

Ao contrário do que acontecia no CPEREF em que a empresa era acima de tudo a titular da organização, no CIRE a empresa surge apenas como objecto compreendida na massa insolvente que tem como titular o devedor e, como tal, pode ser transmitida a outra entidade.

Assim, considera-se empresa para efeitos de processo de insolvência (art. 5º CIRE) *toda a organização de capital e de trabalho destinada ao exercício de qualquer actividade económica*¹¹⁷.

Conforme já fomos expondo ao longo do presente texto, o estabelecimento comercial existe, e é reconhecido, como verdadeira unidade económica e jurídica. Deste reconhecimento resulta a possibilidade do estabelecimento comercial ser objecto de negócios, apesar da pluralidade e heterogeneidade dos elementos que o constituem e o integram.

¹¹⁷ Se porém quisermos uma definição mais ampla de empresa podemos definir empresa como sendo a unidade de meios humanos, materiais e financeiros que, actuando segundo imperativos decorrentes das leis de mercado ou do plano, tem como objectivo, através da produção de bens ou serviços, satisfazer necessidades, quer da comunidade em que se encontra inserida, quer dos que nela participam com capital, direcção e trabalho.

A forma mais comum de alienação do estabelecimento é aquela que é efectuada *inter vivos* a título perpétuo ou definitivo, e mediante o pagamento de um determinado preço, ou seja, do trespasse.

Os motivos que levam a esta alienação são vários e diferem consoante se trate de um venda extra-judicial, na forma corrente de amigável ou negociada voluntariamente; ou consoante se trate de uma venda judicial (executiva); de uma «adjudicação a um dos sócios de uma sociedade em dissolução da totalidade do estabelecimento social», ou ainda, da «atribuição do estabelecimento de um comerciante em nome individual a uma sociedade constituída ou constituenda, desde que a atribuição seja, não apenas onerosa, mas retribuída em dinheiro»¹¹⁸.

O trespasse deve então ser entendido como um negócio sobre o estabelecimento e a ele apenas se subsumem as transmissões definitivas da organização, excluindo-se todas as outras.

O que está em causa, portanto, é a transferência do direito de propriedade sobre o estabelecimento, que seja celebrada *inter vivos*, e que reveste frequentemente carácter oneroso.

Assim, o trespasse enquanto contrato de compra e venda, pode ser, voluntario, tratando-se aqui da alienação de um estabelecimento por via de um acto voluntario, nos termos do qual se transfere a sua propriedade mediante um preço; pode ainda configurar uma venda em sede executiva, transferindo-se, por essa via, para o adquirente os direitos do executado (art. 824º nº 1 CC)¹¹⁹; e pode ainda configurar uma venda em sede de insolvência quer esteja perante uma insolvência com fins de liquidação ou de recuperação¹²⁰.

Efectivamente, a razão de ser do processo de insolvência é a de fazer com que todos os credores do mesmo devedor exerçam os seus direitos no âmbito de um único processo e o façam em condições de igualdade – *par conditio creditorum* – não tendo nenhum credor quaisquer outros privilégios ou garantias, que não aquelas que sejam reconhecidas pelo Direito da Insolvência, e nos precisos termos em que esta os reconhece.

Desta forma, na pendência do processo de insolvência, os credores apenas poderão exercer os seus direitos no âmbito deste (art. 90º CIRE), deixando de poder instaurar acções independentes ou continuar a prosseguir outros processos á margem do processo de

¹¹⁸ ORLANDO DE CARVALHO, Critério e Estrutura ..., pp.200, nota 17.

¹¹⁹ GRAVATO MORAIS, "Alienação e oneração de estabelecimento comercial", Almedina 2005, pp. 80 e 81

¹²⁰ Existem, ainda, específicas operações societárias que envolvem uma transferência definitiva de estabelecimento comercial, nomeadamente no âmbito da transmissão de participações sociais e de fusão e cisão de sociedades. Tem sido defendido por alguma doutrina que a cessão de participações sociais, em globo, pode implicar uma transmissão da propriedade indirecta ou mediata sobre o estabelecimento, propondo a aplicação do regime do trespasse sempre que fosse possível, e se justificasse, a sua equiparação. Por exemplo, em caso de cessão total das participações sociais, e coincidindo o património social com o património empresarial, em caso de estabelecimento instalado em imóvel arrendado, ao senhorio onde está instalado o estabelecimento assiste o direito de preferência na sua venda ou dação em cumprimento (art. 1112º nº 4 CC/NRAU). Conforme defende GRAVATO MORAIS, esta orientação deve acompanhar-se, mas apenas nos casos em que envolva uma transmissão total ou por larga maioria das participações sociais.

insolvência. Com isto, assegura-se a intangibilidade do património do devedor, já que a massa insolvente, deixa de poder ser utilizada como garantia geral de outros créditos que não aqueles que sejam exercidos, reclamados e reconhecidos, no processo de insolvência

Assim, a insolvência constitui uma *acção executiva*, uma vez que tem por fim a obtenção de providencias adequadas á reparação efectiva dos direitos de credito violados (art. 4º nº 3 do CPC). No entanto, trata-se de uma execução com características próprias e especiais, já que é uma *execução colectiva, genérica ou total* e que resulta de um *processo especial*.

1. A Alienação de Estabelecimento comercial na Insolvência com fins de liquidação

Conforme decorre do art. 156º nº2 do CIRE, a assembleia de credores onde seja apreciado o relatório, (relatório esse onde o administrador de insolvência faz uma análise do estado da contabilidade do insolvente, indica se existem perspectivas de manutenção da empresa e da conveniência ou não da aprovação de um plano de insolvência, ao qual são anexos o inventário e a lista provisória de credores), delibera sobre o futuro da empresa (art. 155º CIRE)¹²¹.

Na assembleia, os credores deliberam sobre o encerramento ou a manutenção em actividade do estabelecimento ou estabelecimentos compreendidos na massa, ou seja, deliberam sobre a manutenção ou não da empresa em funcionamento.

Não obstante a alargada margem de manobra cometida ao administrador de insolvência em todo o processo insolvencial, a pratica de actos de especial relevo para o processo depende do consentimento da comissão de credores, ou na falta dela da assembleia de credores, como é o caso da venda da empresa, de estabelecimentos ou da totalidade das existências, art. 161º nº 3 al. a) CIRE.

O art. 162º CIRE, estabelece no seu nº 1¹²² que o *estabelecimento comercial deve ser alienado como um todo, a não ser que não haja proposta satisfatória ou então quando se reconheça vantagem na alienação ou liquidação separada de certas partes*.

Esta alienação como um todo, é desde logo justificável para que não se permita a perda do *aviamento*, ou seja da aptidão lucrativa do estabelecimento, que a alienação separada da empresa, á partida, implicaria.

¹²¹ PAULA COSTA E SILVA, "A liquidação da massa insolvente" *in* ROA (Dezembro de 2005), pp. 713 - 744

¹²² Correspondente ao art. 181º nº 3 do CPEREF

É de realçar que no âmbito da insolvência as modalidades da venda deixaram de ter carácter taxativo, podendo o administrador optar, no nosso ver sempre com autorização da comissão de credores ou da assembleia, não apenas pelas modalidades reconhecidas na lei mas também por qualquer outra que considera adequada.

Esta solução prevista pelo art. 162º CIRE é uma alternativa viável e credível ao encerramento da empresa.

Ou seja, não obstante a sua liquidação, o facto de a venda ser realizada como um todo, á partida, significará que o seu comprador pretende fazer daquele *todo* que adquiriu um estabelecimento com posição no mercado.

Efectivamente a insolvência é um processo que visa a satisfação do direito de crédito sobre o património do devedor, sendo conseqüentemente uma execução, assim, a sua larga incidência declarativa, não afecta a sua qualificação como processo executivo uma vez que a sua finalidade última é a obtenção de providências relativas á satisfação efectiva do direito violado. Trata-se de uma *execução colectiva* visto que o seu fim é a satisfação dos direitos de todos os credores de um devedor, que visa o tratamento igualitário de todos os credores do devedor, *par conditio creditorum*.

A insolvência constitui por isso uma *execução genérica ou total*, uma vez que abrange todo o património do devedor e não apenas os bens necessários para fazer face a algum ou alguns créditos determinados. A insolvência constitui, assim, uma forma de *execução para pagamento de quantia certa*. Nesta, o rateio do património do devedor não é realizado em espécie, mas antes envolve normalmente um processo de liquidação, destinado a converter em dinheiro os bens do insolvente, e a atribuir aos credores o pagamento respectivo, o que implica seguir-se, neste âmbito, o regime da execução para pagamento de quantia certa.

Pelo que, assim sendo, as modalidades de alienação são as permitidas em processo executivo, mas é admissível qualquer outra que seja considerada mais conveniente (art. 164º CIRE), consagrando-se neste âmbito a regra da preferência pela alienação da empresa/estabelecimento como um todo, conforme decorre do art. 162º do CIRE, por razões que se prendem com os interesses de conservação das unidades económicas e de protecção da economia.

Até porque, os bens do devedor nem sempre são de avaliação fácil, podendo o seu preço variar em função de múltiplos circunstancialismos, nomeadamente do facto de o

estabelecimento do devedor ser alienado como um todo ou de os seus bens serem vendidos separadamente.

Não obstante tal solução ser, pelo que podemos aferir, privilegiada pela lei insolvencial, a verdade é que são raríssimos os casos em que a venda do estabelecimento comercial efectivamente acontece *como um todo*.

Neste sentido, surge uma questão de especial interesse, que será desde logo saber o que está abrangido por essa *“alienação como um todo”* do estabelecimento comercial.

A palavra *estabelecimento* tanto pode ser aludida a uma acepção lata referente á organização comercial global do comerciante, identificada como o conjunto de elementos corpóreos e incorpóreos organizados para o exercício do comércio de uma determinada pessoa (singular ou colectiva); como nos pode aparecer numa acepção restrita ligada á unidade técnica ou de produção de bens, ou ao local onde se realiza o comércio, identificando-se com a “loja” ou “armazém” onde o estabelecimento se encontra instalado. Pelo que, são considerados como elementos do estabelecimento comercial não só o imóvel, enquanto valor periférico ou externo da empresa, e que será o elemento com maior capacidade para sensibilizar, exprimir e transportar o valor de posição da empresa, (não obstante a possibilidade do mesmo estar instalado em imóvel arrendado), mas também integram os elementos do estabelecimento comercial, bens corpóreos, nomeadamente, as maquinas, utensílios, mercadorias, o mobiliário, entre outros; e bens incorpóreos, nomeadamente, os direitos de propriedade industrial (direito á marca, ao nome, as patentes, etc) e ainda os direitos decorrentes dos contratos celebrados pelo proprietário do estabelecimento comercial (contrato de arrendamento ou comodato, contratos de trabalho, contratos de distribuição comercial, contratos de credito, contratos de prestação de serviços, etc.), ainda aqui se inserem os créditos e os débitos do estabelecimento comercial.

Pelo exposto, *quid iuris* quanto ao previsto no art. 162º CIRE sobre alienação da empresa como um todo? Da alienação, fazem parte todos os elementos supra descritos e que compõe o estabelecimento comercial?

Assim, supondo que os elementos e valores referidos apontam inequivocamente para a existência de uma empresa e que estamos perante uma negociação do estabelecimento, cumpre saber quais os elementos que terão de estar presentes para que o negocio se diga sobre a empresa^{123/124}

¹²³ Estamos neste caso a referir-nos ao chamado âmbito mínimo e máximo de entrega da empresa, ou seja, os valores que tendem a constituir o âmbito mínimo ou necessário da empresa, e que são aqueles elementos do lastro ostensivo sem os quais, em concreto, não se pode dizer que o estabelecimento tenha sido transmitido, assim como nos referimos áqueles que decorrem naturalmente da entrega e os que, para serem transmitidos carecem de um acto de vontade *ad hoc*, ou seja, uma convenção específica para a sua inclusão. No âmbito mínimo de entrega,

a) Estabelecimento comercial instalado em imóvel arrendado

Do que ficou exposto, sabemos que, não obstante a importância do imóvel onde o estabelecimento se encontra instalado ser, especialmente no caso dos estabelecimentos sedentários, de grande importância, a mais das vezes, o imóvel onde o estabelecimento se encontra instalado, não é pertença do trespassante mas sim de um outro proprietário ou seja de um senhorio.

Decorre de previsão legal, art. 108º e 109º do CIRE, que a declaração de insolvência não suspende o contrato de locação em que o insolvente seja locatário, mas o administrador pode sempre pôr-lhe termo com um pré-aviso de sessenta dias se, nos termos da lei ou do contrato, não for suficiente um pré-aviso inferior.

Não será assim se o locado se destinar à habitação do insolvente, caso em que o administrador da insolvência poderá apenas declarar que o direito ao pagamento de rendas vencidas depois de transcorridos sessenta dias sobre tal declaração não é susceptível de ser exercido no processo de insolvência, ficando o senhorio, nessa hipótese, constituído no direito de exigir, como crédito sobre a insolvência, indemnização dos prejuízos sofridos em caso de despejo por falta de pagamentos de alguma ou algumas das referidas rendas, até ao montante das correspondentes a um trimestre.

A declaração de insolvência não suspende também a execução de contrato de locação em que o insolvente seja locador, e a sua denúncia por qualquer das partes apenas é possível para o fim do prazo em curso, sem prejuízo dos casos de renovação obrigatória.

Assim, estando o estabelecimento instalado em imóvel arrendado, e estando pendente sobre o mesmo processo de insolvência, será importante saber qual o papel do senhorio, proprietário do imóvel onde o estabelecimento se encontra instalado, nomeadamente em termos de eventual direito de preferência na posterior aquisição.

incluem-se os elementos do lastro ostensivo que sejam aptos a exprimir a organização no seu conjunto e de acordo com a empresa e ramos do comércio em que ela se insere. Os valores cuja transmissão se impõe naturalmente, não carecendo a sua transmissibilidade de qualquer manifestação da vontade, são os que o estabelecimento transporta naturalmente consigo sem dependência de qualquer enunciação, nomeadamente, como é o caso dos factores produtivos do lastro ostensivo que estando fora do âmbito mínimo ou necessário, não necessitam de um acto *ad hoc*. Por fim, temos os valores que pertencem ao âmbito máximo de entrega de empresa e que carecem necessariamente de uma convenção específica das partes para a sua inclusão no negócio, como será, por exemplo, a firma, os débitos puros e os direitos reais sobre imóveis.

¹²⁴Conforme nos ensina o Ac. TRC de 25.03.2010: "(...) No entanto não se esgota no âmbito do trespassse a transmissão dos elementos materiais *stricto sensu*, normalmente conotados com a caracterização do seu âmbito mínimo, já que é muito mais vasto o conjunto de bens que podem envolver a respectiva transmissão; trata-se de matéria que não se encontra definitivamente assente já que a mesma dependeria de uma tipicização legal do trespassse, espécie contratual que mau grado seja reconhecida pelo ordenamento jurídico, não é contudo definida legalmente, nem tão pouco precisada minimamente nos seus contornos. O trespassse é na verdade, entre nós, uma figura doutrinal com acolhimento jurisprudencial. Nisto radica a nosso ver a discussão a que a falta de uma definição legal de trespassse deixa margem nomeadamente em matéria de créditos, débitos e participações sociais." *In* www.dgsi.pt

Torna-se primordial neste âmbito não confundir o imóvel, prédio rústico ou urbano, com o estabelecimento comercial que nele está instalado. Sendo de diferenciar também os direitos que incidem sobre cada um deles, cuja natureza pode, ou não, ser idêntica.

Encontrando-se o estabelecimento instalado em imóvel arrendado, e sendo ele sujeito a uma alienação em globo, antes de mais cumpre saber como qualificar essa alienação, se no âmbito de um trespasse se no âmbito de uma outra figura jurídica.

Ora, se defendemos o trespasse como sendo a alienação do estabelecimento que é efectuada inter vivos a título perpétuo ou definitivo, e mediante o pagamento de um determinado preço, verificando-se uma alienação em sede de processo de insolvência, cujos termos seguem as disposições previstas para a venda em sede executiva, não podemos senão considerar que a alienação do estabelecimento comercial no âmbito do processo de insolvência, nos termos previstos pelo art. 162º CIRE, não pode senão ser classificada como um trespasse.

Nesse sentido, um trespasse em sede de processo de insolvência em que o estabelecimento se encontra instalado em imóvel arrendado pressupõe a transmissão do arrendamento. Nada sendo convencionado entre as partes, expressamente, no contrato, entende-se que existe uma transmissão natural da posição jurídica do arrendatário.

O art. 116º nº 1 RAU e 1112º nº 4 do Código Civil, atribuem ao senhorio, titular do direito legal de preferência, primazia na celebração do trespasse por venda ou dação em cumprimento de estabelecimento comercial. A aplicabilidade destes preceitos depende da verificação cumulativa de três requisitos, nomeadamente, que o estabelecimento se encontre instalado em imóvel arrendado, que o trespasse integre a transmissão da posição do arrendatário, e que o negocio realizado consista numa venda ou numa dação em cumprimento do estabelecimento.

A lei é clara quanto estamos perante uma venda judicial. O art. 165º do CIRE estabelece expressamente que, *“aos credores garantidos que adquiram bens integrados na massa insolvente e aos titulares de direito de preferência, legal ou convencional, com eficácia real, é aplicável o disposto para o exercício dos respectivos direitos na venda em processo executivo”*.

Da análise do art. 892º do CPC decorre a necessidade da notificação do titular do direito legal de preferência, ou seja, o senhorio. Neste âmbito, o titular do direito de preferência, é notificado do dia, hora e local, convencionados para a abertura de propostas (art. 892º nº 1 CPC por remissão do art. 165º do CIRE). Caso seja aceite alguma das propostas o locador do imóvel, senhorio, é interpelado para, no momento, declarar se pretende ou não exercer o direito que lhe

assiste (art. 896º CPC), a emissão da declaração de preferência importa a prestação de caução, sendo o preferente notificado para, em 15 dias, depositar a totalidade do preço (art. 897º e 898º CPC por remissão do 164º nº 4 do CIRE). Sendo realizado o mesmo, o agente de execução emite a favor do senhorio o respectivo título de transmissão.

A falta ou a frustração da notificação para preferir faculta ao senhorio o recurso á acção de preferência (art. 892º nº 2 e nº4 CPC) que deve ser instaurada nos seis meses seguintes ao momento do conhecimento dos elementos essenciais da alienação executiva (art. 1410º CC). Sendo procedente a acção, o senhorio substituir-se-á ao adquirente do estabelecimento.

b) Destino das posições contratuais do insolvente/trespasante

b.1) os contratos em geral

Conforme fomos expondo, integram os elementos do estabelecimento comercial, os direitos decorrentes dos contratos celebrados pelo proprietário do estabelecimento comercial (contratos de trabalho, contratos de distribuição comercial, contratos de credito, contratos de prestação de serviços, etc.), ainda aqui se inserem os créditos e os débitos do estabelecimento comercial.

Pelo que, cabe de seguida aferir se o adquirente do estabelecimento em sede de compra por alienação em processo de insolvência, trespasário, sucede nas posições contratuais do transmitente relativamente aos negócios por este celebrados.

Do ponto de vista dos interesses em confronto, por via de regra, á partida o adquirente do estabelecimento não tem interesse em adquirir o estabelecimento sem os contratos, isto se, o objectivo com a aquisição for a manutenção do funcionamento do insolvente.

No entanto, não podemos esquecer o carácter especial que essa transmissão envolve, isto porque, não estamos no âmbito de um trespasse voluntario, mas sim de uma alienação/trespasse em sede de processo de insolvência. Pelo que a transmissão das posições contratuais do insolvente poderá não trazer beneficios ao adquirente.

A lei insolvência estabelece quanto aos efeitos sobre os negócios em curso uma norma de carácter geral em que se pretende determinar o conceito de “negócio em curso” e se determina pela suspensão do seu cumprimento até que o administrador de insolvência declare optar pela execução ou pela recusa do cumprimento, (art. 102º CIRE), estabelecendo um

conjunto de efeitos especiais consoante as particulares situações ou relações jurídicas que podem envolver o devedor insolvente nos art. 103º a 118º CIRE.

Mas, com o trespasse do estabelecimento serão estas normas de aplicação analógica a cada tipo contratual transmitido. Poderá o adquirente do estabelecimento usar do preceituado nestes artigos ou aplicar-se-ão as normas civilistas de cada tipo contratual em primeiro lugar.

Ou pelo contrário, com o trespasse e o pagamento do preço, iniciada que seja a liquidação e o pagamento aos credores, deverão os contraentes celebrar novo contrato com data posterior á do trespasse, esquecendo a relação anteriormente estabelecida.

Oliveira Ascensão enuncia, em face da lei portuguesa a seguinte regra: “as vicissitudes que recaiam sobre o estabelecimento podem ser opostas aos que têm com o respectivo titular vínculos exploracionais, mas se essas vicissitudes causarem prejuízo á outra parte, esta poderá resolver o contrato no prazo de seis meses, a contar do conhecimento das vicissitudes”¹²⁵

No quadro legal vigente, na falta de norma específica no âmbito do trespasse, há que atender ao princípio geral expresso no art. 424º CC, em que a eficácia da cessão de posição contratual em relação á contraparte no negócio realizado (o contraente cedido) depende da sua vontade. Aplicando a disciplina do normativo á transmissão de estabelecimento, temos que, em princípio, não se transfere para o adquirente a posição decorrente das relações contratuais anteriormente constituídas pelo alienante. Seria necessário o acordo entre as três partes, transmitente, transmissário e terceiro (titular do contrato com o transmitente), no sentido de integrarem no trespasse tais negócios.¹²⁶

Assim, embora a regra geral seja a de que para que se transmita a posição jurídica é necessário o consentimento do contraente cedido, em sede de transmissão por trespasse, no silêncio do contrato, a transmissão só não opera se as partes estipularem coisa diversa.

Decorre das normas do CIRE quanto aos efeitos sobre os negócios em curso, previstos nos art. 102º a 119º, cujo carácter imperativo não permite o seu afastamento por convenção das partes (art. 119º CIRE), que, nos negócios bilaterais ainda não cumpridos, prevê-se, como regra geral, que o respectivo cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência opte pela sua execução ou pela recusa do seu cumprimento. Nas situações em que o insolvente tenha celebrado, na qualidade de vendedor, um contrato de compra e venda com reserva de propriedade, permite a lei que a outra parte possa exigir o cumprimento do contrato se a coisa já

¹²⁵ Autor citado, em GRAVATO MORAIS, “Alienação e oneração...”, pp. 102

¹²⁶ Não obstante existem determinados tipos contratuais, com previsões legais específicas que se demarcam deste normativo, como é o caso dos contratos de *leasing*.

lhe tiver sido entregue na data da declaração da insolvência. O mesmo regime é aplicável ao contrato de locação financeira e ao contrato de locação com a cláusula de que a coisa locada se tornará propriedade do locatário depois de pagas todas as rendas acordadas, quando seja insolvente o locador. Quando, em contratos de alienação de coisa determinada, o insolvente seja o comprador, a cláusula de reserva de propriedade só é oponível à massa se tiver sido reduzida a escrito até ao momento da entrega da coisa. No caso de insolvência do promitente-vendedor, o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento de contrato-promessa com eficácia real, se já tiver havido transmissão da coisa a favor do promitente-comprador.

Do exposto pretendemos aferir da possibilidade da manutenção de determinados contratos entre os credores e o novo proprietário do estabelecimento comercial.

Efectivamente, num caso de “venda loteada” de um estabelecimento comercial, o destino dos negócios em curso não poderá ser outro que não a sua caducidade com a liquidação da massa insolvente e encerramento do processo.

Na assembleia de credores destinada a avaliar o relatório apresentado pelo administrador, que se realiza após a sentença de declaração da insolvência, é decidido se o estabelecimento ou estabelecimentos do devedor, compreendidos na massa insolvente, devem ser mantidos em actividade ou encerrados. Mas, se a comissão de credores autorizar ou, na sua falta, o devedor não se opuser, ou ainda, opondo-se o devedor, o juiz autorizar, pode o administrador da insolvência proceder ao encerramento dos estabelecimentos do devedor em data anterior à assembleia de apreciação do relatório. Na falta de instruções por parte dos credores, no sentido de ser preparado um plano de insolvência, deve o administrador iniciar de imediato a liquidação dos bens já apreendidos para a massa insolvente, independentemente da verificação do passivo, na medida em que a tanto se não oponham as deliberações tomadas pelos credores na referida assembleia. Até porque tratando-se de bens deterioráveis ou depreciáveis, deve o administrador da insolvência, mediante prévia concordância da comissão de credores ou, na sua falta, do juiz, promover a imediata venda ainda que a liquidação esteja suspensa.

Decorre da lei uma clara preferência pela venda da empresa como um todo, incumbindo-se o administrador da insolvência de, desde o início de funções, angariar compradores para esse efeito. Só não se assumirá a concretização desta orientação normativa se não existir proposta satisfatória ou se reconhecer vantagem na liquidação ou alienação separada de certas partes.

Neste sentido, na hipótese de ser encontrado um comprador para a venda da empresa como um todo, será de equacionar, no âmbito dos negócios em curso, da possibilidade dos credores manterem a relação contratual com o novo adquirente, visto que, á partida, o objectivo da aquisição como um todo será manter a o estabelecimento em funcionamento e viabilizar a sua posição de mercado, pelo que, e embora não encontremos previsão legal nesse sentido, julgamos ser favorável, quer ao credor, que poderá com a venda não ver o seu credito sobre a massa totalmente ressarcido e ainda perder um cliente, eventualmente manter a relação contratual com o novo adquirente, sem que tal consubstancie uma nova relação contratual, visto que o estabelecimento se mantém o mesmo, nos casos em que assim for, mas haverá apenas uma renegociação do contrato, já existente, em moldes favoráveis a ambas as partes.

Para o adquirente da empresa, será de todo importante, caso o seu objectivo seja manter a mesma em funcionamento e com o mesmo âmbito comercial, conhecer o passado da mesma e os contratos que vigoravam e nessa base poder aferir da viabilidade da sua manutenção minorando consideravelmente os danos sobre os credores, que não obstante os danos causados com a insolvência vêem nesta aquisição uma possibilidade de manutenção das relações contratuais que lhe poderão trazer benefícios.

Não obstante tal possibilidade possa eventualmente decorrer de um plano de insolvência, da análise dos normativos não discorremos uma clara defesa dessa possibilidade.

Assim, se no âmbito de um trespasse voluntario, á partida, e sob aceitação das partes, o trespasário, sucede nas posições contratuais do transmitente relativamente aos negócios por este celebrados, julgamos que, e não esquecendo o carácter especial do processo de insolvência, também aqui deveria ser legalmente prevista esta possibilidade, sob pena de a mesma ser esquecida em sede de plano de insolvência e o comprador, embora querendo viabilizar a empresa que adquire, ter que começar do “zero” visto que a lei não é explicita quanto se refere a uma venda “como um todo”.

No entanto, também defendemos que tal possibilidade terá que acautelar condições especiais, visto que não será justo para o adquirente suceder nos débitos ou contratos excessivamente onerosos e celebrados sem qualquer cautela em razão dos prejuízos que causariam á empresa a sua celebração, sob pena de pouco tempo depois estar ele mesmo em situação de insolvência por não conseguir fazer face ao que “herdou” com a compra da empresa como um todo.

Não podemos esquecer que poderemos estar em face de uma má gestão do estabelecimento, que possa ter sido um dos factores que levou á insolvência, e que a transmissão desses contratos, nos mesmos termos contratados possa não ser benéfica á continuidade e “saúde” económica da empresa.

b.2) Os contratos de trabalho

A situação ora analisada será por ventura, aquela que é mais sensível neste âmbito, ou seja, o destino dos trabalhadores com a insolvência, que são normalmente o “elo mais fraco” de toda esta mecânica.

Dúvidas não existem que, caso se proceda a uma alienação da empresa “loteada”, aos contratos de trabalho existentes após a declaração de insolvência, será aplicável o regime geral da cessação do contrato de trabalho.

Embora a declaração judicial de insolvência do empregador não faça cessar o contrato de trabalho, visto que o administrador de insolvência deve continuar a satisfazer as obrigações para com os trabalhadores até ao encerramento definitivo do estabelecimento (art. 347º nº 1 Código do Trabalho, doravante CT), nada obsta a que antes desse encerramento o administrador faça cessar o contrato de trabalho com base na dispensabilidade da colaboração do trabalhador no funcionamento da empresa.

De qualquer forma, com o encerramento definitivo do estabelecimento verifica-se a caducidade dos contratos de trabalho.

No entanto, quando esse encerramento decorre de uma venda nos termos previstos pelo art. 162º do CIRE, o que acontece aos trabalhadores? Caducam os seus contratos ou pelo contrário, os mesmos são transmitidos para o adquirente da empresa, fazendo parte do “como um todo” transmitido.

Nos termos do art. 285º do CT, em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, ou estabelecimento, ou ainda de parte da empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores. O transmitente responde solidariamente pelas obrigações vencidas até á data da transmissão, durante o ano subsequente a esta.

Do exposto decorre que, em caso de trespasse, a posição jurídica de empregador transmite-se imperativamente e *ope legis* para o adquirente do estabelecimento relativamente aos contratos de trabalho em vigor.

Com este preceito é consagrado o princípio da continuidade contratual, ou seja, de que o trespasse não interfere na subsistência ou conteúdo dos contratos de trabalho que vigorem entre o empregador/trespasante e o trabalhador, não saindo a posição contratual deste de modo algum afectada, ficando apenas subordinado às ordens de outra pessoa, o trespasário, que ingressa na posição jurídica do anterior empregador.

Ao contrário da regra geral que impõe a aprovação do contraente cedido, este consentimento por parte do trabalhador não parece estar previsto para esta transmissibilidade, pelo menos tal necessidade não decorre da letra da lei do art. 285.º e ss. do CT.¹²⁷

Resta-nos saber, se no âmbito insolvencial o exposto se mantém.

Ora, mantendo a posição de que verificando-se uma alienação em sede de processo de insolvência, cujos termos seguem as disposições previstas para a venda em sede executiva, não podemos senão considerar que a alienação do estabelecimento comercial no âmbito do processo de insolvência, nos termos previstos pelo art. 162.º CIRE, não pode senão ser classificada como um trespasse, será necessário analisar o que o processo executivo prevê para estas situações.

Não obstante não existir previsão legal específica no âmbito executivo, tem-se defendido, e bem, que na venda executiva, com a aquisição do estabelecimento, transmite-se igualmente a

¹²⁷ A transmissão de estabelecimento ou empresa encontra-se regulada nos artigos 285.º a 287.º do Código do Trabalho (CT), na versão aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. A nota dominante deste regime jurídico é a circunstância de a lei fazer transmitir a posição de empregador dos trabalhadores afectos a um estabelecimento ou empresa para o adquirente, em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa ou estabelecimento. (...) Porém, na verdade o fenómeno é mais abrangente do que a mera subrogação legal, pois, para além da posição de empregador nos contratos, o transmissário recebe ainda a responsabilidade pelo pagamento de coimas já aplicadas pela prática de contra-ordenações laborais, enquanto o transmitente também não se desonera completamente das obrigações relativas à sua posição, ao ficar solidariamente responsável, pelo período de um ano, pelas obrigações vencidas até à data da transmissão. Podemos considerar então que este é um verdadeiro instituto de direito do trabalho, autonomizado, pelos fins e pelos meios, da subrogação legal enquanto instituto de direito privado comum, por ter especificidades próprias e não ser inteiramente reconduzível a este instituto. Uma destas especificidades será, precisamente, a existência ou não de um direito de oposição nos termos que aqui se analisam. Ao regime da transmissão de estabelecimento são apontados dois objectivos: por um lado, proteger a liberdade de iniciativa económica do empresário nos negócios que celebra com respeito à sua empresa; por outro lado, evitar que os trabalhadores sejam afectados na sua posição contratual por efeito da transmissão da empresa ou estabelecimento, mantendo-se as condições dos seus contratos. No tocante ao tema que agora nos ocupa, a lei não prevê expressamente qualquer direito específico de oposição dos trabalhadores à transmissão de estabelecimento, limitando-se a impor alguns deveres de informação (cfr. art. 286.º do CT). (...) No tocante à transmissão de estabelecimento ou empresa, estamos em crer que, na maior parte dos casos, será indiferente para os trabalhadores a identidade do titular, pelo que se justifica plenamente a transmissão automática dos contratos como regime-regra, pois é a solução que mais protege os direitos dos trabalhadores na maioria das situações. Com efeito, sem esta transmissão automática dos contratos, os trabalhadores ficariam sujeitos ao arbítrio do cessionário no tocante às condições e mesmo à continuidade das suas relações laborais. Assim, entendemos que o direito de oposição deve ser visto como a excepção a este regime, disponível para situações em que o trabalhador pura e simplesmente não quer ter uma relação laboral com o cessionário, no uso da sua vontade livre e esclarecida. Os autores que defendem um direito de oposição reconhecido em termos mais amplos, como JÚLIO GOMES, LIBERAL FERNANDES e RITA GARCIA PEREIRA, apontam-lhe também finalidades de protecção dos interesses colectivos dos trabalhadores, como meio mais eficaz de defesa contra certas manobras fraudulentas, que utilizariam o instituto da transmissão de estabelecimento com o intuito de prejudicar os trabalhadores, v.g. transmitindo a empresa ou estabelecimento para “testas de ferro” ou entidades inidóneas. “SOBRE O DIREITO DE OPOSIÇÃO DOS TRABALHADORES NA TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO OU EMPRESA”, pelo Dr. Rodrigo Serra Lourenço, artigo de opinião, *in* www.aa.pt

posição de entidade patronal no que toca aos contratos de trabalho,¹²⁸ até porque, ao considerarmos tal venda como um trespasse, por uma questão de lógica, não sendo previsto nenhum normativo *á contrario* devemos aplicar o regime regra do trespasse.

Sendo uma alternativa ao encerramento da empresa a sua alienação nos termos regulados pelo art. 162º CIRE, este, remete-nos para a aplicação do art. 285º e ss. do CT, que nos parece ser igualmente aplicável á transmissão da empresa quer esta ocorra por determinação do administrador de insolvência quer resulte da aprovação de um plano de insolvência¹²⁹.

Na doutrina CARVALHO FERNANDES tem defendido uma aplicação limitada deste regime. No entendimento do autor não se aplicaria ao processo de insolvência o previsto no art. 286º CT, relativo á informação e consulta dos representantes dos trabalhadores, por lhe parecer pouco compatível com a transmissão forçada em sede de insolvência. E igualmente julga não ser aplicável o regime da responsabilidade solidária do transmitente, previsto pelo art. 285º nº2 CT, não apenas porque o pagamento das dividas pelo insolvente obedece a um regime especial, mas também porque o destino da pessoa colectiva insolvente é normalmente a sua extinção. Por seu lado MENEZES LEITÃO não encontra razões para a exclusão da aplicação destes preceitos. Defende o autor quanto ao art. 286º CT, que a informação e consulta dos representantes dos trabalhadores constitui um dever legal que incumbe tanto ao transmitente como ao adquirente, devendo o administrador da insolvência cumprir os deveres que pertencem ao transmitente nos termos gerais (art. 81º nº 1 e nº4 CIRE). Já no que á responsabilidade do transmitente diz respeito, o art. 285º nº 2 CT, consagra que esta solidariedade tem a duração de um ano sobre as obrigações vencidas antes da transmissão. O autor defende que o facto de a insolvência poder levar á extinção do devedor pessoa colectiva, não é argumento em sentido contrário, dado que estes efeitos normalmente ocorrem apenas após o encerramento do processo.

Assim, defendemos, que em sede insolvencial, os contratos de trabalho não se extinguem com a insolvência do empregador se, nos termos do art. 162º do CIRE, a alienação do activo do insolvente incidir sobre a totalidade do estabelecimento de que seja titular¹³⁰.

¹²⁸ Ver Ac. STJ de 26/09/1990, *in* www.dgsi.pt

¹²⁹ Nesse sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "Direito da Insolvência", 2ª Edição, Almedina 2009, pp. 202.

¹³⁰ Os efeitos da insolvência do empregador sobre o contrato de trabalho, encontravam-se previsto no art. 172 do CPEREF que dispunha que "aos trabalhadores do falido aplica-se, quanto á manutenção dos seus contratos após a declaração de falência, o regime geral de cessação do contrato de trabalho, sem prejuízo da transmissão de contratos que acompanhe a alienação de estabelecimentos industriais e comerciais", actualmente, o CIRE deixou de fazer menção expressa aos efeitos da insolvência do empregador no contrato de trabalho o que acaba por suscitar dúvidas sobre o regime a aplicar. Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, é aplicável ao caso o art. 111º do CIRE, que remete para o 108º nº 1 CIRE, ou seja, a insolvência do empregador não acarretaria a cessação imediata do contrato de trabalho por caducidade, mantendo-se o mesmo em vigor com a possibilidade de denúncia por qualquer das partes. Com a declaração de insolvência o administrador poderia proceder á sua denuncia num prazo de 60 dias. Defendendo o autor a necessário conjugação deste regime com o art. 347º do CT. Por outro lado LUÍS

c) Os créditos e os débitos

Inexiste em sede de trespasse uma disciplina específica relativa aos créditos ditada pelo ordenamento jurídico português¹³¹. Assim como, inexistem em sede de direito insolvencial uma norma que estabeleça o que acontece a estes direitos com a alienação do estabelecimento comercial.

Pelo que, torna-se necessário o recurso ao direito civil, e processual civil, enquanto direito subsidiário.

A disciplina relativa à cessão de créditos encontra-se regulada nos art. 577º e ss. do CC. Do artigo decorre que, a cessão de créditos é o contrato pelo qual uma pessoa (cedente) transmite a um terceiro (cessionário) parte ou a totalidade do crédito que dispõe sobre outrem (devedor cedido), cessão essa que opera por mero efeito do contrato, cujo consentimento do devedor não é necessário, embora o mesmo deva ser notificado da cedência, visto que, decorre do art. 577º n.º 1 e 583º n.º 1 CC, que a cessão produz efeitos independentemente do consentimento do devedor desde que lhe seja notificada ou desde que ele a aceite.

Conforme nos explica GRAVATO MORAIS¹³², em sede de trespasse, no silêncio dos contraentes, os créditos do alienante ligados ao estabelecimento não transitam para o adquirente. A regra é a de que o activo não se transfere automaticamente com o trespasse a menos que a referida cessão resulte de um acordo expresso ou tácito entre os contraentes, sem necessidade do consentimento do devedor cujos efeitos em relação a este se produzem após notificação ou sua aceitação.

No entanto, mais uma vez neste âmbito há que ter atenção ao tipo de crédito que se pretende transferir. Senão vejamos, se do activo do estabelecimento fizerem parte letras ou

CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA contestam a aplicabilidade do art. 111º e consequentemente do art. 108º CIRE, em matéria de contrato de trabalho por entenderem que não é adequado ao regime deste contrato. Para os autores a norma reguladora dos efeitos da insolvência do empregador nas relações de trabalho encontra-se no art. 277º CIRE, norma que não será exclusivamente aplicável em sede de Direito Internacional Privado, mas também em sede substantiva. Os autores sustentam que é com base no art. 347º CT, por força da referida remissão, que se podem encontrar quais os efeitos da insolvência do empregador no âmbito das relações laborais. MENEZES LEITÃO, pelo contrário, defende que o CIRE não contém qualquer disposição regulando estes efeitos, com tal, para o autor, é no Código do Trabalho que se faz especificamente referência à situação de insolvência de recuperação de empresas, nomeadamente no art. 347º CT, estabelecendo-se que a declaração judicial de insolvência do empregador não faz cessar os contratos de trabalho, devendo o administrador de insolvência continuar a cumprir pontualmente as obrigações resultantes dos referidos contratos enquanto o estabelecimento não for definitivamente encerrado. Parece resultar do art. 347º n.º 1 *in fine* CT que o encerramento definitivo do estabelecimento faz cessar os contratos de trabalho, sendo uma possibilidade de caducidade do contrato de trabalho, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva, do empregador em receber a prestação de trabalho (art. 343º al. b) CT. Uma alternativa ao encerramento da empresa é então a sua alienação nos termos regulados pelo art. 162º CIRE, que nos remete para a aplicação do art. 285º e ss. do CT, que na opinião do autor, e no seguimento do por nós defendido, parece ser igualmente aplicável à transmissão da empresa quer esta ocorra por determinação do administrador de insolvência quer resulte da aprovação de um plano de insolvência. *In* LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, "Direito da Insolvência", 2ª Edição, Almedina 2009, pp. 192 e ss.

¹³¹ Ao contrário do que sucede por exemplo na legislação italiana e brasileira (art. 2559º CC italiano e 1149º CC brasileiro) onde, em caso de trespasse, a cessão de créditos é automática, independente de uma expressa convenção entre as partes, produzindo efeitos a partir da inscrição da alienação.

¹³² GRAVATO MORAIS, "Alienação e oneração...", pp. 106 e 107

outros títulos endossáveis, há que aferir se a posição cambiária é ou não transferível por via do endosso. São exemplo disso os casos em que se engloba no trespasse “todo o activo” ou quando o mesmo abrange a “carteira de títulos”. Nestes casos, duas orientações podem ser defendidas: ou a transmissão do crédito cambiário é um mero efeito do trespasse ou a transferência opera por via do endosso do título (art. 11º LULL). Na primeira hipótese o trespasário sucede o transmitente podendo o devedor cambiário invocar perante o trespasário todos os meios de defesa que poderia opor ao alienante do estabelecimento. Na segunda hipótese o endossatário do título, transmissário do estabelecimento, adquire um direito de crédito autónomo, o que impede a invocação perante si dos meios de defesa pessoais oponíveis ao trespasante.

No seguimento do defendido por GRAVATO MORAIS, esta segunda hipótese parece-nos a mais viável, tendo em vista a autonomia do título e em razão dos requisitos particulares a que se encontra sujeita a transmissão dos títulos cambiários, aos quais o trespasse não se sobrepõe, permitindo uma maior e melhor tutela do credor do título.

Em sede de direito insolvencial, os efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos visam aquilo que se pode designar como a estabilização geral do passivo do devedor. Neste âmbito destaca-se o vencimento imediato de dívidas (art. 91º do CIRE), o cálculo especial de juros de obrigações não vencidas (art. 91º nº2 a nº7 CIRE), a extinção de privilégios creditórios e garantias reais (art. 97º CIRE), a constituição de um privilégio mobiliário geral a favor do credor requerente (art. 98º CIRE) e a limitação do direito de compensação (art. 99º CIRE).

Julgamos, pelo exposto, nesta matéria ser de aplicação lógica a regra da não transmissibilidade dos créditos, prevista em sede de trespasse voluntário, com a alienação nos termos do art. 162º do CIRE, a menos que seja convencionada entre as partes essa mesma transmissão.

- E quanto às dívidas contraídas quando o estabelecimento é trespasado, quem fica responsável por elas perante os credores, o alienante ou as mesmas seguem o estabelecimento de tal forma que o trespasário responde por elas?

Mais uma vez a falta de previsão legal que preveja expressamente soluções para o assunto abriga-nos o recurso às regras civilistas.

Neste âmbito orientações distintas defendem soluções diferentes. OLIVEIRA ASCENSÃO¹³³ E VARELA PINTO¹³⁴ defendem a transmissibilidade das dívidas exploracionais, não exonerando o transmitente, sem necessidade do consentimento dos credores. Por outro lado GRAVATO MORAIS defende que a regra será a da não transmissão das dívidas no caso de trespasse, para que o adquirente do estabelecimento não responda pelo passivo inerente à organização constituídas e não liquidadas em data anterior à alienação.¹³⁵

No entanto tal assunção pode acontecer, seja em sede da assunção de dívidas nos termos do art. 595º e ss. CC, em que a dívida continua a ser a mesma mudando apenas a pessoa do devedor; seja em sede de novação subjectiva por substituição do devedor (art. 858º nº2 CC), em que a obrigação antiga extingue-se, nascendo uma outra em sua vez.

Do exposto resulta que nada impede as partes de convencionarem solução diferente da regra da não transmissão, desde que com a ratificação expressa ou tácita do credor.

O regime exposto comporta no entanto, no que ao trespasse diz respeito excepções, nomeadamente no que às dívidas aos trabalhadores diz respeito. Assim, o art. 285º nº 2 CT consagra um regime de solidariedade passiva entre trespasante e trespasário relativamente aos valores devidos aos trabalhadores vencidos até à data do trespasse, estendendo-se esta solidariedade ainda às dívidas decorrentes de coimas aplicadas em sede de contra - ordenações laborais (art. 285º nº 1 *ex vi* 285º nº 2 CT)¹³⁶.

Uma outra excepção prende-se com as dívidas resultantes das contribuições para a Segurança Social, DL 411/91 de 17 de Outubro, em que no caso de trespasse o adquirente do estabelecimento responde solidariamente com o alienante, pelas contribuições e pelos juros moratórios em dívida perante a instituição à data da celebração do negócio, sendo nula qualquer estipulação em contrário (art. 20º nº 2 do DL 411/91 de 17 de Outubro).

¹³³ OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada*”, ROA, 1987 pp. 25

¹³⁴ VARELA PINTO, “*Transmissão do estabelecimento comercial – reflexões sobre créditos e débitos*”, ROA, 1985, pp. 564 e 565

¹³⁵ Nesse sentido decidiu o Ac. do TRC de 25/03/2010, dizendo que: “Na falta de norma expressa que cubra o regime do trespasse, a Jurisprudência e Doutrina têm-se inclinado para a não transmissibilidade automática de créditos, débitos e participações sociais. A possibilidade de a mesma se efectivar depende da vontade dos sujeitos desses direitos à luz da regulamentação casuística pela Lei ordinária vigente.” *in* www.dgsi.pt

¹³⁶ No âmbito da cessão de exploração de estabelecimento determinou o Ac. STJ de 12.11.2008 que: “1. Na cessão de exploração do estabelecimento, o cessionário torna-se responsável solidário pelos salários em dívida pelo cedente, à data da cessão, relativamente aos trabalhadores abrangidos por esta, não produzindo quaisquer efeitos relativamente a eles o que a esse respeito tiver sido convencionado entre o cedente e o cessionário no contrato de cessão de exploração entre eles celebrado. 2. Resolvido o contrato de cessão de exploração, com a consequente reversão do estabelecimento ao cedente, o cessionário continua responsável pelos ditos salários, durante o período de um ano subsequente à reversão. 3. A data relevante para o início da contagem daquele prazo é a data em que o estabelecimento foi efectivamente devolvido ao cedente e não a data em que o contrato de cessão de exploração foi por este resolvido.”, *in* www.dgsi.pt

Em sede de direito da insolvência, determina o art. 91º nº 1 do CIRE que a declaração de insolvência determina o vencimento de todas as obrigações do insolvente não subordinadas a uma condição suspensiva.

Pelo que, resta-nos aferir da aplicação análoga de tal solução no âmbito dos créditos e dos débitos em sede de alienação da empresa como um todo nos termos do art. 162º do CIRE.

Em termos gerais, a falta de norma expressa que cubra o regime em análise tem inclinado a Jurisprudência e Doutrina para a não transmissibilidade automática de tais créditos e débitos. A possibilidade de a mesma se efectivar depende da vontade dos sujeitos desses direitos à luz da regulamentação desses casos pela Lei ordinária vigente. É o que sucede desde logo em matéria de créditos (art. 577º ss do CC) e títulos cambiários (art. 11º ss da LULL). E o mesmo sucede em matéria de débitos, funcionando também a regra da não transmissão em caso de trespasse, devendo contudo aquilatar-se da possibilidade do contrário face à lei ordinária. Vigora pois o princípio geral de que essas posições e direitos não se transmitem sem uma declaração negocial das partes nesse sentido, mau grado se admita que a mesma pode ser tácita.

Em sede de direito insolvencial não fará muito sentido possibilitar a transmissão ao adquirente do estabelecimento dos créditos e dos débitos da empresa. Isto porque sendo o objectivo da alienação da empresa como um todo, não permitir a perda do seu *aviamento*, ou seja, da aptidão lucrativa do estabelecimento comercial, hipoteticamente prever a possibilidade dessa transmissão poderia colocar em risco exactamente aquilo que a venda como um todo pretende acautelar. Acresce que, o valor realizado com a venda do estabelecimento servirá exactamente para, e de uma forma simplista, fazer face aos débitos, superiores aos créditos, devidos aos credores do insolvente, e que colocaram a empresa em situação de insolvência, pelo que uma transmissão dos mesmos, ainda que por acordo das partes, levaria com certeza, mais cedo ou mais tarde, o transmissário á situação em que o transmitente se encontra aquando da alienação.

d) Transmissão da firma

Existem no nosso ordenamento jurídico diferentes espécies de firmas: firmas – nomes, firmas – denominação e firmas mistas.

Nos termos do art. 18º § 1 do Código Comercial, os comerciantes devem adoptar uma firma que os identifique. As firmas dos comerciantes individuais são reguladas pelo art. 38º do

DL n° 129/98, de 13 de Maio, dito RNPC (Registo Nacional de Pessoas Colectivas) e as firmas das sociedades comerciais pelo art. 37° RNPC. As denominadas firmas (com) nomes são obrigatórias nas sociedades em nome colectivo (art. 177° Código das Sociedades Comerciais, doravante CSC) e nas sociedades em comandita simples e por acções (art. 467° CSC); esta espécie de firma pode também ser adoptada pelas sociedades por quotas (art. 200° CSC) e pelas sociedades anónimas (art. 275° CSC).

As firmas – denominação são admitidas apenas nas sociedades por quotas (art. 200° CSC) e nas sociedades anónimas (art. 275° CSC); mesmo em relação a estas sociedades, não há, porém, a obrigatoriedade de adoptar uma firma desta espécie.

Por último na Firma - mista a sua adopção é possível, quer nas sociedades por quotas quer nas sociedades anónimas (arts. 200° e 275° CSC). Podendo as empresas recorrer às siglas e aos acrónimos que podem integrar a firma, visto que ajudam a compô-la, mas não a substituem.

Importa distinguir entre firmas - nomes, por um lado, e firmas -denominação e firmas - mistas, por outro lado. Aquelas são tuteladas *à margem* do chamado princípio da inconfundibilidade ou novidade, como decorre do art. 10° n° 2, CSC, que reza assim: “ Quando a firma da sociedade for constituída exclusivamente por nomes ou firmas de todos, algum ou alguns sócios deve ser completamente distinta das que já se acharem registadas”. As firmas - denominação e as firmas - mistas são protegidas no quadro daquele princípio (que não tem, porém, de ser entendido em termos “tão restritos” como quando se cuida de definir o âmbito merceológico da protecção da marca). É isso que resulta do art. 10°, n° 3, CSC, onde se lê: “a firma da sociedade constituída por denominação particular ou por denominação e nome ou firma de sócio não pode ser idêntica à firma registada de outra sociedade, ou por tal forma semelhante *que* possa induzir em erro”.

Cumpre antes de mais referir que o estabelecimento pode ser alienado sem que isso acarrete a transferência da firma do comerciante, no entanto, caso se pretenda essa transmissão ela não é autonomizável da transferência definitiva do estabelecimento.

Vale entre nós, um *conceito subjectivo* de firma, a firma do comerciante é o nome sob o qual ele realiza os seus negócios e com o qual assina, o que significa que esta é concebida como um sinal de *destinação subjectiva*. É claro que, a par desta dimensão, a firma acaba por valer perante o público como um sinal distintivo da própria organização empresarial.

Existe uma velha querela sobre a natureza jurídica do direito à firma no nosso ordenamento. No nosso ver, deve aderir-se à doutrina, hoje dominante na jurisprudência e na doutrina alemãs, que considera o direito à firma como um *direito misto ou dual*: um direito no qual confluem traços jurídico - pessoais e traços jurídico - patrimoniais. À luz daquela primeira dimensão (personalística) fácil será perceber que a firma possa beneficiar da tutela que é dispensada ao nome no Código Civil (art. 72.º). Por outro lado, a dimensão *patrimonialística* do direito à firma explica que, constituindo a firma um sinal distintivo de uma pessoa (humana ou jurídica), que é o comerciante, a sua transmissibilidade seja, desde há muito, pacificamente aceite.

Em observância, é claro, do chamado *princípio de vinculação*, ou seja, só é permitida a transmissão da firma conjuntamente com a transmissão do “estabelecimento a que ela se achar ligada”, art. 44.º n.º 4, RNPC (já era assim na vigência do art. 24.º C Com). A *ratio* deste princípio é obstar à existência de riscos de confusão – mais concretamente, impedir que determinada firma que “ligava” um certo comerciante a uma determinada empresa passe a “ligar” um outro comerciante a uma empresa diferente. O que releva não é, pois, o engano sobre a identidade do titular da firma – para isso bastaria fazer depender a transmissão da firma da obrigação de esta ser acompanhada da firma do seu novo titular – mas o engano sobre a “identidade” da própria empresa à qual a firma está “ligada”.

Para que a firma se transmita, ocorrendo a transmissão do estabelecimento, é ainda preciso o *acordo* das partes. A lei só refere expressamente a necessidade de autorização do alienante, art. 44.º, n.º 1, RNPC, mas, o transmissário não é obrigado a explorar o estabelecimento usando a firma do seu anterior titular. Essa autorização, que há-de ser dada por *escrito* (a autorização expressa, mas não escrita, é, pois, insuficiente) no caso de o alienante da firma (e do estabelecimento a que “estava ligada”) ser uma sociedade comercial, competirá ao respectivo órgão de representação. A autorização por escrito, do competente órgão da sociedade pode, porém, não ser suficiente. Na verdade, e como se lê no art. 44.º, n.º 2. RNPC, “tratando-se de firma de sociedade onde figure o nome de sócio, a autorização deste é também indispensável”, indispensável para a transmissão da firma, e só dela, é claro.

Assim, uma sociedade, seja ela de que tipo for, só não pode alienar a sua firma sem o consentimento do sócio cujo nome a integra *se esse sócio for uma pessoa humana*.

Ocorrendo a insolvência de uma certa sociedade comercial, não cabe dúvida de que a sua firma passará a integrar a *massa insolvente*, art. 46.º e ss. CIRE. Com efeito, se o objecto do

processo de insolvência é proporcionar a satisfação, tão completa quanto possível, dos interesses dos credores, todos os *valores patrimoniais* do insolvente devem integrar a respectiva massa, pelo que mal se compreenderia que a firma dela ficasse excluída.

Questão diferente é se o administrador da massa insolvente (art. 52.º do CIRE), decidindo-se pela alienação do estabelecimento da sociedade insolvente, pode alienar a respectiva firma *sem o consentimento do respectivo titular*.

Neste ponto não podemos concordar com a solução que *parece* decorrer do art. 44.º, n.º 1, RNPC. Usa-se a expressão “o adquirente *a qualquer título entre vivos* de um estabelecimento comercial”, que pode obviamente ser interpretada no sentido de *também* abranger a aquisição em processo de insolvência.

A defender-se esta interpretação seria mister alterar o preceito. Na verdade, nada justifica que, culminando o processo de insolvência na *extinção da sociedade*, esta se pudesse opor, assim se prejudicando os interesses dos respectivos credores, à alienação da sua firma (porventura o elemento mais valioso do seu património) com a do estabelecimento a que estava “ligada”. Acresce que, se nas sociedades em nome colectivo e em comandita cuja firma seja composta com o nome de sócios - pessoas humanas, e só nelas, e já não naquelas outras cujas firmas sejam compostas com as firmas de sócios -pessoas jurídicas, ainda se poderá perceber que o administrador da insolvência, alienando o estabelecimento, não possa alienar a firma sem o consentimento desses sócios - pessoas humanas, já nas sociedades anónimas e por quotas essa exigência se não justifica.

Nestas outras sociedades, os valores jurídico - patrimoniais, e pelas razões antes expostas, em especial o facto de a firma com nomes ser aí uma opção, sobrelevam os valores jurídico - pessoais.

Ocorrendo a alienação da firma em processo de insolvência, julgamos ser viável que o administrador da massa insolvente constitua uma firma, digamos, *sucedânea*, que será a usada até que a sociedade se extinga, o que só acontece com o registo do encerramento da liquidação – art. 3.º, alínea *t*), do Código de Registo Comercial.

e) Os direitos de propriedade industrial

Conforme se sabe, englobam os direitos de propriedade industrial o nome, a insígnia, e o logótipo do estabelecimento, a marca, os direitos emergentes de patentes de invenção, dos modelos e dos desenhos.

Uma transmissão englobando todos estes direitos integra o âmbito máximo de cessão de um estabelecimento. Se do contrato é aposta uma cláusula que determina que a alienação se dá *com todos os seus valores* ou *sem qualquer reserva* pretende-se com isso que todos os referidos elementos sejam também transmitidos.

No que ao nome (o que identifica o estabelecimento, por exemplo, minimercado “Pataco”), á insígnia (sinal representativo ou simbólico que caracteriza o estabelecimento), ao logótipo (sinal objecto de representação gráfica referenciando entidades produtivas), estes, por via do art. 304º- P nº 2 e nº 3 do Código da Propriedade Industrial (doravante CPI), assim como as recompensas (prémios conferidos aos comerciantes que passam a ser sua propriedade) ligadas ao estabelecimento, art. 274º al. d) CPI, o regime da sua transmissibilidade é idêntico em sede de trespasse de estabelecimento.

Decorre do art. 31º do CPI que os direitos emergentes de patentes, de modelos de utilidade, de registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas *podem ser transmitidos*, total ou parcialmente, a título gratuito ou oneroso.

No entanto, e conforme determina o art. 35º nº 5 CPI, se desses elementos constar o nome individual, a firma ou a denominação social do titular, a sua cessão apenas se dá no caso de existir uma estipulação, expressa ou tacita, que assim o determine. Visto que, nada impede o alienante do estabelecimento de querer reservar tais direitos para um outro estabelecimento seu.

Na transmissão do registo do nome, da insígnia, ou do logótipo, (assim como das recompensas nos termos descritos) impõe-se a sua redução a escrito, conforme é exigido no trespasse, art. 279º, 304º-P do CPI.

Para que tal cessão produza os seus necessários efeitos junto de terceiros será necessário proceder ao seu a averbamento junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, art. 30º nº 1 al. a) e art. 31º nº 6 do CPI.

Resta-nos referir os restantes direitos, nomeadamente a marca e os direitos emergentes de patentes, modelos e desenhos.

Quanto á marca (sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica que distinguem produtos ou serviços), a sua cessão, que inevitavelmente importa a transmissão da propriedade sobre um bem imaterial, pode acontecer independente do trespasse do estabelecimento, art. 31º nº 1 CPI. A marca pode portanto circular autonomamente, não estando ligada á organização mercantil, trata-se de uma transmissão *desvinculada da marca*¹³⁷.

¹³⁷LUÍS COUTO GONÇALVES, “Função distintiva da marca”, Coimbra 1999

Importa no entanto reter que a cessão da marca, a transferência deste sinal, esta sujeita ao principio da verdade da marca, pois conforme decorre do art. 262º nº 1 CPI, a cessão da marca apenas opera livremente “se tal não for susceptível de induzir o publico em erro quanto á proveniência do produto ou do serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação”.

O trespasse pode, portanto, envolver a cessão da marca bastando para tanto que no contrato as partes nada disponham em sentido contrário. Pelo menos, será a interpretação que se retira do art. 31º nº 5 do CPI que consagra a regra da transmissão natural das marcas ligadas ao estabelecimento objecto de alienação.

Estando, também aqui, a eficácia relativamente a terceiros dependente do respectivo averbamento no INPI, art. 30º nº 1 e 2 CPI.

Quanto aos restantes direitos, os direitos emergentes de patentes, modelos e desenhos, valem regras idênticas, ou seja, a possibilidade da cessão autónoma sem prejuízo da sua transmissão com o estabelecimento por aplicação das regras gerais da alienação do estabelecimento.

2. A Alienação de Estabelecimento Comercial na Insolvência com fins de recuperação

Como vem sendo exposto ao longo do presente estudo, resulta claramente do art. 1º do CIRE, que o processo de insolvência é agora o único processo admissível, sendo a recuperação apenas uma das suas finalidades em alternativa á liquidação.

Sendo certo que tal escolha, compete á assembleia, no sentido de deliberar sobre o futuro do insolvente, seja pelo encerramento, seja pela manutenção em actividade do estabelecimento integrado na massa (art. 156º CIRE), atribuindo, no caso da manutenção, ao administrador o encargo de elaborar um plano de insolvência e conseqüente suspensão da liquidação e da partilha da massa.

Preceitua o art. 192º nº 1 do CIRE, que podem ser regulados num plano de insolvência, (em detrimento das normas do CIRE), 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.

Assim, o plano só pode afectar por forma diversa a esfera jurídica dos interessados, ou interferir com direitos de terceiros, na medida em que tal seja expressamente autorizado neste titulo ou consentido pelos visados.

Mas, pode ainda, e conforme já referido, o plano de insolvência ter a finalidade de recuperação da empresa e regular as medidas para a atingir (art. 1º CIRE) sendo o único instrumento que a lei prevê para esse efeito.

Como este se trata de um instrumento que depende, quase que exclusivamente, da vontade dos credores, é permitido que se opte pela recuperação, mesmo quando a condição natural da sua aplicabilidade não se verifique, ou seja, a viabilidade da empresa; assim como, *á contrario*, permite que o processo de insolvência siga os seus termos até á liquidação mesmo quando se mostre possível a recuperação.

Conforme consagra o art. 194º CIRE, o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores da insolvência, sendo que, um tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores em idêntica situação depende do consentimento do credor afectado (que se considera tacitamente prestado no caso de voto favorável ao plano). Diz o nº 3 do referido preceito que é nulo qualquer acordo em que o administrador da insolvência, o devedor ou outrem que confira vantagens a um credor não incluídas no plano de insolvência em contrapartida de determinado comportamento no âmbito do processo de insolvência, nomeadamente, por exemplo, quanto ao exercício do direito de voto.

O plano de insolvência deve indicar claramente as alterações decorrentes para as posições jurídicas dos credores da insolvência, (art. 195º nº1 CIRE), devendo indicar a sua finalidade, descrever as medidas necessárias à sua execução, já realizadas ou ainda a executar, e conter todos os elementos relevantes para efeitos da sua aprovação pelos credores e homologação pelo juiz¹³⁸.

A disposição do art. 195º nº 2 al. b) CIRE sugere a existência de quatro modalidades de plano: o plano de liquidação da massa insolvente; o plano de recuperação; o plano de saneamento por transmissão da empresa a outra entidade; e naturalmente, o plano misto, que resulta da liberdade de combinar todas ou algumas das modalidades anteriores.¹³⁹

As alterações dos créditos sobre a insolvência, geradas pelo plano de insolvência, produzem efeitos a partir da sentença de homologação, o que ocorre independentemente de tais créditos terem sido, ou não, reclamados ou verificados.

A sentença homologatória constitui título bastante (art. 217º CIRE) para a constituição da nova sociedade ou sociedades e para a transmissão em seu benefício dos bens e direitos que

¹³⁸ Se o plano nada disser em sentido diverso, os direitos decorrentes de garantias reais e de privilégios creditórios não são por ele afectados, os créditos subordinados consideram-se objecto de perdão total e o cumprimento do plano exonera o devedor e os responsáveis legais da totalidade das dívidas da insolvência remanescentes.

¹³⁹ Nesse sentido conf. CATARINA SERRA, *O Novo Regime...*, pp. 71

deva adquirir, assim como para a realização dos respectivos registos; ou para a redução de capital, aumento de capital, modificação dos estatutos, transformação, exclusão de sócios e alteração dos órgãos sociais da sociedade devedora, bem como para a realização dos respectivos registos.

As providências previstas no plano de insolvência com incidência no passivo do devedor não afectam a existência nem o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os co-devedores ou os terceiros garantes da obrigação, mas estes sujeitos apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor da insolvência pudesse exercer contra ele os seus direitos.

Se o devedor se constituir em mora ou for declarado em situação de insolvência em outro processo durante a execução do plano de insolvência, ficam sem efeito, relativamente a alguns ou a todos os créditos, o perdão e moratória previstos em tal plano. Este pode, no entanto, dispor em sentido diverso quanto às consequências do incumprimento ou ainda estabelecer a produção das mesmas quando se verificarem acontecimentos de outro tipo no prazo de três anos após a data da sentença homologatória.

No caso de o plano aprovado determinar o encerramento do processo, o administrador procede, até ao desfecho, ao pagamento das dívidas da massa insolvente. O plano de insolvência que implique o encerramento do processo pode prever que a sua execução seja fiscalizada pelo administrador e que a autorização deste seja necessária para a prática de determinados actos pelo devedor ou pela nova sociedade ou sociedades.

No âmbito das modalidades de plano previstas pelo art. 195º nº 2 al. b) CIRE aqueles que têm interesse no âmbito do presente estudo serão o plano de saneamento por transmissão da empresa a outra entidade; e o plano misto, que resulta da liberdade de combinar todas ou algumas das modalidades anteriores, visto que, a no nosso entender estas duas modalidades serão aquelas em que poderá ser deliberada a alienação da empresa, por meio de trespasse, e em relação às quais o presente estudo terá aplicação.

Todas as outras modalidades, embora legalmente previstas, não se inserem no objecto principal do presente estudo que é a alienação do estabelecimento comercial.

Julgamos ser de aplicação analógica á situação de um plano, todo o supra exposto quando a opção da assembleia passe pela elaboração de um plano cujo objectivo seja a alienação do estabelecimento.

Não obstante, a liberdade prevista e atribuída às partes na fixação dos passos e objectivos do plano, julgamos que, no caso de uma decisão em sede plano pela transmissão da empresa a outra entidade, o exposto quanto ao destino das posições contratuais, dos créditos e débitos, da transmissão da firma e dos direitos de propriedade, são aplicáveis á presente hipótese, e um fio condutor do que poderá vir a constar de um plano nestes termos, embora da letra da lei pareça podermos concluir por uma *quase* total liberdade da assembleia não fixação do plano.

Após a aprovação, o plano de insolvência deve ser homologado pelo juiz, mas o seu conteúdo é livremente fixado pelos credores, devendo ele, quando actue officiosamente, limitar-se a um controlo de legalidade.

Pode o juiz designadamente, recusar o plano com base na violação não negligenciável das regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo. Podendo ainda recusar o mesmo a pedido dos interessados (art. 216º CIRE), por exemplo, quando algum credor alegue e prove que a sua situação é previsivelmente menos favorável ao abrigo do plano do que na ausência dele (art. 216º nº 1 al. a) CIRE), cuja clausula é conhecida como *best interest test*.

Capítulo IV

Conclusão

Ao longo do presente estudo, fomos defendendo o trespasse como sendo a alienação de estabelecimento que é efectuada inter vivos a título perpétuo ou definitivo, e mediante o pagamento de um determinado preço.

Assim, verificando-se uma alienação em sede de processo de insolvência, cujos termos seguem as disposições previstas para a venda em sede executiva, não podemos senão considerar que a alienação do estabelecimento comercial no âmbito do processo de insolvência, nos termos previstos pelo art. 162º CIRE, não pode senão ser classificada como um trespasse.

Nesse sentido, um trespasse em sede de processo de insolvência em que o estabelecimento se encontra instalado em imóvel arrendado pressupõe a transmissão do arrendamento, pelo que, nada sendo convencionado entre as partes, expressamente, no contrato, entende-se que existe uma transmissão natural da posição jurídica do arrendatário.

No que aos contratos existentes á data do trespasse diz respeito, consideramos que, se no âmbito de um trespasse voluntario, á partida, e sob aceitação das partes, o trespasário, sucede nas posições contratuais do transmitente relativamente aos negócios por este celebrados, julgamos que, e não esquecendo o carácter especial do processo de insolvência, também aqui deveria ser legalmente prevista esta possibilidade, sob pena de a mesma ser esquecida em sede de plano de insolvência e o comprador, embora querendo viabilizar a empresa que adquire, ter que começar do “zero” visto que a lei não é explícita quanto se refere a uma venda “como um todo”.

No que aos contratos de trabalho diz respeito, embora não exista previsão legal específica no âmbito executivo, tem-se defendido, e bem, que na venda executiva, com a aquisição do estabelecimento, transmite-se igualmente a posição de entidade patronal no que toca aos contratos de trabalho, pelo que em sede insolvencial, os contratos de trabalho não se extinguem com a insolvência do empregador se, nos termos do art. 162º do CIRE, a alienação do activo do insolvente incidir sobre a totalidade do estabelecimento de que seja titular.

Quanto aos créditos e aos débitos, julgamos, ser de aplicação lógica a regra da não transmissibilidade dos créditos, prevista em sede de trespasse voluntario, com a alienação nos termos do art. 162º do CIRE, a menos que seja convencionada entre as partes essa mesma transmissão. Em sede de direito insolvencial, e pelo já exposto ao longo do presente,

consideramos que não fará muito sentido possibilitar a transmissão ao adquirente do estabelecimento dos créditos e dos débitos da empresa.

No que concerne á firma, o estabelecimento pode ser alienado sem que isso acarrete a transferência da firma do comerciante, no entanto, caso se pretenda essa transmissão ela não é autonomizável da transferência definitiva do estabelecimento, para que a firma se transmita, ocorrendo a transmissão do estabelecimento, é ainda preciso o *acordo* das partes. Ocorrendo a insolvência de uma certa sociedade comercial, não cabe dúvida de que a sua firma passará a integrar a *massa insolvente*, art. 46.º e ss. CIRE.

Com efeito, se o objecto do processo de insolvência é proporcionar a satisfação, tão completa quanto possível, dos interesses dos credores, todos os *valores patrimoniais* do insolvente devem integrar a respectiva massa, pelo que mal se compreenderia que a firma dela ficasse excluída. Ocorrendo a alienação da firma em processo de insolvência, julgamos ser viável que o administrador da massa insolvente constitua uma firma, digamos, *sucedânea*, que será a usada até que a sociedade se extinga, o que só acontece com o registo do encerramento da liquidação – art. 3.º, alínea *t*), do Código de Registo Comercial.

Quanto aos direitos de propriedade industrial, nomeadamente, o nome, a insígnia, e o logótipo do estabelecimento, a marca, os direitos emergentes de patentes de invenção, dos modelos e dos desenhos, uma transmissão englobando todos estes direitos integra o âmbito máximo de cessão de um estabelecimento. Se do contrato é aposta uma cláusula que determina que a alienação se dá *com todos os seus valores* ou *sem qualquer reserva* pretende-se com isso que todos os referidos elementos sejam também transmitidos. Na transmissão do registo do nome, da insígnia, ou do logótipo, (assim como das recompensas nos termos descritos) impõe-se a sua redução a escrito, conforme é exigido no *trespasse*, art. 279º, 304º-P do CPI.

No âmbito de um plano, e não obstante, a liberdade prevista e atribuída às partes na fixação dos “passos” e objectivos do plano, julgamos que, no caso de uma decisão em sede plano pela transmissão da empresa a outra entidade, o exposto quanto ao estabelecimento instalado em imóvel arrendado, o destino das posições contratuais, dos créditos e débitos, da transmissão da firma e dos direitos de propriedade, são aplicáveis á presente hipótese, e um fio condutor do que poderá vir a constar de um plano nestes termos, embora da letra da lei pareça podermos concluir por uma *quase* total liberdade da assembleia na fixação do plano. Após a aprovação, o plano de insolvência deve ser homologado pelo juiz, mas o seu conteúdo é

livremente fixado pelos credores, devendo ele, quando actue oficiosamente, limitar-se a um controlo de legalidade.

Assim, tendo em vista que o art. 162º CIRE, não é explícito quando determina que a venda do estabelecimento no âmbito do processo de insolvência se realize *como um todo*, ao não classificar nem determinar o que é englobado por esse *todo*, e visto que o objectivo da venda do estabelecimento *como um todo* pretende que não se perca o aviamento da empresa, é fundamental saber o que é efectivamente vendido na consideração da empresa *como um todo*, de maneira a que o aviamento não se perca com a venda.

Julgamos com o presente ter contribuído para desconstruir o significado do normativo que, embora tão pequeno, abrange soluções e situações tão diversas e *complicadas* como as aqui expostas.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Pedro de
 - “Declaração da situação de insolvência”, em *O Direito* 137º, 2005, III
- BARBOSA DE MAGALHÃES, J.M.
 - Do Estabelecimento Comercial, Estudo de Direito Privado, Lisboa, 1951;
- CARDOSO, Augusto Lopes,
 - Locação de estabelecimento comercial, 1989
- CARNEIRO DE FRAGA, Manuel A.
 - “A responsabilidade dos Administradores de Insolvência”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Lisboa, Setembro de 2006
- CARVALHO, Orlando de
 - Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Coimbra, 1967;
 - Direito das Coisas, Coimbra, colecção *Perspectiva Jurídica/Universidade*, Coimbra 1977
- CORDEIRO, António Meneses,
 - “*Manual de direito comercial*”, 2007
- CASTRO MENDES, João de/ SANTOS, Joaquim de Jesus dos
 - Direito Processual Civil (Processo de Falência). Lisboa, polic.
- COSTA E SILVA, Paula
 - “A liquidação da massa insolvente” in ROA (Dezembro de 2005), pp. 713 – 744
- COSTEIRA, Maria José
 - “Novo Direito da Insolvência” in Themis: Revista da Faculdade de Direito, Edição Especial (2005)
- COUTINHO DE ABREU, Jorge
 - Curso de direito comercial, 2009;
- COUTINHO DOS SANTOS, Maria João
 - “Algumas Notas sobre os Aspectos Económicos da Insolvência da Empresa”, in *Direito e Justiça*, 2005/ tomo II
- COUTO GONÇALVES, Luís
 - Função distintiva da marca, Coimbra 1999

- DI GRAVIO, Dario
 - La defallimentazione dell'insolvenza degli intermediari finanziari, *in* Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali. Padova: Cedam. Ano 75, N. 3 (2000)

- EPIFÂNIO, Maria do Rosário
 - Os Efeitos Substantivos da Falência, Coleção Estudos e Monografias, Publicações Universidade Católica, Porto 2000

- FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João,
 - Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado, Vol. I e Vol. II, Quid Júris, Sociedade Editora, 2005.

- FERNANDES, Luís Carvalho
 - A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor *in* Themis: Revista da Faculdade de Direito. Ed. Especial (2005)

- FLETCHER, Ian F.
 - The law of insolvency, London : Sweet & Maxwell, 1996

- FERRER CORREIA, A.
 - "Reivindicação de Estabelecimento comercial como unidade jurídica", Coimbra, 1962;

- GIL, Carlos Pereira
 - Da penhora do estabelecimento comercial, *in* Revista do Ministério Público. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. ISSN 0870-6107. Ano 20, N. 97 (1999)

- GRAVATO MORAIS, Fernando
 - Alienação e oneração de estabelecimento comercial, Almedina, 2005

- LEBRE DE FREITAS, José
 - "Pressupostos objectivos e subjectivos da Insolvência", *in* Themis: Revista da Faculdade de Direito. Edição Especial (2005)

- LOPES, Manuel Baptista,
 - Do contrato de compra e venda: no direito civil, comercial e fiscal, 1971

- MARQUES, J. P. Remédio,
 - A penhora e a reforma do processo civil : em especial a penhora de depósitos bancários e do estabelecimento, Lex, Lisboa 2000.

- MENDES DE ALMEIDA, José Augusto
 - “Negociação do estabelecimento comercial e âmbito de entrega”, *Negociação e Reivindicação do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1993

- MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, Francisco Javier
 - *La oposición a la aprobación del convenio concursal*, Valencia : Tirant lo Blanch, 2009

- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de
 - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa – Anotado*, 3ª Edição, Almedina 2006
 - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa – Anotado*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008
 - *Direito da Insolvência*, 2ª Edição, Almedina 2009
 - “Os efeitos da declaração de insolvência sobre os negócios em curso” disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/prof-doutor-luis-menezes/>

- MARTINS, Luís M.
 - *Processo de Insolvência - Anotado e Comentado*, Almedina 2011, 2ª Edição

- MOTA SALGADO, António
 - *Falência e Insolvência – Guia Prático*, Editorial Noticias (S/D)

- MARTINS LEITÃO, Hélder
 - *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (DL n.º 132/93 de 23 de Abril com a rectificação n.º 141/93 de 31 de Julho de 1993) – Anotado e Comentado*, Elcla Editora, 1994.

- MOURA, Luís Graça,
 - “Sobre a posição dos credores em face do projecto de reforma do direito falimentar”, *in, Os Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência – nova legislação*, Seminário organizado pelo Conselho Distrital do Porto da Ordem de Advogados, Almedina - Coimbra, 1993.

- OLAVO, Fernando
 - *Direito Comercial*. 1. 3ª Edição, Lisboa, 1970

- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de
 - “Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido”, *in* ROA 55 (1995),
 - “Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, *in* ROA, 1987
 - “Transmissão do estabelecimento comercial – reflexões sobre créditos e débitos”, *in* ROA, 1985

- PERALTA, Ana Maria
 - Direito comercial comparado, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1997

- PINHEIRO TORRES, Nuno Maria
 - “O Pressuposto Objectivo do Processo de Insolvência”, *in Direito e Justiça*, 2005/tomo II

- SERRA, Catarina
 - O Novo Regime Português da Insolvência – uma Introdução, Almedina, 2ª Edição, Maio 2005,
 - “As novas tendências do direito português da insolvência – Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto do Código da Insolvência”, disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections/informacao-e-eventos/anexos/mestre-catarina-serra/downloadFile/file/CS.pdf?nocache=1210675423.37>
 - 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, 2009

- SERRA LOURENÇO, Rodrigo
 - “Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa” artigo de opinião, *in* www.oa.pt

- SANTOS, Filipe Cassiano dos,
 - Direito comercial português, 2007

- SALGADO, António Mota,
 - Falência e Insolvência – Guia Prático, Editorial Notícias (S/D)

- S/A, “Negociação e reivindicação do estabelecimento comercial”, 1993