



A evolução das falências e insolvências no Direito português

Marcus Vinicius Alcântara Kalil¹

Introdução

O Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) unificou o regime português da insolvência, reunindo em um só corpo normativo a disciplina da crise de comerciantes e não comerciantes, e prevendo um mesmo procedimento judicial – o processo de insolvência – tanto para a liquidação do patrimônio do devedor insolvente como para a recuperação da empresa, conforme fosse o caso.

Esse quadro, todavia, não foi sempre assim. Os institutos da *falência* e da *insolvência civil*, como mecanismos de liquidação do patrimônio do devedor comerciante e não comerciante, respectivamente, surgiram em momentos distintos e percorreram caminhos diferentes até chegarem ao estágio atual do conceito de insolvência. Fenômeno semelhante observa-se também com as medidas de saneamento.

Essas histórias distintas têm naturalmente fatores determinantes próprios, que deixam o seu “DNA” nas soluções legais adotadas,

¹ Aluno do Doutorado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Professor de Direito Empresarial da Universidade Católica do Salvador. Advogado.



fazendo-se sentir mesmo num regime de insolvência que se propõe a ser unificado.

Neste estudo, faz-se um breve apanhado do percurso histórico dos institutos da falência e da insolvência civil no direito português, destacando-se, além da natureza comercial ou civil do devedor, o tratamento de alguns aspectos objetivos, a saber, os *critérios determinantes do estado de insolvência* (fatos-índice), o *dever de apresentação à falência ou à insolvência*, os *meios de recuperação do devedor*, o *tratamento dos credores*, as *medidas de resolução em benefício da massa* e a possibilidade de *reabilitação do falido*.

O exame da evolução desses aspectos ao longo dos sucessivos regulamentos dos dois institutos permite verificar como eles chegaram ao CIRE e, daí, a presença de suas características mais marcantes na configuração atual, a partir do que se pode vislumbrar a silhueta de um regime de insolvência empresarial e um regime de insolvência não empresarial correndo em paralelo na nova codificação.

1 As legislações régias

Em seus primeiros passos, o direito português não continha um sistema de insolvência. As Ordenações Afonsinas, evidenciando as influências recebidas dos direitos romano, canônico e visigótico, traziam apenas previsões esparsas acerca da prisão por dívidas (Livro IV, Título LXVII; Livro V, Título LXXXIX), bem como da possibilidade de o devedor de boa-fé dela livrar-se mediante a cessão dos seus bens (Livro V, Título XCIV). Admitia-se ainda que os credores concedessem ao devedor em dificuldades um *espaço* de cinco anos para pagar suas dívidas, ao fim do qual, se este não as



houvesse liquidado integralmente, seria preso até que o fizesse, já não podendo mais valer-se da cessão de bens (Livro III, Título CXXI, §§ 2º e 3º)².

Ao lado dos *espaços* concedidos pelos credores – *indúcias creditórias* –, existiam também as *indúcias moratórias*, que eram os *espaços* de tempo concedidos por graça do rei, com “justa razão” e por prazo “razoável”, a alguns devedores para a liquidação de seu passivo (Livro III, Título CXI)³.

Nas Ordenações Manuelinas surgiu uma primeira referência à *quebra* do devedor, inserida nas disposições sobre a precedência das penhoras (Livro III, Título LXXIV), sem que fosse, contudo, estabelecida a abertura de um concurso entre os seus credores. No mais, trataram aquelas Ordenações de restringir os critérios para a possibilidade da cessão de bens, sob o argumento de que o instituto havia sido desvirtuado pelo uso malicioso e enganador por parte de muitos devedores, pelo que somente estariam aptos a fazê-la aqueles que se encontrassem solventes ao tempo em que contrataram ou, que, não possuindo patrimônio suficiente para garantir a obrigação que assumiam, dessem ciência disto ao credor (Livro III, Título LXXXIX)⁴. As *indúcias creditórias* (Livro III, Título

² MACEDO, Pedro de Sousa. *Manual de Direito das Falências*, v. I. Coimbra: Almedina, 1964, p. 33-35. *Vide também*, PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Disponível em <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/pagini.htm>>. Acesso em 16 dez. 2015.

³ LISBOA, José da Silva (Visconde de Cairu). *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha*, t. VII. Lisboa: Imprensa Régia, 1811, p. 38.

⁴ MACEDO, Pedro de Sousa. *Manual...*, cit., p. 35-36. *Vide também* PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 16 dez. 2015.



LXXXIX, §§ 2º e 3º) e as *indúcias moratórias* (Livro III, Título LXXIX), seguiram previstas nos mesmos moldes.

As Ordenações Filipinas disciplinaram a quebra em duas oportunidades. Na primeira delas, reprisaram a regra que já constava das Ordenações anteriores, referindo à quebra do devedor nas disposições sobre a precedência de penhoras (Livro III, Título XCI). Depois, voltaram ao tema mais detidamente para regular a quebra *dos mercadores* (Livro V, Título LXVI), aos quais destinaram normas especiais e detalhadas⁵. Relativamente a estas, no entanto, a atenção do legislador parece centrar-se em coibir a conduta fraudulenta do devedor mediante a cominação de penas severas para a insolvência culposa (o que se pode concluir também pela localização dessa ordenação no Livro dedicado à matéria penal). Vê-se que não houve ainda, à altura, a preocupação de instituir e regular o concurso de credores.

Segundo a lei, os mercadores que quebrassem e que se levantassem com a fazenda alheia seriam havidos por públicos ladrões e castigados com as mesmas penas (*caput*). Aqueles que, por falta de provas ou por outro motivo, não fossem submetidos à pena capital, seriam condenados em degredo para as galés ou para outra parte e inabilitados para o ofício de mercador (§ 1º). Estava vedada a cessão de bens (§ 2º). Deveriam ser arrecadados para pagamento aos credores os bens do devedor em poder de terceiros (§ 3º). Os terceiros devedores do insolvente ou que tivessem bens deste em seu poder deveriam pagar as dívidas ou entregar os bens

⁵ MACEDO, Pedro de Sousa. *Manual...*, cit., p. 37-38. *Vide* também PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 16 dez. 2015.



aos oficiais da Justiça, sob pena de, fazendo-o diretamente ao insolvente, pagarem outra vez aos credores deste (§ 4º). Era proibido acolher o insolvente e quem o fizesse seria condenado a pagar, com seu patrimônio, aos credores daquele, além de sujeitarem-se às penas impostas aos que recolhiam furtos e malfeitores (§ 5º). Aqueles que ajudassem ou aconselhassem o devedor insolvente seriam condenados a pagar suas dívidas e submetidos às mesmas penas que ele, como participantes do mesmo ato ilícito (§ 6º). Os que caíssem em insolvência em razão do jogo ou de gastos excessivos, não seriam havidos por ladrões nem punidos com a pena de morte, mas em penas de degredo conforme o seu grau de culpa (§ 7º). Por outro lado, os que se tornassem insolventes sem culpa não incorreriam em pena alguma, sujeitando-se ao que determinasse a Justiça na composição com os seus credores (§ 8º). Os julgadores deveriam, tão logo tomassem conhecimento da insolvência de algum mercador, realizar o inventário e a liquidação do seu patrimônio, investigar as causas da quebra e agir contra os culpados como fosse de direito (§ 9º). Finalmente, os que, embora não sendo mercadores ou feitores destes, caíssem insolventes e se ocultassem de seus credores seriam, conforme o valor de suas dívidas, condenados à morte ou ao degredo (§ 10º).

Para os não comerciantes que se tornassem insolventes sem culpa, subsistiam, no Livro IV, Título LXXIV, as regras para a cessão de bens, com as mesmas restrições da compilação anterior.

Como meios de recuperação do devedor em dificuldades, continuavam a ser oferecidas apenas as já referidas *indúcias creditórias* (Livro IV, Título LXXIV, §§ 2º e 3º) e as *indúcias moratórias* (Livro III, Título XXXVII).



As disposições do Título LXVI do Livro V foram aditadas pelo Alvará de 13 de novembro de 1756, que lhes inseriu 14 parágrafos, versando, dentre alguns outros temas, sobre os órgãos judiciais encarregados do julgamento da quebra do mercador e sobre o procedimento a ser seguido para a liquidação do seu patrimônio e o pagamento dos seus credores⁶.

Merece destaque, no Alvará de 1756, o suprimento da omissão do texto original da Ordenação e a instituição, de forma pioneira no direito português, do concurso entre os credores do mercador quebrado (§§ 19º e ss.). O mesmo diploma, de modo também inédito, regulou a reabilitação do falido inocente para o exercício do comércio, após a liquidação do seu patrimônio para pagamento dos credores (§ 23º). A matéria, todavia, continuava sendo tratada de forma assistemática.

2 A sistematização do regime da insolvência comercial

Ao Código Comercial de 1833 (Código Ferreira Borges) é atribuída a primazia do tratamento do instituto da insolvência em termos *sistemáticos*⁷ ou *globais*⁸. Os temas das quebras, da

⁶ SILVA, Antonio Delgado da. *Collecção da Legislação Portuguesa*: desde a ultima compilação das ordenações: legislação de 1750 a 1762. Lisboa: Typografia Maignense, 1830. Disponível também em <https://play.google.com/store/books/details/Antonio_Delgado_da_Silva_Collecc%C3%A7%C3%A3o_da_legisla%C3%A7%C3%A3o_P?id=SF9FAAAAcAAJ>. Acesso em 19 dez. 2015.

⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, 6 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 48.

⁸ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no direito português”, in



reabilitação do falido e das moratórias são objeto dos Títulos XI, XII e XIII do Livro III da Parte I⁹. Essa sistematização, a uma, traçou os contornos do instituto da falência em seus aspectos materiais, processuais e penais; e, a duas, fixou-o no âmbito do Direito Comercial, como um regime especial, em paralelo com o regime comum da insolvência (Direito Civil).

A especialidade do regime da falência foi estabelecida não só pelo *locus* de sua disciplina – o Código Comercial –, mas também pela expressa dicção do art. II do Título XI, destinando-o exclusivamente ao comerciante, e reservando ao não comerciante a figura da insolvência¹⁰. Eis, portanto, o primeiro e mais evidente critério distintivo dos dois regimes, de natureza subjetiva, qual seja a aplicação de um ou de outro conforme a condição de *comerciante* ou *não comerciante* do devedor.

A insolvência comum, por sua vez, mantinha-se como uma situação de fato, caracterizada pela insuficiência patrimonial do devedor para satisfazer suas obrigações. À falta de uma disciplina própria para os não comerciantes, estes não podiam, por pior que fosse a sua situação econômico-financeira, ser declarados falidos

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho; LABAREDA, João (Orgs.). *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 43

⁹ PORTUGAL. *Código Commercial*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1833. Disponível também em <https://books.google.pt/books?id=SoVhAAAACAAJ&dq=c%C3%B3digo%20comercial%20portuguez&hl=pt-PT&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>. Acesso em 19 dez. 2015.

¹⁰ “Art. II. Para ser constituído e declarado em estado de quebra com aplicação da presente legislação é absolutamente necessario que o devedor seja commerciante. O devedor não commerciante achar-se-ha em estado d’insolvencia, mas não em estado de quebra ou fallencia segundo a lei.”



nem julgados insolventes e continuavam sujeitando-se apenas ao regime das execuções individuais¹¹.

Para além do aspecto subjetivo, outras disposições introduzidas pelo Código Ferreira Borges ampliavam a distinção entre a falência e a insolvência. O regime especial dos comerciantes estava, assim, pautado por regras acerca dos *critérios determinantes do estado de insolvência* (fatos-índice), do *dever do comerciante insolvente de apresentar-se à falência*, dos *meios de recuperação* do devedor, do *tratamento dos credores*, das *medidas de resolução em benefício da massa* e da possibilidade de *reabilitação do falido* que o diferenciavam marcadamente do regime civil da insolvência.

Inicialmente, examinem-se os critérios determinantes do estado de insolvência. Na falência, segundo o art. I do Título XI da Parte I do Código Ferreira Borges, “diz-se negociante quebrado aquelle que por vicio da fortuna ou seu, ou parte da fortuna e parte seu se acha inhabil para satisfazer a seus pagamentos, e abandona o commercio”. A inabilidade para a satisfação dos pagamentos e, conseqüentemente, a condição de quebrado, é caracterizada de forma objetiva pela disposição do art. III do mesmo Título, pelo qual “todo commerciante que cessa pagamentos acha-se em estado de quebra”. A cessação dos pagamentos pelo comerciante fazia, então, presumir-se a sua insolvência, ensejando a aplicação do regime especial. Tratava-se de uma situação jurídica, com amplos efeitos pré-estabelecidos na lei, e não mais de uma mera situação de fato.

No que se refere ao dever de apresentar-se à falência, este era exigível do comerciante que cessasse seus pagamentos, nos termos

¹¹ REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*, v. II (Obra póstuma). Coimbra: Coimbra Editora, 1956, p. 349.



do art. IV do Título XI do Código Ferreira Borges. Do não comerciante não se exigia o reconhecimento de sua insolvabilidade, apenas que não se ocultasse de seus credores, sob pena de agravamento das penas a que estava sujeito (Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXVI, § 10º).

Embora orientado para a liquidação do patrimônio do devedor e o pagamento de seus credores, o sistema instaurado pelo Código Ferreira Borges oferecia ao comerciante insolvente meios de recuperação, as concordatas (Título XI, arts. LXVI e ss.) e as moratórias (Título XIII). O regime comum oferecia ao devedor em dificuldades apenas os *espaços* de tempo dados pelos credores (*indúcias creditórias*) ou pelo rei (*indúcias moratórias*), presente nas legislações régias desde as Ordenações Afonsinas¹².

O tratamento dos credores também diferenciava os dois sistemas. No regime da falência, a declaração da insolvência do comerciante ensejava a abertura de um concurso entre os seus credores, observando-se os privilégios porventura existentes (Título XI, art. CXXXV). No regime comum, não havia concurso e os credores e a preferência era dada ao credor que primeiro obtivesse sentença e executasse o seu devedor, salvo se o bem penhorado fosse objeto de garantia e o respectivo beneficiário protestasse em tempo hábil (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XCI).

A instauração do processo falimentar dá lugar a uma série de medidas especiais de resolução de atos e omissões do falido em benefício da massa. No Código Ferreira Borges, tais medidas estão previstas nos arts. XIII a XVII do Título XI, sendo de se notar que

¹² Ordenações Afonsinas, Livro III, Título CXI; Ordenações Manuelinas, Livro III, Título LXXIX; Ordenações Filipinas, Livro III, Título XXXVII.



algumas delas, notadamente as referidas nos arts. XIII, XIV e XV, são determinadas apenas por critérios objetivos (constituição da hipoteca, pagamento de dívida inexigível, gratuidade do ato de disposição). A objetividade dessas hipóteses facilita a rápida recomposição do patrimônio do falido (para a satisfação dos seus credores), pois permite a recuperação por meios mais céleres e menos custosos dos bens ilegitimamente alienados. Os credores do devedor civil dispunham de meios muito menos eficientes para a manutenção da garantia geral de seu crédito, deles exigindo-se para tanto o manejo de ações paulianas comuns ou civis, nas hipóteses mais restritas em que a lei as admite, isto é, quando há conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro¹³.

Desde as Ordenações Filipinas, a quebra maliciosa ensejava, quando não a pena de morte, a inabilitação do devedor para o exercício do ofício de mercador (Livro V, Título LXVI, § 2º). Na Lei Comercial de 1833, a declaração da falência acarretava a incapacidade legal do falido para o exercício do comércio, enquanto não reabilitado (Livro I, Título I, Seção I, Artigo XIX, nº 2).

A figura da reabilitação do falido, por sua vez, foi introduzida no direito português pelo já mencionado Alvará de 13 de novembro de 1756, quando, em aditamento ao Título LXVI do Livro V das Ordenações Filipinas, estabeleceu que, na quebra de boa-fé, o comerciante falido fosse, pela determinação do sequestro de seu patrimônio, “reputado por civilmente morto, e por extinctas todas as acções, que contra elle podessem competir aos seus credores até o tempo da referida determinação” e, pelo pagamento dos credores

¹³ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, v. X: Direito das Obrigações: Garantias. Coimbra: Almedina, 2015, p. 329 e ss.



com o produto da venda do patrimônio sequestrado, fosse havido “como se civilmente resuscitasse, para livre, e desembaraçadamente traficar, e commerciar, como huma nova pessoa, que antes da dita resurreição civil não houvesse existido no mundo”. O instituto foi mantido pelo Código Ferreira Borges no sistema especial da falência e permite ao comerciante de boa-fé, isto é aquele “cuja quebra proveio puramente de força maior ou caso fortuito”, obter a sua reabilitação provando o cumprimento de sua concordata ou a extinção completa de seu patrimônio para satisfação dos credores (Título XXII, art. III). Se a quebra foi culposa, diz o art. IV do mesmo Título, a reabilitação dependerá da satisfação completa de todos os credores e do cumprimento da pena que houver sido imposta ao devedor.

A insolvência comum, justamente por se caracterizar como mera situação de fato, não implicava a inabilitação do devedor para a prática de nenhum ato da vida civil, daí porque inexistente (e desnecessária) a instituição de um mecanismo de reabilitação do sujeito para o exercício desses atos quando do restabelecimento de sua solvabilidade.

O Código Comercial de 1888¹⁴ (Código Veiga Beirão), em que pese haver disciplinado inteiramente a matéria em seu Livro Quarto, não alterou de modo significativo o regime das falências¹⁵. Assim, este ainda era o regime do comerciante que cessava os pagamentos de suas obrigações comerciais e que se presumia em “estado de quebra” (art. 692º). Mantinha-se a distinção em relação à insolvência civil, que seguia carente de uma disciplina própria, não

¹⁴ PORTUGAL. Código Commercial. *Diário do Govêrno*, n. 203. Lisboa, 6 set. 1888.

¹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 49.



obstante já fosse, à altura, objeto de uma definição legal, trazida pelo art. 1.036º do Código Civil de 1867 (Código Seabra), caracterizando-se “quando a somma dos bens e creditos do devedor, estimados no justo valor, não iguala a somma das suas dividas”.

Quanto às demais alterações trazidas pelo novo diploma comercial, examinem-se rapidamente as que afetaram os aspectos caracterizadores do regime especial da falência, apontados acima. Os critérios determinantes da insolvência do comerciante foram ampliados, passando a abranger, além da cessação dos pagamentos, a insuficiência do ativo para a satisfação do passivo (art. 692º). Os meios de recuperação foram aprimorados, admitindo-se a moratória e a concordata, agora em duas modalidades, preventiva ou suspensiva, conforme fosse proposta antes ou depois da declaração da falência (arts. 730º e ss.). Manteve-se a abertura do concurso de credores com a declaração da falência, mas a graduação dos privilégios creditórios foi remetida para o Código Civil (art. 720º). A declaração da quebra operava a imediata interdição civil do falido (art. 700º), que podia requerer o levantamento desta e a sua reabilitação nas hipóteses de concessão da moratória, aprovação da concordata, pagamento ou perdão integral dos créditos reclamados, decurso do prazo de dez anos da extinção da massa falida, se pagos ao menos cinquenta por cento dos créditos reclamados, decurso do prazo de vinte anos da extinção da massa falida, se pagos ao menos vinte e cinco por cento dos créditos reclamados, em todos os casos, se casual a quebra ou cumprida a pena em que houvesse sido condenado o devedor por culpa ou dolo (arts. 743º e 744º).



No que se refere às medidas de resolução de atos e omissões do devedor em benefício da massa, houve um recuo do Código Veiga Beirão em relação ao código revogado, limitando-se a nova lei a um único dispositivo a esse respeito, no qual presumia praticados de má-fé pelos interessados que nele interviessem o pagamento de créditos não vencidos e quaisquer outros atos prejudiciais aos credores, realizados pelo falido nos quarenta dias anteriores à data da quebra (art. 721º, parágrafo único). ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁶ atribui essa timidez à presença da matéria no Código Seabra, o que, afirma-se aqui, aproximou os regimes especial e geral da insolvência neste ponto.

A matéria falimentar veio a ser novamente legislada pelo Código de Falências de 1899¹⁷, que procurou, a uma, reformar alguns aspectos substantivos do instituto, corrigindo disfunções observadas na prática comercial e judicial recente do país, e, a duas, disciplinar os aspectos processuais da falência, suprimindo uma carência apresentada pelo Código Veiga Beirão¹⁸.

O novo diploma legal manteve o critério subjetivo de distinção do regime especial, destinando a falência exclusivamente aos comerciantes (art. 1º), não, porém, sem que a comissão responsável pelo anteprojeto cogitasse a ampliação da falência aos não comerciantes, por considerar justo, diante da homogeneidade da

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, cit., p. 341.

¹⁷ PORTUGAL, Código de Fallencias. In BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria. *Código de Fallencias Annotado*. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira Editora, 1901.

¹⁸ CABRAL, José Maria de Alpoim de Cerqueira Borges. Relatório. In BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria. *Código de Fallencias Annotado*. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira Editora, 1901.



constituição econômica nacional já observável à época, sujeitar o crédito civil e o comercial “à mesma disciplina legal, e ferir com as mesmas responsabilidades penaes os seus abusos, qualquer que seja a profissão das pessoas que os pratiquem”. A ideia, contudo, não avançou, pois se entendeu que tal aspiração extrapolaria os limites da autorização legislativa dada ao Governo para elaborar o novo Código de Falências¹⁹.

O Código de Falências de 1899 ampliou o rol dos critérios determinantes da insolvência do comerciante, acrescentando à cessação de pagamentos e à insuficiência do ativo para a satisfação do passivo, a fuga do comerciante ou o abandono do seu estabelecimento (art. 1º, § 1º). O comerciante continuou obrigado a apresentar-se à falência, sob pena de ter presumida a sua culpa pela quebra (art. 6º).

Os meios de recuperação do devedor foram restringidos à concordata, ainda nas modalidades preventiva e suspensiva (art. 107º), suprimindo-se no texto legal a referência à moratória. Tal restrição, no entanto, parece ser apenas nominal, uma vez que, segundo a lição de BARBOSA DE MAGALHÃES²⁰ em comentário a esse artigo, “a moratória está evidentemente compreendida nos limites da concordata”, pois, “quem póde conceder desconto de mais de metade dos seus créditos, e prorrogação do seu vencimento até tres annos, por maioria de razão póde dar simplesmente espera de pagamento pelo mesmo prazo”.

¹⁹ CABRAL, José Maria de Alpoim de Cerqueira Borges. Relatório, cit.

²⁰ BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria. *Código de Fallencias Annotado*. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira Editora, 1901, p. 284.



Quanto às medidas de resolução de atos e omissões do falido em benefício da massa o Código de Falências acompanhou a orientação do Código Veiga Beirão, reprisando no art. 77º a disposição do art. 721º do antigo diploma. Continuavam, portanto, suprimidas as hipóteses objetivas de resolução em benefício da massa, regulando-se pelas disposições da lei civil, completadas e ampliadas pela lei falimentar, a rescisão de atos e contratos celebrados pelo devedor em prejuízo dos seus credores. Assim, a diferença entre os regimes civil e comercial para tais resoluções residiria apenas nas presunções de insolvência e de má-fé decorrentes da declaração da falência²¹.

Isto significa que, enquanto pela lei civil a insolvência resultante do ato impugnado havia de ser provada pelo interessado em sua rescisão (Código Seabra, art. 1.033º), na falência, ela gozava de presunção, absoluta, em face dos que concorreram ao processo falimentar, ou relativa, em face dos que a ele estiverem alheios.

Relativamente à má-fé, esta era presumida nos pagamentos em fazendas ou de créditos não vencidos, na constituição de penhores, de hipotecas ou de consignações de rendimentos, e em quaisquer outros atos prejudiciais aos credores realizados nos quarenta dias anteriores à declaração da falência, dispensando-se a prova exigida pela lei civil para a rescisão dos atos e contratos celebrados em prejuízo de terceiros (Código Seabra, art. 1.034º).

Finalmente, a declaração da falência impunha a interdição civil do falido (art. 16º), que poderia ser levantada com o trânsito em julgado da sentença homologatória da concordata, com o

²¹ Cf. BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria. *Código de Fallencias Annotado*, cit., p. 245.



pagamento ou perdão integral dos créditos reclamados, com o decurso do prazo de cinco anos da extinção da massa falida, se pagos ao menos cinquenta por cento dos créditos reclamados, com o decurso do prazo de dez anos da extinção da massa falida, se pagos ao menos vinte e cinco por cento dos créditos reclamados, ou com o decurso de vinte anos da extinção da massa falida, independentemente do percentual dos créditos pagos (art. 154º).

Por força do quanto determinado no art. 3º do Decreto de 26 de julho de 1899, que aprovou o Código de Falências, as disposições deste haveriam de ser inseridas no contexto do Código de Processo Comercial de 1895, o que terminou por ocorrer com o Decreto de 14 de dezembro de 1905, que juntou os dois diplomas, convertendo-os no Código de Processo Comercial de 1905. Neste, os arts. 181º a 362º eram dedicados ao tema das falências²².

Tratando-se de mera junção de textos legais, o Código de Processo Comercial de 1905 não trouxe alterações significativas no regime falimentar vigente²³, pelo que permaneceu a questão da insolvência no direito português disposta num plano dicotômico, com a insolvência do comerciante disciplinada de forma sistematizada em torno do instituto da falência e a insolvência do não comerciante, para tudo que fosse além da mera definição contida no art. 1.036º do Código Seabra, desprezada pela ordem jurídica.

²² Cf. BARBOSA DE MAGALHÃES, José Maria. *Código de Fallencias Annotado*, cit.

²³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 53.



3 A sistematização do regime da insolvência civil

Tal como ocorreu com a falência por ocasião da edição do Código Ferreira Borges, o percurso evolutivo da insolvência civil sofreu uma inflexão com a edição do Decreto nº 21.758²⁴, de 22 de outubro de 1932, que regulou o instituto da insolvência do devedor não comerciante, extensivo também às sociedades civis de forma comercial e às simplesmente civis.

Com o advento da nova disciplina legal, corrigiu-se uma omissão do ordenamento português, que, a exemplo de outras legislações, sob influência francesa, cuidaram da situação do comerciante insolvente por meio do instituto da falência, “mas esqueceram a situação do insolvente não comerciante, que ficou sujeito ao regime das acções e execuções individuais, verdadeiramente prejudicial, não só para os credores, como também para o próprio devedor”, como se lê no preâmbulo do Decreto sob referência²⁵.

Pelo mesmo preâmbulo, nota-se que mais uma vez se cogitou a extensão da falência aos não comerciantes, diante da vulgarização das especulações à margem do comércio e da indústria profissionais, já não sendo fácil distinguir as obrigações comerciais das civis, pelo que se reconhecia uma tendência das legislações em unificar o Direito das Obrigações. O intuito, no entanto, foi novamente contido, porque se entendeu que ainda não era conveniente estender a todos os devedores certos efeitos da falência, pensados exclusivamente para o comerciante, razão pela

²⁴ PORTUGAL. Decreto nº 21.758, de 22 de outubro de 1932. *Diário do Govêrno*, 1ª série, n. 248. Lisboa, 22 out. 1932.

²⁵ PORTUGAL. Decreto nº 21.758, de 22 de outubro de 1932. *Diário do Govêrno*, 1ª série, n. 248. Lisboa, 22 out. 1932.



qual se optou por um regime mais atenuado, com aplicação subsidiária das soluções do processo falimentar que fossem compatíveis com a figura do não comerciante²⁶.

Com o novo diploma legal, passaram a caminhar lado a lado dois institutos jurídicos devidamente sistematizados, a falência e a insolvência, permitindo-se um melhor cotejo dos seus elementos distintivos. Para tanto, retoma-se agora o exame desses elementos, que vinham sendo até aqui apontados como caracterizadores do regime especial e que devem, neste primeiro momento, ser confrontados com a disciplina falimentar então vigente, a saber, o Código de Processo Comercial de 1905.

O primeiro deles é o elemento subjetivo, que distinguia os dois regimes, falência e insolvência, em função da natureza mercantil ou não do devedor, respectivamente. Neste sentido, dispunha o art. 1º do Decreto nº 21.758 que podia ser declarado em estado de insolvência o devedor *não comerciante*, do que se conclui que a distinção se manteve.

Partindo-se para os elementos objetivos, a lei ratificou o tradicional critério do déficit patrimonial como fundamento concreto de determinação da insolvência do não comerciante (art. 1º) e a ele acresceu dois critérios a partir dos quais essa insolvência poderia ser presumida: o primeiro, a pendência, contra o devedor, de duas execuções não embargadas; o segundo, a existência, também contra ele, de arresto fundado em justo receio de insolvência, não embargado ou com embargos julgados improcedentes (2º). Apesar da admissão dos dois critérios

²⁶ PORTUGAL. Decreto nº 21.758, de 22 de outubro de 1932. *Diário do Govêrno*, 1ª série, n. 248. Lisboa, 22 out. 1932.



presuntivos, pode-se dizer que a insolvência surge, como instituto, baseada na situação concreta do devedor, ao passo que a falência, desde a sua origem como regime sistematizado, adota as presunções legais como principais critérios autorizadores da declaração da quebra do comerciante.

A sistematização do regime da insolvência civil não trouxe para o devedor a obrigação de requerer judicialmente a sua declaração, tal como ocorre com a obrigatoriedade do comerciante insolvente de apresentar-se à falência. Previu-se a possibilidade da abertura do processo por iniciativa do devedor, porém a lei foi clara ao taxá-la de “espontânea” (art. 3º).

O art. 19º estendeu ao devedor insolvente não comerciante a possibilidade da concordata, porém só permitiu a sua celebração após a declaração da insolvência (concordata suspensiva). A concordata preventiva não foi admitida por “constituir uma sedução aos menos activos ou menos honestos”, como consignado no preâmbulo do Decreto²⁷.

O tratamento dos credores parece ter sido o ponto em que houve a maior aproximação entre recém-instituído regime da insolvência e a falência. Previa-se agora a abertura de um concurso entre os credores do não comerciante insolvente, a fim de seus credores fossem satisfeitos pelo rateio do produto da venda do patrimônio liquidado, observando-se as eventuais preferências (arts. 17º e 18º).

²⁷ PORTUGAL. Decreto nº 21.758, de 22 de outubro de 1932. *Diário do Governo*, 1ª série, n. 248. Lisboa, 22 out. 1932.



A par disto, o Decreto não estabeleceu nenhuma medida de resolução de atos e contratos do insolvente em benefício da massa, deixando tais questões para as regras comuns de rescisão de atos e contratos em prejuízo de terceiro (Código Seabra, arts. 1.030 e ss.), o que manteve os dois sistemas também aproximados neste ponto.

Semelhantemente ao falido, o devedor insolvente ficava, com a declaração de insolvência, incapacitado de administrar os seus bens ou deles dispor até a liquidação da massa (art. 11º). Não previu o Decreto, porém, nenhum procedimento de reabilitação, uma vez que a incapacidade estava ligada aos bens que seriam naturalmente alienados no processo, de forma que a incapacidade não afetava os demais atos que o devedor pudesse vir a praticar para além da execução concursal (atos de natureza não patrimonial, exercício profissional etc.).

Nova mudança experimentou a legislação falimentar com a edição do Código de Falências de 1935²⁸, motivada principalmente pela necessidade de adaptá-la a um comércio exercido em escala crescente, por pessoas cada vez menos capacitadas e menos éticas, como fez questão de registrar o legislador no preâmbulo do novo diploma.

O novo Código teve uma breve vigência, pois suas disposições foram logo incorporadas pelo Código de Processo Civil de 1939²⁹, que unificou a disciplina dos processos civil e comercial, e para o

²⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 25.981, de 26 de outubro de 1935. Código de Falências. *Diário do Governo*, 1ª série, n. 248, 26 out. 1935, p. 1556.

²⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 29.637, de 28 de maio de 1939. Código de Processo Civil. *Diário do Governo*, 1ª série, n. 123, 28 mai. 1939.



qual se remete o confronto aqui realizado entre os regimes da insolvência civil e da insolvência comercial.

A edição do Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu um marco importante no percurso evolutivo do regime português da insolvência, pois reuniu no mesmo texto legal as disciplinas da falência e da insolvência civil, revogando o Código de Falências de 1935 e o Decreto nº 21.758, de 22 de outubro de 1932, que sistematizou a o regime da insolvência do não comerciante.

É interessante ver também esse diploma legal como a etapa final do que ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁰ chama de uma “curiosa caminhada”, que levou as falências do Código Comercial para o Código de Processo Civil, onde o instituto passou a figurar como uma modalidade de liquidação de patrimônios – liquidação em benefício dos credores – no âmbito dos processos especiais previstos no Título IV do Livro III do *codex processual*³¹.

Não obstante a reunião de suas disciplinas em um único texto legal, subsistiram de modo autônomo os institutos da falência e da insolvência, cujas distinções podem ser agora comparadas mais facilmente.

No aspecto subjetivo, permanecia a falência como instituto voltado para os comerciantes (art. 1.135º) e sociedades comerciais (art. 1.136, § 1º), enquanto a insolvência era destinada aos não comerciantes (art. 1.355º) e às sociedades civis (art. 1.368º).

³⁰ CORDEIRO, António Menezes. Introdução ao Direito da Insolvência. *O Direito*, Lisboa, Ano 137 (2005), III, p. 465-507.

³¹ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. “O Código da Insolvência...”, cit., p. 41-82.



Nos aspectos objetivos, os critérios de determinação da insolvência também delimitavam distinções bastante acentuadas entre os dois institutos, pautando-se a falência pela instauração da liquidação patrimonial a partir de presunções legais da insolvência do comerciante (art. 1.136º) e a insolvência, pela situação concreta de insuficiência patrimonial do devedor (art. 1.355º). LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO³² refere-se aqui a uma distinção conceitual, em que a falência “era identificada como a impossibilidade de o comerciante solver seus compromissos” e a insolvência “era definida como a inferioridade do activo patrimonial em relação ao seu passivo”.

Nos termos do preâmbulo do Código de Falências de 1935, cujas disposições foram reprisadas pelo Código de Processo Civil de 1939, “a falência é um estado patológico na actividade económico-comercial e por isso sua essência deve deduzir-se do contraste com o movimento normal daquela actividade”, daí porque caracterizá-la como a impotência do comerciante para cumprir suas obrigações, em oposição ao movimento normal da actividade económico-comercial, que exige regularidade das transações. Trata-se, porém, de um “estado oculto”, o qual se procurará revelar “pelos elementos que automaticamente, e por si, o tornam aparente”, o que explica a adoção das presunções legais³³.

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1939, a falência passou a ser presumida a partir de três situações: cessação de pagamentos, fuga do comerciante ou ausência do seu

³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 59.

³³ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 25.981, de 26 de outubro de 1935. Código de Falências. *Diário do Governo*, 1ª série, n. 248, 26 out. 1935, p. 1556.



estabelecimento sem deixar representante indicado, dissipação e extravio de bens ou qualquer outro procedimento que revele o propósito de se colocar em condição de insolvibilidade. Em se tratando de sociedades de responsabilidade limitada, a presunção se daria também insuficiência manifesta do ativo para satisfação do passivo (art. 2º).

No regime do não comerciante, optou-se pela situação concreta do devedor como principal fundamento da declaração de sua insolvência, como ficou claro na dicção do art. 1.355º do Código de Processo Civil. A lei, no entanto, previu hipóteses subsidiárias, estabelecendo que a insolvência civil também poderia ser presumida quando pendessem contra o devedor duas execuções não embargadas, ou quando ele houvesse sofrido dois arrestos com fundamento no justo receio de insolvência, não embargados ou com embargos julgados improcedentes (art. 1.356º). Acerca dessas hipóteses, JOSÉ ALBERTO DOS REIS³⁴ esclarece que, diversamente do que ocorria na falência, “os factos-índices do art. 1.356º não determinam necessariamente a insolvência, não são causas inequívocas e iniludíveis desse estado, são simples presunções que cedem perante a prova de que o activo do patrimônio do devedor é inferior [*rectius*: superior] ao passivo”.

Seguindo a tradição inaugurada com o Código Ferreira Borges, os comerciantes insolventes continuavam obrigados a apresentarem-se a falência (art. 1.139º) enquanto dos não comerciantes nessa situação, também segundo uma praxe que já se mostrava consolidada, não se exigia tal reconhecimento.

³⁴ REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*, cit., p. 351.



No que se refere ao tratamento dos credores, a disciplina legal da insolvência, a partir do Decreto nº 21.758/1932, igualou a situação dos credores dos não comerciantes à dos credores dos comerciantes, submetendo-os todos, em caso de insolvência, à execução concursal do patrimônio do devedor, o que se observa também no Código de Processo Civil de 1939 (arts. 1.180º e 1.357º).

Quanto às medidas de resolução de atos em benefício da massa, o Código de Falências de 1935, a par da remissão à pauliana civil (art. 33º), voltou a estabelecer hipóteses objetivas de anulabilidade, dispondo que seriam anuláveis os atos e contratos celebrados a título gratuito que importassem diminuição do patrimônio do devedor, as fianças de dívidas e assinaturas de favor em títulos de crédito, e as partilhas amigáveis em que o falido houvesse recebido apenas valores de fácil sonegação (art. 32º). Além disto, regulava também hipóteses em que seria presumida a má-fé dos que participassem do ato, nomeadamente, dos atos e contratos celebrados com cônjuge ou parentes do falido até dois anos da data da falência, os pagamentos e compensações de dívidas não vencidas e os de dívidas vencidas feitos no ano anterior à falência por meios não usuais, as garantias constituídas em favor de obrigação preexistente no ano anterior à falência e as garantias constituídas simultaneamente com as respectivas obrigações nos noventa dias anteriores à falência, as alienações realizadas nos noventa dias anteriores à falência (art. 34º). Com tais regras, enquanto vigoram o Decreto de 1932 e o Decreto-Lei de 1935, a falência ofereceu à massa melhores condições de reintegrar bens dissipados ao patrimônio do devedor do que a insolvência.

Essa vantagem em prol da falência desapareceu com a Lei Processual de 1939, que, em seu art. 1.357º, mandou aplicar à



insolvência as disposições falimentares não relacionadas com o exercício da profissão de comerciante, do que se pode concluir que as medidas de resolução em benefício da massa previstas no Código de Falências de 1935, reproduzidas com leves alterações no novo texto legal, seriam agora extensíveis à insolvência civil, uniformizando neste ponto os dois regimes.

Como meios de recuperação, o Código de Processo Civil de 1939 oferecia ao comerciante as possibilidades das já conhecidas concordatas, preventiva ou suspensiva (arts. 1.236º e ss.), do acordo de credores, que consistia na constituição de uma sociedade pelos credores aderentes para assumir o ativo do falido, mediante o compromisso de satisfazer aos credores não aceitantes, pelos percentuais fixados no acordo (arts. 1.286º e ss.), e da moratória, que havia sido restabelecida pelo Código de Falências de 1935 e foi mantida na lei processual (arts. 1.297º e ss.). Seguindo a linha do Decreto de 1932, o meio de recuperação do devedor não comerciante restringia-se à concordata suspensiva, por disposição do art. 1.366º.

Em termos inovadores, o Código de Falências de 1935 e assim também o Código de Processo Civil de 1939, este no seu art. 1.158º, produziam a *inibição* do falido para administrar e dispor de seus bens presentes ou futuros. Essa inibição abrangia o exercício do comércio, diretamente ou por interposta pessoa, bem como o exercício das funções de gerente, diretor ou administrador em sociedades comerciais ou civis. A interdição do falido poderia ser levantada pela obtenção de concordata ou de acordo de credores, pelo pagamento ou perdão total dos créditos reclamados, pelo decurso de cinco anos da extinção da massa, se pagos ao menos cinquenta por cento dos créditos reclamados, pelo decurso de dez



anos da extinção da massa, se pagos ao menos vinte e cinco por cento dos créditos reclamados, pelo decurso de vinte anos da extinção da massa, independentemente da realização de pagamentos (art. 1.317º). Com o levantamento da interdição, o falido poderia requerer a sua reabilitação, se a falência houvesse sido casual ou se ele já houvesse cumprido a pena a que foi condenado por culpa ou dolo (art. 1.318º). A incapacidade imposta pelo art. 1.361º ao insolvente é mais restrita que a do falido e refere-se apenas à administração e disposição dos seus bens até a liquidação total da massa, pelo que se exaure com a própria extinção desta. Por conseguinte, a lei não traz disposições sobre o levantamento dessa condição, tampouco se refere à reabilitação do insolvente civil.

Em 1961, houve a edição de um novo Código de Processo Civil³⁵, que inaugurou a fase que a doutrina chama de *sistema de falência-saneamento*, em oposição à fase anterior do *sistema de falência-liquidação*³⁶. Caracteriza esta nova fase a inversão de prioridade, que agora é dada ao exaurimento das tentativas de prevenção da liquidação do patrimônio do devedor antes da declaração da falência, como declara o legislador no item nº 32 do relatório do Decreto-Lei nº 44.129³⁷.

³⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961. Código de Processo Civil. *Diário do Governo*, 1ª série, n. 299, Suplemento. Lisboa, 28 dez. 1961.

³⁶ Cf., por todos, FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. “O Código da Insolvência...”, cit., p. 41-82.

³⁷ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961. Código de Processo Civil. Relatório. *Diário do Governo*, 1ª série, n. 299, Suplemento. Lisboa, 28 dez. 1961.



No novo diploma processual, a falência e a insolvência continuaram tratadas como modalidades de liquidação de patrimônios em benefício dos credores (Título IV, Capítulo XV, Secção III), a exemplo do que já ocorria na lei anterior.

A primazia dos meios preventivos da declaração de falência do novo sistema, no entanto, revela-se não só pelo posicionamento das respectivas disposições, deslocadas para o início da Secção III, logo após as disposições gerais, como pelo seu teor, pelo qual todo comerciante impossibilitado de cumprir suas obrigações comerciais deveria, antes de cessar os pagamentos ou nos dez dias subsequentes à cessação, apresentar-se ao tribunal competente e requerer a convocação de seus credores, para apreciação de uma eventual concordata ou um eventual acordo de credores, após o que, não havendo êxito em uma ou em outro, seria decretada a falência (arts. 1.140º a 1.173º). Por oportuno, registre-se aqui a supressão da moratória entre os meios de recuperação ao alcance do devedor.

Na insolvência, por outro lado, as medidas de prevenção não foram alteradas, continuando o devedor não comerciante a dispor exclusivamente da concordata suspensiva para tentar escapar da liquidação do seu patrimônio (art. 1.323º).

Para além dos aspectos acima apontados, o novo Código não modificou significativamente a disciplina da falência e da insolvência estabelecida pela lei de 1939³⁸.

³⁸ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. “O Código da Insolvência...”, cit., p. 61-62.



LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES³⁹ reputa insuficientes e ineficazes as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 1961, afirmando que, na prática, o regime da insolvência (em sentido amplo) era dominado pela ideia de tutela dos interesses dos credores mediante a liquidação total do patrimônio do devedor, a fim de satisfazer a maior parcela possível dos créditos, o que, prossegue, “sob as vestes da falência ou da insolvência, conduzia a uma sistemática destruição da actividade econômica do devedor – de sua empresa”. Daí a necessidade de se buscar na recuperação da empresa uma efetiva alternativa à falência, a justificar a criação de novas medidas preventivas da falência pela legislação superveniente.

Assim, a tendência de valorização dos meios de recuperação foi reforçada pela edição de diversas normas que, em complemento das disposições do Código de Processo Civil de 1961, instituíram medidas administrativas de saneamento financeiro de empresas em crise^{40 41}. Foram elas o Decreto-Lei nº 864⁴², de 23 de dezembro

³⁹ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. “O Código da Insolvência...”, cit., p. 41-82

⁴⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 63-65.

⁴¹ Por respeito à redação legal, o termo “empresa” é utilizado aqui em sua acepção subjetiva, designando sociedades exercentes de atividades econômicas. Tal designação contraria a posição do autor do presente estudo, que se filia à corrente que a este termo atribui o sentido de atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços destinados ao mercado. Sobre o tema, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 310 e ss.

⁴² PORTUGAL. Decreto-Lei nº 864, de 23 de dezembro de 1976. *Diário da República*, 1ª série, n. 298. Lisboa, 23 dez. 1976.



de 1976 (aprimorado e substituído pelo Decreto-Lei nº 353-H⁴³, de 29 de agosto de 1977), que permitiu às empresas em dificuldades requererem ao Governo a declaração de empresa em situação de crise econômica (denominada, no Decreto-Lei substituto, de declaração de empresa em situação econômica difícil), para fins de dispensa de determinadas obrigações laborais; o Decreto Regulamentar nº 24⁴⁴, de 1º de abril de 1977, que instituiu o contrato de viabilização, a ser celebrado entre instituições de crédito nacionais e empresas em dificuldades, com vistas à recuperação seu equilíbrio financeiro; o Decreto-Lei nº 125⁴⁵, de 10 de maio de 1979, que criou a Parageste – Sociedade Parabancária para a Recuperação de Empresas S.A.R.L., estatal encarregada de recuperar empresas privadas em dificuldades financeiras, mas economicamente viáveis, em colaboração com as instâncias governamentais(art. 2º); o Decreto-Lei nº 120⁴⁶, de 1º de março de 1983, que substituiu o Decreto-Lei nº 125 de 1979, convertendo a Parageste – Sociedade Parabancária para a Recuperação de Empresas S.A.R.L. em Paraempresas – Sociedade Parabancária para a Recuperação de Empresas S.A.R.L., com a missão de recuperar empresas privadas em dificuldades financeiras, mas economicamente viáveis, em colaboração com as instâncias

⁴³ PORTUGAL, Decreto-Lei nº 353-H, de 29 de agosto de 1977. *Diário de República*, 1ª série, n. 199, 2º suplemento. Lisboa, 29 set. 1977.

⁴⁴ PORTUGAL. Decreto Regulamentar nº 24, de 1º de abril de 1977. *Diário de República*, 1ª série, n. 77. Lisboa, 01 abr. 1977.

⁴⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 125, de 10 de maio de 1979. *Diário da República*, 1ª série, n. 107. Lisboa, 10 mai. 1979.

⁴⁶ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 120, de 1º de março de 1983. *Diário da República*, 1ª série, n. 49. Lisboa, 01 mar. 1983.



governamentais e, agora, também com os respectivos credores públicos e privados (art. 2º).

Com as inovações legais surgidas a partir da segunda metade dos anos 1970, LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES⁴⁷ escreve que estavam “lançadas as bases de um sistema em que a recuperação de empresas com dificuldades financeiras, mas viáveis, tinha preferência, quanto possível, sobre a declaração de falência”.

O sistema de recuperação de empresas, concebido no âmbito de medidas de cunho administrativo, foi parcialmente judicializado pelo Decreto-Lei nº 177⁴⁸, de 2 de julho de 1986, que instituiu o processo especial de recuperação da empresa como via judicial alternativa ao processo de falência⁴⁹.

A partir desse momento, a disciplina da insolvência passou a distribuir-se basicamente entre o Código de Processo Civil (1961), no qual se encontravam as disposições acerca dos procedimentos de liquidação de patrimônios em benefício dos credores, nomeadamente a falência e a insolvência, e o novo Decreto-Lei, que tratava dos meios de recuperação de empresas e proteção dos credores, a saber, a concordata (arts. 20º e ss.), o acordo de credores (arts. 26º e ss.) e a recém-criada gestão controlada (arts. 33º e ss.). Vale notar que, como incidentes do processo falimentar, a concordata e o acordo de credores subsistiram no Código de

⁴⁷ FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. “O Código da Insolvência...”, cit., p. 41-82.

⁴⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 177, de 2 de julho de 1986. *Diário da República*, 1ª série, n. 149. Lisboa, 2 jul. 1986.

⁴⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 65. Cf. também MENDES, Armindo Ribeiro. “Processo de recuperação de empresas em situação de falência”. *Revista da Banca*, n. 1, p. 67-90. Lisboa, jan./mar. 1987.



Processo Civil lado a lado com os novos institutos de mesmo nome, de modo que, como aponta ABÍLIO MANUEL DE ALMEIDA MORGADO⁵⁰, “era notória a confusão entre as providências de recuperação de empresas e os meios preventivos e suspensivos específicos do processo de falência”.

Aqueloutras medidas administrativas de prevenção da falência foram progressivamente eliminadas, extinguindo-se por completo com o Decreto-Lei nº 26⁵¹, de 24 de janeiro de 1990⁵².

Nos termos do art. 2º de sua lei de regência, os processos especiais de recuperação de empresas eram aplicáveis às sociedades comerciais, aos comerciantes em nome individual, às sociedades civis sob forma comercial e às cooperativas. Há, com isto, uma mitigação do critério subjetivo de distinção dos regimes comercial e civil da insolvência e a extensão do acesso aos meios recuperatórios recém-instituídos a pessoas coletivas não comerciantes. A natureza mercantil ou não do devedor cede espaço à *empresa* como elemento definidor da aplicabilidade de alguns regimes especiais de insolvência, como se pode inferir já no preâmbulo do Decreto-Lei nº 177/1986.

⁵⁰ MORGADO, Abílio Manuel de Almeida. “Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência”. *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n. 370, p. 49-113, abril-junho/1993. Cf. também FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. “Perspectivas e tendências do moderno Direito da Falência”. *Revista da Banca*, n. 11, p. 63-89. Lisboa, jul./set. 1989.

⁵¹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 26, de 24 de janeiro de 1990. *Diário da República*, 1ª série, n. 20. Lisboa, 24 jan. 1990.

⁵² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 67; MORGADO, Abílio Manuel de Almeida. “Processos Especiais...”, cit.



A falência e a insolvência, como regimes de liquidação de patrimônios em benefício dos credores, continuavam distinguidas pela comercialidade ou não do devedor.

Em que pese a sua eleição como novo pressuposto do acesso aos meios de recuperação, numa tendência que se confirmará no desenvolvimento subsequente do regime português da insolvência, o conceito de empresa surge (e ainda permanece em dias atuais) cercado de imprecisões, dadas as diversas acepções a que está ligado. É o que ocorre no diploma legal ora examinado, no qual aparece, com a devida vênia, de forma tecnicamente incorreta, associado ao um sentido subjetivo, isto é, *empresa* como sinônimo de pessoa coletiva (v. g. “Toda empresa que se encontre impossibilitada de cumprir as suas obrigações deve apresentar-se a tribunal,...” – Art. 1º, nº 1). A esse respeito, JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO FURTADO⁵³ refuta a concepção de *empresa* como um sujeito de relações jurídicas e escreve que “uma tal acepção incorreria na confusão grosseira de tal noção com a de *empresário*, que é exatamente a pessoa a quem a lei concretamente imputa os efeitos jurídicos pessoais que a *declaração de falência* acarreta”.

4 O CPREF e a unificação das falências e insolvências

As regras do Decreto-Lei nº 177/1986 e as do Código de Processo Civil de 1961 em matéria falimentar vigoraram até 1993, quando foi editado o Código de Processos Especiais de Recuperação da

⁵³ FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. “Perspectivas...”, cit.



Empresa e de Falências – CPEREF, aprovado pelo Decreto-Lei nº 132⁵⁴, de 23 de abril.

O CPEREF representa um novo ponto de inflexão na história do direito da insolvência português, ao reunificar a disciplina falimentar em um único diploma legal e, principalmente, abolir a distinção entre *falência* e *insolvência*. Nas palavras de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁵, o novo Código, consolidando a evolução legislativa da matéria nos últimos vinte anos, consagrou a “eliminação da dicotomia falência de comerciantes/insolvência de não-comerciantes, substituída pela dicotomia empresa/não-empresa, em função da qual é ou não admissível o processo de recuperação”.

Para fins de aplicação das disposições do Código, a *empresa* há de ser considerada como “toda a organização dos fatores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços” (art. 2º).

Não obstante o Código tenha adotado o conceito de empresa-organização, o termo *empresa*, a exemplo do que já ocorria antes, é muitas vezes referido no texto legal em sentido subjetivo, o que recebe a crítica também de CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA⁵⁶, pois “uma organização não pode requerer, nem dever, nem contratar, nem ser ouvida”, já que “tais actos e situações são próprios e exclusivos de

⁵⁴ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 132, de 23 de abril de 1993. *Diário da República*, 1ª série A, n. 95. Lisboa, 23 abr. 1993.

⁵⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “O âmbito de aplicação dos processos de recuperação de empresas e de falência: pressupostos objectivos e subjectivos”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXXVI. Lisboa, 1995.

⁵⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “O âmbito de aplicação...”, cit.



pessoas ou entidades personalizadas”. Para conciliar essas diferenças de aceção, o autor propõe que se desconsiderem as frases em que o termo *empresa* aparece em substituição a sociedade ou pessoa coletiva, “por se tratar de óbvia incorrecção de linguagem”, e que se considerem, em todas as demais situações, o termo *empresa* ou a expressão *titular da empresa* como “referência a entidades que exercem uma actividade económica através da organização dos fatores de produção”.

Feitos esses ajustes terminológicos, é de se concluir que o novo panorama enseja que se proceda mais uma vez à comparação dos elementos que distinguem os regimes comercial e civil da insolvência, a fim de se identificar o que efetivamente representou a substituição da dicotomia falência/insolvência pela dicotomia empresa/não empresa.

Nesse mister, assume-se que o conceito de *empresa*, tal como definido no art. 2º do CPREF, abrange o conceito de *comércio*, ao qual se poderia referir especificamente como a *empresa comercial*, ainda quando exercida individualmente, pois, mesmo neste caso, há, por mais singela que seja, organização de fatores da produção para o exercício de atividade econômica⁵⁷.

De início, observa-se que desapareceu o critério subjetivo de aplicação do regime especial da falência, que, na nova disciplina, devia ser decretada em relação à *empresa*⁵⁸ insolvente economicamente inviável ou financeiramente irre recuperável (art. 1º, nº 2) e ao devedor insolvente que não fosse titular de empresa (art.

⁵⁷ Cf. OLAVO, Fernando. *Empresa e Estabelecimento Comercial*. Lisboa: [s.n.], 1963, p. 20.

⁵⁸ *Rectius*: ao empresário.



27º), de forma que “qualquer pessoa em situação de insolvência, seja ou não titular de empresa, pode ser declarada em situação de falência”⁵⁹. Em outras palavras, isto significa também dizer que tanto os comerciantes como os não comerciantes estavam sujeitos ao regime da falência.

Como critérios determinantes do estado de insolvência, o CPEREF adotava a falta de cumprimento de uma ou mais obrigações, capaz de revelar a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações; a fuga do titular da empresa ou dos titulares do seu órgão de gestão, ou o abandono do estabelecimento da sede da empresa ou no qual se exerce sua principal atividade; a dissipação ou extravio de bens, a constituição fictícia de créditos ou qualquer outro procedimento anômalo, revelador do propósito do devedor de se colocar em situação de impossibilidade de cumprimento pontual de suas obrigações (art. 8º, nº 1). Esses critérios eram também válidos para o devedor não titular de empresa (art. 27º), à exceção do segundo, fuga do titular ou abandono do estabelecimento, pois manifestamente inaplicável.

Os comerciantes continuavam obrigados a apresentarem-se à falência, mas agora também o eram os não comerciantes, quando titulares de empresas outras (art. 6º). A desobrigação de apresentação ficava, então, restrita aos devedores que não fossem titulares de empresa alguma.

Na esteira do regime anterior, o novo sistema de insolvência manteve a preferência pelas medidas de recuperação, como alternativa à liquidação do patrimônio do devedor, no entanto,

⁵⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. “O âmbito de aplicação...”, cit.



estabeleceu diferenças em razão da presença ou não do elemento empresarial. Assim era dado aos titulares de empresa, incluindo-se os comerciantes, quando considerassem economicamente viável a empresa e julgassem superável a deficiente situação financeira em que se encontravam, requerer uma das providências de recuperação previstas na lei, a saber, a concordata, o acordo de credores, a reestruturação financeira ou a gestão controlada (arts. 4º e 5º). Os devedores não titulares de empresa podiam requerer apenas a concordata particular (art. 240º).

Com a extensão da falência a comerciantes e não comerciantes, extinguíram-se as distinções acerca das medidas de resolução em benefício da massa cabíveis em função da categoria do devedor insolvente. No CPEREF, essas medidas, previstas nos arts. 156º a 159º, quando necessárias, poderiam ser adotadas em face de qualquer falido.

A declaração da falência privava o falido da administração e da disposição dos seus bens, que passavam a constituir a massa falida. Se comerciante, implicava também o encerramento dos seus livros e a sua inibição para o exercício do comércio, assim como para a ocupação de órgãos administrativos em sociedades comerciais ou civis, associações privadas de atividade econômica, empresas públicas ou cooperativas (art. 148º). Esses efeitos cessavam, por ordem judicial, nas hipóteses de celebração de acordo extraordinário, pagamento ou remissão total de todos os créditos reconhecidos, decurso de cinco anos da decisão que apreciar as contas do liquidatário (art. 238º). Levantados os efeitos legais da falência e extintos os efeitos penais das condenações eventualmente sofridas pelo falido, o juízo decretaria sua reabilitação.



O CPEREF vigorou até 2004, tendo sofrido uma revisão pelo Decreto-Lei nº 315⁶⁰, de 20 de outubro de 1998, que alterou vários de seus dispositivos. Essas modificações, em que pese importantes, não modificam a análise acima, motivo pelo qual não serão descritas.

5 O CIRE e a unificação do processo de insolvência

Em 18 de março de 2004 foi editado o Decreto-Lei nº 53⁶¹, que aprovou o Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), alterado, em seguida, pelo Decreto-Lei nº 200, de 18 de agosto de 2004, pelo Decreto-Lei nº 76-A, de 29 de março de 2006, pelo Decreto-Lei nº 282, de 07 de agosto de 2007, pelo Decreto-Lei nº 116, de 04 de julho de 2008, pelo Decreto-Lei nº 185, de 12 de agosto de 2009, pela Lei nº 16, de 20 de abril de 2012, pela Lei nº 66-B, de 31 de dezembro de 2012, pelo Decreto-Lei nº 26, de 06 de fevereiro de 2015, e, finalmente, pelo Decreto-Lei nº 79, de 30 de junho de 2017⁶².

O novo Código conservou a filosofia de unificação do regime da insolvência. Essa unificação, no entanto, mostra-se relativa, pois, também na linha do diploma anterior, a condição do devedor, de

⁶⁰ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 315, de 20 de outubro de 1998. *Diário da República*, 1ª série A, n. 242. Lisboa, 20 out. 1998.

⁶¹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 53, de 18 de março de 2004. *Diário da República*, 1ª série A, n. 66. Lisboa, 18 mar. 2004.

⁶² PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. *DL nº 53/2004, de 18 de Março, Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (versão atualizada)*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=leis>. Acesso em 27 ago. 2017.



titular de empresa ou *não titular de empresa*, manteve-se como critério definidor da aplicação de determinadas disposições legais, a denotar a existência, ainda, de regimes diferenciados para cada uma destas categorias subjetivas

Sob a justificativa de simplificação dos procedimentos, o CIRE trouxe uma significativa alteração na dinâmica processual da insolvência, eliminando o “dualismo recuperação/falência” e instituindo um rito único de insolvência⁶³. É no curso desse rito que, a partir da constatação da *situação de insolvência* do devedor, adotar-se-ão as medidas de recuperação ou de liquidação do patrimônio (art. 1º, nº 1, com a redação dada pela Lei nº 16, de 20 de abril de 2012)⁶⁴.

Ocorre que a anunciada unicidade do rito processual não se confirma no exame detalhado do Código, pois este reserva, em seu Título XII (arts. 235º a 266º), disposições específicas para a insolvência das pessoas singulares e, em especial, no Capítulo II (arts. 249º a 263º), para os não empresários e titulares de pequenas empresas.

Por outro lado, o processo “pleno”, com toda a sua complexidade e as suas alternativas, é destinado aos titulares de empresas, aos quais se dirigem as disposições dos artigos 1º (possível finalidade recuperatória do processo de insolvência), 3º (critério de avaliação

⁶³ CORDEIRO, António Menezes. “Introdução...”, cit., p. 465-507. Cf. também SERRA, Catarina. *O Regime Português da Insolvência*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 33.

⁶⁴ É de se registrar que a tentativa de unificação do procedimento de insolvência contida na versão original do CIRE foi mitigada com a instituição do Processo Especial de Revitalização (PER) pela própria Lei nº 16, de 20 de abril de 2012.



do patrimônio da pessoa coletiva), 18º (dever de apresentação à insolvência), 33º (continuidade da empresa pelo administrador provisório), 65º (subsistência do dever de elaboração e apresentação de contas), 162º (alienação do estabelecimento), 195º (possibilidade de recuperação da empresa com o mesmo empresário), 198º (plano de insolvência das sociedades comerciais), 199º (saneamento por transmissão do estabelecimento), 203º (conversão ou extinção de créditos independentemente de consentimento dos respectivos titulares), 224º a 229º (administração da massa insolvente pelo próprio devedor), e 234º (efeitos do encerramento do processo de insolvência sobre as sociedades comerciais).

Verifica-se, pois, a existência de um procedimento especial para o titular de empresa, ou, numa linguagem tecnicamente mais apurada, para o *empresário* e outro, mais simplificado, para o *não empresário*. Isto permite cogitar-se que a pretendida unificação do regime português de insolvência não é uma realidade do CIRE e que subsistem no Código dois núcleos de regras, que podem ser associados aos precedentes regimes da falência e da insolvência civil.

Como se viu, os aspectos objetivos distintivos da insolvência comercial permitem descrevê-la, em linhas gerais, como um regime em que a insolvência do devedor é determinada por critérios presuntivos objetivos, de forma a permitir a abertura do concurso de credores logo aos primeiros sinais da crise (concedendo-se tempestivas oportunidades ao devedor para, se quiser, recorrer às medidas de recuperação); em que o devedor em crise está obrigado a apresentar-se à insolvência, pois a necessidade de manutenção das boas condições do mercado de crédito não se compatibiliza com



a tolerância prolongada à atuação de comerciantes debilitados financeiramente; em que são oferecidos ao comerciante em crise mecanismos de reestruturação do seu negócio, de forma a restabelecer a sustentabilidade econômica deste; em que a preocupação com os credores é prioritária, seja para assegurar-lhes a *par conditio creditorum*, em caso de liquidação do patrimônio do devedor, seja para submeter à sua aprovação, em assembleia, as medidas que demandem a renovação do crédito ao devedor, entendendo-se crédito aqui em um sentido mais amplo, que envolve a confiança na capacidade do devedor de superar a sua crise; em que são facilitadas as providências de desfazimento de atos do devedor insolvente, quando deles resultem prejuízos para a massa insolvente; e em que o devedor insolvente é afastado do comércio e, conseqüentemente, do mercado de crédito comercial, até que a declaração de sua insolvência tenha produzido todos os efeitos dela emergentes, quando só então ele é reabilitado para o exercício das atividades mercantis.

A insolvência civil, por sua vez, pode ser descrita como um sistema em que a insolvência do devedor é determinada pela existência concreta de déficit patrimonial; em que o devedor não está obrigado a apresentar-se à insolvência, já que, em regra, não atua profissionalmente como um tomador intensivo de crédito, pelo que a sua crise representa um risco menor para o mercado creditício; em que as medidas de recuperação circunscrevem-se a providências de reestruturação do passivo do devedor, já que este, diversamente do que ocorre com o comerciante, tende a possuir uma situação patrimonial estática; em que os interesses dos credores são limitados pela colisão com direitos fundamentais do devedor, dando lugar a regras que preservam a dignidade humana,



tais como a manutenção de patrimônio material mínimo necessário à subsistência; em que os meios de resolução em benefício da massa são mais dependentes dos requisitos do conluio fraudulento e do prejuízo à massa insolvente e, finalmente, em que não há a preocupação com mecanismos de reabilitação do insolvente, uma vez que os efeitos pessoais da declaração de insolvência são basicamente adstritos à perda da administração do patrimônio e este é liquidado no processo.

No item nº 44 do preâmbulo do CIRE, o legislador declara que “a sujeição ao processo de insolvência de pessoas singulares e colectivas tanto titulares de empresas como alheias a qualquer actividade empresarial, não é feita sem a previsão de regimes e institutos diferenciados para cada categoria de entidades, que permitam o melhor tratamento normativo das respectivas situações de insolvência”.

Assim, confrontadas as “espinhas dorsais” da *falência* e da *insolvência civil*, vistas logo acima, com as normas do CIRE, é possível verificar que os regimes comercial e civil de insolvência estão ali claramente presentes.

É verdade que alguns elementos característicos se perderam, como é o caso da reabilitação do falido. Outros foram mitigados e perderam a tipicidade de outrora, como foi o caso dos critérios de presunção da insolvência, agora ilidíveis, além de aplicáveis, em sua maior parte, indistintamente a comerciantes e não comerciantes, e da inibição para o exercício do comércio, restringido aos insolventes inidôneos assim declarados na sentença de qualificação da insolvência. Outros mais se generalizaram de forma absoluta, como



foi o caso das medidas de resolução em benefício da massa, perdendo, assim, qualquer traço de especialidade.

No entanto, examinando-se o sistema previsto no Código para aplicação ao sistema empresarial, vê-se que estão ali, na sua forma pura e em pleno vigor, a obrigatoriedade de apresentação do empresário à insolvência, as sofisticadas e versáteis medidas de recuperação (em grau de desenvolvimento inédito), a forte tutela do crédito comercial, efetivada na primazia dos interesses dos credores. Este conjunto de regras ainda é suficiente para compor um regime especial aplicável à *insolvência empresarial*.

Adotando-se a noção de que o Direito Comercial é a disciplina jurídica especial que regula as atividades econômicas cuja dinâmica e estágio de desenvolvimento exigem regras que confrontem o direito comum, sendo essas atividades atualmente compreendidas no conceito de *empresa*, parece possível afirmar que o CIRE mantém em sua estrutura normativa um regime especial de Direito Comercial.

De outra mão, paralelamente a esse regime especial, mantém-se um regime de direito comum, fundado nas características que se consolidaram como típicas da insolvência civil, nomeadamente, na tolerância com a permanência do devedor insolvente no mercado de crédito, desobrigando-o de apresentar-se à insolvência e condicionando a abertura do processo concursal à apresentação espontânea do devedor ou à iniciativa de seus credores; no leque mais restrito de medidas de recuperação, considerando que não há atividade a recuperar, mas tão-somente a tentativa de se evitar a liquidação de um patrimônio de natureza tendencialmente estática;



e, finalmente, num maior nível de proteção do devedor em face dos seus credores.

A presença deste outro regime, com tais características, permite sustentar que a *insolvência civil* também subsiste na estrutura normativa do CIRE e, com isto, que a edição do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não implicou a unificação do regime português da insolvência, mas apenas da matriz legal dos regimes comercial e civil, que continuam coexistindo.

Essa coexistência, no entanto, não é equilibrada, tampouco houve, ao contrário do que a denominação de *Código de Insolvência* leva a crer, uma anexação do regime da falência pelo da insolvência civil.

A partir da análise do texto legal, pode-se dizer que o CIRE é um código voltado *predominantemente* para a insolvência comercial e, portanto, em seu conjunto maior, uma lei de falência e de recuperação do comerciante (empresário). Ao lado desse conjunto maior, figura um conjunto menor, composto por regras simplificadas voltadas para a insolvência das pessoas singulares (ainda que titulares de pequenas empresas, assim caracterizadas pelo próprio Código).

A distinção entre os regimes civil e comercial da insolvência é marcada também no âmbito dos processos pré-insolvenciais previstos pelo CIRE. É o que se nota na análise do *Processo Especial de Revitalização* (PER) e do *Processo Especial para Acordo de Pagamento*, regulados, respectivamente, pelos arts. 17º-A a 17º-J e 222º-A a 222º-J do mesmo Código.



O PER foi instituído pela Lei nº 16, de 20 de abril de 2012, que inseriu os arts. 17º-A a 17º-I no CIRE. Dispunha o art. 17º-A, nº 1, na sua redação original, que o PER tinha por finalidade “permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontr[asse] em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda [fosse] suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização”.

Por ocasião da instituição do PER, o rol dos seus potenciais beneficiários foi um problema que dividiu as opiniões. CATARINA SERRA⁶⁵ defendia a sua aplicação irrestrita “a qualquer devedor, pessoa singular, pessoa colectiva, património autónomo, titular de empresa ou não, dado o silêncio da lei quanto a quaisquer requisitos”. No mesmo sentido posicionava-se LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO⁶⁶, afirmando que “ao processo de revitalização pode recorrer qualquer devedor, pessoa singular ou colectiva, independentemente de ser ou não empresário”.

Todavia, contra essas autorizadas opiniões podia-se arguir que o art. 17º-A do CIRE dirigia-se a *todo devedor* cuja situação fosse *suscetível de recuperação*. Havia, portanto, uma generalização seguida de uma restrição que reconduzia o universo dos beneficiários a uma determinada categoria, a dos devedores habilitados a pleitear a sua recuperação, que são, nos termos do art. 195º, nº 2, al. b, do Código, os empresários.

⁶⁵ SERRA, Catarina. *O Regime Português da Insolvência*, cit., p. 176.

⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, cit., p. 296.



Ainda no curso dessa controvérsia, o SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA⁶⁷ teve oportunidade de se manifestar sobre a questão e entendeu que, para além da letra da lei, a interpretação restritiva encontrava fundamentos também no objetivo anunciado pelo legislador ao instituir o PER, que foi o de “promover a revitalização ou recuperação do tecido empresarial e, assim, dos agentes económicos que nele se integram, privilegiando a manutenção dessa actividade económica, em detrimento da liquidação do seu património”. Nesta ordem de ideias, lê-se no acórdão, é difícil conceber a recuperabilidade de pessoa singular que não exerça atividade económica, à qual é inerente uma “situação patrimonial estática”, pelo que concluiu que o PER já não era, àquela altura, aplicável às pessoas singulares não comerciantes, não empresárias ou que não exerçam atividade económica por conta própria.

Em outro acórdão, a mesma Corte, apreciando incidentalmente a questão, entendeu que o PER “tem como pressuposto substantivo a recuperabilidade do devedor e visa privilegiar, sempre que possível, a *manutenção do devedor no giro comercial*, gizando-se soluções eficazes de combate ao desaparecimento e desmantelamento” (destaque do original), com referências à Exposição de Motivos da Proposta de Lei que resultou na Lei nº 16, de 20 de abril de 2012⁶⁸.

⁶⁷ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo nº 1430/15.9T8STR.E1.S1*, acórdão de 10/12/2015. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/506140dbf2f60a0180257f1c0034bd17?OpenDocument>>. Acesso em 24 fev. 2016.

⁶⁸ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo nº 414/13.6TYLSB.L1.S1*, acórdão de 25/11/2014. Disponível em



O entendimento jurisprudencial veio a ser confirmado pelas recentes alterações legislativas, promovidas por meio do Decreto-Lei nº 79, de 30 de junho de 2017⁶⁹, que, de um lado, explicitaram a destinação específica do PER para os *empresários* e, de outro, instituíram um meio de evitação da insolvência para os *não empresários*, o Processo Especial para Acordo de Pagamento.

Pelas novas regras, o PER “destina-se a permitir à empresa que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização” (Art. 17º-A, nº 1, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 79, de 30 de junho de 2017). A nova redação legal eliminou qualquer dúvida acerca do enquadramento do PER como uma figura própria do regime da *insolvência empresarial*, bem como da ampla flexibilidade dos meios adotáveis para a elaboração do *plano de recuperação*, ao qual se aplicam as regras do Título IX do CIRE, com as necessárias adaptações (Art. 17º-F, nº 7).

De outro lado, a novel figura do Processo Especial para Acordo de Pagamento surge como figura associada à *insolvência civil*, caracterizando-se como uma alternativa mais restrita oferecida aos não empresários, que não prevê um plano de recuperação, mas, como o nome revela, apenas um mero acordo de pagamentos, a ser

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3ce3b02dc28207a880257d9c003f7181?OpenDocument>>. Acesso em 24 fev. 2016.

⁶⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 79, de 30 de junho de 2017. *Diário da República*, 1ª série, n. 125. Lisboa, 30 jun. 2017.



submetido pelo devedor à aprovação dos seus credores e à posterior homologação pelo juiz. Trata-se, pois, de uma figura mais adequada ao perfil do patrimônio não empresarial, que, como já se referiu acima, não se caracteriza como um patrimônio organizado para a geração de riqueza, mas como um patrimônio estático, que só deve ser poupado da liquidação se o seu titular conseguir negociar com os credores condições mais favoráveis para o pagamento do passivo.

Postos lado a lado, os dois procedimentos especiais pré-insolvenciais repetem o paralelismo já observado na disciplina dos procedimentos insolvenciais e estabelecem no CIRE dois meios preventivos da insolvência: um, como regime especial de Direito Comercial, voltado para os empresários; outro, como regime de direito comum, outorgado aos não empresários.

Por fim, parece razoável afirmar que, ao longo de sua evolução, a insolvência civil aproximou-se da falência, aproveitando alguns elementos da estrutura processual desta, porém mantendo as suas características próprias naquilo que mais se adequava ao pequeno porte e à baixa complexidade da insolvência do não comerciante.

Marcus Vinicius Alcântara Kalil