

O Pressuposto Objectivo do Processo de Insolvência¹

NUNO MARIA PINHEIRO TORRES²

1. Considerações Iniciais

Em boa hora, a Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto organizou um ciclo de conferências dedicado ao novo Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas que, pela abrangência do programa e qualidade dos outros intervenientes, constituirá decerto um importante factor para a sua divulgação e, concomitantemente, para o seu melhor conhecimento. Na verdade, nos dias de hoje a «crise da empresa» (e das economias familiares), enquanto manifestação visível da crise económica que o nosso país atravessa, constitui – infelizmente, impõe-se acrescentar – uma das áreas mais relevantes da actividade dos tribunais e, *par consequence*, dos escritórios de advogados.

O novo regime jurídico da insolvência, recentemente entrado em vigor (a 15 de Setembro de 2004), veio «revolucionar» – a palavra não é

¹ O texto que ora se publica corresponde à comunicação apresentada nas Conferências sobre a Nova Lei da Insolvência na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica, em Outubro de 2004. Não obstante já ter decorrido mais de um ano desde que a comunicação foi proferida, optamos por publicar *qua tale* foi apresentada, sem actualização bibliográfica, ainda que num ou noutro ponto se tenham introduzido algumas alterações que resultaram de uma melhor reflexão do tema tratado. Uma palavra de agradecimento é devida quer à Dra. Joana Pereira Dias pelos comentários e sugestões formulados a uma primeira versão do texto da conferência e posteriormente à versão final, quer ao meu pai, o Dr. Carlos Maria Pinheiro Torres, pela leitura e correcção desta versão para publicação.

² Docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

excessiva – o processo concursal, ou, mais correctamente, os «processos concursais», até então aplicáveis. Hoje, concentrado num único processo preordenado à satisfação dos direitos dos credores, erigida esta assumidamente como sua finalidade única, o direito adjectivo da insolvência constrói-se em torno dessa linha de força. É toda uma filosofia que perpassa pelo *iter* processual e que se encontra subjacente aos impulsos, às opções e às decisões que determinam a sorte do património do devedor.

Uma outra linha de força do novo regime, e que cumpre aqui registar, consiste na redução do papel do juiz ao mínimo indispensável. A liquidação do património do devedor e a consequente satisfação dos créditos, no pensamento do legislador, será prosseguida de um modo mais célere e eficaz se for entregue à auto-regulação dos credores, em boa verdade todos aqueles que são directamente afectados pelo incumprimento das obrigações vencidas. A desjudicialização do processo onde foi possível, não obstante, não prescindiu da intervenção do juiz ao que estritamente releva do exercício da função jurisdicional, como se refere no preâmbulo do diploma.

Quase seria desnecessário lembrar que ainda é cedo para avaliar o impacto das novas regras concursais no tráfego jurídico. Todavia, algumas indicações estatísticas podem já ser adiantadas quanto aos primeiros 15 dias de vigência do Código. Assim, até ao dia 30 de Setembro, e quanto às pessoas colectivas, apresentaram-se à insolvência 10 (sendo 6 no Tribunal de Comércio de Lisboa) e deram entrada 53 acções instauradas por terceiros a requerer a declaração da insolvência do devedor (sendo 11 no Tribunal de Comércio de V. N. de Gaia). Quanto às pessoas singulares, uma apresentou-se voluntariamente, e deram entrada 24 requerimentos interpostos por terceiros. Até àquela data (30 de Setembro) tinham sido apenas duas as insolvências declaradas pelo juiz, ambas na sequência de apresentação pelo próprio devedor³. É patente que os dados estatísticos são ainda demasiado exíguos para retirar qualquer conclusão relevante. E, pela mesma razão da ainda brevíssima vigência do Código, não encontrei qualquer suporte jurisprudencial relativamente ao tema que aqui me cabe tratar.

³ Dados fornecidos pelo Dr. Rui Simões, Director-Adjunto do Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, uma semana antes da data da Conferência.

2. Pressuposto objectivo: situação ou situações de insolvência?

O tema da minha intervenção, na economia do novo processo concursal, situa-se a montante deste, isto é, cabe-me analisar a opção legislativa quanto ao conteúdo de um dos pressupostos – o objectivo – que desencadeia toda a tramitação subsequente: a insolvência. O pressuposto objectivo constitui, na verdade, a causa e razão de ser do regime jurídico que visa liquidar o património do devedor por forma a saldar, na medida do possível, os débitos ou, em alternativa, e se essa for a vontade dos credores, aprovar um plano de insolvência que preveja e promova a recuperação económica do devedor. O legislador dedica o art. 3.º do Código a definir a situação de insolvência, expondo nos seus quatro números, com coerência duvidosa, as hipóteses que preenchem o conceito adoptado na epígrafe.

Recorrendo a uma metáfora de um autor italiano, Giuseppe Terranova⁴, metáfora que me parece particularmente feliz neste contexto, a insolvência constitui a «patologia» que se pretende tratar, correspondendo à «terapia» os trâmites processuais predispostos pelo legislador que conduzirão à sua cura: ou a liquidação do património do devedor, lá onde a doença seja terminal, ou a aprovação de medidas de recuperação, se a cura for possível. O pressuposto objectivo, nesta análise clínica, será constituído pelo sintoma – a impossibilidade de cumprir obrigações vencidas – que faculta, conduz ou determina o diagnóstico da «patologia»: o estado de insolvência.

Como se escreve no preâmbulo do diploma, com a finalidade de simplificar a pluralidade de pressupostos objectivos, «o actual diploma assenta num único pressuposto objectivo: a insolvência». A *ratio* desta opção do legislador não deixa de levantar alguma dúvidas. Senão vejamos. Do Código anterior resultavam dois pressupostos objectivos, a saber, a insolvência e a situação económica difícil. Hoje essa dualidade foi reduzida à unidade, englobando os dois anteriores pressupostos num único conceito: a insolvência. Com efeito, este pressuposto desdobra-se em insolvência actual e insolvência iminente. No entanto, esta mutação terminológica não faz mais do que esconder sob um único conceito os dois pressupostos objectivos do Código cessante. Na verdade, a iminência da situação de insolvência não é senão um outro modo de designar a

⁴Giuseppe Terranova, *Il concetto d'insolvenza*, em *Lo Stato d'Insolvenza*, a cura di Giuseppe Terranova, G. Giappicheli Editore, Torino, 1998, pág. 1.

«situação económica difícil». O legislador ao estatuir, no n.º 4 do art. 3.º, a equiparação da situação de insolvência iminente à situação de insolvência actual, permitindo que o devedor se apresente voluntariamente à insolvência ainda antes da verificação do condicionalismo previsto no n.º 1, limita-se a modificar a rotulagem do pressuposto objectivo predecesso, sem que do ponto de vista substantivo algo de relevante se altere.

Por outro lado, a situação descrita no art. 3.º, n.º 2 (que adiante descreverei e analisarei em pormenor) pode e deve ser considerada como uma outra situação de insolvência, ao lado e distinta da situação ou estado de insolvência, tal como enunciado nos termos do n.º 1 desse mesmo preceito.

Em suma, o novo Código consagra uma pluralidade de situações de insolvência, todas caindo no âmbito do pressuposto objectivo. Se aparece como situação-base, na determinação da insolvência, a hipótese legal do «devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas», não se pode esquecer como distinta desta, também pressuposto objectivo, a situação das pessoas colectivas e dos patrimónios autónomos, nas condições do art. 3.º, n.º 2, que, como veremos, tenham um passivo manifestamente superior ao activo. Por fim, o devedor em insolvência iminente constituirá, por equiparação, a terceira situação tipificada no art. 3.º, consubstanciando igualmente o pressuposto objectivo.

3. A interpretação do n.º 1 do art. 3.º

O conceito de insolvência (actual) vem primeiramente descrito no n.º 1 do art. 3.º. Nos termos desta disposição, «encontra-se em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas».

As raízes deste preceito encontram-se na Lei alemã da insolvência de 1994 (*InsO*) e na recente Lei espanhola de Julho de 2003. A epígrafe do §17 da *InsO* refere-se a «incapacidade de pagamento» (*Zahlungsunfähigkeit*). Por seu turno, a lei espanhola contém uma formulação do pressuposto objectivo praticamente igual à que se encontra no nosso diploma. Prescreve esta última que «se encontra em estado de insolvência o devedor que não pode cumprir regularmente as suas obrigações exigíveis» (art. 2.º, n.º 2). Praticamente igual, sublinho, já que exigibilidade e venci-

mento não são conceitos jurídicos equivalentes. Por outro lado, a expressão «exigibilidade» não é unívoca, podendo significar a possibilidade de interpelação ou a possibilidade de exigência imediata da prestação. Note-se que as obrigações podem ser exigíveis mesmo no caso de ainda não se encontrarem vencidas. Pense-se, a este propósito, nos casos de exigibilidade imediata (antecipada) da prestação por perda do benefício do prazo para efeitos do disposto no art. 780.º do Código Civil (por exemplo, por não terem sido dadas ao devedor as garantias prometidas).

Impõe-se, neste momento, proceder a uma análise mais detalhada do conceito de insolvência. Consultado o dicionário no vocábulo «insolvente», pode ler-se «pessoa que não tem meios para pagar o que deve». E a entrada «insolvência»⁵ refere-se à «qualidade de insolvente», ou seja, de quem é insolvente. Esta noção corresponde aos dados normativos. Com efeito, o que releva para o «estado» de insolvência não é o incumprimento das obrigações vencidas, em si mero facto, mas antes a impossibilidade de o devedor as vir a cumprir, simplesmente porque não tem meios. Dito de outro modo, o incumprimento de uma ou mais obrigações vencidas só tem importância na estrita medida em que resulte da situação de insuficiência do activo para fazer face ao passivo (neste caso da parte do passivo vencido). O incumprimento aparece como uma manifestação externa da situação de ruína financeira. Recorrendo de novo a Giuseppe Terranova, é a impossibilidade de pagar, não o incumprimento em si, o elemento essencial da insolvência⁶.

Regressemos ao art. 3.º, n.º 1, e centremos a nossa análise no seu enunciado normativo. O legislador refere-se à impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas. Uma obrigação vencida é uma obrigação que já devia ter sido cumprida. Vencimento, como escreve o Professor Pessoa Jorge, é «o momento em que a obrigação deve ser cumprida»⁷. Ora, uma obrigação quando vencida, independentemente do modo do seu vencimento, torna-se exigível, conferindo ao credor a possibilidade de exigência imediata da prestação. Como facilmente se intui, ao vencimento da obrigação há-de acrescer a solicitação por parte do credor para que o devedor cumpra a prestação em falta. O aspecto mais importante, contudo, é a impossibilidade de cumprimento. Vencida a obrigação, o

⁵ Entradas «Insolvente» e «Insolvência» do Grande Dicionário da Língua Portuguesa de Cândido de Figueiredo, Vol. II, I-Z, 25.ª ed., Bertrand Editora, 1996, pág. 1441.

⁶ Giuseppe Terranova, *Il concetto...*, cit., pág. 4.

⁷ Cfr. Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1975-1976, pág. 282.

seu não cumprimento pode decorrer da recusa pura e simples por parte do devedor (sem curar do motivo da recusa), ou da invocação de qualquer excepção de não cumprimento (incumprimento legítimo). Nestas duas hipóteses, evidentemente, não estamos perante uma situação de insolvência. A impossibilidade afere-se, ou há-de aferir-se, consequentemente, em função da incapacidade ou impotência financeira ou patrimonial do devedor para liquidar a obrigação vencida. Daqui decorre que estamos perante uma impossibilidade de incumprimento objectiva (referido a um «*stato di facto*») e não simplesmente a um comportamento omissivo (não paga ou não cumpre)⁸.

Este conceito de insolvência não colhe os aplausos de toda a doutrina. O Professor Menezes Leitão, na breve anotação que fez ao Código da Insolvência, critica a opção legislativa. Em sua opinião é incorrecto fazer depender a insolvência do incumprimento de obrigações vencidas, avançando com o exemplo dos doentes que, por essa razão, não podem cumprir as suas obrigações⁹. Descontando o carácter esdrúxulo do exemplo invocado, sempre se dirá que a ser requerida a declaração de insolvência por um credor mais zeloso ou quiçá, sem escrúpulos, ainda assim resta a possibilidade ao devedor-doente de impugnar o pedido e demonstrar que o não cumprimento da obrigação vencida não está relacionada com carência de meios. Quando o legislador se refere à «impossibilidade de cumprir» tem em vista os casos de incumprimento por insuficiência ou inexistência de recursos financeiros ou patrimoniais na esfera do devedor. Ou porque o seu património é inexistente, ou porque não é liquidável a curto prazo, ou porque não consegue recorrer ao crédito bancário ou, pura e simplesmente, porque o valor das dívidas vencidas sobreleva o valor dos seus activos, sendo-lhe inviável satisfazer por inteiro todos os seus débitos vencidos. Com o devido respeito, não tem por isso razão o Professor Menezes Leitão na crítica que faz à opção do legislador. Reitero o que já afirmei atrás, que a essência do estado de insolvência não é o incumprimento de obrigações vencidas, mas, antes, a impossibilidade de as cumprir decorrente da ausência de meios financeiros.

Em minha opinião – e não tenho qualquer dúvida em o afirmar – a escolha do critério da «impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas», para avaliar ou determinar o estado de insolvência, não só é

⁸ Cfr. Renzo Provinciali, *Insolvenza (dir. priv.)*, Enciclopédia del Diritto, Vol. XXI, Inch-Interd, Giuffrè Editore, Milano, 1971, pág. 781.

⁹ Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *Código Insolvência e da Recuperação da Empresa Anotado*, Almedina, Coimbra, págs. 42-43.

acertada, como constitui uma significativa melhoria em relação ao regime cessante. Acresce ainda que esta opção de legislador vai de encontro às soluções que recentemente têm sido adoptadas noutros ordenamentos jurídicos europeus (refiro-me em particular aos ordenamentos espanhol e alemão, enquanto se aguarda a revisão da lei italiana que está para breve).

Como certamente se recordam, no âmbito do Código anterior, na versão introduzida pela revisão legislativa de 1998, a situação de insolvência aferia-se pelo incumprimento pontual de obrigações, em virtude de o passivo exigível ser inferior ao activo disponível. A indeterminação resultante da aplicação concreta destes conceitos de «passivo exigível» e «activo disponível» não contribuía para a definição, que se pretende o mais possível certa e inequívoca, de um pressuposto fundamental do processo de insolvência. Em nossa opinião, a definição actual assente, simplesmente, na impossibilidade financeira do devedor em solver as suas obrigações vencidas, confere ao pressuposto objectivo aquela certeza e segurança interpretativas que os comandos normativos devem conter.

Por fim, ainda no âmbito da análise desta situação de insolvência, uma última nota para recordar que a insolvência iminente é equiparada à insolvência actual (veja-se o disposto no art. 3.º, n.º 4), permitindo que o devedor se apresente voluntariamente em juízo requerendo a declaração de insolvência. Como se compreende, não é de todo imprescindível esperar pela situação irrevogável de impossibilidade definitiva de cumprimento de obrigações vencidas para desencadear o processo judicial de insolvência. Tendo consciência da sua situação patrimonial, e antecipando a insolvência que está iminente, de acordo com o seu julgamento face aos seus (ou da empresa) dados financeiros que conhece melhor que ninguém, o devedor pode, e deve, por si próprio, ou, no caso das pessoas colectivas por quem seja o seu representante, submeter *ex voluntate* um pedido de declaração de insolvência. Quanto mais cedo for detectada a situação de deficiência ou impotência financeira, seguramente mais hipóteses haverá de se conseguir o saneamento económico do devedor.

4. A interpretação dos n.ºs 2 e 3 do art. 3.º

Como alertei no início desta exposição, e ao contrário do que o preâmbulo nos faz crer, o pressuposto objectivo não se reduz, ou reconduz, unicamente

à impossibilidade de cumprir obrigações vencidas. Com efeito, o mesmo art. 3.º, no n.º 2, acrescenta uma outra situação de insolvência. Deste preceito resulta que também são consideradas insolventes as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, se «o seu passivo for manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis». Como é sabido, as normas contabilísticas actualmente aplicáveis (existe um processo de revisão e harmonização a nível comunitário, com a possível adopção de normas contabilísticas internacionais) são as regras constantes do Plano Oficial de Contabilidade e as Directrizes Contabilísticas.

É minha opinião que este normativo vem na sequência da revisão do art. 35.º do Código das Sociedades Comerciais, resultante do Decreto-Lei n.º 162/2002, ou pelo menos perfilha a mesma filosofia, e tem como finalidade perceptível expurgar do mercado as sociedades cronicamente deficitárias, ou combater aquelas que são designadas como «empresas-fantasma».

Ciente das consequências a que conduziria uma aplicação *tout court* da regra contida no n.º 2, o legislador, no n.º 3 do mesmo artigo 3.º, veio permitir que a relação puramente contabilística entre o passivo e o activo possa ser reavaliada. Esta reavaliação faz-se por um dos modos elencados nas suas várias alíneas, cessando o disposto no n.º 2 se o activo, em função de qualquer desses critérios, passar a ser superior ao passivo. Caberá, então, ao devedor demonstrar, perante a declaração de insolvência requerida por um credor ou pelo Ministério Público, que não se verifica na realidade essa desproporção contabilística que o balanço aparenta, recorrendo a um dos modos aí previstos de inverter a presunção da situação patrimonial seriamente deficitária, decorrente ou manifestada nas próprias contas de exercício. Na distribuição do ónus da prova, competirá, naturalmente, ao devedor a demonstração de que, por exemplo, o balanço não transmite a realidade da situação patrimonial da sociedade.

Referindo-me a esta possibilidade de reavaliação da situação patrimonial comungo das preocupações enunciadas, quanto às dificuldades na aplicação da lei, pelo Dr. João Labareda num colóquio realizado em Coimbra e organizado pelo Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho¹⁰. Há que esperar para ver como na prática estas regras serão aplicadas.

¹⁰ Ver João Labareda, *O novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, alguns aspectos mais controversos*, em *Miscelâneas*, n.º 2, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2004, págs. 31-35.

5. Os factos-índice do art. 20.º.

Com o pedido de declaração de insolvência intentado por quem tem legitimidade, nos termos do disposto no art. 20.º, devem ser expostos na petição os factos que integram os pressupostos da declaração requerida (art. 23.º n.º 1). Está, por isso, o autor obrigado a invocar um dos factos, do elenco taxativo previsto nas várias alíneas do n.º 1 do citado art. 20.º, a fim de justificar o pedido de insolvência.

Os indícios da insolvência, plasmados no art. 20.º, foram objecto, por comparação com a legislação anterior, de um significativo alargamento. Para além da maior precisão na definição dos indícios, o que contribui para uma maior certeza na interpretação da lei, devemos referir ainda uma outra diferença de tomo. Os factos-índice, que até então eram comumente qualificados como presunções *iuris et de iure*, na nova regulamentação constituem simplesmente presunções *iuris tantum*. A sua invocação e demonstração não desencadeia automática e inexoravelmente a situação de insolvência. É conferida ao devedor, na oposição à declaração de insolvência, a possibilidade não só de provar que não se verifica o facto-índice invocado mas, sobretudo, o que é muito mais relevante, que não obstante a verificação de um desses indícios ainda não se encontra, ou não se encontra de todo, em situação de insolvência. Em suma, constituindo presunções ilidíveis, confere-se a faculdade ao devedor, querendo, de invocar e provar a inexistência de relação causal entre algum desses indícios e a situação de insolvência.

Neste preceito são de registar, em especial, as seguintes novidades. A alínea d) que elenca como facto a «dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos». Reparem que esta situação encontra-se desligada da «impossibilidade do devedor cumprir as suas obrigações vencidas.» Assim, ainda que o devedor não tenha deixado de cumprir as obrigações à medida que estas se vão vencendo, desde que fique demonstrado algum dos factos aí referidos (prescindindo do apuramento da intenção do devedor ao promover essa delapidação patrimonial, em contraste com o disposto na alínea que cuida da fuga), pode um credor, mesmo sem o seu crédito vencido, ou o Ministério Público, promover a declaração de insolvência. Procura-se prevenir a mais que certa situação de insolvência, aferida pela conduta do devedor que dolosamente se pretende colocar em situação de não cumprir obrigações com vencimento futuro. Sublinhe-se que, neste caso, se há-de exigir que o valor relativo do património delapidado (face ao valor

dos débitos) ou a verificação reiterada de uma ou mais condutas previstas nessa alínea, assumam tal proporção ou gravidade que justifiquem o pedido de declaração de insolvência.

Do mesmo modo, a hipótese configurada na alínea e), não constava da legislação anterior. Permite que o credor exequente, após mover uma acção executiva e uma vez verificada a insuficiência dos bens do devedor, possa vir a intentar uma acção de declaração da insolvência. O percurso normal de cobrança de um crédito vencido e não satisfeito será o da acção executiva, sede onde se poderá demonstrar a inexistência na esfera do devedor de património suficiente para saldar a dívida exequenda, o que prova imediatamente a situação de insolvência, entendida esta de acordo com o sentido etimológico da palavra. Não tendo havido o cumprimento voluntário da obrigação vencida, e movido o processo executivo, veio à tona ou revelou-se a insuficiência dos bens penhoráveis do devedor, ficando por esta via demonstrado que a impossibilidade de cumprir assentou na carência de recursos.

Por fim, saliento o ponto iii) da alínea g), que permite aos trabalhadores que tenham créditos emergentes de contrato de trabalho possam requerer a declaração de insolvência do devedor-empregador, desde que se verifique um incumprimento generalizado nos últimos seis meses. A intenção do legislador, se bem vejo as coisas, vai no sentido que o incumprimento em causa seja extensivo à generalidade dos trabalhadores.

6. Situações duvidosas

Tratando-se de um Código de vigência recente, ainda não é possível determinar o exacto alcance da bondade ou sucesso da profunda reforma consumada. O eco da utilização deste instrumento normativo pelos operadores/decisores judiciais irá revelar possíveis dificuldades na sua interpretação/aplicação, assim como, eventualmente, expor eventuais fragilidades. Por outro lado, o acerto das soluções preconizadas será medido pelo impacto na actividade económica, nomeadamente pela mais célere satisfação dos interesses legítimos dos credores, pela expurgação do tecido empresarial de empresas cronicamente deficitárias ou pela intervenção mais rápida na recuperação daquelas que atravessam problemas conjunturais mas que são economicamente viáveis.

Não posso, no entanto, exclusivamente com base na análise dos elementos normativos, deixar de referir uma ou duas situações em que o regime previsto suscita ao intérprete algumas dúvidas ou inquietações.

Pela aplicação conjugada dos arts. 3.º, n.º 2, e 20.º, n.º 1, h), pode, por exemplo, uma sociedade anónima ou uma sociedade por quotas, mesmo que ainda não tenha deixado de cumprir qualquer obrigação vencida, ver-se confrontada com um pedido de declaração judicial de insolvência apresentado por um credor cujo crédito ainda não seja exigível. Basta, para tal, lançar mão na petição inicial do último balanço aprovado. Tanto mais que o art. 98.º prevê a concessão de um privilégio ao credor requerente, ainda que limitado a um quarto do montante do seu crédito com um máximo correspondente a 500 unidades de conta. Este privilégio creditório mobiliário geral atribuído ao credor mais diligente pode – é um risco meramente potencial, reconheço – provocar a apresentação de requerimentos de declaração de insolvência em situações que não o justificariam, com o impacto negativo que terá para a própria sociedade no mercado (por exemplo, quanto à concessão de crédito, ou quanto à imagem junto dos seus clientes). Tenho em vista, em particular, as sociedades de formação recente com investimentos avultados nos primeiros anos, ou, sociedades afectadas por um ano de recessão e cuja situação patrimonial deficitária é meramente transitória. Será justo, nestes casos, sujeitar as sociedades comerciais a um processo de insolvência sem que se encontrem em situação ou estado de insolvência?

Convém não esquecer que, na malha empresarial portuguesa, o número de sociedades que apresentam nas suas contas de exercício um passivo manifestamente superior ao activo, e que sobrevivem ancoradas ao crédito bancário ou, então, com recurso a suprimentos dos sócios, andarà na ordem das dezenas de milhar.

Uma outra situação que me parece ser susceptível de dúvidas interpretativas está relacionada com o regime do art. 3.º, n.º 2, na parte em que se refere à responsabilidade pessoal e ilimitada das pessoas singulares pelas dívidas das pessoas colectivas. Como vimos anteriormente, neste preceito exclui-se da hipótese legal as pessoas colectivas por cujas dívidas alguma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente. Não me parece, no plano exegético, totalmente claro o alcance do enunciado deste preceito. Uma fiança pessoal de um sócio a uma dívida societária será suficiente para excluir essa mesma sociedade do regime aí previsto? Pensemos, a título de exemplo, numa sociedade por quotas que tem uma das suas dívidas garantida por uma fiança de um dos seus sócios (por

hipótese um descoberto bancário). Estará abrangida pelo disposto neste número ou, pelo contrário, ficará fora do seu âmbito? Por outras palavras, será que a responsabilidade pessoal e ilimitada deve abranger a totalidade das dívidas da pessoa colectiva, ou pode dizer respeito apenas a alguma (ou algumas) das suas dívidas?

A leitura que faço do preceito vai no sentido de se entender que a responsabilidade da pessoa singular terá que abarcar todo o passivo da pessoa colectiva. Esta interpretação assenta no facto de a responsabilidade ser, para além de pessoal, «ilimitada». Assim sendo, excluem-se, *ipso iure*, do âmbito deste preceito as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita. Em contrapartida ficarão abrangidas todas as sociedades anónimas e todas as sociedades por quotas (sabendo que, nestas últimas, o eventual regime de responsabilidade por dívidas dos sócios, de fonte convencional, é sempre limitado a certo valor). Terá sido essa a intenção do legislador?

7. Conclusões

Nesta nova regulamentação do direito da insolvência, ainda de vigência recente, prevê-se quanto ao pressuposto objectivo – a insolvência – um regime assente em duas situações distintas:

- a) aquela que resulta do estado ou situação de insolvência em virtude da impossibilidade (financeira) do devedor em cumprir as suas obrigações vencidas; e
- b) aquela que assenta no desfasamento do passivo (manifestamente superior) em relação ao activo das pessoas colectivas ou patrimónios autónomos por cujas dívidas não responda pessoal e ilimitadamente nenhuma pessoa singular. Nesta hipótese verdadeiramente não estamos perante um estado de insolvência do devedor (incapacidade de pagar dívidas vencidas), embora possa vir a ser declarado insolvente (se tal relação activo/passivo não for invertida com base numa das três hipóteses previstas de reavaliação).

Ao lado destas duas situações, invocáveis pelo credor ou Ministério Público, o legislador equiparou à insolvência actual, para efeitos de desencadear o processo concursal, a insolvência meramente iminente,

embora, apenas invocável pelo próprio devedor ou por quem o representante.

O aspecto fundamental caracterizador do estado ou situação de insolvência não é só o incumprimento das obrigações vencidas, em si um mero facto, mas antes a impossibilidade de as cumprir decorrente da falta ou insuficiência de meios financeiros. O incumprimento pode constituir, ou não, a manifestação externa dessa impotência financeira.

Estamos perante um bom Código? As soluções legislativas (não há leis perfeitas) decorrem sempre de uma ponderação de valores e implicam sempre opções. Ainda assim posso dizer que, apesar de eventuais aspectos controversos ou situações duvidosas que possam ser apontadas ao novo Código, o regime que dela resulta é francamente melhor que o previsto na legislação que o precedeu.

Será necessário aguardar o teste da realidade, isto é, verificar como as soluções contidas nas normas analisadas irão funcionar em concreto. Provavelmente o que constitui na minha leitura uma dúvida ou aspecto controverso pode, na prática, não suscitar qualquer problema. Ao invés, normas que me parecem de interpretação pacífica podem vir a confrontar-se com as maiores dificuldades de execução. O tempo o dirá.

Termino com uma nota que poderia ser de humor, não fosse estarmos perante uma «lei» que afecta o destino patrimonial e jurídico de devedores, pessoas singulares e colectivas, para referir que este é o primeiro Código – pelo menos que eu conheça – que após a sua publicação (em Março) foi objecto de um processo de revisão (em Agosto) ainda antes da sua entrada em vigor (em Setembro). É caso para afirmar, retomando a metáfora de Giuseppe Terranova, que o próprio Código apresentando sintomas de malformações congénitas sofreu uma intervenção cirúrgica (preventiva) ainda antes do seu nascimento, durante o período de gestação (ou da *vacatio legis*). Espero que o diagnóstico tenha sido correcto e que não nasça torto, porque, invocando a sabedoria popular, o que nasce torto jamais se endireita.

Muito obrigado pela vossa atenção.