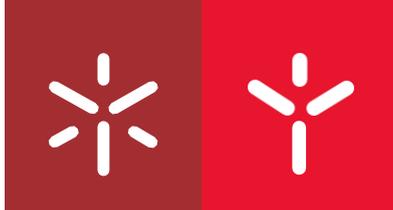


Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Lisandra Pereira dos Santos

O Princípio do Contraditório no Processo de Insolvência



Universidade do Minho
Escola de Direito

Jéssica Lisandra Pereira dos Santos

O Princípio do Contraditório no Processo de Insolvência

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação do
Prof. Doutor Marco Carvalho Gonçalves

Janeiro de 2022

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



AtribuiçãoCC

BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Neste espaço reservam-se poucas, mas sentidas palavras, de agradecimento àqueles que de alguma forma contribuíram para a realização da presente dissertação.

Ao Exmo. Sr. Professor Doutor Marco Carvalho Gonçalves, pela honra de ter sido sua aluna, a quem devo agradecer os ensinamentos transmitidos ao longo das aulas, que me incentivaram na realização da presente dissertação.

À Escola de Direito da Universidade do Minho, por me ter acolhido como aluna de Mestrado.

Ao meu marido e ao meu filho, não só pelo apoio e amor incondicional, mas pelo tempo que estiveram privados de mim para a realização desta dissertação.

Ao meu avô que, se cá estivesse, seria a pessoa mais orgulhosa. A ele que me ensinou todos os valores e princípios que me guiarão por toda a vida e que, por isso mesmo, todos os dias está comigo em cada passo que dou.

À minha avó que todos os dias me ensina o verdadeiro significado de resiliência.

Aos meus pais, pela vida e por me ajudarem a crescer.

À Ana e a Sofia, amigas de sempre, que nos meus momentos de incerteza me incentivam a seguir em frente, sem medos.

À Carina Batoca, uma amizade que a frequência neste mestrado me trouxe, e que pretendo levar pela vida. Alguém que, com muita paciência, todos os dias me apoia na minha vida académica e profissional.

À Dr^a. Ana Carolina Cordeiro, a quem recorro com frequência nos meus momentos de dúvidas e incertezas, e que prontamente me apoia. É para mim um exemplo a seguir de profissionalismo e de solidariedade com quem recentemente ingressa nesta vida da advocacia, a quem serei eternamente grata.

Aos advogados da sociedade Santos, Maia, Marques & Moreira, os quatro patronos na minha etapa de vida enquanto advogada estagiária, a quem devo um enorme agradecimento que, obrigatoriamente, deverá ser feito a título individual:

Ao Dr. Rui Jorge Santos, que me ensinou que a humildade e companheirismo devem ser princípios basilares em todas as áreas.

Ao Dr. Carlos Maia, modelo de serenidade e assertividade que tanto almejo.

Ao Dr. César Marques, pela prontidão e palavras certas nos momentos exatos, sempre com um bom-

humor característico.

Ao Dr. Pedro Moreira, pelos ensinamentos muito além do esperado e por me contagiar pelo gosto por esta profissão.

A minha Paulinha, administrativa da SMMM, que é, sem margem de dúvida, a pessoa mais meiga e atenciosa que conheço, e que foi um ombro amigo sempre que precisei.

Por fim, aos amigos e aos demais que acompanham o meu percurso, e, de uma forma ou outra, contribuíram para a pessoa que sou hoje.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

A presente dissertação dedica-se ao estudo do princípio do contraditório no processo de insolvência, nomeadamente da sua consagração legal e em especial as especificidades e requisitos para a possibilidade do seu afastamento em prol de outros interesses processuais.

Como tal, não poderíamos deixar de levar a cabo uma análise comparativa no âmbito do processo de insolvência e do processo civil, fazendo alusão às providências cautelares como mecanismo idóneo a utilizar.

Este trabalho de investigação encontra-se dividido em cinco partes distintas:

Uma primeira parte, correspondente ao Capítulo I, centrada na evolução histórico legislativa do processo de insolvência até a atualidade, a par com a sua conexão com outros ramos do direito.

Uma segunda parte, correspondente ao Capítulo II, onde se pretende atender concretamente ao princípio do contraditório no processo de insolvência, em referência com a sua imposição na estrutura processual iniciando o paralelismo com o processo civil.

Uma terceira parte, correspondente ao Capítulo III, centrada na possibilidade de dispensa de audiência do devedor, com um enfoque e análise especial no artigo 12º do CIRE, sempre com o intuito de proceder a uma análise crítica e jurisprudencial do normativo legal.

Uma quarta parte, correspondente ao Capítulo IV, onde, chamamos à colação o processo civil, nomeadamente a previsão e aplicabilidade das providências cautelares ao processo de insolvência.

Finalizaremos com o Capítulo V, onde se pretende proceder a reflexão da figura do princípio do contraditório como garantia constitucionalmente consagrada, em inquestionável confronto com o princípio da celeridade processual, terminando com uma análise crítica das medidas adotadas (e a adotar) para dirimir a supressão a este direito de defesa.

Palavras-Chave: Princípio do contraditório – Processo de insolvência -Providência Cautelares

THE CONTRADICTORY PRINCIPLE IN THE INSOLVENCY PROCESS

The present investigation is dedicated to the study of the contradictory principle in the insolvency process, namely its legal consecration and, in particular, the specificities and requirements for the possibility of its removal in favor of other procedural interests.

As such, we could not fail to carry out a comparative analysis in the scope of insolvency proceedings and civil proceedings, alluding to interim measures as an alternative.

This research work is divided into five distinct parts:

A first part, corresponding to Chapter I, centered on the historical legislative evolution of the insolvency process to the present day, along with its connection with other branches of law.

A second part, corresponding to Chapter II, where one intends to concretely attend to the contradictory principle in the insolvency process, in reference to its imposition in the procedural structure, starting the parallelism with the civil process.

A third part, corresponding to Chapter III, focuses on possibility of waiver of the debtor's hearing, with a special focus and analysis in article 12 of the CIRE, always with the aim of carrying out a critical and jurisprudential analysis of the legal regulations.

A fourth part, corresponding to Chapter IV, where, again, we call the civil procedure collation, namely the provision and applicability of interim measures to the insolvency process.

Finishing with Chapter V, where the intention is to reflect on the figure of the contradictory principle as a constitutionally enshrined guarantee, in unquestionable confrontation with the principle of procedural celerity, ending with a critical analysis of the measures adopted (and to be adopted) to resolve the suppression of this right of defense.

Key words: Contradictory principle - Insolvency proceedings - Interim measures

ÍNDICE

ABREVIATURAS	VII
INTRODUÇÃO	13
Capítulo I - O Processo de Insolvência	14
1. Breves considerações histórico-legais.....	14
2. Conexão com outros ramos de direito	20
3. O Processo de Insolvência atual.....	21
Capítulo II- O Princípio do Contraditório no Processo de Insolvência.....	25
1. Breve referência aos Princípios orientadores do Processo de Insolvência	25
2. O Princípio do Contraditório.....	26
2.1. O princípio do contraditório e a estrutura processual	28
2.2. A distinção do regime processual previsto no Processo Civil	30
CAPÍTULO III – Dispensa de audiência do devedor	32
1. O artigo 12º do CIRE.....	32
2. Situações legitimadoras da dispensa - em especial na citação	34
2.1. Audição dos representantes ou parentes do devedor	39
2.2. Aplicabilidade do art. 12º, nº 3, do CIRE.....	41
3- A dispensa da audiência do devedor na audiência de discussão e julgamento.....	43
CAPÍTULO IV - Providências Cautelares - Uma alternativa a considerar?	47
1. O conceito	47
2. As Providências Cautelares e o Processo de Insolvência	48
2.1. Pressupostos.....	49
2.2. A nomeação de um administrador judicial provisório	51
2.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 675/2018.....	52

2.3.	O Arresto.....	54
2.4.	Cessação das providências cautelares	56
CAPÍTULO V - A garantia constitucional � tutela jurisdiccional efetiva		58
1.	Considera�es iniciais.....	58
2.	A compatibiliza�o (ou não) com o previsto no instituto da insolvência.....	61
CONCLUSÕES		63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		67
JURISPRUDÊNCIA		68

ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

Cit. – Citação

Cfr. – Conferir

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

DL – Decreto-Lei

Ed. – Edição

E.g. – *Exempli gratia*

i.e. – isto é

Nº - Número

op. cit. – Obra Citada

Pág. – Página

PER – Processo Especial de Revitalização

Proc. – Processo

Prof. – Professor

ss. – seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

vol. – volume

“O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva”

Rudolf von Ihering

INTRODUÇÃO

Com a elaboração da presente dissertação, pretende-se expor e analisar criticamente o princípio do contraditório no seio do processo de insolvência, socorrendo-nos, na medida do escassamente existente, de posições doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito desta matéria.

Neste sentido, e numa tentativa de compreender o contexto em que a possibilidade de dispensa da audiência do devedor surge e se insere, far-se-á, antes de mais, um estudo da evolução histórica do processo de insolvência até a atualidade, entrando, após, na análise concreta aos princípios orientadores do processo de Insolvência.

Não obstante, importa aprofundar a interpretação ao artigo 12º do CIRE, nomeadamente, as situações legitimadoras da dispensa de audiência do devedor e em que momento processual tal poderá ser decretado, que justifiquem assim a necessidade da sua previsão.

Inevitável será fazer o paralelismo com o processo civil, quer por imposição de aplicação subsidiária do mesmo através do próprio CIRE, quer pela abrangência de conceitos e figuras comuns entre o processo de insolvência e o processo civil.

Em consonância com o referido estudo, tentaremos apresentar alternativas que salvaguardem os interesses dos credores sem descurar do direito ao contraditório do devedor constitucionalmente consagrado, nomeadamente, atentaremos a possibilidade e relevância da aplicação das providências cautelares ao processo de insolvência.

Destarte, o verdadeiro desafio da presente dissertação será concluir pela consonância (ou não) dos dois direitos aqui em crise: o direito ao contraditório e o direito a um processo célere de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil.

Capítulo I - O Processo de Insolvência

1. Breves considerações histórico-legais

Num ciclo económico onde múltiplos agentes atuam entre si no tráfego comercial, tudo funciona sem problemas se todos cumprirem as suas obrigações. O problema coloca-se quando um dos agentes deste ciclo económico entra em colapso e, concludentemente, repercute em outros agentes a consequência da sua situação.

De seguida, de uma forma sintética, abordaremos a evolução legislativa do processo de insolvência em Portugal, salientando, a nosso ver, as principais referências legislativas deste instituto para compreendermos como eram vistos os atualmente designados *insolventes* e quais as preocupações do ordenamento jurídico à época, na resolução (ou não) desta condição do devedor.

Assim, nos finais do século XVI, com as Ordenações Filipinas¹ vigorava no seu título LXVI do seu livro V o instituto da *quebra* dos comerciantes². A aplicação deste termo surgiu em referência à atuação dos comerciantes porquanto quando um deles desaparecia com os bens e com o dinheiro, os outros como castigo quebravam fisicamente a banca daquele.

A pena aplicada a estes sujeitos era a pena de morte, tal forma era a insolvência tida como um verdadeiro ato criminoso. Caso não fosse possível condená-lo à pena de morte, por exemplo por falta de prova, a pena aplicada seria o degredo, ou seja, o comerciante não podia mais voltar a comercializar. Por sua vez, quem ajudasse o comerciante a esconder os seus bens ou a fugir, incorria no mesmo crime e tornava-se também ele devedor. Tratava-se de uma verdadeira morte jurídica para o mercador sem possibilidade de recuperação.

Estávamos, portanto, num sistema de falência – liquidação.³

O Código Comercial em 1833⁴, de Ferreira Borges, traz consigo o instituto da Falência. Este considerava em situação de falência aquele que não tinha capacidade de pagar os seus

¹ LIVRO 5 TIT. 66: *Dos mercadores que quebram. E dos que se levantam com fazenda alheia*. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1214.htm>>. Acedido em 04-08-2020.

² Termo este que vigorou até finais do século XX.

³ Que, como veremos adiante, permanecerá em vigor no nosso ordenamento jurídico até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1961 até 2004, onde vigorou o sistema falência – saneamento e, após esta pausa, retornaremos ao sistema falência – liquidação com o atual CIRE.

⁴ PORTUGAL. *Código Commercial*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1833. Disponível para consulta em <<https://books.google.pt/books?id=SoVhAAAACAAJ&dq=c%C3%B3digo%20commercial%20portuguez&hl=pt-PT&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em 04-08-2020.

compromissos. Era aplicável apenas a comerciantes, pois, para os devedores não comerciantes, a solução passaria apenas as ações e execuções individuais.

Caso alguém estivesse em *quebra* a consequência seria a apreensão de bens, a perseguição e a apreensão dos livros. Apreendidos os bens, estes seriam distribuídos pelos credores. Nesta altura, já se previa a possibilidade da concordata entre os devedores e credores, e podendo a falência ser classificada como fortuita ou fraudulenta⁵.

Em 1888⁶, surge o Código Comercial de Veiga Beirão, o qual vem prever a hipótese de a falência ser requerida pelo credor ou devedor, mas mantém o sistema de liquidação: apreensão dos bens para consequente venda. Já previa também a eventualidade de nomeação de um administrador, assim como a possibilidade de reabilitação se a insolvência fosse fortuita.

O Código das Falências surge em 1899 e traz como novidade a presunção do estado de falência em virtude da falta de pagamentos. Eram fundamentos para o estado de insolvência a fuga do devedor, mas também a insuficiência do ativo e, neste caso, a sua audição era necessária para a declaração de falência.

Este código veio, por sua vez, estabelecer um conjunto de índices quanto à insolvência do devedor, impedindo ainda qualquer moratória. Conceder mais tempo para pagar era sinónimo de conceder mais tempo para dissipar património. O procedimento a seguir deveria ser encerrar contas, apreender património, vender e entregar o dinheiro resultante da venda aos credores.

Em 1905, surge a junção de dois diplomas: a republicação do Código de Processo Comercial de 1885 e o Código das Falências de 1899. No entanto, não surgiram alterações significativas, mantendo-se o mesmo regime.

Em 1932, é criado o DL n.º 21758, de 22 de outubro de 1932⁷, que traz consigo a aplicação, pela primeira vez, de um processo de insolvência a devedores não comerciantes, incluindo assim as sociedades civis. O fundamento seria o passivo ser inferior ao ativo, estabelecendo ainda este diploma duas presunções: se houvesse alguém que tivesse contra o devedor duas ações executivas não embargadas, ou se houvesse alguém que tivesse contra o

⁵ Classificação esta que em nada nos é estranha e que ainda hoje vigora no nosso ordenamento jurídico como ação declarativa de incidente de qualificação de insolvência que corre termos apenas a ação principal de insolvência.

⁶ Através de Carta de Lei - Diário do Governo n.º 203/1888, Série I de 1888-09-06.

⁷ Diário do Governo n.º 248/1932, Série I de 1932-10-22. Disponível para consulta em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/598891/details/maximized?filterEnd=1932-12-31&filterStart=1932-01-01&q=1932&print_preview=print-preview&fq=1932&perPage=50>. Acedido em 04-08-2020.

devedor um arresto e na oposição não alegasse o devedor a existência de bens seria possível de imediato requerer a insolvência.

Nesta altura, a preocupação versava sobre o facto de o devedor se apresentar à insolvência tardiamente, i.e., ao estabelecer estas presunções os credores podiam pedir a falência para a situação não se deteriorar.

Este diploma referia ainda a hipótese da aplicação do instituto de falência culposa, nos casos em que o devedor perdesse dinheiro em jogos de fortuna ou azar.

As alterações legislativas eram uma constante e, em consequência, pouco tempo depois, em 1935, o legislador aprovou o Código das Falências⁸, com grandes críticas ao regime anterior pela sua morosidade, que, diziam, originaria que os devedores conseguissem dissipar todos os seus bens antes de a falência ser decretada e, desta forma, os credores pouco ou nada recebiam.

Neste regime, o critério de falência passou a ser a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações. O legislador vem adotar um modelo onde o que não é possível recuperar deve ser eliminado. O que for possível recuperar é recuperável, o que poderia ser feito através de concordata ou de moratórias.

O código estabelece também algumas presunções de insolvência: se deixasse de pagar, se fugisse, se dissipasse património e ainda se o passivo fosse superior ao ativo, poderia ser declarado insolvente.

É ainda um diploma marcado por uma forte componente penal. A título de exemplo, o indivíduo considerado em situação de falência estava obrigado a prestar termo de identidade e residência.

Novamente, outra alteração legislativa, desta vez em 1939, com o Código de Processo Civil⁹, que traz na sua compilação o Código das Falências. Operava a distinção entre os institutos de falência e de insolvência. A primeira seria aplicada a comerciantes, quer em regime de sociedade, quer em nome individual, enquanto a segunda mantinha a sua aplicação aos devedores não comerciais, quer coletivos quer singulares.

Até aqui, vigorava o sistema de falência – liquidação. Em 1961, com o Código de Processo

⁸ Diário do Governo n.º 248/1935, Série I de 1935-10-26. Disponível para consulta em <<https://dre.pt/application/file/536738>>. Acedido em 04-08-2020.

⁹ Diário do Governo n.º 123/1939, Série I de 1939-05-28. Disponível para consulta em <<https://dre.pt/application/file/198191>>. Acedido em 04-08-2020.

Civil¹⁰, inverte-se esta lógica porquanto a prioridade não será a liquidação, mas sim a recuperação. Estaremos então perante um sistema de falência - saneamento. Só se não se mostrar possível a recuperação, é que se passará a liquidação.

A apresentação do comerciante devedor era entendida como uma tentativa de conciliação com os credores. Assim, dava-se prioridade à concordata ou ao acordo de credores. O legislador entendia que era preferível o acordo ao invés das vendas em desbarato que se faziam, e que originavam morosidade, litígios e custas de administração que consumiam uma parte significativa dos valores obtidos com as vendas.

Se não fosse possível o acordo de credores ou a concordata, aí sim, seria declarada a falência e passaríamos à liquidação. Se fosse possível, as execuções e cobranças ficavam suspensas e, caso se optasse pelo acordo de credores, seria constituída uma nova sociedade por esses mesmos credores que ficariam a administrar a sociedade e a controlar a atividade do devedor.

Apesar de, academicamente, poder ser entendida como uma boa solução, na prática, este regime falhou. Aos credores não agradava a obrigação de administrar outra sociedade. Simplesmente, queriam ver os seus créditos satisfeitos o mais célere possível.

No período posterior ao 25 de abril, foi publicado o Decreto-Lei n.º 864/76, de 23 de dezembro¹¹, que previa a possibilidade de a empresa ser declarada em situação económica difícil. Ao serem declaradas em crise económica, as empresas estariam isentas do cumprimento de obrigações laborais durante um período limitado.

No ano seguinte, é publicado o Decreto-Lei n.º 124/77, de 1 de abril¹², que vem deferir a possibilidade de as empresas nestas situações celebrarem contratos de viabilização com instituições de crédito. Este normativo previu também a criação de um fundo de compensação destinado à cobertura de prejuízos que pudessem resultar dos referidos contratos, impedindo a possibilidade de ser declarada a falência enquanto estes estavam vigentes.

¹⁰ Diário do Governo n.º 299/1961, 1º Suplemento, Série I de 1961-12-28. Disponível para consulta em <[https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/437383/details/normal?q=Decreto Lei+n.%C2%BA%C2%A044129+de+28-12-1961](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/437383/details/normal?q=Decreto+Lei+n.%C2%BA%C2%A044129+de+28-12-1961)>. Acedido em 04-08-2020.

¹¹ Diário da República n.º 298/1976, Série I de 1976-12-23. Disponível para consulta em <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/search/407679/details/maximized?perPage=100&sort=whenSearchable&q=C onstitui%C3%A7%C3%A3o+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa&sortOrder=ASC>>. Acedido em 04-08-2020.

¹² Diário da República n.º 77/1977, Série I de 1977-04-01. Disponível para consulta em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/139729/details/maximized>>. Acedido em 04-08-2020.

Em 1993, com o Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril¹³, é aprovado o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência.

Este diploma traz consigo um regime único aplicado quer a comerciantes, quer a não comerciantes, abolindo-se assim a distinção que anteriormente era feita entre falência e insolvência. Falência será o único termo a ser utilizado.

O devedor que não fosse titular de uma empresa, isto é, o devedor pessoa singular poderia ser declarado falido, mas não poderia beneficiar do processo de recuperação.

O critério para ser declarada a falência seria a empresa encontrar-se impossibilitada de cumprir pontualmente com as suas obrigações. A acrescer à concordata, ao acordo de credores e à gestão controlada, surge uma nova medida, a reestruturação financeira.

A reestruturação financeira consistia em providências a adotar pelos credores de forma que o seu ativo fosse superior ao passivo, com a existência de um fundo de maneiço positivo. Os credores eram convocados para uma assembleia e decidiam se a recuperação era ou não viável, assim como a adoção de uma das medidas *supra* elencadas. Ao decidir-se pela negativa, a falência era decretada.

O CPEREF sofreu uma revisão pelo Decreto-Lei n.º 315/18, de 20 de outubro, que reformulou o critério para ser declarada a falência. Para além de os devedores deverem estar em situação de impossibilidade de cumprir de forma pontual com as suas obrigações, esta impossibilidade só seria originada se o seu ativo disponível fosse insuficiente para satisfazer o passivo exigível.

Em simultâneo, surge o Decreto-Lei n.º 316/98, de 20 de outubro, que cria um procedimento administrativo, com vista à recuperação de empresas, designado de “procedimento de conciliação”. Para a aplicabilidade deste instituto, deveria ser requerida pela empresa ou pelo credor, junto do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais, que fosse mediado por estes, uma tentativa de acordo entre a empresa e os credores.

Após todas estas alterações no ordenamento jurídico português sobre o instituto, processo

¹³ Diário da República n.º 77/1977, Série I de 1977-04-01. Todas as versões do diploma disponíveis em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=106&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=>>. Acedido em 04-08-2020.

e procedimento da falência, surge, com o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março¹⁴, o nosso Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, atualmente vigente.

Com uma clara inspiração provinda do Código de Insolvência Alemão e da *Ley Concursal* Espanhola¹⁵, e depois da apresentação de diversos trabalhos preparatórios, tendo mesmo sido alterado e republicado antes da sua entrada em vigor, este diploma legal inverte a lógica da recuperação, adotando novamente o sistema falência-liquidação: a recuperação da empresa torna-se um mero instrumento¹⁶, enquanto a satisfação dos credores é o objetivo principal¹⁷.

É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas¹⁸.

Numa época em que a crise económica e financeira assolava o país, houve um elevado aumento das insolvências e, com a celebração do Memorando de Entendimento entre o nosso país e o FMI, a Comissão Europeia e o BCE, surge a revisão do CIRE com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. Traz-nos novamente a ideia de recuperação com a introdução do Processo Especial de Revitalização – que viria a ser reformulado pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho –, limitando a sua aplicação a empresas, sendo criado para os devedores não comerciantes o Processo Especial de Acordo de Pagamentos.

Foi reformulado o já referido procedimento de conciliação junto do IAPMEI, criando assim o Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (este veio mesmo a ser revogado pela Lei n.º 8/2018, de 2 de março, com a criação do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, que permite a negociação do devedor com os credores através da celebração de um protocolo de negociações).

Com a referida revisão de 2012, o CIRE alterou o seu paradigma: passaríamos a ter como objetivo principal a recuperação da empresa em estado de insolvência iminente, afastando a

¹⁴Diário da República n.º 66/2004, Série I-A de 2004-03-18. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=85&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=>>. Acedido em 04-08-2020.

¹⁵ Como refere o próprio preâmbulo do Decreto-Lei.

¹⁶ *Vide*, neste sentido, MENEZES DE LEITÃO, Luís, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2018. Pág. 48.

¹⁷ No entendimento de MENEZES DE LEITÃO, existiu um aumento dos poderes de decisão dos credores, tendo sido fortemente diminuída a intervenção do tribunal. Contudo, tal não contribuiu para a celeridade processual e muito menos para libertar os tribunais, ao contrário, originou mais morosidade pela necessidade da convocação da assembleia de credores para a aprovação do plano de insolvência. Cfr. Luís Menezes de Leitão, *Direito da Insolvência*, 9ª Edição, Almedina, 2019. Pág. 77 e 78.

¹⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 3º do CIRE.

liquidação para objetivo secundário utilizado como forma de sanar a economia de agentes económicos que já não geravam riquezas.

2. Conexão com outros ramos de direito

Aqui chegados, estaremos aptos a afirmar que o processo de insolvência não se cinge apenas à sua conexão com o direito comercial. De facto, durante vários anos, esteve incorporado no Código de Processo Civil e, mesmo após um período a vigorar em diploma autónomo, veio a regressar à compilação do processo civil, mas mantendo várias regulamentações em decretos de lei autónomos. Só alcançaria, novamente, a sua autonomia e desvinculação com o processo civil com a entrada em vigor do CPEREF.

O processo de insolvência está intrinsecamente ligado a grandes áreas do direito civil¹⁹, seja, *e.g.*, por aplicação do instituto da responsabilidade civil dos administradores, seja pelas obrigações contratuais a que os sócios e os administradores estão vinculados, onde seremos, em algum momento, obrigados a socorrer-nos a matérias do Direito das Obrigações.

Estando na vertente comercial, com a atuação de agentes económicos singulares ou coletivos, seja pelas relações que se estabelecem, seja pela sua própria natureza jurídica, estaremos sempre, inevitavelmente, interrelacionados com o Direito das Sociedades.

Já se estivermos perante um quadro de insolvência de uma sociedade que possua trabalhadores, devemos sempre chamar a colação o Direito do Trabalho, apesar de o CIRE, já tutelar os interesses destes credores, graduados como privilegiados, e legitimá-los a uma posição ativa no processo²⁰.

No entanto, também haverá de se tornar necessário a relação com o direito público, como será o caso, do direito penal.

Neste âmbito, havemos de o invocar, mas não necessariamente, quando nos encontrarmos na denominada fase de qualificação de insolvência²¹. O nosso Código Penal, nos seus artigos 227º a 229º, vem regular os crimes contra direitos patrimoniais, crimes estes quando

¹⁹ Veja-se o artigo 17º do CIRE que nos remete para a aplicação subsidiária do Código do Processo Civil.

²⁰ Cfr. artigos 17º-H nº2, 26º nº1, 37º nº2, 55º nº4, 66º nº3, 72º nº6, 75º nº3, 84º, 156º nº1, 193º nº3, 208º e 222º-H nº2.

²¹ Cfr. Artigo 185º e ss do CIRE.

a insolvência seja qualificada como dolosa ou negligente, ou, ainda, quando haja ocorrido um indevido favorecimento de credores.

Estaremos aqui perante os denominados crimes insolvenciais: o bem jurídico que se pretende proteger será o património dos credores e, em princípio, o agente será o devedor, exceto no caso das pessoas coletivas que, não sendo suscetíveis de responsabilidade criminal²², virão a responder por estas, os seus administradores de direito ou de facto, lembrando ainda que, nos termos do artigo 227º do CP, também um terceiro que atue com conhecimento ou em benefício do devedor, pode ser responsabilizado criminalmente.

3. O Processo de Insolvência atual

Decorrida esta concretização histórico-legislativa e a devida referência à conexão da insolvência com outros ramos de direito, importa agora fazer uma referência ao processo de insolvência propriamente dito, i.e., aos atos e formalidades que este segue atualmente.

ADELAIDE MENEZES LEITÃO refere: “O Direito de Insolvência moderno, emancipado dos quadros do Direito Comercial, compreende no seu núcleo essencial duas áreas bastantes distintas: a recuperação empresarial e a liquidação do património²³.”

Sendo o processo de insolvência um processo de execução universal, que tem como finalidade a satisfação dos credores, assim como um processo que goza do carácter urgente²⁴ e como tal deverá ser célere, terá de existir um plano de insolvência baseado na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores²⁵.

Com a introdução do regime do Processo Especial de Revitalização no CIRE, através da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, a satisfação dos direitos dos credores cedeu o lugar privilegiado que vinha ocupando à possibilidade de recuperação ou revitalização do devedor, em detrimento da figura da sua liquidação.

Estaremos assim perante duas soluções: a liquidação do património do insolvente e a consequente venda e repartição do produto da venda pelos credores, ou, podem os credores optar

²² Cfr. Artigo 11º do CP.

²³ Cit. LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito da Insolvência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017. Pág. 50.

²⁴ Cfr. artigo 9º CIRE.

²⁵ Assim dispõe o artigo 1º do CIRE.

por aprovar um plano de insolvência com o objetivo de recuperar a empresa.

Para iniciar o processo de insolvência, deverá escolher-se um de dois caminhos: a apresentação do devedor à insolvência (art. 18º CIRE) ou o pedido de insolvência do devedor a requerimento do credor (art. 20º CIRE).

De facto, uma vez mais assistimos à vinculação do processo de insolvência à celeridade.

Nos termos do art. 27º do CIRE, está o juiz adstrito a um prazo de apreciação liminar do pedido de declaração de insolvência bastante diminuto, devendo este, no próprio dia da distribuição, ou, não sendo tal viável, até ao 3.º dia útil subsequente, proferir despacho de indeferimento liminar do pedido, quando se trate de pedido manifestamente improcedente, ou quando ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis que o juiz deva conhecer officiosamente.

Isto sucederá quando não estejam preenchidos todos os requisitos legais ou quando falte documentação necessária para instruir o pedido. A distinção estará, seguramente, no facto de se tratar, ou não, de um vício sanável, e, se o for, o juiz concederá um prazo de 5 dias para a correção desses vícios.

Assim, se for o devedor a apresentar-se a insolvência, será proferida sentença que declarará a insolvência ou que a indefere, nesse mesmo prazo de 3 dias úteis após a distribuição da petição inicial, ou, após os suprimentos, caso tenha havido lugar a estes²⁶.

Já se a insolvência tiver sido requerida por um credor, ocorrerá a citação do devedor, nesse mesmo prazo, onde este será informado da possibilidade de deduzir oposição no prazo de 10 dias, bem como dos seus direitos e deveres no processo.

Ora, nos termos do disposto nos arts. 29º nº1 e 31º nº3 do CIRE, previamente à citação do devedor, poderá haver lugar a decretação de uma medida cautelar, quando tal seja indispensável para não pôr em perigo o seu efeito útil, mas, sempre que tal não implique que a citação seja retardada mais de 10 dias comparativamente ao prazo que de outro modo intercederia²⁷.

Quando haja lugar à oposição do devedor, ou quando a sua audiência haja sido dispensada, é marcada audiência de discussão e julgamento para um dos cinco dias

²⁶ Art. 28º CIRE.

²⁷ *Infra*, melhor analisaremos.

subsequentes.

Assim, estaremos perante um litígio entre o requerente e o devedor que se desenrola nos termos idênticos ao processo declarativo comum.

Só após a declaração da insolvência é que o processo de insolvência assumirá o seu carácter universal, chamando todos os credores a intervir. Até esse momento, restringe-se à discussão da existência, ou não, da situação da insolvência, entre o requerente do pedido e o devedor.

A sentença deverá ser proferida no imediato ou, não sendo possível, no prazo de cinco dias.

Existe a possibilidade de o juiz concluir que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, i.e., o património do devedor será inferior a 5000 mil euros e, não estando essa satisfação por outra forma garantida, faz menção desse facto na sentença de declaração da insolvência.

Não havendo sido requerido o complemento da sentença por qualquer interessado, o processo de insolvência é declarado findo logo que a sentença transite em julgado.

Da sentença que declare a insolvência ou a indefira poderá vir a ser apresentado recurso da sentença ou embargos à insolvência.

Na sentença de declaração de insolvência com carácter pleno, o juiz designará a data para a assembleia de credores reunir e apreciar o relatório do administrador de insolvência ou prescindirá da mesma.

Poderá surgir por apenso a ação principal o incidente de verificação e graduação de créditos, que se iniciará com a reclamação de créditos pelos credores.

O nosso ordenamento jurídico prevê uma hierarquia de pagamentos que coloca de lado o princípio da igualdade dos credores.

Assim, existem classes de credores que irão ter privilégios diferentes aquando o pagamento, , devendo ser seguida a presente ordem: em 1º lugar serão pagos os créditos garantidos, que beneficiam de garantias reais como a hipoteca, o penhor e os privilégios creditórios especiais; em 2º lugar estarão os créditos privilegiados que englobam os créditos de quem

beneficia de privilégios creditórios gerais sobre a generalidade dos bens do devedor; em 3º lugar os créditos comuns, englobar-se-á aqui institutos como a fiança, o aval, a hipoteca judicial o arresto e a penhora e; por fim, em 4º lugar, estarão os créditos subordinados, i.e., as pessoas especialmente relacionadas com o devedor, como exemplo vejamos os suprimentos detidos pelos sócios nas sociedades por quotas.

A assembleia de credores poderá ocorrer ou ser dispensada, de todo o modo, 45 dias após proferida a sentença de declaração de insolvência, tendo esta já transitado em julgado, o administrador de insolvência poderá iniciar a venda dos bens que integram a massa insolvente.

Chegados a este momento, estaremos perante a fase de liquidação, onde todos os bens do devedor suscetíveis de penhora serão apreendidos – se já não o houverem sido – e vendidos, para, desta forma, o produto da venda possa ser distribuído pelos credores graduados, encerrando-se assim o processo.

Capítulo II- O Princípio do Contraditório no Processo de Insolvência

1. Breve referência aos Princípios orientadores do Processo de Insolvência

Os princípios orientadores de um processo indicam-nos qual o caminho que este deverá seguir de forma a tutelar os interesses de todos os intervenientes na prestação da tutela jurisdicional.

Ora, o art. 17º do CIRE remete-nos para a aplicação subsidiária do processo civil ao processo de insolvência em tudo o que esse não o contrarie. Nestes termos, devemos entender que também os princípios por nós conhecidos do processo civil se aplicarão em sede insolvência.

A importância estará na amplitude e dimensão que estes princípios terão no processo de insolvência que, não será necessariamente, a mesma que no processo civil.

De facto, tem destaque próprio no artigo 11º do CIRE o princípio do inquisitório no processo de insolvência, pressupondo-se assim que este trará algo de diferente ao já conhecido artigo 5º do CPC.

No processo civil, apesar de o juiz ter liberdade para realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, as diligências necessárias à descoberta da verdade, igualmente o juiz está intrinsecamente limitado à matéria de facto alegada pelas partes.

Já em sede de processo de insolvência, o juiz não fica restrito à matéria de facto alegada pelas partes. De facto, estaremos aqui perante um especial interesse público que confere esta liberdade ao julgador.

Deste modo, o juiz poderá conhecer factos não alegados e ordenar produção de provas não requeridas pelas partes, como poderá oficiosamente chamar uma testemunha ou um perito cuja audição entenda ser relevante para a descoberta da verdade. A jurisprudência tende a divergir e, nesse sentido, existem dois entendimentos sobre a mesma questão.

Veja-se o Ac. do TRC de 08/04/2014, proferido no âmbito do processo nº4135/12.9TBLRA-C.C1, no qual se decidiu que “II - No processo de insolvência, e não obstante a acuidade acrescida do inquisitório, relevam ainda, primordialmente, em sede de alegação e prova, os princípios do dispositivo e da autorresponsabilidade dos interessados.”²⁸

²⁸ Ac. do TRC de 08/04/2014, processo nº4135/12.9TBLRA-C.C1, relatado por CARLOS MOREIRA, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Em sentido oposto, existe jurisprudência que entende que o juiz deve atuar pelo interesse público e, dessa forma, ir além dos limites factuais, podendo até o *juiz fundar a sua decisão em factos não alegados, bem como, por sua própria iniciativa, os investigar livremente, bem com, recolher as provas e informações que entender convenientes.*²⁹

De facto, tal poderá suceder no incidente da qualificação da insolvência, um momento processual cuja decisão poderá repercutir enormes consequências na esfera jurídica do devedor.

O próprio art. 11º assim o prevê, ao referir que “No processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes.”

LUÍS M. MARTINS refere que “O princípio do inquisitório aplica-se apenas às três fases processuais referidas no artigo, não vigorando, por exemplo, na ação de verificação ulterior de créditos, que é uma ação autónoma³⁰.”

Assim, além do papel de decisor do processo principal e consequentes apensos, o julgador terá também um papel de impulsionador, no sentido de que poderá vir a substituir-se às partes.

Ora, a lei apela a um critério de oportunidade para a declaração de abertura do incidente de qualificação de insolvência. Se, na sentença que declara a insolvência, o juiz dispõe de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, pode este declarar aberto o incidente.³¹

Tal faculdade, ou competência, atribuída ao juiz, dispensa o requerimento dos interessados para o efeito, pois a lei confere ao juiz um poder de impulsionador processual, característico do Processo de Insolvência.

2. O Princípio do Contraditório

Outro princípio com destaque no CIRE, que merecerá o nosso realce e uma análise muito mais profunda e detalhada,³² por ser o tema central de toda esta dissertação, é o princípio do contraditório.

²⁹ Ac. do TRC de 12/07/2017, processo nº 60/16.2T8PNH-B.C1, relatado por MARIA JOÃO AREIAS, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

³⁰ MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência Anotado e Comentado*, op.cit. Pág. 85.

³¹ Artigo 36º nº1 al. i) CIRE.

³² Que *infra* se estudará.

Ora, o princípio do contraditório deve ser entendido como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, de forma que, em plena igualdade, possam influenciar todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação, direta ou indireta, com o objeto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão³³.

Pretendendo o processo de insolvência, na prossecução das suas finalidades, a satisfação dos credores, atendendo à celeridade que este processo exige, a particularidade estará no carácter urgente e na necessidade de compatibilizá-lo com o direito ao contraditório do devedor.

Os credores pretendem ver satisfeitos os seus créditos, enquanto o devedor deverá ter a sua segurança jurídica assegurada, respeitando assim o princípio à tutela jurisdicional efetiva do direito.

Este princípio, consagrado constitucionalmente³⁴, pressupõe que as partes de um processo estejam dotadas de poderes processuais que as permitam influenciar na decisão final, atendendo também à discricionariedade que o jogador possui, mas devendo este manter-se fiel ao processo equitativo e ao respeito pelo contraditório³⁵.

O princípio do contraditório deverá traduzir a junção de três vertentes: a proteção dos credores, a celeridade processual e o direito de defesa do devedor.

As provas oferecidas em tribunal para sustento das alegações oferecidas pelas partes são parte integrante e significativa para a ponderação do julgador. A participação do devedor constituirá, além de um direito de participação, um direito de audiência do sujeito processual que vê os seus interesses em discussão na lide³⁶.

O legislador, inteiramente preocupado com a celeridade processual, veio permitir determinadas situações em que a audiência do devedor possa ser dispensada.

O art. 12º do CIRE prevê “A audiência do devedor prevista em qualquer das normas deste

³³ Cfr. Ac. do TRG e 21-05-2015, processo nº1/08.0TJVNF-EK.G1, relatado por ANA CRISTINA DUARTE, disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

³⁴ Artigo 20º, n.º 4, CRP.

³⁵ Artigo 32.º, n.º 5, *in fine*, CRP consagrado a propósito do processo penal, embora extensivo, por paridade de razões, a todas as formas de processo.

³⁶ Neste sentido, o Ac. do TRL de 25-05-2017, proferido no âmbito processo nº 4163/16.5T8VFX-D.L1-2 relatado por EZAGÜY MARTINS, “O princípio do contraditório garante à parte no processo o direito a ser ouvida antes da decisão, como forma de garantir o acesso aos tribunais, ao direito e a defesa de interesses legalmente protegidos, por meio de um processo equitativo.” Disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Código, incluindo a citação, pode ser dispensada quando acarrete demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro, ou por ser desconhecido o seu paradeiro”.³⁷

Fica a questão de saber, em que casos em concreto tal poderá ocorrer, e se tal não colide com o direito à defesa e a um processo justo e equitativo.

2.1. O princípio do contraditório e a estrutura processual

Atento o sentido do princípio do contraditório no processo de insolvência, importa agora compreender o seu enquadramento no modelo processual atualmente vigente no nosso ordenamento jurídico.

Vigorando entre nós o paradigma atual de recuperação da empresa em estado de insolvência iminente e a liquidação como objetivo secundário, rapidamente diríamos que este reveste especial relevância à prossecução do direito de defesa por parte do devedor.

Sendo certo que o problema aqui *sub judice* só se coloca quando a insolvência é requerida por pessoa diversa do devedor, legitimada nos termos do artigo 20º do CIRE, a consequente citação do devedor deverá ocorrer com a apresentação do pedido de insolvência, mediante despacho do juiz.

Seja pessoa singular ou coletiva, a citação será pessoal, através de carta registada com aviso de receção.

Só após cumprido este ato processual é que o devedor tomará conhecimento do pedido de insolvência que foi intentado contra si e correrá o prazo de 10 dias para apresentar a sua defesa através do mecanismo processual de oposição à insolvência.

Recai sobre o devedor o ónus da prova de alegar que não se encontra em insolvência, devendo trazer à lide os meios de prova que entenda relevantes, como documentos contabilísticos e prova testemunhal, assim como a lista dos cinco maiores credores.

Se o devedor não deduzir pode ser declarado em revelia dando-se por confessados os factos alegados no pedido, sendo a insolvência declarada no dia útil seguinte ao término do prazo para a oposição.

³⁷ Vide, art. 12 CIRE.

A concretização da citação importará também, com relevância, para efeitos de o devedor deduzir o pedido de exoneração do passivo restante, bem como para a possibilidade da apresentação de um plano de pagamentos³⁸.

Deduzida a oposição e sendo a mesma recebida pelo tribunal, seguir-se-á a fase de audiência de discussão e julgamento.

A audiência de discussão e julgamento, contraditória por natureza em outros tipos processuais, no processo de insolvência poderá não o ser.

Ora, o artigo 35º do CIRE contempla desde logo que, se a audiência do devedor tiver sido dispensada, “é logo marcada audiência de discussão e julgamento para um dos cinco dias subseqüentes, notificando-se o requerente, o devedor e todos os administradores de direito ou de facto identificados na petição inicial para comparecerem pessoalmente ou para se fazerem representar por quem tenha poderes para transigir.”³⁹ Dispensa esta passível de ocorrer nos termos do artigo 12º do CIRE.

A ausência do devedor ou do seu representante à audiência vale como a não oposição, logo, tal culminará na confissão dos factos alegados na petição inicial. Assim como a não comparência do requerente ou do seu representante culminará na desistência do pedido.

A sentença terá de ser proferida no próprio ato ou no prazo de cinco dias, o que demonstra, novamente, a necessidade da celeridade processual.

Poderá haver haverá lugar à fase de recurso e/ou fase de embargos à insolvência de forma independente ou em simultâneo.

O prazo para a interposição de recurso é de 15 dias e deverá fundamentar a não declaração de insolvência com base nos factos dados como provados e/ou no direito aplicado.

O recurso tem efeito suspensivo, o que, conseqüentemente, suspende os atos de liquidação e da partilha dos bens que formam a massa insolvente.

Já os embargos à insolvência, deduzidos no prazo de cinco dias, têm de trazer ao processo novos factos ou meios de prova que fundamentem a não declaração de insolvência,

Os embargos, assim como o recurso, também têm efeito suspensivo, correndo como

³⁸ Cfr. arts. 253.º e 249.º do CIRE.

³⁹ Cfr. art. 35º do CIRE.

incidente e por apenso ao processo de insolvência. Tanto o administrador de insolvência, como o embargado, podem apresentar contestação no mesmo prazo.

Atente-se que, apesar de os embargos e o recurso poderem ser apresentados em simultâneo, os embargos encontram-se limitados à invocação de factos ou meios de prova novas, i.e., que o tribunal não tenha tido em conta na sentença.

Naturalmente que tal limita o que o devedor poderá apresentar nesse momento processual, pelo que se revela, mais uma vez, a importância da concretização da citação do devedor no momento posterior ao pedido de insolvência.

Porquanto, nesse momento, pode o devedor deduzir oposição apresentando os factos e meios de prova que ache necessário para que a decisão seja no sentido da improcedência do pedido de declaração de insolvência não ficando condicionado à apresentação de factos novos, como nos embargos.

2.2. A distinção do regime processual previsto no Processo Civil

Ainda no âmbito do princípio do contraditório, importa agora fazer uma reflexão deste no âmbito do processo civil.

Ora, o princípio do contraditório, enquanto um dos princípios basilares do processo civil, só pode ser derogado à título excecional e quando o Código do Processo Civil especialmente o preveja, como nos é dito no seu art. 3^o⁴⁰.

Como também já tivemos oportunidade de referir, no processo de insolvência, o regime regra será também a citação do devedor não requerente, conforme dispõem os art^{os}. 17^o e 29^o do CIRE.

Contudo, neste processo, especialmente no que tende a sua tramitação, há um especial princípio que se levanta e que tende a colidir com o princípio do contraditório: o princípio da celeridade processual que o CIRE teve o cuidado de regular especialmente no seu artigo 9^o atribuindo a este processo o carácter de urgência.

A necessidade de celeridade, não é pioneira do processo de insolvência.

⁴⁰ Relembremos o que já referimos anteriormente, a aplicação subsidiária do CPC ao Processo de Insolvência.

Já o processo civil prevê a dispensa do contraditório em situações excepcionais como é o caso dos procedimentos cautelares e da penhora no âmbito do processo sumário onde, como sabemos, o processo segue diretamente para o agente de execução, sendo a citação do executado posterior à penhora. O artigo 727º do CPC prevê ainda a faculdade do exequente requerer que seja efetuada a penhora sem a citação previa do executado, mas para tal é necessário justificar o receio de perda e o comprove.

Todavia, no artigo 9º do CIRE, a preocupação tenderá a ver com a eficácia que se ambiciona do processo de insolvência a todos os organismos que o envolvem, não só as partes, mas também ao tribunal e a secretaria.

Deveremos ter sempre em linha de conta que a insolvência, enquanto processo urgente que poderá envolver uma universalidade de credores, comporta valores e origina consequências na esfera jurídica do devedor de dimensões nunca comparáveis ao originado pelo processo executivo.

Porquanto, será deveras impossível tentar o paralelismo com o incomparável, pois estão aqui em causa processos de naturezas e finalidades distintas, o que, no entanto, não impossibilitará o recurso a procedimentos previstos no CPC, como *infra* melhor elucidaremos.

CAPÍTULO III – Dispensa de audiência do devedor

1. O artigo 12º do CIRE

Atendendo à matéria fulcral da presente dissertação, centraremos agora o nosso estudo na previsão legal desta dispensa de audiência que até agora temos evidenciado. Assim, analisaremos, de forma mais detalhada, o art.12º do CIRE.

Para isso, será necessário, num primeiro momento, fazer um paralelismo entre o código atual e o regime anterior.

Ora, o nº 1 do art. 12º⁴¹, contrariamente ao que sucedia na vigência do CPEREF, possui um carácter, digamos que, geral, i.e., a norma foi prevista para abarcar todas as situações em que o insolvente deva ser ouvido.

O CPEREF previa a dispensa de audiência do devedor apenas no momento da citação, como referia o nº 4 do seu artigo 20º⁴², i.e., quando os credores ou o Ministério Público tivessem requerido a falência, poderia ser dispensada a citação, no início da ação, se fosse considerado inconveniente a sua imediata audiência.

Deste modo, a audiência do devedor poderia ser afastada para um momento posterior.

No entanto, na vigência do CPEREF, esse seria o único momento onde poderia ser dispensada a audiência do devedor, unicamente no momento da citação do devedor.

Atualmente, o CIRE prevê a possibilidade de, em todos os momentos processuais onde esteja prevista a audiência do devedor, esta possa ser dispensada mediante determinados pressupostos, nomeadamente, desde que, estejam preenchidas as situações legitimadoras de dispensa elencadas no nº1 do artigo 12º.

⁴¹ Tenha-se em linha de conta, novamente, que o Código da Insolvência Alemão foi a base para a elaboração do anteprojeto do CIRE e, em consequência disso, vemos espelhado no nosso processo de insolvência bastante influência alemã, nomeadamente o nosso artigo 12º poderá considerar-se quase como uma “cópia” do artigo 10º do *Insolvenzordnung*, que agora se reproduz: “Audiência do devedor: (1) Se qualquer disposição exigir uma audiência do devedor, essa audiência pode ser dispensada se o devedor for residente em um país estrangeiro e tal audiência atrasar injustificadamente o processo, ou se a residência do devedor for desconhecida. Nesse caso, um representante ou parente do devedor deve ser ouvido. (2) Se o devedor não for uma pessoa física, a subseção (1) se aplicará mutatis mutandis à audiência das pessoas com direito a representar o devedor ou detentoras de suas ações. Se o devedor for uma pessoa coletiva e essa pessoa coletiva não tiver representantes do órgão (sem administração), podem ser ouvidas as pessoas com interesses participantes; subseção (1), primeira frase, deve ser aplicada mutatis mutandis ” Tradução própria, disponível para consulta em inglês em <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=773#s10>>. Acedido a 06-08-2020.

⁴² “O devedor só não é citado, no início da ação, se tiver sido requerida a declaração de falência e for considerada inconveniente a sua imediata audiência” (art. 20.º, n.º 4, do revogado CPEREF).

Já no que concerne as situações legitimadoras de dispensa, também encontramos algumas discrepâncias significativas em relação ao regime anterior ao CIRE.

Ora, a respeito do critério de *inconveniência* que o CPEREF previa, referem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA que “a preocupação essencial situava-se no plano da proteção dos interesses dos credores, procurando-se assegurar que a audiência do devedor não os pusesse em crise, nomeadamente pela expectativa de que, conhecedor do decurso da acção, pudesse praticar apressadamente actos de oneração ou delapidação patrimonial agravantes da sua situação⁴³.”

No CIRE, apesar de se encontrar em causa a proteção dos credores, da letra da lei entendemos que o foco central será a celeridade processual.

Deverá pressupor-se que, no momento da declaração de insolvência, os mecanismos legais com vista à proteção dos credores e da massa insolvente já estarão a decorrer.

Deste modo, nesta fase processual, não será válido falar-se da possível dispensa da audiência do devedor com o intuito de proteção dos credores com base no justo receio que o devedor faça uma má gestão do seu património, pois tal não terá razão de ser.

Enquanto no CPEREF, para ser dispensada a audiência do devedor, era necessário apenas que a mesma fosse considerada inconveniente, ou seja, que causasse um “certo perigo” para os credores, atualmente, com o CIRE, é necessário estar legitimamente dispensada a audiência.

Por conta da relevância do Princípio do Contraditório no nosso ordenamento jurídico, é bastante perceptível e razoável que os termos para que ocorra tal dispensa estejam previstos.

Veja-se o Ac. TRL de 25/10/2011, proferido no âmbito do processo nº 1143/10.TJLSB-C.L1-1, no qual se decidiu que “Porque também no processo de insolvência vale como regra (cfr. artº 29º do CIRE) a audiência do requerido e, como excepção, a sua falta, impõe-se que a excepção se mostre amparada em decisão judicial fundamentada (aludindo v.g. às razões plasmadas no nº1, do artº 12º, do CIRE)”⁴⁴.

Com os requisitos impostos pelo atual artigo 12º, entendemos que o legislador pretendeu evitar a demora que a audiência do devedor poderia causar ao carácter urgente do processo de

⁴³ FERNANDES, Luis Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 121.

⁴⁴ Ac. TRL de 25/10/2011, processo nº 1143/10.TJLSB-C.L1-1, relatado por ANTONIO SANTOS. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

insolvência.

Esta dispensa poderá ser requerida ao tribunal pelos credores, pelo Ministério Público, pelo administrador judicial ou pela comissão de credores. Poderá ainda ser oficiosamente promovida através da perceção do juiz de que estará preenchido algum dos pressupostos para a sua dispensa.

Certo é que será sempre necessária uma decisão judicial que decrete a dispensa. Outra certeza é que, caso seja vedado ao devedor o seu direito ao contraditório, este poderá exercê-lo posteriormente no processo através de embargos à sentença declaratória da insolvência e/ou através da interposição de recurso da mesma decisão⁴⁵.

2. Situações legitimadoras da dispensa - em especial na citação

A dispensa da audiência do devedor no âmbito do processo de insolvência é possível, mediante o preenchimento de certos requisitos, como decorre expressamente do CIRE.

De facto, já referimos a possibilidade de marcação da audiência de discussão e julgamento quando ocorra a dispensa do direito de audiência do devedor, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º do CIRE. Importará agora atendermos, com um maior foco, às causas de dispensa da audiência do devedor, previstas no artigo 12.º do CIRE.

Face à importância do direito de defesa do devedor, seria de esperar que o legislador regulasse de forma clara como e quando esta dispensa poderá ser decretada, mas essa regulamentação, como veremos, não foi explícita, nem tão pouco esclarecida.

No n.º1 do referido preceito legal, refere-se que “A audiência do devedor prevista em qualquer das normas deste Código, incluindo a citação, pode ser dispensada quando acarrete demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro, ou por ser desconhecido o seu paradeiro.”

Da letra da lei retiramos que a audiência do devedor, independentemente do momento processual em causa, poderá ser dispensada.

Contudo, veio o legislador complementar este preceito, apesar de a lei referir claramente

⁴⁵ Equipa de Reestruturações e Insolvências PLMJ, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra Editora, 2012. Pág. 55.

“a audiência do devedor prevista em qualquer das normas deste Código”, que a citação do devedor também poderá ser dispensada.

Questionamo-nos se terá sido a forma que o legislador encontrou para se desvincular do CPEREF, visto que só este diploma admitia a dispensa na citação, enquanto no CIRE é admitido em todas as fases processuais onde esteja prevista a audiência do devedor, incluindo a citação.

Queremos acreditar que o motivo se prenderá com o facto de o momento da citação ser o primeiro momento em que o devedor toma conhecimento do processo, mais precisamente, toma conhecimento que foi apresentado contra si um pedido de insolvência que, a ser julgado procedente, trará consigo efeitos e consequências imediatas sobre o mesmo, quer na sua esfera jurídica, quer na sua esfera patrimonial.

É através da citação que o devedor toma conhecimento dos seus direitos e deveres no processo, e. g., se for uma pessoa singular, pode solicitar a exoneração do passivo restante. Por outro lado, com a citação, tem o devedor a faculdade de deduzir oposição à declaração de insolvência, podendo usar da faculdade que a lei lhe concede, nomeadamente de exercer o seu direito de defesa e pronunciar-se sobre o processo proposto contra si.

A citação do devedor, quando o processo de insolvência não haja sido requerido pelo mesmo, decorre, necessariamente, de despacho prévio judicial⁴⁶. Como já referimos, pela letra da lei do artigo 29º, retiramos que a citação deverá ser pessoal, e, para tal, deverá ser feita através de carta registada com aviso de receção ou através de contacto pessoal⁴⁷.

Uma vez ordenada a citação, cabe a secretaria efetivá-la.

Ora, se a citação for suscetível de acarretar uma demora excessiva, pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro, ou por ser desconhecido o seu paradeiro, esta pode ser dispensada.

Encontram-se aqui alguns conceitos indeterminados que se mostram necessários abordar.

Sabendo as consequências da possível procedência de um pedido de insolvência, entendemos que a secretaria não deverá esperar a possível frustração da citação para proceder a uma nova.

Deverá, ao invés, proceder a uma pesquisa na base de dados sobre as possíveis moradas

⁴⁶ Diferentemente do que ocorre no Processo Civil onde a citação cabe à secretaria.

⁴⁷ Realizado pelo agente de execução, por exemplo.

do devedor, não se limitando apenas à que o requerente forneceu na sua petição inicial.

Com efeito, quando estamos perante pessoas singulares ou pessoas coletivas que possam vir a sofrer as consequências de uma declaração de insolvência, quando a mesma ocorra por um infortúnio, entendemos que deveria ser este o procedimento a seguir. E, neste seguimento, a celeridade estará cumprida, não havendo como apontar erros na atuação da secretaria no momento da citação.

Do mesmo modo, do juiz, dever-se-á esperar o mesmo, i.e., quando este se aperceba que nos autos constam elementos que lhe permitam proceder as diligências necessárias ao sucesso da citação, deve providenciar pela aplicação destas.

No Ac. TRE de 30/11/2016, proferido no processo n.º 40/14.2T80LH-B.E1, entendeu-se do seguinte modo: “O conflito entre a celeridade e o contraditório há-de resolver-se em face dos interesses em jogo e de todo o circunstancialismo envolvente, apelando a critérios de conveniência, adequação, razoabilidade e proporcionalidade”⁴⁸.

A nossa doutrina é escassa sobre esta matéria, motivo pelo qual é necessário chamar à colação decisões jurisprudenciais, nomeadamente, o acórdão supracitado, onde os devedores afirmaram ter sido fornecida a sua morada na Suíça para efeitos de citação, mas que nunca chegaram a ser citados para exercer o seu direito ao contraditório.

O tribunal entendeu dar-lhes razão, revogando assim o despacho judicial que dispensou a audiência dos devedores e, como consequência, anulou todos os atos processuais posteriores ao despacho, incluindo, evidentemente, a sentença que declarou a insolvência.

Em sentido diverso, decidiu o Acórdão, proferido pelo mesmo Tribunal, em 11/05/2017, no âmbito do processo n.º 2372/16.6T8STB-C.E1, onde se entendeu que o direito de defesa do devedor foi bem afastado, devido ao processo se encontrar pendente à cerca de 6 meses, devido três frustrações das citações do devedor, feitas pelo agente de execução.

Nesse sentido, o tribunal entendeu que o despacho que legitimou a dispensa à audiência do devedor foi legitimamente justificado, fundamentando a sua decisão: “Assim sendo, a decidida dispensa de citação não violou a lei. Sucede que esta não colidiu com o princípio do contraditório, uma vez que o recorrente (...) tinha a faculdade de, através de contraditório superveniente, ainda

⁴⁸ Ac. TRE de 30/11/2016, Processo n.º 40/14.2T80LH-B.E1, relatado por GRAÇA ARAÚJO. Disponível para consulta em www.dgsi.pt.

que, já, em sede de embargos, se pronunciar, questionando a sentença, com fundamento em razões de facto - novos factos ou novas provas.

Isto é, no processo de insolvência e em certas circunstâncias, o prévio contraditório foi substituído, para “obviar à demora excessiva do processo”, por um contraditório superveniente, garantindo-se, na mesma, o direito de defesa.⁴⁹”

Não se vislumbra a posição adotada no douto acórdão que, embora incida em exclusivo sobre a possibilidade de contraditório superveniente, não seja um reflexo da preocupação do julgador na análise dos moldes em que a citação ocorreu, pois em nenhum momento é notória a preocupação com a diligência (ou a falta da mesma) na prática deste ato.

Retira-se da letra da lei do artigo 12º do CIRE que, para determinar a dispensa da audição do devedor, torna-se necessário ao tribunal formular um juízo de forma casuística, motivo pelo qual nunca poderá ser algo estanque ou pré-definido, pois, para legitimar a dispensa, deverão aqui ser chamados os critérios da razão e da proporção de forma ponderada sobre todas as circunstâncias atinentes à envolvente do processo.

No Ac. do TRP de 12/12/2013, proferido no âmbito do processo nº 629/13.7TBPNF-B.P1, refere-se que “Não basta, portanto, que o devedor resida no estrangeiro ou tenha paradeiro desconhecido para poder ser dispensada a sua audição prévia. O que é necessário é que esse facto implique (quando acarrete) uma demora excessiva para o processo⁵⁰.”

Admite-se a impossibilidade da conciliação do contraditório e da celeridade quando um processo esteja parado há mais de seis meses, por falta de citação do devedor.

No entanto, a simples menção por residentes que o devedor “nunca residiu em tal morada”, como consta do douto acórdão, não se basta como causa justificativa para permitir ao agente de execução não indagar pelos meios adequados à eficaz citação⁵¹.

⁴⁹ Ac. do TRE de 11/05/2017, Processo nº 2372/16.6T8STB-C.E1, relatado por SÍLVIO SOUSA. Disponível para consulta em <www.dgsi.pt>.

⁵⁰ Ac. do TRP de 12/12/2013, Processo nº 629/13.7TBPNF-B.P1, relatado por ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA. Disponível para consulta em <www.dgsi.pt>.

⁵¹ Dando assim seguimento ao estatuído no artigo 236º do CPC *ex vi* artigo 17º do CIRE que refere no seu nº1 “Quando seja impossível a realização da citação por o citando estar ausente em parte incerta, a secretaria diligencia obter informação sobre o último paradeiro ou residência conhecida junto de quaisquer entidades ou serviços, designadamente, mediante prévio despacho judicial, nas bases de dados dos serviços de identificação civil, da segurança social, da Autoridade Tributária e Aduaneira e do Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres e, quando o juiz o considere absolutamente indispensável para decidir da realização da citação edital, junto das autoridades policiais.”

Este, poderia levar a cabo outros atos para indagar pelo sucesso da citação, seja pela pesquisa nas bases de dados, fiscais e de identificação civil, não se devendo limitar ao que consta nos autos. Veja-se que, no caso em apreço, o agente de execução levou a cabo três tentativas e todas elas na mesma morada, morada esta que, já fora indicada como não sendo a residência dos devedores.

Deveria o Tribunal providenciar pela cooperação das autoridades para o sucesso da citação, o que, pelo que refere o douto acórdão em análise, não fora feito. Não se concebe que se possa afirmar deste modo que o devedor se encontra em paradeiro desconhecido quando não se procede à procura do mesmo em lugar diverso uma única vez.

Somos da opinião que o espírito do legislador, ao elencar no n.º 1 do artigo 12.º os requisitos para a admissibilidade da dispensa, foi com o intuito de admitir “nos estritos termos em que a lei o aceita⁵²” e como tal, quando a dispensa ocorra, deverá ser fundamentada, depois de esgotadas todas as vias possíveis para a citação.

A não o ser ocorrerá, além da preterição do princípio do contraditório, a violação do princípio da igualdade das partes, bem como do princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípios estes consagrados constitucionalmente no n.º 4 do artigo 20.º da CRP vislumbrando a garantia da boa administração da justiça.

Ora, salvo melhor opinião, o douto acórdão não fez a devida prova de que o devedor não fora citado por culpa sua⁵³. Logo, segundo dispõe o artigo 195.º, n.º 1, do CPC “a prática de um ato que a lei não admita, bem como a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produzem nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa.”

A ausência de defesa do devedor veda claramente o correto exame e boa decisão da causa, porquanto não alcança o Tribunal a verdade material *daquela história*.

Poderá, neste seguimento, admitir-se que estará aqui em causa uma nulidade de conhecimento oficioso e invocável a todo o tempo. Neste entender, serão nulos todos os atos posteriores à petição inicial quando o devedor não haja sido citado⁵⁴.

⁵² Vide, neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 121.

⁵³ Alínea e) do n.º 1 do artigo 188.º do CPC *à contrária*.

⁵⁴ Al. a) do artigo 187.º CPC.

2.1. Audição dos representantes ou parentes do devedor

No Ac. TRP de 17/06/2013, proferido no âmbito do processo n° 1814/12.4TJRT-B.P1, entendeu-se que “A audição das pessoas referidas no artº 12º, n° 2 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não pode deixar de ser entendida como uma formalidade essencial à dispensa de citação.⁵⁵”

Assim, entender-se-ia que, para legítima dispensa do devedor, importa primeiro aferir pela possibilidade da audição do seu representante, cônjuge ou um seu parente, ou pessoa que com ele viva em união de facto. Ao n° 2 do artigo 12º foi dada, pelo legislador, a ordem pela qual se deve proceder à audição de alguém possuidor de uma especial ligação com o devedor.

No entendimento de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, com este preceito legal, o legislador firma a ideia de que não está aqui em causa “evitar o conhecimento da ação por parte do devedor, numa altura em que ainda não há decisão sobre a insolvência”⁵⁶.

De facto, este dever de chamada à audição de alguém próximo ao devedor está agregado o princípio de igualdade de armas que deverá vigorar inclusive nos processos de insolvência e tem sido entendida na nossa jurisprudência como uma formalidade a cumprir sempre que a mesma seja possível⁵⁷.

Na figura de representantes, teremos, comparados à entidade de administradores⁵⁸, todos os demais representantes legais do devedor, pessoa singular, que constem no processo. Isto englobará também, necessariamente, o mandatário do devedor.

Seguidamente, teremos o *cônjuge ou um parente*. Para elucidar sobre a noção de *parente* entendem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA ⁵⁹, que devemos

⁵⁵ Cfr. Ac. TRP de 17/06/2013, processo n°1814/12.4TJRT-B.P1, relatado por MARIA ADELAIDE DOMINGOS. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

⁵⁶ Cit. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 123.

⁵⁷ Nesse sentido veja-se, a título de exemplo, o Ac. Do TRL de 05-11-2009, processo n°322/07.0TYLSB-D.L1-6, relatado por ASCENSÃO LOPES. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

⁵⁸ Tenha-se para isso em conta a definição legal dada no Artigo 6º n°1 do CIRE. *Para efeitos deste Código, são considerados administradores: (...) b) Sendo o devedor uma pessoa singular, os seus representantes legais e mandatários com poderes gerais de administração.*

⁵⁹ Nesse sentido, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 125, referem-nos ainda estes autores que, que não se deverá ter aqui em conta os afins.

socorrer-nos da noção civilística já conhecida do direito da família⁶⁰.

Estarão aqui em causa pessoas que são de tal forma próximas do devedor que saberão e terão benefício em defender os seus interesses na sua ausência. Assim, o tribunal deverá proceder ao chamamento do parente que possua uma ligação com o devedor, que conheça a sua situação e que seja sensível à defesa dos interesses deste.

No entanto, deverá o tribunal seguir o mesmo entendimento lógico da norma e optar pelo parente que não demonstre nenhuma dificuldade na sua citação, pois, se não o fizer, incorrerá a mesma dificuldade de citação e possível demora no processo.

No Acórdão *supra* invocado, entendeu-se que “Antes de decidir pela dispensa da audiência do devedor prevista no artigo 12.º do CIRE e inclusivamente pela sua não citação para deduzir oposição ao pedido de insolvência, o tribunal deve ter o cuidado de ordenar todas as diligências que razoável e prudentemente seja possível realizar para localizar o devedor sem atrasar excessivamente o processo, já que só essa demora excessiva pode justificar aquela dispensa.”⁶¹.

In casu, entendeu o tribunal que deveria proceder-se a audiência do filho do devedor, devendo, para o efeito, o tribunal ordenar diligências para o localizar e, apurando a sua existência e localização, ordenar que o mesmo seja citado nos moldes em que o seria o próprio devedor.

Impõe-se ao tribunal que ordene, novamente nos termos do artigo 236º do CPC, *ex vi* artigo 17º do CIRE, o chamamento dos indivíduos elencados no nº 2 do artigo 12º do CIRE, sob pena de, mais uma vez, serem preteridas formalidades essenciais que influenciam a boa decisão da causa, originando, deste modo, a nulidade da falta de citação, como já *infra* se referenciou.

No caso em apreço, decidiu-se também pelo vício da falta de citação e, conseqüente, nulidade dos atos processuais subsequentes.

Por todo o exposto, entendemos que será necessária a articulação do nº 1 e nº 2 do preceito legal aqui em análise para ser legítima a causa da dispensa de audiência do devedor.

Neste sentido, o CIRE foi além do que previa o CPEREF, alargando às possibilidades de aplicação da dispensa do devedor a todos os atos processuais onde a audiência deste esteja legalmente prevista.

⁶⁰ Cfr. Artigo 1578º Código Civil “Parentesco é o vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”.

⁶¹ Cfr. Novamente, Ac. TRP de 12/12/2013, relatado por ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

No entanto, o CIRE veio também introduzir uma nova válvula de escape legal, uma alternativa ao direito de defesa do devedor, o direito à audição de alguém próximo do devedor que terá interesse em opor-se ao pedido de insolvência que corre contra ele, nos mesmos termos que o devedor teria se fosse possível a sua audição.

Assim, o princípio do contraditório, na sua vertente de direito de defesa, será exercido por quem não figura na ação, mas por quem, poderá ter interesse em contradizer o que nela se discute⁶².

2.2. Aplicabilidade do art. 12º, nº 3, do CIRE

Face ao narrado, com a introdução do artigo 12.º do CIRE, entende-se que o legislador teve, na sua génese, em conta os processos de insolvência onde figurem pessoas singulares.

No entanto, rege o nº 3 do referido preceito legal que “O disposto nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, relativamente aos administradores do devedor, quando este não seja uma pessoa singular”.

Estarão, portanto, abrangidos por este normativo os administradores dos devedores que sejam pessoas coletivas.

Importa assim, reter a noção de administrador, para efeito de entendermos a abrangência do referido preceito: “No âmbito do processo de insolvência são considerados administradores de uma pessoa não singular todos aqueles que estejam legalmente ou voluntariamente incumbidos das funções de administração e disposição dos bens do insolvente, mas também todos aqueles que exerçam de facto tais poderes (...) mesmo que para tal falte o apoio de determinação legal ou acto voluntario do insolvente”⁶³.

O referido comentário tem um âmbito abrangente, entendendo que a norma se refere tanto aos administradores de direito, como aos administradores de facto.

No entanto, em sentido diverso, LUÍS MENEZES LEITÃO defende que “a disposição só

⁶² Menção ao instituto civilístico da legitimidade passiva, nomeadamente, ao interesse (ainda que indireto) em contradizer pelo possível prejuízo que advenha da decretação da insolvência.

⁶³ Cit. Equipa de Reestruturações e Insolvências PLMJ, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra Editora, 2012. Pág. 46.

parece assim fazer sentido em relação a administradores de facto⁶⁴.”

Já LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁶⁵ têm um entendimento mais abrangente, fazendo referência ao disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do CIRE, onde se refere que administradores serão aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente.

Assim, apenas na impossibilidade da audição destes com base no preenchimento dos requisitos elencados no n.º 1 do artigo 12.º do CIRE deverá operar a dispensa da audição destes.

De facto, para este efeito, será difícil a aplicação da válvula de escape conferida pelo n.º 2, sendo que só poderão ser chamados a audição outros representantes, pois, como é evidente, a pessoa coletiva não possui cônjuge, parentes ou pessoa com quem viva em união de facto.

Sendo o devedor pessoa coletiva, não poderão, nesta sede, ser chamadas as pessoas referidas anteriormente com ligação ao próprio administrador, tal só fará sentido quando esteja em causa a própria defesa do administrador.⁶⁶

A possibilidade da aplicação da faculdade prevista no n.º 2 do artigo 12.º ocorrerá, por exemplo, no caso da audição dos sócios que contemplem, pelo menos, a maioria do capital social de uma sociedade por quotas.

No entanto, caso sejam em número inferior, nada parece obstar a que estes transmitam o que entendem por conveniente ao processo, apesar de, processualmente, não poderem assumir a posição do devedor⁶⁷.

Em nosso humilde entendimento, parece-nos que, para se mostrar proveitosa a audição dos representantes do devedor pessoa coletiva, estes deverão, efetivamente, ter conhecimento da situação económica desta.

Ora, a figura do administrador de direito corresponde “aquele que se encontra legalmente investido das suas funções, sem que seja necessário exibir que participa na gestão

⁶⁴ Cit. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado*, 10.º Edição, Almedina, 2018. Pág. 78.

⁶⁵ Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 124.

⁶⁶ Como sucederá no caso concreto do incidente de qualificação de insolvência que infra abordaremos.

⁶⁷ Vide neste sentido, novamente, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 124.

da sociedade⁶⁸”, isto significará que, não será necessária uma verdadeira administração investida da prática de atos, o administrador estará vinculado a esta função por estipulação contratual ou por nomeação.

Contudo, o que sucede é que, na prática corrente das sociedades, é comum que sujeitos não revestidos formalmente de poderes para tal levem a cabo verdadeiros atos da gestão da empresa sem para isso estarem legitimados.

Surgindo assim o verdadeiro instituto do administrador de facto, que será a pessoa que se titule bastante, isto é, que exerça direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinado) funções de direito numa sociedade.⁶⁹

De modo que, não obstante se revelar importante a audição do administrador de direito que está obrigado a deveres específicos legais ou contratuais, a audição que processualmente revestirá maior proveito será a de quem, efetivamente, conhece da gestão societária e da situação económica desta.

Fazendo o paralelismo com o incidente de qualificação de insolvência, previsto no artigo 186º nº1 do CIRE onde se impõe a apreciação da conduta quer do administrador de direito, quer do administrador de facto, cremos também se mostrar relevante nesta sede a audição quer do administrador de direito, quer do administrador de facto.

3- A dispensa da audiência do devedor na audiência de discussão e julgamento

Da letra da lei do artigo 12º do CIRE, retiramos que, a dispensa da audiência do devedor pode ocorrer nos momentos processuais onde a sua audição esteja legalmente prevista.

Decorrida que se encontra a análise da dispensa em sede de citação do devedor, fase que o legislador fez questão de invocar com ênfase que também se encontrava abrangida por este critério especial do artigo 12º do CIRE, parece-nos agora, por bem, discorrer sobre a possibilidade da dispensa da audiência do devedor em sede de audiência de discussão e julgamento.

Novamente estará presente, ao longo do artigo em estudo, a característica atinente

⁶⁸ COSTA, Ricardo, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 67.

⁶⁹ ABREU, Coutinho de /RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 43.

(quase que diríamos, basilar) do instituto da insolvência: a celeridade processual.

Dispõe o n.º 1 do art. 35.º do CIRE *que tendo havido oposição do devedor, ou tendo a audiência deste sido dispensada, é logo marcada audiência de discussão e julgamento para um dos cinco dias subsequentes, notificando-se o requerente, o devedor e todos os administradores de direito ou de facto identificados na petição inicial para comparecerem pessoalmente ou para se fazerem representar por quem tenha poderes para transigir.*

O n.º 2 do referido preceito legal alude a cominação legal por nós já conhecida em sede de processo declarativo comum aquando da falta de contestação do réu, na falta de comparência do devedor ou do seu representante, têm-se por confessados os factos alegados na petição inicial, se a audiência do devedor não tiver sido dispensada nos termos do artigo 12.º.

Tal não implica que a decisão necessariamente tenderá pela decretação da insolvência do devedor, porquanto o juiz irá apreciar os factos e valorar devidamente as provas oferecidas, devendo concluir se estas são ou não situações legitimadoras de situação de insolvência previstas no n.º1 do artigo 20.º do CIRE.

Tendo a audiência do devedor sido dispensada e comparecendo o requerente ou um seu representante, o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova.

O mesmo acontecerá se comparecer o devedor e/ou o seu representante e o requerente, nos termos do n.º5 do referido artigo 35.º.

Havendo lugar a reclamações, as mesmas deverão, no imediato, ser decididas, passando-se à produção da prova. Por último, seguir-se-ão as alegações finais, devendo o tribunal proferir sentença.

Se a sentença não puder ser proferida no imediato, sê-lo-á no prazo de cinco dias⁷⁰.

Certo é que a audiência de discussão e julgamento compreende um carácter obrigatório, não podendo esta ser afastada de modo que o tribunal conheça de imediato o mérito da causa⁷¹.

⁷⁰ Tudo nos termos do artigo 35.º nrs.º 6, 7 e 8 do CIRE.

⁷¹ Nesse sentido, o Ac. do TRL de 19-02-2013, processo n.º 279/12.5TBLNH-A.L1-1, relatado por RUI VOUGA, , disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Assim, a lei impõe o comparecimento do devedor/requerido e do requerente na audiência de discussão e julgamento, determinando consequências processuais à violação pelas partes do dever de comparência implícito no n° 1 do artigo 35º, como a ineficácia da oposição deduzida pelo devedor ausente na medida em que, não tendo sido dispensada a sua audiência nos termos do artº 12º do C.I.R.E., se consideram confessados os factos alegados na petição.

Ou, ao invés, sendo a falta do requerente, ou o seu representante, a sua ausência valerá como desistência do pedido⁷², devendo por isso ser proferida sentença absolutória.

Ora, parece-nos pacífico da leitura do normativo legal que o legislador pretendeu afastar a possibilidade de dispensa da realização de audiência de discussão e julgamento quando o devedor/requerido haja deduzido oposição ao pedido de declaração de insolvência.

Torna-se necessária uma conclusão a retirar do que explana o n° 2 do art. 35º.

Se a audiência do devedor foi dispensada, nos termos do art. 12º do CIRE, i.e., com fundamento numa das causas nele previstas, é certo e razoável que o seu silêncio arbitrariamente imposto não poderá ter qualquer valor jurídico.

Assim, nessa esteira de pensamento, a ausência do devedor, quando ocorrida por dispensa da sua audiência, não poderia culminar na confissão dos factos alegados pelo requerente na petição inicial, pelo simples e notório motivo que, não foi por sua vontade que este não compareceu à audiência de discussão e julgamento.

E, remetendo para o já *supra* evidenciado, a respeito da análise detalhada do artigo 12º do CIRE, novamente o respeito pelos requisitos legalmente previstos para operar a dispensa do devedor/requerido, a par com a análise casuística deverão nesta fase processual também ser atendidas com especial cuidado.

Levanta-se a questão de saber a consequência legal da falta do devedor/requerido e do requerente.

Ora, analisando a letra da lei do n° 3 do artigo 35º que refere “não se verificando a situação prevista no número anterior⁷³, a não comparência do requerente, por si ou através de

⁷² Cfr. n°3 do artigo 35º do CIRE.

⁷³ Como já verificamos, a situação a que se refere este preceito compreende a não comparência do devedor se a sua audiência não houver sido dispensada.

um representante, vale como desistência do pedido.”, entendemos que o legislador pretendeu relevar a falta do devedor e não a do requerente, devendo assim, na falta de ambos, considerar-se confessados pelo devedor os factos alegados na petição inicial⁷⁴.

Contudo, e como já referimos, o n.º 2 é bastante claro, na medida em que não confere valor jurídico à ausência do devedor quando esta ocorra devido à dispensa da sua audiência determinada pelo tribunal.

Pelo que não será admissível, nesse caso em concreto, a consequência da ausência de ambas as partes prejudicar o devedor, na medida em que, legalmente, não é admissível considerar-se confessados os factos alegados na petição inicial, assim como também não será admissível que ambas as faltas não comportem valor jurídico e se “auto anulem” fazendo seguir o processo para a produção de prova e consequente decisão se, o devedor, não compareceu por determinação do tribunal na dispensa da sua audiência.

Feita esta exposição, e não havendo solução legal explícita, sufragamos a opinião que a ausência do requerente valerá como desistência do pedido, devendo ser proferido despacho absolutório.

⁷⁴ Nesse sentido, Ac. do TRP DE 29/11/2006, processo n.º0655818, relatado por PINTO FERREIRA, entende que se o requerido em processo de insolvência deduzir oposição e faltar, tal como o requerente á audiência de discussão e julgamento, a lei – art. 35.º, n.º2, do CIRE – dá maior relevância à falta do devedor cominando-a com a confissão dos factos alegados pelo requerente da insolvência. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

CAPÍTULO IV - Providências Cautelares - Uma alternativa a considerar?

1. O conceito

O processo civil, subsidiariamente aplicável em sede de processo de insolvência⁷⁵, contempla o regime das providências cautelares nos artigos 362º e seguintes do CPC.

A providência cautelar, levada a cabo através de um conjunto de atos destinados à sua adoção⁷⁶, consubstancia uma medida para efetivação de um direito ameaçado.

Não está assim em causa a apreciação do litígio, mas sim a prevenção de um mal: será o acautelar de um perigo que culminará numa medida concreta determinada pelo tribunal.

Neste sentido, refere ANTUNES VARELA que “as providências cautelares visam precisamente impedir que, durante a pendência de qualquer acção declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficácia ou parte dela”.⁷⁷

Esta tutela cautelar não se centrará na resolução definitiva de litígios, pois estes, em regra, serão apreciados pelo tribunal no processo principal de onde este procedimento cautelar correrá como apenso ou no processo principal que venha a ser proposto.

Funcionará assim em complementação, com vista a assegurar que a acção principal venha a produzir efeito útil ao impedir que ocorra um cenário irreversível na esfera jurídica de um interessado.

Em *lato sensu* se dirá que possui natureza preventiva, ao ter como finalidade prevenir a lesão e não reparar a lesão.

Assim, em regra, as providências cautelares serão acessórias e dependentes da acção principal, provisórias, sumárias, possuindo carácter urgente e, ainda, têm a atinente característica de celeridade constitucionalmente consagrada para estes fins.

Contudo, a lei prevê, no art. 369º do CPC, o instituto da inversão do contencioso nas providências cautelares.

⁷⁵ Novamente, artigo 17º do CIRE.

⁷⁶ Designado como, procedimento cautelar.

⁷⁷ VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e, Manual de Processo Civil, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1985.

Tal implica que o juiz poderá, mediante requerimento, na decisão que decreta a providência, dispensar o requerente do ónus de propositura da ação principal quando a matéria adquirida no procedimento cautelar permitir formar uma convicção segura da existência do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

Assim, evita-se a duplicação de prova, e a causa será resolvida em definitivo, ficando o requerente dispensado do ónus de propor a ação principal.

No que se refere às providências especificadas é a própria lei que determina aquelas onde pode ser requerida a inversão do contencioso.⁷⁸

Já o processo de insolvência, apesar de possuir carácter urgente e ter como característica basilar a celeridade, comporta um processo principal onde se verá resolvida a questão ali *sub judice*.

Assim, entendemos que são realidades com algumas semelhanças e que poderão complementar-se.

2. As Providências Cautelares e o Processo de Insolvência

Carácter urgente e celeridade são duas características das providências cautelares e duas características inerentes ao processo de insolvência.

De facto, como já tivemos oportunidade de referir, as providências cautelares têm carácter acessório, dependentes que são de uma ação principal, onde, por regra⁷⁹, a sua decisão também será provisória e funcionará como coadjuvante do direito que se pretende acautelar.

Fazendo o paralelismo com o processo civil, refere o art. 366.º, n.º 1, que o tribunal deve ouvir o requerido exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência.

A regra será a audição prévia do requerido, atento o princípio da igualdade entre as partes donde decorre o exercício do direito de defesa deste, com vista a um processo equitativo. A dispensa da audição do requerido funciona assim como exceção.

⁷⁸ Art. 376º nº 4 "O regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à restituição provisória da posse, à suspensão de deliberações sociais, aos alimentos provisórios, ao embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em legislação avulsa cuja natureza permita realizar a composição definitiva do litígio."

⁷⁹ Excecionasse o regime já mencionado da inversão do contencioso.

Com efeito, a regra vigente no nosso ordenamento jurídico é que antes de decretada uma providência cautelar, deverá ser ouvido o requerido. Contudo, tal pode ser afastado quando haja justo receio de colocar em risco a finalidade e a eficiência da providência.

Atento ao que se prevê com a tutela cautelar, devendo-se atender casuisticamente com um juízo de ponderação, certo é que se depreende que se a audição prévia do requerido se mostrar premissa de comprometer o efeito útil da providência, deverá a mesma ser afastada, quer por imposição legal – nos casos expressamente previstos – quer a pedido do requerente devidamente fundamentado.

Ora, no art. 31º do CIRE, vemos explanada a possibilidade de decretação de medidas cautelares em sede de processo de insolvência.

Facto é que o referido preceito normativo não elenca as providências que, nesta sede, poderão ser tomadas, com exceção da nomeação de um administrador judicial provisório. Deixando ao critério do juiz determinar qual, ou quais, as medidas adequadas face ao caso em apreço, quer oficiosamente, quer em colaboração com o requerente quando esta parte o haja solicitado.

O ponto fulcral será que tal medida seja a apropriada à prossecução do fim visado que, certamente, será o agravo na situação patrimonial do devedor com a contenção necessária, pois não poderemos olvidar estar perante uma situação provisória onde deverá atentar-se aos critérios de suficiência e necessidade⁸⁰.

Neste seguimento, atendendo quer à finalidade, quer à letra da lei, a decisão de decretação de medidas cautelares caberá em exclusivo ao discernimento do juiz não estando este vinculado ao peticionado pelo requerente, cabendo-lhe antes o poder de aferir pela providência que julgue necessária e ajustada, como se oficiosamente agisse.

2.1. Pressupostos

De facto, encontra-se no processo de insolvência também subjacente o receio da eventual prática de atos de má gestão pelo devedor, que poderá culminar no agravamento da sua situação

⁸⁰ Vide, neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 174.

económica.

Tal comporta que o pedido de decretação de providências cautelares, quando o haja, seja devidamente fundamentado, com especial atenção que este pode ser deduzido em qualquer momento, como o próprio preceito legal o refere, isto é, antes ou após a citação do devedor.

Assim, com a petição deverá o requerente oferecer prova sumária do direito ameaçado como a devida justificação do receio da lesão⁸¹, bem como do *fumus boni iuris*⁸², ou a aparência do direito, que será resultado da verificação dos requisitos exigidos para fundamentar a declaração de insolvência.

Já no que diz respeito ao processamento do incidente, à falta de regulamentação específica, são subsidiariamente aplicáveis as normas comuns dos procedimentos cautelares, constantes do artº 365º e ss do CPC *ex vi* do artº 17º do CIRE.

Por outro lado, sendo certo que, no âmbito do processo de insolvência, vigora o princípio do inquisitório, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes, sendo-lhe permitido investigar livremente, bem como recolher as provas e informações que entender convenientes⁸³.

Não se vislumbra por isso, nesta sede, a necessidade de impulso processual por parte do autor.

O nº 3 do referido preceito legal, expressamente consagra a possibilidade de decretação das medidas antes da citação do devedor, prevendo ainda que tal não poderá culminar no atraso da citação por 10 dias relativamente ao prazo que de outro modo interviria.

Novamente, entende-se, que esta aplicabilidade prévia a citação do devedor, só será admissível nos casos em que a citação prévia do requerido comprometa o efeito útil desta medida cautelar concretamente requerida, pois que, se assim fosse, a providencia poderia tornar-se inútil.

A Lei n.º 16/2012, de 20/04 veio revogar o nº4 do art. 31º do CIRE, que expressamente previa “A adopção das medidas cautelares precede a distribuição quando o requerente o solicite

⁸¹ Vide, nº1 do artigo 365º CPC.

⁸² Entende-se que, subjacente a decretação de uma medida cautelar estará a ideia de que a petição reúne os requisitos adequados a decretação da insolvência, “o que corresponde, de algum modo, ao *fumus boni iuris* indispensável à procedência dos pedidos cautelares” (cfr. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 174.)

⁸³ Com referência ao art. 11º do CIRE já nesta dissertação invocado, como um princípio fulcral desta génese processual e, neste sentido, o entendimento do Ac. do TRE de 13-09-2012, relatado por MARIA ALEXANDRA A. MOURA SANTOS, proferido no âmbito do processo 706/12.TBLLE-A.E1, disponível em www.dgsi.pt

e o juiz considere justificada a precedência”.

Creemos que tal revogação ter-se-á devido a falta de utilidade prática desta consagração, visto já haver possibilidade de decretação antes da citação do devedor, não parecendo assim ter sentido, ou até ser processualmente viável, a sua adoção em momento imediatamente anterior à distribuição.

Pode o juiz, após ordenar a audição do devedor e antes desta efetivamente acontecer, se julgar necessário atendendo ao risco que, entretanto, previu, do efeito útil das providências cautelares a adotar, antecipar e ordenar o seu cumprimento.

De todo o modo, sempre a medida decretada deverá ser notificada ao devedor, o que, além de garantir a possibilidade do exercício do contraditório e o direito de defesa deste, garante ainda a eficácia plena da decretação.

Conforme dispõe o artigo 17º do CIRE, na falta de disposições especiais, aplicam-se as regras gerais do Processo Civil, que valem para as medidas cautelares, nomeadamente para o prazo de exercício do contraditório que deverá ser o prazo geral de 10 dias.

A dedução de oposição à providencia cautelar decretada, claro está, deve ser cumulada com a contestação do próprio pedido de declaração de insolvência, pois, se não o fizer, consideram-se confessados os factos alegados na petição inicial.

2.2. A nomeação de um administrador judicial provisório

O artigo 31º do CIRE prevê expressamente, como uma das possíveis medidas cautelares a aplicar, a nomeação de um administrador judicial provisório com poderes exclusivos para a administração do património do devedor ou para assistir o devedor nessa administração.

Esta é uma das possíveis medidas cautelares a decretar, apesar de não única, no entanto há quem a considere como “a mais significativa e extrema, sobretudo quando acompanhada da atribuição de poderes exclusivos para a administração⁸⁴”

O juiz não se encontra vinculado à indicação pelo devedor na sua petição inicial de um administrador. De facto, nada impede que a nomeação incida sobre administrador judicial inscrito

⁸⁴ Como é o caso dos Autores FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 173.

nas listas oficiais, já que a lei apenas lhe confere a mera possibilidade (e não dever) de acolher a nomeação do devedor⁸⁵.

Novamente, caberá ao juiz decidir pela extensão dos deveres e competências do administrador judicial provisório, podendo apenas ser nomeado administrador para mera assistência na administração do património quanto a atos determinados, como também poderá ser nomeado para administrar genericamente todos os bens do devedor com a faculdade de alienar, onerar e assumir novas responsabilidades, que se demonstrem indispensáveis à gestão corrente da empresa⁸⁶.

Ora, no diploma legal em questão, mais nenhuma medida cautelar é especificamente designada para o processo de insolvência, o que significará que, em princípio, todas as medidas que conhecemos do processo civil podem ser aplicadas no processo de insolvência.

Novamente, torna-se necessário um discernimento casuístico por parte do juiz, baseado em critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Pois, mesmo que a medida cautelar em questão seja requerida (e não decretada oficiosamente pelo juiz), ficará sempre ao critério deste decidir se a mesma é a mais eficaz para o processo em causa.

2.3. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 675/2018

Entendemos relevante para a temática em investigação proceder a uma breve referência à decisão do Ac. do TC n.º 675/2018.

Tal decisão visou a apreciação, pelo plenário, da constitucionalidade do n.º 4 do artigo 17.º-G do CIRE, que refere que “Compete ao administrador judicial provisório na comunicação a que se refere o n.º 1 e mediante a informação de que disponha, após ouvir a empresa e os credores, emitir o seu parecer sobre se aquela se encontra em situação de insolvência e, em caso afirmativo, requerer a respetiva insolvência, aplicando-se o disposto no artigo 28.º, com as necessárias adaptações, e sendo o processo especial de revitalização apenso ao processo de insolvência.”

O preceito normativo em questão encontra-se previsto nas normas que regulam o Processo Especial de Revitalização (doravante PER), que terá sido requerido pelo devedor que se

85 Cfr. Ac. TRE de 26/09/2019, relatado por TOMÉ RAMIÃO. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

⁸⁶ Cfr. n.º2 do art. 33º CIRE.

encontre em situação económica difícil ou insolvência iminente, mas suscetível de recuperação.

Como é sabido, o PER tem como finalidade dar possibilidade de negociações com os credores com o intuito de revitalização do devedor, mediante a esperada aprovação de um plano de recuperação.

Caso o plano não seja aprovado, o administrador judicial provisório, após ouvir o devedor e os credores, emite um parecer sobre a situação do devedor, isto é, se este se encontra ou não impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.

Chegado a essa conclusão, de situação de insolvência do devedor, aplica-se o disposto no artigo 28.º do CIRE, o que culminará na declaração de insolvência até ao 3.º dia útil seguinte ao da emissão do parecer pelo administrador judicial provisório.

Os autos que deram origem a esta apreciação pelo TC recaem sobre o n.º 4 do artigo 17.º G do CIRE, no sentido que esta norma sugere uma paridade entre o parecer do administrador judicial provisório que conclui pela situação de insolvência e o próprio pedido de declaração de insolvência apresentado pelo devedor, mesmo quando o devedor discorde deste parecer.

Ora, este conceito de “imediato”, previsto no artigo 28.º do CIRE, levaria à conclusão do reconhecimento imediato pelo devedor da sua situação de insolvência e, conseqüente, dispensa da sua audiência.

Seria assim a insolvência decretada, sem que o devedor a pudesse contestar previamente.

Acresce que tal facto colidia necessariamente com a omissão das faculdades previstas no CIRE, nomeadamente, o previsto nos artigos 224.º, n.ºs 1 e 2, e 236.º, n.º 1, que compreendem, respetivamente, a administração da massa insolvente pelo devedor e pedido de exoneração do passivo restante, ficando naquele caso afastada a possibilidade de o devedor requerer tal exoneração.

O que, desde logo, diverge com o direito de acesso à justiça e aos tribunais, bem como o direito a um processo justo e equitativo, previstos como direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Neste sentido, entendem GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA que o direito de defesa e o direito ao contraditório traduz-se, fundamentalmente, na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte,

pronunciar-se sobre o valor e resultado destas provas⁸⁷.

Ora, veio o douto acórdão declarar inconstitucional este preceito legal, quando interpretado no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorde da sua situação de insolvência ou quando, simplesmente, este não haja manifestado a sua concordância.

De facto, neste entendimento, não se mostrou devidamente acautelado o princípio do contraditório pelo simples facto de o administrador judicial provisório proceder a audição do devedor antes da elaboração do seu parecer e pela circunstância de o devedor poder impugnar a declaração de insolvência (mediante embargos ou recurso à declaração de insolvência).

Tal entendimento, demonstra a relevância da matéria do contraditório e, conseqüente direito de defesa do devedor em sede de processo de insolvência.

2.3. O Arresto

Chegados à conclusão que o processo de insolvência atual visa, com elevada ênfase, a proteção dos credores, não seria de considerar a aplicação de uma providência que permita acautelar o receio do credor de uma possível perda de garantia patrimonial do seu crédito?

Parece-nos admissível.

Vislumbremos um caso hipotético: um credor dá entrada de uma petição inicial com o pedido de declaração de insolvência contra o devedor, pessoa singular.

O tribunal, procede à devida citação do mesmo, tendo tido conhecimento, através de requerimento chegado ao processo, que este teve um acidente e se encontra hospitalizado, prevendo-se que venha a ter alta médica dentro de 1 mês.

Não nos parece incompatível, e muito menos prejudicial aos credores, que o tribunal aguarde pela breve recuperação do devedor para proceder a sua audição e conseqüente possibilidade de oposição.

Contudo, e não olvidando o interesse dos credores, pode o tribunal oficiosamente ou a

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, reimp., Coimbra Editora, 2014. Pág. 417.

requerimento do credor, mediante o conhecimento da situação em que o devedor se encontra⁸⁸, lançar mão à faculdade concedida pelo artigo 31º do CIRE, isto é, a possibilidade de decretação de uma providência cautelar.

Desta forma, os dois interesses – a possibilidade de defesa do devedor e a proteção dos interesses dos credores – encontram-se salvaguardados.

Desvinculando agora do caso hipotético apresentado, e em outros possíveis casos que poderão vir a surgir, entendemos útil a aplicação das providências cautelares, nomeadamente e em especial, do arresto.

Como já temos evidenciado, as providências cautelares previstas no CPC podem, em sede de insolvência, ser aplicadas por conta da aplicação subsidiária prevista no artigo 17º do CIRE.

Ora, existindo credores, possivelmente requerentes até da insolvência do devedor, que pretendem ver assegurado o seu direito de crédito sobre o devedor, qual não seria a providência cautelar que melhor se aplicaria senão o arresto.

Ora, diz-nos o n.º 1 artigo 391º do CPC que a aplicação do arresto pressupõe a existência de dois requisitos: a provável existência de um direito de crédito e o justo receio de perda de garantia patrimonial sobre esse mesmo crédito.

Quanto ao primeiro requisito, a provável existência de um direito de crédito, tal já se encontrará devidamente evidenciado na petição inicial aquando do pedido de declaração de insolvência do devedor.

Já quanto ao segundo requisito, a lei, efetivamente, não exige a prova da verificação efetiva desse crédito, mas apenas a probabilidade da existência do mesmo⁸⁹.

Já quanto ao segundo requisito, de mais se dirá que a própria possível e futura situação de insolvência do devedor consubstancia, por si só, um justo receio de perda da garantia patrimonial do credor⁹⁰, a par com o perigo de o devedor praticar atos de ocultação, disposição,

⁸⁸ Situação esta que, apesar de não se pretender aprofundar esta temática por se entender não ser o objeto da presente dissertação, mas, não podendo deixar de referir, equipara-se, novamente, à situação civilística prevista no artigo 140º do CPC de justo impedimento na medida em que, poderá estar em causa um evento não imputável à parte que obste à prática atempada do ato.

⁸⁹ Veja-se, nesse sentido, o Ac. do TRL de 23-01-2020 relatado por NELSON BORGES CARNEIRO. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

⁹⁰ Nesse sentido, Ac. do TRP de 16-09-2009 relatado por ANABELA DIAS DA SILVA. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

alienação ou oneração do seu património.

A aplicação desta medida consistirá na apreensão judicial de bens do devedor, suscetíveis de serem penhorados⁹¹.

Tal medida temporária e com função meramente preventiva assegurará assim o justo receio de perda da garantia patrimonial do credor, sem descuidar de garantir o direito de defesa do devedor.

2.4. Cessação das providências cautelares

As providências cautelares podem ser requeridas ou decretadas oficiosamente, até que seja proferida sentença, ou seja, antes e depois da citação do devedor.

Assim, decretada a insolvência cessarão as medidas cautelares aplicadas, isto porque, com a decretação de insolvência cessará a situação provisória que originou a decretação das medidas cautelares.

A questão que se levanta será a sua manutenção (ou não) em caso de sentença que indefira o pedido de insolvência.

Para os Autores LUIS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA⁹² deveremos aplicar analogicamente e com carácter geral o previsto no n.º 2 do artigo 32.º do CIRE, referente a cessação das funções do administrador judicial, que expressamente prevê que “o administrador judicial provisório manter-se-á em funções até que seja proferida a sentença, sem prejuízo da possibilidade da sua substituição ou remoção em momento anterior, ou da sua recondução como administrador da insolvência”.

Tal comporta que as medidas cautelares decretadas devam extinguir-se com a sentença, seja ela absolutória ou condenatória, mesmo sem ter ocorrido o trânsito em julgado. E tal entendimento deve-se ao facto de o artigo 32.º não distinguir o conteúdo da decisão da sentença, atribuindo-lhe o mesmo resultado seja decretada a insolvência ou não.

Confessamos que não sufragamos desta questão pois entendemos, humildemente, que

⁹¹ N.º 2 do artigo 391.º do CPC.

⁹² Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015. Pág. 176.

tal condiciona todo o efeito útil da medida cautelar.

De facto, parece-nos mais atendível a manutenção da medida cautelar até ao trânsito em julgado da sentença absolutória, pois, esta ainda pode vir a ser revogada durante este período.

Tal tratar-se-á de um dos casos onde se deverá aplicar as regras do CPC, nomeadamente, a al. c) do n.º 1 do art. 373.º do CPC *ex vi* do art. 17.º do CIRE, o que significará que a providência cautelar apenas caducará com o trânsito em julgado da sentença absolutória, data em que, consequentemente, se extinguirá o procedimento cautelar.

CAPÍTULO V - A garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva

1. Considerações iniciais

A garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva comporta um direito fundamental, com assento constitucional nos artigos 20.º e 268.º da CRP.

Um direito fundamental que, como tal, se impõem diretamente a todos os órgãos públicos e privados, por força do princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no artigo 2.º da CRP, sendo os direitos fundamentais uma das suas bases de sustentação.

A propósito dos direitos fundamentais, a Autora Maria Amália Pereira dos Santos sufraga que “Os direitos fundamentais, porque positivados na Constituição, gozam ainda de prerrogativas próprias relativamente a outros direitos, uma vez que se encontram colocados no patamar superior da ordem jurídica – apresentando-se como garantias jurídicas contra o próprio legislador, que se encontra proibido de afectar o seu conteúdo”⁹³.

De facto, encontra-se em causa o direito ao acesso aos tribunais, na vertente da procura por uma solução jurídica de um determinado conflito, que deverá ser obtida em prazo razoável, mediante garantias estritas de imparcialidade e independência, com a observância pelo respeito ao contraditório das partes.

Mais do que o direito à parte contradizer a versão apresentada pela contraparte em pleito, o Tribunal Constitucional vem invocando este direito, como uma verdadeira garantia de participação efetiva das partes na lide, mediante a possibilidade, em clara igualdade, de participarem em todos os elementos que irão influir no objeto da causa, em todas e quaisquer partes do processo, que surjam como relevantes para a boa descoberta da verdade material.

Tal como o princípio da proibição da indefesa, que comporta não apenas o direito de impugnação de decisão, como também a possibilidade de intervir na discussão, antes da tomada final da decisão judicial.

Nada mais é, que uma decorrente consequência do reconhecimento à existência ao direito ao contraditório, com a finalidade de que se vivencie um processo justo, com respeito pelo acesso

⁹³ Cit. SANTOS, Maria Amália Pereira dos, O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva, artigo publicado na revista jurídica Julgar online, novembro de 2019. Pág. 1. disponível para consulta em < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/11/20191118-ARTIGO-JULGAR-O-Direito-%C3%A0-tutela-jurisdicional-efetiva-%C3%A0-luz-da-Constituição-%C3%A7-%C3%A3o-Maria-Am%C3%A1lia-Santos.pdf> >. Acedido em 13-08-2021.

ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, assente no artigo 20º da CRP.

O que, efetivamente, o seu nº1 impõe como regra fundamental da proibição da indefesa, visando que nenhuma decisão jurídica seja alcançada sem que o tribunal haja chamado o sujeito requerido a contestar e/ou argumentar.

A finalidade assente no princípio do contraditório não será assim a defesa no sentido negativo de se opor à atuação da contraparte, mas antes a posição de influência no processo, em sentido positivo, ao participar ativamente no decorrer da lide.

Devido a tal motivo, este princípio opõe-se, maioritariamente, a que sejam tomadas decisões judiciais fundamentadas em factos e/ou provas sobre as quais as partes não tiveram oportunidade de dizer o que lhes houvesse por conveniente.

Nesta esteira, estará vedada a possibilidade das *decisões surpresa*, conforme expressamente o prevê o artigo 3º do CPC.

Assim, por imposição constitucional ao *due process of law*⁹⁴, de forma a serem cumpridas todas as previsões legislativas, deverão, necessariamente, ser aplicadas as garantias ao contraditório e à igualdade de armas ao longo de todo o processo, permitindo a participação efetiva dos interessados.

Um processo só poderá ser considerado equitativo, com respeito pleno pelo princípio do contraditório, se todas as partes tiverem oportunidade de influírem ativamente no desenvolvimento da lide, que irá muito além da possibilidade de apresentar factos, questões de direito e provas que suportam a sua posição, mas também na possibilidade de se pronunciar contra as provas da contraparte e dizer o que houver por conveniente sobre as decisões tomadas.

Assim, existe uma obrigatoriedade de não obstruir, sem razão legal que o preveja, o exercício de direito de audição da parte demandada.

Contudo, o art. 20º da CRP prevê a garantia à tutela jurisdicional efetiva mas, também, o direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável.

Ora, tal inevitavelmente, irá implicar uma tramitação processual adaptada temporalmente que não compreenda dilações judiciais capazes de colocar em risco a resposta da justiça em

⁹⁴ Nas palavras de Gomes Canotilho: “a pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado” in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., 4.ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007. Pág 455.

tempo útil.

Razão pela qual, o legislador construiu este regime processual com vista à obtenção da decisão judicial em prazo razoável.

O que sucede é que este interesse constitucional na celeridade de resposta judiciária poderá conflitar com a garantia de audição dos sujeitos interessados no processo.

O Tribunal Constitucional vem entendendo que, entre os valores da proibição da indefesa e do contraditório, e os princípios de celeridade processual, da segurança e da paz jurídica, existe à partida uma relação de equivalência constitucional: todos estes valores detêm igual relevância, e todos são constitucionalmente protegidos⁹⁵.

E é por essa razão que o presente estudo se debruça sobre consagrações legais que não resultem no sacrifício unilateral dos valores em conflito.

Impõe-se a questão de saber se o princípio do contraditório poderá consagrar em pleno atendendo ao facto de a própria constituição prever no artigo 20.º uma preocupação com a celeridade.

Em virtude disso, à limitação a vigência do princípio do contraditório pode não acarretar no imediato a consequência legal da inconstitucionalidade do referido preceito legal, pois o legislador dispõe de uma larga margem de possibilidade de conciliação dos interesses em conflito.

Refira-se, aliás, que da própria letra da lei do nº 5 do artigo 20.º, decorre que a tutela jurisdicional é garantida quando ocorre violação de direitos, mas também quando se vislumbra o mero perigo da sua lesão, de onde se estabelece o instituto das providências cautelares que, com carácter urgente, servem de prevenção quando haja fundado receio de perda ou lesão grave de um direito existente.

Assim, a proibição de indefesa não deveria ser entendida como um princípio absoluto, mas sim em face do confronto subjacente entre os direitos e/ou princípios conflitantes, os quais poderão (ou não) culminar na sua limitação.

Nessa esteira, essa limitação aos direitos de defesa apenas poderá ser constitucionalmente concebível mediante o cumprimento dos requisitos vertidos nos n.ºs 2 e 3

⁹⁵ Op. Cit. Cit. SANTOS, Maria Amália Pereira dos, O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva. Pág. 16.

do artigo 18.º da Constituição.

Isto é, as restrições impostas devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Sendo que, as leis restritivas dos direitos de defesa têm de revestir carácter geral e abstrato, não podendo ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Deve-se, assim, respeitar-se três princípios que concretizam o juízo de ponderação a aplicar: os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Deste modo, a par do direito ao acesso à justiça e a um processo equitativo que necessariamente compreenderá um direito de defesa *versus* a necessidade de celeridade processual, a discricionariedade não estará unicamente sujeita aos limites constitucionalmente impostos.

Acreditamos que o espírito do legislador não pretendeu sobrepor ou revestir de maior ênfase o princípio da celeridade processual de forma a restringir ou aniquilar por completo o direito ao acesso à justiça, e o direito ao contraditório em particular.

De outro modo, não estaria o processo devidamente munido de instrumentos essenciais a atingir a verdade material obtendo assim uma decisão adequada, necessária e prudente.

2. A compatibilização (ou não) com o previsto no instituto da insolvência

Importa agora a questão de saber como na prática compatibilizar o peso e medida dos direitos e princípios *supra* invocados em sede de processo de insolvência, onde outros valores se levantam, como a proteção dos credores e a celeridade processual.

Ora, o princípio do contraditório deve ser entendido como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio de forma a, em plena igualdade, poderem influenciar todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação, direta ou indireta, com o objeto da causa e em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão⁹⁶.

Logo, é legítimo defender que, sem o princípio do contraditório, não existe forma de garantir a defesa do sujeito processual, seja quem ele for.

⁹⁶ FREITAS, José Lebre, REDINHA, João e PINTO, Rui, in “Código de Processo Civil Anotado”, vol. I, 1999, pág. 7.

O direito de defesa e o direito de audição que este princípio engloba nada mais é que a garantia ao processo equitativo que, constitucionalmente, se encontra garantido no n.º 4 do artigo 20.º da CRP. A regra será a de não decidir sobre algo ou praticar um ato que afete uma pessoa sem lhe dar oportunidade de resposta.

No decorrer de um processo judicial, cada parte deverá ser chamada, em alturas próprias, para se pronunciar sobre o interesse que ali se discute.

Como tal, não deveria ser às custas da supressão de atos processuais que contemplem esta natureza que se alcance a celeridade, esta, deveria ser alcançada através da eficiência do processo.

A intenção do legislador foi alcançar essa mesma eficiência através da redução de prazos processuais, da possibilidade de estes correrem em férias judiciais, da agilidade da comunicação do tribunal com os sujeitos processuais e através da prioridade à tramitação dos processos.

Dito isto, não deveria ser necessária a eliminação de atos ou, até, a sua realização de forma incorreta para que se obtenha a celeridade processual.

Apesar de necessário reconhecer que a resposta judiciária tende a ser morosa e, o vasto número de processos existentes não ajuda a melhorar a situação, custa-nos crer que esse motivo se reflita no direito à defesa de um sujeito processual.

O conflito entre a celeridade e o contraditório há-de resolver-se em face dos interesses em jogo e de todo o circunstancialismo envolvente, apelando a critérios de conveniência, adequação, razoabilidade e proporcionalidade⁹⁷.

Devemos, porém, admitir que será árdua a concomitância entre o Princípio do Contraditório e o Princípio da Celeridade Processual, admitindo ainda que, em determinadas situações, um poderá padecer em favor do outro.

Contudo, devemos ponderar pela aplicação de providencias cautelares como forma de salvaguarda dos interesses dos credores, arriscando até afirmar que tal medida se mostra mais eficaz para conservação da garantia patrimonial, do que a simples dispensa de audição do devedor.

⁹⁷ Assim se decidiu no acórdão do TRE de 30/11/2016, processo n.º 40/14.2T80LH-B.E1, relatado por GRAÇA ARAÚJO, disponível para consulta em: < www.dgsi.pt >

CONCLUSÕES

Após diversas alterações legislativas, a preocupação do legislador na elaboração do CIRE foi direcionada para a recuperação da empresa em estado de insolvência iminente, afastando a liquidação para um objetivo secundário, utilizado como forma de sanar a economia de agentes económicos que já não geravam riquezas.

Assim, o processo de insolvência caracteriza-se por ser um processo de execução universal com carácter urgente, que tem como finalidade a satisfação dos credores.

Pretendendo o processo de insolvência, na prossecução das suas finalidades, a satisfação dos credores, atendendo à celeridade que este processo exige, a particularidade estará no carácter urgente e na necessidade de compatibilizá-lo com o direito ao contraditório do devedor.

E foi esse, efetivamente, o foco de estudo da nossa dissertação.

De facto, o legislador, inteiramente preocupado com a celeridade processual, veio permitir que existam situações em que a audiência do devedor possa ser dispensada, mediante o preenchimento de alguma das situações elencadas no art. 12º do CIRE.

Com efeito, no que concerne ao momento da citação, o CIRE prevê que., se a citação for suscetível de acarretar uma demora excessiva pelo facto de o devedor, sendo uma pessoa singular, residir no estrangeiro, ou por ser desconhecido o seu paradeiro, esta pode ser dispensada.

Entendemos que o legislador pretendeu evitar a demora que a audiência do devedor poderia causar ao carácter urgente do processo de insolvência.

Do mesmo modo, entendemos que, para determinar a dispensa da audiência do devedor, torna-se necessário ao tribunal formular um juízo de forma casuística, devendo ser utilizados critérios de razão e proporção de forma ponderada sobre todas as circunstâncias atinentes à envolvente do processo, e, sempre depois de esgotadas todas as vias possíveis para a citação.

Não se mostrando possível a audiência do devedor em tempo útil, deverá o tribunal aferir pela aplicabilidade do nº 2 do art. 12, isto é, pela possibilidade da audiência de pessoas do círculo de relações do devedor: o representante, cônjuge ou parente, ou pessoa que com o devedor viva em união de facto ou dos seus administradores, caso se trate de pessoa coletiva.

E tal fundamenta-se por estarem aqui compreendidas pessoas que são de tal forma

próximas do devedor que conhecem a sua situação e são parte interessada na defesa dos seus interesses.

Já no que concerne à dispensa da audiência do devedor em sede de audiência de discussão e julgamento, pelos motivos atinentes no referido art. 12º, parece-nos pacífico, da leitura do art. 35º, que o legislador pretendeu afastar a possibilidade de dispensa da realização de audiência de discussão e julgamento quando o devedor/requerido haja deduzido oposição ao pedido de declaração de insolvência.

A ausência do devedor, quando ocorrida por dispensa da sua audiência, não poderia ter como cominação legal a confissão dos factos alegados pelo requerente na petição inicial, pelo simples motivo de que, não foi por sua vontade, que este não compareceu à audiência de discussão e julgamento.

Ao longo do presente estudo, refletimos sobre a aplicabilidade das providências cautelares no processo de insolvência, como alternativas que se mostrassem eficazes a acautelar os interesses dos credores, sem dispensarem, no imediato, a audição do devedor.

O art. 31º do CIRE, prevê expressamente, como uma das possíveis medidas cautelares a aplicar, a nomeação de um administrador judicial provisório com poderes exclusivos para a administração do património do devedor, ou para assistir o devedor nessa administração.

Contudo, entendemos que a possibilidade de decretação de providências cautelares não se basta pela providência suprarreferida, na medida em que o art. 17º do CIRE remete para a aplicação subsidiária do CPC ao processo de insolvência.

O receio da eventual prática de atos de má gestão pelo devedor, que poderá culminar no agravamento da sua situação económica, poderá originar o pedido, pelos interessados, da decretação da providência cautelar adequada, assim como pode esta ser oficiosamente decretada pelo juiz, antes ou após a citação do devedor.

Parece-nos que o arresto se afigura como uma medida adequada a proteção dos interesses dos credores.

De facto, da letra da lei do art. 391º do CPC, resulta que a aplicação do arresto pressupõe a existência de dois requisitos: a provável existência de um direito de crédito e o justo receio de perda de garantia patrimonial sobre esse mesmo crédito.

A provável existência de um direito de crédito já se encontrará devidamente evidenciada

na petição inicial aquando do pedido de declaração de insolvência do devedor e a possível e futura situação de insolvência do devedor consubstanciará, por si só, um justo receio de perda da garantia patrimonial do credor, a par com o perigo de o devedor praticar atos de ocultação, disposição, alienação ou oneração do seu património.

A aplicação desta medida consistirá na apreensão judicial de bens do devedor, suscetíveis de serem penhorados.

Tal medida temporária e com função meramente preventiva assegurará assim o justo receio de perda da garantia patrimonial do credor, sem descuidar de garantir o direito de defesa do devedor, nos casos que se mostre morosa a sua audição.

Concluimos, com o presente estudo, que o princípio do contraditório em sede do processo de insolvência deverá traduzir a junção de três vertentes: a proteção dos credores, a celeridade processual e o direito de defesa do devedor.

O que nos levou, inevitavelmente, a referência constitucional à tutela jurisdicional, direito fundamental, com assento nos arts. 20.º e 268.º da CRP.

Um processo só poderá ser considerado equitativo, com respeito pleno pelo princípio do contraditório, se todas as partes tiverem oportunidade de influir ativamente no desenvolvimento da lide, seja na possibilidade de apresentarem factos, questões de direito e provas que suportam a sua posição, como também na possibilidade se pronunciarem contra as provas da contraparte e dizer o que houver por conveniente sobre as decisões tomadas.

A limitação aos direitos de defesa apenas poderá ser constitucionalmente concebível mediante o cumprimento dos requisitos vertidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da CRP, devendo, as restrições impostas limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Assim, diríamos que, poderá mostrar-se muito mais eficaz à salvaguarda do justo receio de perda de garantia patrimonial dos credores, a decretação de uma providência cautelar, como o arresto, enquanto se prossegue as tentativas necessárias à audição do devedor, em tempo razoável, do que a mera dispensa da sua audição.

E nesta esteira de pensamento vem entendendo o Tribunal Constitucional que, entre os valores da proibição da indefesa e do contraditório, e os princípios de celeridade processual, da segurança e da paz jurídica, existe à partida uma relação de equivalência constitucional: todos

estes valores detêm igual relevância, e todos são constitucionalmente protegidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Coutinho de /RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2004;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., 4.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2007;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1.^o a 107.^o*, reimp., Coimbra Editora, 2014;

COSTA, Ricardo, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014;

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 7.^o Edição, Almedina, 2019;

Equipa de Reestruturações e Insolvências PLMJ, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra Editora, 2012;

FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2015;

FREITAS, José Lebre de, RENDINHA João e PINTO Rui, in “Código de Processo Civil Anotado”, vol. I, Almedina, 1999.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito da Insolvência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2017;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado*, 10.^o Edição, Almedina, 2018;

MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência Anotado e Comentado*, 4.^o Edição, Almedina, 2016;

SANTOS, Maria Amália Pereira dos, O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva, artigo publicado na revista jurídica Julgar online, novembro de 2019, disponível para consulta em < <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/11/20191118-ARTIGO-JULGAR-O-Direito-%C3%A0-tutela-jurisdicional-efetiva-%C3%A0-luz-da->

[Constiuti%C3%A7%C3%A3o-Maria-Am%C3%A1lia-Santos.pdf](#) >;

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e, Manual de Processo Civil, 2.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, 1985.

JURISPRUDÊNCIA

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 675/2018 de 2019-01-23, disponível para consulta em < <https://dre.pt/home/-/dre/118287709/details/maximized> >

Ac. do TRC de 08-04-2014, processo n.º 4135/12.9TBLRA-C.C1, relatado por CARLOS MOREIRA, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. do TRC de 12-07-2017, processo n.º 60/16.2T8PNH-B.C1, relatado por MARIA JOÃO AREIAS, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. do TRE de 13-09-2012, processo 706/12.TBLLE-A.E1, relatado por MARIA ALEXANDRA A. MOURA SANTOS, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. TRE de 30-11-2016, Processo n.º 40/14.2T8OLH-B.E1, relatado por GRAÇA ARAÚJO, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. do TRE de 11-05-2017, Processo n.º 2372/16.6T8STB-C.E1, relatado por SÍLVIO SOUSA, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. TRE de 26-09-2019, Processo n.º 1034/19.7T8STR-A.E1, relatado por TOMÉ RAMIÃO, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. do TRG e 21-05-2015, processo n.º 1/08.0TJVNF-EK.G1, relatado por ANA CRISTINA DUATE, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. Do TRL de 05-11-2009, processo n.º 322/07.0TYLSB-D.L1-6, relatado por ASCENSÃO LOPES, disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Ac. TRL de 25-10-2011, processo n.º 1143/10.TJLSB-C.L1-1, relatado por ANTONIO

SANTOS, disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Ac. do TRL de 19-02-2013, processo nº 279/12.5TBLNH-A.L1-1, relatado por RUI VOUGA,
, disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Ac. do TRL de 25-05-2017, processo nº 4163/16.5T8VFX-D.L1-2 relatado por EZAGÜY
MARTINS, disponível para consulta em: <www.dgsi.pt>

Ac. do TRL de 23-01-2020, processo nº 20962/18.0T8SNT.L1-2 relatado por NELSON
BORGES CARNEIRO. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Ac. do TRP DE 29/11/2006, processo nº0655818, relatado por PINTO FERREIRA.
Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Ac. do TRP de 16-09-2009, processo nº 3994/08.4TBVLG-C.P1 relatado por ANABELA
DIAS DA SILVA. Disponível para consulta em < www.dgsi.pt >.

Ac. TRP de 17-06-2013, processo nº1814/12.4TJRT-B.P1, relatado por MARIA ADELAIDE
DOMINGOS, disponível para consulta em < www.dgsi.pt >

Ac. do TRP de 12-12-2013, Processo nº629/13.7TBPNF-B.P1, relatado por ARISTIDES
RODRIGUES DE ALMEIDA, disponível para consulta em <www.dgsi.pt>