

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

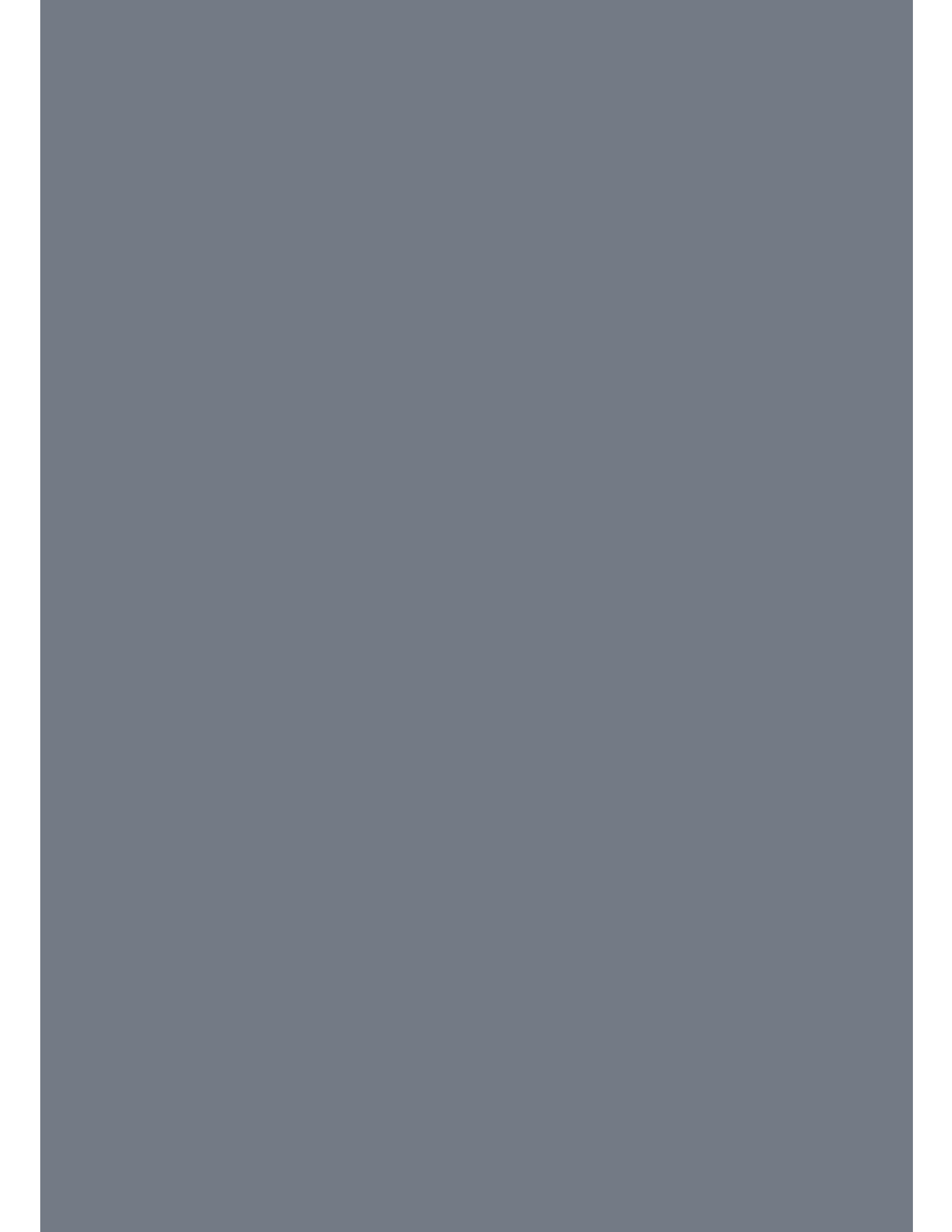
fct Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

A NOVA PROPOSTA DE DIRETIVA SOBRE DIREITO DA INSOLVÊNCIA

HARMONIZAÇÃO DO DIREITO E
DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

Coordenação Alexandre de Soveral Martins







Ficha Técnica

TÍTULO

A Nova Proposta de Diretiva sobre Direito da Insolvência

COORDENAÇÃO

Alexandre de Soveral Martins

CAPA

Dalldesign

EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

geral@ij.uc.pt • www.uc.pt/fduc/ij

Colégio da Trindade • 3000-018 Coimbra

e-ISBN: 978-989-9075-71-9

DOI: <https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/livro>

Maio 2024

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia - Projeto UIDB/04643/2020; DOI 10.54499/UIDB/04643/2020 - <https://doi.org/10.54499/UIDB/04643/2020>)

A Nova Proposta de Diretiva sobre Direito da Insolvência

Coordenação:
Alexandre de Soveral Martins



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Índice

<i>Nota prévia</i> , Maria João Antunes e Alexandre de Soveral Martins.....	7
Carlos Gómez Asensio, <i>La insolvencia de las microempresas</i>	11
David Sequeira Dinis e Luís Bértolo Rosa, <i>A liquidação do ativo na proposta de diretiva em matéria de insolvência apresentada pela Comissão Europeia</i>	31
Alexandre de Soveral Martins, <i>Resolução em benefício da massa insolvente</i>	45
Alessio Bartolacelli e Aldo Laudonio, <i>A hazy Passage between Scylla and Charibdys: Liability under the Proposal for an Insolvency Directive</i>	65

Resolução em benefício da massa insolvente

(<https://doi.org/10.47907/diretivasobredireitodainsolvencia/03>)

Alexandre de Soveral Martins¹

RESUMO: A Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência contém um número significativo de disposições que poderão ter consequências importantes para o regime de resolução em benefício da massa atualmente previsto no CIRE. Uma vez que a resolução em benefício da massa insolvente permite restituir à massa o que dela não deveria ter saído, procura garantir que as classes de créditos não são alteradas subitamente na proximidade do início do processo de insolvência e permite libertar de garantias os bens onerados, tendendo a valorizá-los, justifica-se estudar em profundidade as alterações em preparação. O presente trabalho é um passo mais nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução em benefício da massa insolvente; Garantias das obrigações; Massa insolvente.

ABSTRACT: The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonizing certain aspects of insolvency law contains a significant number of provisions that could have important consequences for the avoidance actions provisions of the Portuguese Insolvency Law (CIRE). Since avoidance actions make it possible to return to the estate what should not have left it, seeks to ensure that the classes of claims are not suddenly changed when insolvency proceedings are about to begin and makes it possible to free encumbered assets from guarantees, tending to increase their value, it is justified to study the changes in preparation in depth. This work is a further step in that direction.

KEYWORDS: Avoidance actions; Guarantees; Insolvent estate.

1. Considerações gerais introdutórias. A terminologia

A Nova Proposta de Diretiva sobre direito da insolvência² contém um número significativo de disposições que poderão ter consequências importantes para o regime de resolução em benefício

¹ Professor Associado com Agregação, Univ Coimbra, IJ, FDUC; Orcid ID 0000-0001-6480-3492; soveralm@fd.uc.pt.

² Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência, COM(2022) 702 final.

da massa atualmente previsto no CIRE³. A Proposta não utiliza essa terminologia, referindo-se antes às ações de «impugnação pauliana» na versão em português. A versão em inglês usa os termos *avoidance actions*, enquanto a versão em espanhol trata das *acciones revocatorias*. O Considerando (5) justifica que se faça uma leitura ampla daquela expressão⁴. Trata-se de mecanismos que «permitam anular os atos jurídicos que sejam prejudiciais para os credores e que se tornem atos jurídicos definitivos antes da abertura do processo de insolvência» e «visam inverter os efeitos prejudiciais do ato jurídico para a massa insolvente»⁵. Essa leitura abrangente é igualmente adotada no Guia Legislativo da UNCITRAL (*Legislative Guide of Insolvency Law*), podendo ler-se no Glossário que acompanha a Parte I que as «avoidance provisions» são «provisions of the insolvency law that permit transactions for the transfer of assets or the undertaking of obligations prior to insolvency proceedings to be cancelled or otherwise rendered ineffective and any assets transferred, or their value, to be recovered in the collective interest of creditors».

A resolução em benefício da massa insolvente e mecanismos semelhantes permitem restituir à massa o que dela não deveria ter saído e procuram garantir que as classes de créditos não são alteradas subitamente na proximidade do início do processo de insolvência⁶. A resolução que diz respeito a garantias liberta das mesmas os bens que estavam onerados e, dessa forma, tende a

³ Para os antecedentes em Portugal, *vide* Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022, 40. Para a Inglaterra e Gales, situando as primeiras «avoidance provisions» em 1376, Rebecca PARRY, «Introduction», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 3-6, 4.

⁴ Referindo-se a um «umbrella term», Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2023, 8.

⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, Cambridge: Intesentia, 2022, 23, usam a expressão «avoidance» como «representative for other expressions such as “challenge”, “claw-back”, or “setting aside”». Em sentido próximo, Catarina SERRA, *Lições de direito da insolvência*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021, 239. A obra de Bork e Veder parece ter servido de inspiração aos autores da Proposta tendo em conta a proximidade entre ambos os textos relativamente a muitos aspetos. No mesmo sentido, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 212. Outros trabalhos também se ocuparam da necessidade de aproximação das legislações dos Estados-Membros: *vide* Roelf Jakob DE WEIJS, «Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies», *International Insolvency Review*, 20 (2011), 219-244; Federico MUCCIARELLI, «Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension», *European Business Organisation Law Review*, 14/2 (2013) 175-200, Andrew KEAY, «The Harmonisation of the Avoidance Rules in European Union Insolvency» *International and Comparative Law Quarterly*, 66/1 (2017) 79-105; Andrew KEAY, «Harmonisation of Avoidance Rules in European Union Insolvencies: the Critical Elements in Formulating a Scheme», *Northern Ireland Legal*, 69/2 (2018) 85-106, Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2017, especialmente p. 130 e ss., Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 157 e ss. (com as referências indicadas). O estudo da INSOL com o título *Harmonization of Insolvency Law*, 2010, olhou igualmente para o tema, bem como o documento intitulado *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level: Avoidance Actions and Rules on Contracts. Note*, de 2011, patrocinado pelo Parlamento Europeu.

⁶ Rebecca PARRY, «The Rationale of the Transaction Avoidance Provisions of the Insolvency Act 1986», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 7-24, 24.

valorizá-los⁷. A existência de regimes de «impugnação pauliana» funciona ainda como um instrumento preventivo relativamente à prática de atos que prejudicariam os credores⁸ e, sendo o caso, a própria recuperação do devedor⁹.

A certeza e estabilidade jurídicas, bem como a proteção da confiança, são, certamente, afetadas pelo regime de resolução em benefício da massa insolvente/«ação pauliana», mas poderão ser alcançadas através dos requisitos que a lei estabelece para que o mesmo se aplique¹⁰.

Os atos podem ter sido praticados de forma a beneficiar algum ou alguns credores perante a aproximação ou a existência da situação de insolvência. Mas não necessariamente. O beneficiário do ato pode intervir para permitir ao devedor o «parqueamento» do bem ou porque se pretende pura e simplesmente dar ao beneficiário uma qualquer vantagem e até sem que seja credor. Os próprios sócios podem ter sido beneficiados através de «esquemas de transferência de valor»¹¹.

Muitos atos que podem ser objeto de «impugnação pauliana» não são inevitavelmente inválidos ou ineficazes quando não tem lugar a declaração de insolvência do devedor. Um devedor que faz uma doação está a praticar um ato a título gratuito (v. art. 7.º, 1, da Proposta e art. 121.º, 1, b), do CIRE). Uma doação, só por si, não é ilícita, como não o é a constituição de uma garantia. O regime das ações de «impugnação pauliana» ou da resolução em benefício da massa insolvente constitui, assim, uma clara intromissão na autonomia privada, que se pode justificar através das finalidades do processo de insolvência e dos interesses que o regime deste último pretende prosseguir¹².

A «impugnação pauliana» é tratada com desenvolvimento nos arts. 4.º a 12.º da Proposta. Aí encontramos disposições gerais, regras quanto às condições específicas ou fundamentos da impugnação e outras sobre as consequências da «impugnação pauliana». O art. 47.º pretende estabelecer algumas especialidades para os processos simplificados de liquidação de microempresas. As disposições referidas constituem um passo tão mais significativo quanto a Diretiva 2019/1023 não se ocupou da «impugnação pauliana» a não ser no que diz respeito à proteção do financiamento intercalar e do novo financiamento¹³.

⁷ Sem esquecer, naturalmente, que algumas garantias podem extinguir-se com a declaração de insolvência: para Portugal, vide o art. 97.º do CIRE.

⁸ Rebeca PARRY, «The rationale of the transaction avoidance provisions of the Insolvency Act 1986», 15, embora com perspetiva crítica acerca da função referida.

⁹ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 10.

¹⁰ Sobre o conflito entre o princípio da proteção da confiança e os princípios da igualdade de tratamento dos credores e da melhor satisfação possível dos credores, Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 55; vide tb., com especial atenção dedicada ao princípio da igualdade de tratamento dos credores, Reinhard BORK, «Kap. 1: Grundgedanke, Geschichte, Bedeutung», in Reinhard BORK (Her.), *Handbuch des Insolvenzanfechtungsrecht*, Köln: RWS, 2006, 1-20, 3.

¹¹ Sobre estes, Reinhard BORK / Catarina SERRA, «Esquemas de transferência de valor», DSR, 23/12 (2020) 13-38, 14.

¹² Vide Rebeca PARRY, «The rationale of the transaction avoidance provisions of the Insolvency Act 1986», 13 e ss.

¹³ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 51, lembra também esse aspeto.

Neste texto vamos abordar, no ponto seguinte (2.), as razões que justificam a existência de normas destinadas a aproximar as legislações dos Estados-Membros no que diz respeito ao regime de «impugnação pauliana». Depois, olharemos para o art. 4.º das «disposições gerais», procurando ver o que significam as expressões «prejuízo para o conjunto dos credores», «atos jurídicos definitivos», «abertura do processo» e «anulação ou declaração de nulidade», bem como para o significado da harmonização mínima exigida pelo art. 5.º (3.). Segue-se um percurso através dos fundamentos para a «impugnação pauliana»: as preferências do art. 6.º (4.), os atos jurídicos a título gratuito ou com contraprestação manifestamente inadequada de que se ocupa o art. 7.º (5.) e os atos intencionalmente prejudiciais para os credores que surgem no art. 8.º (6.)¹⁴. Mostraremos ainda o relevo dado às omissões (7.) e trataremos das consequências das ações de «impugnação pauliana» (8.). Chamaremos também a atenção para algumas especialidades relativas às microempresas que podem ser encontradas no art. 47.º (9.). Terminaremos com umas quantas observações finais (10.).

2. Riscos da falta de harmonização

Após a declaração de insolvência, tem lugar (em regra) a transferência dos poderes de administração e disposição para o administrador da insolvência. Os atos do devedor que não respeitem aquela alteração têm um regime próprio.

Para o que sucede antes dessa transferência de poderes, o panorama europeu revela muitas diferenças¹⁵. O Regulamento 2015/848 manda aplicar o direito do Estado da *abertura do processo* quanto às «regras referentes à nulidade, à anulabilidade ou à impugnação dos atos prejudiciais ao interesse coletivo dos credores» (art. 7.º, 2, m))¹⁶.

Mas o art. 16.º do Regulamento mostra os perigos de ter regimes muito diferentes¹⁷: «O artigo 7.º, n.º 2, alínea m), não é aplicável se quem tiver beneficiado de um ato prejudicial a todos os credores fizer prova de que: a) Esse ato é regido pela lei de um Estado-Membro diferente do Estado de abertura do processo; e b) A lei desse Estado-Membro não permite a impugnação do ato por nenhum meio»¹⁸. Quando as operações que se pretende impugnar tenham natureza

¹⁴ De forma semelhante, a Insolvency Act de 1986 estabelece a distinção entre «preferences» (Sec. 239), «transactions at an undervalue» (Sec. 238) e «transactions defrauding creditors» (Sec. 423).

¹⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 12, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, p. 78 e ss.

¹⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 13. Por sua vez, o art. 6.º, 1, do Regulamento confere aos «órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território for aberto o processo de insolvência nos termos do artigo 3.º» a competência «para apreciar as ações que decorram diretamente do processo de insolvência e que com este se encontrem estreitamente relacionadas, como as ações de impugnação pauliana».

¹⁷ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 13 e 142.

¹⁸ O preceito deixa algumas dúvidas a pairar. Desde logo, quanto à questão da sua aplicabilidade quando esteja em causa a lei de um Estado terceiro (com relevo, Ac. TJUE C-328/12 *Schmid v. Hertel*) ou quanto à natureza das leis que podem ser invocadas (substantivas/processuais: v., com interesse, o Ac. TJUE C-557/13, *Lutz v. Bauerle*). Sobre a discussão quanto ao art. 16.º do Regulamento, p. ex., Alexandre de Soveral MARTINS,

transfronteiriça, o regime mencionado vai criar incertezas. As cláusulas contratuais com que se pretenda escolher o direito aplicável ao negócio poderão constituir tentativas de fuga a regimes de «impugnação pauliana»¹⁹.

Uma Diretiva que apenas pretenda uma harmonização mínima torna mais difícil alcançar grande proximidade entre os regimes dos diversos Estados-Membros²⁰, com as inerentes consequências no que diz respeito à capacidade para atrair capitais, à disponibilidade de crédito e ao eventual *forum shopping*²¹.

3. As disposições gerais sobre a «impugnação pauliana»

3.1. Prejuízo para o conjunto dos credores

O art. 4.º da Proposta dispõe que os «Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos que se tornem atos jurídicos definitivos antes da abertura do processo de insolvência e que prejudiquem o conjunto dos credores podem ser anulados ou declarados nulos nas condições previstas no capítulo 2 do presente título». Estão em causa atos que prejudiquem o conjunto dos credores, sendo relevante o momento em que os atos se tornam definitivos. Prejudicam o conjunto dos credores porque reduziram os ativos disponíveis para pagar àqueles ou interferem na graduação dos créditos que deve orientar a realização dos pagamentos²².

O prejuízo para o conjunto dos credores é um requisito semelhante ao prejuízo para a massa que está previsto no art. 120.º, 1, do CIRE e que é presumido, de forma inilidível, nas hipóteses do art. 121.º (v. art. 120.º, 3). Nos termos do art. 120.º, 2, do CIRE, são prejudiciais à massa «os atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência».

Sobre o requisito «detriment to the general body of creditors» que constava da sua Proposta e que consta da Proposta da Comissão, Bork e Veder escreviam: «The test is whether the creditors participating in the insolvency proceedings would be better off without the transaction in question. If this is the case, the transaction is disadvantageous for the general body of creditors». A isso parece conduzir também o art. 120.º, 2, do CIRE.

Um Curso de Direito da Insolvência, vol. I, 306, Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 175 (aludindo a um verdadeiro veto), Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 2 e ss. Esta última autora mostra que também não é claro a que soluções conduzirá o art. 6.º, 2, do Regulamento (p. 67).

¹⁹ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 176 e ss.

²⁰ Vide tb. Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 205.

²¹ Vide Giorgio CORNO, Prime riflessioni sulla proposta della Commissione europea di armonizzazione di alcuni profili della disciplina deele azione revocatorie nelle procedure di insolvenza e sul possibile impatto sulla normativa italiana, [Consult. 28 Dez. 2023]. Disponível em: <https://www.dirittodellacrisi.it/articolo/prime-riflessioni-sulla-proposta-della-commissione-europea-di-armonizzazione-di-alcuni-profilo-della-disciplina-delle-azioni-revocatorie-nelle-procedure-di-insolvenza-e-sul-possibile-impatto-sulla-normativa-italiana>, Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 180.

²² Em sentido próximo, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 16.

Vejamos um pouco melhor alguns dos segmentos do art. 4.º.

3.2. Atos jurídicos definitivos

A determinação do momento a considerar para se saber se o ato é ou não impugnável tem uma importância central num regime de resolução/«impugnação pauliana». É fácil verificar que existe aí alguma distância entre o regime do CIRE e o texto da Proposta. O art. 120.º, 1, do CIRE faz referência à prática do ato. O art. 121.º, 1, usa vários termos: momento em que o ato é celebrado, momento da constituição, pagamento, ato de extinção, momento da realização... Por sua vez, a Proposta tem em vista o momento em que os atos jurídicos *se tornam definitivos* (art. 4.º). Mas não parece afastado que os atos jurídicos sejam considerados impugnáveis antes de adquirirem esse carácter definitivo.

Os atos relevantes são, apenas, os atos jurídicos: atos que tenham consequências jurídicas²³. Não é ato jurídico, por exemplo, a declaração de um/a devedor/a a um/a credor/a de que gosta mais dele/a do que de todos/as os/as outros/as credores/as.

Para saber quando é que um ato se torna definitivo, será útil recorrer ao Considerando (5) da Proposta. Aí se lê o seguinte: «Dado que as ações de impugnação pauliana visam inverter os efeitos prejudiciais do ato jurídico para a massa insolvente, é conveniente remeter para a conclusão da causa deste prejuízo como o momento pertinente, nomeadamente para a perfeição do ato jurídico e não para a execução da prestação». O exemplo que se segue naquele Considerando também ajuda a compreender do que se trata: «no caso de uma transferência de dinheiro por via eletrónica, o momento pertinente não deve ser quando o devedor dá instruções à instituição financeira para transferir o dinheiro para um credor (prática do ato jurídico), mas quando a conta do credor é creditada (perfeição do ato jurídico)».

A referência à «conclusão da causa» mostra, também aqui, a influência que Bork e Veder tiveram na redação que foi dada à parte da Proposta de Diretiva dedicada às ações de impugnação. Escreviam assim aqueles autores²⁴: «Given that transactions avoidance law aims at reversing the disadvantageous effects of the transaction for the estate, it seems preferable to us to refer to the completion of the cause for this disadvantage as the relevant point in time, i.e. to the completion or perfection rather than to the execution of the performance».

Assim, supondo que se trata de uma doação de ações, a data relevante não seria a do contrato de doação, mas a do registo da transmissão no registo de ações. Isto, obviamente, levaria a proteger mais os credores. Quando um registo seja constitutivo, é também esse o momento relevante.

Para as omissões, seria relevante o momento em que os efeitos desvantajosos das mesmas se produzissem. É também isso que propõem Bork e Veder²⁵: «the point in time where the disadvan-

²³ Não existe um conceito europeu de «legal act»: vide Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 186 e ss. e 205.

²⁴ Vide Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 158.

²⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 158.

tageous legal effects of the forbearance come into effect». Para as execuções movidas por credores, seria relevante o momento em que os bens foram apreendidos: «the point in time where the bailiff (or another enforcement body) seizes assets of the estate, provided the seizure would be enforceable in insolvency proceedings without transactions avoidance law»²⁶. Claro está que, relativamente a essas execuções, seria necessário ter em conta os efeitos processuais da declaração de insolvência.

3.3. Abertura do processo

O ato jurídico deve ter-se tornado definitivo antes da abertura do processo de insolvência. Essa abertura não coincide com o momento em que o processo se considera pendente de acordo com o direito processual civil português²⁷.

A Proposta também distingue entre apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência e abertura do processo de insolvência (v., p. ex., Considerandos 32, 33 e 47, e os arts. 42.º, 45.º, 46.º, 2, 48.º, 2, 58.º, 2).

Como já foi escrito²⁸, o momento de abertura do processo de insolvência deve ser visto como «o concreto momento em que o processo produz efeitos como tal, em particular o momento em que o devedor perde o direito de dispor dos seus bens, e o regime aplicável deixa de ser o contratual para passar a ser o insolvencial» («the concrete point in time when the proceedings take full effect, in particular the point in time at which the debtor is divest of the right of disposal, and changes the applicable legal regime from general civil law (contract law) to insolvency law»). Parece também que o momento de abertura será o do início oficial do processo de insolvência e em que «o direito da insolvência – incluindo o regime da resolução em benefício da massa – se aplica» («insolvency law – including transactions avoidance law – applies»)²⁹. O processo de insolvência só o é verdadeiramente com a declaração de insolvência.

3.4. Anulação ou declaração de nulidade

Os atos objeto de «impugnação pauliana» procedente serão «anulados ou declarados nulos». No entanto, a anulabilidade e a nulidade são figuras que, entre nós, têm um significado específico. Remetem para vícios que ocorrem no momento da prática do ato: vícios genéticos³⁰.

²⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 158. Nos termos do art. 149.º, 1, a), CIRE, a apreensão no processo de insolvência prevalece sobre a que ocorra em processo executivo.

²⁷ É o seguinte o teor do art. 259.º, 1, do CPC: «A instância inicia-se pela proposição da ação e esta considera-se proposta, intentada ou pendente logo que a respetiva petição se considere apresentada nos termos dos n.ºs 1 e 6 do artigo 144.º».

²⁸ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 95.

²⁹ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 159.

³⁰ Vide Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora 2001, 461 (a invalidade caracterizada «a partir da natureza genética dos vícios que estão na sua origem»), Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO), Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 625 (vício «contemporâneo» da formação do negócio), Heinrich Ewald

Com a resolução em benefício da massa não é isso que se verifica. A resolução em benefício da massa insolvente ocorre por decisão do administrador da insolvência e assemelha-se mais a uma resolução contratual³¹. Na versão em inglês da Proposta vemos dito que o ato pode ser «declared void», o que não significa exatamente o mesmo que anulação ou declaração de nulidade. Pode ser ou não. A «avoidance» tem a sua origem na expressão «void». E o termo tem um significado muito lato, incluindo os casos em que o administrador da insolvência pode eliminar os efeitos de uma transação³². Essa eliminação de efeitos pode ter lugar através da resolução em benefício da massa insolvente de que trata o CIRE³³.

3.5. Harmonização mínima

O art. 5.º da Proposta mostra que as soluções pretendidas estão concebidas como medidas de harmonização mínima: os Estados-Membros podem «manter ou adotar disposições que prevejam um maior nível de proteção dos credores»³⁴.

Assim, e por exemplo, onde o CIRE contenha mais fundamentos de resolução em benefício da massa não será necessário introduzir alterações. Onde o CIRE contenha prazos de suspeição mais longos, não será necessário alterá-lo. Em suma: onde o CIRE torne mais fácil a resolução em benefício da massa, não será necessário modificá-lo.

E isto é muito importante também por causa dos fundamentos ou critérios para a resolução que constam dos arts. 6.º, 7.º e 8.º da Proposta. À primeira vista, a terminologia usada na Proposta causa alguma estranheza. Nela surgem mencionadas as preferências, os atos jurídicos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente inadequada e os atos jurídicos intencionalmente prejudiciais para os credores.

HÖRSTER / Eva Sónia Moreira da SILVA. *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 226 (a invalidade como «deficiência genética»); para a Espanha, Josefina HUELMO REGUEIRO, *La acción rescisoria concursal*, Barcelona: Bosch, 2016, 44 (a nulidade e a anulabilidade «se fundamentan en la existência de un vicio del próprio acto o negocio jurídico ya desde su origen»). Mas v., admitindo a nulidade superveniente, António Menezes CORDEIRO, «Insolvência: da resolução da fiança e do aval em benefício da massa; o interesse em agir», ROA, 1/50 (abr. 1990) 159-180, 176, nt. 4.

³¹ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, cit., p. 243, referem-se a uma declaração «comparable to a right of termination or cancellation in contract law»; v. tb. p. 125.

³² Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 22, referem-se a regras para «rescinding (the effects of) transactions performed prior to the opening of insolvency proceedings».

³³ Embora, quanto a esta, também se discuta a qualificação: v., com as várias alternativas (resolução, resolução atípica, nulidade, anulabilidade, impugnação pauliana, natureza mista), Gravato MORAIS, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Coimbra: Almedina, 2008, 190 e ss. As discussões existem também noutros ordenamentos: para a Alemanha, Reinhard BORK, «Kap. 1: Grundgedanke, Geschichte, Bedeutung», 4 e ss.; para a Espanha, Josefina HUELMO REGUEIRO, *La acción rescisoria concursal*, 42 e ss.

³⁴ O art. 5.º tem o seguinte teor: «A presente diretiva não impede os Estados-Membros de adotarem ou de manterem disposições relativas à nulidade, à anulabilidade ou à inexecutabilidade dos atos jurídicos prejudiciais para o conjunto dos credores no contexto dos processos de insolvência, sempre que essas disposições proporcionem uma maior proteção do conjunto dos credores do que as previstas no capítulo 2 do presente título».

Porém, bem vistas as coisas, as diferenças relativamente ao que vemos estabelecido no CIRE não são assim tão grandes. O ponto de partida, esse sim, é diferente.

4. Preferências

Começemos pelas preferências de que se ocupa o art. 6.º. Aí vamos encontrar, no n.º 1, a menção a atos jurídicos que beneficiem um credor ou grupo de credores através da satisfação de credores, da constituição de garantias ou por outra forma. No n.º 2, olha-se para os casos de satisfação ou constituição de garantia que se possa considerar regular³⁵.

Temos, assim, pagamentos, outras formas de satisfação do credor, garantias e outros atos que beneficiam um credor ou grupo de credores³⁶. E deve tratar-se sempre de atos que prejudiquem o conjunto dos credores.

A verdade, porém, é que muitos pagamentos e muitas garantias são já abrangidos pelo art. 121.º do CIRE. E esses têm um regime bem mais rigoroso, em regra, do que o resultante da Proposta:

- a) Os prazos são maiores, em regra, no art. 121.º, 1;
- b) Não é necessário que, no momento da prática do ato, o devedor já não fosse capaz de pagar as dívidas vencidas;
- c) Não é necessário provar que o credor sabia, ou devia saber, que o devedor estava incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência.

Merecem maior atenção duas alíneas do art. 121.º, 1, do CIRE. Por um lado, quanto aos requisitos apostos para as garantias pessoais: a exigência de que não exista «real interesse para ele», insolvente, prevista no art. 121.º, 1, d), não está em conformidade com o art. 6.º da Proposta. Por outro, o prazo da constituição de garantias reais em simultâneo com a constituição da obrigação garantida (art. 121.º, 1, e)) é curto (60 dias é pouco tendo em conta a Proposta).

Como referimos, o primeiro fundamento de impugnação surge designado na Proposta como «preferências». O termo compreende-se se considerarmos que se trata de atos que, ao beneficiarem

³⁵ «Artigo 6.º Preferências 1. Os Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos que beneficiem um credor ou um grupo de credores mediante satisfação, constituição de garantias ou de qualquer outra forma podem ser anulados ou declarados nulos se se tornarem atos jurídicos definitivos: a) Três meses antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência, na condição de o devedor não ser capaz de pagar as suas dívidas vencidas; ou b) Após a apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência. [...] 2. Se um crédito devido for regularmente satisfeito ou garantido, os Estados-Membros devem assegurar que o ato jurídico só pode ser anulado ou declarado nulo se: a) Estiverem preenchidas as condições previstas no n.º 1; e b) O credor soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência. Se o credor for uma parte que tem uma relação estreita com o devedor, presume-se que tem conhecimento dos factos referidos no primeiro parágrafo, alínea b)» [...].

³⁶ Considerando que as preferências dizem respeito ao «issue of a debtor paying one or more creditors immediately before the insolvency», Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 11. A autora entende que «granting of security as a form of preference may be a problematic aspect» devido à falta de harmonização do regime dos «security rights» (p. 191).

um ou mais credores, lhes deram um estatuto preferencial. Foram tratados preferencialmente em relação aos outros.

Quanto aos atos abrangidos pelo art. 6.º, 1, a), da Proposta, vemos que se trata da satisfação, constituição de garantias ou outros atos que beneficiem um credor ou grupo de credores.

De acordo com o Considerando (8) da Proposta, estão em causa, nomeadamente, «pagamentos prematuros, a satisfação através de meios de pagamento não habituais, a subsequente constituição de garantia de um crédito não garantido até à data e que não tenha sido já acordada no âmbito do acordo de dívida original, a concessão de um direito de rescisão extraordinário ou outras alterações não previstas no contrato subjacente, a renúncia a mecanismos de defesa ou de objeção jurídica ou o reconhecimento de dívidas contestáveis».

Alguns desses atos não estarão previstos no art. 121.º do CIRE. Nesses casos, parece que será necessário alterar a legislação nacional. Eles devem poder ser resolvidos sem a exigência de má-fé, ao contrário do que resulta do art. 120.º, 5, do CIRE. Mas será necessário que o devedor não seja capaz de pagar as dívidas vencidas.

O art. 6.º, 1, b), da Proposta justifica uma comparação com o art. 120.º, 5, c), do CIRE. Este último considera estar de má-fé o terceiro que conhece o início do processo de insolvência à data do ato. Mas o art. 6.º, 1, b), da Proposta não exige esse conhecimento.

Porém, nos casos do art. 6.º, 2 (crédito regularmente satisfeito ou garantido), a Proposta já exige que o credor soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência. Veja-se que estão aí agora abrangidas situações em que o crédito foi regularmente satisfeito ou garantido. Essas hipóteses de satisfação ou constituição de garantias têm, por isso, de ser retiradas do âmbito de aplicação do n.º 1. E porque houve satisfação regular ou garantia constituída também de forma regular, compreende-se que as exigências para a impugnação sejam maiores. A anulação ou declaração de nulidade necessita de prova de que o credor sabia, ou devia saber, «que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência» (presumindo-se esse conhecimento quanto a credores que sejam partes com relação estreita com o devedor)³⁷.

O art. 6.º, 3, a), da Proposta também é interessante³⁸. Quanto aos atos executados diretamente mediante contraprestação justa³⁹ em benefício da massa insolvente, estabelece que não podem ser declarados nulos ao abrigo do regime dos n.ºs 1 e 2.

³⁷ Quando é que o devedor deve saber o referido? Basta que atue com culpa ao desconhecer? Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 192, são menos exigentes, pois consideram que é de exigir negligência grosseira («gross negligent ignorance»).

³⁸ «Em derrogação dos n.ºs 1 e 2, os Estados-Membros devem assegurar que os seguintes atos jurídicos não podem ser declarados nulos: a) Os atos jurídicos executados diretamente mediante contraprestação justa em benefício da massa insolvente [...]».

³⁹ Criticando a incerteza que o termo «fair» gera, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 207.

Sobre eles, lê-se o seguinte no Considerando (9): «Esses atos jurídicos visam apoiar a atividade diária normal da empresa do devedor [...] devem ter uma base contratual e exigir a realização direta das prestações mútuas, mas não necessariamente uma realização simultânea das prestações, uma vez que, nalguns casos, podem ocorrer atrasos inevitáveis devido a circunstâncias de caráter prático. No entanto, esta exceção não deve abranger a concessão de crédito. Além disso, a prestação e a contraprestação nesses atos jurídicos devem ser equivalentes em valor. Ao mesmo tempo, a contraprestação deve beneficiar a massa insolvente e não um terceiro. Esta exceção deve abranger, nomeadamente, o pagamento imediato de mercadorias, de salários ou de honorários por serviços prestados, em especial no que diz respeito a consultores jurídicos ou económicos, o pagamento em numerário ou com cartão dos bens necessários à atividade diária do devedor, a entrega de bens e de produtos ou a prestação de serviços a título oneroso, a criação de um direito de garantia relativamente ao desembolso do empréstimo e o pagamento imediato de taxas públicas mediante contraprestação (por exemplo, entrada em instituições ou espaços públicos)».

O art. 6.º, 3, também exclui da declaração de «nulidade» os «pagamentos efetuados mediante letras de câmbio ou cheques quando a lei que rege as letras de câmbio ou os cheques em relação a outros devedores de letras ou cheques, como os endossantes, o sacador ou o sacado, se este recusar o pagamento do devedor» (al. b)) e os «atos jurídicos que não estejam sujeitos a ações de impugnação pauliana, nos termos da Diretiva 98/26/CE e da Directiva 2002/47/CE».

O último parágrafo do art. 6.º, 3, tem a seguinte redação: «Os Estados-Membros devem assegurar que, no que respeita aos pagamentos efetuados mediante letras de câmbio ou cheques referidos no primeiro parágrafo, alínea b), o montante pago mediante a letra ou o cheque é restituído pelo último endossante ou, se este endossou a letra por conta de um terceiro, por esta parte, se o último endossante ou o terceiro soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência no momento do endosso da letra ou do pedido de endosso. Presume-se este conhecimento se o endossante ou o terceiro forem uma parte que tem uma relação estreita com o devedor»⁴⁰. O que está em causa é o facto de se considerar que, ao abrigo da Convenção de Genebra que estabelece uma lei uniforme em matéria de letras e livranças e da Convenção de Genebra que estabelece uma lei uniforme em matéria de cheques, o portador não pode exercer os seus direitos relativamente a endossantes, sacador e outros co-obrigados se o obrigado oferece o pagamento e o portador recusa recebê-lo. BORK, Reinhard / VEDER, Michael,⁴¹ escrevem, a propósito do texto que propunham sobre a matéria, que «it seems inconsistent to permit transactions avoidance where the creditor did not have the possibility of refusing payment without being able to have recourse against other bill or cheque debtors». Mas, não sendo possível a resolução em benefício da massa insolvente desses pagamentos, a Proposta pretende que o último endossante ou aquele por conta de quem ele endossou restitua o montante pago se sabia, ou devia saber, «que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi

⁴⁰ Sobre o que são pessoas com relação estreita com o devedor, v. o art. 2.º, q), e o art. 3.º.

⁴¹ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 202.

apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência no momento do endosso da letra ou do pedido de endosso. Presume-se este conhecimento se o endossante ou o terceiro forem uma parte que tem uma relação estreita com o devedor».

O Considerando (6) mostra que os atos suscetíveis de impugnação ao abrigo do art. 6.º da Proposta devem ser não apenas os do devedor, mas também os da contraparte ou, até, de um terceiro: «as regras relativas às ações de impugnação pauliana não se devem restringir aos atos jurídicos praticados pelo devedor, mas devem incluir igualmente os atos jurídicos praticados pela contraparte ou por um terceiro». E, de facto, se lermos o art. 6.º, 1, é de atos que beneficiem um credor ou grupo de credores que se trata: esses atos *não têm de ser do devedor*. O mesmo se diga quanto à *satisfação do crédito* ou à *garantia* prevista no n.º 2. Já o art. 7.º ocupa-se de atos jurídicos *do devedor* e o art. 8.º, 1, tem em vista os atos através dos quais o «devedor tenha intencionalmente causado um prejuízo ao conjunto dos credores».

Aparentemente, a satisfação do credor de que a Proposta trata no art. 6.º também pode dizer respeito à que é obtida através de ações executivas intentadas contra o devedor. Se isso se mantiver, o CIRE deverá ser alterado em conformidade de forma a tornar claro que comportamentos da contraparte ou de terceiros também são abrangidos. Com efeito, entre nós já foi dito que o regime da resolução em benefício da massa só diz respeito a atos do devedor⁴². Em bom rigor, o art. 120.º do CIRE também não exige que se trate de atos do devedor. As omissões, por sua vez, podem ter lugar perante atos de contraparte ou de terceiro⁴³. Mas seria bom tornar claro o que está em causa. Com efeito, também se poderia justificar, por exemplo, a resolução em benefício da massa de atos que se traduzam em execuções de obrigações⁴⁴. Pense-se numa execução que leva à penhora de uma conta bancária ou de criptoativos que tenham sido dados a conhecer ao credor pelo devedor⁴⁵. Eventuais compensações efetuadas por credores poderiam igualmente ficar sujeitas a resolução. Mas também podem estar em causa atos que conduziram à aquisição do crédito que permitiu a compensação: um devedor do insolvente adquire o crédito de terceiro para realizar essa compensação antes da abertura do processo de insolvência⁴⁶.

⁴² Sobre o tema, Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 305. Admitindo a resolução de atos realizados entre terceiros, Miguel Teixeira de SOUSA, «Resolução em benefício da massa insolvente por contrato celebrado com pessoa especialmente relacionada com o devedor – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 15/2014, de 13.11.2014, Proc. 1936/10», CDP, 50, 2015, 46-62, 59. Referindo-se à resolução de «negócios jurídicos celebrados pelo devedor» apenas, Marco Carvalho GONÇALVES, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, Coimbra: Almedina, 2023, 396.

⁴³ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 169, nt. 164, lembram isso mesmo.

⁴⁴ Serão as «individual enforcement actions» a que se referem Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 12.

⁴⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, cit., 155, nt. 74.

⁴⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 172 e ss.

5. Atos jurídicos a título gratuito ou com uma contraprestação manifestamente inadequada

O art. 7.º ocupa-se de atos jurídicos a título gratuito ou com uma contraprestação manifestamente inadequada⁴⁷. Agora, os atos não são necessariamente praticados para *beneficiar credor ou credores*. Por outro lado, ou são atos gratuitos, ou são atos realizados «contra contraprestação manifestamente inadequada». Neste último caso, não basta que a contraprestação não seja justa: tem de ser manifestamente inadequada. Mas não são abrangidas as ofertas e doações de valor simbólico.

Os atos de que se ocupa o art. 7.º podem ser anulados ou declarados nulos quando se tornem definitivos um ano antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido. O art. 7.º da Proposta é claro quanto a um aspeto: só abrange atos do devedor, nele não cabendo atos de terceiros ou de credores.

Sucede, porém, que os atos gratuitos já estão previstos no art. 121.º, 1, a), do CIRE. E estão-no com um regime bem mais severo: o prazo é de dois anos, e não apenas de um ano como o da Proposta.

Quanto aos atos contra uma contraprestação manifestamente inadequada, muitos ainda caberão noutras hipóteses do art. 121.º do CIRE. Os demais terão de contar com norma especial porque o art. 120.º do CIRE exige má-fé do terceiro, algo que não surge dito no art. 7.º da Proposta.

Poderá ser também necessária uma adaptação do art. 121.º, 1, h), do CIRE à redação do art. 7.º da Proposta. O preceito do CIRE refere-se a atos a título oneroso em que as obrigações assumidas pelo insolvente excedem manifestamente as da contraparte, mas o preceito da Proposta tem em vista atos jurídicos do devedor contra uma contraprestação manifestamente inadequada

6. Atos jurídicos intencionalmente prejudiciais para os credores

O art. 8.º da Proposta ocupa-se dos atos jurídicos «através dos quais o devedor tenha intencionalmente causado um prejuízo ao conjunto dos credores». São, mais uma vez, apenas atos do *devedor*.

Para os atos poderem ser anulados ou declarados nulos ao abrigo do art. 8.º é necessário, antes de mais, que a outra parte conheça, ou deva conhecer, a «intenção do devedor de causar um prejuízo ao conjunto dos credores».

Além disso, é preciso que o ato se tenha tornado definitivo nos quatro anos anteriores à apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido.

⁴⁷ «Artigo 7.º Atos jurídicos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente inadequada
1. Os Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos do devedor realizados a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente inadequada podem ser anulados ou declarados nulos se se tornarem atos jurídicos definitivos um ano antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido. 2. O n.º 1 não é aplicável às ofertas e às doações de valor simbólico. 3. Se várias pessoas tiverem apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência contra o mesmo devedor, o momento em que o primeiro pedido admissível é apresentado é considerado como constituindo o início do prazo de um ano referido no n.º 1». Criticando o carácter vago dos termos «contraprestação manifestamente inadequada», Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 207.

O período relevante para a Proposta é agora de quatro anos. Os arts. 120.º e 121.º do CIRE não vão tão longe na sua atual redação.

Além disso, para aqueles atos intencionalmente prejudiciais para os credores exige-se na Proposta a intenção do devedor de causar prejuízo ao conjunto dos credores, para além de ser necessário que a outra parte conheça ou deva conhecer essa intenção⁴⁸. Por sua vez, o CIRE exige, no art. 120.º, a má-fé do terceiro, que existirá, designadamente, quando o terceiro conhece o caráter prejudicial do ato e a situação de insolvência iminente, mas não exige a prova da intenção do devedor⁴⁹.

Na Proposta, presume-se o conhecimento se a outra parte tem relação estreita com o devedor. Também aqui será necessário rever o CIRE tendo em conta o número de situações em que, de acordo com o art. 2.º, q), da Proposta, haverá relação estreita (pessoas especialmente relacionadas)⁵⁰. Quanto ao momento em que surge a relação estreita com o devedor, o regime nacional que encontramos no art. 120.º, 4, do CIRE terá de ser alterado perante o previsto no art. 3.º da Proposta⁵¹.

Na versão da Proposta, não será necessário que haja insolvência no momento da prática do ato intencionalmente prejudicial para os credores, nem se exige que haja conhecimento da situação de insolvência ou dever de conhecer essa situação.

7. Ações vs. omissões

A Proposta assume claramente que tanto as ações como as omissões poderão ser objeto de impugnação (p. 14). Trata-se de um ponto que tem sido debatido entre nós após as alterações

⁴⁸ Para uma crítica, considerando que poderão surgir diferentes leituras dos requisitos nos diversos Estados-Membros, Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 208.

⁴⁹ Também aqui se irá discutir se o dever de conhecer se basta com a negligência.

⁵⁰ «Parte que tem uma relação estreita com o devedor», as pessoas, incluindo as pessoas coletivas, com acesso preferencial a informações não públicas sobre os negócios do devedor. Se o devedor for uma pessoa singular, as partes que têm uma relação estreita com o mesmo incluem, em especial: i) o cônjuge ou o parceiro do devedor, ii) os ascendentes, descendentes e irmãos do devedor ou do cônjuge ou do parceiro e os cônjuges ou os parceiros dessas pessoas, iii) as pessoas que coabitam com o devedor, iv) as pessoas que trabalham para o devedor por força de um contrato de trabalho com acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor ou que de outro modo executam tarefas através das quais têm acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor, incluindo os consultores, os contabilistas ou os notários, v) as entidades jurídicas em que o devedor ou uma das pessoas referidas nas subalíneas i) a iv) do presente parágrafo sejam membros dos órgãos de administração, direção ou supervisão ou exerçam funções para as quais têm acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor. Se o devedor for uma pessoa coletiva, as partes que têm uma relação estreita com o mesmo incluem, em especial: i) qualquer membro dos órgãos de administração, direção ou supervisão do devedor, ii) os detentores de participações de controlo no devedor, iii) as pessoas que exercem funções semelhantes às exercidas pelas pessoas referidas na subalínea i), iv) as pessoas que têm uma relação estreita, nos termos do segundo parágrafo, com as pessoas referidas nas subalíneas i), ii) e iii), do presente parágrafo».

⁵¹ «O momento para determinar se uma parte tem uma relação estreita com o devedor é: a) Para efeitos do título II, o dia em que o ato jurídico objeto de uma ação de impugnação pauliana se tornou definitivo ou três meses antes da perfeição do ato jurídico; b) Para efeitos do título IV, o dia em que tem início a fase de preparação ou três meses antes do início da fase de preparação».

introduzidas no CIRE com a L 16/2012, que eliminou a referência aos atos omitidos no art. 120.º, 1⁵². No entanto, a referência mantém-se no art. 120.º, 3 e 4, bem como no art. 126.º, 1.

Como se lê no Considerando (6), está em causa a passividade para deixar um crédito prescrever, a omissão de impugnação de sentença desfavorável ou de outras decisões de tribunais ou autoridades públicas, a omissão de registo de um direito de propriedade intelectual. Parece ser de exigir uma omissão intencional⁵³ que seja prejudicial para o conjunto dos credores.

8. Consequências das ações de impugnação pauliana

8.1. Consequências gerais

Os arts. 9.º a 12.º da Proposta ocupam-se das consequências ou efeitos da impugnação pauliana. Disso trata o art. 126.º do CIRE. Mas as diferenças relativamente à Proposta são grandes.

O art. 126.º, 1, do CIRE começa por estabelecer que a resolução tem efeitos retroativos, devendo reconstituir-se a situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado ou omitido.

O art. 9.º, 2, da Proposta usa antes a expressão «compensar integralmente a massa insolvente em causa pelo prejuízo causado aos credores por esse ato jurídico». Como escrevem Bork e Veder a propósito dos termos «claim for compensation», trata-se de «removing the disadvantage for the estate caused by the voidable transaction to the benefit of the creditors»⁵⁴.

O problema é maior quanto à situação da contraparte. A Proposta sujeita o renascimento do crédito da contraparte à compensação que seja efetuada. Isso resulta da comparação entre o art. 9.º, 1, e o art. 10.º, 1, da Proposta.

Por outro lado, no que diz respeito à contraprestação que a contraparte realizou a favor do devedor, a Proposta tem um regime mais rigoroso do que o do CIRE. A Proposta distingue duas situações possíveis:

a) Na primeira, a contraprestação foi efetuada ao mesmo tempo ou depois da prestação do devedor e ainda está disponível na massa ou o valor ainda enriquece a massa – a contraprestação realizada pela contraparte a favor do devedor deve ser restituída ou o seu valor pago a partir da massa (art. 10.º, 2, primeiro parágrafo);

b) Na segunda, a contraprestação foi realizada antes da prestação do insolvente (o que significa que a contraparte aceitou correr o risco da insolvência do devedor), ou a contraprestação ou seu

⁵² Sobre o problema, Alexandre de Soveral MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 304. *Mais recentemente, no sentido de que «deixou de ser possível a resolução de omissões», Luís Menezes LEITÃO, Direito da Insolvência, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, 229; a favor da possibilidade de resolução das omissões, Marco Carvalho GONÇALVES, Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais, 398 e ss.*

⁵³ Vide Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 154 («wilfully»).

⁵⁴ O art. 9.º, 4, da Proposta pretende obrigar os Estados-Membros a «assegurar a possibilidade de ceder a um credor ou a um terceiro o direito a reclamar a compensação integral [...]». Trata-se, obviamente, de uma solução interessante para a massa insolvente, pois poderá permitir realizar mais rapidamente valor para satisfazer os credores. Sobretudo quando se pretenda resolver um pagamento efetuado e se pretenda obter a restituição do dinheiro pago.

valor já não enriquece a massa – quando assim seja, o credor que efetuou a contraprestação pode invocá-lo para efeitos de compensação, considerando-se que o seu crédito foi constituído antes da abertura do processo (v. o art. 10.º, 2, segundo parágrafo)⁵⁵.

Como o regime nacional previsto no art. 126.º, 5 e 6, do CIRE parece ser mais favorável à contraparte, dificulta a resolução em benefício da massa insolvente perante o que resulta da Proposta e não poderia ser mantido como está. Aquele regime do CIRE também não distingue consoante o momento em que contraprestação foi realizada.

O art. 9.º, 3, tem uma redação que suscita muitas dúvidas. Lê-se ali que os «Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para todos os créditos resultantes do ato jurídico suscetível de ser anulado ou declarado nulo contra a outra parte é de três anos a contar da data da abertura do processo de insolvência». Esse prazo parece dizer também respeito à possibilidade de pedir a resolução. Na versão em língua inglesa usa-se o termo «claims», o que parece abranger também a *claim* na *avoidance action*.

O preceito diz respeito a um ato suscetível de ser anulado ou declarado nulo: abrangerá igualmente as *claims* que resultem do ato contra a outra parte antes de ser anulado ou declarado nulo.

O art. 11.º da Proposta ocupa-se da responsabilidade de terceiros. O n.º 1 tem em vista os terceiros que são herdeiros ou outros sucessores universais da parte que beneficiou do ato jurídico declarado nulo: a esses serão oponíveis os direitos que resultam do art. 9.º (parecem ficar de fora os casos de anulação...). É também o que resulta do art. 124.º, 1, do CIRE.

Quanto aos sucessores individuais da outra parte no ato jurídico anulado ou declarado nulo (agora, a anulação também está prevista), a oponibilidade dos direitos conferidos pelo art. 9.º depende da verificação de uma de duas condições: «a) O sucessor adquiriu o ativo a título gratuito ou mediante uma contraprestação manifestamente inadequada; b) O sucessor conhecia, ou devia conhecer, as circunstâncias em que se baseia a ação de impugnação pauliana». Excetuando o caso dos atos gratuitos, parece haver necessidade de alterar o art. 124.º do CIRE neste ponto.

Digno de nota é ainda o último parágrafo do art. 11.º, 2, pois pretende estabelecer a presunção de que o sucessor individual «conhecia, ou deveria conhecer, as circunstâncias em que se baseia a ação de impugnação pauliana» se aquele tiver relação estreita com a parte que beneficiou do ato jurídico declarado nulo. Trata-se de uma solução interessante porque diz respeito a uma relação estreita com quem não é o insolvente, mas o beneficiário do ato jurídico declarado nulo⁵⁶.

⁵⁵ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 267. Como decorre do art. 47.º, 1, do CIRE, são credores da insolvência os que sejam «titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior a essa declaração».

⁵⁶ Reinhard BORK / Michael VEDER, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, 273.

9. As microempresas

O art. 47.º da Proposta contém algumas especialidades quanto aos processos simplificados de liquidação pensados para as microempresas (arts. 38.º e ss.). No que às ações de «impugnação pauliana» diz respeito, chama a atenção o facto de as mesmas não serem consideradas obrigatórias. O art. 47.º, a), da Proposta dispõe que a «prossecação e a execução de ações de impugnação pauliana não são obrigatórias, mas sim deixadas ao critério dos credores ou, se for caso disso, do administrador da insolvência»⁵⁷. Isto não parece significar que, nos demais casos, as ações de «impugnação pauliana» tenham de ser consideradas obrigatórias: significa, isso sim, que nos processos simplificados de liquidação relativos a microempresas não devem ser consideradas obrigatórias. De qualquer modo, o art. 123.º, 1, do CIRE não prevê que sejam os credores a ter a iniciativa de avançar com a resolução (sem prejuízo do que se dirá adiante quanto ao regime dos atos de especial relevo).

Os arts. 120.º e ss. do CIRE não indicam claramente um dever de resolver atos em benefício da massa insolvente. O art. 120.º, 1, estabelece que «podem ser resolvidos» os atos ali previstos e o art. 121.º, 1, menciona atos «resolúveis». Também o art. 123.º, 1, dispõe que o administrador da insolvência «pode» resolver atos.

É certo que, perante um ato resolúvel, poderá entender-se que existe um dever do administrador da insolvência de resolver o ato: no fim de contas, trata-se de resolução em benefício da massa insolvente. Se a massa insolvente é beneficiada com essa resolução, os credores em geral são também beneficiados. A resolução em benefício da massa insolvente pode dizer respeito a pagamentos efetuados que se pretende ver restituídos, a atos de alienação de bens que, uma vez resolvidos, permitirão o reingresso na massa de ativos que poderão ser alienados, etc. Ainda se poderá dizer que se trata de preparar o pagamento das dívidas do insolvente e que deverá procurar obter para a massa insolvente quantias em dinheiro que permitam efetuar esses pagamentos.

De qualquer modo, o administrador da insolvência não pode deixar de ponderar os efeitos da resolução. Nomeadamente, quanto à restituição do eventual objeto prestado pelo terceiro ou à obrigação de restituir o valor correspondente (art. 126.º, 4 e 5, do CIRE)⁵⁸. Acresce que a resolução em benefício da massa insolvente pode, em certos casos, ser considerada ato de especial relevo e, conseqüentemente, sujeita ao disposto no art. 161.º do CIRE. Os efeitos da resolução podem levar a essa conclusão. O mesmo se pode dizer para os casos em que foi ou se pretende que seja apresentado um plano de recuperação. Com efeito, a resolução de certos atos pode tornar insustentável a relação com determinado credor cuja colaboração no futuro seria indispensável

⁵⁷ Caso, porém, os credores decidam que não devem ser intentadas ações de impugnação pauliana, o art. 47.º, b), da Proposta acrescenta que isso «não afeta a responsabilidade do devedor nos termos do direito civil ou penal, caso se verifique posteriormente que as informações comunicadas pelo devedor sobre ativos ou passivos foram ocultadas ou falsificadas».

⁵⁸ Nessa ponderação deve ser tido em conta que são subordinados os créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má-fé (art. 48.º, e), do CIRE).

para a recuperação do devedor. E o art. 161.º, 2, do CIRE obriga a ter em conta, designadamente, a «susceptibilidade de recuperação da empresa».

Interessante também é o caminho seguido no art. 47.º, c), da Proposta: «caso a tramitação da impugnação pauliana no âmbito de um processo simplificado de liquidação não seja possível devido à importância dos créditos objeto de um processo de impugnação pauliana em relação ao valor da massa insolvente e devido à duração prevista do processo de impugnação pauliana», é conferido à autoridade competente o poder de «converter os processos simplificados de liquidação em processos normais de insolvência». O destino do processo simplificado de liquidação de microempresas fica assim, em certa medida, subordinado à tramitação da ação de «impugnação pauliana».

10. Para terminar

Procurámos guiar o leitor através das disposições da Proposta que se ocupam da «impugnação pauliana», embora resumindo a nossa análise aos aspetos que nos pareceram mais relevantes pelas consequências que podem ter para o direito nacional ou pelas dificuldades interpretativas a que podem dar origem em resultado da utilização de termos com que o jurista habituado a lidar com o CIRE pode não estar familiarizado. Como vimos, compreende-se a vontade de aproximar as legislações dos Estados-Membros quanto aos regimes de «impugnação pauliana» tendo em conta, desde logo, o art. 16.º do Regulamento 2015/848. Algumas disposições da Proposta poderão obrigar a introduzir alterações profundas no CIRE. Pense-se, por exemplo, no relevo dado ao momento em que os atos jurídicos se tornam definitivos (art 4.º), no período suspeito⁵⁹ de quatro anos previsto para os atos jurídicos intencionalmente prejudiciais para os credores (art. 8.º) e nas disposições sobre as relações estreitas (art. 2.º, q)). A atenção dada na Proposta às omissões e aos atos de terceiros também tornarão necessário esclarecer de uma vez por todas as dúvidas que o regime português tem suscitado. Mais complexo ainda parece ser o teor da Proposta quanto às consequências da «impugnação» (arts. 9.º a 12.).

O facto, porém, de se tratar de uma Proposta que pretende dar origem a uma Diretiva de harmonização mínima permite fazer pensar que muitas alterações quanto aos fundamentos de «impugnação pauliana» acabarão por não ser tão profundas como se poderia pensar à primeira vista. Nomeadamente, se compararmos com cuidado a redação do art. 121.º do CIRE com o teor da Proposta.

A Proposta parece também revelar pouca sensibilidade relativamente às diferenças existentes entre os regimes dos Estados-Membros. Muito provavelmente, isso terá ficado a dever-se à influência que o estudo referido de Bork e Veder terá conseguido junto da Comissão Europeia. Já foi escrito

⁵⁹ Os termos são geralmente usados para designar o período durante o qual o ato deverá ter sido praticado para poder ser objeto de «impugnação pauliana»: vide, p. ex., Gerard McCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 136.

que a «principle-based approach» adotada pelos mencionados autores não tem em conta aquelas especificidades⁶⁰.

De qualquer forma, a Proposta pode servir para desencadear uma reflexão profunda sobre o regime da resolução em benefício da massa insolvente previsto no CIRE. Por exemplo, quanto à má-fé exigida no art. 120.º, à lista de pessoas especialmente relacionadas, à inexistência de prazos mais longos para os atos celebrados com estas últimas⁶¹ ou à lista de atos que podem ser objeto de resolução incondicional e aos seus requisitos. Se assim for, já valeu a pena.

Referências

- BORK, Reinhard, «Kap. 1: Grundgedanke, Geschichte, Bedeutung», in Reinhard BORK (Her.), *Handbuch des Insolvenzanfechtungsrecht*, Köln: RWS, 2006, 1-20.
- / VEDER, Michael, *Harmonisation of Transactions Avoidance Laws*, Cambridge: Intesentia, 2022.
- / Catarina, SERRA, «Esquemas de transferência de valor», DSR, 23/12 (2020) 13-38.
- CASASOLA, Oriana, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2023.
- CORDEIRO, António Menezes, «Insolvência: da resolução da fiança e do aval em benefício da massa; o interesse em agir», ROA, 1/50 (abr. 1990) 159-180.
- CORNO, Giorgio, *Prime riflessioni sulla proposta della Commissione europea di armonizzazione di alcuni profili della disciplina delle azioni revocatorie nelle procedure di insolvenza e sul possibile impatto sulla normativa italiana*, [Consult. 28 Dez. 2023]. Disponível em: <https://www.dirittodellacrisi.it/articolo/prime-riflessioni-sulla-proposta-della-commissione-europea-di-armonizzazione-di-alcuni-profili-della-disciplina-delle-azioni-revocatorie-nelle-procedure-di-insolvenza-e-sul-possibile-impatto-sulla-normativa-italiana>.
- DE WEIJS, Roelf Jakob, «Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies», *International Insolvency Review*, 20 (2011), 219-244.
- FERNANDES, Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora 2001.
- GONÇALVES, Marco Carvalho, *Processo de Insolvência e Processos Pré-Insolvenciais*, Coimbra: Almedina, 2023.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald / SILVA, Eva Sónia Moreira da. *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019.
- HUELMO REGUEIRO, Josefina, *La acción rescisoria concursal*, Barcelona: Bosch, 2016.
- KEAY, Andrew, «The Harmonisation of the Avoidance Rules in European Union Insolvency» *International and Comparative Law Quarterly*, 66/1 (2017) 79-105.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.
- MCCORMACK, Gerard / KEAY, Andrew / BROWN, Sarah, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 2017.
- MORAIS, Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Coimbra: Almedina, 2008.

⁶⁰ Oriana CASASOLA, *The Harmonisation of Transaction Avoidance in the EU*, 212.

⁶¹ Lembrando que «a longer suspect period is usually provided for where there is a connected party involved in a transaction», pois tem muitas vezes a possibilidade de provocar o adiamento da decisão de pedir a declaração de insolvência, Gerard MCCORMACK / Andrew KEAY / Sarah BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation*, 137 e ss.

- MUCCIARELLI, Federico, «Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension», *European Business Organisation Law Review*, 14/2 (2013) 175-200.
- PARRY, Rebecca, «Introduction», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 3-6.
- «The Rationale of the Transaction Avoidance Provisions of the Insolvency Act 1986», in Hamish ANDERSON / William TROWER, eds., *Transaction Avoidance in Insolvencies*, 3.^a ed., New York: Oxford Academic, 2018, 7-24.
- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. (por António Pinto MONTEIRO e Paulo Mota PINTO), Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- SERRA, Catarina, *Lições de direito da insolvência*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, «Resolução em benefício da massa insolvente por contrato celebrado com pessoa especialmente relacionada com o devedor – Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 15/2014, de 13.11.2014, Proc. 1936/10», CDP, 50, 2015, 46-62.