



JACINTA MARGARIDA NEVES LOPES

AS GARANTIAS REAIS DO CREDOR NO
PROCESSO DE INSOLVÊNCIA – EM ESPECIAL:
A GRADUAÇÃO E PAGAMENTO DE CRÉDITOS

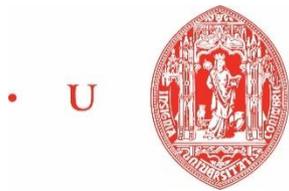
Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses
Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Professor Doutor Alexandre Miguel Cardoso Soveral Martins

janeiro/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JACINTA MARGARIDA NEVES LOPES

AS GARANTIAS REAIS DO CREDOR NO PROCESSO DE
INSOLVÊNCIA -

EM ESPECIAL: A GRADUAÇÃO E PAGAMENTO DE
CRÉDITOS

**The Creditor's Securities in rem within the insolvency
proceedings – In particular: The Ranking and Payment of Claims**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de estudos em direito (conducente ao grau de
mestre), na Área de especialização em Ciências Jurídico-forenses.*

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR ALEXANDRE MIGUEL
CARDOSO SOVERAL MARTINS

COIMBRA

2017

“Bankruptcy is a legal procedure when you put money into trousers pocket and give the jacket to creditors.”

(Tristan Bernard)

Resumo

A presente dissertação, intitulada “As Garantias Reais do Credor no Processo de Insolvência - Em Especial: A Graduação e Pagamento de Créditos” apresenta uma análise catalogada dos expedientes, previstos no CIRE, colocados à disposição dos credores garantidos (ou credores com direitos reais de garantia), para efectivação dos seus créditos e portanto pagamento dos mesmos, aquando do processo de insolvência. A opção pela redacção desta monografia prendeu-se com a utilidade de tratamento conjunto, dos diversos meios colocados ao dispor dos credores, em especial os garantidos (pela importância dos seus direitos), aquando do processo de insolvência, para satisfação dos seus interesses. Fundamentou-se, pois, a análise da monografia, na tentativa de resposta a questões relacionadas com a figura das garantias reais, como são, nomeadamente, o porquê e o quando surgiram, bem como, qual a sua real importância e nível de eficácia. Sendo que, sobre a penhora se pretendeu dissertar, por acréscimo, a respeito da sua controvertida natureza; Ambicionou-se, também, dar resposta, a título enumerativo, a quais os actos, no âmbito das garantias reais, resolúveis em benefício da massa insolvente: questão de relevo contextual, uma vez perderem os credores (e mesmo os titulares de direitos reais), a favor da massa, as suas garantias; Numa fase mais avançada da dissertação pretendeu-se dar resposta à indagação de quais os expedientes gerais de tutela dos créditos, previstos no CIRE, passando a mesma pela análise das garantias com génese no seio do Processo Especial de Revitalização. Bem como e no mesmo âmbito, se pretendeu enunciar, quais os expedientes específicos de tutela dos créditos garantidos, sendo que, implicou tal resposta, entre outras vertentes, um estudo da ordem de pagamentos dos credores garantidos; do regime insolvencial, específico, de cada garantia real e do Regulamento (UE) n.º2015/848, uma vez tecer este, também ele, algumas considerações sobre os direitos reais e garantias deles provenientes. Por último, procurou-se responder, recorrendo-se sobre o mesmo, a quais as consequências da declaração da insolvência, tanto para a instância executiva, como para o executado. Pode assim dizer-se, de uma forma genérica, que a monografia a seguir exposta, se organiza em três grandes grupos, a saber: i) tratamento das figuras das garantias reais; ii) exploração do regime do CIRE relativo à tutela e pagamento dos credores garantidos e iii) verificação das consequências da iniciação de um processo de insolvência, para a acção executiva e executado.

Abstract

The following dissertation, entitled “The Creditor’s Securities in rem within the insolvency proceedings – In particular: The Ranking and Payment of Claims” presents an analysis of the remedies under CIRE [Portuguese Insolvency Code], made available to secured creditors (or creditors secured by rights in rem), towards granting their claims and therefore its payment within the insolvency proceedings. The purpose of this paper refers to the utility of joint treatment of the various tools at the disposal of the creditors, especially the secured creditors (for the importance of their rights), within the insolvency proceedings, towards the satisfaction of their interests. The analysis of the paper was, therefore, based on an attempt to answer questions related to the figure of securities in rem, such as why and when they emerged, as well as their real importance and level of effectiveness. About the garnishment, it was pretended to talk, by addition, about its controversial nature; It was also intended to give a summary answer to which acts, within the framework of securities in rem, were resolvable for the benefit of the insolvent estate: a question of great importance, once the creditors loose (even the holders of rights in rem), in favor of the mass, their guarantees. In a more advanced phase of the dissertation, it was pretended to answer the question of which are the general remedies of protection of the credits, under CIRE, passing the same, by making the analysis of the guarantees with origin in the Special Revitalization Process (PER). It was intended to state, as well, and in the same scope, what were the specific procedures to protect secured claims, since such response implied, among other aspects, a study about order of payments of secured creditors; of the insolvency regime, specific of each security in rem; and about the Regulation (EU) n.º2015/848, since it also stipulates some considerations about rights in rem and securities coming from them. Lastly, an attempt was made to respond to the consequences of declaring insolvency, both for the enforcement procedure and the debtor. It can thus be said, in a general way, that the dissertation set out below, is organized into three main groups, namely: i) treatment of the figures of the securities in rem; (ii) exploration of the scheme of CIRE concerning the protection and payment of secured creditors; and (iii) verification of the consequences of the initiation of insolvency proceedings, for the enforcement procedure and the debtor.

Agradecimentos

À minha avó, **Lala**, pela mão invisível, qual Adam Smith, que me ajudou do início ao fim e que sei, vai continuar a ajudar. Por tudo o que aprendi com o que não me disse!

Ao meu mais antigo amor, **Guilherme**, pela paciência, carinho, compreensão e ombro amigo, nos bons e maus momentos e por acreditar em mim mais do que eu mesma.

Aos meus pais, **Celeste** e **Joaquim**, pelos hercúleos sacrifícios que suportaram para me proporcionar a caminhada a que me prestei.

À minha madrinha **Diana**, minha querida madrinha! Por tudo e pelos pequenos nada que me fizeram sentir sempre lembrada, sempre amada! Ao meu padrinho **João Carlos** pelo conhecimento partilhado e paciência.

Aos meus irmãos, **Ana** e **Roberto**, por me permitirem ter ainda dentro de mim, a percentagem de criança que nenhum de nós deve deixar fugir. A eles também que souberam perdoar as minhas ausências e faltas (que me doerão para sempre na alma).

Aos meus bons amigos e colegas de casa (**Ana**, **Vítor**, **Mariana**, **Kika**, **Isabel** e **Cristina***), pela possibilidade de viver Coimbra mais intensamente e crescer como pessoa.

A toda a minha família pelos momentos perdidos e pelos momentos atrasados para que eu chegasse a tempo.

Ao Senhor Dr. **João Eduardo Abrantes**, pelo apoio, amizade e ajuda.

Ao escritório da Senhora Dra., Agente de Execução, **Cristina Frade** e à mesma, pela pronta disponibilidade, ajuda e amabilidade.

Ao Senhor Doutor **Alexandre Soveral Martins** pela sabedoria partilhada.

À Senhora Dra. **Regina Santiago** pelos grandes préstimos e pelo carinho.

Por último, mas não menos importante, aos meus **professores**, a todos eles, do início da soma das letras até à obtenção de mais um grau: pelo apoio, pelos ensinamentos, pelo alargar de horizontes, enfim, por me darem a maior riqueza que um Homem pode ter: conhecimento e sabedoria para o utilizar.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

a.C – Antes de Cristo

al. – alínea

CC – Código civil

Cfr. – Conforme

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

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

CPP – Código de Processo Penal

C.R.P – Código do Registo Predial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DP – Depois de Cristo

DL – Decreto-lei

InsO - Insolvenzordnung

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária

SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Ss – Seguintes

v.g – Verbi gratia

Nota: esta dissertação não foi escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico, excepto na citação directa de autores, bem como na alusão aos títulos das obras que já adoptaram o novo acordo.

Índice

1	Introdução.....	8
2	Garantias: uma análise contextual e conceitual.....	10
3	Garantias reais: as garantias especiais mais eficazes?	12
	3.1 O Penhor.....	14
	3.1.1 O Penhor financeiro	16
	3.2 Hipoteca	19
	3.2.2 Hipoteca judicial	23
	3.3 A penhora: Natureza da figura	24
4	Actos resolúveis em benefício da massa insolvente, em especial, a extinção de privilégios creditórios e garantias reais	25
5	Gradação e Pagamento de créditos: os credores garantidos.....	27
	5.1 Expedientes gerais de tutela dos créditos:.....	27
	5.1.1 As garantias resultantes do PER:	33
	5.2 Expedientes de tutela dos créditos garantidos.....	34
	5.2.1 Os regulamentos europeus relativos ao processo de insolvência.....	47
6	A acção executiva: consequências da declaração da insolvência para a instância executiva e executado	48
7	Conclusões:	54
	Bibliografia	61
	Webgrafia.....	63
	Jurisprudência	65

1 Introdução

A temática central da presente monografia gira em torno da trilogia indissociável das figuras “*obrigações*”, “*garantias*” e “*créditos*”. Sendo que o que se pretende com a mencionada, é discorrer sobre o tipo de tutela concedida por determinadas garantias, aos seus titulares, aquando do processo de insolvência e sobre os meios que os credores têm para fazer valer, no aludido processo, os seus créditos.

Para tal, encetar-se-á, na dissertação, uma análise catalogada dos expedientes, previstos no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas¹, colocados à disposição dos credores garantidos (ou credores com direitos reais de garantia), para efectivação dos seus créditos e portanto pagamento dos mesmos, aquando do processo de insolvência. Nada obstante, numa primeira parte, não deixarão de se abordar, perpassando o Direito das Obrigações, as figuras das *obrigações* e das *garantias*, examinando-se a sua génese e evolução. E não terminará, contudo, esta parte introdutória, sem antes se reforçar a importância das garantias reais, explorando-se o facto de estas atribuírem aos seus titulares, uma posição preferencial em relação aos demais credores. Ainda no sentido de ser explorada a importância das garantias reais, iniciar-se-á, na explanação, uma análise individual e circunscrita às figuras do **Penhor**, do **Penhor Financeiro**, da **Hipoteca**, da **Hipoteca Judicial** e ainda, devido à sua natureza controvertida, da **Penhora**. De entre todas as garantias reais existentes, explica-se a análise, em exclusivo, das referidas, por serem umas tão recorrentes na lide económica e jurídica e por apresentarem outras, especificidades ímpares, nomeadamente no que concerne ao seu regime insolvencial.

Seguir-se-á o âmago da dissertação com a análise pormenorizada dos expedientes previstos no CIRE, para satisfação e portanto pagamento dos credores titulares de garantias reais, de nomenclatura legal “*credores garantidos*”. Não sem antes serem abordados, alguns expedientes comuns a todos os credores, por forma a chamar à atenção para o facto de deverem os mesmos ficar atentos desde cedo, ao processo de insolvência, sob pena de saírem gorados os seus interesses.

Quanto ao pagamento dos credores garantidos, em especial, exporá a presente dissertação a dimensão da tutela que o CIRE lhes proporciona, dilucidando sobre a importância, neste âmbito, das soluções presentes no código insolvencial alemão

¹ Doravante designado por “**CIRE**”.

(Insolvenzordnung), ao qual o legislador português “foi beber inspiração”. É inquestionável a primazia dos créditos garantidos no processo de insolvência e isso afere-se desde logo, por um exercício de leitura diagonal do CIRE. Preferenciais (aos créditos garantidos) são apenas as dívidas da massa, muito embora não seja uma primeira análise ao articulado do código que permita essa conclusão líquida, mas sobre isso também o trabalho discorrerá e elucidará. Ainda nesta temática, caberá um ponto enunciador da ordem de pagamentos entre créditos garantidos, uma vez não se cingir a solução à primazia dos créditos primeiramente constituídos.

Por fim, far-se-á, no aludido estudo, menção às consequências para a acção executiva e seus intervenientes, da iniciação de um processo de insolvência sobre o executado (nomeadamente, enunciar-se-ão os bens do executado que deverão ser apreendidos para a massa, devendo a exposição, delongar-se nesta matéria).

2 Garantias: uma análise contextual e conceitual

“*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*”²[...], já constatava no seu código civil, Napoleão Bonaparte.³

Mas a que propósito surgem as garantias? Conclui-se que são um resultado da exigência do princípio da responsabilidade patrimonial, tábua de salvação de qualquer credor⁴. Isto porque o mencionado princípio é o responsável por não serem goradas as contraprestações correspondentes às obrigações contraídas por um sujeito, neste caso, um já devedor.

“As **garantias** visam o reforço da tutela dos **créditos**, muitas delas são contratos e têm uma **estrutura obrigacional**. [...] Noutros casos, já não é a estrutura, mas simplesmente a **função** que atrai as figuras para o campo das **obrigações**”.⁵⁻⁶ Podemos pois traçar uma definição mais límpida de garantia: “a garantia é o meio pelo qual o credor se vale para não sofrer prejuízos, em caso de insolvência eventual [...] [do] seu devedor.”⁷ “Na doutrina norte-americana muitas vezes observa-se, para sublinhar este aspecto, que a insolvência é o “teste ácido” (acid test) das garantias [ou melhor, dos *security interests*, compreendendo, pois, o que designamos como reforço qualitativo].”⁸

Neste sentido, deparamo-nos com uma trilogia indissociável, a saber: obrigações, garantias e créditos. Créditos que exigem garantias que, por sua vez, geram obrigações. Ou, se mais inteligível: Obrigações que suportam garantias que, conseqüentemente, permitem os créditos. Melhor nos consciencializam **Laurent Aynès** e **Pierre Crocq**, na

² “Os bens do devedor são a garantia comum dos seus credores”, (tradução minha).

³ *Apud* Cours de droit. (2017). Le droit de gage général. [online] Available at: <http://www.cours-de-droit.net/le-droit-de-gage-general-a121605680> [Accessed 21 Sep. 2016].

⁴ A gênese da palavra “credor” vem dos contratos de empréstimo, em que se “*credere pecuniam alicui*” (empresta dinheiro a alguém). A partir daí, “credor” passou a identificar aquele que tem algo a receber de alguém. *Cfr.* Neves, J. (2008). *As Garantias do Cumprimento da Obrigação*.(p.175) *emerj tjrr jus br*. Retrieved 5 November 2016, from http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_174.pdf

⁵ “Garantias” são figuras que apesar de serem, na sua generalidade, uma modalidade de direitos reais, se destinam a tutelar as obrigações.

⁶ Dardim, A., Camargo, C., Leite, C., Ferreira, D., Gabriel, J., & Ferri, R. (2007). *DN Direito Net. direitonet*. Retrieved 22 October 2016, from <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9630-9629-1-PB.pdf>

⁷ *Ibidem*, p. 7

⁸ *Cfr.* Vasconcelos, L. (2008). *Direito das garantias - Relatório*. 1st ed. Coimbra: Almedina, p.42.

sua obra “*Droit des sûretés*”: “*Sans sûretés, pas de crédit, sans crédit pas d’économie moderne.*”.⁹ Sendo este o mote de que me aproprio, em nome da presente dissertação.

Ora, compreenda-se, antes de mais, que as garantias podem ser gerais ou especiais, sendo que as primeiras se consubstanciam, fundamentalmente, no património do devedor: “*A garantia geral é comum a todos os credores e consiste na possibilidade de estes se pagarem, em pé de igualdade, à custa do património do devedor (cfr. art. 601.º [do CC]).*”.¹⁰ Já as segundas (garantias especiais) derogam o princípio *par condicio creditorum*¹¹, uma vez que, quem delas for titular, arroga-se do direito de vir a ser pago, preferencialmente, em relação aos demais credores: “*O credor com garantia especial não perde os direitos próprios dos credores comuns, mas é-lhe atribuída uma posição preferencial; sendo insuficiente a garantia especial, o credor preferencial concorre ao rateio com os credores quirografários*”¹². Por isso, pode dizer-se que a garantia especial constitui um reforço da garantia geral.”.¹³⁻¹⁴

As garantias especiais, categoria pontualmente mais intangível do que a categoria das garantias gerais, “dividem-se, segundo a generalidade da doutrina, em dois grupos, a saber: as garantias pessoais e garantias reais”.¹⁵ “*Quando existe garantia pessoal, alguém estranho à relação obrigacional vincula-se ao cumprimento da obrigação. Há, portanto, um reforço quantitativo da garantia do credor. Já a garantia real configura-se pela existência de um direito real sobre bens do devedor ou de um terceiro*”¹⁶, operando-se, destarte, um reforço qualitativo.

⁹ “*Sem garantias não há crédito e sem crédito não há economia moderna.*” (Aynès, L. & Crocq, P. (2016). *Droit des sûretés* (1st ed., p. 1). Issy-les-Moulineaux: LGDJ-Lextenso éditions, tradução minha.)

¹⁰ Leitão, L. (2016). *Direito das Obrigações - Vol I* (8th ed., p. 281). Coimbra: Almedina.

¹¹ “Igual condição dos credores”, (tradução minha).

¹² Há os credores com garantias legais e os credores com garantias privilegiadas, a saber:

Legais: v.g trabalhadores;

Privilegiadas: agrupam-se nos credores com garantia pessoal ou real.

Ademais, há os credores quirografários, que são credores sem garantia.

¹³ Note-se que nem sempre um credor se viu garantido pela propriedade do devedor ou de terceiros: no antigo Direito Romano, havia a *legis actio per manus iniectionem* que permitia ao credor prender e vender o devedor como escravo, no caso de inadimplemento moratório deste. No entanto, em 326 a.C., foi dado um importante passo evolutivo, com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria de nexis*. Cfr. (Neves, 2008) & Justo, A. (2010). *Breviário de direito privado romano* (1st ed.). Coimbra: Coimbra.

¹⁴ Martinez, P. (2004). *Direito das obrigações - Apontamentos -*. 2nd ed. Coimbra: AAFDL, pp.287 a 288.

¹⁵ Cfr.(Vasconcelos, 2008, p. 39)

¹⁶ Sousa, L. (2014). *O CONTRATO DE FIANÇA E OS LIMITES AO BENEFÍCIO DE ORDEM*. cidp publicacoes revistas ridb. Retrieved 21 September 2016, from http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07319_07369.pdf

“As *garantias reais* [...] [pese embora serem também garantias especiais, diferem das pessoais pois,] *são aquelas em que o credor adquire o direito de se fazer pagar, de preferência a quaisquer outros credores, pelo valor ou pelos rendimentos de determinados bens do próprio devedor ou de terceiro, ainda que esses bens venham a ser, posteriormente, transmitidos para outrem, como acontece na hipoteca legal e judicial, privilégio creditório ou no direito de retenção.*”¹⁷

Conclui-se, destarte, que ambas as categorias de garantias acima tratadas se enquadram numa categoria maior: as garantias especiais, sendo que estas permitem que o credor, em princípio por via negocial, se coloque numa situação privilegiada em relação aos demais credores.

3 **Garantias reais: as garantias especiais mais eficazes?**

A dimensão “*garantística*” da categoria “garantias reais” afere-se desde logo pela leitura do CIRE. Esta modalidade das garantias coincide, quase total e unicamente, com os direitos reais de garantia¹⁸ que, por sua vez, conferem aos seus titulares, o direito à satisfação do seu crédito pelo valor de certo (e determinado) bem, com preferência sobre os credores comuns ou os outros credores garantidos, cuja garantia seja de grau inferior.¹⁹-
20

Há, portanto, uma diferença notória relativamente às garantias pessoais: enquanto que nas garantias reais o credor fica protegido porque o que lhe serve de garantia é um determinado bem, havendo, uma constrição específica sobre determinado bem; nas garantias pessoais, os credores têm direitos sobre todo o património de determinada pessoa (devedor ou terceiro chamado para o efeito). Daqui poderia depreender-se uma maior utilidade em ser-se credor de garantia pessoal, mas não podemos esquecer que, sendo titular de uma garantia real, possui-se um direito oponível a terceiros, que prevalece inclusive sobre os direitos reais de garantia posteriormente constituídos (característica da

¹⁷ (Martins L. M., Março de 2014, p. 193)

¹⁸ “*mas nem todas as garantias especiais revestem a natureza de direito real, designadamente quando não incidem sobre bens certos e determinados, como pode ocorrer em caso de privilégio creditório geral (p.ex., arts.736.º e ss.)*.” (Martinez, 2004, p. 299)

¹⁹ “*o respectivo credor adquire o direito de ser pago, de preferência a qualquer outro credor comum, pelo valor de tais bens ou rendimentos, desde que, tratando-se de bens sujeitos a registo, e ressalvados apenas os **privilégios creditórios** e o **direito de retenção**, a garantia tenha sido registada.*” (Costa, Julho, 2013, p. 909)

²⁰ *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 43)

prevalência ou preferência) e exercível sobre o bem dado em garantia, mesmo se este for alienado a um terceiro (característica da **sequela**). Entenda-se, ainda, que a satisfação do credor munido de garantia real não se esgota no valor do bem dado em garantia, sendo que, caso o valor do crédito seja superior, concede-se ao credor um duplo carácter: o de credor com garantia real, até ao limite do valor da coisa, e de credor quirográfico, ilimitadamente. Poderia chamar-se então, a garantia real, de “supergarantia”.

Note-se que as características da prevalência e da sequela, acima mencionadas, nem sempre figuraram como constituintes das garantias reais. As primeiras garantias sobre coisas implicavam uma transferência da propriedade destas para o credor, estando este previamente salvaguardado, perante um possível incumprimento do devedor. Não obstante a importância da nota histórica, analise-se o que o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, dos nossos dias, transparece sobre a importância destas garantias (reais). Desde logo, temos o preceito contido no n.º1 do artigo 47.º, com a epígrafe “*Conceito de credores da insolvência e classes de créditos sobre a insolvência*”, a enumerar, em forma de distinção, os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, dos titulares de créditos garantidos por bens integrantes da massa insolvente.²¹ O porquê desta distinção percebe-se adiante, no n.º 4 do mesmo artigo: o Código enumera como créditos sobre a insolvência, nomeadamente, os “*Garantidos*”, os “*Subordinados*” e os “*Comuns*”. Sendo que o que se afere é que credores com garantias reais possuem créditos “*Garantidos*”, os quais assumem maior importância, uma vez que serão pagos prioritariamente “*com respeito pela prioridade que lhes caiba*”²² entre si.

Mais adiante, deparamo-nos, novamente, com um exemplo que evidencia, inequivocamente, a eficaz protecção dos credores, proporcionada pelas garantias reais, concretamente, no n.º2 do artigo 172.º. Este expõe-nos os limites ao pagamento das dívidas da massa insolvente, sendo que se depreende, claramente, que este pagamento deve ser feito por forma a evitar atingir os bens afectos a créditos garantidos. Acresce o facto de os credores garantidos poderem ver o seu crédito satisfeito, antes da venda dos bens apreendidos para a massa insolvente (realizada logo após o trânsito em julgado da sentença

²¹ N.º1 do artigo 47.º: “*Declarada a insolvência, todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade e domicílio.*”

²² Vide a propósito o artigo 174.º do CIRE.

declaratória da insolvência), sendo que “o bem que responde por crédito garantido não tem necessariamente que ser vendido na fase de liquidação para que o credor veja satisfeito o seu crédito.”²³”²⁴ Isto em oposição, por exemplo, aos credores privilegiados que apenas têm direito ao pagamento, finda a liquidação e “depois de satisfeitas as dívidas da massa insolvente e dos credores garantidos.”²⁵

Em suma, temos que há uma enorme protecção dos credores com direitos reais de garantia, não só porque estes possuem garantias que configuram direitos reais, inseparáveis das características da preferência e da sequela²⁶, mas também porque, um credor com garantia real, não totalmente satisfeito após a alienação do bem que lhe servia de garantia, poderá ver satisfeito o remanescente do seu crédito, concorrendo com esse valor, como credor comum. No entanto, não deve ser esquecido que os credores garantidos são os primeiros a ser pagos (a seguir às dívidas da massa), pelo valor da venda dos bens afectos às garantias reais, sendo que, note-se, a primeira venda realizada após a sentença de declaração de insolvência, para satisfação das dívidas da massa, deve tentar evitar a afectação de bens constrictos às garantias reais. Ainda, um crédito com garantia real pode vir a ser satisfeito (totalmente), antes mesmo da venda do bem que o acautela, nomeadamente à custa da massa insolvente, se o administrador de insolvência por isso optar. Ressalve-se que há, igualmente, lugar à compensação, através de juros moratórios (transitada em julgado a sentença declaratória de insolvência e realizada a assembleia de credores), pelo prejuízo causado (ao credor), considerando o retardamento da alienação do bem objecto de garantia²⁷ e ainda há lugar a compensação pela possível desvalorização do bem, resultante da sua utilização em proveito da massa insolvente.

3.1 O Penhor

A garantia real “**Penhor**” assume grande importância no seio do tráfico económico, uma vez ser das figuras mais recorrentes quando falamos de constituição – via contratação - de garantias.

²³ Vide artigo 166.º do CIRE.

²⁴ (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 224)

²⁵ *Ibidem*, p. 225

²⁶ (facto que coloca os credores, deles titulares, em evidência, face não só a credores com garantias inferiores, como também a credores da mesma categoria, mas que constituíram o seu crédito posteriormente; bem como lhes dá a possibilidade de fazerem valer o seu direito, mesmo tendo o bem sobre o qual pendia a garantia, sido alienado a terceiro, que em nada tenha a ver com a dívida entre os principais (devedor e credor)

²⁷ (se este não for imputável ao credor)

O penhor, ou *datio pignoris*, como nos primórdios, surgiu por força de necessidade e, mais do que tudo, por insatisfação relativamente ao instituto da fidúcia²⁸⁻²⁹. Instituto este que, para além de impossibilitar o devedor de dar o bem em garantia a mais do que um credor, uma vez que implicava a entrega da propriedade da coisa ao credor, previa como objecto de garantia, apenas a *res Mancipi*³⁰, restringindo o leque de possível empossamento.³¹

“Pela palavra penhor, tanto se designa um direito real de garantia, como o objecto sobre que o mesmo incide, ou ainda o contrato que lhe serve de base. O art. 666.º do Cód. Civ. dá-nos a seguinte noção desta garantia real: «O penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro» (n.º1);”³². Repare-se, que a supra definição se confina apenas, ao penhor tradicional e apresentado pelo CC. Entretanto, na lide jurídica, foram surgindo muitas outras figuras sucedâneas ao penhor civil mas que conseguem divergir consideravelmente dessa “figura mãe”, são exemplo: o penhor mercantil³³, os penhores constituídos para garantia de créditos de estabelecimentos bancários³⁴ e o penhor de conta bancária, um dos tipos de penhor, desenvolvidos no contexto bancário.

O penhor, resultado (exclusivamente) de contrato³⁵, tem por objecto uma infindável variedade de coisas³⁶ e direitos³⁷ não hipotecáveis³⁸, constituindo uma garantia

²⁸ Instituto extinto desde Justiniano.

²⁹ “Que consistia na transferência da propriedade de uma coisa (ou do poder jurídico sobre uma pessoa), realizada através de *mancipatio* ou *in iure cessio*, para o *fiduciante*, a favor do fiduciário, para certos fins.” **Cfr.** Anima-opet.com.br. (2017). Anima | Revista Eletrônica. [online] (p. 3) Available at: http://www.anima-opet.com.br/anima1/artigo_Gustavo_Juruena_Eidt_pignus_datum.pdf

³⁰ *Res Mancipi* e *Res Nec Mancipi*: Coisas *mancipi* são aquelas mais importantes para os romanos (imóveis, escravos, animais de tiro e carga, servidões prediais), coisas *nec mancipi* são todas as outras coisas. As coisas *mancipi* exigem a “*mancipatio*”, uma cerimónia solene, para serem transferidas; **Cfr.** Toste, D. (2017). *Direito Romano - 2º Bimestre - Professor Hélcio M. F. Madeira. danitoste*. Retrieved 20 November 2016, from http://www.danitoste.com/resumos/1_2006/res_2006_dromano_2bim.pdf

³¹ Com a *datio pignoris*, ao invés de se transmitir, de imediato, a propriedade do bem, ao credor, transmitia-se-lhe antes e meramente, a posse da coisa que lhe era entregue. “O credor adquiria consequentemente o *ius possidendi* e para além disso o *ius distrahendi*, mediante o qual poderia vender a coisa em caso de não cumprimento da obrigação garantida, podendo também fazer sua essa mesma coisa em caso de não cumprimento (*lex comissória*). **Cfr.** Teles de Menezes Leitao, L. (2008). *Garantias das obrigações* (2nd ed., p. 190). Coimbra: Almedina.”

³² (Costa, Julho, 2013, p. 921)

³³ *Vide* artigo 397.º e ss. do Código Comercial.

³⁴ *Vide* DL n.º29833 de 17/03/1939 e DL 32032, de 22 de Maio de 1942.

³⁵ *Vide* artigo 666.º, n.º1, in fine do CC.

real, tendo em conta que atribui preferência sobre bens determinados³⁹ e, contrariamente ao que acontece com a hipoteca⁴⁰, este é uma figura que não apresenta limites legais quanto à abrangência como garantia, podendo abarcar, na totalidade, o montante da obrigação⁴¹ contraída (capital e juros).

Enquanto garantia acessória, o penhor pode ser constituído com ou sem desapossamento, sendo que: “no penhor, o desapossamento tem uma função de publicidade, pelo que, ao credor pignoratício, não obstante lhe ter sido entregue a coisa empenhada⁴², de o art. 670.º, alínea a) lhe permitir o recurso às acções destinadas à defesa da posse e de o penhor se extinguir pela restituição da coisa empenhada (art.677.º), não lhe [...] [é, verdadeiramente] atribuída a posse sobre a coisa.”⁴³ Ou seja, efectivamente, há um ato de efectiva aparência, no sentido em que o credor pignoratício não poderá dispor da coisa arbitrariamente, sendo que a viabilidade passará por efectuar a promoção da venda extrajudicial da coisa empenhada, para se pagar⁴⁴, proibido que é o pacto promissório.

Finalmente, e evocando uma garantia real aqui não explanada, tem-se que a *Anticrese* do artigo 656.º do CC, poderá unir-se ao penhor (artigo 672.º do CC), sem ficar descaracterizada ou deixar de se ver como figura unitária. Havendo, portanto, a constituição de um penhor, com pacto de anticrese, o credor pignoratício poderá executar o bem e pagar-se com os frutos advindos da coisa empenhada, possibilitando, como já vimos anteriormente, que a dívida vá sendo progressivamente amortizada até à execução da coisa (se a esta houver lugar).

3.1.1 O Penhor financeiro

³⁶ (vide artigo 669.º e ss. do CC).

³⁷ (vide artigo 679.º e ss. do CC).

³⁸ Direitos de autor, créditos hipotecários ou títulos de crédito.

³⁹ “No caso do penhor de créditos, dado que estes não podem ser objecto e direitos reais, o penhor perde a sua natureza real, sendo uma garantia de outro tipo.” (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 190)

⁴⁰ Vide n.º2 do artigo 693.º do CC.

⁴¹ Presente, futura ou condicional, conforme o n.º3 do artigo 666.º do CC.

⁴² “(art. 669.º, n.º1)”

⁴³ (Martinez, 2004, p. 303)

⁴⁴ (vide artigo 694.º do CC).

O Penhor Financeiro, para além da grande importância que assume hoje, no seio dos mercados financeiros, apresenta particularidades relevantes no que toca ao regime insolvencial.

O *Decreto-lei 105/2004 de 08/05* trouxe para o ordenamento jurídico português a figura dos *acordos de garantia financeira*, exigência premente após a criação da *Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho*. O surgimento da directiva ficou, por sua vez, a dever-se, às necessidades que advêm da dificuldade em determinar o destino das garantias financeiras internacionais⁴⁵.

A figura supracitada subdivide-se em duas, a mencionar: a Alienação Fiduciária em Garantia e o Penhor Financeiro⁴⁶, dois institutos que não foram deixados ao acaso pelo legislador português. No concernente ao Penhor Financeiro, verifica-se que o seu regime constitui um desvio significativo ao regime insolvencial geral, precisamente porque pretende representar uma tutela mais forte: “*apesar de ser uma garantia mobiliária, [...], o seu regime jurídico permite que se legitime o credor pignoratício a dispor da coisa onerada, assim como a tornar-se dela proprietário uma vez verificado o incumprimento da obrigação garantida.*”⁴⁷

Na sequência desta tutela alargada, verifica-se que o penhor financeiro se secciona em três modalidades, nomeadamente: o **penhor financeiro simples**, o **penhor financeiro com direito de disposição** e o **penhor financeiro com pacto comissório**.⁴⁸ Tem como características distintivas, que fazem dele, antes de Penhor Financeiro, um contrato de Garantia Financeira, o facto de: terem de ser os seus sujeitos, alguns dos elencados, taxativamente, no artigo 3.^º⁴⁹⁻⁵⁰; ser um contrato pelo qual se constitui uma garantia acessória de uma obrigação financeira⁵¹⁻⁵²; ter por objecto numerário ou instrumentos

⁴⁵ (decorrentes da dificuldade de localização dos instrumentos financeiros e da multiplicidade de soluções acerca de garantias mobiliárias, dos vários Estados) *Cfr.* Andrade, M. (2010). *O PENHOR FINANCEIRO COM DIREITO DE DISPOSIÇÃO. estudo geral sib*. Retrieved 12 December 2016, from <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13012/1/penhor%20financeiro%20final.pdf>.

⁴⁶ “*Como se lê no art. 2.º, 2, do DL 105/2004, distinguem-se um do outro «consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia». No entanto, o mesmo preceito revela que podem existir outras modalidades, pois utiliza-se ali o advérbio «designadamente».*”. Martins, A. (n.d.). O penhor financeiro e a alienação fiduciária em garantia no processo de insolvência. (no prelo).

⁴⁷ (Andrade, 2010, p. 1)

⁴⁸ *Cfr.* (Andrade, 2010)

⁴⁹ *Vide* DL n.º 105/2004, de 8 de Maio.

⁵⁰ A título de exemplo, o Banco de Portugal e Entidades Públicas.

⁵¹ *Vide* artigo 4.º do DL n.º 105/2004, de 8 de Maio.

financeiros⁵³ efectivamente desapossados⁵⁴, com a exigência de o acordo e a prestação virem a ser provados por escrito^{55-56 57}.

Mais se tem que, os contratos de garantia financeira (e aqui não se afasta o Penhor Financeiro) são “*reais quanto aos efeitos e quanto à constituição*”⁵⁸. Ainda explorando o regime específico do penhor financeiro e as suas particularidades face ao regime geral do penhor, percebemos, após a leitura dos artigos 9.º a 11.º⁵⁹ que, para além da celebração do contrato de penhor financeiro, as partes podem optar por convencionar a integração de uma cláusula concedendo ao beneficiário da garantia, um direito de disposição, tal como podem aditar à figura, um pacto comissório. “Podendo mesmo, consideram alguns, associar estas duas modalidades”.⁶⁰ O direito de disposição prefigura-se enquanto direito dado beneficiário da garantia financeira de dispor do objecto da sua garantia⁶¹, nomeadamente de o alienar ou onerar, nos termos negocialmente previstos, como se fosse seu titular^{62 63}.

Ainda sobre o penhor financeiro e o seu regime ímpar, considere-se a sua inovação quanto à admissibilidade do pacto comissório⁶⁴ que, no entanto, apenas será assumptível, se nesse sentido se obtiver *acordo e intervenção judicial*. O pacto comissório

⁵² Futuras, condicionais, do devedor ou de 3.º que impliquem uma liquidação em numerário ou entrega de instrumentos financeiros.

⁵³ Vide artigo 5.º do DL n.º 105/2004, de 8 de Maio.

⁵⁴ Vide artigo 6.º *ibidem*. Mas note-se portanto que a função do desapossamento, imposto nos N.º1 e 2.º do artigo 6.º, do Decreto-lei n.º105/2004, de 8 de Maio vai além da óbvia subtracção da disponibilidade do bem ao devedor, implicando e devendo implicar antes, a função de publicidade à garantia.

⁵⁵ “**Prova:** O presente diploma {Decreto-lei n.º 105/2004} é aplicável aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova por documento escrito. [De acordo com o artigo 6.º, N.º2 do DL 105/2004, considera-se prestada a garantia financeira cujo objecto tenha sido registado. E o artigo 7.º, N.º2 considera que o registo em suporte electrónico ou outro suporte duradouro equivalente cumpre a exigência de prova.] Porém, trata-se de uma forma ad probationem: isto é, [...] se as partes não tiverem reduzido] o contrato a escrito, o contrato de garantia financeira não será nulo (art. 220.º do Código Civil), mas a prova da sua existência só pode ser feita por escrito, por forma mais solene ou por confissão (art.364.º, n.º2 do Código Civil).” (Andrade, 2010, p. 11)

⁵⁶ Sem mais necessidade de exigências para que o credor possa executar a sua garantia: N.º2 do artigo 8.º do Decreto-lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

⁵⁷ Cfr. (Andrade, 2010, p. 4)

⁵⁸ (Andrade, 2010, p. 7)

⁵⁹ (do DL 105/2004)

⁶⁰ Cfr. (Andrade, 2010, p. 12)

⁶¹ N.º3 do Decreto-lei n.º 105/2004 de 8/5:“O exercício do direito de disposição depende, relativamente aos valores mobiliários escriturais, de menção no respectivo registo em conta e, relativamente aos valores mobiliários titulados, de menção na conta de depósito.”.

⁶² Vide n.º1 e n.º2 do artigo 9.º do Decreto-lei n.º 105/2004 de 8/5.

⁶³ Cfr. (Vasconcelos, 2008, p. 204)

⁶⁴ (admissibilidade que constitui um desvio significativo ao preceito defendido expressamente no artigo 694.º do CC, muito embora o artigo 675.º preveja a possibilidade de, no caso de convencionado entre as partes interessadas, a coisa empenhada ser adjudicada ao credor, pelo valor que o tribunal fixar)

e tudo o que ele representa é, pois, aceite no seio da figura do penhor financeiro. Todavia, tal apenas ocorre se tiver havido acordo entre as partes, no sentido de constituir o penhor. Fazendo-o, é permitido ao credor pignoratício, na eventualidade de necessitar de executar a garantia, que o faça, apropriando-se do objecto desta, registando-se, assim, uma sub-rogação. No entanto, se o fizer, fica obrigado a restituir o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante em dívida.

Mas porque será possível esta escapatória, ou mais exactamente, este “*direito de apropriação*”?⁶⁵ Não podemos esquecer-nos do contexto em que opera o penhor financeiro, nomeadamente a bolsa/os mercados financeiros, envolvendo instrumentos financeiros e, portanto, activos financeiros que, pela sua sensível susceptibilidade, podem conhecer quebras consideráveis, em curtos espaços de tempo. Assim sendo, a possibilidade aberta pelo pacto comissório visa, antes de mais “*dar resposta à necessidade de existência de mecanismos de execução das garantias sobre activos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização dos bens.*”⁶⁶

Concluindo, bem se pode constatar a **especificidade** da figura do penhor financeiro que se alarga ao seu regime insolvencial, muito embora, nesse âmbito, a particularidade do regime se resuma à dificuldade da resolução da figura por parte do administrador da insolvência: matéria mais desenvolvida aquando do ponto 5 da presente dissertação.

3.2 Hipoteca

A origem desta garantia real, tão recorrente nos nossos dias e que confere ao credor o direito de ser pago com preferência, pelo valor de certas coisas imóveis ou equiparadas, é algo controversa. Segundo **Menezes Leitão**⁶⁷, a hipoteca teve, a par com o penhor, origem na *fiducia cum creditore*, do Direito Romano: “*embora tenha sofrido*

⁶⁵ (Andrade, 2010)

⁶⁶ *Ibidem*, p. 12 e 13

⁶⁷ Que se fundamenta, por sua vez, em autores como Frezza, Gorla, Luigi De Sarlo e Elio Palmieri. Bem como em Cicero, Menezes Cordeiro, Eduardo Vera-Cruz Pinto e J. Ph. Levy.

*igualmente influência de um instituto de origem grega, aplicável nas províncias orientais, a hypothéké.”*⁶⁸⁻⁶⁹

Dá-se o facto de que com a evolução a “*fiducia cum creditore*” dividiu-se, consagrando a *datio pignoris* que implicava já apenas a transmissão de posse (sem propriedade) e a *conventio pignoris* (antecessora da hipoteca), em que o credor adquiria apenas o *ius distrahendi*, “*ou seja, a faculdade de vender a coisa em caso de incumprimento.*”⁷⁰

Hodiernamente tem-se que a hipoteca se trata de uma garantia real, importantíssima, precisamente pelo seu objecto, muito embora tenha conhecido a sua maior divulgação, junto de nós, na época de 90, com a expansão do fenómeno do crédito à habitação.⁷¹

Segundo o preceituado no n.º1 do artigo 686.º do CC, “*A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas*⁷²⁻⁷³, *pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial*⁷⁴ *ou de prioridade de registo.*”. E o N.º2 do mesmo artigo, supracitado, esclarece que a hipoteca garante um crédito⁷⁵ que poderá ser futuro⁷⁶ ou

⁶⁸ “A equivocidade do termo *hypothéké* leva, no entanto, a que se questione se designaria alguma garantia específica ou antes toda e qualquer garantia real.” (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 207)

⁶⁹ (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 207)

⁷⁰ (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 207)

⁷¹ *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 139)

⁷² Mais especificamente, segundo o artigo 688.º do CC: “*a) Os prédios rústicos e urbanos; b) O domínio directo e o domínio útil dos bens enfiteúticos* [constituição que apesar de estar prevista pela al. b) do preceito, é obsoleta na medida em que perdeu a sua aplicabilidade, uma vez ter sido abolida a enfiteuse relativa a prédios rústicos e urbanos, *Cfr.* DL n.º195-A/76, de 16 de Março, DL n.º546/76, de 10 de Julho, Lei n.º22/87, de 24 de Junho, DL n.º233/76, de 2 de Abril, DL n.º73-A/79, de 3 de Abril, DL n.º226/80, de 15 de Julho e DL n.º335/84, de 18 de Outubro]; *c) O direito de superfície; d) O direito resultante de concessões em bens do domínio público, observadas as disposições legais relativas à transmissão dos direitos concedidos; e) O usufruto das coisas e direitos constantes das alíneas anteriores; f) As coisas móveis que, para este efeito, sejam por lei equiparadas às imóveis* [nomeadamente navios, viaturas, automóveis e aeronaves].”

⁷³ Mais, “*a hipoteca abrange as partes componentes e integrantes do bem, assim como as pertenças, mas não as coisas acessórias.*”. (Martinez, 2004, p. 305)

⁷⁴ “*A diferença essencial ente a hipoteca e o privilégio especial reside na necessidade de aquela ser registada para se constituir, enquanto que este vale perante terceiros, independentemente do registo.*”. (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 207) “*A hipoteca constitui um direito real de garantia que se caracteriza por, ao contrário do privilégio, não estabelecer a preferência em atenção à causa do crédito, vigorando antes o princípio da prioridade na constituição.*”. (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 208)

⁷⁵ Assim sendo, a hipoteca afigura-se uma garantia real, também ela, acessória (de um crédito).

condicional. Além disso, saliente-se, ainda, o artigo 693.º do CC, o qual visa alargar o objecto da hipoteca que, segundo o preceito, assegura os acessórios do crédito que constem de registo⁷⁷, “*como sejam, os juros⁷⁸ moratórios e remuneratórios, as cláusulas penais, e as despesas de constituição e registo [...]*”.⁷⁹

São, portanto, numa primeira abordagem, ténues as diferenças entre penhor e hipoteca mas, analisadas, justificam a respectiva diferenciação, nomeadamente no que toca à transferência da posse, a saber: “*Não é requisito da hipoteca que os bens saiam da posse do autor da garantia [...]*”⁸⁰, porém, o penhor financeiro, por exemplo, permite a celebração de pacto comissório⁸¹, enquanto a figura geral do penhor permite, por sua vez, a celebração conjunta com *pacto anticrese*. Ademais, quando falamos de hipoteca⁸², o registo é requisito de eficácia ou mesmo de existência⁸³⁻⁸⁴, “*sendo, pois, lícito distinguir o penhor da hipoteca nos seguintes termos: empenham-se bens não registáveis; hipotecam-se bens registáveis (nos termos dos diplomas referidos)*”.⁸⁵

Note-se que a garantia real aqui exposta apresenta um requisito essencial, nomeadamente o facto de ter de incidir sobre bens determinados, muito embora, o artigo 710.º do CC, sobre hipotecas judiciais, estabeleça a possibilidade de registo da hipoteca sobre quaisquer bens do obrigado. No entanto, esta estatuição não conflitua com a

⁷⁶ “*A hipoteca de créditos futuros ou condicionais é particularmente relevante porque o titular do crédito goza de preferência que esse direito de garantia concede deste a data da constituição da hipoteca e não da data do nascimento do crédito*.” (Vasconcelos, 2008, p. 140)

⁷⁷ Vide artigo 96.º, n.1, al. a) do C.R.P.

⁷⁸ Segundo o N.º2 do artigo 693.º do CC, tratando-se de juros, a hipoteca nunca abrange, não obstante convenção em contrário, mais do que os relativos a três anos. “*O fundamento desta norma é proteger os outros credores do titular do bem para não serem surpreendidos com uma quantia com que não contavam devido a uma acumulação de juros, por isso não se admitindo convenção em contrário, bem como impor aos credores hipotecários alguma celeridade face ao incumprimento do devedor*. [Vide a propósito, artigo 96.º, n.º1, al. a) do C.R.P] 3. *O disposto no número anterior não impede o registo de nova hipoteca em relação a juros em dívida*.” (Vasconcelos, 2008, p. 146 e 147)

⁷⁹ (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 213)

⁸⁰ (Costa, Julho, 2013, p. 939)

⁸¹ Já o credor hipotecário não se pode fazer valer deste pacto, uma vez consignar o artigo 694.º do CC, uma proibição expressa. Proibição, essa, que “*impede que o credor garantido, se a outra parte não cumprir, possa sem ter que avaliar a coisa ou com uma avaliação por ele realizada fazê-la entrar no seu património e ao mesmo tempo levar à extinção da obrigação garantida [...]*”. (Vasconcelos, 2008, p. 151 e 152) Isto, claro, tenciona assegurar um eventual prejuízo para o dono da coisa, tanto mais que, a proibição em questão, está prevista desde o ano 326 DC, tempo de Constantino. *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 152)

⁸² Vide artigos 5.º e 4.º, N.º2 do Código de Registo Predial. Vide também os artigos 47.º e 92.º, n.º1, i) do mesmo diploma legal a propósito do registo provisório. Já quanto ao facto constitutivo das hipotecas legais e judiciais, vide artigos 50.º e 92.º, n.º11.

⁸³ *Cfr.* Artigos 687.º, 704.º e 710.º do CC e artigos. 4.º, n.º1, e 5.º do C.R.P, respectivamente.

⁸⁴ (Costa, Julho, 2013, p. 939)

⁸⁵ Martinez, P. (2004). *Direito das obrigações* (2st ed., p. 304). Coimbra: AAFDL.

exigência da especialidade/determinação, que se prevê em relação à hipoteca, não significando, de todo, que esta possa incidir sobre bens indeterminados⁸⁶. Mais se tem que, a hipoteca apresenta a chamada “indivisibilidade quanto ao crédito”, prevista legalmente no artigo 697.º do CC mas que pode, ressalve-se, ser afastada por convenção em contrário entre credor e devedor. Esta particularidade permite, entre outras coisas, que a hipoteca venha a abranger as construções que se façam em prédio hipotecado: *“Hipotecado o terreno para construção, o edifício aí construído fica também hipotecado. O mesmo sucede às fracções autónomas quando o edifício vier a ser constituído em propriedade horizontal. Cada uma delas, que resulta da divisão da coisa hipotecada, responde pela totalidade da dívida.”*⁸⁷

Como tutela do credor hipotecário temos o artigo 698.º do CC, dispondo que, caso este tenha um bem hipotecado sobre o qual se constituiu usufruto que, por sua vez, se extinguiu, em nada é afectado, uma vez que poderá manter a hipoteca como se o usufruto nunca tivesse existido. Tal ocorrerá se a hipoteca não tiver por objecto o próprio direito de usufruto pois, nesse caso, sendo a mesma uma garantia real acessória, extinguindo-se o mencionado, extinguir-se-á esta também, por consequência⁸⁸⁻⁸⁹.

Sobre o regime insolvencial, específico, dissertar-se-á neste trabalho, mais à frente, não obstante, em termos de graduação e por forma a entendermos, de facto, a real importância da garantia real de que falamos, cumprir agora referir-se o seguinte: *“a garantia de constituição voluntária melhor graduada é a hipoteca, factor este de suma importância na anterior qualificação desta figura como a rainha das garantias. É que as*

⁸⁶ A título de curiosidade, cumpre referir que a hipoteca pode incidir sobre fracções dos prédios constituídos em propriedade horizontal, bem como sobre a quota de coisa ou direito comum: *vide* artigos 688.º, N.º2 e 1414.º e *ss*, quanto ao primeiro objecto referido e artigo 689.º do CC, quanto ao último.

Susceptíveis de nulidade, precisamente devido à exigência de determinação (relativamente à hipoteca), ficam as hipotecas constituídas sobre a meação de bens comuns do casal, ou sobre a quota em herança indivisa: *vide* artigos 280.º, N.1 e 690.º do CC.

⁸⁷ (Vasconcelos, 2008, p. 151)

⁸⁸ Ressalvando-se o preceituado no N.º3 do Artigo 699.º do CC: *“Porém, se a extinção do usufruto resultar de renúncia, ou da transferência dos direitos do usufrutuário para o proprietário, ou da aquisição da propriedade por parte daquele, a hipoteca subsiste, como se a extinção do direito se não tivesse verificado.”*

⁸⁹ Constituem também formas de extinção da hipoteca, a prescrição a favor de terceiro adquirente do prédio hipotecado, decorridos vinte anos sobre o registo de aquisição do mesmo e cinco sobre o vencimento da obrigação (*vide* al. b) do artigo 730.º do CC); o perecimento total da coisa hipotecada, ressalvadas as situações previstas pelos artigos 692.º, 701.º e 730.º, al. c) do CC; a renúncia por parte do credor (*vide* artigos 730.º, alíneas d) e l)) etc.. Mas chame-se à atenção para uma situação importante, especificamente o facto de a renúncia à hipoteca não significar a renúncia ao crédito garantido, *“cuja extinção se processa por remissão, que é um contrato (art. 863.º n.º1).”* (Vasconcelos, 2008, p. 161 e 162)

*únicas garantias que ultrapassam, em termos de graduação, a garantia hipotecária, são garantias de origem legal, designadamente, o privilégio creditório e o direito de retenção. Pelo que, a melhor forma de o credor se assegurar, do ponto de vista das garantias susceptíveis de serem constituídas por via negocial, é através da constituição da garantia hipotecária.”*⁹⁰

3.2.2 Hipoteca judicial

Dispõe o N.º1 do artigo 710.º do CC que *“a sentença⁹¹ que condenar o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível é título bastante para o registo de hipoteca sobre quaisquer bens do obrigado, mesmo que não haja transitado em julgado.”*. Daqui se depreende que as hipotecas judiciais resultam⁹² de decisões providas do tribunal⁹³⁻⁹⁴.

A hipoteca judicial é tida como uma garantia mais desfavorável, uma vez que não é atendida, aquando da graduação de créditos, a sua preferência⁹⁵⁻⁹⁶. Esta fragilidade fica a dever-se ao facto de o instituto funcionar como penhora antecipada, podendo pois recair sobre quaisquer bens do devedor, susceptíveis de penhora, bastando para o efeito que tenha havido proferição de sentença, sem necessidade de trânsito em julgado. No entanto, subsiste uma tutela para o credor hipotecário, o qual vê as custas pagas com a instauração

⁹⁰ (Madaleno, p. 7)

⁹¹ Toda a decisão de tribunal de primeira instância, inclusivamente, despacho saneador; e decisões quer de tribunal cível, quer de tribunal criminal, administrativo ou arbitral (*vide art. 26.º da LAV*).

⁹² *“Parece manifesto que a sentença não é um acto constitutivo da hipoteca judicial, mas apenas um seu fundamento, pressuposto ou título. Acto constitutivo da mesma apresenta-se na realidade o respectivo registo, voluntariamente determinado [...]”*. (Costa, Julho, 2013, p. 951)

⁹³ *“2. Se a prestação for ilíquida, pode a hipoteca ser registada pelo quantitativo provável do crédito. 3. Se o devedor for condenado a entregar uma coisa ou a prestar um facto, só pode ser registada a hipoteca havendo conversão da prestação numa indemnização pecuniária.”* Vide artigo 710.º do CC.

⁹⁴ Considere-se a propósito, o artigo 711.º do CC, sobre a legitimidade de sentenças estrangeiras para registo de hipoteca: *“As sentenças dos tribunais estrangeiros, revistas e confirmadas em Portugal, podem titular o registo da hipoteca judicial, na medida em que a lei do país onde foram proferidas lhes reconheça igual valor.”* Atente-se nas ressalvas *“revistas”* e *“confirmadas”*: *“De acordo com a doutrina, não basta para esse efeito [registo da hipoteca] que as sentenças dos tribunais estrangeiros tenham sido entre nós revistas*, mas é ainda necessário que a lei do país em que forma proferidas lhes reconheça igual valor.”*. (Costa, Julho, 2013, p. 951)

* Note-se, no entanto, que tanto a revisão como a confirmação são afastadas se as sentenças em causa provirem de países comunitários (*vide* artigo 33.º do Regulamento (CE) 44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000).

⁹⁵ Vide n.º3 do artigo 140.º do CIRE.

⁹⁶ *“cabendo proceder a rateio dos bens hipotecados por todos os credores comuns.”*. (Costa, Julho, 2013, p. 952)

da acção, que serviu de base ao registo de hipoteca judicial, serem constituídas dívidas da massa insolvente.

Note-se que não deixa de haver relevância na figura da hipoteca judicial, quando mais não seja pelo facto de, não sendo declarada insolvência do devedor, se manter a preferência do credor hipotecário. Ademais, “*se o credor alienar os bens que ela [hipoteca judicial] onera, poderá o credor hipotecário executá-los no património do adquirente, sem necessidade de lançar mão da impugnação pauliana.*”⁹⁷

3.3 A penhora: Natureza da figura

Até ao momento elencaram-se na monografia, algumas das garantias reais mais recorrentes ou específicas, importa pois neste seguimento, fazer uma referência à figura da penhora. A penhora conforma uma figura algo controvertida, justificando a sua pertinência aqui, por levantar questões quer no seio da acção executiva, quer no seio da insolvência. De facto, discute-se a natureza da penhora, existindo sobre isso, divergência doutrinal: por um lado a figura é classificada como mero acto processual (que finda com o início do processo de insolvência), por outro e em oposição, é classificada como garantia real das obrigações. É incontestável que a penhora “*consiste numa apreensão judicial dos bens do executado (seja ele o devedor ou terceiro) afectos à garantia da obrigação exequenda, em ordem a que eles possam ser sujeitos aos fins da acção executiva, a saber, a satisfação do direito do credor exequente e, eventualmente, do dos outros credores com garantia real sobre esses bens [...]*”⁹⁸, o que não é líquido é a sua natureza. **Almeida Costa**, por exemplo, rejeita a inserção da penhora na categoria de garantia real: “*Em rigor, não se trata de uma garantia real, mas de um acto processual que visa criar a indisponibilidade dos bens adstritos à execução, mediante a produção dos mesmos efeitos substantivos das garantias reais: a preferência e a sequela.*”⁹⁹ Já **Menezes Leitão**, bem como alguma jurisprudência¹⁰⁰, vão no sentido de constituir a penhora, efectivamente, uma garantia real: “*não há dúvida que a penhora atribui ao exequente um direito sobre uma coisa corpórea,*

⁹⁷ (Costa, Julho, 2013, p. 952.)

⁹⁸ (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008, p. 246)

⁹⁹ (Costa, Julho, 2013, p. 983 e 984)

¹⁰⁰ Pgdlisboa.pt. (2017).: Jurisprudência do STJ (boletim interno). [online] Available at: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=21336&codarea=1

*oponível erga omnes, que lhe atribui preferência no pagamento sobre a venda desse mesmo bem. Não há assim qualquer obstáculo à inserção da penhora entre as garantias reais.”*¹⁰¹ A questão que se coloca é: assumindo que a figura mencionada é uma garantia real, porque não se considera no processo de insolvência, especificamente, na graduação de créditos, a preferência proveniente da penhora¹⁰²? Diz, em justificação, Menezes Leitão que tratar-se-ia “*porém, de um direito real de garantia imperfeito, dado que se extingue em caso de insolvência do devedor.*”¹⁰³ Prefere-se, no entanto, por uma questão de lógica, a posição de **Miguel Teixeira de Sousa**, citada na obra de Menezes Leitão que “*defende que “a penhora não é um direito real de garantia, porque, embora seja inerente a uma coisa e afecte a execução desta à satisfação do crédito do exequente a sua função é conservatória”, sendo apenas “uma situação em que são colocados certos bens ou direitos”.*”¹⁰⁴ Corrobora esta interpretação, o já mencionado N.º3 do artigo 140.º do CIRE.

4 Actos resolúveis em benefício da massa insolvente, em especial, a extinção de privilégios creditórios e garantias reais

Porque se trata, o presente estudo, de uma dissertação sobre o pagamento aos credores, nomeadamente os garantidos, importa enunciar (antes dos expedientes de tutela dos créditos previstos para os referidos) os actos/negócios (e portanto créditos) que não prosseguem com a declaração da insolvência, por ter o administrador da insolvência e o regime legal do CIRE, um legítimo interesse na preservação da massa. Este legítimo interesse sobrepõe-se, pois, ao interesse dos credores que vêem as suas garantias serem resolvidas¹⁰⁵, por força do disposto nos artigos 121.º, N.º1, alíneas e) e c); 120.º, N.º3 e N.º5 e 97.º do CIRE. Destes, depreende-se, nomeadamente, o seguinte:

- I. Constituem as hipotecas judiciais garantias frágeis, embora proporcionem aos seus titulares uma garantia real. Retira-se esta ilação, por se extinguirem estas com a insolvência, deixando aos seus titulares, neste processo, o (débil) título de credores comuns. Sendo que o que de melhor se retira da hipoteca judicial é a categorização como dívidas da massa, das custas dos credores com a constituição da mesma (artigo 140.º, N.º3 do CIRE); O

¹⁰¹ (Leitão, *Garantias das Obrigações*, 2008, p. 251)

¹⁰² (*vide* artigo 140, n.º3 do CIRE)

¹⁰³ (Leitão, *Garantias das Obrigações*, 2008, p. 250)

¹⁰⁴ *Apud* (Leitão, *Garantias das Obrigações*, 2008, p. 251)

¹⁰⁵ (sendo que as que nos interessa tratar são as reais)

mesmo quanto às hipotecas legais, acessórias dos créditos sobre a insolvência do Estado, das Autarquias Locais ou da Segurança Social, cujo registo haja sido requerido nos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, uma vez extinguiam-se estas, também, com a declaração de insolvência (artigo 97.º, N.º1, al. c) do CIRE).¹⁰⁶ Mais longe vai ainda, quanto a hipotecas legais, o CIRE, no N.º2 do artigo 97.º, ao “afastar a admissibilidade do seu registo, uma vez [i)] declarada a insolvência, [ii)] durante a pendência do respectivo processo e [iii)] mesmo após o encerramento do mesmo.”¹⁰⁷ “A relevância desta limitação [...] é significativa, dada a eficácia constitutiva desse registo [...]. A proibição estabelecida neste n.º2 [só] é afastada nos casos contemplados na segunda parte do preceito”.¹⁰⁸

- II. As já constituídas garantias reais sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente e acessórias de créditos sobre a insolvência, apresentam também alguma susceptibilidade, uma vez extinguiam-se, aquando da declaração de insolvência, se ainda não registadas ou objecto de pedido de registo até ao momento (precisamente porque dependem de registo).¹⁰⁹
- III. O CIRE trata com considerável desfavor, em geral, os créditos subordinados (artigo 48.º) uma vez que, ainda que alguém possua um direito real sobre bens integrantes da massa insolvente, se classificados esses direitos, aquando da declaração de insolvência como “acessórios de créditos subordinados”, extinguiam-se sem necessidade de mais requisitos para tal (al. e) do N.º1 do artigo 97.º do CIRE).¹¹⁰
- IV. Os privilégios creditórios especiais, acessórios de créditos sobre a insolvência do Estado, das Autarquias Locais e das Instituições de Segurança Social, parecem padecer, também eles, de alguma vulnerabilidade, uma vez que se extinguiam com a declaração de

¹⁰⁶ Cfr. (Vasconcelos, 2008, p. 171 e 172)

¹⁰⁷ (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 473)

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 473

¹⁰⁹ *Vide* al.d) do N.º1 do artigo 97.º do CIRE.

¹¹⁰ Cfr. (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 473)

insolvência, mas só se “vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência” (artigo 97.º, N.º1, al. b) do CIRE). Mas sobre este regime melhor se discorrerá à frente.¹¹¹

5 Graduação e Pagamento de créditos: os credores garantidos

5.1 Expedientes gerais de tutela dos créditos:

- **Sentença de Declaração de Insolvência:**

Após o pedido de declaração de insolvência, quer pelo devedor, quer pelo(s) credor(es), inicia-se um processo constituído por vários e cautelosos trâmites. Veja-se por exemplo, o caso da audiência de discussão e julgamento, uma forma de, entre outras diligências, proteger o exercício do contraditório. Segue-se, imediatamente, em alguns casos, a sentença de declaração de insolvência, ponto de partida para averiguação, reivindicação e tutela de créditos, sendo, desde logo, nesta fase, que o juiz assume a tomada de passos importantes, nomeadamente¹¹²:

- I. A nomeação do administrador de insolvência e a determinação de que o devedor entregue ao mesmo, documentos necessários ao corrimento do processo, bem como o decretar da apreensão dos bens do devedor;
- II. A designação do prazo, “até 30 dias, para a reclamação de créditos”¹¹³;
- III. A advertência dos credores “de que devem comunicar prontamente ao administrador da insolvência as garantias reais de que beneficiem”;
- IV. A designação do “dia e hora, [...] para a realização da reunião da assembleia de credores aludida no artigo 156.º, designada por assembleia de apreciação do relatório [...]”, não obstante, nos termos da al. n) do N.º1 do artigo 36.º, tendo sido dispensada pelo juiz, qualquer interessado poder requerer ao tribunal a sua convocação.

¹¹¹ Cabem todas as extinções enunciadas nos quatro pontos acima mencionados, nas disposições mais abrangentes que são as alíneas c) e e) do artigo 121.º do CIRE, quanto à “Resolução incondicional”.

Ainda sobre este direito de resolução, temos o artigo 120, N.º1 do CIRE.

¹¹² Vide artigo 36.º do CIRE.

¹¹³ Atenção que o credor que tenha o seu crédito reconhecido por decisão definitiva, embora possa limitar a sua acção à remissão para a decisão condenatória, juntando documentos comprovativos, não deixa de ter de reclamar o seu crédito.

Podemos constatar, portanto, que, desde cedo, os credores deverão ficar atentos, com vista a evitar o desconhecimento de qualquer meio de fazer valer os seus direitos, em termos de consagração de créditos. Desde logo devem reclamá-los, sendo importante, ainda que **não impreterível**, que o façam no prazo estipulado pelo juiz: até 30 dias nos termos do artigo 36.º, N.º1, al. j), do CIRE.

- **Acção de verificação ulterior de créditos e de separação ou restituição de bens:**

Enquanto justificação do não impreterível, deve considerar-se o constante no artigo 146.º do CIRE, o qual surge como salvaguarda. Segundo este, findo o prazo das reclamações (de créditos), é possível reconhecer ainda outros créditos, bem como, há ainda a possibilidade da reclamação do direito à separação ou restituição dos bens. Embora a lei **N.º16/2012, de 20 de Abril**, tenha diminuído o prazo geral para o exercício do direito de verificação ulterior de créditos, de um ano, para seis meses¹¹⁴ e essa mesma ulterior reclamação, esteja condicionada ao estipulado nas alíneas a) e b) do N.º2 do artigo 146.º¹¹⁵, este não deixa de ser um instrumento de relevo para os credores mais incautos¹¹⁶. Note-se que o direito à separação ou restituição de bens pode, pelo contrário, ser exercido a todo o tempo: *vide* N.º2 do artigo 146.º.

Compreenda-se que a **acção para verificação ulterior de créditos**, embora tenha de ser proposta como acção autónoma pelo reclamante contra a massa insolvente, os credores e o devedor, corre por apenso ao processo de insolvência e está sujeita à regra da urgência (artigo 9.º, N.º1), seguindo uma tramitação própria.¹¹⁷

Como resultado da acção, diz **Luís M. Martins**, na sua obra (Processo de Insolvência - Anotado e Comentado -)¹¹⁸ que, cite-se: “*O juiz pode aderir aos factos*

¹¹⁴ “após o trânsito em julgado da sentença de declaração da insolvência ou, se o direito se tiver constituído três meses depois do trânsito em julgado da sentença, no prazo de três meses a contar da sua constituição.” (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 415)

¹¹⁵ (que exclui, de imediato, a legitimidade dos credores não reconhecidos, pelo administrador da insolvência, que tenham sido avisados, nos termos do N.º4 do artigo 129.º do CIRE, uma vez poderem defender os seus direitos, através de direcção ao juiz, de requerimento, nos 10 dias subsequentes ao termo do prazo fixado no n.º1 do artigo 130.º: *vide* N.º1 do artigo 130.º)

¹¹⁶ Mas atenção redobrada deve ser dada ao N.º1 do artigo 147.º do CIRE que, não poupa nem os credores mais beneficiados no processo de insolvência. Isto, uma vez referir que, se os efeitos do protesto caducarem e tratando-se de acção para a verificação de crédito, “*o credor só adquire direito a entrar nos rateios posteriores ao trânsito em julgado da respectiva sentença pelo crédito que venha a ser verificado, ainda que de crédito garantido ou privilegiado se trate;*”.

¹¹⁷ *Cfr.* Martins, L. (2014). *Processo de insolvência* (3rd ed., pp. 355 a 356). Coimbra: Almedina.

¹¹⁸ (na página 356)

invocados, dando os mesmos como provados e conseqüentemente julgar procedente porque provada a acção e, por via disso, julgar reclamado, verificado e reconhecido o crédito peticionado – que será graduado no lugar que lhe competir na sentença de verificação e graduação de créditos.”.

Voltando à reclamação do direito à separação ou restituição de bens, atente-se ao disposto no **Ac. de Apelação Proc. 472/11.8TBTMR-L.C1, de 18.03.2014**, Relator Fonte Ramos, do Tribunal de Tomar, 1º J: “*A lei permite àqueles que pela apreensão se sintam lesados na sua posse ou propriedade obter a restituição ou a separação de bens que tenham sido indevidamente apreendidos para a massa insolvente por via do procedimento a que aludem os art.ºs 141º e seguintes, do CIRE, defendendo-se e acautelando-se, dessa forma, os direitos do reclamante e o procedimento de apreensão para a massa insolvente e sua (adequada) repercussão na fase da liquidação. Tal reclamação para restituição ou separação constitui o único meio de reacção legalmente previsto, logo que decretada a apreensão dos bens e porventura ainda antes da sua materialização (posse material) pelo administrador da insolvência.*”. Pode compreender-se, portanto, que a mencionada acção faz, inquestionavelmente, parte dos *handicaps* com que os credores terão de se confrontar, no processo de insolvência.

- **Impugnação da lista de credores reconhecidos e não reconhecidos:**

Ainda numa fase inicial, mais especificamente, antes da sentença de verificação e graduação de créditos, pode **qualquer interessado**, impugnar a lista de credores reconhecidos e não reconhecidos¹¹⁹ que o administrador da insolvência apresenta na secretaria do tribunal, 15 dias¹²⁰ depois do termo do prazo das reclamações de créditos.¹²¹ Esta impugnação terá de ser feita através de requerimento dirigido ao juiz, em conformidade com o constante no N.º1 do artigo 130.º do CIRE e assume especial importância, uma vez poder fundamentar-se no juízo de **indevida inclusão ou exclusão de**

¹¹⁹ (incluindo não só os que deduziram reclamação de créditos, como os que (apenas) constem de elementos da contabilidade do devedor (ou que por outra forma chegaram ao conhecimento do administrador da insolvência))

¹²⁰ (melhor dizendo, dez dias a partir da data do termo dos 15 dias de que o administrador da insolvência dispõe para apresentar as listas na secretaria ou, no caso dos credores citados por carta registada (não reconhecidos ou reconhecidos sem terem reclamado o seu crédito ou o tenham feito em termos diversos dos da respectiva reclamação, *vide* artigo 129.º, N.º4), a partir do terceiro dia útil após a expedição da carta, nos termos do n.º2) *Cfr.* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 387)

¹²¹ *Vide* N.º1 do artigo 129.º do CIRE.

créditos, incorrecção do respectivo montante ou da sua qualificação¹²², bem como, alguns autores assumem, “*será de admitir a impugnação com base na falta de documentos probatórios que justifiquem o reconhecimento e omissão das condições a que o crédito se encontra sujeito.*”¹²³⁻¹²⁴ E note-se que, como já foi referido no presente trabalho, esta será a única via de os credores não reconhecidos, bem como aqueles a quem os créditos foram reconhecidos sem que os tenham reclamado, ou em termos diversos da respectiva reclamação, terão para zelar pelos seus interesses, uma vez que pode ser-lhes retirada legitimidade, pela al. a) do artigo 146.º do CIRE, para propor acção de verificação ulterior de créditos ou de outros direitos.

Registe-se, igualmente, uma especial nota para os credores reconhecidos que pretendam impugnar os seus créditos, através da forma supracitada: estes devem ficar especialmente atentos ao decorrer dos prazos, nomeadamente, ao “*início de contagem do prazo de impugnação da lista*¹²⁵ (dez dias a contar do termo do prazo de 15 dias subsequentes ao termo do prazo das reclamações), em virtude de, entre o termo do prazo das reclamações e o início da contagem do prazo da impugnação, nada lhes ser notificado.”¹²⁶⁻¹²⁷

Em suma, face à questão sobre a razão da importância da impugnação, via requerimento, considere-se o que **Ana Prata, Jorge M. Carvalho e Rui Simões**¹²⁸, concluem: “*Pode ser, em concreto, mais prejudicial para um credor a exclusão de um dos seus créditos, se tiver valor reduzido, do que a inclusão incorrecta, em geral ou como garantido, de um crédito de outro credor, que assim poderá ser pago, ou ser pago com preferência, em relação aos seus créditos.*”. Além disso, a impugnação consubstancia um instrumento de suma importância para os detentores de créditos subordinados (*vide* artigo

¹²² *Cfr.* Subtil, A. (2006). *Código da insolvência e da recuperação de empresas* (1st ed., p. 216). Lisboa: Vida Económica.

¹²³ (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 194)

¹²⁴ Chame-se à atenção para a interpretação extensiva feita em (Subtil, Esteves, Esteves, & Martins, 2006), na página 216, no sentido de que, embora não seja referido no N.º1 do artigo 130.º, este dever contemplar a possibilidade de os créditos não reconhecidos poderem ser impugnados na totalidade. Concordando com a interpretação, torna-se incontornável a relevância deste artigo/impugnação, para os credores.

¹²⁵ (de credores reconhecidos)

¹²⁶ (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 193)

¹²⁷ “*Os credores reconhecidos terão que consultar as listas e o processo na secretaria para preparar e fundamentar eventuais impugnações. Os credores terão que consultar as reclamações de créditos e demais documentação no local que for indicado no final das listas (art. 133.º).*”

¹²⁸ (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, p. 387)

48.º do CIRE)¹²⁹, tendo em conta que, se os seus créditos forem qualificados, efectivamente, como subordinados, ficam na ingrata situação de serem os últimos a ser satisfeitos pela massa insolvente.¹³⁰

Neste ponto, a análise do presente trabalho focou-se na **Reclamação para verificação de créditos** e a sua **Impugnação**, as quais darão lugar à respectiva **Sentença de verificação de créditos**¹³¹; abordou-se, similarmente, a importância do instrumento de **Verificação ulterior**¹³².

Compreenda-se que os instrumentos anteriormente referidos (**Reclamação para verificação de créditos, Impugnação e Verificação ulterior**) são importantes, individualmente, para fazer valer direitos creditórios, entre outros. Mas, não deixam de contribuir, na colectividade, para aferir da composição da **assembleia de credores**¹³³, órgão e instrumento, também ele, de inquestionável importância, no que toca a arguir direitos creditórios¹³⁴.

- **A Assembleia de credores e o seu regime jurídico de tutela:**

De entre todas as diligências permitidas na Assembleia de credores¹³⁵, designadamente que todos os intervenientes no processo¹³⁶⁻¹³⁷ possam apresentar o seu

¹²⁹ (ainda mais para os credores especialmente relacionados com o devedor)

¹³⁰ *Cfr.* (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 193)

¹³¹ (*vide* artigos 128.º a 140.º do CIRE) Em suma, elaborada a lista de credores reconhecidos e não reconhecidos, o juiz profere, quase de imediato, a sentença de verificação e graduação de créditos (artigo 130.º, N.º3 do CIRE). Isto, a não ser que tenham decorrido impugnações (artigo 130.º do CIRE), caso em que só mais tarde será proferida sentença (artigos 136.º, N.º6 e 140.º, N.º1 do CIRE). Note-se que, “*A graduação é geral, “para os bens da massa insolvente”, e especial, para “os bens a que respeitem direitos reais de garantia e privilégios creditórios gerais.*” (Vasconcelos, 2008, p. 168)

¹³² (*vide* artigos 146.º a 148.º do CIRE)

¹³³ *Vide* artigos 72 e 73.º do CIRE

¹³⁴ “*A assembleia de credores é um dos principais órgãos da insolvência, prevalecendo as suas decisões sobre as da comissão de credores (artigo 80.º).*”. Prata, A., Carvalho, J., & Simões, R. (2013). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado* (1st ed., p. 212).

A presente comissão serve, essencialmente, para “fiscalizar” a prática de actos jurídicos que assumam especial relevo para o processo de insolvência: *vide* artigo 161.º do CIRE, consagrando, também, um meio pelo qual poderão os credores velar pelos seus interesses, neste caso, preventivamente.

¹³⁵ Genericamente, apreciar o Relatório elaborado pelo Administrador de Insolvência e previsto no artigo 155.º do CIRE. *Vide* artigo 156.º do CIRE

¹³⁶ Mesmo podendo o juiz limitar a participação na assembleia de credores, aos credores com créditos acima dos €10.000,00, isso não significa que os pequenos credores perdem obrigatoriamente representatividade. “*Estes podem agrupar-se até que o montante dos seus créditos atinja o mínimo estabelecido pelo juiz.*” (Martins L. M., Março de 2014, p. 245)

¹³⁷ Há, sem dúvida, uma tentativa por parte da lei de que a assembleia de credores seja um órgão o mais abrangente possível, dando lugar a que todos tenham uma palavra a dizer. Não se possibilitasse, por exemplo, no N.º4 do artigo 73.º do CIRE que, a pedido de interessado, o juiz, mediante apreciação da

parecer e defender os seus interesses, através do voto, ressaltam outras que merecem referência neste trabalho, mormente:

- I. Podem os credores reclamar os créditos, na própria assembleia, quando ainda não estiver esgotado o prazo para a reclamação, afixado na sentença da declaração da insolvência¹³⁸⁻¹³⁹;
- II. Resulta do estipulado no N.º2 do artigo 95.º que “o direito contra o devedor insolvente decorrente do eventual pagamento futuro da dívida por um condevedor solidário ou por um garante só pode ser exercido no processo de insolvência, como crédito sob condição suspensiva, se o próprio credor da referida dívida a não reclamar.”. Entende-se então, segundo **Ana P. Carvalho, Jorge Morais e Rui Simões**¹⁴⁰ que e cite-se: “Não podendo este direito ser exercido no processo¹⁴¹, o devedor solidário e/ou o garante podem participar na assembleia de credores, nos termos do n.º1 deste artigo [72.º do CIRE], em atenção ao interesse que

probabilidade de existência do montante e natureza do crédito ou da verificação da condição suspensiva, atribua direito de voto a créditos impugnados, incluindo os que se encontram sob condição suspensiva.

¹³⁸ (Cfr. arts. 73.º, n.º1, al. a) e 75.º, n.º4, al. c))

¹³⁹ Cfr. (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 145) & (Subtil, Esteves, Esteves, & Martins, 2006, p. 161)

¹⁴⁰ (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 212)

¹⁴¹ As matérias previstas quer no N.º1, quer no N.º 2 do artigo 95.º do CIRE relacionam-se com as situações de solidariedade passiva ou de garantia. No entanto, enquanto o N.º1 se destina à **proteção dos credores**, o N.º2 foca-se antes no devedor solidário ou garante. Assim, o N.º1 possibilita que (entende nesse sentido a doutrina e a jurisprudência) apresentando-se os co-devedores (quando há créditos com devedores solidários ou garantos) em situação de insolvência (ou meramente situação económica difícil), poderá o credor accionar qualquer um deles, podendo, pois, reclamar os seus créditos em cada um dos respectivos (e singulares) processos de insolvência. Impõe a lei como único limite, ainda que desnecessário porque lógico, o de por esse meio não poder vir o credor a incorrer em *enriquecimento sem causa* por receber, incidindo em vários processos, mais do que lhe é devido. Vide a propósito os artigos 519.º, N.º1, *in fine*, do CC e 179.º do CIRE e no mesmo sentido o **Ac. do STJ de 05-04-2016**, Proc. 5267/15.7T8SNT-A.L1.S1, Relator Fernandes do Vale. Cfr. Fernandes, L. and Labareda, J. (2013). Código da insolvência e da recuperação de empresas. 2nd ed. Lisboa: Quid Juris, pp.466 a 467.

O N.º2 do artigo 95.º compreende, diferentemente, a situação de o titular de um crédito com devedores solidários ou garantos não ter reclamado o seu direito (de lhes exigir, a eles, o pagamento total do seu crédito) no processo de insolvência e prevê a tutela (preventiva) desses sujeitos -devedores solidários ou garantos- ao permitir-lhes, não obstante a sua “não requisição”, reclamar no processo (do devedor insolvente) o seu crédito, embora sob condição suspensiva. “Embora a lei não o diga, entende-se que essa condição suspensiva é a de o pagamento pelo devedor solidário ou pelo garante vir a concretizar-se.”. (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 466)

Já se o titular do crédito sobre o insolvente tiver reclamado no processo os créditos sobre os garantos ou devedores solidários, ficam estes impedidos de “exercer a faculdade de reclamação por crédito futuro mesmo condicional [vide artigo N.º2 *in fine*].” Cfr. *Ibidem*, p. 466

*lhes assiste de perceber qual a situação patrimonial e creditícia do seu convedor ou devedor principal de obrigação por eles garantida.*¹⁴²

5.1.1 As garantias resultantes do PER:

Em cima expuseram-se alguns dos expedientes postos à disposição dos credores, em geral, aquando do início do processo de insolvência, que lhes permitem defender os seus créditos. Em suma, referiram-se expedientes tuteladores constitutivos, uma vez depender a defesa dos créditos, também da sua constituição. Cumpre pois, a este momento, uma breve nota sobre o N.1 do artigo 17.º-H, do CIRE que encontra análoga consagração no N.º6 do artigo 11.º do SIREVE.

Dispõe o clausulado, acrescentado ao código pela lei 16/2012, de 20 de Abril, em clara defesa dos financiadores, em processos de recuperação¹⁴³, que “*as garantias*¹⁴⁴ *convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização [...] mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor.*”. Afasta-se assim o regime da resolução (de determinados actos), previsto nos artigos 120.º e 121.º do CIRE.

Temos, pois, aqui, um evidente meio de tutela de créditos, ainda que indirecto e anterior às fases de graduação e pagamento dos mesmos. Decorre este meio de tutela da necessidade de financiamento do devedor, que encontrando-se numa situação económica difícil ou mesmo de insolvência iminente, se presta à celebração com os seus credores, de um processo de revitalização. Uma vez que nessas circunstâncias, que não deixam em termos económicos, de ser de elevado risco para os eventuais financiadores, o devedor sente sempre “*dificuldades acrescidas no financiamento*”.¹⁴⁵ Mas o código ao assegurar que as garantias convencionadas de revitalização se mantêm, mesmo que a insolvência venha a ser posteriormente declarada, consegue aumentar as possibilidades de

¹⁴² (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 212)

¹⁴³ (*vide* artigo 17.º-A, N.º1 do CIRE)

¹⁴⁴ (cabem aqui “*os créditos que possam ter emergido de atos de administração da massa insolvente e de outros praticados pelo administrador da insolvência no exercício das suas funções, o que, nomeadamente, envolve a obtenção de meios financeiros para a continuidade da atividade de empresas que integrem o património do devedor*”) (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 185)

¹⁴⁵ (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 182)

financiamento, tão “*crucial para exponenciar as hipóteses práticas de viabilização e recuperação do devedor*”.¹⁴⁶

Prejudicados ficam, no entanto, face aos credores supra referidos, os credores comuns e os que somente beneficiem da garantia de grau inferior.

No mesmo sentido mas um pouco mais abrangente, vai o N.6 do artigo 120.º do CIRE, uma vez tutelar este, por acréscimo, “*os negócios jurídicos celebrados [...] de providência de recuperação ou saneamento, ou de adoção de medidas de resolução previstas no título viii do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, ou de outro procedimento equivalente previsto em legislação especial, cuja finalidade seja prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação*”. Alerta-se, em todo o caso, para o facto de “*a subtracção ao regime da resolução não [...] [excluir] a possibilidade de recurso aos outros meios gerais de tutela da garantia patrimonial, onde aplicáveis*”.¹⁴⁷

5.2 Expedientes de tutela dos créditos garantidos

- **Liquidação do activo:**

Começa por dizer, o artigo 158.º do CIRE, no seu N.º1, o seguinte: “*Transitada em julgado a sentença declaratória da insolvência e realizada a assembleia de apreciação do relatório, o administrador da insolvência procede com prontidão à venda de todos os bens apreendidos para a massa insolvente¹⁴⁸, independentemente da verificação do passivo, na medida em que a tanto se não oponham as deliberações tomadas pelos credores na referida assembleia*”.

Aborda portanto o artigo, a denominada *liquidação do activo*, da qual estão dependentes os credores, para pagamento dos seus créditos¹⁴⁹⁻¹⁵⁰. Tendo, neste ponto, o

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 183

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 528

¹⁴⁸ (e efectivamente, só faz sentido que aqui o faça (venda dos bens). Isto, uma vez que estando à disposição dos interessados, quer a oposição de embargos, quer o recurso (vide artigos 40.º e ss.), torna-se desnecessariamente arriscado iniciar uma liquidação, podendo esta vir a ser alvo de impugnação) *Cfr.* Soveral Martins, A. (2016). *Um curso de direito da insolvência* (2nd ed., p. 320). Coimbra: Almedina.

¹⁴⁹ Esta liquidação consubstancia-se, portanto, na venda dos bens apreendidos para a massa insolvente, mas não só, uma vez que a cobrança de créditos a terceiros também consagra a liquidação.

administrador de insolvência um papel primordial de gestão, nomeadamente, de promoção da venda. E estando acerbado de um regime que lhe proporciona uma inegável discricionariedade¹⁵¹, são fundamentais a atenção do juiz, da comissão de credores e da assembleia de credores por poderem intervir como entidades fiscalizadoras, conforme se verifica nos artigos 58.º; 68.º, N.º1; 79.º e 80.º do CIRE, respectivamente.¹⁵²

É certo que o legislador fez questão de consagrar textualmente a expressão “*procede com prontidão à venda de todos os bens*”, como forma de evocar a celeridade com que o administrador de insolvência deve trabalhar. No entanto, não é fixada qualquer data limite para que este conclua este procedimento, sendo que à sua realização, ainda que em defesa dos seus interesses, podem ainda os credores na assembleia de apreciação do relatório, opor-se¹⁵³. Embora, mais à frente no referido Código (artigo 169.º), esteja previsto que, constitui fundamento de destituição, com justa causa, do administrador da insolvência, ter decorrido o prazo de um ano, contado a partir da data da assembleia de apreciação do relatório, sem que este tenha procedido à liquidação da massa insolvente e

¹⁵⁰ Vide artigo 170.º do CIRE.

¹⁵¹ Neste sentido, (Subtil, Esteves, Esteves, & Martins, p. 239): “*A modalidade de venda dos bens é decidida pelo administrador da insolvência, podendo este optar por qualquer forma que considere conveniente, incluindo, naturalmente, as que são admitidas em processo executivo (vide art. 164.º)*.” Este é um dos aspectos inovadores do CIRE, tanto face ao Código de Processo Civil, como face ao CPEREF.

¹⁵² Por um lado, factor confirmador de que o administrador de insolvência tem, efectivamente, bastante liberdade no que toca à alienação para liquidação (entre outros actos) e por outro, possibilidade limitadora da sua actuação discricionária, consubstancia a ressalva inserida no CIRE, no N.º4 do artigo 161.º, quanto a alienações por negociação particular. O CIRE, em consonância com o estipulado no artigo 886.º, N.º1 do CPC e para prevenir eventuais fraudes, tendo em conta a susceptibilidade que o tipo em causa apresenta, não se fica por exigir apenas o consentimento da comissão de credores (e se esta não existir, da assembleia de credores), como faz quanto aos actos de especial relevo, em geral. Acrescenta a exigência de comunicação prévia, de 15 dias, ao devedor, relativamente à data da transacção, a intenção de efectuar aquela alienação por negociação particular, a identidade do adquirente “*e todas as demais condições do negócio*”.

Alerta, ademais, (Martins A. d., 2016, p. 334), para o facto de, “*não ser de afastar totalmente a eventual responsabilização do administrador da insolvência por uma escolha mal feita*.” Embora se discuta a sua eventual desresponsabilização, quando prove que actuou “*em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*.” Vide N.º2 do Artigo 72.º do CSC

Em concordância com o último exposto, alguma doutrina alemã* defende mesmo “*aplicabilidade da Business Judgment Rule*”, à actividade do administrador da insolvência.” (Martins A. d., 2016, p. 334)

* Cfr. Frege, M. & Berger, C. (2008). Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz / Christian Berger, Michael C. Frege. (1st ed., pp. 204 a 210). Alemanha: ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.

**BJR is “*a legal principle that makes officers, directors, managers, and other agents of a corporation immune from liability to the corporation for loss incurred in corporate transactions that are within their authority and power to make when sufficient evidence demonstrates that the transactions were made in Good Faith*.” Business Judgment Rule. (2017). TheFreeDictionary.com. Retrieved 13 January 2017, from <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Judgment+Rule>

¹⁵³ Ainda que temporariamente, ao determinar pela suspensão da liquidação e partilha da massa insolvente, tendo requerido ao administrador da insolvência, a elaboração de um plano de insolvência. Isto porque, como é óbvio, se a liquidação prosseguisse, o êxito do plano ficaria comprometido. Cfr. (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 437)

consequente encerramento do processo. Estando dependente, no entanto, este expediente, do requerimento de qualquer interessado (o que não deixa de consagrar uma forma legítima de defesa dos interesses, não só creditórios, mas esses essencialmente).

Interessa-nos, pois e fundamentalmente, indo de encontro ao tema, a possibilidade conferida aos credores garantidos e preferentes: se já sabemos que o administrador de insolvência escolhe, autonomamente, a modalidade de alienação dos bens, importa saber igualmente que, os credores com garantia real têm também uma palavra a dizer, sobre o assunto. Assim, tem-se que, o credor com garantia real sobre o bem a alienar é ouvido relativamente à modalidade da alienação, bem como lhe deve ser prestada informação quanto a este mesmo procedimento. Posto isto, poderá, no prazo de uma semana ou posteriormente mas em tempo útil¹⁵⁴, propor a aquisição do bem em questão, por si ou por terceiro¹⁵⁵⁻¹⁵⁶. Com a exigência de que seja a proposta acompanhada, como caução, de um cheque visado à ordem da massa falida (no valor de 20% do montante da proposta)¹⁵⁷⁻¹⁵⁸. Ora, “não deixa portanto de ser estranha a interpretação de **Carvalho Fernandes e João Labareda**¹⁵⁹, no sentido que se passa a citar: “*a pronúncia dos credores notificados não é vinculativa, o que parece excluir relevância processual à eventual violação desse dever, apesar de esta poder comportar responsabilidade para o administrador e de constituir justa causa de destituição*”.”¹⁶⁰ Se a lei é clara nesta rédea posta ao administrador da insolvência, contrapondo-lhe, aliás, eventuais consequências negativas, no caso de uma

¹⁵⁴ “*Em tempo útil*” é uma expressão algo vaga mas indica que a proposta deve ser feita antes da venda ou promessa de venda a terceiro. No entanto, impõe-se que o administrador de insolvência espere, antes de se vincular com terceiro, uma semana contada da recepção da comunicação ao credor. Não parecendo, no entanto, sensato, que mesmo que a proposta lhe chegue depois desse prazo (1 semana), ele passe de imediato à venda. Devemos pois, conciliar o conceito indeterminado “*tempo útil*”, com o princípio da boa-fé e os interesses legítimos dos credores. *Cfr.* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 465)

¹⁵⁵ (tendo a proposta de corresponder a preço superior ao da alienação projectada ou ao valor base fixado)

¹⁵⁶ *Vide* N.º4 e N.º3 do artigo 164.º do CIRE.

¹⁵⁷ Note-se que, se a proposta não for aceite, o administrador da insolvência fica obrigado a colocá-los (aos credores proponentes) na situação em que ficariam, se a proposta houvesse sido aceite, no caso de a alienação se vir a realizar por um preço inferior. Esta exigência, perfeitamente compreensível, bem como a que se refere à informação dos credores, foi inspirada no §168 do **Insolvenzordnung** (Código da Insolvência alemão).

¹⁵⁸ Diferente é o caso exposto no N.º5 do artigo 164.º do CIRE: este estipula que tendo o devedor da insolvência, anteriormente a esta, dado um bem em garantia de obrigação de terceiro (que não está insolvente), embora não respondendo pessoalmente, esse bem pode ser alienado pelo administrador de insolvência, ainda que assim onerado, desde que isso não prejudique a satisfação do crédito com garantia prevalecente. Sendo que o produto dessa alienação integrará a massa. *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 169)

¹⁵⁹ (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 547)

¹⁶⁰ *Cfr.* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 465)

actuação contrária e, havendo, aliás, Jurisprudência no mesmo sentido¹⁶¹, a interpretação destes dois autores afigura-se algo incoerente¹⁶².

Não fica, no entanto, por aqui, a especial protecção dos credores com garantias reais, no processo de insolvência.

Acautelando especialmente os credores hipotecários, vem o N.º1 do artigo 166.º, do CIRE, inspirado no §169 do Código da Insolvência alemão (InsO) (como aliás muitas das soluções do nosso jovem código). Este atribui-lhes o direito de serem compensados¹⁶³ pelo prejuízo que lhe cause o atraso na venda do bem objecto da sua garantia, no caso de não lhes ser imputada essa responsabilidade, transitada em julgado a sentença declaratória da insolvência e realizada a assembleia de apreciação do relatório¹⁶⁴. Além de que, poderão ser também compensados pela desvalorização do bem (objecto da garantia)¹⁶⁵, no caso de o administrador da insolvência ter optado por o usar em proveito da massa insolvente: N.º1 do artigo 166.º, *in fine*.

Decorre das soluções supra expostas, uma complicada posição para o administrador da insolvência, na hora de actuar. A especial posição destes credores não pode ser desprezada, sendo que a lei apenas exige que estes não tenham tido responsabilidade nos actos que lhe causaram prejuízo (para poderem ser compensados). Não se farão portanto juízos quanto à actuação do administrador: não se tentará averiguar se a situação de desvalorização decorreu da sua actuação mais morosa, ou apenas do decorrer natural das coisas, não tendo havido para a massa insolvente qualquer retirada de benefício. Assim sendo, o CIRE optou por prever uma espécie de escapatória no N.º2 do artigo 166.º, dirigida ao Administrador da Insolvência. Segundo este, o Administrador “*pode optar por satisfazer integralmente um crédito com garantia real à custa da massa*

¹⁶¹ Vide **Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 18-02-2010**, Proc.632/06.TJVNF-L.P1, Relator José Ferraz: “*III- Tendo-se procedido à venda judicial por propostas em carta fechada, não tendo havido tal prévia audição e notificação do valor base para a venda dos bens, omite-se formalidade legal com relevância para a decisão, pelo que se comete nulidade a determinar a anulação do acto da venda.*”.

¹⁶² (embora encontre algum apoio, junto da jurisprudência, conforme se pode ver no ponto 3.º do **Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28 de Julho de 2008** (processo n.º 1566/08-2), relatora Rosa Tching)

¹⁶³ “*umas vezes pela massa insolvente, outras pelo administrador da insolvência*”. (Martins A. d., 2016, p. 336)

¹⁶⁴ Voltamos aqui à questão da necessidade de proceder com “prontidão” à venda: 158.º, N.º1 do CIRE.

¹⁶⁵ (situação perfeitamente plausível tendo em conta a instabilidade do mercado e mesmo das coisas físicas)

*insolvente antes de proceder à venda do bem objecto da garantia*¹⁶⁶⁻¹⁶⁷”. A questão que se coloca é de saber à custa de quem ou o quê, vai ser prestada a compensação aos credores? “Menezes Leitão [...], escreve que, “[...] pelos atrasos na venda ou desvalorização resultante da utilização em proveito da massa, admite-se a possibilidade de a dívida respectiva ser paga autonomamente à custa da massa insolvente, solução que nos parece prejudicial aos restantes credores, até porque deixa de ser o mercado a determinar o valor da garantia”.”.¹⁶⁸ Por seu turno, “Carvalho Fernandes e João Labareda [...] apontam para uma responsabilidade do próprio administrador.”.¹⁶⁹ Mas será legítimo que assim seja se qualquer opção tomada pelo administrador está prevista e é possibilitada pela lei? Os autores mencionados respondem a si mesmos, dizendo que é necessário comparar a actuação do administrador da insolvência, com “o arquétipo do “administrador médio colocado na posição do agente”.”.¹⁷⁰

- **Aplicação do regime jurídico do artigo 815.º, do CPC, aos credores garantidos:**

Quanto aos credores garantidos e preferentes, determina o artigo 165.º do CIRE, que lhes seja aplicável o mesmo que é disposto para o exercício dos respectivos direitos na venda em processo executivo. Assim sendo, quanto aos credores garantidos, ser-lhes-á aplicável o artigo 815.º do CPC¹⁷¹,

- a) N.º1, no caso de os seus créditos já estarem graduados por sentença, sendo que este dispõe que, “fica dispensado o credor garantido de depositar a parte do preço que não seja necessária para pagar a credores graduados antes dele e não exceda a importância que tem direito a receber”¹⁷²;
- b) N.º2 *in fine*, se o credor já reclamou o crédito mas ainda não foi graduado. Neste caso terá que depositar o excedente em relação ao montante do crédito que tinha reclamado; ou

¹⁶⁶ (contanto que o faça depois da data fixada no N.º1 do artigo 158.º relativa ao começo da venda dos bens)

¹⁶⁷ Ao proceder desta forma, diz (Vasconcelos, 2008, p. 170)

¹⁶⁸ *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 472)

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 472

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 472

¹⁷¹ Por força do artigo 17.º do CIRE.

¹⁷² *Vide cfr. Ac. do Tribunal da Relação do Porto*, de 10-11-2009, Proc. 0827816, Relator Maria

c) N.º3 *ab initio* que “consagra a situação de hipoteca legal, para a parte do preço não depositada, que deve ser objecto do respectivo registo predial se o adquirente não prestar garantia bancária no valor correspondente”.¹⁷³

- **Aplicação do artigo 896.º do CPC aos credores preferentes:**

Já quanto aos credores titulares de direito de preferência, legal ou convencional, com eficácia real¹⁷⁴, segundo **Carvalho Fernandes** e **João Labareda**¹⁷⁵⁻¹⁷⁶ o que “*está, precisamente, em causa [é o] poder-dever de os notificar [aos credores em questão] antecipadamente do dia, hora e local aprazados para a venda, com o subsequente ónus do exercício do direito nas condições do art. 896.º do C. P. Civ., sob pena da respectiva perda [...] [ademais] é de entender aplicável este regime [do N.º1 do artigo 164.º] sempre que se recorra à venda por propostas em carta fechada, mesmo que sem respeito da disciplina típica dos art.ºs. 893.º e 894.º¹⁷⁷ do C. P. Civ.*”.

Não sendo o poder-dever da notificação cumprido, pode(m) o(s) preferente(s) lesado(s) intentar acção de preferência regulada no artigo 1410.º do CC¹⁷⁸.

- **A massa insolvente: prioridade dos créditos:**

A meio termo do constante no CIRE, verificamos que o administrador da insolvência deve começar por satisfazer as dívidas da massa insolvente, com preferência sobre quaisquer outros créditos¹⁷⁹⁻¹⁸⁰. E é certo que o N.º1 do artigo 172.º do CIRE refere primeiramente que “*se deduz da massa insolvente os bens ou direitos necessários à satisfação das dívidas desta*”, sendo que as “*dívidas [...] [da mesma] são imputadas aos rendimentos da massa*”, mas também refere que “*quanto ao excedente, [as dívidas da*

¹⁷³ (Martins L. M., Março de 2014, p. 384)

¹⁷⁴ Direito de preferência: artigos 414.º a 423.º e 1410.º do CC. O direito de preferência goza de eficácia real, sendo pois oponível a terceiros, quando respeite a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo.

¹⁷⁵ (sobre o estipulado no N.º1 do 164º do CIRE)

¹⁷⁶ *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 468 e 469)

¹⁷⁷ Hoje 820.º e 821.º.

¹⁷⁸ Podendo reclamar para si a coisa alienada, ainda que com a exigência de o fazer dentro do prazo de 6 meses a contar da data em que teve conhecimento da alienação e ainda, que com a exigência de que deposite judicialmente o valor do preço pelo qual o bem foi alienado. Sendo que terá ademais de provar que tem, efectivamente, direito de preferência e que o bem foi vendido. *Cfr.* (Martins L. M., Março de 2014, p. 384)

¹⁷⁹ Até porque a liquidação destas deve ser feita, “*nas datas dos respectivos vencimentos, qualquer que seja o estado do processo*” (N.º3 do artigo 172º do CIRE). Já as dívidas sobre a insolvência só serão pagas quando estiverem verificadas por sentença transitada em julgado.

¹⁸⁰ As dívidas da massa insolvente, presentes e/ou futuras são portanto pagas primeiramente do que se cumprem as obrigações sobre a insolvência.

massa devem ser imputadas] *na devida proporção, ao produto de cada bem, móvel ou imóvel*¹⁸¹⁻¹⁸²”. Mas quando estes constituam objecto de garantias reais, onde fica aqui a especialidade dos credores garantidos e a sua tutela? A II parte do N.º2 do mesmo artigo é tácita na resposta. Neste sentido, vejamos: “*porém, a imputação não excederá 10% do produto de bens objecto de garantias reais, salvo na medida do indispensável à satisfação integral das dívidas da massa insolvente ou do que não prejudique a satisfação integral dos créditos garantidos.*”. Ou seja, a solução consagrada é que, para pagamento das dívidas da massa, atempadamente, incidir-se-á, primeiramente, sobre os rendimentos da mesma, primeiramente. É pois de suma importância, já alertavam para isso, **Carvalho Fernandes** e **João Labareda**, que se determine, desde cedo, o âmbito dos rendimentos porque, “*estando eles afectos à satisfação prioritária das dívidas da massa, não podem, em regra, ser utilizados para pagamento aos credores da insolvência*”.¹⁸³ Seguidamente, e não sendo estes suficientes, poder-se-á incidir sobre os bens integrantes da massa, mas não logo sobre os que constituem objecto de garantias¹⁸⁴. Estes serão os últimos a ser afectados e tendo de o ser, sê-lo-ão no limite do indispensável, não podendo exceder a imputação de 10% do produto dos bens objecto de garantias reais. Salvo, acrescenta o artigo, “*na medida do indispensável à satisfação integral das dívidas da massa insolvente ou do que não prejudique a satisfação integral dos créditos garantidos*”. A questão que se coloca é a seguinte: **prevalece a satisfação total das dívidas da massa sobre a satisfação dos créditos, dos credores garantidos** (caso a única possibilidade de satisfação daquelas sejam os bens - ou produto deles resultante- objecto de garantia destes)? **Soveral Martins**, na sua obra (Um Curso de Direito da Insolvência, p. 273), soluciona, sem equívocos, alegando: “*se esses bens [apreendidos pelo administrador da insolvência, ao devedor] forem objecto de garantias reais, há que distinguir várias situações possíveis. Se o produto dos bens objeto de garantias reais é indispensável à satisfação integral das dívidas da massa insolvente, a imputação não tem limite.*” Em concordância, temos a redacção do

¹⁸¹ **Cfr.** N.º2 do artigo 172.º do CIRE.

¹⁸² Também o N.º1 do Artigo 166.º do CIRE foi pensado para esta eventualidade. Este “*estabelece o direito a juros moratórios correspondentes ao crédito com garantia real e à compensação pelo prejuízo causado pela desvalorização do bem, causada pela utilização do mesmo em proveito da massa insolvente, verificadas determinadas circunstâncias.*”. (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 219)

¹⁸³ *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 481.)

¹⁸⁴ (Vasconcelos, 2008, p. 171), sobre o assunto, refere: “*no que diz respeito aos bens objecto de hipoteca, na generalidade dos casos imóveis, eles poderão ter um grande peso no conjunto da massa insolvente. O que significa que essas dívidas, as da massa, acabam por ser transferidas para os credores comuns, salvaguardando-se aqueles titulares de garantias reais. É mais uma medida introduzida pelo CIRE em seu benefício.*”.

N.º1 do artigo 174.º do CIRE, *ab initio*, uma vez apontar o teor do mesmo para a primazia das dívidas da massa insolvente¹⁸⁵ e a responsabilização do administrador da insolvência, prevista no artigo 59.º, N.º2 do CIRE, “*pelos danos causados aos credores da massa insolvente se esta for insuficiente para satisfazer integralmente os respectivos direitos e estes resultarem de ato do administrador*”¹⁸⁶.

Concluimos pois pelo primado das dívidas da massa insolvente, não começasse o **TÍTULO VII do CIRE – Pagamento aos credores**, com o artigo 172.º, referente ao pagamento das dívidas da mesma.

- **Pagamento aos credores garantidos (Artigo 174.º):**

Não obstante, segue-se o artigo 174.º, com a epígrafe “*Pagamento aos credores garantidos*”, sendo que a ordem dos artigos mencionados não vem ao acaso. De facto, não podendo os créditos garantidos sobreporem-se às dívidas da massa, não perdem por isso importância. Importância aliás, que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas reforça, muito por influência germânica, como podemos verificar por todos os artigos supra que foram, de facto, inspirados no **InsO**.

Consagra portanto o artigo 174.º, mais uma vez, um reforço à tutela dos créditos dos credores garantidos¹⁸⁷, como se pode ver na redacção do N.º1, quando o legislador

¹⁸⁵ Pode, no entanto, questionar-se o sentido que faz abrir um processo de insolvência que, apesar de pretender como primeiro objectivo, a recuperação do insolvente/devedor, tem como segundo mas não menos importante, a satisfação dos credores do devedor, quando este apenas vai gerar novos gastos (dívidas da massa insolvente), sendo que serão esses mesmos gastos que terão impreterivelmente de ser liquidados. Tem-se, no entanto, que não se perde completamente a utilidade da abertura do processo, desde logo pela razão indicada em cima de que poderá o insolvente ou iminentemente insolvente ver ser-lhe aberta uma “luz ao fundo do túnel”, através do que se denomina “PER”; além disso mas apenas a favor do insolvente, servirá o processo para, no caso de tudo correr mal, poder ser-lhe possibilitada uma nova oportunidade, livre de pesados encargos que, de outro modo, sobre ele penderiam para toda a vida; “e por último, mas não menos relevante, justifica-se a abertura do processo com o facto de constituírem dívidas da massa insolvente, segundo Menezes Leitão, as remunerações devidas aos trabalhadores (do insolvente), quer tenham estes sido contratados antes ou depois da insolvência.” *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 480)

¹⁸⁶ Chame-se, no entanto, à atenção, para o facto de os credores comuns da insolvência {ou os garantidos que se sintam prejudicados em termos quantitativos, pelo tamanho da afectação dos bens objecto da(s) sua(s) garantia(s)}, poderem ser adequadamente protegidos do “peso” das dívidas da massa, através do expediente do **encerramento do processo por insuficiência da massa** - se não logo na sentença, posteriormente nos termos do artigo 232º CIRE.

¹⁸⁷ E relembremo-nos que são créditos garantidos os que, veja-se o N.º4, al. a) do artigo 47.º do CIRE, “*beneficiem [...] de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais [...] até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias, tendo em conta as eventuais onerações prevaletentes*”. Mais especificamente, são créditos garantidos aqueles em que exista, nomeadamente.

- Consignação de rendimentos;
- Penhor;

enuncia “*liquidados os bens onerados com garantia real, e abatidas as correspondentes despesas*”¹⁸⁸, é *imediatamente* feito o pagamento aos credores garantidos”. Há, pois, a necessidade do reforço da celeridade, sabendo que no CIRE é manifesta a intenção de proteger e satisfazer os interesses dos credores com garantias reais. É propósito do legislador, com a redacção da norma nestes termos, “impedir que se verifiquem condições de pagamento, ainda que por rateios parciais, a credores comuns, anteriormente à satisfação de credores garantidos.”¹⁸⁹

Procede-se pois, após o trânsito em julgado da sentença de verificação e graduação de créditos, ao pagamento imediato aos credores garantidos “*com o produto resultante da alienação dos bens onerados com a garantia que lhes diga respeito deduzidas que sejam as despesas derivadas da liquidação*”¹⁹⁰ e a reserva para pagamento das dívidas da massa, nos termos dos números 1 e 2 do artigo 172.º.”¹⁹¹

Porém, a protecção dos credores supracitados, neste artigo e por este artigo, ainda não se pode considerar esgotada. Da II parte do N.º1, também em cima citado, poderá deduzir-se que, não obtendo os credores garantidos a total satisfação dos seus créditos, com o produto resultante da venda dos bens objectos da sua garantia¹⁹², serão considerados, quanto aos montantes em dívida (remanescente), credores comuns. Ou seja, poderão ainda imiscuir-se no saldo afecto aos credores comuns.

-
- Hipoteca;
 - ou Direito de retenção.

Mais se acrescenta, a categoria dos créditos garantidos abrange não só os créditos como os respectivos juros que beneficiem de garantias reais.

¹⁸⁸ (as despesas inerentes à venda e até 10% do que se mostre necessário para pagamento das dívidas da massa, lembre-se!)

¹⁸⁹ *Cfr.* (Fernandes & Labareda, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 579 a 580)

¹⁹⁰ Quando o administrador aliena os bens afectos a garantias, por forma a satisfazê-las, parte do dinheiro daí resultante serve não só para saldar as dívidas da massa, como também para pagar as próprias despesas de alienação/liquidação (artigo 174.º, N.º1 do CIRE). A propósito enuncie-se a solução do direito alemão para o caso da venda de bem afecto a penhor: no direito germânico, prevê-se para o credor pignoratício, o direito a uma execução separada do bem (*Absonderungsrecht* - § 50 (1) InsO, § 173 InsO) ao contrário do que acontece em Portugal, em que é o administrador de insolvência, no seio do processo de insolvência, que diligencia pela venda do bem, garantia do credor pignoratício. Embora seja posta ao seu dispor uma execução separada do bem terá, ainda assim, o credor pignoratício alemão de participar nas despesas decorrentes daquilo que constitui para nós a Verificação e Graduação de Créditos, à ordem dos 4% do valor da liquidação (§ 171 (1) InsO). Já as despesas de liquidação para nós sempre presentes aquando de um processo de insolvência, no direito germânico só serão pagas (e parcialmente, à ordem dos 5% do valor conseguido com a liquidação) com o valor da venda do bem afecto ao penhor, quando o administrador tenha a coisa móvel na sua posse, pois, nesse caso, poderá proceder à referida liquidação (§ 161 (1) InsO). *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 190)

¹⁹¹ (Martins L. M., Março de 2014, p. 392)

¹⁹² Ou mesmo com a sua aquisição, nos termos do N.º3 do artigo 164.º do CIRE.

- **Ordem de pagamentos:**

Há, no entanto, quanto à ordem de pagamentos dos credores garantidos, algumas considerações a tecer. Para além de se remeter, mais uma vez, para os números 1 e 2 do artigo 166.º do CIRE, deve-se um esclarecimento quanto à prioridade de pagamento dentro dessa mesma classe. **Menezes Leitão** alega sobre o assunto que, “*a hierarquização da sua constituição efectua-se de acordo com a ordem da constituição.*”¹⁹³, sabendo que preferem à hipoteca, à consignação de rendimentos e ao direito de retenção, os privilégios imobiliários especiais¹⁹⁴⁻¹⁹⁵, mesmo sendo as primeiras (garantias) anteriores¹⁹⁶. “*No entanto, as hipotecas que visem garantir o pagamento de créditos hipotecários subjacentes a obrigações hipotecárias prevalecem sobre qualquer privilégio creditório imobiliário (art.3.º, n.º2, do Decreto-Lei nº59/2006, de 20 de Março).*”¹⁹⁷⁻¹⁹⁸

- **Regime Insolvencial Específico de cada Garantia Real:**

¹⁹³ *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 484)

¹⁹⁴ Sobre a concessão de privilégio imobiliário especial a trabalhador com crédito emergente do seu contrato de trabalho, *vide Ac. do STJ de 20-01-2010*, Proc. 163/08.7TBAND-D.C1.S1, R. Bettencourt de Faria.

¹⁹⁵ O privilégio creditório é uma causa de preferência no pagamento de determinados créditos que é atribuída por lei a certos credores. Por isso e de forma a não atrapalhar demasiado o comércio jurídico, o legislador civil tornou a lista de privilégios creditórios, do CC, taxativa. *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 234) Ainda com o mesmo sentido de tutela, o antigo **CPEREF** fazia cessar com a declaração de falência, os privilégios creditórios do Estado, das Autarquias locais e da Segurança Social, tendo posteriormente o **CIRE** revertido um pouco a situação. Veja-se a propósito o artigo 97.º, N.º1, al. b) do **CIRE** que prevê apenas que os privilégios creditórios especiais que sejam acessórios de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social, “*vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência*”, se extinguem (com a declaração de insolvência). Ou seja, fora desses períodos, mantêm-se. Esta é pois uma decisão algo injusta para os restantes credores e em especial, para os restantes credores garantidos, uma vez se tratarem os privilégios creditórios de uma “*garantia escondida*”: para os credores hipotecários, é-lhes praticamente impossível conhecer qual a situação jurídica do património do seu devedor em termos de privilégios creditórios, que eventualmente possam existir, só podendo deles vir a tomar conhecimento em contexto de acção executiva, tanto que, ao contrário da hipoteca, os mencionados não carecem de registo. *Cfr.* Madaleno, C. (2017). *A GARANTIA HIPOTECÁRIA: Análise comparativa entre o regime jurídico instituído no Código Civil de 1966 e. Madaleno-Claudia-A-GARANTIA-HIPOTECARIA*. (p.21) Retrieved 5 January 2016, from <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Madaleno-Claudia-A-GARANTIA-HIPOTECARIA.pdf>.

Mediante o supra mencionado retira-se, no entanto, que “*a posição do credor hipotecário na concorrência com as outras garantias reais que prevalecem sobre a hipoteca, [...] [é] melhor na insolvência do que na execução singular [precisamente porque, apesar de constrito a um período, o CIRE não deixa de prever a extinção dos privilégios creditórios]*”. (Vasconcelos, 2008, p. 171)

¹⁹⁶ *Vide* artigo 751.º do CC.

¹⁹⁷ (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 484)

¹⁹⁸ No âmbito dos pagamentos a credores deve-se uma chamada de atenção para o N.º2 do artigo 183.º do CIRE, uma vez estipular este que “*Não sendo os cheques [forma de pagamento sobre a conta da insolvência] solicitados na secretaria, ou apresentados a pagamento no prazo de um ano, contado desde a data do aviso ao credor, prescrevem os créditos respectivos (...)*”.

Muito já se dissertou sobre o regime insolvencial dos credores garantidos no processo de insolvência, no entanto, decorre do tema da presente dissertação, uma necessidade de análise do regime insolvencial típico de cada garantia real em particular.

Sobre a hipoteca (em paralelo com os privilégios especiais) já o suficiente se discorreu e sobre o penhor – regime geral – sendo que já se expôs o regime da primeira figura, pouco se tem a acrescentar, porque o regime insolvencial do credor pignoratício segue, basicamente, os mesmos parâmetros que o relativo ao credor hipotecário. No entanto, fica a perder o credor pignoratício, relativamente ao hipotecário, no caso de não se extinguirem os privilégios gerais¹⁹⁹, “*dado que [o] privilégio mobiliário geral de que gozam os créditos da segurança social por contribuições e respectivos juros de mora (art. 10.º do Dec. – Lei n.º 103/80, de 9/5), graduando-se logo a seguir aos créditos referidos na al. a) do n.º1 do art. 747.º, “prevalece sobre qualquer penhor, mesmo de constituição anterior” (art. 10.º n.º2²⁰⁰) [...]”*”.²⁰¹

Analise-se, de seguida, *en passant*, o regime insolvencial particular do penhor financeiro²⁰².

O penhor financeiro, contrato de garantia financeira, exigiu um tratamento diferenciado no âmbito da insolvência, decorrente da sua própria diferença em relação à figura mãe - penhor. No caso desta figura, a resolução por parte do administrador da insolvência, em benefício da massa, é um pouco mais dificultada, até porque não se aplicam os típicos efeitos da declaração de insolvência, previstos no artigo 121.º do CIRE. Veja-se, a propósito, o disposto no artigo 17.º do Decreto-lei N.º 105/2004, de 08/05²⁰³, com a epígrafe “**Validade dos contratos e das garantias financeiras**”: “1. Os contratos de garantia financeira celebrados e as garantias financeiras prestadas ao abrigo desses contratos **não podem ser resolvidos pelo facto de o contrato ter sido celebrado ou a garantia financeira prestada: a) No dia da abertura de um processo de liquidação ou da adopção de medidas de saneamento, desde que antes de proferido o despacho, a sentença ou decisão equivalente; b) Num determinado período anterior definido por referência: i)**

¹⁹⁹ (e até mesmo especiais, uma vez saber-se que, se constituídos antes do penhor, prevalecem sobre ele: artigo 750.º do CC)

²⁰⁰ (embora se extinga igualmente, se constituído há mais de 12 meses antes da data o início do processo de insolvência)

²⁰¹ (Vasconcelos, 2008, p. 190)

²⁰² (figura abordada no início do trabalho)

²⁰³ Diploma alterado pelo DL n.º 85/2011, de 29 de Junho.

À abertura de um processo de liquidação ou à adopção de medidas de saneamento; ii) À tomada de qualquer outra medida ou à ocorrência de qualquer outro facto no decurso desse processo ou dessas medidas. 2. Não podem ser declarados nulos ou anulados os seguintes actos quando praticados no período referido no número anterior: a) A prestação de nova garantia no caso de variação do montante das obrigações financeiras garantidas [aqui o seu aumento] ou a prestação de garantia financeira adicional em situação de variação do valor da garantia financeira; b) A substituição da garantia financeira por objecto equivalente.

Com efeito, diz **Pestana de Vasconcelos**, na sua obra *Direito das Garantias - Relatório*²⁰⁴, fundando-se em **Calvão da Silva**²⁰⁵, que “*a prestação de nova garantia ou garantia suplementar está abrangida pelo art. 121.º n.º1 al.c) do CIRE e sujeita, portanto, à resolução incondicional por parte do administrador nos seis meses anteriores à data do início do processo de insolvência.*”.

Como segundo reforço deste instituto, temos o artigo 18.º do DL supracitado. Este prevê no N.º2, quase como ode ao principio da boa-fé, que “*os contratos de garantia financeira celebrados e as garantias financeiras prestadas após a abertura de processos de liquidação e a adopção de medidas de saneamento relativas ao prestador da garantia financeira são eficazes perante terceiros desde que o beneficiário da garantia prove que não tinha nem deveria ter conhecimento da abertura desse processo ou da adopção dessas medidas.*” Já no N.º1 prevê, quer se trate de declaração de insolvência do autor do penhor ou do credor pignoratício que estes contratos “*produzem efeitos nas condições e segundo os termos convencionados pelas partes*”, ficando, pois, o **administrador da insolvência adstrito ao seu cumprimento**.²⁰⁶⁻²⁰⁷ Embora como ressalva, o DL tenha decidido inserir um artigo (19.º) que, ainda que não verdadeiramente necessário, acaba por servir de chamada de atenção reforçada para a fragilidade da supracitada “*boa-fé*”, exponha-se: “*A validade dos actos a que se referem os artigos 17.º e 18.º não é ressalvada*

²⁰⁴ Vasconcelos, L. (2008). *Direito das garantias - Relatório* (1st ed., p. 208). Coimbra: Almedina.

²⁰⁵ Na sua obra **Silva, J.** (2013). *Banca, bolsa e seguros* (1st ed.). Coimbra: Almedina.

²⁰⁶ *Cfr.* (Vasconcelos, 2008, p. 208)

²⁰⁷ O mesmo se verifica quanto ao vencimento antecipado e à compensação, previstos no artigo 12.º do DL, segundo o estipulado pelo artigo 20.º, al. a) do DL supracitado.

sempre que os mesmos tenham sido praticados intencionalmente em detrimento de outros credores.”²⁰⁸.

Quanto ao regime insolvencial do direito de retenção, pouco há a acrescentar ao que já foi referido, genericamente, quanto aos credores garantidos. Deve apenas fazer-se menção ao facto de, aquando da declaração da insolvência, o retentor ter o dever de entregar ao administrador, a coisa objecto da garantia (não perdendo, no entanto, por isso, o seu direito real, mas devendo reclamá-lo ainda assim). Mais se acrescenta que, no concurso com os outros credores garantidos, será aplicado ao retentor o regime aplicável ao credor hipotecário ou o regime aplicável ao credor pignoratício, conforme o mencionado detenha um bem imóvel ou móvel, respectivamente (artigos 758.º e 759.º do CC), “*com excepção da sua prevalência sobre as hipotecas anteriormente constituídas por força do art.759.º n.º2 [do CC].*”²⁰⁹,²¹⁰

Há, todavia, uma situação que deve ser explorada e decorre do direito de retenção titulado pelo beneficiário de uma promessa de transmissão ou de direito real que, por ver frustrado o seu crédito por motivo imputável à outra parte, obteve tradição da coisa (objecto do contrato-promessa em causa). O que daqui resulta controverso é a possibilidade dada ao administrador da insolvência de **recusar o cumprimento de contrato-promessa, em que houve, inclusive, tradição**. Os termos em que este o pode fazer já vieram ser esclarecidos por acórdão de uniformização de jurisprudência²¹¹, que assenta que o administrador de **insolvência só pode resolver o contrato, nos casos em que este tenha eficácia meramente obrigacional**. Já pelo contrário, **no contrato-promessa de compra e venda com eficácia real e tradição, o cumprimento é imperativo por parte do administrador**. Surgiu ainda outro problema decorrente do supra exposto, relacionando-se com o facto de o CC contrapor ao incumprimento do contrato-promessa de compra e venda, por culpa da contraparte, a obrigação de esta ressarcir o promitente-

²⁰⁸ Trata-se de uma ressalva precavendo a prática de actos fraudulentos.

²⁰⁹ Note-se que não basta a simples alegação, por parte do credor reclamante, aquando da verificação e graduação de créditos, de factos eventualmente integradores do direito de retenção (consagrado no n.º 1 do art. 755.º do CC). Essa mera alegação será, por si só, insuficiente para que lhe seja reconhecido o privilégio consagrado no n.º 2 do art. 759.º, do CC, com a consequente primazia sobre hipoteca, mesmo com registo anterior. Para tal, exige-se por acréscimo, que prove os factos dessa alegação, juntando, para tanto, o título justificativo, que, no caso, é a sentença condenatória a reconhecer o incumprimento do promitente-vendedor e a tradição da coisa para o promitente-comprador.

²¹⁰ (Vasconcelos, 2008, p. 234)

²¹¹ *Vide Ac. do STJ, de 21-06-2016*, Proc. 3415/14.3TCLRS-C.L1.S1, Relator Júlio Gomes

comprador com a **devolução do valor do sinal, em dobro**. Foi questionado se ao administrador da insolvência deveria ser imputado o papel de parte incumpridora, conseguindo-se assim que o promitente-comprador recebesse a compensação a título de sinal em dobro, nos termos do artigo 442.º, N.º2 do CC. Respondeu mais uma vez a jurisprudência, apoiada em **Oliveira Ascensão**²¹², alegando que “*a recusa do administrador em executar o contrato não exprime incumprimento mas “reconfiguração da relação”, tendo em vista a especificidade do processo insolvencial, não sendo [por isso] aplicável o conceito do art. 442.º, n.º 2, do CC [neste caso]”*”.²¹³ Ou seja, depreende-se que não tem o promitente-comprador (de coisa imóvel) direito ao dobro do sinal, por motivo de resolução do contrato por parte do administrador, até por força do regime imperativo do artigo 119.º do CIRE²¹⁴. Ressalva-se, todavia, o caso de o promitente-comprador “*tradicário ser um consumidor, [...] [sendo que, neste caso, já se admite que goze] do direito de retenção [...] [e tenha sim direito] a receber o dobro do sinal prestado; não sendo consumidor não lhe assiste tal direito, sendo um credor comum da insolvência.*”²¹⁵

Por último, sendo que, neste caso, a garantia real é menos relevante, relativamente a todas as outras, temos o regime insolvencial específico da consignação de rendimentos. Sendo que é de entendimento geral que a consignação de rendimentos cessa aquando da declaração de insolvência, uma vez decorrer com esta, a alienação dos bens do devedor. Assim sendo, não tendo até aí o credor em questão obtido a total satisfação do seu crédito, terá de reclamar o remanescente, mas será satisfeito a título de crédito comum (*vide* artigo 176.º do CIRE).

5.2.1 Os regulamentos europeus relativos ao processo de insolvência

O Regulamento (UE) n.º2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 (revisão do Reg. n.º1346/2000 do conselho de 29 de Maio de 2000), veio prever regras de cooperação e coordenação dos processos de insolvência relativos a

²¹² (embora esta questão ainda seja controvertida)

²¹³ *Vide Ac. de Revista, de 12-05-2011*, Proc. 5151/06.5TB AVR.C1.S1 - 7.ª Secção, Relator Maria dos Prazeres Beleza

²¹⁴ E “*por força da remissão do n.º 2 do artigo 106.º do CIRE para o n.º 5 do artigo 104.º do mesmo Código, o qual remete, por seu turno, para o n.º 3 do artigo 102.º, mas com adaptações, o promitente-comprador tem direito a uma indemnização que fica consideravelmente aquém da que resultaria da aplicação do artigo 442.º do Código Civil*”.

²¹⁵ *Ac. de Revista, de 12-05-2011*, Proc. 5151/06.5TB AVR.C1.S1 - 7.ª Secção, Relator Maria dos Prazeres Beleza

vários membros do mesmo grupo de sociedades. No entanto, “a solução seguida [pelo Regulamento] não passa por uma consolidação substantiva dos processos²¹⁶ mas procura uma solução harmónica, através da cooperação e, eventualmente, coordenação dos processos.”²¹⁷

O motivo pelo qual se evoca, aqui, o mencionado Regulamento relaciona-se com o facto de também este ter em atenção as garantias dos credores, nomeadamente as decorrentes de direitos reais, se não veja-se, por exemplo, o que dispõe, no ponto 68, expressamente: “Por conseguinte, o fundamento, a validade e o alcance de um direito real deverão ser geralmente determinados pela lei do Estado em que tiver sido constituído o direito (*lex situs*) e não deverão ser afetados pela abertura do processo de insolvência. O titular do direito real deverá, pois, poder continuar a fazer valer o seu direito à restituição ou liquidação do bem em causa.” (...). Ou seja, no fundo, protegem-se as legítimas expectativas dos credores com garantias reais, uma vez que estas continuarão a valer, mesmo no âmbito de um processo transfronteiriço, como no Estado-Nação em que surgiram, não sujeitando, assim, os seus titulares a alterações supervenientes e desconhecidas, aos seus créditos²¹⁸.

6 A acção executiva: consequências da declaração da insolvência para a instância executiva e executado

O CIRE determina que havendo declaração de insolvência que atinja sujeito já alvo de acção executiva, haverá suspensão desta, por prosseguimento daquela. Embora pouco favorável para o credor que diligenciou pelo cumprimento do seu crédito, dando-se ao trabalho de intentar acção executiva (que, como se sabe, implica entre outros inconvenientes, o pagamento de custas), analisando-se a solução do CIRE, compreende-se a sua exigência. Assim, dispõe o N.º1 do artigo 88.º, o seguinte: “A declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas [...] que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer acção executiva intentada pelos credores da insolvência; porém, se houver

²¹⁶ Até porque o Regulamento admite que isso se afigura impossível, tendo em conta, “por exemplo, [...] a grande diversidade dos direitos nacionais sobre as garantias vigentes nos Estados-Membros. Além disso, os privilégios creditórios de alguns credores no processo de insolvência são, muitas vezes, completamente diferentes.” Cfr. Regulamento (UE) n.º2015/848 de 20 de Maio de 2015

²¹⁷ de Oliveira, A. (2016). Manual de grupos de sociedades. 1st ed. Coimbra: Almedina.

²¹⁸ Vide a propósito al. i) do N.º2 do artigo 7.º e artigo 8.º do Regulamento (UE) n.º2015/848 de 20 de Maio de 2015

outros executados, a execução prossegue contra estes.”. Efectivamente, verificamos que, se assim não fosse, qualquer credor interessado no cumprimento do seu crédito e receoso da insuficiência dos bens do devedor para liquidação do mesmo, levaria a cabo uma execução, não informando os intervenientes do processo da mesma que o executado estaria a ser alvo de um processo de insolvência. Note-se que o processo de insolvência é um processo de execução universal, o que implica que os credores que intentaram acção executiva, no processo de insolvência, concorrerão com outros credores.

No seio da jurisprudência e decorrente da redacção do N.º1 do artigo 88.º, do CIRE, que aponta para o impedimento do prosseguimento de acção executiva aquando da declaração de insolvência, discutiu-se se as acções executivas não deveriam extinguir-se pela inutilidade superveniente da lide. Em resposta, o Código manteve a redacção presente no N.º1 mas acrescentou um N.º3 esclarecedor. Assim, a “[...] *declaração de insolvência do Executado determina a suspensão da instância das execuções contra este pendentes e não a extinção destas por inutilidade superveniente.*”²¹⁹”. Vindo o já referido N.º3, acrescentar que as acções executivas suspensas nos termos do N.º1 só se extinguirão, efectivamente, “*logo que o processo de insolvência seja encerrado nos termos previstos nas alíneas a) e d) do N.º1 do artigo 230.º, salvo para efeitos do exercício do direito de reversão legalmente previsto.*”. “Ou seja, entende-se que não se extinguam os trâmites executivos, desde logo, mas apenas que se suspendam, uma vez poder haver situações que justifiquem o seu prosseguimento.”²²⁰⁻²²¹ “Só haverá pois lugar à extinção, após o rateio final e sempre que o devedor não disponha de bens na massa insolvente para fazer face às despesas da massa.”²²²

Assim, com a sentença de declaração de insolvência, **para que a suspensão e extinção dos processos executivos tenham lugar**, compete ao administrador da insolvência **comunicar** “*por escrito e, preferencialmente, por meios electrónicos*”²²³, *aos agentes de execução designados nas execuções afetadas pela declaração de insolvência, que sejam do seu conhecimento, ou ao tribunal, quando as diligências de execução sejam*

²¹⁹ **Ac.** do Tribunal Judicial de Pombal, de 25/03/2014, Apelação N.º 219227/10.8YIPRT-A.C1 e Relator Teles Pereira.

²²⁰ **Cfr.** (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 268)

²²¹ *Vide* em concordância, o **Ac.** do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20/11/2012, Proc. 6/1999.C1), Relator Falcão de Magalhães.

²²² **Cfr.** (Martins L. M., Março de 2014, p. 272)

²²³ “*Preferencialmente por meios electrónicos*”, corresponde à orientação dada pela revisão do código feita pela **Lei N.º 16/2012, de 20 de Abril**.

promovidas por oficial de justiça, a ocorrência dos factos descritos no número anterior [...]”²²⁴, bem como, “**não deveria deixar o juiz de ordenar a apensação do traslado** (dos termos processuais relativos ao insolvente)”.²²⁵⁻²²⁶ “Sendo que, o prosseguimento de diligências executivas, não respeitando o cumprimento imediato da suspensão, leva à nulidade das mesmas”²²⁷, só assim se conseguindo que os credores titulares de anterior acção executiva exerçam os seus direitos, em posição igualitária à de todos os restantes credores, uma vez ser o processo de insolvência um processo de execução universal.

Ou seja e em suma, nas acções em que o insolvente é o único executado, com a declaração de insolvência:

- a) Suspendem-se “*as diligências executivas ou providências havidas no âmbito das mesmas (incluindo processos especiais e cautelares) que atinjam os bens integrantes da massa insolvente.*”²²⁸⁻²²⁹⁻²³⁰ e
- b) não podem ser instauradas novas execuções.

E, de outro modo, se a acção correr contra vários executados, com a declaração de insolvência:

- a) “*Se o processo for apensado nos termos do n.º2 do art. 85.º, este segue a tramitação normal sendo o seu desenvolvimento do conhecimento da insolvência;*”²³¹

²²⁴ Vide N.º4 do artigo 88.º do CIRE

²²⁵ **Cfr.** (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 269)

²²⁶ Sendo que o artigo 793.º do CPC dispõe em acréscimo, que “*qualquer credor [reclamante ou não] pode obter a suspensão da execução, a fim de impedir os pagamentos, mostrando que foi requerida a recuperação de empresa ou a insolvência do executado [...]*”. Referindo **Maria José Costeira** que o procedimento cautelar de arresto inclui-se nas providências abrangidas por esta norma. *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 268)

²²⁷ **Cfr.** (Subtil, Esteves, Esteves, & Martins, 2006, p. 178 e 179)

²²⁸ (Martins L. M., Março de 2014, p. 272)

²²⁹ Vejam-se, no mesmo sentido, os Acórdãos: 1. Ac. do tribunal da Relação de Guimarães, de 15-09-2011, Proc. 71/11.4TBPCR, Relator Amílcar Andrade; 2. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 03-11-2010, Proc. 384504.9TBSTS-A.P1, Relator Guerra Banha; 3. Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 08-02-2010, Proc. 3499-F/1992.P1, Relator Soares de Oliveira.

²³⁰ Como curiosidade, indique-se o facto de, sendo um imóvel propriedade conjunta de cônjuges e recaindo a declaração de insolvência apenas sobre um deles, já decorrendo acção executiva que atinja o bem, esta não se suspende em relação ao cônjuge não insolvente, permitindo que a venda do imóvel seja feita no âmbito do processo de insolvência, ou no âmbito do processo executivo (consagra a venda o que conseguir alienar de forma mais célere). Sendo que depois, o produto da venda repartir-se-á entre a massa e a acção executiva.

²³¹ (Martins L. M., Março de 2014, p. 273)

b) Ou, se não houver apensação “*é extraído traslado [certidão do processo emitida para efeitos de execução] a requerimento do administrador de insolvência ou de outro interessado que será apensado ao processo de insolvência.*”.²³²

Alerte-se para o facto de a apensação dos processos não dispensar os interessados de reclamar os seus créditos no processo de insolvência.

Já foram pois expostos, em cima, os fundamentos de suspensão da instância executiva. Prendem-se, como já vimos, com a tentativa de preservação dos bens do devedor, por forma a haver lugar a uma execução universal. Assim sendo, o juiz para lhes dar prosseguimento, decreta, aquando da declaração de insolvência, “*a apreensão, para imediata entrega ao administrador da insolvência, dos elementos da contabilidade do devedor e de todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos [...] sem prejuízo do disposto no n.º1 do artigo 150.*”²³³;”²³⁴ “São pois apreendidos para a massa, os bens do executado, seja qual for a sua situação jurídico-processual, não obstante a essa apreensão, nem mesmo embargos de executado.”²³⁵ No entanto, **Oliveira de Ascensão** opina que, “*podem afinal bens que se deveriam integrar na massa permanecer em poder de terceiros [...] [mas, neste caso] ficam sujeitos a todas as vicissitudes que podem atingir esses bens quando sobre eles se exercem poderes de facto de terceiros*”.²³⁶

De uma forma mais gravosa, considere-se o artigo 149.º, com epígrafe “**Providências conservatórias**” que prevê a obrigatoriedade de apreensão de todos os bens integrantes da massa insolvente, mesmo os que tenham sido “*objecto de cessão aos credores, nos termos dos artigos 831.º e seguintes do Código Civil*”.²³⁷ Sendo que quando os bens já tiverem sido vendidos a apreensão tem por objecto o produto da venda, caso estes ainda não tenham sido pagos aos credores ou entre eles repartidos.²³⁸ Faz o artigo também referência aos bens que não podem ser apreendidos para a massa, porque os há, efectivamente. No caso serão os apreendidos em processo penal (vejam-se a propósito os

²³² *Ibidem*

²³³ O artigo 150.º do CIRE diz ser o poder de apreensão atribuído ao administrador, decorrente da declaração de insolvência. Sendo que, uma vez atribuído, deverá o administrador diligenciar por que lhe sejam entregues os bens, para que, por sua vez, fique deles depositário.

²³⁴ al. g) do N.º1 do artigo 36.º do CIRE.

²³⁵ *Cfr.* (Esteves, Amorim, & Valério, 2015, p. 109)

²³⁶ *Apud* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 126)

²³⁷ al. b) do artigo 149.º, N.º1 do CIRE.

²³⁸ *Cfr.* N.º2 do artigo 149.º do CIRE.

artigos 178.º e seguintes do CPP) e os apreendidos em processo de contra-ordenação (veja-se o artigo 22.º do DL n.º 433782 de 27/10).²³⁹ E, por razões práticas, nos casos em que a administração da massa insolvente é confiada ao devedor, não serão os elementos da contabilidade, entregues ao administrador da insolvência (veja-se conforme o artigo 226.º, números 6 e 7), bem como, em relação aos bens, sabendo que este último só poderá elaborar inventário (artigo 153.º e seguintes do CIRE) e não apreendê-los. Todavia, se o bem estiver na posse de um retentor (credor com direito de retenção), declarada a insolvência, este terá que o entregar ao administrador, não se extinguindo o seu direito real, situação que não exclui a necessidade de reclamar o bem (artigo 47.º, N.º4 do CIRE).²⁴⁰

*“Quanto aos bens isentos de penhora, determina o n.º2 do artigo 46.º que “só são integrados na massa insolvente se o devedor voluntariamente os apresentar e a impenhorabilidade não for absoluta” [...] [a contrario, nos] casos de impenhorabilidade convencional ou por determinação de terceiro (artigos 602.º e 603.º do Código Civil, respectivamente), [...] e nos] de “penhorabilidade subsidiária”²⁴¹ [...] os bens são apreensíveis para a massa insolvente.”*²⁴²

Há depois uma grande discussão no que toca à apreensão para a massa dos rendimentos auferidos pelo insolvente no exercício da sua actividade laboral após a declaração de falência. Por um lado, **Ana Prata, Jorge Morais e Rui Simões**, em (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2013, p. 420), discordam com a jurisprudência que tem considerado que não devem ser apreendidos. Por outro, essa mesma jurisprudência e **Luís Martins**, em (Processo de Insolvência - Anotado e Comentado -, Março de 2014, p. 360), consideram que não deve ser levada a cabo essa apreensão, *“pois contrariamente ao processo executivo onde o devedor está tutelado pelo princípio da suficiência dos bens executados, tal princípio não existe no processo de insolvência.”*²⁴³.

Por último cumpre referir o artigo 140.º do CIRE que foi redigido, também ele, em respeito ao princípio *par conditio creditorum*²⁴⁴, mas em detrimento do credor que intentou

²³⁹ *Cfr.* (Martins L. M., Março de 2014, p. 359)

²⁴⁰ *Cfr.* (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 420)

²⁴¹ (casos são os de direito ao produto da quota do sócio nas sociedades civis e os casos de direito ao produto da liquidação da quota do sócio nas sociedades civis, em nome colectivo ou em comandita simples)

²⁴² (Prata, Carvalho, & Simões, 2013, p. 420)

²⁴³ *Vide* em concordância o Ac. da Relação do Porto de 05-03-2013, Proc. 654/12.5TBESP-D.P1.

²⁴⁴ (tratamento igualitário dos credores)

acção executiva. O N.º3 do artigo vem estipular que, não deve ser atendida preferência, aquando da graduação de créditos, resultante de **hipoteca judicial** (afastando-se a aplicação do 686.º do CC) ou **penhora** (afastando-se igualmente o 822.º do CC). A recompensa do autor ou exequente consistirá, portanto, na constituição das suas custas processuais em dívidas da massa insolvente (pagas primeiramente e preferencialmente, como já vimos: artigos 46.º, N.º1 e 172.º do CIRE). Decorre pois deste regime, conforme o **Ac. do Tribunal da Relação do Porto**, de 23-03-2009, Proc. 850/07.7TJVNf-H.P1, Relator Maria Adelaide Domingos, que mesmo que “*o crédito reclamado [aquando da reclamação de créditos] na insolvência beneficie de uma penhora registada, para os efeitos da sua classificação aí é tido como crédito comum e não como um crédito garantido. [Assim,] se o crédito exequendo concorrer com um crédito hipotecário, mesmo que o registo seja posterior ao da penhora registada, sempre será graduado [o crédito tutelado por penhora] após aquele crédito do credor hipotecário, que é crédito garantido, com prevalência da graduação.*”²⁴⁵.

7 Conclusões:

I. *Primo omnium*²⁴⁶, pode salientar-se que as garantias, decorrentes do princípio da responsabilidade patrimonial, são figuras que visam o reforço da tutela dos créditos, sendo que, segundo a doutrina norte-americana, a insolvência constitui o “*acid test*” das mesmas.

i. A figura das garantias divide-se em garantias gerais e garantias especiais: as primeiras consubstanciam-se, genericamente, no património do devedor; já as segundas colocam os seus titulares, numa situação privilegiada em relação aos demais credores. Por sua vez, a categoria das garantias especiais, subdivide-se em garantias pessoais e garantias reais, coincidindo estas últimas, quase total e unicamente, com direitos reais de garantia.

ii. Os credores com direitos reais de garantia, ou seja, titulares de uma *hipoteca*, de um *penhor*, de um *direito de retenção*, de *privilégios creditórios* ou de uma *consignação de rendimentos*, gozam, à partida, de uma enorme protecção dos seus créditos, junto do CIRE.

iii. O Penhor, de génese contratual, tem por objecto uma infindável variedade de coisas e direitos não hipotecáveis, constituindo uma garantia real uma vez atribuir preferência sobre bens determinados. Esta garantia real assume grande importância no seio do tráfego económico e jurídico.

iv. O Penhor Financeiro permite uma tutela mais forte, tendo em conta que se legitima o credor pignoratício a dispor da coisa onerada, assim como a tornar-se dela proprietário uma vez verificado o incumprimento da obrigação garantida.

v. A Hipoteca é, também ela, uma figura de enorme recorribilidade no seio do tráfego jurídico e económico, uma vez tutelar com imensa força os seus titulares, conferindo-lhes o direito de ser pagos pelo valor de certas (e determinadas) coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou prioridade de registo.

vi. A hipoteca judicial configura uma parca garantia, uma vez que não é atendida, aquando da graduação de créditos, a sua preferência.

²⁴⁶ Em primeiro lugar; Antes de mais;

vii. A Penhora é uma figura que, apesar de ser incluída, na supra dissertação, junto da categoria das garantias reais, levanta dúvidas quanto à sua classificação como tal. Não obstante, conclui-se no sentido de constituir esta “*apenas uma situação em que são colocados certos bens ou direitos*”²⁴⁷, mediante a fragilidade que apresenta perante um processo de insolvência (N.º3 do artigo 140.º do CIRE²⁴⁸).

II. Existem actos/negócios jurídicos que não prosseguem com a declaração de insolvência, uma vez, constituírem os créditos da massa, primordial tutela do CIRE. Assim, alguns credores, incluindo credores com garantias reais, poderão ver as suas garantias serem extintas com a declaração de insolvência do seu devedor, particularmente:

i. Os titulares de hipotecas judiciais, que com o processo de insolvência, são categorizados como meros credores comuns, possibilitando-lhes apenas, a hipoteca judicial, que sejam as suas custas (formadas com a constituição da garantia), compostas dívidas da massa insolvente (N.º3 do artigo 140.º);

ii. O Estado, as Autarquias Locais ou a Segurança Social com hipotecas legais acessórias dos seus créditos, quando o registo da hipoteca haja sido requerido nos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência (al. c) do N.º1 do artigo 97.º);

iii. Os titulares de garantias reais (sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente e acessórias de créditos sobre a insolvência) ainda não registadas ou objecto de pedido de registo até à declaração de insolvência (al.d) do N.º1 do artigo 97.º);

iv. Os titulares de direitos acessórios de créditos, classificados no processo de insolvência, como subordinados (al.e), N.º1, do artigo 97.º);

v. E por último, o Estado, as Autarquias Locais e as Instituições da Segurança Social com privilégios creditórios especiais, acessórios de créditos sobre a insolvência, vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência (al.b) do N.1, do artigo 97.º);

²⁴⁷ *Cfr.* (Leitão, Garantias das Obrigações, 2008)

²⁴⁸ A partir deste momento, sempre que não mencionada a legislação, entenda-se que se remete para o CIRE.

III. Ao longo do clausulado do CIRE, surgem-nos diversos expedientes de tutela dos credores, sendo notória a preocupação do código, não só (numa primeira fase) com a recuperação do iminente insolvente, como (numa fase subsequente, se a recuperação não resultar) com a satisfação dos legítimos interesses dos credores do insolvente. Assim, como expedientes de tutela dos credores em geral, temos, nomeadamente:

- i. Desde logo, a audiência de discussão e julgamento, por proteger esta, o princípio do contraditório;
- ii. A possibilidade dada aos credores de reclamação dos seus créditos, até 30 dias após a declaração da insolvência (artigo 36.º);
- iii. A acção para verificação ulterior de créditos, que é sujeita à regra da urgência, tendo como único constrangimento as condicionantes estipuladas nas alíneas a) e b) do N.2 do artigo 46.º;
- iv. A oportunidade dada àqueles que pela apreensão dos bens para a massa insolvente, se sintam lesados na sua posse ou propriedade, de obter a restituição ou separação de bens que (considerem) tenham sido indevidamente apreendidos para a massa insolvente, podendo fazê-lo, a todo o tempo (N.º2 do artigo 146.º);
- v. O requerimento de impugnação da lista de credores reconhecidos e não reconhecidos, diligência que assume uma grande importância, uma vez que pode vir a afigurar-se menos prejudicial para um credor a exclusão de um dos seus créditos (se tiver valor reduzido), do que a inclusão incorrecta, em geral ou como garantido, de um crédito de outro credor (N.1 do artigo 130.º);
- vi. A realização de uma Assembleia de credores que permite aos mesmos defender os seus interesses por via de voto; reclamar os seus créditos e, especificamente, ao devedor solidário e/ou garante, participar na mesma com intuito de perceber qual a situação patrimonial e creditícia do seu condevedor ou devedor principal, de obrigações por ele garantida (N.º2 do artigo 95.º);
- vii. A consagração, no artigo 17.º-H (e N.6 do artigo 11.º do SIREVE), de uma defesa dos financiadores, em processos de recuperação do devedor (PER), uma vez dispor o artigo que as garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores, durante o processo de insolvência, se mantêm mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor.

A intenção do artigo vai no sentido do incitamento ao investimento e recuperação do iminente insolvente. Saem prejudicados, no entanto, os credores que beneficiem de garantia de grau inferior.

Com o mesmo âmbito e intenção, mas um pouco mais abrangente, prevê o CIRE, também, o N.º6 do artigo 120.º;

IV. O CIRE não só denota, visivelmente, uma intenção de tutela dos créditos em geral como se aprimora no que toca à protecção dos credores garantidos. Depreende-se o supramencionado dos especiais expedientes que o código prevê para esses créditos, a saber:

i. Procedendo o administrador da insolvência, à venda dos bens apreendidos para a massa, podem os credores (mas não só) intervir sobre o acto, como entidades fiscalizadoras (artigos 58.º, 68.º; 79.º e 80.º); bem como, deve (e não, “pode”, como entende alguma doutrina e jurisprudência) o credor com garantia real, sobre o bem a alienar, ser ouvido relativamente à modalidade da alienação, sendo-lhe aliás possibilitado, vir a adquirir o bem (N.º4 e N.º3 do artigo 164.º).

ii. Aos credores hipotecários, é-lhes atribuído o direito de serem compensados pelo prejuízo que lhes cause o atraso na venda do bem objecto da sua garantia (N.º1 do artigo 166.º do CIRE, uma inspiração no §169 InsO) e podê-lo-ão ser, por acréscimo, pela desvalorização do bem, nos termos do N.º1 do 166.º *in fine*. A especial posição destes credores não pode pois ser desprezada pelo administrador de insolvência, até porque, a lei lhes permite uma compensação, desde que não tenham tido responsabilidade nos actos que lhes causaram prejuízo. Pende assim sobre o administrador a exigência de tomar uma boa decisão quanto aos bens, sob pena de a compensação dos credores acima mencionados se fazer à custa da massa ou, *in extremis*, à sua custa;

iii. Quanto aos credores garantidos, no que concerne ao exercício dos seus direitos, aquando da venda dos bens, em processo insolvencial, ser-lhes-á aplicável o artigo 815.º do CPC; já quanto aos credores titulares de direito de preferência legal ou convencional, com eficácia real, consagra-se o poder-dever de estes serem notificados, antecipadamente, do dia, hora e local aprazados para a venda (quando se recorra a vendas por propostas em carta fechada) (N.1 do

artigo 164.º). Não sendo notificados, podem os preferentes lesados intentar acção de preferência regulada no artigo 1410.º do CC;

iv. O pagamento dos créditos da massa insolvente é feito primeiramente, pelo administrador da insolvência, sendo que prevalece, efectivamente, a satisfação total das dívidas da massa, sobre a satisfação dos créditos garantidos, mesmo que a única possibilidade de satisfação daquelas sejam os bens (ou produtos deles resultantes) objecto de garantia destes. Podem, sem embargo, os credores comuns ou garantidos que se sintam prejudicados em termos quantitativos, pelo tamanho da afectação dos bens objecto das suas garantias, ser protegidos através do expediente de encerramento do processo por insuficiência da massa, se não logo na sentença, nos termos do artigo 232.º;

v. O N.º1 do artigo 174.º apela à celeridade no pagamento aos credores garantidos para que se evitem pagamentos, ainda que por rateios parciais, a credores comuns, anteriormente à satisfação de credores garantidos;

vi. Não obtendo os credores garantidos a total satisfação dos seus créditos com o produto da venda dos bens onerados com a garantia real que lhes diga respeito, ser-lhes-á facultada a possibilidade de serem considerados, quanto aos montantes em dívida, credores comuns (II parte do N.1 do artigo 174.º);

vii. Quanto à ordem de pagamentos dos credores garantidos, vai-se além da regra de pagamento por ordem de constituição, uma vez que preferem à hipoteca, à consignação de rendimentos e ao direito de retenção, os privilégios imobiliários especiais (excepção prevista no artigo 3.º, N.º2 do DL n.º 59/2006, de 20 de Março). Fica a perder o credor pignoratício, relativamente ao hipotecário²⁴⁹, no caso de não se extinguirem os privilégios gerais²⁵⁰, “*dado que [o] privilégio mobiliário geral de que gozam os créditos da segurança social por contribuições e respectivos juros de mora (art. 10.º do Dec. – Lei n.º 103/80, de 9/5), graduando-se logo a seguir aos créditos referidos na al. a) do n.º1 do art. 747.º, “prevalece sobre qualquer penhor, mesmo de constituição anterior” (art. 10.º n.º2²⁵¹) [...]”*.²⁵²;

²⁴⁹ (no processo de insolvência)

²⁵⁰ (e até mesmo especiais, uma vez saber-se que, se constituídos antes do penhor, prevalecem sobre ele: artigo 750.º do CC)

²⁵¹ (embora se extinga igualmente, se constituído há mais de 12 meses antes da data o início do processo de insolvência)

viii. Ainda quanto ao regime específico de cada garantia real, tem-se que o penhor financeiro apresenta substanciais diferenças relativamente a todas as outras garantias, uma vez ser para o administrador, a sua resolução em benefício da massa, substancialmente dificultada pelo artigo 17.º do DL 105/2004 de 08/05 (mesmo sendo estes contratos celebrados após a abertura de processos de liquidação, conforme o artigo 18.º do mesmo DL); Relativamente ao direito de retenção titulado pelo beneficiário de uma promessa de transmissão ou de direito real, está assente pela jurisprudência que o administrador de insolvência só pode resolver o contrato, nos casos em que este tenha eficácia meramente obrigacional. Já pelo contrário, no contrato-promessa de compra e venda com eficácia real e *traditio*, o cumprimento é imperativo por parte do administrador. Em contrapartida, o direito dado no CC ao titular do contrato promessa defraudado, de receber o sinal em dobro, não parece ser reconhecido, no processo de insolvência;

ix. Também o Regulamento (UE) n.º2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 visa proteger as legítimas expectativas dos credores com garantias reais, ao estipular que estas continuarão a valer, nos mesmos termos, mesmo no âmbito de um processo transfronteiriço;

V. Quanto ao facto de a acção executiva se suspender aquando do início do processo de insolvência (N.1 do artigo 88.º), deve esclarecer-se que, mesmo que isso, à primeira vista, pareça injusto, a solução do CIRE compreende-se pela superioridade da importância da defesa do princípio da execução universal (*par conditio creditorum*);

i. São apreendidos para a massa, os bens do executado, seja qual for a sua situação jurídico-processual, não obstante a essa apreensão, nem mesmo embargos de executado (150.º do CIRE). Há, em oposição, quem entenda que podem, no entanto, bens que se deveriam integrar na massa, permanecer em poder de terceiros, sendo que, nesse caso, ficam sujeitos a todas as vicissitudes que podem atingir esses mesmos bens, quando sobre eles se exercem poderes de facto de terceiros;

ii. O artigo 149.º prevê a obrigatoriedade de apreensão de todos os bens integrantes da massa insolvente, mesmo os que tenham sido objecto de cessão aos

²⁵² (Vasconcelos, 2008, p. 190)

credores, nos termos dos artigos 831.º e ss do CC. E quando os bens já tiverem sido vendidos a apreensão tem por objecto o produto da venda, caso estes ainda não tenham sido pagos aos credores ou entre eles repartidos;

iii. Quanto aos bens isentos de penhora, só são integrados na massa insolvente se o devedor voluntariamente os apresentar e a impenhorabilidade não for absoluta (N.º2 do artigo 46.º), *a contrario*, nos casos de impenhorabilidade convencional ou por determinação de terceiro (artigos 602.º e 603.º do CC) e nos de penhorabilidade subsidiária, os bens são apreensíveis para a massa insolvente;

iv. Relativamente à discussão sobre se se devem apreender para a massa, os rendimentos auferidos pelo insolvente, no exercício da sua actividade laboral, após a declaração de falência, existem doutrinas e jurisprudência divergentes, não havendo até ao momento uma posição fixa;

v. Por último, entende-se que não deve ser atendida preferência, aquando da graduação de créditos, resultante de hipoteca judicial (afastando-se a aplicação do 686.º do CC) ou de penhora (afastando-se igualmente o 822.º do CC).

Bibliografia

- Martins, A. (n.d.). O penhor financeiro e a alienação fiduciária em garantia no processo de insolvência. (no prelo).
- Aynés , L., & Crocq, P. (2016). *Droit des Sûretés* (10.^a ed.). França: LGDJ.
- Berger, C., & Frege, M. C. (2008). *Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz / Christian Berger, Michael C. Frege*. Alemanha : ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. .
- Costa, M. J. (Julho, 2013). *Direito das Obrigações* . Coimbra: EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.
- Esteves, M. J., Amorim , S. A., & Valério, P. (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*. Porto: Vida Económica - Editorial, S.A.
- Fernandes , L. A., & Labareda, J. (2013). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado* (2.^a ed.). Lisboa: Quid Juris.
- Fernandes, C., & Labareda, J. (2013). *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado* (3.^a ed.). Lisboa: Quid Juris, 2015.
- Justo, A. S. (2010). *Breviário de Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Leitão, L. M. (2008). *Garantias das Obrigações* (2^a ed.). Coimbra, Portugal: Almedina.
- Leitão, L. M. (2016). *Direito das Obrigações - Vol I*. Coimbra: Almedina .
- Martinez, P. R. (2004). *Direito das Obrigações - Apontamentos* - . Lisboa : AAFDL .
- Martins, A. d. (2016). *Um Curso de Direito da Insolvência* (2^a. edição ed.). Coimbra: Edições Almedina, S.A.
- Martins, L. M. (Março de 2014). *Processo de Insolvência - Anotado e Comentado* - (3.^a Edição ed.). Almedina.
- Oliveira, A. P. (2016). *Manual de grupos de sociedades*. Coimbra: Almedina.
- Prata, A., Carvalho, J. M., & Simões, R. (2013). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Coimbra: Almedina.

- Silva, F. R. (2015). *Garantias Imobiliárias em Contratos Empresariais: Hipoteca e Alienação Fiduciária*. Edições Almedina.
- Subtil, A. R., Esteves, M., Esteves, M. J., & Martins, L. M. (2006). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Porto: Vida Económica - Editorial, SA.
- Vasconcelos, L. M. (2008). *Direito das garantias - Relatório -*. Porto: Almedina .

Webgrafia

Andrade, M. (2010). *O PENHOR FINANCEIRO COM DIREITO DE DISPOSIÇÃO. estudo geral sib*. Retrieved 12 December 2016, from <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13012/1/penhor%20financeiro%20final.pdf>

Business Judgment Rule. (2017). *TheFreeDictionary.com*. Retrieved 13 January 2017, from <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Judgment+Rule>

Cours de droit. (2017). Le droit de gage général. [online] Available at: <http://www.cours-de-droit.net/le-droit-de-gage-general-a121605680> [Accessed 21 Sep. 2016].

Dardim, A., Camargo, C., Leite, C., Ferreira, D., Gabriel, J., & Ferri, R. (2007). *DN Direito Net. direitonet*. Retrieved 22 October 2016, from <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9630-9629-1-PB.pdf>

Eidt, G. (2017). “*PIGNUS DATUM*”: *NÓTULAS SOBRE O PENHOR NO DIREITO ROMANO (p.3)*. *anima-opet*. Retrieved 10 November 2016, from http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Gustavo_Juruena_Eidt_pignus_datum.pdf

Machado, S. (2017). *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários - N.º 17*. (p.111) *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*. Retrieved 11 December 2016, from <http://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/ce3065e0432d4ff888e1e6e7bcb12f0cSofiaSMachado.pdf>

Madaleno, C. (2017). *A GARANTIA HIPOTECÁRIA: Análise comparativa entre o regime jurídico instituído no Código Civil de 1966 e. Madaleno-Claudia-A-GARANTIA-*

HIPOTECARIA. (p.21) Retrieved 5 January 2016, from <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Madaleno-Claudia-A-GARANTIA-HIPOTECARIA.pdf>

Neves, J. (2008). *As Garantias do Cumprimento da Obrigação*.(p.175) *emerj tjrj jus br*. Retrieved 5 November 2016, from http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_174.pdf

Sousa, L. (2014). *O CONTRATO DE FIANÇA E OS LIMITES AO BENEFÍCIO DE ORDEM*. *cidp publicacoes revistas ridb*. Retrieved 21 September 2016, from http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07319_07369.pdf

Toste, D. (2017). *Direito Romano - 2º Bimestre - Professor Hélcio M. F. Madeira*. *danitoste*. Retrieved 20 November 2016, from http://www.danitoste.com/resumos/1_2006/res_2006_dromano_2bim.pdf

Jurisprudência

(Disponível em www.dgsi.pt/)

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 20-01-2010, Proc. 163/08.7TBAND-D.C1.S1, R. Bettencourt de Faria

Ac. do STJ de 05-04-2016, Proc. 5267/15.7T8SNT-A.L1.S1, Relator Fernandes do Vale

Ac. do STJ de 21-06-2016, Proc. 3415/14.3TCLRS-C.L1.S1, Relator Júlio Gomes

Tribunal da Relação do Porto

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 23-03-2009, Proc. 850/07.7TJVNF-H.P1, Relator Maria Adelaide Domingos

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 18-02-2010, P.632/06.TJVNF-L.P1, R. José Ferraz

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 10-11-2009, Proc. 0827816, Relator Maria Eiró

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 03-11-2010, Proc. 384504.9TBSTS-A.P1, Relator Guerra Banha;

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 08-02-2010, Proc. 3499-F/1992.P1, Relator Soares de Oliveira.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 05-03-2013, Proc. 654/12.5TBESP-D.P1

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. do tribunal da Relação de Guimarães, de 15-09-2011, Proc. 71/11.4TBPCR, Relator Amílcar Andrade;

Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28-07-2008, Proc. 1566/08-2, Relatora Rosa Tching;

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20/11/2012, Proc. 6/1999.C1), Relator Falcão de Magalhães.

Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, N° 472/11.8TBTMR-L.C1, de 18.03.2014, Relator Fonte Ramos, do Tribunal de Tomar, 1° J

Tribunal Judicial de Pombal

Ac. do Tribunal Judicial de Pombal, de 25/03/2014, Apelação N.º 219227/10.8YIPRT-A.C1 e Relator Teles Pereira.