

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 17

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 17 (julho/dezembro 2015)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2017.

UMA REAVALIAÇÃO DO PRINCÍPIO *PAR CONDITIO CREDITORUM* NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA PORTUGUESES¹

REORIENTATION OF THE PRINCIPLE *PAR CONDITIO CREDITORUM* IN THE PORTUGUESE INSOLVENCY PROCEEDINGS

Fábio da Silva Veiga

Resumo: Objetiva-se suscitar a reflexão sobre a reorientação do princípio *par conditio creditorum*, típico dos processos de insolvência. Tal proposta visa incentivar uma nova leitura deste princípio sob o olhar da finalidade do processo de insolvência: a satisfação do direito de crédito. O problema se verifica pelo fato de a *par conditio creditorum* se encontrar naturalmente limitada pela ação processual individual de cada credor, em razão de a legitimidade para o exercício da *actio* ser exclusiva do Administrador da Insolvência após a decretação da insolvência do devedor (art. 82º, nº 3, do Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas). Porém, a finalidade do referido princípio é a distribuição proporcional do crédito da massa insolvente, objetivo da execução universal do patrimônio do devedor consagrado no Direito da Insolvência português (art. 1º, nº 1, do mesmo diploma). A proposta de solução passaria pelo confronto das finalidades do processo de insolvência, ligando-o à solidariedade distributiva de Nicola Jaeger, a qual refletiria a superação da legitimida-

1 Artigo recebido em 22.07.2016 e aceito em 20.05.2017.

de exclusiva do administrador da insolvência, com a subsequente autonomia processual dos credores na busca da satisfação equitativa do direito de crédito.

Palavras-chave: *Par Conditio Creditorum*. Processo de Insolvência. Administrador da Insolvência.

Abstract: The objective is to stimulate reflection on the reorientation of the principle *par conditio creditorum*, typical of insolvency proceedings. The purpose of this proposal is to encourage a new reading of this principle in view of the purpose of the insolvency proceedings: the satisfaction of the credit claim. The problem is verified by the fact that the *par conditio creditorum* is naturally limited by the individual procedural action of each creditor, because the legitimacy for the exercise of the *actio* is exclusive to the Insolvency Administrator after the insolvency of the debtor has been decreed (article 82 paragraph 3, Insolvency and Business Recovery Code). However, the purpose of this principle is the proportional distribution of the credit of the insolvent estate, an objective of the universal execution of the debtor's assets enshrined in Portuguese insolvency law (article 1, paragraph 1, IBRC). The proposed solution would be confronted with the aims of the insolvency process, linking it to the distributive solidarity of Nicola Jaeger, which would reflect in overcoming the exclusive legitimacy of the insolvency administrator, with the subsequent procedural autonomy of creditors in the search for fair satisfaction of the right of credit.

Keywords: *Par Conditio Creditorum*. Insolvency Proceedings. Insolvency Administrator.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve contextualização. 3. Direito de crédito e a *par conditio creditorum*. 4. Efeitos da declaração de insolvência consoante o princípio *par conditio creditorum*. 5. Confrontamento do princípio *par conditio creditorum* com a legitimidade processual exclusiva do administrador da insolvência. 6. O conflito com o princípio fundamental. 7. Conclusão.

1. Introdução.

Propõe-se neste trabalho analisar o princípio da *par conditio creditorum* sob um ponto raramente analisado de maneira mais curada no seio do processo de insolvência: a função solidária da comunhão de crédito em benefício da massa insolvente.

De partida, é comum entender o processo de insolvência sob o comando da execução universal do patrimônio do devedor, cuja iniciativa cabe a cada credor requerer o seu crédito com vista à liquidação em benefício da satisfação dos seus direitos creditícios. Mas sabe-se que tal requisição deve obedecer às regras do processo de insolvência, que ao contrário do processo de execução tradicional, requer a divisão proporcional dos bens resultantes da massa insolvente. Nesta referência, não é admitido, salvo exceções, a execução individual do devedor, pois deve-se respeitar a *par conditio creditorum*, princípio que consagra a igualdade de tratamento entre os credores e a afirmação de que todo credor terá direito a receber a sua parte no rateio da massa insolvente de maneira proporcionada.

Contudo, o princípio da *par conditio creditorum* não deve ser visto tão somente como instrumento de impedimento à execução individual ou singular contra os devedores por alguns credores em detrimento de outros credores. A proibição à execução de maneira individualizada deve encontrar limitação na própria finalidade do processo de insolvência, a saber, a satisfação dos credores. E, se de um lado há impedimento para agir de forma individual – que na realidade corresponde à proteção máxima do princípio, visto que o patrimônio do devedor se escoaria desproporcionalmente –, contudo, quando o ato individual visar a integralização dos bens do devedor à massa insolvente então se estaria atingindo a finalidade do processo e do princípio *par conditio creditorum*, e operando-se a distribuição proporcionada do patrimônio do devedor. Neste ponto o princípio conjugar-se-ia à teoria da solidariedade distributiva de Nicola Jaeger.

Neste sentido, a ação processual individual deve ganhar legitimidade. Pois nesta condição a ação individual não visa a execução

do patrimônio do devedor em benefício pessoal, mas antes, visa o aumento da massa insolvente em benefício de todos os credores, quer sejam os que cobram créditos de menor ou maior expressão.

No Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”), a *par conditio creditorum* exerce a sua primeira função estampada na proteção do direito de todos os credores e na divisão proporcional do resultado líquido da massa insolvente, consoante o princípio da igualdade (art. 194º). E, para isto, em se tratando de pedido de execução do patrimônio do devedor na constância do processo de insolvência, necessariamente, exige-se a intermediação do Administrador da Insolvência. Os credores não têm a opção de requerer ao juiz a execução patrimonial do devedor de modo individual, porém devem se utilizar da figura do Administrador da Insolvência, que tem neste caso a legitimidade exclusiva para propor a respectiva *actio*.

A *par conditio creditorum* será analisada neste contexto como instrumento de superação da legitimidade processual exclusiva do administrador da insolvência, buscando identificar a finalidade do processo de insolvência e a função intrínseca do princípio em questão, para que por fim sejam ampliadas as possibilidades de consagração dos instrumentos de defesa dos credores, numa fase em que o procedimento insiste em diminuir tais direitos. Essa superação processual será em prol da coletividade, na sua gênese, será solidária e distributiva.

2. Breve contextualização.

O Direito da Insolvência, também designado historicamente como o Direito das Falências²⁻³, tem no seu âmago a procura pela

2 Cf. VEIGA, F. *A responsabilidade civil dos administradores na insolvência*. 2014.133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga.

3 A distinção entre os termos “insolvência” e “falência” desapareceu, em Portugal, com o surgimento do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência

satisfação do direito de crédito. Nesse aspecto, o seu bojo está intimamente relacionado àquelas situações onde o crédito não cumprido corresponde *sine qua non* às más práticas de condutas em detrimento do cumprimento das obrigações creditícias. Nesse sentido, o recorte da má conduta do devedor numa tentativa de desenhar os comportamentos exteriorizados por este, é causa que determina a responsabilidade de quem originou a situação de insolvência, isto é, de quem violou ou ameaçou a proteção dos direitos dos credores.

Da verificação de quem causou a situação de insolvência, aplica-se as sanções de natureza civil ou patrimonial⁴⁵. Imputa-se responsabilidade a quem violou obrigações e provocou o dano.

Com a evolução da sociedade moderna pautada na facilidade do direito ao crédito e da intensidade com que se modificam as relações creditícias, no plano jurídico, sabe-se que a legislação insolven-

(“CPEREF”) ou Decreto Lei nº 132/93. Antes, entendia-se a insolvência como uma situação patrimonial e a falência como uma situação jurídica. Cf. ASCENSÃO, José Oliveira. Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 65, v. II, p. 281-312, set. 2005, p. 281-283.

4 As sanções são de variada índole, a começar pela privação dos poderes sobre a administração e representação da sociedade, até a responsabilidade civil (por via direta ou indireta) dos administradores consoante a sua conduta. Segundo a doutrina de Catarina Serra, os efeitos da declaração da insolvência é classificado como os “efeitos do devedor” e divide-se em duas subespécies de efeitos: efeitos necessários e efeitos eventuais; pelo primeiro, entende-se aqueles cuja produção é automática e não depende senão da prolação da sentença que declara a insolvência do devedor. Integram-se aqui a privação dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (art. 81º), os deveres de apresentação no tribunal e de colaboração com os órgãos da insolvência (art. 83º), o dever de respeitar a residência fixada na sentença (art. 36º, alínea c) e o dever de entrega imediata de documentos relevantes para o processo (art. 36º, alínea f). Cf. SERRA, Catarina. *O novo regime português da insolvência – uma introdução*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 25.

5 O problema da responsabilidade civil surge a propósito da constituição das obrigações. Pretende-se determinar se se constituiu ou não uma obrigação – a obrigação de indenizar. O problema da responsabilidade patrimonial surge a propósito do não cumprimento das obrigações. Pretende-se determinar que bens respondem pelo não cumprimento. Na primeira, há imputação de danos por consequência da imputação delitual ou obrigacional, e na segunda, não se pressupõe a existência de prejuízos, mas de dívidas pelas quais responde o património do devedor.

cial não tem a capacidade de prever as mudanças socioeconômicas num espaço de tempo a acompanhar esta evolução. E mesmo porque, sabe-se que o direito da insolvência é um direito estritamente procedimental e processual (instituído num arcabouço com traços das raízes que remontam o período medieval) e, mesmo sendo um direito que procedimentalmente se envolve em atualizações no círculo legislativo, a sua natureza costuma tardar a reformar-se. Em razão disso, é valiosíssimo e de suma importância o debate doutrinário para a [re]construção contemporânea desta matéria.

Etimologicamente, insolvência significa o inverso da solvência, tendo esta última expressão origem no verbo latino *solvere*, que significa desatar, livrar, pagar, resolver. O termo falência está mais ligado à ideia também do latim, de origem no termo *fall*, comum no verbo *fallere*, ao adjetivo *fallax* e ao substantivo *fallacia*, significando fingir, induzir a erro, ou falsidade nas promessas, o qual era utilizado para exprimir a violação de confiança de que gozava o comerciante perante os seus credores, ao não cumprir os seus compromissos (*fidem fallente*)⁶. A expressão mais utilizada historicamente no direito lusófono, destacando Brasil e Portugal, é a equivalente à expressão inglesa *bankruptcy* que tem origem na expressão latina *banca rupta* – conhecida entre nós por bancarrota ou quebra – que designava um costume medieval das cidades italianas que consistia em quebrar fisicamente as bancas dos banqueiros e mercadores que fugiam com os bens dos seus credores.

Tomando esses matizes, pode-se compreender que a insolvência traduz a situação daquele que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações, normalmente por ausência da necessária liquidez em momento determinado, ou em certos casos porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para sa-

6 Cf. LEITÃO, Luís Manuel Menezes. *Direito da Insolvência*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 15; SERRA, C. *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*. 2009.532 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, p. 184-186.

tisfazê-las. A insolvência é algo com que qualquer sociedade que permite o recurso ao crédito tem de que se defrontar⁷⁻⁸.

3. Direito de crédito e a *par conditio creditorum*.

No que confere aos legitimados pelo direito de crédito – os credores –, discutindo esse direito, Catarina Serra propõe a seguinte reflexão:

quando se fala em tutela do crédito, designadamente em tutela jurisdicional dos direitos de crédito, é, todavia, o crédito em sentido subjectivo que se está a aludir. A tutela do crédito em sentido subjectivo é entendida como a tutela da posição dos credores, ou melhor, dos interesses específicos dos credores. Pode ser substancial ou processual, conforme se tenha em vista a proteção de crédito, respectivamente, através do reconhecimento de poderes subjectivos ou por via processual.⁹

Na compreensão sobre os fins do processo de insolvência, a autora pondera:

com certeza que o processo de insolvência visa a realização dos direitos de crédito, e dos direitos de crédito não só do devedor requerente (como acontece, normalmente, no processo de execução), mas de todos os credores actuais do devedor. Com certeza que ele tem um intuito repressivo (compensatório e punitivo), que ele serve,

7 LEITÃO, Luís Manuel Menezes, op. cit., p. 15.

8 Na definição de Direito da Insolvência, Menezes Leitão sintetiza: “o Direito da Insolvência pode ser considerado como o complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e a satisfação dos direitos dos seus credores” (Ibidem, p. 16).

9 Cf. SERRA, Catarina, op. cit., p. 168. A autora, entre outros posicionamentos, defende a tese de que a tutela constitucional do crédito é aquela inserida no artigo 61º, da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), referindo-se que quando a CRP está a tutelar o direito de iniciativa económica privada, está a tutelar aquele que é a sua fundamental condição de operatividade: o direito ao crédito (o direito à conservação e à utilização dos créditos adquiridos).

como tradicionalmente se diz, para pagar aos credores e punir o devedor. Mas ele tem também uma clara dimensão preventiva: não dependendo da lesão dos direitos de crédito e sim de uma “previsão de incumprimento”, ele evita a lesão dos créditos constituídos, dos créditos futuros e ainda dos meramente eventuais.¹⁰

O direito de crédito, enquanto realidade jurídica recebe a proteção do direito¹¹. Essa proteção denomina-se a garantia das obrigações e consiste em a ordem jurídica assegurar ao credor os meios necessários para realizar o seu direito, em caso de descumprimento por parte do devedor¹².

Efetivamente, regra geral, os credores contam apenas para satisfação dos seus créditos com a possibilidade de liquidar o patrimônio do devedor e proceder à venda judicial dos seus bens para se pagarem com o produto desta venda. Nesse sentido, a posição dos credores comuns é a de plena igualdade entre si, segundo o princípio *par condicio creditorum*¹³, de modo que, constatando-se a insuficiên-

10 Ibidem, p. 178.

11 Os direitos de crédito não são abrangidos pelo art. 483º do Código Civil português (“CC”), uma vez que a sua tutela apenas se efetua nos termos da responsabilidade contratual (art. 798º, do CC), ou da cláusula geral do abuso de direito (art. 334º, do CC). Na doutrina italiana é interessante a reflexão de Paolo Piscitello quando diz sobre o ponto de equilíbrio entre o respeito aos princípios da responsabilidade civil e da tutela do crédito: “in definitiva, i vistosi mutament giurispudenziali in tema di calcolo dell’obbligazione risarcitoria a carico degli amministratori rappresentano il punto di approdo di um percorso che risponde ad um riesame critico delle proprie decisioni da parte della stessa giurisprudenza. E tale itinerario ha condotto al superamento delle posizioni, che, in linea di principio, tendevano a ribaltare sugli amministratori l’esposizione complessiva dell’impresa insolvente, accogliendo soluzioni che, sul piano della sintassi degli interessi, rappresentano il logico punto di equilibrio tra il rispetto dei principi della responsabilità civile e le esigenze di tutela dei creditori”. (PISCITELLO, Paolo. La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule. *Rivista delle Società*, Milão, ano 57, n. 6, p. 1167-1183, nov./dez. 2012, p. 1179).

12 Cf. ANTUNES VARELA, apud LEITÃO, Luis Manuel de Menezes. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2011, v. II, p. 305.

13 Cf. VEIGA, Fábio da Silva. Reorientação do *princípio par conditio creditorum* no processo de insolvência português. *Cadernos de Dereito Actual*, Santiago de Compostela, n. 5, p. 195-207, 2017.

cia patrimonial do devedor, tal se repercute proporcionalmente em cada um dos créditos, através do correspondente rateio.

Destaca-se entre outras perspectivas, que o princípio *par conditio creditorum* tem por base o princípio de que a incapacidade do patrimônio do devedor para satisfazer os direitos de todos os credores comporta a necessidade de ser proceder à repartição dos bens segundo um critério de proporcionalidade. A condicionante do referido princípio é a igualdade entre os credores, e tal igualdade é notadamente concretizada no rateio dos respectivos créditos da massa insolvente segundo a proporcionalidade de cada credor no crédito da massa insolvente. Assim, os bens penhoráveis que integram o patrimônio do devedor correspondem à garantia geral das obrigações desse sujeito, e não havendo causas legítimas de preferência, os credores estão todos em plano de igualdade quanto à satisfação dos seus créditos, sendo pagos proporcionalmente pelo valor desses bens se eles forem insuficientes¹⁴. O princípio *par conditio creditorum* foi uma evolução no direito concursal do princípio do *prior in tempore potior in iure*, típico dos processos de execução¹⁵.

A *par conditio creditorum* tão somente se limita à garantia geral, ou seja, ao patrimônio do devedor. Não obstante, como já referido, quando alguns dos credores beneficiarem de uma causa legítima de preferência, que lhes dê o direito de ser pago antes dos demais a sua posição extravasará aquela garantia geral, o que explicita a sua condição de titular de uma garantia especial das obrigações (como *v.g.*, a hipoteca e a subsequente penhora judicial). Contudo, no direito insolvencial português a penhora deixa de constituir preferência

14 No mesmo sentido, confira-se VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana. *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 832.

15 Pelo princípio *prior in tempore potior in iure*, quem se apresentava primeiro à execução do patrimônio do devedor levava prioridade na liquidação. Mais sobre a *par conditio creditorum*. Cf. SERRA, Catarina, op. cit., p.152-162.

no caso de ser declarada a insolvência do devedor (art. 140º, nº 3, do CIRE).

Por isso, costuma-se dizer que a *par conditio creditorum* constitui, de fato, muito mais a exceção do que a regra; os processos concursais são os únicos em que se realiza efetivamente um tratamento paritário dos credores e daí que seja desaconselhável procurar o fundamento do princípio à margem dos processos concursais¹⁶.

4. Efeitos da declaração de insolvência consoante o princípio *par conditio creditorum*.

Os efeitos da declaração de insolvência têm subjacente o princípio *par conditio creditorum* ou princípio da igualdade dos credores (*Grundsatz der gleichmäâigen Behandlung* ou *Prinzip der Gleichbehandlung*, no círculo germânico, e *pari passu principle*, no círculo anglo-saxônico) e é este que deve orientar a aplicação das normas que os consagram – sobretudo daquelas que deixam, aparentemente, o juiz e ao administrador da insolvência, alguma liberdade de atuação¹⁷.

Nesse sentido, o princípio da *par conditio creditorum* gera uma limitação nos direitos dos credores – tendo em conta que todo credor deseja receber a exata medida dos créditos cedidos ao deve-

16 JAEGER, Pier Giusto, apud, SERRA, Catarina, op. cit., p. 156, nota 437. Concordando, também, que o princípio da *par conditio creditorum* realiza um tratamento *egalitario dei creditori* somente no âmbito do processo de insolvência, está ENZO ROPPO, 1981, apud, VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana, op. cit., p. 845, nota 1570. O autor português, no entanto, não concorda com tal posicionamento, pois considera que os créditos com preferências (legal ou convencional), no seio do processo de insolvência, permitem a satisfação privilegiada e, portanto, desigual. Vale lembrar que o princípio da *par conditio creditorum* não é exclusivo dos processos concursais do devedor, mas antes têm sua generalidade no âmbito das garantias.

17 Cf. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; SERRA, Catarina. Insolvência e contrato-promessa: os efeitos da insolvência sobre o contrato-promessa com eficácia obrigacional. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 70, p. 393-438, jan./dez. 2010, p. 397.

dor. Sem embargo, o instrumento jurídico que tutela os direitos de crédito dos credores e cuja fonte emana tal princípio, tem a função de buscar medidas menos agravantes aos interesses dos credores – através do processo de insolvência –, de modo a relevar o crédito absoluto¹⁸, sendo, por aí em diante, relativizado a restituição do crédito por intermédio da *par conditio creditorum*.

Na sua gênese, assevera Nuno Manuel Pinto Oliveira e Catarina Serra, a *par conditio creditorum* corresponde a uma exigência de “justiça distributiva” – de distribuição do sacrifício, de “comunhão de perdas” (*Verlustgemeinschaft*) ou de “comunhão no risco” (*Risikogemeinschaft*)¹⁹. Na mesma esteira aponta-se o entendimento de Elisabete Ramos, para quem este princípio significa que, na ausência de fatos que determinem a aplicação de regras especiais, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor. Encontra-se genericamente consagrado no art. 604º, nº 1, do Código Civil português:

Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando

18 Em lição sobre este princípio, Catarina Serra expõe que a *par conditio creditorum* “afirmouse nos estatutos medievais como regra para a tutela dos credores do comerciante, em contra-posição ao princípio da prioridade cronológica aplicável às relações entre particulares [*par aut dispar conditio creditorum*]. Assim passou para a maior parte das legislações modernas sobre a falência. Tem por base o princípio de que a incapacidade do património do devedor para satisfazer os direitos de todos os credores comporta a necessidade de se proceder à repartição dos bens segundo um critério de proporcionalidade. São, normalmente, considerados sinais da *par conditio creditorum*, entre outras coisas, a publicidade do processo como via para a efectiva participação dos credores, a impossibilidade de propor ou fazer prosseguir acções executivas individuais, o vencimento simultâneo de todos os créditos e a suspensão da contagem de juros, o sistema de graduação de créditos com consideração de créditos garantidos e ainda todos os restantes instrumentos de defesa dos credores contra os actos que lhe são prejudiciais (inoponibilidade dos actos posteriores à declaração de falência, resolução ou impugnação pauliana dos actos anteriores, etc.)” (SERRA, C. *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*. 2009. 532 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, p. 152-153). Cf. VEIGA, Fábio da Silva, op. cit., p. 201 et seq.

19 Cf. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; SERRA, Catarina, op. cit., p. 397.

ele não chegue para integral satisfação dos débitos.

Com este princípio pretende-se impedir que algum credor possa obter, por via distinta do processo, uma satisfação mais rápida ou mais completa, em prejuízo dos restantes credores. Assinala-se, ademais, que:

Este princípio, com várias manifestações no CIRE, explica que as acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente seja intentada ou feita seguir pelo administrador da insolvência.²⁰

O processo de insolvência, sintetizado na sentença de insolvência, não faz mais do que reconhecer uma situação de fato – a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações – e desencadear a aplicação das providências adequadas. É nessa situação de fato que se encontra a razão de ser de todas as especialidades de regime; nela se reconstitui a solidariedade econômica natural entre os credores – de que falavam Nicola Jaeger e, de forma mais explícita, Salvatore Satta²¹.

Nicola Jaeger dizia que aquilo que caracteriza especialmente os processos concursais, por contraposição a todos os tipos de processo executivo, é dado por uma regra fundamental que impõe a disciplina da concorrência entre os credores, paralisando as suas iniciativas pessoais contra o falido e qualquer esforço seu para obtenção de vantagens particulares à custa dos outros. A sua observância é o pressuposto da realização da exigência de justiça comumente designada através da fórmula da *par conditio creditorum*. Aqui, como em

20 Cf. RAMOS, Maria Elisabete Gomes. A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português. *Revista Prim@ Facte*, João Pessoa, v. IV, n. 7, p. 5-32, 2008, p. 18-19.

21 Cf. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto; SERRA, Catarina, op. cit., p. 397-398.

qualquer outro caso, a disciplina da concorrência importa uma limitação dos poderes de disposição e a consequente subordinação parcial dos interesses individuais exclusivos. Mas satisfaz seguramente um interesse comum a todos os sujeitos concursais, porque o sacrifício é subitamente compensado pela garantia de tutela contra a valorização dos atos dos mais astutos, pelas vantagens de uma cooperação entre as partes e os órgãos e pela redução dos custos inerentes às atividades desenvolvidas individualmente²².

Como se sabe, os credores partilham o risco econômico da atividade do comerciante [devedor], e a partir do momento que se quebra a confiança, com a insolvência do devedor, os credores são chamados no plano jurídico a concorrerem entre si os seus respectivos créditos – no concurso de credores. Impõe-se naturalmente uma limitação por consequência do princípio da igualdade dos credores, que é o instrumento de tutela dos direitos de créditos. Como refere Catarina Serra parafraseando Piero Pajardi:

o legislador deixa de olhar exclusivamente à relação entre credor individual e o devedor individual – ou às relações singularmente consideradas entre alguns credores e o devedor –, abandona a perspectiva de uma mera justiça comutativa para afrontar uma realidade mais complexa, uma situação plurissubjectiva caracterizada por relação intersubjectivas de solidariedade e de complementaridade perante um único sujeito contraposto.²³

O abandono da execução individual, do interesse singular do credor, tem o escopo de atender o critério de solidariedade na liquidação do patrimônio do devedor. Este critério é de fato ligado ao entendimento e à finalidade da *par conditio creditorum*. Não há como pensar a *par conditio creditorum* sem pensarmos na liquidação proporcional do patrimônio do devedor. No mesmo sentido, a propor-

22 SERRA, Catarina, op. cit., p. 402-403, nota 1036.

23 Ibidem, p. 395-396.

cionalidade típica da *par conditio creditorum* representa um efeito típico da solidariedade. A solidariedade é se não a ação empregada em benefício de todos. Essa ação por sua vez tem um sentido comum de identificação dos credores: a execução universal do patrimônio do devedor em benefício da massa insolvente²⁴.

Mas identidade de interesses não significa comunhão. Pode existir uma área de harmonia, determinados interesses comuns, como referia Nicola Jaeger: na desvalorização dos atos prejudiciais à massa, nas vantagens resultantes da cooperação entre as partes e os órgãos, na redução dos custos inerentes às atividades desenvolvidas individualmente. Na sua maioria, contudo, e no que toca à sua parte essencial – a pretensão patrimonial –, os interesses dos credores são convergentes, conflitantes entre si, como é típico dos processos concursais²⁵.

5. Confrontamento do princípio *par conditio creditorum* com a legitimidade processual exclusiva do administrador da insolvência.

No regime insolvencial português o princípio da *par conditio creditorum* encontra-se expressamente consagrado na disciplina que regula o *plano de insolvência*, a saber: o plano de insolvência obedece ao princípio da igualdade dos credores, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objetivas, conforme nº 1 do artigo 194º, do CIRE. Desse modo, na pendência do processo de insolvência

24 Para o confronto do individualismo ao coletivismo, confira-se DEL MASSO, Fabiano; GONÇALVES, Rubén Miranda; FERREIRA, Rui M. Zeferino. A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vila Nova de Gaia/Porto, v. I, 2015. Disponível em: “<http://editorialju-rua.com/revistaconsinter/es/revistas/ano-i-volume-i/parte-2-direito-publico/a-reinvencao-do-estado-do-seculo-xxi-o-regresso-ao-liberalismo-como-suporte-do-sistema-democratico/>”. Acesso em: 31 mar. 2017.

25 Cf. SERRA, Catarina, op. cit., p. 402-403.

os credores terão suspensos os seus direitos executivos, impõe-se restrições ao exercício dos seus direitos²⁶. Mas é importante sublinhar a limitação é quanto à *atração* dos seus direitos creditícios em detrimento da massa insolvente – e da divisão desproporcional entre os credores.

A norma estabelece que durante a pendência do processo de insolvência, no art. 82º, nº 3, do CIRE, impõe-se o afastamento das regras jurídico-societárias relativas à legitimidade ativa de terceiros para a propositura ou seguimento da ação social de responsabilidade – que tem por escopo a indenização e a incorporação desta na massa insolvente.

Enquanto o regime jurídico-societário confere legitimidade ativa a vários sujeitos – sociedade, conforme o art. 75º, do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), sócios que detenham as percentagens de capital previstas na lei (art. 77º, nº 1, do CSC), credores (art. 78º, nº 2, do CSC) e sócios minoritários, por intermédio da ação *ut singuli*²⁷ (art. 77º, do CSC) –, o CIRE atribui legitimidade exclusiva ao

26 Os credores ficam, nomeadamente, limitados no exercício do seu poder de ação executiva – devido a impossibilidade de instaurar e de obter o prosseguimento de ações executivas contra o devedor (art. 88º, nº 1, do CIRE); ficam eventualmente limitados na titularidade de certos direitos reais de garantia dos seus créditos – em razão da suscetibilidade de extinção dos privilégios creditórios e garantias reais (art. 97º, do CIRE) –, no recurso a certos meios de extinção das obrigações – pelos condicionamentos impostos ao exercício do direito de compensação (art. 99º, do CIRE) –, no recurso a certas providências de conservação do património do devedor – pelos condicionamentos apertados impostos ao direito de instauração de ações de imputação pauliana (art. 127º, do CIRE) –, no gozo de certas posições processuais de vantagem – por força da regra da inatendibilidade, na graduação de créditos, da preferência resultante da hipoteca judicial ou proveniente da penhora (art. 140º, nº 3, do CIRE); além disso, ficam sujeitos a um conjunto de efeitos particulares no caso de ainda estar em curso o negócio em que participam (arts. 102º e ss., do CIRE), que se sintetiza na regra da suspensão do negócio até que o administrador da insolvência decida a sua execução ou recusa do seu cumprimento (art. 102º, do CIRE).

27 A ação social *ut singuli* é um instrumento subsidiário para a proteção dos sócios minoritários. “A subsidiariedade deve reconhecer àqueles sócios que, isoladamente ou agrupados, possuam ações representativas da percentagem de capital necessária para que lhes seja reconhecida a legitimidade para a propositura desta ação o direito de requererem a introdução de

administrador da insolvência para, durante o processo de insolvência, propor ou fazer seguir a ação social de responsabilidade que legalmente couber aos interessados. Diante disso, verifica-se, que, na pendência do processo de insolvência, sociedade, sócios e credores da sociedade encontram-se privados de legitimidade ativa para propor ou fazer seguir ação social de responsabilidade contra os administradores de fato ou de direito.

Porém, sobre a impulsão processual da ação de responsabilidade contra os causadores da insolvência no CIRE, nomeadamente os administradores, a Lei nº 16/2012 introduziu um novo método de decisão no CIRE consoante a responsabilidade, e, ademais, ofereceu possibilidade de interpretação a respeito da iniciativa processual. A competência para propositura da respetiva ação de responsabilidade segue sendo de legitimidade do administrador da insolvência, com efeito, com a inauguração da alínea e) do nº 2, do artigo 189º do CIRE, o juiz tem o dever de condenar as pessoas afetadas a indenizarem os credores do devedor insolvente. Isto conduz à seguinte per-

assuntos na ordem do dia, bem como o direito de requererem a convocação da assembleia geral – permitindo-lhes então, por estes meios, subordinar sempre a decisão de propositura da acção de responsabilidade à vontade da maioria dos sócios, expressa através de deliberação tomada em assembleia geral”. Em síntese, “cabe ao colectivo dos sócios, reunido em assembleia geral, a definição do interesse social em cada momento da vida da sociedade comercial, sempre tendo por limite a prossecução do seu fim, que é o da obtenção de lucros, a fim de serem repartidos pelos mesmos sócios. Logo, é dever dos sócios que pretendam intentar acção social ‘ut singuli’ submeterem o assunto da propositura da acção social de responsabilidade à assembleia geral de sócios, onde têm assento, permitindo assim que esse órgão possa definir concretamente o interesse social na matéria em apreço – sempre ficando acautelado o seu interesse, indirecto, de garantia do conteúdo do seu direito de participação social. Pois se a sociedade deliberar não propor a acção ou se, tendo deliberado propô-la, não a propuser no prazo de seis meses a contar dessa deliberação, sempre lhes assistirá o direito de recorrerem à acção social ‘ut singuli’” (RIBEIRO, Maria de Fátima. A função da acção social *ut singuli* e a sua subsidiariedade. *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, ano 3, v. VI, p. 155-189, out. 2011, p. 183-184). Cf. FONSECA, Tiago Soares; CORDEIRO, António Manuel Menezes. A natureza subsidiária da acção *ut singuli*. *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, ano 3, n. 2, p. 369-393 2011; FRADA, Manuel Carneiro da; GONÇALVES, Diogo Costa. A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito cooperativo com o Direito das sociedades comerciais. *Revista de Direito das Sociedades*, Coimbra, ano 1, n. 4, p. 885-922, 2009, p. 904-922.

gunta: continuaria a existir a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência para a propositura de ação de responsabilidade? Qual é o momento processual? Ou, a partir dessa normativa, os interessados poderiam vir a ter legitimidade ativa para propor a ação de responsabilidade contra os sujeitos afetados pela insolvência (com especial relevo aos administradores), seguindo o mesmo padrão da ação social do art. 78º, do CSC? Quais são as possibilidades de os interessados intentarem ação de responsabilidade após o início do processo de insolvência?

Da leitura da lei, retira-se que a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência se manteve. A diferença é que presente-mente foi diminuído o impacto da desjudicialização que operava no CIRE desde a sua inauguração, e, portanto, agora foi concedido ao juiz um reforço de competência no que concerne à decisão da responsabilidade dos administradores sem qualquer interferência técnica do administrador da insolvência logo de partida, o que demonstra a intenção do legislador em conceder maior poder decisório no âmbito da insolvência. Os credores têm, a partida, três momentos para demonstrarem interesse na abertura do incidente de qualificação de insolvência²⁸, que pode culminar numa decisão sobre a responsabilização dos administradores:

- (i) na propositura do requerimento do pedido de insolvência;
- (ii) depois da assembleia de apreciação do relatório, em até 15 dias (art. 188º, nº 1, CIRE);
- (iii) em qualquer momento do processo de insolvência, mas por intervenção do administrador da insolvência (alínea *a*, nº 3, do art. 82º, CIRE).

A opção menos complexa e presumivelmente mais comum seria a primeira, visto que aqui os interessados incluiriam no pedido

28 O incidente de qualificação de insolvência é um instrumento processual que tem por finalidade constatar a natureza da insolvência, ou seja, saber se a insolvência foi provocada dolosamente (culposa) ou sucedeu-se por motivos alheios (fortuita).

inicial (art. 23º, do CIRE) o conjunto de provas que demonstrasse a ligação dos atos que gerou a insolvência com a atividade da administração, no sentido de que tal recurso facilitasse o juízo de apreciação do juiz e fortalecesse sua opinião para a decisão de abertura do incidente de qualificação e conseqüentemente, no julgamento da indenização (art. 189º, nº 2, alínea e).

Com efeito, se no momento do pedido inicial do processo de insolvência os credores sociais não dispuserem de provas suficientes para convencer o juiz, há alternativas que a lei confere para o pedido de responsabilização, nomeadamente expresso no pedido de incidente de qualificação da insolvência. Pois, sabe-se que em matéria de insolvência o conteúdo probatório vai surgindo imprevisivelmente, até pela possibilidade de haver diversos credores e nem sempre ser possível conciliar as provas através dos mesmos, dado que a comunicação e o conhecimento dos fatos são em muitos casos limitados. Para isso, a lei reservou a assembleia de apreciação do relatório, ocasião em que todos os credores sociais se comunicam e decidem a liquidação dos respectivos créditos. Se até este momento nenhum deles se opuseram à responsabilização dos administradores, com a reunião de novas provas e a ciência de novos fatos, podem recorrer ao pedido de responsabilidade utilizando-se do incidente de qualificação de insolvência (art. 188º, nº 1, CIRE). É de se sublinhar que o pedido será feito diretamente ao juiz, em processo apenso, sem a intervenção do administrador da insolvência.

Da terceira situação supramencionada, extrai-se os questionamentos mais amplos. Tendo em conta que os credores não se manifestaram no início do processo de insolvência ou após a assembleia de apreciação do relatório, por razões legítimas (v.g., novas provas) podem ainda requerer a responsabilização dos administradores, mas de acordo com a leitura “seca” da lei agora o farão obrigatoriamente por intervenção do administrador da insolvência. É aqui que a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência ganha destaque (art. 82º, nº 3, CIRE), justamente porque neste artigo encerra a sua competência para casos de insolvência.

Porém, o art. 78º, do CSC, pertencente ao regime do direito societário, pode iluminar alguma análise comparativa mesmo que o seu conteúdo tenha sido elaborado para as situações do direito credi-tício societário.

Logicamente se os credores sociais no âmbito do processo de insolvência pudessem aceder aos efeitos do art. 78º, do CSC, certa-mente teriam o direito à legitimidade ativa processual para propor a ação de responsabilidade contra os administradores societários na in-solvência, pois é este o sentido daquele artigo e, naturalmente, dos artigos que versam sobre o processo de execução individual. Sem prejuízo da leitura íntegra da norma, colaciona-se o nº 1, do art. 78º, do CSC:

os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inob-servância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o patrimô-nio social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.

De pronto, vê-se que os credores sociais poderiam acionar a responsabilidade daqueles agentes que lhes causaram prejuízos. Não podemos omitir, contudo, que o CSC opera num plano exterior ao processo de insolvência, mas a normativa do art. 78º pode ser reava-liada em espécie reflexiva, tomando-se em consideração o sentido da expressão insuficiência contida nesta norma.

A condicionante insuficiência patrimonial é a regra para a res-ponsabilização. No entanto, há alguma aparência fática entre este pormenor insuficiência com a necessidade de processo de insolvên-cia para a satisfação dos prejuízos causados aos credores, conforme a alínea *b*, do nº 3, do art. 82, do CIRE:

Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legi-timidade para propor e fazer seguir:
(...)

b) As acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os

fundadores, administradores de direito e facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e dos sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros.

Obviamente que a lei confere ao administrador da insolvência a representação dos interesses dos credores sociais em qualquer momento do processo pendente, e, portanto, através da intervenção dele os credores acionariam a responsabilização dos administradores, explanado no incidente de qualificação de insolvência (pressuposto para apurar a responsabilização).

Entretanto, hipoteticamente há situações em que os credores podem vir a não se interessar pela intervenção do administrador da insolvência simplesmente porque podem a partir de recursos próprios, de maneira a melhorar a técnica de sua defesa, e seguidamente ampliar as hipóteses de liquidação da massa insolvente, optar pela iniciativa individual a partir da contratação de profissional habilitado que exaure confiança para a defesa de seus interesses. Neste caso, poderia de tal modo, utilizar-se analogicamente do recurso do art. 78º, do CSC? Estaríamos perante uma questão que põe em tela a independência e autonomia dos legítimos interessados.

6. O conflito com o princípio fundamental.

Com efeito, a independência e autonomia num processo de insolvência não são aceites de modo direto segundo as regras do concurso de credores, pois, *a contrario sensu*, violaria o princípio da *par conditio creditorum*, cujo primado é a justamente a igualdade de condições ao crédito de maneira universal no processo²⁹, e isso vale

29 Destacamos entre outras perspectivas ditas neste ensaio, que o princípio *par conditio creditorum* tem por base o princípio de que a incapacidade do patrimônio do devedor para satisfazer os direitos de todos os credores comporta a necessidade de ser proceder à repartição

tanto para os credores “fortes”, com mais condições de pressionar a cobrança do crédito, quanto para os credores “fracos”, com poucos recursos e à espera de soluções igualitárias.

Contudo, o que queremos expor é que a legitimidade autônoma dos credores não consubstanciaria os efeitos negativos em seu sentido estrito – estes correspondem violação aos efeitos coletivos do processo de insolvência – isto é, o resultado adveniente da ação de um dos credores não se encerraria no mesmo. A legitimidade processual poderá ser autônoma, mas os seus efeitos deverão ser solidários. A concepção adotada é a de legitimidade processual autônoma dos credores (em sentido estrito) para legitimidade autônoma dos credores (em sentido solidário) – acrescentando-se à massa insolvente os “novos” créditos provenientes daquela iniciativa processual (autônoma ou não) e que no final incrementar-se-ia respectivamente a todos os credores – respeitando, portanto, o princípio *par conditio creditorum*. A legitimidade conferiria solidariedade.

A solidariedade é tomada no sentido de comunhão de créditos. A solidariedade aqui estará em consonância com o princípio *par conditio creditorum*, pois visa a integralização dos créditos, na medida em que cada credor pode intentar sozinho ou não a iniciativa processual para buscar no patrimônio do devedor os créditos que passarão a ingressar à massa insolvente, e, posteriormente ser dividido de maneira proporcional entre todos os credores. A solidariedade é tomada na sua acepção original: “quem colabora, colabora com todos”.

Portanto, o proposto nesta interpretação sobre o recurso ao princípio *par conditio creditorum* em confronto com a autonomia processual dos credores não é contraditório à natureza do processo de insolvência. E tanto não o é em razão de a finalidade do princípio continuar intacta. Mantêm-se a sua condicionante central,

dos bens segundo um critério de proporcionalidade. A condicionante do referido princípio é a igualdade entre os credores, e tal igualdade é notadamente concretizada no rateio dos respectivos créditos da massa insolvente segundo a proporcionalidade de cada credor.

que nada mais é do que a divisão proporcional dos créditos entre os credores e afirma-se a igualdade de tratamento entre os mesmos. E no seu fim, renova-se o espírito da solidariedade do processo coletivo que caracteriza o concurso de credores, onde a reunião dos créditos visa o seu rateio entre os credores, de maneira a atender a “justiça distributiva” já há muito defendida por Nicola Jaeger³⁰ num processo-liquidação.

No processo de insolvência os credores aparecem circunstancialmente reunidos, todos querem fazer valer uma pretensão de caráter patrimonial, e, dessa maneira, todos se posicionam num mesmo lado contra o devedor. Os interesses dos credores, enquanto interesses idênticos de uma coletividade de sujeitos, elevam-se aqui a um nível supra-individual, adquirem uma indiscutível dimensão objetiva. Neste sentido, a *autonomia* e a *solidariedade* confluem para a aproximação ao sentido da *par conditio creditorum*, que em última instância denota o sentido do processo de insolvência: a satisfação do direito de crédito.

7. Conclusão.

O direito da insolvência atual estruturalmente insere o princípio *par conditio creditorum* num lugar de pouco destaque no círculo dogmático. Concebe-o com *status* de conciliador de interesses, consagrando a igualdade de tratamento entre os credores numa fase de extrema concorrência. Se considerado o processo de execução tradicional, onde quem se antecipa na execução restitui o seu crédito, no processo de insolvência a aplicação histórica do princípio *par conditio creditorum* impediria tal prática, mas antes, oferece a oportunidade em igualdade de condições a todos os credores que submeteram os seus pedidos na constância do processo de insolvência do devedor.

30 Neste sentido, confira-se JAEGER, Nicola, apud, SERRA, Catarina, op. cit., p.391.

Pela natureza dos créditos, há diferenças na liquidação do patrimônio do devedor. Neste sentido, credores com créditos privilegiados terão tratamento diferenciado no momento da liquidação do patrimônio insolvente. Isto não quer dizer que o tratamento é sintomático resultante da iniciativa processual, mas antes, resulta da própria constituição das obrigações assumida pelo devedor, e que na fase de liquidação concede privilégio a alguns credores. Entretanto, em se tratando do direito de crédito todos são iguais. E mais, todos terão direitos aos seus respectivos créditos segundo a proporcionalidade de cada um. Agora, o que a *par conditio creditorum* sintetiza não é tão somente a igualdade de tratamento entre os credores, mas, de fato, e neste ponto a sua maior relevância, é a divisão proporcionada do crédito. O que inclui nesta questão é o crédito, sendo assim, quanto maior for as hipóteses de se dividir o crédito entre os credores, com mais ênfase se estará aplicando o princípio. Limitar, portanto, a atuação autônoma de alguns credores não é o respeito claro à *par conditio creditorum*, pois, dessa forma, estará limitando o próprio direito de crédito, que é a finalidade última do processo de insolvência e do princípio – que visa a distribuição proporcionada.

