

Pedido de declaração de insolvência por outro legitimado: exercício do direito de ação ou abuso de direito de ação?

Lurdes Dias Alves

Universidade Autónoma de Lisboa

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Situação de insolvência; 1.2. Critérios de definição da situação de insolvência; 2. O pedido de declaração de insolvência por outro legitimado. 3. O direito de ação e os seus limites; 4. A litigância de má-fé; 5. O abuso de direito de ação; 6. A responsabilidade pela ação ou *culpa in agendo* no requerimento do pedido de declaração de insolvência; 7. Conclusões.

1. Introdução

O fenómeno da insolvência é muito mais que uma questão de direito, ou uma questão de economia, é também, ou sobretudo, uma questão social. A problemática da insolvência não é uma questão de sociedades comerciais, nem de comerciantes em nome individual e muito menos de consumidores, pessoas singulares, pessoas humanas com as suas virtudes e vicissitudes, é uma questão transversal a toda a sociedade.

É uma problemática que se transmite e propaga sorrateiramente, contagiando não só o insolvente, mas todos os que com este se relacionam. Repercutindo-se muitas vezes na esfera jurídica de uns pelo efeito “*dominó*” produzido através da situação de insolvência de outros.

Nas últimas quatro décadas verificou-se um acentuado desenvolvimento económico e social em Portugal, esse desenvolvimento não se processou, nem se poderia processar, sem que suscitasse problemas graves. Desde logo, o fácil acesso ao crédito que se começou a propagar nos anos 90 do século passado e quase que se democratizou em Portugal. A falta de literacia financeira dos consumidores resultou na incapacidade de previsão e avaliação dos riscos inerentes à acumulação de créditos acessíveis e “*apetecíveis*”, os quais nem sempre utilizados para financiar bens necessários, muitas vezes utilizados na aquisição de bens supérfluos.

O fácil acesso ao crédito aliado a uma sociedade que se abriu ao consumo criando e facilitando o acesso a uma abundância por vezes desmedida de novas necessidades e

desejos, levando até à adoção de novos estilos de vida, criou inevitavelmente sobreendividamento.

Mas nem só nos consumidores se verificou esta tendência, também nas empresas – nas pessoas coletivas, o fácil recurso e o acumular de créditos foi igualmente uma realidade, conduzindo do mesmo modo ao sobreendividamento. As empresas não se muniram de capitais próprios para prosseguir os seus fins sociais, recorreram às instituições financeiras para se financiarem e deste modo aumentarem o seu volume de negócios e expandirem a sua atividade, se por um lado esta atitude foi geradora de emprego, avanço tecnológico e crescimento económico, por outro lado não permitiu criar a sustentabilidade necessária de solidez dos agentes económicos¹ pelo elevado grau de sobreendividamento.

Numa situação de retração económica, o retorno económico processa-se lentamente e começam os primeiros sinais de instabilidade, da situação económica difícil à situação de insolvência pode ser um pequeno passo, contudo, nem sempre o devedor impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, tem “*consciência*” que está perante uma situação de insolvência, considerando e acreditando que só está perante uma situação económica difícil, por tal não se apresenta à insolvência.

Pode até acontecer que efetivamente o devedor esteja somente em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, o seu credor “*sedento*” de recuperar rapidamente o seu crédito e sabendo *a priori* caso seja declarada a insolvência beneficia de privilégio creditório geral², impulsiona os mecanismos processuais ao seu dispor e intenta um pedido de declaração de insolvência.

¹Embora se tenha por agentes económicos: as pessoas singulares, individualizadas ou em famílias, que desempenham na atividade económica a função de principais consumidores de bens e serviços; as empresas, que de um modo geral se destinam à produção de bens e à prestação de serviços; o Estado, no seu papel de redistribuidor de riqueza e prestador de serviços com vista à satisfação das necessidades coletivas; e o Mundo em geral através das transações realizadas entre a economia nacional e as economias estrangeiras. Doravante, quando nos referirmos a agentes económicos, estaremos a referir-nos às empresas produtoras de bens, prestadoras de serviços, criadoras de riqueza e geradoras de emprego. Ao referirmo-nos a empresas reportamos à noção de empresa prevista no artº 5º do CIRE “... *considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinado ao exercício de qualquer atividade económica*”.

² Embora graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a 500 UC. (artº 98º/1 CIRE).

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) consagra que a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito.

Nos últimos três anos assistimos a um aumento considerável do pedido de declaração de insolvência a requerimento de credores do devedor, passando estes, desde logo, a beneficiar de privilégio creditório geral, e sobre o qual têm recaído as críticas da doutrina, de forma quase unânime, se este benefício por si só não constituirá uma derrogação ao princípio “*par conditio creditorum*”. Se por um lado estimula os pedidos de declaração de insolvência, por outro lado, poderá precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos e sem fundamento.

O objetivo deste estudo visa refletir e analisar se o direito consagrado no CIRE ao credor de requerer a declaração de insolvência de um devedor, consiste no exercício do direito de ação ou se estamos perante um abuso do direito de ação?

Sendo o direito de ação um direito fundamental que garante o acesso ao Direito e tutela judicial efetiva. Ainda assim, o direito de ação não é absoluto, uma ação não pode ser intentada dolosamente, sem quaisquer fundamentos ou com falsas alegações, apenas com o intuito de causar incomodo e causar danos. Em matéria de insolvência, o CIRE fixa a responsabilidade do requerente da declaração de insolvência quando ocorre a dedução de um pedido infundado. Ao requerer uma insolvência, o requerente pode incorrer em *venire contra factum proprium*, violando a boa-fé em que ocorre um abuso de direito de ação.

Pode também acontecer que o requerimento seja infundado, logo, ilícito. Caso haja dolo ou mera culpa, o requerente do pedido da declaração de insolvência é responsável por danos morais e patrimoniais, podendo ser ainda responsabilizado por danos emergentes e lucros cessantes.

Com o intuito de contribuir para o estudo, reflexão e progresso da ciência jurídica, procurar-se-á responder a algumas questões e dúvidas em torno de um tema que se compagina com as preocupações jurídicas – e económicas – dos nossos dias. Centrando-se a presente exposição no pedido de declaração de insolvência por outro legitimado, delimita-se o mesmo quanto às empresas – pessoas coletivas, pelo que importa definir

desde já o conceito da situação de insolvência, os critérios de definição da situação de insolvência e qual o critério estabelecido no regime jurídico português.

1.1. Situação de insolvência

O conceito de situação de insolvência surgiu com o CPEREF no seu artº 3º “*É considerada em situação de insolvência a empresa que, por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações.*” Com a aprovação do CIRE em 2004, a noção de insolvência não divergiu no seu todo embora com outras “*nuances*”, não obstante tenham desaparecido os conceitos de “*carência de meios próprios*” e “*falta de crédito*” e omitiu-se “*pontualmente*”, bem como a referência “*a empresa*” foi substituída por “*o devedor*”, abarcando deste modo todos os devedores, acrescentando “*vencidas*”, ainda assim, mesmo com todas as alterações verificadas até 2012, mantém-se a definição original de 2004 no nº 1 do artº 3º do CIRE: “*É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”.

A omissão de *pontualmente* e o acréscimo de *vencidas* poderá de algum modo indiciar que o cumprimento das obrigações só se requer após as mesmas se encontrarem vencidas ou invés de ser cumpridas na data do seu vencimento, dando espaço ao devedor para o cumprimento em detrimento das expectativas do credor de receber na data do vencimento. Nesta mesma linha de raciocínio se centra a doutrina³:

“(...) em bom rigor, inerente à ideia do cumprimento a realização atempada das obrigações a cumprir, visto que só dessa forma se satisfaz, na plenitude, o interesse do credor e se concretiza integralmente o plano vincutivo a que o devedor está adstrito. Neste sentido, não interessa somente que (ainda) se possa cumprir num momento futuro qualquer; importa igualmente que a prestação ocorra no tempo adequado e, por isso, pontualmente”.

Analisando o nº 1 do artº 3º do CIRE, parece não se requerer o incumprimento definitivo das obrigações mas tão-somente a impossibilidade de cumprir, desde logo, se levanta a questão se essa impossibilidade de cumprimento se tem de verificar em relação

³ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*. 2ª Edição. Lisboa: Quid Juris, 2013. p. 83-84.

a todas as obrigações vencidas ou também se estende às obrigações assumidas, mas que o devedor pela sua situação de fragilidade financeira não tem o seu cumprimento assegurado.

Tendo em conta que o legislador no n.º 4 do art.º 3.º do CIRE equipara a situação de insolvência meramente iminente à situação de insolvência atual – *“Equipara-se à situação de insolvência atual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência”*, depreendemos portanto que quando o devedor pela sua situação de fragilidade financeira – insolvência meramente iminente – não tem assegurado o cumprimento das obrigações por si assumidas no seu vencimento, poderá apresentar-se à insolvência. Logo, os credores ou os outros legitimados⁴ só podem requerer a insolvência do devedor após o incumprimento das obrigações vencidas. Porém, a questão que se coloca é se o devedor quando verifica que se encontra em insolvência meramente iminente tem o dever de se apresentar à insolvência nos termos do n.º 1 do art.º 18.º do CIRE?

Equiparando o legislador o n.º 4 ao n.º 1 do art.º 3.º do CIRE, logo quando o devedor conheça a sua situação de insolvência meramente iminente tem o dever de se apresentar à insolvência, como preceitua o n.º 1 do art.º 18.º do CIRE, em caso de não apresentação acarretará as consequências que daí advêm. Contudo, a norma não estabelece qualquer outra distinção que não seja a da insolvência meramente iminente, devendo para tal exigir que se verifique também o incumprimento da obrigação vencida.

A este propósito o Prof. Carvalho Fernandes⁵ esclarece: *“... não deixa também de ser significativo o modo como a nova lei enquadra o dever de apresentação, exatamente em conexão com o conhecimento da situação de insolvência e não, necessariamente, com o efetivo incumprimento de obrigações vencidas, diferentemente do que era visto suceder com o art.º 6.º do CPEREF⁶”*.

⁴ Os legitimados elencados no art.º 20.º do CIRE.

⁵FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Ob. Cit.* 2013. p. 84.

⁶ O art.º 6.º do CPEREF preceituava o dever de apresentação à falência: *“Logo que falte ao cumprimento de uma das suas obrigações, nas circunstâncias descritas na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º, deve a empresa, dentro dos 60 dias subsequentes, requerer a sua declaração de falência, salvo se, tendo razões bastantes para o fazer, optar pelo requerimento da providência de recuperação adequada.”*, as circunstâncias descritas na alínea a) do n.º 1 do art.º 8.º do CPEREF são: *“Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações”*.

O nº 2 do artº 3º do CIRE ao posicionar em situação de insolvência, *as pessoas coletivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, são também insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis*, deixa de exigir o incumprimento das obrigações vencidas a estes sujeitos, bastando para o reconhecimento da situação de insolvência atual que o passivo seja manifestamente superior ao ativo⁷. Assim sendo, poderá colocar-se a questão quanto às pessoas coletivas e patrimónios autónomos, quando o devedor por falta de liquidez esteja impossibilitado de cumprir as suas obrigações no seu vencimento mas, ainda assim, o seu ativo seja superior ao passivo?

Desde logo, estabelece o nº 3 do artº 3º do CIRE as regras de avaliação da situação de insolvência nos casos em que o ativo seja superior ao passivo:

- a) *“Consideram-se no ativo e no passivo os elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor”*
- b) *“Quando o devedor seja titular de uma empresa, a valorização baseia-se numa perspetiva de continuidade ou de liquidação, consoante o que se afigure mais provável, mas em qualquer caso com a exclusão da rubrica de trespasse”*
- c) *“Não se incluem no passivo dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do ativo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores do devedor”*

1.2. Critérios de definição da situação de insolvência

A questão chave é a determinação da situação de insolvência, como atrás se disse, ser-se insolvente é encontrar-se impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.

⁷ Segundo SERRA, Catarina – Catarina – *O Regime Português da Insolvência*. 5ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, setembro 2012. p. 36, o raciocínio do legislador é discutível: *“tanto nas sociedades por quotas quanto nas sociedades anónimas – principais entidades a que o disposto no nº2 do artº 3º se aplica – existem mecanismos (legais e estatutários) que, em detrimento da responsabilidade limitada dos sócios, fazem funcionar, de certa maneira, o “crédito pessoal”*. Basta pensar na eventual responsabilidade direta dos sócios das sociedades por quotas (cfr. Artº 198º CSC) ou nas obrigações pessoais de garantia que qualquer sócio ou acionista (sobretudo se for gerente ou administrador da sociedade) pode dispor-se assumir relativamente às dívidas sociais”

Só que a determinação desta impossibilidade deverá e terá de ser aferida em cada momento dado a sua complexidade, o que terá ser avaliada através de dois critérios: o *critério do fluxo de caixa* (Cash flow) e o *critério do balanço ou do ativo patrimonial* (Balance sheet ou asset).

O *critério do fluxo de caixa* (Cash flow) refere-se ao montante de caixa recebido e gasto por uma empresa durante um determinado período de tempo. De acordo com este critério uma empresa é insolvente logo que se torne incapaz, por falta de liquidez, de pagar as suas dívidas no vencimento das mesmas. Para o critério do fluxo de caixa é irrelevante que o ativo do devedor seja superior ao passivo.

O *critério do balanço ou do ativo patrimonial* (balance sheet ou asset) corresponde na valorização do ativo patrimonial, na análise do balanço da empresa e não somente dos fluxos de caixa. Até porque, usualmente os ativos imobiliários são escriturados contabilisticamente pelo valor histórico e não pelo justo valor, enquanto os títulos negociáveis, ou ativos mobiliários, pelo seu valor de mercado.

O critério adotado pela lei portuguesa é o critério do fluxo de caixa, senão vejamos o nº 1 do artº 3º do CIRE “*é considerado em situação de insolvência, o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”. Todavia, a lei admite em certos casos a adoção do critério do balanço, como é o caso do nº 2 do artº 3º do CIRE “*as pessoas coletivas e patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, segundo as normas contabilísticas aplicáveis*”.

O critério do balanço poderá revelar a eventual existência de uma situação patrimonial negativa (passivo superior ao ativo) por parte da empresa devedora. Contudo, esta situação por si só não determina necessariamente a sua insolvência. Com efeito, pode até acontecer que o devedor tenha um património líquido negativo, mas, por ter liquidez ou acesso ao crédito, consiga cumprir pontualmente as suas obrigações.

Ora, não se quer com este critério dizer que, as empresas deixam de estar sujeitas ao critério geral - o critério do fluxo de caixa. O critério do balanço funciona de forma acessória ou complementar, mas nunca em alternativa, permitindo deste modo facilitar o pedido de insolvência por parte dos credores da devedora, ou seja por outro legitimado,

logo que o balanço demonstre a manifesta inferioridade do ativo em relação ao passivo. Isto para acautelar os credores face à responsabilidade limitada dos sócios da empresa devedora⁸.

2. O pedido de declaração de insolvência por outro legitimado

Preceitua o artº 20º do CIRE que a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados.

A declaração de insolvência pode ser requerida quando se verificarem algum dos seguintes factos-índices:

- Suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas;
- Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações;
- Fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal atividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo;
- Dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos;
- Insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor;
- Incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos;
- Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias; contribuições e quotizações para a segurança social; dívidas emergentes de

⁸ Neste sentido veja-se LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito da Insolvência*. 4ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012. p. 80 a 82.

contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato; e, rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respetiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua atividade ou tenha a sua sede ou residência.

- Sendo o devedor pessoa coletiva ou património autónomo por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, a manifesta superioridade do passivo sobre o ativo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.

Desde logo, qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito pode requerer a declaração de insolvência do devedor, contudo, a doutrina considera que será de negar legitimidade ao credor litigioso de requer a declaração de insolvência, não pode o credor litigioso através da declaração de insolvência recuperar a posição de credor *“que no decurso do processo pendente lhe fez perder, ou até mesmo para inquinar o efeito de decisões desfavoráveis já ali produzidas, ainda que não transitadas em julgado”*⁹.

Posição diferente tem sido acolhida pela jurisprudência¹⁰, em que se tem decidido que o titular do crédito litigioso se encontra legitimado, ao abrigo do preceituado no n° 1 do artº 20º do CIRE, para requerer a declaração de insolvência do respetivo devedor, justificando tratar-se, *“in casu”*, de legitimidade processual ou *“ad causam”*, e não se confunde com o mérito da causa a que diz respeito a existência ou inexistência do controvertido crédito.

A verificação de alguns destes factos-índices por si só não constituem uma situação de insolvência, tal como é definida no artº 3º do CIRE, ainda assim qualquer um destes factos-índices é condição suficiente para que a declaração de insolvência seja efetivamente declarada – se a presunção de insolvência não for ilidida.

⁹ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Ob. Cit.* 2013. p. 204.

¹⁰ Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 29 de março de 2012 (Procº 1024/10.STYVNG.P1.SI) do relator Fernandes do Vale e também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 16 de janeiro de 2014 (Procº 1499/13.0TYLSB.L1-8) do relator Carla Mendes, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Com efeito, o devedor pode opor-se ao pedido de declaração de insolvência nos termos do artº 30º do CIRE, porém, não bastará ao devedor que a oposição se baseia na inexistência do facto-índice que fundamenta o pedido formulado ou a simples alegação da inexistência da insolvência, cabe ao devedor provar a sua solvência, porque o que verdadeiramente se trata é de ilidir a situação de insolvência¹¹.

Ao requerente da declaração de insolvência o CIRE (artº 21º) permite a desistência do pedido ou da instância no processo de insolvência até ser proferida sentença, exceção feita à apresentação à insolvência, dado que com a apresentação à insolvência, esta é imediatamente declarada nos termos do artº 28º do CIRE.

É nosso entendimento que a exclusão da desistência da instância por parte do devedor faz todo o sentido, funde-se na ideia que o devedor ao se apresentar à insolvência reconhece a sua situação de insolvência, a desistência acarretaria decerto um *volte-face* na relação deste com os seus credores, que ao invés de resolver o problema protelaria com tal decisão a sua resolução, sujeitando-se também às pesadas consequências do incumprimento do dever de apresentação. Do mesmo modo que a indevida apresentação à insolvência por parte do devedor, gera responsabilidade civil pelo prejuízo causado aos credores.

Com efeito, uma apresentação à insolvência indevida, logo negligente, por parte do devedor provoca a sua efetiva insolvência, incorrendo o devedor na qualificação da insolvência como culposa, correspondendo ao disposto nos artigos 186º e seguintes do CIRE e com responsabilidade criminal mormente a prevista no artº 228º do Código Penal (CP) – insolvência negligente.

Contudo, o artº 22º do CIRE *in fine* estipula que a indevida apresentação à insolvência *gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados aos credores, mas apenas em caso de dolo*. Ora, decorre da regra geral da responsabilidade civil (artº 483º, nº 1 do Código Civil (CC)) a obrigação de indemnizar tanto em caso de dolo como em caso de negligência, apenas admitindo o CC (artº 494º) a limitação da indemnização em caso de negligência. Bem assim, o CPC no nº 2 do artº 542º (ex-artigo 456º) faz corresponder a noção de má-fé à atuação processual com dolo ou negligência.

¹¹ Caso o devedor, apesar de citado, não venha ao processo deduzir oposição, consideram-se confessados os factos alegados na petição inicial e a insolvência é declarada no dia útil seguinte ao termo do prazo de 10 dias concedido ao devedor para deduzir oposição.

Deste modo, incompreensível seria que a apresentação indevida à insolvência consubstanciasse a tipificação em termos da lei penal – insolvência negligente, e em termos cíveis apenas se sancione no caso de dolo, excluindo à partida a negligência grosseira¹².

De acordo com o acima exposto, ao credor é legítimo formular o pedido de declaração de insolvência, todavia, a dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor, mas apenas em caso de dolo.

Assim, o legislador ao limitar a responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor (e aos restantes credores), em caso de dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, *apenas em caso de dolo*, parece querer afastar-se da regra geral da responsabilidade civil (artº 483º, nº 1 do CC) a obrigação de indemnizar tanto em caso de dolo como em caso de negligência.

Caso contrário ficariam sem garantia de proteção os direitos fundamentais, e até dos direitos de personalidade, do requerido no pedido infundado de declaração de insolvência, direitos estes tutelados constitucionalmente. Não podemos ignorar que um requerimento irrefletido ou mesmo leviano de declaração de insolvência pode “*arrasar*” tanto pessoalmente quanto patrimonialmente uma pessoa.

Não se diga porém, que a solução da responsabilidade civil por pedido infundado de declaração de insolvência se deva circunscrever na medida exata da letra da lei¹³, que não devemos nós distinguir o que o legislador não distinguiu, porquanto, a assim ser estaríamos a condenar a norma à inconstitucionalidade na medida em viria restringir o âmbito de proteção de direitos cuja tutela é imposta constitucionalmente ao legislador ordinário.

¹² Neste sentido a doutrina têm-se pronunciado de forma unânime que o CIRE não exclui a responsabilidade por negligência grosseira, veja-se: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 6ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012. Anotação 1 ao artº 22º, p. 71; ALBUQUERQUE, Pedro de – *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*. Coimbra: Edições Almedina, março 2006. p. 158; FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Ob. Cit.* 2013. p. 215 e também (recuando na posição anteriormente assumida) CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, janeiro 2014. p. 248 e ss.

¹³ Até porque no termos do artº 9º do CC “*a interpretação não deve cingir-se à letra da lei (...) tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*”.

Uma outra questão não menos importante reporta-se às decisões proferidas pelos tribunais superiores quanto à responsabilidade civil por dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, resultando nas mais díspares decisões, vejamos: Num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹⁴ (TRP) decide-se que “a dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ao abrigo do art.º 22.º do CIRE, deve ser feita em acção autónoma, por se reportar à responsabilidade extracontratual e extravasar a litigância de má-fé.” Num outro Acórdão do TRE¹⁵, a decisão foi a oposta circunscrevendo o pedido

¹⁴ Justifica a decisão: “Enquanto nos arts 542º e ss. do CPC se prevê a responsabilidade processual civil por litigância de má fé, aplicável ao processo de insolvência por força do disposto no art.17º do CIRE, no art.22º do CIRE prevê-se uma situação de responsabilidade civil extracontratual, por dedução de pedido infundado de declaração de insolvência.

Voltando-nos, agora, para a situação em apreço, e não obstante a referência na petição inicial ao art.542º do CPC, resulta da mesma (...) pretender a A. o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos alegadamente sofridos em consequência da dedução de pedido infundado de declaração de insolvência - isto sem prejuízo, naturalmente, dos poderes-deveres conferidos ao tribunal no sentido do seu eventual aperfeiçoamento.

Devia, por isso, a A. deduzir tal pretensão em acção autónoma. Situação que - não obstante ter sido requerida a sua apensação ao processo onde foi requerida a declaração de insolvência da A. - os autos traduzem. Não se verificando, assim, a preclusão do direito invocado.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 22 de setembro de 2014 (Procº 446/13.4TBMCD.P1) do relator Abílio Costa, disponível em: www.dgsi.pt

¹⁵ O Acórdão justifica as linhas orientadoras que conduziram a tal decisão “E é isso que consta precisamente do ponto 13 do Preâmbulo do diploma, ao referir: “Uma das causas de insucesso de muitos processos de recuperação ou de falência residiu no seu tardio início, seja porque o devedor não era suficientemente penalizado pela não atempada apresentação, seja porque os credores são negligentes no requerimento de providências de recuperação ou de declaração de falência, por falta dos convenientes estímulos”.

O favorecimento do desencadeamento do processo por parte dos credores traduziu-se assim na extensão e aperfeiçoamento do elenco de factos que podem servir de fundamento ao pedido de declaração da insolvência, na concessão ao credor requerente de um privilégio mobiliário geral e na limitação temporal de privilégios dos credores públicos.

E sendo certo que a responsabilização por dedução infundada de pedido de insolvência funciona como elemento dissuasor de requerimentos efectuados sem fundamento, não é menos verdade que a limitação dessa responsabilidade aos casos de dolo surge com o objectivo de tal não constituir travão a que os credores desencadeiem processos de insolvência, assim se obviando às antes habituais desvantagens do início tardio do processo falimentar.

Assim diagnosticado o problema, como é que a sua solução se coadunaria com um regime que facilitasse uma penalização do requerente do pedido infundado logo com base na negligência? Sendo esta, afinal, a ratio do preceito, não faz qualquer sentido, nem o legislador o quis, manter a aplicação dos dois regimes ao mesmo tempo, sendo que o geral da litigância de má-fé (com o dolo e a negligência grosseira) inutilizaria por completo a razão de ser do especial (que sanciona só pelo dolo).

E como harmonizar um regime com o outro?

Por exemplo, no nosso caso, aplicava-se à recorrente uma multa e dava-se uma indemnização à recorrida com base no dolo ou na negligência grosseira, nos termos do artigo 456.º (ou 542.º) do CPC e, ao mesmo tempo, arbitrava-se-lhe outra indemnização com base no dolo, nos termos do artigo 22.º do CIRE?

Duas indemnizações com base na mesma actuação e prejuízos?

Não cremos que houvesse harmonia no sistema com um tal regime.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 13 de março de 2014 (Procº 1213/13.0TBFAR-A-E1) do relator Canelas Brás, disponível em: www.dgsi.pt

infundado de declaração de insolvência a litigância de má-fé: “I. *Em processo de insolvência, quando o pedido seja tido por infundado, tem aplicação o regime sancionatório especial previsto no artigo 22.º do CIRE – menos lato, porque abrange só o dolo – e não também o regime sancionatório geral previsto para a litigância de má-fé no artigo 542.º do actual CPC – mais lato, por abranger tanto o dolo como a negligência grosseira.*

II. *E isso porque a ideia foi prever um regime especial que não inibisse o credor ou o próprio devedor de requerer ou se apresentar à insolvência, sem o receio de vir a ser rudemente sancionado no caso de o Tribunal não deferir a pretensão e não declarar a requerida insolvência.*”

Tendo em conta a unicidade do processo de insolvência¹⁶, estranha-se pois, que a responsabilidade civil pela dedução do pedido infundado de declaração de insolvência seja deduzida em ação autónoma.

Ainda que a responsabilidade civil seja decidida por apenso ao processo de insolvência, assistimos porém às mais diversas decisões e soluções adotadas, veja-se pois a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC)¹⁷: “I. *A responsabilidade civil a que alude o artigo 22º do CIRE não pode deixar de ter em conta qualquer das modalidades de dolo – directo, necessário e eventual. II. Não se verificando a situação legal enunciada no artigo 3º do CIRE nem qualquer dos requisitos vazados no artigo 20º do CIRE, não pode deixar de considerar-se infundado o pedido de declaração de insolvência. III. A declaração infundada do pedido de declaração de insolvência é geradora de responsabilidade civil na modalidade de danos patrimoniais e não patrimoniais*”.

¹⁶ O processo de insolvência é um processo único, o qual inclui todos os incidentes, apensos e recursos, tem carácter urgente e goza de precedência sobre todo o serviço ordinário do Tribunal nos termos do n.º 1 do art.º 9º do CIRE, pela sua natureza urgente, o processo de insolvência corre mesmo durante as férias judicial, nos termos do n.º 1 *in fine* do art.º 138º do CPC aplicável subsidiariamente por força do art.º 17º do CIRE.

¹⁷ Sendo a decisão justificada: “*Sobre a possibilidade de centrar a figura do enriquecimento ilícito por referência aos pressupostos do dever de indemnizar, diremos que o artigo 22º do CIRE é expreso quanto ao facto gerador de responsabilidade civil – pedido infundado de declaração de insolvência – nada impedindo que no âmbito desta responsabilidade civil e se verificados os pressupostos se apurem factos capazes de integrar a figura do dano não patrimonial (artigos 483º e 496º do CC) e dano patrimonial (artigos 483º, 562º, 563º, 564º e 566º, todos do CC) e que em consequência a parte seja condenada, como foi, a ressarcir os danos que a sua conduta provocou na requerida/apelada*”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 19 de fevereiro de 2013 (Proc.º 1194/09.5TBVNO.C1) do relator Jacinto Meca, disponível em: www.dgsi.pt

3. O direito de ação e os seus limites

Consagra o artº 20º da Constituição da República Portuguesa (CRP), o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva¹⁸, por seu turno, o Código do Processo Civil (CPC) estipula a proibição de autodefesa no seu artº 1º, garantindo de seguida o acesso aos tribunais¹⁹ (artº 2º CPC) em conformidade com os direitos fundamentais inerentes à ideia de Estado de direito, direitos fundamentais que se encontram totalmente alicerçados no nosso direito e no sentimento geral.

Assim, o ordenamento jurídico atribui o direito de obter, em prazo razoável e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão do requerente, fazendo corresponder a todo o direito substantivo – uma ação. O direito de ação judicial surge deste modo como um direito potestativo, ou seja, um direito de, mediante a atuação do seu titular, desencadear efeitos de Direito.

A jurisprudência²⁰ tem neste sentido entendido:

“ - *A nota típica do abuso do direito reside na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido;*

- *A responsabilidade civil pode ocorrer no âmbito da litigância de má-fé ou a responsabilização do agente pode ser o epílogo normal daquele que abuse do direito de acção;*

¹⁸ O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva é um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito. É certo que carece de conformação através da lei, ao mesmo tempo em que lhe é congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado, no sentido de colocar à disposição dos indivíduos, uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efectiva. Não é suficiente garantia o direito de acesso aos tribunais ou o direito de acção. A tutela através dos tribunais deve ser efectiva. O princípio da efectividade postula, desde logo, a existência de tipos de acções ou recurso adequados (cfr. artº 2º-2), tipos de sentenças apropriadas às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou acção à disposição do cidadão, Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. Vol. I. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2007. p. 408 e ss.

¹⁹ Sobre o exercício do direito de acção, dizem-nos FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui – *Código do Processo Civil Anotado*. Vol. 1º. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2008, que “o direito de acção exerce-se mediante a dedução de pretensões (...) pelas quais o autor (...) se afirma titular de um direito ou outro interesse legítimo e, conseqüentemente, solicita uma providência processual para a respectiva tutela”.

²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 13 de julho de 2010 (Procº 1259/08.0TVLSB.L1-8) do relator Ilídio Sacarrão Martins, disponível em: www.dgsi.pt.

- Porém, independentemente da verificação de qualquer uma daquelas figuras, o exercício do direito de acção pode envolver responsabilidade civil nos termos gerais, no âmbito da denominada culpa *in agendo*;

- O direito de acção é um dos vários direitos que está compreendido no direito fundamental de acesso aos tribunais (artº 20º da C.R.P.);

- O direito de acção é um direito subjectivo autónomo e distinto do direito material que se pretende fazer actuar em juízo, pelo que o seu exercício não está dependente de qualquer requisito prévio de demonstração da existência do direito substancial.”

Contudo, o direito de acção acarreta inevitavelmente um reverso deste mesmo direito – a sujeição à acção. Sendo certo que todas as pessoas e a todo o momento, podem ser demandadas independentemente do motivo ou por que intentou a acção. Sabendo que uma acção pode ser intentada dolosamente, sem quaisquer fundamentos ou com falsas alegações, apenas com o intuito de incomodar e causar danos ao demandado, logo, o direito de acção não é um direito absoluto.

A coberto do exercício formal do direito de acção, podemos não raras a vezes constatar que o titular da acção prosseguiu um meio idóneo para violar os direitos e interesses protegidos da contraparte, tais como: o direito à honra, ao bom nome e à reputação, por tal o ordenamento jurídico sentiu necessidade de estabelecer limites ao direito de acção, se *a priori* a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, *a posteriori* o desrespeito por esses mesmos limites conduz inevitavelmente o titular da acção a incorrer em abuso de direito.

O Prof. Menezes Cordeiro²¹ classifica os limites ao direito de acção como: limites “*intrínsecos*” e limites “*extrínsecos*”. Exemplifica quanto aos limites “*intrínsecos*”: “*uma pessoa afiança não ir intentar uma acção e, depois, intenta-a mesmo*”, quanto aos limites “*extrínsecos*” diz-nos que “*no decurso de uma acção ocorrem numerosos deveres: instrumentais e de fundo. Tais deveres podem ser violados, com dolo ou mera negligência, de modo a causar adequadamente danos a outrem*”.

²¹ CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 38 e ss.

Centrando-nos no objeto do presente estudo, e sabendo que a violação ou ultrapassagem dos limites do direito de ação conduz inevitavelmente à ilicitude – fonte geradora de responsabilidade civil.

Importante, afigura-se-nos, será distinguir se a ilicitude por um pedido infundado de declaração de insolvência deverá ser sancionada pelo instituto da litigância de má-fé ou pelo instituto do abuso de direito de ação.

4. A litigância de má-fé

“A litigância de má-fé surge como um instituto tipicamente processual e que permite, no momento, velar por alguns valores do processo; por si, não é capaz de ressarcir os prejudicados por danos ilícitos causados pelo exercício do direito de ação.”²²“

O Direito Português desenvolveu o instituto da litigância de má-fé, o CPC estabelece que, *“tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa²³ e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir”*.

A multa é fixada dentro dos limites estabelecidos no Regulamento das Custas Processuais. Já a indemnização consiste, por força do disposto no artigo 543º do CPC, no reembolso das despesas a que a má-fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários ou técnicos; no reembolso dessas despesas e na satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má-fé.

O n.º 2 do artigo 542º do CPC, por seu turno, dá-nos a noção de má-fé: *“diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave, quem:*

- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;*
- b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitidos factos relevantes para a decisão da causa;*

²² Cfr. Tese defendida por CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 43.

²³ A multa é fixada dentro dos limites estabelecidos no Regulamento das Custas Processuais, nos casos de condenação por litigância de má-fé a multa é fixada entre 2 UC e 100 UC (artigo 27.º, n.º 3, do RCP).

- c) *Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;*
- d) *Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.”*

A litigância de má-fé apresenta, assim, especificidades quanto à conduta sancionada, quanto à culpa e quanto às consequências.

Por força da base legal citada (CPC), só são ilícitas as atuações previstas no n.º 2 do referido artigo 542.º. Quanto à culpa, aspeto que interessa particularmente assinalar, o artigo 542.º do CPC apenas castiga o litigante de má-fé que atue com dolo ou com negligência grave. Por outro lado, a sanção prevista, isto é a multa, não depende da existência de danos causados à outra parte.

Preceitua ainda o artº 542º do CPC que independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.

Neste sentido, têm vindo os tribunais superiores a clarificar a aplicabilidade do instituto da litigância de má-fé²⁴:

“I – O instituto da litigância de má-fé deverá ser aplicado com ponderada parcimónia, reservando-se a sua (gravosa) utilização para comportamentos que representem manifestamente o exercício abusivo do direito de acção ou de defesa, sendo o princípio geral a observar neste tocante, emanante do próprio direito de acção, o de que o processo deve proporcionar às partes a ampla e incondicionada possibilidade de dirimir, com intensidade, liberdade e abrangência, as suas razões de facto e de direito, segundo um espírito de razoabilidade e equilíbrio, mas igualmente sem inibições, peias ou constrangimentos, que possam eventualmente advir do receio de futuras penalizações, assentes no entendimento que o Tribunal vier a adoptar sobre os temas em discussão.

II - O instituto da litigância de má-fé deve ser, deste modo, reservado, em moldes relativamente apertados e excepcionais, para as condutas processuais inequivocamente inadequadas ao exercício de direitos ou à defesa contra pretensões, assentando num

²⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 23 de março de 2010 (Procº 47/09.1TNLSB.L1-7) do relator Luís Espírito Santo, disponível em: www.dgsi.pt.

critério semelhante ao que se encontra subjacente à figura do abuso de direito, genericamente, consagrada no artº 334º, do Código Civil.

III - A susceptibilidade da condenação da parte como litigante de má-fé não tem propriamente a ver com a natureza do processo em causa mas, antes e primordialmente, com a imprescindível segurança do julgador quando afirma que a parte incorreu, efectivamente, numa das situações descritas no artº 456º, nº 2, do Cod. Proc. Civil, referenciadas como má-fé substancial ou instrumental.

IV - No âmbito particular dos procedimentos cautelares uma actuação processual dolosa ou gravemente negligente, com adulteração da realidade, pode tornar-se especialmente gravosa e prejudicial para o requerido que, vitimado por uma prova assente numa análise perfunctória e espelhando a mera e turva aparência da titularidade dum direito, corre o risco de se ver de imediato constrangido na plena disponibilidade do seu património, na sua esfera de actuação pessoal ou na prossecução dos seus legítimos interesses.

V - Isto, sem haver tido, muitas vezes, a mínima possibilidade de exercer o contraditório, num clima processual impregnado, à partida, da máxima urgência e dramatismo - frequentemente artificial e empolado -, contrário à serenidade e ponderação que devem constituir a imagem de marca das decisões equilibradas e justas.

VI - O dever de litigar com verdade, não procurando obter fins que se sabe serem proibidos pela lei, não depende da qualidade de autor ou réu, nem da formal autonomia dos processos judiciais em que se intervém, e muito menos da diversidade das relações jurídicas que entrecruzam os sujeitos processuais envolvidos”.

5. O abuso do direito de ação

“O abuso de direito de ação obedece aos ditames gerais dos exercícios inadmissíveis, subordinando-se ao competente regime; não é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e permite, nos termos gerais, fixar os limites internos do direito de ação.”²⁵

²⁵ Cfr. Tese defendida por CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa* “In *Agendo*”. Ob. Cit. p. 43.

O Código Civil vigente preceitua “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”²⁶.

Assim, o abuso de direito abrange o exercício de qualquer direito por forma anormal, quanto á sua intensidade ou à sua execução, de modo a poder comprometer o gozo de direitos de terceiros e a criar uma desproporção objetiva entre a utilidade do exercício do direito por parte do seu titular e as consequências que os outros têm de suportar.

Exige-se que, ao exercer o direito, o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, só deste modo estamos perante um abuso de direito.

Neste sentido diz-nos Pedro de Albuquerque²⁷: “*O abuso de direito tem natureza objectiva. Ele é independente da consciência de quem comete o apelidado ato abusivo, bastando o comportamento em si*”, e acrescenta: “*Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência de culpa do agente nem de qualquer outro elemento subjectivo, embora a presença ou a ausência desses elementos possa contribuir para a definição das consequências do abuso*”.

Reforçando a natureza objetiva do abuso de direito diz-nos o Prof. Menezes Cordeiro²⁸: “*o abuso de direito implica, sempre, uma ponderação global da situação em jogo, sob pena de se descambar no formalismo de que se pretende fugir, assim, embora sendo um instituto objetivo, a intenção das partes pode constituir um elemento a ter em conta, a mentira pode coadjuvar a aplicação do abuso por venire, a aplicação da boa-fé é mais fácil quando se esteja perante soluções de Direito estrito pouco claras, discutíveis ou em plena controvérsia*”.

Assim, retemos desde logo, as principais diferenças entre o abuso de direito e o instituto da litigância de má-fé, porquanto, o abuso de direito tem uma natureza objetiva não necessitando para a sua concretização qualquer elementos de natureza subjetiva, porém é pressuposto a existência de danos; contrariamente, a figura da litigância de má-fé depende da existência de dolo ou culpa grave, em que o elemento subjetivo é um

²⁶ Nos termos do artº 334º do CC.

²⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Ob. Cit.* p. 92 e ss.

²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Idem. Ibidem.* p.134 e ss.

elemento constitutivo da figura, em que não se têm de verificar danos a simples obstrução à justiça e a violação dos deveres processuais é bastante para a condenação da parte.

Todavia, cumpre ter presente que em termos processuais, a litigância de má-fé é apreciada imediatamente, na própria ação, podendo, inclusive, sê-lo officiosamente; o abuso de direito pode ser apreciado numa ação *ad hoc*.

Porquanto, o abuso de direito não está sujeito às restrições da litigância de má-fé, bastando para tal que se verifique qualquer violação da boa-fé, a qual pode ser dolosa ou negligente; exigem-se danos para a sua verificação, sendo todos os danos considerados; qualquer pessoa pode ser responsabilizada, incluindo as pessoas coletivas; mesmo que não origine responsabilidade, implica a obrigação de fazer cessar o abuso.

6. A responsabilidade pela ação ou culpa in agendo no requerimento do pedido de declaração de insolvência

“A responsabilidade civil por incumprimentos ou por factos ilícitos, perpetrados pelo exercício do direito de ação ou a coberto desse direito, segue as competentes regras e tem fins preventivos e reparadores gerais; tão-pouco é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e demarca, também nos termos gerais, os limites externos do direito de ação.”²⁹

O requerente do pedido infundado de declaração de insolvência, pode agir sem a prévia verificação de algum dos factos-índices constantes do n.º 1 do art.º 20.º do CIRE, logo, o requerimento é infundado, e como tal, ilícito, incorre em dolo ou mera culpa (n.º 1 do art.º 483.º do CC), e o requerente é responsável por danos patrimoniais: violação aos direitos de propriedade, de liberdade de empresa, de liberdade de trabalho e de integridade patrimonial; e por danos não patrimoniais ou danos morais: bom nome e reputação, direito à imagem, direito à intimidade da vida privada e direito à integridade psíquica.

²⁹ Cfr. Tese defendida por CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 43.

Em conformidade com o que acima se disse, veja-se o Acórdão do TRC³⁰: “I – A dedução de um pedido de declaração de insolvência por um credor do devedor visando pressionar este ao pagamento de determinado valor no quadro da discussão entre os dois do montante de um crédito, consubstancia um uso desviado do processo de insolvência, relativamente a um fim legítimo: propiciar a execução universal do património de um devedor impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas;

II – A dedução desse pedido de insolvência, apurando-se a não verificação de qualquer das situações elencadas nas alíneas do n.º 1 do artigo 20.º do CIRE, confere ao comportamento do credor ao requerer essa insolvência a natureza de comportamento temerário, expressando uma total indiferença pela exposição do devedor aos desvalores normalmente associados pelos diversos agentes económicos, à circunstância de alguém (concretamente uma empresa) ser sujeito a um processo de insolvência, mesmo quando esta não vem a ser decretada;

III – A temeridade desta conduta do credor e a indiferença que ela expressa quando aos resultados dela previsivelmente decorrentes para o devedor colocam tal requerimento infundado de insolvência no domínio do dolo eventual;

IV – Provocando esse requerimento infundado de insolvência danos ao devedor, designadamente referidos à percepção do mercado quanto a solvabilidade dele, deve o requerente dessa insolvência indemnizar esses danos, nos termos do artigo 22.º do CIRE e 483.º, n.º 1 do CC.”

Não será decerto correto dizer-se que o meio processualmente adequado para reagir aos danos ilícitos provocados pelas ações judiciais sem fundamento, seja, somente, o pedido de condenação em multa e em indemnização por litigância de má-fé. Até porque, o instituto da litigância de má-fé está tradicionalmente associado à origem pública, ao funcionamento oficioso e às finalidades sancionatórias e repressivas.

A *culpa in agendo* permite um maior alcance, permite o ressarcimento dos danos ilícitos que não foram contemplados na litigância de má-fé, permitindo, ainda, aprofundar ao pormenor as causas que originaram os danos ilícitos e a sua extensão.

³⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 12 de junho de 2012 (Proc.º 1954/09.7TBVIS.C1) do relator Teles Pereira, disponível em: www.dgsi.pt.

Conclui o Prof. Menezes Cordeiro³¹, de forma brilhante: “*a litigância de má-fé, quando tomada como delimitadora da responsabilidade comum, seria inconstitucional. De facto, ela deixaria sem proteção jurídica, entre outros, os direitos fundamentais referidos no artº 26º/1, que incluem o bom nome e reputação e os direitos patrimoniais privados ínsitos no artº 62º/1, ambos da Constituição. O problema resolve-se admitindo, ao lado dela, o livre funcionamento da responsabilidade civil, no preciso âmbito resultante dos requisitos comuns.*”

7. Conclusões

Começamos por referir na nota introdutória que, o fenómeno da insolvência é muito mais que uma questão de direito, ou uma questão de economia, é também, ou sobretudo, uma questão social. A problemática da insolvência não é uma questão de sociedades comerciais, nem de comerciantes em nome individual e muito menos de consumidores, pessoas singulares, pessoas humanas com as suas virtudes e vicissitudes, é uma questão transversal a toda a sociedade.

É uma problemática que se transmite e propaga sorrateiramente, contagiando não só o insolvente, mas todos os que com este se relacionam. Repercutindo-se muitas vezes na esfera jurídica de uns pelo efeito “*dominó*” produzido através da situação de insolvência de outros.

Inquestionável é o exercício do direito de ação consagrado constitucionalmente, é um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por tal, inerente à ideia de Estado de Direito, direitos fundamentais que se encontram totalmente alicerçados no nosso direito e no sentimento geral.

Na verdade, a faculdade de outro legitimado requerer o pedido de declaração de insolvência, por um lado visa consciencializar o devedor do seu dever de apresentação à insolvência, por outro lado, o legitimado que requerer o pedido de apresentação à insolvência beneficia desde logo de um privilégio creditório geral, previsto no artº 98º do CIRE. Prevendo o ressarcimento do credor requente das despesas que haja efetuado na promoção do processo de declaração de insolvência, passando a beneficiar de privilégio

³¹ CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 204.

creditório geral, graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a quinhentas unidades de conta.

Sobre este privilégio creditório entendemos que constituirá uma derrogação ao princípio “*par conditio creditorum*”, se por um lado estimula os pedidos de insolvência, por outro lado, poderá precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos, sem fundamentos e na inobservância de quaisquer factos-índices de consubstanciem uma situação de insolvência.

Pese embora o artº 22º do CIRE determine a responsabilidade civil dos outros legitimados que deduzam um pedido infundado de declaração de insolvência, pelos prejuízos que tal requerimento infundado possa causar ao devedor e aos outros credores, a qual se aplica somente em caso de dolo ou negligência grosseira (como acima se verificou após uma interpretação extensiva da norma), a norma, por si só, serve essencialmente para dissuadir os credores mal-intencionados no requerimento de pedido de declaração de insolvência.

Diferente é sem dúvida, o uso reprovável do exercício do direito de ação para pretensões ilícitas, ainda que exercidas de forma negligente. Uma apresentação negligente à insolvência por parte do devedor, não sendo possível *a posteriori* desistência do pedido, tem como consequência a efetiva declaração de insolvência, incorrendo o devedor na qualificação da insolvência como culposa com a correspondente responsabilidade criminal - insolvência negligente.

O artº 22º do CIRE *in fine* estipula que o pedido infundado de declaração de insolvência ou a indevida apresentação à insolvência *gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores, mas apenas em caso de dolo*. Ora, decorre da regra geral da responsabilidade civil (artº 483º, nº 1 do CC) a obrigação de indemnizar tanto em caso de dolo como em caso de negligência, apenas admitindo o CC (artº 494º) a limitação da indemnização em caso de negligência. Bem assim, o CPC no nº 2 do artº 542º faz corresponder a noção de má-fé à atuação processual com dolo ou negligência.

Com efeito, concluímos que o instituto da litigância de má-fé é um instituto de cariz processual, permitindo proteger os valores do processo, em que a mera obstrução da

justiça ou a violação dos deveres processuais são suficientes para que ocorra uma condenação, por si só, o instituto da litigância de má-fé não permite ressarcir os prejudicados por danos ilícitos causados pelo exercício do direito de ação.

Ao requerer uma declaração de insolvência, o requerente pode incorrer em *venire contra factum proprium*, violando a boa-fé. Há claramente abuso do direito de ação, devendo sujeitar-se às consequências que daí resultem.

Porquanto, o requerente do pedido de declaração de insolvência, pode agir sem a prévia verificação de algum dos factos-índices constantes do n.º 1 do art.º 20.º do CIRE, logo, o requerimento é infundado, e como tal, ilícito, incorre em dolo ou mera culpa (n.º 1 do art.º 483.º do CC), e o requerente é responsável por danos patrimoniais e: violação aos direitos de propriedade, de liberdade de empresa, de liberdade de trabalho e de integridade patrimonial; e por danos não patrimoniais ou danos morais: bom nome e reputação, direito à imagem, direito à intimidade da vida privada e direito à integridade psíquica.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de – **Responsabilidade Processual por Litigância de Má-Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo**. Coimbra: Edições Almedina, março 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa, Anotada**. Vol. I. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2007.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IV**. 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, março 2011.

_____, **Tratado de Direito Civil Português I**. Tomo I. 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, setembro 2011.

_____, **Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência**. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

_____, **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, janeiro 2014.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – **Manual de Direito da Insolvência**. 4ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João – **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado**. 2ª Edição. Lisboa: Quid Juris, 2013.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui – **Código do Processo Civil Anotado**. Vol. 1º. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2008.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da Insolvência**. 4ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012.

_____, **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado**. 6ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012.

SERRA, Catarina – **O Regime Português da Insolvência**. 5ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, setembro 2012.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva – **Insolvência e Processo de Revitalização**. Lisboa: Quid Juris, 2012.