

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
JOSÉ LEBRE DE FREITAS**

VOL. I

*L. L. B. / 13
13, 2013*



AS VINDAS

Coimbra Editora

DEFESA DA PROIBIÇÃO DE ARRESTO CONTRA EMPRESAS (*)

RUI PINTO DUARTE

1. MOTIVAÇÃO

Andava eu a escrever um pouco controverso texto destinado a estes Estudos, quando uma casual troca de impressões com o Homenageado me lembrou ser ele adepto da tese de que deve ser admitido arresto contra empresas ⁽¹⁾, consagrada na nossa lei desde a reforma do processo civil de 1995/1996 ⁽²⁾ — ao arrepio de 100 anos de vigência da regra contrária.

Como o melhor modo de respeitar os mestres é interrogá-los, abandonei o escrito que me ocupava e decidi escrever as páginas que se seguem.

2. A ELIMINAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO ARRESTO CONTRA COMERCIANTES

O preâmbulo do Dec.-Lei 329-A/95, de 12 de dezembro, anunciou a eliminação da proibição de arresto contra comerciantes (que formal-

(*) Agradeço a Hígina Castelo e a Pedro Caetano Nunes as observações que fizeram a versões anteriores deste texto.

(1) A formulação tradicional é a de «arresto contra comerciantes». Do que adiante escrevo resultarão as razões que me levam a, aqui, usar a que uso, sendo, porém, certo que a realidade designada pelas duas expressões coincide largamente.

(2) Decs.-Leis 329/95, de 12 de dezembro, e 180/96, de 25 de setembro.

mente se expressou na nova redação do art. 403 do CPC resultante da conjugação do art. 1.º de tal diploma com o art. 1.º do Dec.-Lei 180/96, de 25 de setembro), dizendo que a mesma era uma das «soluções praticamente e de há muito pacíficas».

São factos que a eliminação da proibição já constava do anteprojeto de novo CPC da comissão presidida por Antunes Varela ⁽³⁾ e que havia quem se tivesse manifestado contra a proibição, como era o caso de C. A. Mota Pinto e A. Pinto Monteiro ⁽⁴⁾, que lhe tinham chamado «imunidade descabida», e de Lebre de Freitas, que até tinha posto em causa a sua constitucionalidade ⁽⁵⁾.

No entanto, também é verdade que entre os estudiosos de Direito Comercial a proibição era (consensualmente!) tida por justificada. A meu ver, não só era justificada como permanece como tal, sendo importante repô-la em vigor, como tentarei demonstrar.

3. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DE 1895 A 1996

Antes de expor os meus argumentos, lembrarei o que aconteceu desde 1895 ⁽⁶⁾, embora o que ocorreu e foi pensado antes dessa data também encerre lições a reter ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Publicado pelo Ministério da Justiça em 1988.

⁽⁴⁾ MOTA PINTO (com a colaboração de PINTO MONTEIRO), «Arresto contra Comerciante Matriculado Aplicação do Direito Estrangeiro», in CJ, ano X, tomo III, 1985, p. 50.

⁽⁵⁾ V. adiante, n.º 4.

⁽⁶⁾ Para o direito anterior, v. o estudo intitulado «Código do Processo Civil Do Embargo ou Arresto» publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência* durante o 10.º ano, 1877 a 1878 (a partir do n.º 469 e com conclusão no n.º 501). De modo sintético, v. L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Do Arresto*, in *Scientia Iuridica*, tomo XIII, n.º 67, maio-junho 1964, pp. 292 e ss.

⁽⁷⁾ Sirvam de exemplo as seguintes palavras de EMYGDIO NAVARRO: «(...) não raro sucede que, nos tribunales de commercio, uma pratica evidentemente viciosa, ou o simples arbitrio do juiz, ordena actos, que a letra e o espirito do respectivo codigo repellem. Um dos maiores abusos é o que diz respeito a arrestos. Muitas vezes um simples requerimento, com termo de responsabilidade pelo requerente, é bastante para por aquelle

O art. 37 do Código de Processo Comercial publicado nesse ano ⁽⁸⁾ estabeleceu:

«O embargo ou arresto para segurança de dívidas commerciaes poderá ser ordenado sómente pelo juiz do commercio, e se o credor que o requerer justificar, além dos outros requisitos legais, que a dívida para cuja segurança o requer é commercial, e que o devedor não é comerciante matriculado.»

No ano seguinte, o diploma em causa foi «re-aprovado» ⁽⁹⁾, tendo o preceito sido mantido.

Em 1905, houve lugar à republicação do mesmo diploma (integrando o Código de Falências de 1899) ⁽¹⁰⁾, tendo o preceito continuado a existir, mas passando a ser o art. 46.

O art. 1.º do Decreto 15.623, de 25 de junho de 1928, deu nova redação ao preceito, que passou a ter o seguinte texto:

«O embargo ou arresto para a segurança de dívidas comerciais só poderá ser ordenado pelo juiz do comércio, e quando o credor que o requerer justifique, além dos outros requisitos legais, que a

juízo se decretarem arrestos (...). Sendo o arresto um meio violento de coacção judicial, um tal abuso não pode deixar de ter-se como odioso, e ainda mais pela facilidade com que tem sido praticado. Podem os tribunales commerciaes decretar arrestos? Em regra, entendemos que não. O juízo commercial só tem competência para ordenar arrestos nos casos especificados no respectivo código. O que quer dizer que, no juízo commercial, o arresto é uma excepção, só como tal auctorizada. Chama-lhe o código *embargo*, e falla d'elle quasi exclusivamente com applicação ao commercio marítimo, onde tem regras especiaes. Afóra esses casos, o embargo ou arresto não é reconhecido como meio de processo commercial» (*O Direito*, ano 11, n.º 12, 1879, p. 185).

⁽⁸⁾ Por decreto de 24 de janeiro de 1895, publicado no Diário do Governo de 29 de janeiro de 1895.

⁽⁹⁾ Por carta de lei de 13 de maio de 1896, publicada no Diário do Governo de 19 de maio de 1896. Sobre as razões da «re-aprovação», v. ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 32.

⁽¹⁰⁾ Republicação essa ordenada por decreto de 14 de dezembro de 1905.

dívida para cuja segurança o require é comercial, e que o devedor não é comerciante matriculado.

§ único. O arresto será levantado logo que se mostre pela respectiva certidão que antes da data em que foi decretado já o devedor se achava matriculado como comerciante.»

A razão de ser da alteração introduzida pelo Decreto 15.623 no art. 46 do Código de Processo Comercial foi obstar ao «abuso cometido pelo credor que, para conseguir o arresto, se servia de certidão referente a uma data em que o devedor ainda não estava matriculado, embora soubesse que, à data do requerimento, a matrícula já estava feita» ⁽¹¹⁾.

A reforma do processo civil e do comercial levada a efeito pelo Decreto 21.287, de 26 de maio de 1932 ⁽¹²⁾, alterou mais uma vez o art. 46 do Código de Processo Comercial, acrescentando-lhe um segundo parágrafo (passando o primitivo parágrafo único a § 1.º) do seguinte teor:

«§ 2.º É facultado ao credor provar que o devedor, embora matriculado como comerciante, não exerce o comércio ou deixou de o exercer há mais de três meses.»

⁽¹¹⁾ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1949, pp. 2 e 27.

⁽¹²⁾ Diploma que fez parte do conjunto das reformas do processo civil e comercial levadas a cabo pelo poder saído do golpe de Estado de 28 de Maio de 1926, iniciadas com o famoso Decreto 12.353, de 22 de setembro de 1926, que prepararam e vieram a ser «consolidadas» no CPC de 1939 [para cuja compreensão relevam especialmente os textos de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1927, e «O Novo Código do Processo Civil» publicado no Ano 72 da Revista de Legislação e Jurisprudência (do n.º 2639 ao n.º 2651) e cujas circunstâncias e alcance político foram objeto de profundas análises por LUIS BIGOTTE CHORÃO, em *A Crise da República e a Ditadura Militar*, Lisboa, Sextante, 2009, pp. 733 e ss., e LUIS CORREIA DE MENDONÇA, principalmente no ensaio «80 Anos de Autoritarismo: uma Leitura Política do Processo Civil Português», publicado na obra coletiva coordenada por Juan Montero Aroca, intitulada *Proceso Civil e Ideologia* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 381 e ss.), mas também em «José Alberto dos Reis, A “Nova Arrancada” de um Processualista entre a República Nova e a Ditadura Militar», in *Themis*, ano X, n.º 19, 2010, pp. 31 e ss. e, embora centrado em período anterior ao dessas reformas, em *Direito Processual Civil, As Origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, Quid Juris, 2002].

Alberto dos Reis entendia que a defesa introduzida em 1928 não era suficiente: «o devedor obtinha o levantamento do arresto, mas este fora efectuado ilegalmente, com prejuízo e vexame do arrestado» ⁽¹³⁾. Isso levou-o a, no projeto do CPC de 1939, propor que a certidão destinada a mostrar a falta de matrícula não pudesse ser mais de cinco dias anterior à data da apresentação do requerimento do arresto e que fosse dado ao devedor o direito de requerer o levantamento do mesmo desde que mostrasse, por certidão, que já estava matriculado no dia anterior ao da apresentação do requerimento de arresto ⁽¹⁴⁾.

A solução consagrada no CPC manteve o essencial que vinha de trás e aproveitou a proposta feita por Alberto dos Reis, embora não nos seus exatos termos, como resulta dos seguintes excertos do texto primitivo do seu art. 409:

«O arresto pode ter lugar:

1.º (...)

2.º (...)

3.º Quando o credor tiver justo receio de insolvência do devedor ou de ocultação de bens por parte deste.

§ 1.º (...) No caso do n.º 3.º, provar-se-á, além da certeza da dívida, o justo receio; e se a dívida for comercial e o devedor comerciante, mostrar-se-á também que ele não está matriculado.

(...)

§ 3.º Na hipótese prevista na parte final do § 1.º, o arresto será decretado se o credor provar que o devedor, embora matriculado como comerciante, nunca exerceu o comércio ou deixou de o exercer há mais de três meses.

§ 4.º A certidão destinada a fazer prova de que o devedor não está matriculado como comerciante não terá valor quando tenha sido passada mais de oito dias antes daquele em que se requer o arresto.»

⁽¹³⁾ Código de Pócesso Civil Anotado, Vol. II, cit., p. 27.

⁽¹⁴⁾ *Ob. cit., últ. loc. cit.*

A reforma de 1961 ⁽¹⁵⁾ manteve, na matéria que nos interessa, o essencial do texto de 1939, que passou a constar dos n.ºs 2 e 3 do art. 402:

«2. Para justificação do arresto, nos casos de justo receio de insolvência ou de ocultação de bens, mostrar-se-á também, se a dívida for comercial e o devedor comerciante, que ele não está matriculado, ou que, embora esteja matriculado, nunca exerceu o comércio ou deixou de o exercer há mais de três meses; (...)

3. A certidão destinada a provar que o devedor não está matriculado como comerciante carece de valor quando tenha sido passada mais de oito dias antes daquele em que se requer o arresto.»

A reforma do CPC de 1967 também inovou apenas na formulação das proposições, que passaram a constituir os n.ºs 3 e 4 do art. 403:

«3. Se a dívida for comercial e o arrestado comerciante, provar-se-á que ele não está matriculado ou que, embora matriculado, nunca exerceu o comércio ou deixou de exercer há mais de três meses.

4. A certidão de que o devedor não está matriculado como comerciante carece de valor, quando tenha sido passada mais de oito dias antes daquele em que o arresto tiver sido requerido.»

Era o que vigorava quando, no ano letivo de 1976/1977, comecei a ser aluno de Lebre de Freitas (em Processo Executivo) e foi o que se manteve até à reforma de 1995/1996.

4. AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Os já referidos C. A. Mota Pinto e A. Pinto Monteiro argumentaram contra a proibição de arresto contra comerciante de modo que adiante reproduzirei.

Quanto a Lebre de Freitas, no texto «O Papel dos Princípios Gerais na Revisão do Processo Civil», que serviu de nota introdutória à edição do CPC com as alterações introduzidas pela reforma de 1995/1996,

⁽¹⁵⁾ Dec.-Lei 44.129, de 28 de dezembro de 1961.

publicada pela Quid Juris? em novembro de 1996, escreveu: «Como corolários da plena consagração do direito de acção, ora afirmado também no domínio dos interesses colectivos e difusos (art. 26-A), são especialmente de assinalar: (...) no plano das providências cautelares, o desaparecimento da proibição de arresto de bens de comerciantes em nome individual e de sociedades comerciais, agora equiparados, no plano dos procedimentos cautelares, às restantes pessoas jurídicas (...)»⁽¹⁶⁾.

Em momento anterior, já Lebre de Freitas tinha, retoricamente, perguntado: «Tido em conta que o art. 205-2.º da Constituição proclama incumbir aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses protegidos dos cidadãos, não se poderá defender entre nós a inconstitucionalidade da proibição absurda do arresto contra comerciantes, quando ele seria tanta vez o único meio eficaz de o credor dum comerciante habilitado (e tantos são os habilitados neste país!) conseguir a satisfação do seu crédito?»⁽¹⁷⁾.

Que, entretanto, o Mestre que ora homenageio não alterou o seu pensamento não é apenas do meu conhecimento privado: consta claramente do seu *Código de Processo Civil Anotado*, que resume as suas referidas opiniões anteriores⁽¹⁸⁾.

A verdade, porém, é que o consenso adverso à proibição do arresto contra comerciantes invocado no preâmbulo do Dec.-Lei 329-A/95 não existia.

Com efeito, como adiantei, enquanto vigorou a proibição do arresto contra comerciantes, os vários os estudiosos do Direito Comercial que se debruçaram sobre a norma, mostraram, expressa ou tacitamente, concordância com ela. Seguem-se exemplos.

⁽¹⁶⁾ P. 6.

⁽¹⁷⁾ «*Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil*», in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, I, abril 1992, p. 42 (republicado in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, onde o trecho em causa surge na p. 24).

⁽¹⁸⁾ Vol. 2.º (em co-autoria com A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO), 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, no qual, na p. 129, consta a seguinte apreciação do regime da proibição de arresto contra comerciantes: «Tratava-se duma grave limitação à tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, que o art. 202-2 CR consagra como função processual, constituindo por isso — e pela desigualdade que gerava entre comerciantes e não comerciantes — uma norma de constitucionalidade muito duvidosa».

Barbosa de Magalhães, ao fazer o elenco das vantagens e benefícios que a lei atribuíra aos comerciantes (matriculados), referia, em primeiro lugar, a isenção de arresto ⁽¹⁹⁾.

José Gabriel Pinto Coelho escreveu enfaticamente acerca da proibição de arresto contra comerciante matriculado: «Era esta — e ainda continua sendo — uma das importantes garantias que resultam da matrícula do comerciante, pois o arresto pode ter graves consequências e acarreta, além do vexame, um abalo considerável no crédito, indispensável na vida mercantil» ⁽²⁰⁾.

A. Ferrer Correia dedicou ao assunto as seguintes palavras: «O comerciante não está sujeito ao arresto, porque a imposição dessa medida, obrigando à paralisação dos negócios, poderia arruinar definitivamente a sua empresa ou estabelecimento. Ao que o comerciante está sujeito é unicamente — quando impossibilitado de cumprir as suas obrigações — ao risco de falência» ⁽²¹⁾.

Fernando Olavo escreveu que «(...) tendo em atenção o papel que em comércio o crédito é chamado a desempenhar, a lei proíbe que se requeira *arresto* com fundamento em perda de garantia patrimonial contra *comerciante matriculado*, porquanto (de) tal providência poderia naturalmente prejudicar o crédito do comerciante...» ⁽²²⁾.

5. O EQUIVALENTE ATUAL À PROIBIÇÃO OITOCENTISTA DO ARRESTO CONTRA COMERCIANTES

Quando o Código do Processo Comercial de 1895 proibiu o arresto contra comerciantes por dívidas comerciais, os comerciantes em nome

⁽¹⁹⁾ V. ADELINO DA PALMA CARLOS, *Direito Comercial, Apontamentos Coligidos sobre as Prelecções do Ex.^{mo} Sr. Dr. Barbosa de Magalhães ao Curso do 4.º Ano Jurídico de 1924-1925*, Lisboa, J. Rodrigues & C.^a, Editores, 1924, p. 154.

⁽²⁰⁾ *Lições de Direito Comercial*, 2.^a ed., 1.º vol., Lisboa, 1945, p. 185.

⁽²¹⁾ *Lições de Direito Comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra (policopiado), 1973, pp. 131 e 132.

⁽²²⁾ *Direito Comercial*, vol. I, 2.^a ed. (reimpressão), edição do autor, Lisboa, 1974, pp. 234 e 235

individual eram a maioria dos que desenvolviam atividades económicas. O tipo de sociedade por quotas ainda não tinha sido criado, as sociedades anónimas contavam-se pelas dezenas e sociedades em comandita quase não havia, sendo o principal modo de exercício não individual de atividade económica as sociedades em nome coletivo ⁽²³⁾.

Dá que não seja de estranhar que a redação do art. 37 desse Código do Processo Comercial, que, no essencial, se manteve ao longo de todo o período de vigência da proibição, estivesse sobretudo pensada para os comerciantes em nome individual ⁽²⁴⁾. É o que resulta da distinção entre dívidas comerciais e não comerciais (pois todas as dívidas das sociedades são comerciais ⁽²⁵⁾) e da consideração da possibilidade de ser comerciante não matriculado (pois as sociedades eram obrigadas a matricular-se ⁽²⁶⁾). Outro tanto se diga da regra posterior de que a matrícula como comerciante não impedia o arresto se se provasse que o matriculado nunca tinha exercido o comércio ou que o tinha deixado de exercer há mais de três meses, pois a mesma só se aplicava obviamente aos comerciantes em nome individual.

Atualmente, o exercício de atividades empresariais em nome individual é, ponderados os volumes de negócios, quase residual. Mesmo

⁽²³⁾ V. RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 102 e ss.

⁽²⁴⁾ O mesmo, de resto, ocorreu com outras áreas do Direito Comercial, nomeadamente a da falência, cuja ligação com a matéria que trato ficará mais clara adiante. Como notei noutra ocasião («Efeitos da Declaração de Insolvência quanto à Pessoa do Devedor», *in Themis*, edição especial, *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 133 e 134), as regras falenciais formaram-se com referência a pessoas singulares e é isso que explica que, quando foi necessário que elas passassem a abranger pessoas coletivas, a sua reformulação tenha consistido num alargamento do âmbito das ditadas para as pessoas singulares, padrão esse que, em Portugal só foi invertido pelo CIRE (o Código Comercial de 1888, o Código de Processo Comercial de 1905, Código de Falências de 1935 e o Código de Processo Civil, quer na versão de 1939 quer na versão de 1961, tinham um capítulo ou divisão com «disposições especiais» sobre falência de sociedades, ao passo que o CIRE tem um título denominado «Disposições específicas da insolvência de pessoas singulares»).

⁽²⁵⁾ Isto é, são emergentes de atos de comércio, seja por força da primeira parte do art. 2.º do Código Comercial, seja por força da segunda parte do mesmo.

⁽²⁶⁾ O art. 47 do Código Comercial estabelecia: «A matrícula dos comerciantes em nome individual é facultativa; a das sociedades e a dos navios é obrigatória».

aqueles que, de um ponto de vista sociológico, se dedicam individualmente à atividade empresarial fazem-no, juridicamente, de modo maioritário, sob forma societária (sendo, tendencialmente, cada um dos casos de exercício em nome individual economicamente inexpressivo).

Assim, a proibição oitocentista, a ser repristinada, não o deverá ser na formulação que teve durante os 100 anos que vigorou, mas sim como proibição do arresto contra empresas.

Não sendo, porém, a empresa, na sua dimensão subjetiva, uma categoria usada nas nossas leis, sempre será aconselhável recorrer às categorias comuns. Embora não creia ter interesse, neste escrito, entrar nos pormenores do que poderia ser a formulação de proposição normativa, adianto que a mesma deveria proibir o arresto contra todos os que, pessoas singulares ou coletivas, exercem uma atividade económica e têm o dever de se apresentar à insolvência, em caso de verificação dos respetivos pressupostos ⁽²⁷⁾. Quanto à prova desse exercício, provavelmente, o melhor modo de a fazer seria o de recorrer às declarações para efeitos fiscais.

6. RAZÕES PARA PROIBIR O ARRESTO CONTRA EMPRESAS

As razões que me levam a defender a proibição do arresto contra empresas ⁽²⁸⁾ são as seguintes:

- Os bens das empresas (máquinas, matérias-primas, mercadorias, dinheiro, etc...) são meios de produção e de obtenção de rendimentos;
- O arresto desses bens impede que as empresas gerem (ou cobrem) rendimentos ⁽²⁹⁾;

⁽²⁷⁾ Lembre-se que, no regime vigente, as pessoas singulares que não são titulares de empresa não têm o dever de apresentação à insolvência (art. 3.º, n.º 2, do CIRE).

⁽²⁸⁾ Os arrestos de navios e de aeronaves, pelas suas características e regimes, estão fora do âmbito da minha análise.

⁽²⁹⁾ Lembrem-se as seguintes proposições normativas: «os atos de disposição dos bens arrestados são ineficazes em relação ao requerente do arresto, de acordo com as regras próprias da penhora» (art. 622, n.º 1, do CC); «ao arresto são extensivos, na parte aplicável,

- A não realização desses rendimentos impede as empresas de cumprir as suas obrigações para com os seus credores (outras empresas, trabalhadores, Estado, etc...);
- Os incumprimentos de obrigações pelas empresas titulares de bens arrestados podem levar a que os seus credores lesados, por sua vez, incumpram as suas obrigações perante terceiros;
- Os rendimentos não produzidos em virtude da privação dos bens arrestados são irrecuperáveis, quando não no todo, pelo menos em parte;
- O arresto causa à empresa que dele é alvo dano no seu crédito (junto de bancos e fornecedores) e na sua imagem (junto dos referidos agentes económicos e de clientes), que só por si também diminui a sua capacidade de produzir e de gerar rendimentos;
- O arresto está ligado à execução singular, tornando-se um ato inútil quando os bens do arrestado passam a ser objeto de execução universal ⁽³⁰⁾.

Estes argumentos parecem-me dificilmente refutáveis. A quem olha para um caso isolado poderá parecer razoável que o credor de uma empresa tenha a faculdade de obter uma apreensão cautelar de bens se tiver «justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito» (proposição do art. 619, n.º 1, do CC, repetida, quase *ipsis verbis*, no 406, n.º 1, do CPC). Quem olha para o sistema, ou para um caso isolado mas pensando nos

os demais efeitos da penhora» (art. 622, n.º 2, do CC); «o arresto consiste numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora, em tudo quanto não contrariar o preceituado nesta subsecção» (art. 406, n.º 2, do CPC); «a penhora de coisas móveis não sujeitas a registo é realizada com a efetiva apreensão e a sua imediata remoção para depósitos» (art. 848 do CPC); «a penhora de veículo automóvel é seguida de imobilização do veículo» (art. 851, n.º 2, do CPC); «o depositário deve tomar posse efetiva do imóvel» (art. 840, n.º 1, do CPC, relativo à penhora de coisas imóveis).

⁽³⁰⁾ Lembre-se que a declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente (art. 88, n.º 1, do CIRE) e que o arresto não atribui preferência no pagamento (v. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Cascais, Princípia, 2007, pp. 259 e 260).

efeitos sistémicos da apreensão, não pode deixar de concluir que os efeitos das paralisações de produção e de rendimentos inerentes aos arrestos contra empresas tornam os custos das mesmas incomparavelmente maiores do que os seus benefícios. Mais: o arresto contra empresas é, socialmente, um verdadeiro ato inútil, pois quando os pressupostos do arresto estão verificados também o estão os da insolvência.

A argumentação mais desenvolvida que conheço contra a proibição de arresto é a apresentada por C. A. Mota Pinto e A. Pinto Monteiro. Para tornar ainda mais claro o que penso, vou contraditá-la, começando, para tal efeito, por transcrever as palavras essenciais dos Autores:

«Refira-se, a propósito, que esta imunidade de que beneficiam, em certos termos, os devedores comerciantes, nos parece inteiramente descabida, à luz da realidade comercial no mundo contemporâneo.

Corresponde a opções historicamente situadas, totalmente desfasadas da realidade presente.

Está-lhe subjacente um «favor commercii», mal perspectivado, por ser configurado em detrimento dos credores normalmente comerciantes, eles também, bem como a visão do pequeno comerciante, divorciada da moderna estrutura empresarial.

Aliás, o receio de que o arresto de bens dum comerciante conduza à paralisação dos seus negócios não exige que a sua protecção seja levada ao ponto de o considerar pura e simplesmente isento de arresto, bastando, para evitar esse perigo, que a lei determinasse a impossibilidade de arrestar bens considerados «estritamente indispensáveis ao exercício da função ou da profissão» (como o faz o art. 823.º, n.º 1, al. d), relativamente à penhora).

Nem vale argumentar com a alternativa da falência, instituto privativo dos comerciantes, pois esta visa outros objectivos, podendo, aliás, os seus pressupostos não se verificarem, ficando o credor sem garantias — dada a impossibilidade de recorrer ao arresto.»⁽³¹⁾

⁽³¹⁾ MOTA PINTO (com a colaboração de PINTO MONTEIRO), «Arresto contra Comerciante Matriculado Aplicação do Direito Estrangeiro», in CJ, ano X, tomo III, 1985, p. 50.

A propósito de várias matérias, tenho-me louvado muitas vezes em C. A. Mota Pinto e A. Pinto Monteiro. Neste assunto, porém, creio carecerem de razão. Nenhum dos seus argumentos abala os que usei. Para tornar isso bem nítido, explico o seguinte, reforçando o que atrás expus:

- Os beneficiários da proibição não formam uma classe de cidadãos, pois são organizações sociais de certo tipo (as empresas);
- Os beneficiários da proibição não são apenas as empresas de baixa solvabilidade, mas todos os que com elas se relacionam;
- Todos os bens empresariais de algum valor tendem a ser indispensáveis ao exercício das atividades das suas titulares;
- Os danos provocados pelos arrestos às empresas não se cingem às perdas de rendimentos, mas consistem também na destruição do seu crédito e da sua imagem;
- O pressuposto do arresto que consiste no justo receio de perda de garantia patrimonial pelo credor significa, se não sempre, quase todas as vezes, que o devedor está insolvente⁽³²⁾;
- No âmbito do processo de insolvência, podem ter lugar medidas cautelares que produzam os mesmos efeitos que o arresto (art. 31 do CIRE)⁽³³⁾.

Sobre a consonância do que defendo com o princípio da igualdade (que Lebre de Freitas, põe em causa, como registei antes⁽³⁴⁾), parece-me claro que a distinção entre empresas e não empresas justifica a desigualdade de tratamento. Os bens de quem não é empresa não são

⁽³²⁾ O que já era notado por ALEXANDRE DE SEABRA, num texto cujo título diz tudo: «Pode requerer-se arresto com relação a dividas vencidas. Mas, se o devedor é commerciante, deve fazer-se abrir a fallencia. Se o não é, torna-se indispensável provar que está insolvente», *in O Direito*, ano 16, n.º 29, 1884, p. 449.

⁽³³⁾ Sobre a matéria, v. ISABEL ALEXANDRE, «O Processo de Insolvência: Pressupostos Processuais, Tramitação, Medidas Cautelares e Impugnação da Sentença», *in Themis*, edição especial, *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 72 e ss.

⁽³⁴⁾ V. *supra*, n.º 4.

meios de produção e a privação temporária da obtenção de rendimentos a partir deles não tem, nem para os seus titulares nem para terceiros, os efeitos nefastos que o arresto tem para as empresas e para a economia, em geral.

Acresce que o CPC *permite* ⁽³⁵⁾ que o arresto seja decretado sem a parte contrária ser previamente ouvida (art. 408, n.º 1, do CPC) e que os tribunais nunca (?) procedem a tal audição prévia.

Nem se lembre que a lei determina que quem obtém o decretamento de providência cautelar injustificada responde «pelos danos culposamente causados ao requerido, quando não tenha agido com a prudência normal» (art. 390, n.º 1, do CPC). Tal preceito, no caso, serve de pouco, seja porque o arrestado demorará a obter a declaração do seu direito à compensação (e mais ainda — ou tempo infindo... — a efetivá-lo) ⁽³⁶⁾, seja porque os danos («colaterais!») a terceiros nunca serão indemnizados.

Quase por último, sublinho que a maioria dos arrestos requeridos contra empresas é um mero meio de as forçar a acordar *qualquer coisa*

⁽³⁵⁾ O entendimento corrente é o de que a lei *impõe* que a produção de prova pelo arrestante e a decisão sobre o decretamento do arresto decorram sem a audição do requerido (v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO e RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 133, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, IV, 6. *Procedimentos Cautelares Especificados*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 208). O que escrevo no texto assenta em opinião diversa, que julgo mais conforme com o sistema (em que o princípio *audi alteram partem* tem posição de grande relevo) e a letra do art. 408, n.º 1, do CPC: «(...) sem audiência da parte contrária, desde que se mostrem preenchidos os requisitos legais»). Friso que o que escrevo em nada contraria o decidido no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/2003, de 18.6.2003, que, a propósito de um caso de arresto, refirmou orientação anterior (posteriormente reafirmada) segundo a qual da Constituição resulta que, em processo civil, o princípio do contraditório tem de ser coordenado com outros princípios, nomeadamente o da tutela efetiva, com a consequência de, salvaguardada a proporcionalidade, serem conformes com a lei fundamental as normas que permitem decisões cautelares sem audição prévia do requerido. Atrevo-me até a escrever que a interpretação que faço do regime do arresto, na parte em causa, é mesmo imposta por essa leitura da Constituição.

⁽³⁶⁾ Não sendo excessivo insistir em que aqui o fator tempo é determinante.

com os requerentes, em prejuízo dos outros credores e que não parece que tal (dis)função deva merecer o apoio do legislador...

A terminar, explícito que não ignoro que há muitos países em que é permitido o arresto contra empresas, nem que até está em adiantado estado de preparação uma proposta de regulamento europeu sobre o arresto de contas (bancárias) para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial ⁽³⁷⁾. A verdade, porém, é que, por um lado, o quadro legal e, sobretudo, o *law in action* de Portugal são diferentes dos de vários desses países e, por outro, nem sempre o que a União Europeia faz ou tenciona fazer merece apoio.

7. CONTRAPESO DA PROIBIÇÃO

A proibição deve ter, como tinha (pelo menos, na letra da lei), um contrapeso: o estímulo ⁽³⁸⁾ às empresas em risco de insolvência para requererem *precocemente* medidas (falenciais ⁽³⁹⁾ ou de recuperação) que acautelem os interesses de todos os envolvidos, mormente dos credores.

Um dos males da economia e da justiça portuguesas reside precisamente no facto de, em geral, as empresas em dificuldades só procurarem medidas de recuperação demasiado tarde. Esse mal não é de hoje nem de ontem e não é certamente fácil de eliminar, mas lutar contra ele é obrigação do legislador.

⁽³⁷⁾ Proposta do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho datada de 25.7.2011 que cria uma decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial COM(2011) 445 final — sobre a qual, diga-se, recaiu um parecer do Comité Económico e Social Europeu datado de 26.4.2012, que refere que o mesmo não se acha inteiramente convencido quanto à imprescindibilidade da medida e quanto a que a proposta respeite os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (JOCE de 29.6.2012, n.º 1.6 do texto).

⁽³⁸⁾ Ou mesmo a compulsão...

⁽³⁹⁾ Sobre as razões do uso do adjetivo «falencial» com preferência sobre o adjetivo «falimentar», v. PEDRO CAEIRO, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais* (n.º 19 da colecção *Studia Iuridica* do BFDUC), Coimbra Editora, 1996, p. 81, nota 167.

Em minha opinião, no que respeita à recuperação das empresas em dificuldades, o *modelo* adotado pelo Código da Insolvência é da Recuperação de Empresas («CIRE») é pior do que o *modelo* do diploma que o antecedeu, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência («CPEREF»). As medidas de recuperação não devem ser necessariamente posteriores à declaração de insolvência, antes devem ser uma alternativa à mesma ⁽⁴⁰⁾. Isto mesmo, de resto, parece ter sido reconhecido pelo legislador na Lei 16/2012, de 20 de abril, com a instituição do chamado «processo de revitalização», na medida em que o mesmo é alternativo à insolvência, ao contrário do «plano de insolvência» destinado à recuperação da empresa nos termos do CIRE.

É sabido que a legislação falencial é das mais sujeitas a críticas e que estas resultam mais das dificuldades colocadas pela realidade que a mesma regula do que dos conteúdos das regras... Por outro lado, pelo menos em Portugal, as consequências reputacionais inerentes, no que às empresas toca, a ser

⁽⁴⁰⁾ Sobre a comparação dos modelos do CPEREF e do CIRE muitos se pronunciaram. V., por exemplo, CATARINA SERRA, «As Novas Tendências do Direito da Insolvência — Comentário ao Regime dos Efeitos da Insolvência no Projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas», in *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* (obra coletiva), Ministério da Justiça/Coimbra Editora, 2004, pp. 20 e 21, *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*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 201 e ss., e *O Novo Regime Português da Insolvência Uma Introdução*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, pp. 18 e ss., LUÍS CARVALHO FERNANDES, «O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1183 e ss., e «Sentido Geral do Novo Regime da Insolvência no Direito Português», in LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa, Quid Juris?, 2009, pp. 84 e ss., E. SANTOS JÚNIOR, «O Plano de Insolvência. Algumas Notas», in *O Direito* ano 138, III, 2006, pp. 571 e ss., LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 74 e ss., PEDRO PIDWELL, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 16 e ss., e GISELA TEIXEIRA JORGE FONSECA, «A Natureza Jurídica do Plano de Insolvência», in *Direito da Insolvência Estudos* (obra coletiva com coordenação de Rui Pinto), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 77 e 78.

declarado falido ou ser objeto de medidas parafalenciais continuam a ser muito graves. Isso, contudo, não legitima o conformismo. Há que procurar melhorar a legislação e alterar as ideias feitas. Como a prática de outros países mostra e um ou outro caso português confirma, é possível evitar a liquidação de muitas empresas em situação de falência ou pré-falência.

Como adiantei, a meu ver, incentivar as empresas em risco de insolvência a requererem *precocemente* medidas que acautelem os interesses dos credores é a orientação a seguir. O que será mais difícil é alinhar medidas que concretizem essa orientação.

Atrevo-me a deixar as seguintes:

- Redução drástica do tempo de incumprimento das dívidas que determina a obrigação de apresentação à insolvência (*ou à recuperação*) e supressão do requisito de que esse incumprimento seja «generalizado» (arts. 18, n.º 3, e 20, n.º 1, alínea *g*), do CIRE);
- Facilitação da apresentação (à insolvência *ou à recuperação*), não fazendo depender a mesma da junção imediata do conjunto de elementos definido no art. 24 do CIRE;
- Redução drástica do prazo de apresentação à insolvência ⁽⁴¹⁾;
- Manutenção da plenitude dos poderes de gestão do órgão de administração da pessoa coletiva que se apresenta à insolvência (ou do insolvente, caso este seja pessoa singular) até decisão judicial em contrário que *pondere* a qualidade da gestão desenvolvida até à apresentação à insolvência;
- Alteração de todas as disposições que assentam no pressuposto de que a insolvência das empresas se deve a má gestão ⁽⁴²⁾;

⁽⁴¹⁾ A título de curiosidade, lembro que o art. 1124 do Código de Ferreira Borges (na esteira do art. 440 do *Code de Commerce* de 1807) dispunha: «Todo o commerciante que cessar pagamentos será obrigado a fazer a declaração do seu estado dentro em tres dias a contar da cessação de pagamento...»

⁽⁴²⁾ Só assim será possível atrair para as empresas em dificuldades gestores de qualidade (ou mantê-los nelas). Um bom passo, mas insuficiente, foi dado pela Lei 16/2012, de 20 de abril, ao alterar o art. 36, n.º 1, alínea *i*), do CIRE, no sentido de a sentença de insolvência não ter de declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência.

— Redesenho dos processos de recuperação («processo especial de revitalização», «procedimento extrajudicial de conciliação» e processos legalmente atípicos), de modo que deixe de estar associada aos mesmos a ideia de que as empresas que a eles recorrem estão condenadas a morrer, redesenho esse que deveria passar por:

- A atribuição a entidades públicas e privadas de competência para a promoção de processos de recuperação de empresas em dificuldades, nomeadamente de mediação de concordatas preventivas;
- A determinação da ineficácia das cláusulas contratuais que dão direitos de resolução ou de alteração de contratos em caso de a contraparte, por iniciativa própria ou alheia, ficar submetida a processo de recuperação ou parafalencial;
- A definição de quais as entidades públicas com competência para acordar na modificação de créditos públicos, no âmbito desses processos;
- Um diploma integrador dos vários processos de recuperação («processo especial de revitalização», «procedimento extrajudicial de conciliação» e processos legalmente atípicos).

Quase a terminar, confesso que o que aqui defendi, no essencial, pouco tem de novo. Para além do pensamento de Alexandre de Seabra, que já referi em pé de página, lembro que J. M. Barbosa de Magalhães, referindo-se ao Código de Processo Comercial de 1895, escreveu: «A ideia dos autores d'este Cod. foi decerto substituir o arresto, n'estes casos, pela abertura da falencia ⁽⁴³⁾» e tal opinião foi muitas vezes reafirmada, na doutrina e na jurisprudência ⁽⁴⁴⁾...

⁽⁴³⁾ *Código de Processo Comercial Anotado*, vol. 1.º, 3.ª ed., Lisboa, Parceria A. M. Pereira, p. 445 (anotação ao art. 46).

⁽⁴⁴⁾ V., a título de exemplo, e pelas referências que contém, o acórdão do STJ de 20.1.1999, em www.dgsi.pt documento SJ 199901200010332.

Contra isso não vale a ideia de que a insolvência é um instituto transversal ao Direito Privado e de que já não existe a falência como figura própria do Direito Comercial ⁽⁴⁵⁾, pois essa ideia, no plano do regime, pouco tem de verdadeira. Como já sublinhei, à luz do direito português vigente, só as empresas têm o dever de apresentação à insolvência, ao que acresce que as regras sobre a insolvência de empresas e de não empresários são bem diversas — o que de resto é uma manifestação de que à volta das empresas o direito privado continua a ter características próprias ⁽⁴⁶⁾.

Julho de 2012

⁽⁴⁵⁾ Sustentando essa ideia, v. CATARINA SERRA, *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*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. e 464 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Sobre concepção do Direito Comercial que assim se evoca, v. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra (policopiado), 1973, pp. 77 e ss., ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I, *O Problema da Empresa como Objecto de Negócios*, Coimbra, Atlântida, 1967, pp. 177 e ss., JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da Empresariabilidade As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, em especial, pp. 306 e ss., e *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 8.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 16 e ss., e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 62 e ss.