

O abuso do direito de acção e o art. 22.º do CIRE

PAULA COSTA E SILVA

I. Escrever em livro de – justíssima – homenagem ao Professor Doutor LUÍS CARVALHO FERNANDES foi tarefa facilitada ao autor pela proficuidade temática da obra do Homenageado. Foram muitas as áreas científicas a que dedicou a sua atenção.

Entre elas, encontra-se o direito da insolvência ou da falência¹.

Neste domínio, uma regra suscitou, desde a primeira hora, a nossa atenção. Referimo-nos ao art. 22.º do CIRE. Supomos não errar se dissermos que se trata da regra relativa de responsabilidade por comportamento processual que entre nós suscitou, por último, maior debate². Será esta o objecto do presente estudo, que tem a sua origem num trabalho mais abrangente, dedicado, quase todo ele, à matéria da responsabilidade processual e onde, entre outros problemas, nos interessava estabelecer a relação entre o tipo geral de repressão de comportamento processual ilícito – o art. 456.º CPC – e os tipos especiais de ilícito processual³. Neste contexto procurávamos a racionalidade das opções legais, orde-

¹ Veja-se, por último, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid iuris, Lisboa 2009.

² PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, p. 153 e segs.; MENEZES CORDEIRO, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*, p. 187 e segs.; CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 2.ª, I, sub. art. 22.º, n. 3; MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 4.ª, sub art. 22, n. 1.

³ PAULA COSTA E SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, Coimbra 2008.

nadas no Código de Processo Civil. E foi-nos possível encontrá-la. Com uma exceção: o art. 22.º CIRE. São as considerações que então fizemos que aqui deixamos, com pequeníssimas alterações face ao texto original.

2. De acordo com o art. 22.º CIRE, a dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ou a indevida apresentação por parte do devedor, gera responsabilidade pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores, mas, apenas em caso de dolo.

O que imediatamente impressiona perante o regime do CIRE é a sua contradição valorativa com os tipos especiais dos arts. 390.º e 819.º CPC. Sendo um meio especialmente perigoso, cujos efeitos na esfera do devedor podem ser incomensuráveis, esperar-se-ia que os deveres de cuidado impostos ao requerente fossem equivalentes àqueles que se impõem ao requerente de providência cautelar ou de execução fundada em título que determina a penhora prévia. Quer isto dizer que se pressuporia, para que pudesse encontrar-se uma harmonia valorativa no sistema, que o elemento subjectivo do ilícito associado ao abuso do direito de acção em procedimento falimentar fosse equivalente àquele que são dispostos nos arts. 390.º e 819.º CPC: a responsabilidade surgiria se o agente tivesse actuado com negligência.

Porém, não é isto que sucede. A lei faz depender a constituição de deveres de indemnizar por pedido infundado de insolvência do dolo do requerente. Nem sequer a negligência grosseira é relevante. O elemento subjectivo do ilícito, não só não está a par com aquele que encontramos nos tipos periféricos (arts. 390.º e 819.º CPC), como fica aquém daquele que resulta do tipo central (art. 456.º CPC).

É circunstância estranha, para a qual chamámos a atenção em outro lugar⁴. Outros Autores a surpreenderam, também, sobre ela se pronunciando e propondo diferentes saídas. Porém, há que atender aos pontos de referência de que estas saídas partem para que se integrem os resultados.

Se se tomar por referência a responsabilidade, tal como delineada pelo art. 483.º/1 CC, chegar-se-á a uma de duas conclusões. Numa primeira, dir-se-á que o art. 22.º do CIRE regula matéria diferente daquela que é regulada pelo art. 483.º CC. Numa segunda tentar-se-á romper a barreira valorativa desenhada pelo legislador na configuração do ilícito no art. 22.º

⁴ PAULA COSTA E SILVA, A liquidação da massa insolvente, p. 730 e seg., onde se anota o desnível do art. 22.º do CIRE face ao art. 456.º/1 CPC.

CIRE, ampliando-se o elemento subjectivo do ilícito de modo a que seja abrangida, pelo menos, a negligência grosseira.

3. O art. 22.º do CIRE refere a responsabilidade do requerente da insolvência pelos prejuízos provocados ao devedor e aos credores.

A que prejuízos se reporta a regra?

Duas respostas são possíveis. Aos prejuízos ou danos processuais típicos. Aos prejuízos ou danos provocados em quaisquer bens jurídicos do devedor e dos credores.

Testemos a primeira saída: a responsabilidade prevista no art. 22.º do CIRE é uma responsabilidade por danos processuais típicos.

Pergunta-se: se o pedido de declaração de insolvência é infundado há que prever uma responsabilidade especial do requerente por danos processuais típicos?

A resposta a esta interrogação é negativa. As regras sobre repartição destes custos processuais estão traçadas em outro lugar e são aplicadas em toda a sua plenitude. Sendo o nosso sistema genericamente regido pelo princípio *victus victori*, aquele que pede o que não vem a ser conferido suporta os custos processuais, independentemente de qualquer aferição da censurabilidade da sua conduta. É discutido, desde sempre, o fundamento desta regra. Como é evidente, nela não está necessariamente implícito um abuso do direito de acção. O que não significa que este abuso, que não é subjectivamente qualificado – a cláusula geral do art. 334.º CC é agnóstica, ocupa-se do comportamento em si, desinteressando-se de uma valoração das finalidades do agente – não justifique as alterações a esta regra. Isto sucede quando aquele que ganha a acção ainda assim se vê confrontado com a obrigação de pagar as custas: porque recorre abusivamente ao sistema de justiça, socorrendo-se daquele que não é o meio mais adequado ou necessário à tutela da sua posição substantiva, é penalizado com o pagamento de todos os encargos do processo. Porque este foi realmente inútil.

4. Pressupor que o art. 22.º do CIRE regula este aspecto – a responsabilidade do requerente por pedido infundado pelos danos processuais típicos – significará entender que as regras sobre encargos com o processo de insolvência têm uma base subjectiva. A parte requerente só pagaria custas se houvesse agido com dolo. Se tivesse requerido a insolvência do devedor – ou sendo requerente o devedor, se ele se houvesse apresentado voluntariamente à insolvência – negligentemente e não obstante ter dado causa à acção, não suportaria qualquer custo processual.

É resultado absolutamente anómalo. Tanto porque pressupõe uma responsabilidade por danos processuais aferida por um tipo de ilícito, como porque faz depender essa responsabilidade de uma actuação dolosa do agente. Por estas razões, supomos não ser esta a saída para o desnível criado pela peculiar configuração do elemento subjectivo do tipo de ilícito no art. 22.º do CIRE.

5. Resta admitir que a regra prevê os pressupostos de constituição do dever de indemnizar por outros prejuízos que não os danos processuais típicos.

Também esta conclusão surge como anómala quer se contraponha o tipo do art. 22.º do CIRE ao art. 483.º CC, quer este seja confrontado com o tipo central de responsabilidade civil por comportamento processual, quer o seja com os tipos especiais. Na configuração do elemento subjectivo do tipo de ilícito por qualquer uma destas regras o nível mínimo que encontramos é a negligência grosseira. O art. 22.º do CIRE avança para o dolo. O resultado é estranho num sistema em que a responsabilidade por ilícito processual é, actualmente, desencadeada, pelo menos, por comportamentos processuais gravemente culposos, sendo constituída nos tipos que revelam especial periculosidade quando o agente actua com culpa simples.

6. O que pode explicar esta solução?

Uma primeira explicação pressupõe detectar no CIRE uma intenção de saneamento integral do tecido empresarial nacional.

Como joga esta premissa com o disposto no art. 22.º do CIRE?

Pense-se: um adocamento dos deveres de cuidado impostos a quem requer a insolvência ajuda tais requerimentos. Se a parte não precisa, para requerer inconsequentemente a insolvência, de cumprir qualquer dever de indagação, requerê-la-á mal se verifiquem sinais indicativos dessa situação. O ónus dos danos provocados por semelhante requerimento corre por terceiro.

Esta justificação encontrará um contraponto na gravidade dos efeitos imputados a um comportamento omissivo do devedor: se este não se apresenta à insolvência, quando estejam verificados os respectivos pressupostos, fica sujeito às consequências estipuladas pelos arts. 185.º e seguintes CIRE⁵.

⁵ Salientando este ponto, JOÃO LABAREDA, *Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Aspectos mais controversos*, in CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid iuris, Lisboa 2009, 7-39 (15).

7. Segunda pista justificativa para o art. 22.º do CIRE: o elemento histórico.

Não se esqueça que a última regra que dispôs especificamente acerca da responsabilidade pelo requerimento de pedido infundado de falência foi o revogado art. 1152.º. Nesta se previa que, denegada a declaração de falência ou revogada a sentença que a declarara, verificar-se-ia necessariamente e no âmbito do processo de falência, se o requerente agira de má fé. Caso assim tivesse sido, seria condenado em multa e indemnização nos termos da litigância de má fé, ressalvada a responsabilidade criminal. Esta regra sujeitava, assim, a constituição do dever de indemnizar todas as perdas e danos decorrentes de comportamento processual aos parâmetros do art. 465.º CPC39⁶.

Em face de regras que impunham a actuação dolosa, a doutrina não chegou a uma posição unânime quanto ao concurso da responsabilidade neles prevista com a que poderia ser fundada nas regras gerais, constantes do Código Civil⁷. O que impressionava era o facto de o requerente somente responder por perdas e danos em caso de actuação dolosa que, nas palavras de CUNHA GONÇALVES⁸, se caracterizava por a parte ter agido com a intenção de prejudicar o requerido. Ficava de fora a indemnização de danos causados com um requerimento de falência deduzido com negligência. Esta restrição, surgindo como injustificada, imporia uma complementação das regras vigentes em matéria de responsabilidade por pedido infundado de falência deduzido com dolo fossem complementadas através do art. 2361.º CC67.

Com o CPEREF, a regra desapareceu. Deixou de se prever especificamente a responsabilidade por pedido infundado de falência. Não obstante a supressão da remissão para a litigância de má fé, esta responsabilidade seria parametrizada pelas regras constantes do Código de

⁶ Neste sentido, REVISTA DOS TRIBUNAIS [Responsabilidade *civil* do requerente de falência; itálico nosso], p. 306 e segs. Em sentido inverso, MENEZES CORDEIRO, Litigância de má fé, abuso do direito de acção e *culpa in agendo*, n. 55.III.

⁷ Defendendo a existência de uma relação de concurso, CUNHA GONÇALVES, Comentário ao código de processo comercial, I, p. 494 que, apesar de aceitar essa complementação, atira a fasquia do elemento subjectivo do tipo para as hipóteses de negligência grosseira. Em sentido inverso, a Revista dos Tribunais, Responsabilidade civil do requerente de falência, 306 e segs., com a tese central de que, fazendo a lei depender a obrigação de indemnizar de pressupostos especiais, não serão invocáveis os princípios gerais da responsabilidade civil.

⁸ Comentário ao Código de processo comercial, I, p. 494.

Processo Civil, após a entrada em vigor do CPEREF, ou seja, a partir do início da década de noventa do século passado. Lembre-se que, então, o sistema de responsabilidade por comportamento processual assentava num tipo central e em tipos especiais, aplicáveis às providências cautelares. E recorde-se, igualmente, que àquela data o tipo central, que tipificava o ilícito de dedução de pedido infundado pressupunha o dolo do agente. Só com a reforma de 95/96, o elemento subjectivo do tipo de ilícito central se alastrou à negligência grosseira.

8. Este dado, por si só, permite fundar a estranheza do art. 22.º do CIRE. Quando o legislador desenhou o tipo de ilícito tinha já um tipo central de ilícito, cujo elemento subjectivo abrangia mais do que o dolo: estendia-se à negligência grosseira.

Mas a estranheza aumenta se pensarmos que, aquando da publicação do CIRE, não só já estava em vigor um tipo central do qual resultava terem sido incrementados os deveres de cuidado da parte, como tinha vigência, em matéria de execução, um tipo especial de ilícito, cujo elemento subjectivo coincide com o que encontramos no art. 483.º/1 CC. Esta referência assume enorme relevância. Na verdade, podia considerar-se que, imediatamente antes da entrada em vigor do CIRE, não descrevendo a lei – na altura, o CPEREF – um ilícito específico de requerimento de pedido de insolvência infundado, seria aplicável, a estes casos, o regime do art. 819.º.

9. A solução do art. 22.º do CIRE surge em contraciclo. A lei revela dois movimentos muito claros em matéria de responsabilidade por comportamento processual. Em primeiro lugar, uma expansão generalizada dos deveres de cuidado das partes processuais. O carácter ético do processo foi acentuado com a entrada em jogo da negligência. Em segundo lugar, verifica-se um acentuado incremento dos deveres de cuidado, directamente proporcional ao incremento da periculosidade dos meios processuais.

Na verdade, o confronto dos tipos especiais relativos à litigância de má fé – arts. 390.º, 819.º e 930.º-E, todos CPC – com o tipo central – constante do art. 456.º CPC – permite uma ilação: a lei incrementa os deveres de cuidado da parte processual activa sempre que a sua iniciativa processual pode reverter em grave dano para a parte passiva. E assim sucede quando as estruturas processuais, em concreto, aplicáveis, revelam uma especial periculosidade.

Se é certo que se observa uma equiparação entre os pressupostos de constituição do dever de indemnizar por referência aos arts. 483.º CC e 390.º e 819.º, CPC, esta resulta da consagração de um regime próprio de responsabilidade em sede de providências cautelares e de execução sem citação prévia. O legislador afastou, para estes dois núcleos de meios processuais, a valoração e a solução constantes do tipo central, o art. 456.º CPC. Fê-lo, como se viu anteriormente, desde muito cedo para as providências cautelares. Fê-lo, no caso da execução sem citação prévia assim que esta tipologia de tramitação foi consagrada com generalidade na nossa lei. Deste modo, não é a indução ou a aplicação do argumento *a contrario* a qualquer uma destas regras – quer ao art. 390, quer ao art. 819.º, ambos CPC – que determina a conclusão de que, fora do seu âmbito, as actuações apenas se consideram censuráveis e ilícitas se a parte agiu com dolo ou com negligência grave⁹. É a própria lei que impõe explicitamente esta conclusão no art. 456.º CPC.

10. E há mais um aspecto que não pode deixar de ser tomado em consideração quando se contrapõe o tipo central aos tipos especiais. A circunstância de a lei fazer depender a constituição do dever de indemnizar da mera culpa, tanto em sede de providências cautelares, quanto em sede de execução sem citação prévia, tem uma justificação: ambos os meios se apresentam, numa análise *prima facie* e que nem sempre resiste à análise aprofundada dos tipos, como particularmente perigosos para a parte requerida/executada. Quer porque ela não tem a possibilidade de, através da prática de actos postulativos prévios, influenciar a decisão judicial, quer porque a apreciação compatível com a finalidade desses meios é falível se confrontada com a das acções definitivas.

Deste modo, no que respeita à constituição do dever de indemnizar, não é arbitrária a diferença entre os tipos dos arts. 456.º, por um lado, e 390.º, 819.º e 930.º-E, por outro. Se bem que possa criticar-se a opção do legislador, realizada no tipo central, esta é determinada pela contraposição dos riscos inerentes a meios de baixa periculosidade, porque neles as partes se encontram numa posição de relativa isonomia, e daqueles que representam os meios de mais intensa periculosidade, porque menos garantísticos do que os primeiros.

⁹ Criticando uma metodologia que assim procedesse, PEDRO DE ALBUQUERQUE, Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo, pp. 135-136.

Chegamos ao direito da insolvência e o que verificamos?

Verificamos que este movimento é invertido. No meio que mais danos pode provocar, a responsabilidade depende do dolo do agente.

11. Para além de andar em *contraciclo*, o art. 22.º do CIRE anda desalinhado com as soluções que encontramos no direito estrangeiro.

Foi sempre para os processos de liquidação universal que mesmo a doutrina mais restritiva quanto à constituição de deveres de indemnizar por comportamento processual propôs a extensão do tipo de ilícito pelo menos às actuações gravemente negligentes. Nos processos de falência, a responsabilidade fundar-se-ia na mera culpa do requerente.

Esta tomada de posição é muito evidente nas ordens jurídicas alemã e italiana. Recorde-se, aqui, quanto à primeira a polémica suscitada pela decisão do BGH, de 3.10.1961, e de que acima demos nota. Quanto à segunda, confira-se o segundo parágrafo do art. 96.º CPCit, ao qual se reconduzem os procedimentos de falência numa equiparação com a execução forçada¹⁰. Porque a parte requerente sabe que o meio de que lança mão desencadeia efeitos altamente gravosos para o requerido. Se assim é, exige-se que a parte cumpra escrupulosamente apertados deveres de cuidado antes de dar impulso à acção. Se o não fizer, incorrerá em responsabilidade por comportamento processual inadmissível.

12. Esta conclusão, seguramente anómala perante todos os dados, só poderá ser revertida perante uma alteração do desenho legal da responsabilidade do requerente de insolvência. Não é, aqui, possível anulá-la com argumentos extraídos da ordem constitucional. Na verdade, se é certo que a Constituição tutela a propriedade privada, certo é, também, que esta tutela não é absoluta. E não pode, sem mais, assentar-se no art. 62.º CRP – assim como veremos suceder perante outras regras constitucionais, nomeadamente, o art. 26.º CRP – uma delimitação absoluta da margem do legislador ordinário. A Constituição proíbe-o de criar esquemas de privação da propriedade sem contrapartidas quando essa ablação tenha na sua origem o interesse público. E mais: a privação da propriedade não pode ser arbitrária, deve ser justificada pelo interesse público.

Mas é isto e só isto que resulta do art. 62.º da Constituição. Dele não se pode inferir, de ponto algum, que o legislador constitucional haja

¹⁰ GUIDO TEDESCHI, Il giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, p. 101 e segs.

imposto ao legislador ordinário uma específica configuração do elemento subjectivo dos tipos de ilícito dos quais depende a criação de deveres de indemnizar quando a propriedade é atingida. Ler no art. 62.º CRP uma instrução vinculante dada ao legislador ordinário para que parametrize os deveres de indemnizar danos provocados na propriedade pelo art. 483.º CC é dele inferir algo que lá não está.

13. A solução do art. 22.º do CIRE é boa?

Supomos, pelas razões expostas, que não. Porquanto se podem compreender os fundamentos do novo sistema de insolvência, ele não impõe um desnivelamento dos deveres de cuidado do requerente em seu benefício. Neste sentido se vem pronunciando toda a doutrina. O nosso sistema tem uma solução que nos parece incompreensível¹¹. Sabendo-se que a insolvência é um meio de grande impacto na vida do devedor, sabendo-se que a declaração do estado de insolvente deve ocorrer num curtíssimo espaço de tempo, com uma clara repercussão sobre a actividade instrutória¹², não se compreende como veio o legislador determinar, no art. 22.º do CIRE, que a responsabilidade pelos prejuízos causados ao devedor e aos credores por aquele que requeira a declaração de insolvência dependa de uma actuação dolosa.

¹¹ MENEZES LEITÃO, logo desde a primeira edição do seu Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, de Maio de 2004, sub art. 22.º, n. 2, posição que mitiga a partir da 3.ª edição e que mantém na 4.ª edição da mesma obra. A alteração da posição do Autor é acompanhada pela restrição que opera na regra de equiparação da culpa grave ao dolo, no vol. I do seu Direito das Obrigações.

Manifestando idêntica perplexidade face ao texto legal, PEDRO DE ALBUQUERQUE, Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo, p. 153 e segs.; MENEZES CORDEIRO, Litigância de má fé, abuso do direito de acção e *culpa in agendo*, p. 187 e segs.; CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, I, sub. art. 22.º, n. 3. PAULA COSTA E SILVA, A liquidação da massa insolvente, p. 730 e seg., anotando o desnível do art. 22.º do CIRE face ao art. 456.º/1 CPC, mas restringindo a equiparação da culpa lata ao dolo na sequência das ponderações feitas pelo legislador no CPC39.

¹² Veja-se, v.g., o que relata PAOLA MARZOCCHI, La disciplina delle spese e dei danni da responsabilità aggravata in caso di rigetto dell'istanza di fallimento, p. 851 e segs., quanto ao formalismo da justificação de impossibilidade de ressarcimento de despesas e danos, por aplicação do regime dos arts. 91.º e 96.º, na fase pré-contenciosa (camcrale) do processo de falência/insolvência, seguida até ao final da década de noventa do século passado em Itália.

14. A solução do art. 22.º do CIRE, que não é boa, pode ser corrigida pelo aplicador do direito?

Veja-se: a correcção a operar implica alterar as valorações dadas ao sistema pelo legislador num caso em que a solução é inconveniente. Mas em que, apesar da sua inconveniência, a solução não briga com o texto fundamental.

Pode o aplicador alterar a valoração realizada pelo legislador?

No caso, pretende-se uma alteração que implica uma expansão do tipo de ilícito.

Esta expansão visa parametrizar o tipo de ilícito do art. 22.º CIRE pelo tipo de ilícito – e, neste momento, as posições dividem-se – do art. 456.º/2 ou do art. 483.º/1 CC.

Primeiro dado: o legislador que desenha a solução do art. 22.º CIRE move-se num sistema que contém, à data de criação desta regra, um tipo central assente na negligência grosseira e tipos especiais, assentes em negligência simples. O legislador conhece o seu sistema. A valoração especial a que procedeu no art. 22.º CIRE não será arbitrária.

Em segundo lugar, uma razão metodológica, ancorada na distinção entre as diversas funções do Estado. Só perante a identidade valorativa se pode justificar a expansão de um tipo de ilícito a situações por ele não atingidas. E, ainda assim, há que avançar com a maior prudência como nos demonstram as tensões entre o princípio da legalidade e da tipicidade penais em confronto com técnicas como a dos exemplos-padrão¹³. Mas não cabe ao aplicador ampliar a valoração em si. Esta é função do legislador.

15. O art. 22.º CIRE é bom?

Não, o art. 22.º CIRE é inconveniente.

Deve ser mudado?

Supomos que sim. Mas, neste momento, mudámos de plano. Entrámos no plano da política legislativa.

¹³ TERESA SERRA, Homicídio qualificado. Tipo de culpa e medida da pena. Contributo para o estudo da técnica dos exemplos padrão no artigo 132.º do Código Penal.