

ebook

**III JORNADAS DE
DIREITO DA FAMÍLIA
E DAS CRIANÇAS**

diálogo teórico-prático



ORDEM DOS ADVOGADOS
CONSELHO REGIONAL DE LISBOA

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

**CONSEQUÊNCIAS DO
PROCESSO DE INSOLVÊNCIA
NAS PROVIDÊNCIAS TUTELARES
CÍVEIS**

Pedro Faria

Procurador da República no

Juízo de Família e Menores do Porto

CONSEQUÊNCIAS DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA NAS PROVIDÊNCIAS TUTELARES CÍVEIS

Pedro Faria

Procurador da República no Juízo de Família e Menores do Porto

Sumário

I. Introdução. II. A tutela e a administração de bens. III. Responsabilidades parentais. IV. Inibição / limitação das responsabilidades parentais.

I. Introdução

A presente comunicação pretende identificar alguns dos reflexos da declaração de insolvência no exercício das responsabilidades parentais, procurando encontrar as suas expressões processuais mais relevantes no conjunto das providências previstas no artigo 3.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante RGPTC) – aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro.

A perspetiva adoptada terá sempre como preocupação primordial a procura de mecanismos processuais que permitam a maior e melhor salvaguarda do interesse dos filhos, encontrando formas de absorver o impacto da insolvência dos titulares das responsabilidades parentais no acesso aos meios que permitem o pleno desenvolvimento e a formação das crianças e jovens.

No nosso modelo de Estado de Direito:

- i. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros – n.º 1, do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) – aprovada pelo Decreto de aprovação da Constituição publicado em Diário da República n.º 86/1976, Série I de 10/04/1976;

- ii. As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral – n.º 1, do artigo 69.º da CRP;
- iii. Todas as crianças têm direito a um nível de vida suficiente, de forma a permitir o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, cabendo primordialmente aos pais e às pessoas que têm a criança a seu cargo a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança – artigo 27.º da Convenção sobre os Direitos da Criança – aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12/09/1990, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12/09/1990.

São estes os princípios que encontram expressão no RGPTC, onde se preveem as providências destinadas a proteger os interesses dos filhos quando estes conflituem com os interesses dos pais (ou dos seus credores), fazendo a concordância prática dos seus direitos com os direitos de terceiros sobre o património dos pais.

Sendo o processo de insolvência um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na liquidação do património do devedor insolvente e repartição do produto obtido pelos credores [artigo 1.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante CIRE) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março], e sendo o seu objetivo precípuo a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores (Ponto 3. do Preâmbulo do CIRE), não é difícil identificar a tensão que poderá existir entre o interesse dos filhos e o interesse de terceiros credores dos seus pais.

Por não ser possível, no contexto desta comunicação, uma análise exaustiva do reflexo da insolvência em todas as providências tutelares cíveis ela será limitada à tutela e administração de bens, à regulação do exercício das responsabilidades parentais e às providências limitativas das responsabilidades parentais.

II. A tutela e a administração de bens

O instituto da tutela, prevista no artigo 1921.º do Código Civil (doravante CC) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro –, constitui uma forma de suprir, na sua globalidade, o exercício das responsabilidades parentais, pressupondo, por isso, a impossibilidade de tal exercício por aqueles a quem ele caberia em primeira linha.

A administração de bens, prevista no artigo 1922.º do CC, é também uma forma de suprir o exercício das responsabilidades parentais, mas apenas quanto à representação dos interesses do filho que se inscrevem exclusivamente na sua esfera patrimonial.

No que diz respeito à tutela, importa referir que a declaração de insolvência de um dos titulares das responsabilidades parentais não constitui fundamento para que seja instituída, uma vez que apenas a inibição decretada quanto à regência da pessoa do filho está prevista no artigo 1921.º do CC.

A insolvência, contudo, impede o exercício pleno das funções de tutor na medida em que a Lei veda que o insolvente possa administrar o património da criança ou do jovem – artigo 1933.º do CC.

O insolvente pode, contudo, ser nomeado tutor desde que as suas funções excluam a administração do património, ou seja, limitando a sua actuação aos aspetos que compreendam a residência da criança e a tomada de decisões que tenham natureza estritamente pessoal.

Numa situação em que tal suceda, em que a proximidade afetiva e existencial da criança com uma determinada pessoa justifique uma cisão entre a regência do património e a regência da pessoa do representado, há que proceder à nomeação de um administrador de bens, em conformidade com o disposto no artigo 1922.º do CC e de acordo com os termos que se contêm nos artigos 1967.º e ss. do mesmo Código.

A insolvência superveniente do tutor já nomeado poderá ser fundamento para a sua remoção, se a sua atuação, globalmente perspetivada, revele a falta de cumprimento dos deveres próprios do cargo (o que acontecerá, por exemplo, se o tutor usar em proveito próprio o património da criança ou revelar uma desconsideração dos interesses desta), conforme dispõe o artigo 1948.º do CC.

Na eventualidade de a avaliação global da atuação do tutor posteriormente insolvente permitir, ainda assim, um juízo positivo sobre a forma como cuidou e representou os interesses da criança, constatando-se uma relação afetiva relevante entre ambos, poder-se-á proceder à nomeação de um administrador de bens.

Nesta hipótese, a decisão que instituiu a tutela será reconfigurada, restringindo a atuação do tutor à regência da pessoa da criança e nomeando um administrador do seu património, afigurando-se que tal deverá constituir um incidente da acção que instituiu a tutela.

No que respeita à administração dos bens do menor, o artigo 1970.º do CC estabelece a proibição absoluta de serem nomeados administradores pessoas declaradas insolventes, o que se compreende considerando o escopo da providência.

A insolvência dos progenitores como fundamento da providência que institui a administração de bens será tratado mais adiante, quando falarmos dos efeitos limitativos da declaração de insolvência sobre as responsabilidades parentais.

III. Responsabilidades parentais

A assinalável complexidade do conjunto de deveres e de direitos que integram as responsabilidades parentais leva a que a declaração de insolvência de um dos progenitores (ou até de ambos) tenha que ser considerada na determinação do regime do seu exercício no caso de cessação da vida em comum.

O efeito mais imediato respeita, claro, à fixação dos alimentos devidos aos filhos e à forma de os prestar, mas haverá outros que, de forma mais mediata, podem influir na configuração do regime de exercício das responsabilidades parentais.

Assim, por exemplo, note-se que a al. c), do n.º 1 do artigo 36.º do CIRE determina que na sentença que declara a insolvência seja fixada a residência do insolvente.

A fixação da residência representa uma limitação da liberdade do insolvente que visa garantir que cumpre o seu dever de colaboração e pretende evitar que se exima às responsabilidades que para ele decorrem da declaração de insolvência.

Ora, a residência obrigatória de um dos progenitores pode ter um efeito mediato sobre a gestão dos atos da vida corrente da criança, desde logo, se se entender que a ausência da residência por período relevante tem que ser autorizada pelo Tribunal.

Refira-se que há segmentos da doutrina que entendem como ausência relevante um período superior a cinco dias, evocando o estatuído no artigo 196.º do Código de Processo Penal (doravante CPP) – aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro¹.

Este efeito pessoal da declaração da insolvência, contudo, apenas deverá ser ponderado na fixação do regime de exercício das responsabilidades parentais na medida em que as necessidades particulares da criança possam determinar que tenha que estar ausente, acompanhada pelo pai ou pela mãe, por períodos consideráveis e imponderáveis, tendo, portanto, em princípio uma relevância residual. Assim, no que toca às consequências da obrigação de fixação de residência do progenitor insolvente, apenas na medida em que a limitação da liberdade de movimentação do progenitor possa afetar a necessidade de movimentação do filho, deverá ser ela ponderada nos termos em que serão exercidas as responsabilidades parentais.

O particular impacto da declaração de insolvência em sede de providência tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais dá-se na fixação da contribuição do progenitor insolvente para o sustento do filho.

A situação financeira e patrimonial dos progenitores, a par das necessidades dos filhos, é ponderada na definição do montante da prestação de alimentos (artigo 2004.º do CC) e a insuficiência associada à declaração de insolvência reveste clara relevância neste âmbito.

Deve, contudo, ter-se presente que a declaração de insolvência não oblitera o dever especial de prestar alimentos a que os pais estão obrigados.

O dever de alimentos é um efeito da filiação, é inerente a essa relação e, por isso, não cessa com o divórcio, separação judicial ou de facto ou com a situação de ausência (artigos 1905.º e 1912.º, ambos do CC), tratando-se de uma obrigação indisponível,

¹ Neste sentido, Maria do Rosário Epifânio, *Manual do Direito da Insolvência*, 7.ª Ed.ª, Almedina, Coimbra, p. 103.

imprescritível e impenhorável, conforme decorre também dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2008.º, al. b), do n.º 1 do artigo 853.º e n.º 1, do artigo 298.º, todos do CC.

Assim, o instrumento que define o regime de exercício das responsabilidades parentais, seja um acordo ou uma sentença, tem que fixar a forma como cada um dos progenitores contribui para o sustento dos filhos, determinando uma prestação de alimentos a cargo do progenitor não residente ou, em caso de residências alternadas, do progenitor que tenha uma situação financeira mais favorável, para que assim seja alcançada a desejável consistência na prestação dos cuidados devidos ao filho.

Relembre-se, por outro lado, que cabe exclusivamente ao Juízo de Família e Menores, no âmbito das providências previstas no RGPTC, considerando o disposto no artigo 123.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário – aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto –, a fixação dos termos em que são exercidas as responsabilidades parentais, o seu concreto conteúdo e, portanto, a determinação do valor da prestação de alimentos de acordo com os critérios legais dos artigos 2004.º e 2005.º do CC.

Isto posto, note-se ainda que, por efeito do disposto nos n.ºs 1 e 2, do artigo 46.º do CIRE, deve considerar-se que a massa insolvente integra apenas a parte penhorável dos rendimentos do trabalho que o insolvente eventualmente desenvolva, calculada nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 738.º do CPC².

Será esse, então, o rendimento disponível a ponderar como ponto de partida da fixação do valor da prestação de alimentos, que será sempre uma obrigação própria do insolvente, pelo cumprimento da qual ele é pessoalmente responsável.

Sendo pedida e deferida a exoneração do passivo restante, nos termos do artigo 236.º do CIRE, a cessão do rendimento do insolvente tem que salvaguardar o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, conforme impõe a al. b) e i), do n.º 3 do artigo 239.º do CIRE, cabendo fixar o *quantum* da prestação de alimentos de acordo com o valor disponível fixado no processo de insolvência.

² Em anotação ao artigo 46.º do CIRE, Luís Alberto Carvalho Fernandes / João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*, 3.ª Ed.ª, Quid Iuris, p. 292, escrevem: “(...) a massa não abrange a totalidade dos bens do devedor susceptíveis de avaliação pecuniária mas tão só os que forem penhoráveis, e não excluídos por disposição especial em contrário, acrescidos dos que, não sendo embora penhoráveis, sejam voluntariamente oferecidos pelo devedor, conquanto a impenhorabilidade não seja absoluta”.

O conceito de agregado familiar, a que a referida norma faz apelo, deve aqui ser interpretado de forma abrangente, de modo a abranger o filho em relação ao qual o insolvente está obrigado a alimentos, ainda que resida com o outro progenitor. De outra forma, estar-se-ia a estabelecer um tratamento mais favorável para os filhos que efetivamente residem com o insolvente, sem que exista qualquer fundamento material que justifique a compressão dos direitos daqueles que com ele não residem, mas que dele também dependem.

Mesmo que o progenitor insolvente obrigado a alimentos não tenha qualquer rendimento disponível, ainda assim, deve ser fixada uma prestação que corresponda à contribuição mínima que permite proporcionar aos filhos as condições para que se desenvolva de forma digna e integral.

Como se escreve no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/03/2015, proferido no processo n.º 1014/08.8TMCBR-M.C1³, o princípio da proporcionalidade previsto no n.º 1, do artigo 2004.º do CC contende com a medida da obrigação e não com a obrigação propriamente dita, devendo intervir apenas depois de salvaguardado o limite mínimo da obrigação de alimentos, que incumbe ao progenitor independentemente das suas condições económicas, e que se considera indispensável à sobrevivência e desenvolvimento do menor.

Na providência de regulação das responsabilidades parentais tem, portanto, que ficar estabelecida a prestação de alimentos devida pelo progenitor insolvente, não sendo sustentável entendimento diverso.

Na eventualidade de a declaração de insolvência ser superveniente, ou seja, ocorrer depois de ter sido fixado o regime de exercício das responsabilidades parentais, tal circunstância pode fundar um pedido de alteração do valor da prestação por parte do progenitor obrigado a alimentos, nos termos do artigo 42.º do RGPTC.

Por outro lado, apenas no âmbito da providência de alteração poderá ser modificado o valor da prestação.

Quer-se com isto sublinhar, que se entende que a determinação da prestação de alimentos, que se impõe por força da regulação das responsabilidades parentais, tem que ser sempre efetuada com recurso às formas que a Lei prevê para esse específico efeito.

³ Disponível em www.dgsi.pt.

Assim, a fixação da prestação de alimentos no processo de regulação das responsabilidades parentais não se confunde com o estatuído no artigo 93.º do CIRE⁴ que prevê que o direito a exigir alimentos do insolvente, relativamente a período posterior à declaração de insolvência, só pode ser exercido contra a massa se nenhuma das pessoas referidas no artigo 2009.º do CC estiver em condições de os prestar, devendo, neste caso, o juiz do processo de insolvência fixar o respectivo montante.

Esta norma apenas dispõe sobre a responsabilidade da massa em prover pelos alimentos e não já sobre a existência e configuração, na esfera jurídica do insolvente, da obrigação em que se funda a prestação.

A atribuição à massa insolvente do encargo de suportar os alimentos devidos pelo insolvente é de natureza profundamente subsidiária: pressupõe, desde logo, que a massa integre rendimentos, por outro lado, que inexistam rendimentos que não integrem a massa, depois, a impossibilidade de os obter mediante o exercício de atividade profissional e, finalmente, não poderem ser prestados por qualquer uma das pessoas identificadas no artigo 2009.º do CC.

O artigo 93.º do CIRE prevê, em meu entender, uma forma concorrente de obter o pagamento da prestação de alimentos, nos casos em que o obrigado não os possa prestar por meio dos rendimentos que não integram a massa insolvente e é privativa do processo de insolvência, não se confundindo com a prestação fixada em sede de regulação das responsabilidades parentais. Nesta medida, o seu conteúdo não tem que corresponder ao que foi fixado no regime de exercício das responsabilidades parentais.

Note-se que cabe ao juiz do processo de insolvência fixar a medida dos alimentos, o que fará atendendo também aos interesses dos credores e assim introduzindo um novo fator de ponderação, estranho à providência tutelar cível de regulação.

Neste caso, os alimentos serão prestados pela massa diretamente ao beneficiário.

Aqui chegados cumpre ensaiar uma síntese conclusiva intermédia:

- O progenitor insolvente que tenha rendimentos não integrados na massa insolvente continua pessoalmente obrigado a prestá-los, afetando uma parcela

⁴ “O direito a exigir alimentos do insolvente relativo a período posterior à declaração de insolvência só pode ser exercido contra a massa se nenhuma das pessoas referidas no artigo 2009.º do CC estiver em condições de os prestar, devendo, neste caso, o juiz fixar o respetivo montante”.

desses rendimentos a tal finalidade, sem qualquer interferência do processo de insolvência;

- Apenas na eventualidade de o progenitor insolvente não ter meios para prestar os alimentos, será a massa chamada a prestá-los, nos termos que constam do artigo 93.º do CIRE;
- Na hipótese prevista no artigo 93.º do CIRE, o valor da prestação de alimentos é fixado autonomamente, apenas produzindo efeitos no âmbito do processo de insolvência e enquanto este não for encerrado, pois que após o seu encerramento, “renasce” a prestação fixada no âmbito do regime de exercício das responsabilidades parentais.

Questão que tem vindo a suscitar algumas dificuldades é o tratamento a dar às situações em que, iniciado o processo de insolvência, está em curso a dedução da prestação de alimentos no salário auferido pelo progenitor insolvente, por aplicação do disposto no artigo 48.º do RGPTC.

Na prática judiciária, estando a ser deduzido o valor da prestação de alimentos no salário auferido pelo progenitor insolvente, não é incomum que o processo do Juízo de Família e Menores onde foi determinada a aplicação do mecanismo previsto no artigo 48.º do RGPTC receba uma comunicação do administrador da insolvência, para que a dedução seja suspensa, invocando o disposto no artigo 88.º do CIRE⁵.

Ora, afigura-se que este pedido não tem fundamento, desde logo por o mecanismo previsto no artigo 48.º do RGPTC apenas de forma muito imprópria poder ser qualificado como ação executiva ou diligência executiva.

Efetivamente, o artigo 48.º do RGPTC consagra um procedimento atípico, de natureza pré-executiva, com uma finalidade imediata de cobrança e uma finalidade mediata de garantia de cumprimento do crédito alimentício.

⁵ Cf. n.º 1, do artigo 88.º do CIRE: “a declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer ação executiva intentada pelos credores da insolvência; porém, se houver outros executados, a execução prossegue contra estes”.

A efetivação do direito a alimentos prevista na referida norma é feita sem recurso ao figurino processual da acção executiva, bastando-se com a verificação do incumprimento da obrigação e não sendo objeto de uma ação autónoma.

Verificado o incumprimento no âmbito da ação prevista no artigo 41.º do RGPTC e sendo conhecidos ao obrigado rendimentos pelos quais se possa obter o pagamento da prestação, basta a notificação da entidade que processa os rendimentos para que parte deles fique afeta ao cumprimento da obrigação de alimentos.

Entende-se, por isto, que o artigo 48.º do RGPTC não integra o conceito de ação executiva ou de diligência executiva a que se refere o n.º 1, do artigo 88.º do CIRE, pelo que as deduções que garantem o cumprimento da obrigação de alimentos devem prosseguir no processo em que foram determinadas.

Na verdade, a natureza particular da obrigação de alimentos, que não é estruturalmente patrimonial, embora comporte essa dimensão, o facto de se fundar em direitos pessoais que são contrapartida de uma obrigação indisponível e por se tratar da afetação do rendimento a uma finalidade que o próprio processo de insolvência salvaguarda (o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar), obriga a que se considere que o mecanismo do artigo 48.º do RGPTC não é afetado pela declaração de insolvência.

IV. Inibição / limitação das responsabilidades parentais

A declaração de insolvência pode fundar uma inibição total ou parcial do exercício das responsabilidades parentais, na medida em que a situação de facto que lhe está subjacente revele uma infracção culposa dos deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando seja a manifestação de inexperiência, enfermidade, ausência ou de outras razões que impeçam cumprir tais deveres – artigo 1915.º do CC.

Não sendo um dos fundamentos de inibição de pleno direito taxativamente previstos no artigo 1913.º do CC, a providência inibitória das responsabilidades parentais tem que assentar num quadro fáctico que seja revelador de uma impossibilidade séria e potencialmente duradoura de prover minimamente às necessidades dos filhos.

Nesta sede tem particular relevância a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita, de acordo com o disposto nos artigos 185.º e 186.º do CIRE.

Em face de uma insolvência qualificada como culposa por se observarem os pressupostos do artigo 186.º do CIRE, ponderada a gravidade do contexto que a motivou e a consequente afetação grave dos direitos dos filhos, pode concluir-se por uma violação também ela grave do dever de assistência, que revela a inexistência de um substrato pessoal suficiente para cumprir os deveres caracterizadores das responsabilidades parentais.

Imagine-se, por exemplo, a persistente dissipação do património familiar em proveito próprio, de tal forma que a alimentação, a saúde e a educação dos filhos é seriamente prejudicada, pondo em risco a sua sobrevivência e o seu desenvolvimento.

O desbarato do património, a sua gestão egoísta porque centrada na realização dos interesses próprios de um ou de ambos os progenitores, pode constituir a manifestação de algo mais amplo, de uma profunda desconsideração ou impreparação para considerar os filhos como sujeitos de direitos particularmente vulneráveis.

Em situações de tal extrema gravidade, em que os direitos fundamentais dos filhos são postos em causa, é concebível que o Ministério Público ou qualquer uma das pessoas cuja legitimidade está prevista no artigo 52.º do RGPTC requeiram a inibição total do exercício das responsabilidades parentais.

Exceptuadas estas situações, que serão raras, a decisão do incidente de qualificação da insolvência que conclui pela sua natureza culposa tem, ainda assim, um efeito limitativo do exercício das responsabilidades parentais.

De facto, um dos efeitos da qualificação culposa da insolvência é a inibição do insolvente para administrar patrimónios de terceiros por um período compreendido entre 2 e 10 anos – al. b), do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE.

Ora, esta inibição determina uma compressão automática do exercício das responsabilidades parentais, uma vez que a administração dos bens dos filhos as integra, conforme n.º 1, do artigo 1878.º do CC.

Tratando-se de uma verdadeira limitação do exercício das responsabilidades parentais decretada pelo Juízo do Comércio, deverá ser comunicada ao Ministério Público do Juízo de Família e Menores para que tome as providências necessárias ao seu



suprimento. Esta obrigação decorre, além do mais, do disposto no n.º 2, do artigo 1923.º do CC.

Em tal situação considera-se desnecessária a interposição de providência limitativa das responsabilidades parentais nos termos do artigo 52.º e ss. do RGPTC uma vez que existe no ordenamento jurídico uma decisão transitada em julgada que determina a inibição para praticar atos de administração do património dos filhos.

A resposta processual a esta realidade será a ação destinada a instituir um regime de administração de bens nos termos dos artigos 1922.º e 1967.º e ss. do CC, encarregando-se um terceiro de gerir os aspetos patrimoniais da vida da criança, promovendo uma gestão que salvaguarde os seus interesses.