

O incidente de qualificação da insolvência

Fernando Paulo Marques Martins do Pilar

Dissertação de Mestrado em Direito

Especialização em Ciências Jurídico -Empresariais

Orientação: Prof. Doutora Maria João Mimoso

Outubro, 2016



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Fernando Paulo Marques Martins do Pilar

O incidente de qualificação da insolvência

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais apresentada à Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a Orientação da Professora Doutora Maria João Mimoso

Departamento de Direito

Outubro, 2016



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Agradecimentos

Aos meus pais e amigos, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Por fim, mas nunca menos importante, à Mestre Maria João Mimoso pelos seus ensinamentos ao longo deste percurso e por toda a disponibilidade demonstrada desde o primeiro momento.

Resumo

A presente dissertação de mestrado incide sobre o incidente de qualificação da Insolvência (incidente declarativo inserido no processo de insolvência) sendo este um instituto jurídico que suscita diversas dúvidas e controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência portuguesas.

Inspirado na *Ley Concursal* (LC) espanhola de 22/2003, de 9 de julho, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) através do DL 53/2004, de 18 de março, criou o já referido instituto que tem como principal finalidade averiguar se a insolvência é fortuita ou culposa.

Este incidente de qualificação da insolvência foi sofrendo alterações ao longo do tempo sendo que com a 6ª alteração do CIRE, LEI 16/2012, foi feito um “esforço” tanto no sentido de alcançar uma maior justiça social ao corrigir o erro do artigo 189º, nº2 al) b) do CIRE em que a palavra “inabilitação” foi substituída pela palavra “inibição” devido a inúmeros julgamentos de inconstitucionalidade da norma, como também no sentido de uma maior e mais eficaz responsabilização dos devedores e dos seus administradores de direito ou de facto, no caso de estes terem sido causadores da insolvência com comportamentos dolosos ou com culpa grave. Sublinha-se, então, a imprescindibilidade de proteger os interesses dos respetivos credores.

No presente trabalho, tentamos efetuar uma análise cuidada e esclarecedora de vários aspetos relativos ao incidente de qualificação da insolvência.

Palavras - chave: Incidente de qualificação da insolvência; Insolvência culposa; Dívidas; Sentença de qualificação.

Abstract

The present master's thesis focuses on the qualification incident Insolvency (declarative incident inserted in insolvency procedure) as being a legal institute that raises a number of questions and controversy, both in doctrine and Portuguese law.

Inspired by the *Ley Concursal* (LC) of the Spanish 22/2003 of 9 July, the Insolvency Code and Enterprise Recovery (CIRE) through the DL 53/2004 of March 18 has created the aforementioned institute whose main objective is to consider whether the insolvency is fortuitous or culpable.

This qualification incident of insolvency has undergone alterations along time, and with the 6th alteration of CIRE, LAW 16/2012, was made a "effort", both from the point of greater social justice to correct the error of Article 189^on^o2 al) b), the CIRE wherein the word "disablement" was replaced by "inhibiting" due to numerous unconstitutionality judgments of the norm and also towards a larger and more efficient accountability of debtors and their administrators in law or, in fact, in the case they have been causing insolvency with intentional behavior or grave offense. It is evident the indispensability to protect the interests of the respective creditors.

In this work, we tried to perform a careful and enlightening analysis of various aspects related to the qualifying incident of insolvency.

Keywords: Incident qualification insolvency; Culpable insolvency; Debts; Sentence qualification.

Índice

1. Introdução.....	8
2. Antecedentes Históricos	10
2.1. Evolução do Regime da Insolvência em Portugal.....	10
3. Administradores de Direito ou de Facto	13
4. O Incidente de Qualificação da Insolvência	16
4.1. Caracterização Geral	16
4.2. Tramitação Processual.....	20
4.3. Legitimidade.....	21
4.4. Modalidades.....	22
4.4.1. Incidente Pleno	23
4.4.2. Incidente Limitado.....	28
5. A Insolvência Culposa	30
5.1. Presunções Absolutas de Insolvência Culposa	32
5.2. Presunções Relativas de Insolvência Culposa	36
6. A Insolvência Fortuita	39
7. Efeitos da Qualificação da Insolvência como Culposa	40
7.1. Reflexões iniciais.....	40
7.2. Inabilitação/Inibição para a administração do património de terceiros	41
7.3. Inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de determinados cargos	44
7.4. Perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente	47
7.5. Obrigação de Indemnizar	48
Conclusões.....	52
Bibliografia.....	54
Jurisprudência	57
Legislação	58
Webgrafia	59

Mapa de Figuras

Figura 1 – Mapa da tramitação do incidente de qualificação da insolvência -

Página 24

Lista de Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Ac RC – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Ac RE – Acórdão do Tribunal da Relação de Évora

Ac RG – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães

Ac RL – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac RP – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

AI – Administrador da Insolvência

AL – Alínea

Art / arts. – Artigo / artigos

CC – Código Civil

C Com – Código Comercial

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF- Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

Ex. – Exemplo

LC – Ley Concursal

MP – Ministério Público

nº(s) - número(s)

OA – Ordem dos Advogados

p(p) – página(s)

ROC – Revisor Oficial de Contas

ss – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TOC – Técnico Oficial de Contas

1. Introdução

Em tempos em que se vive à escala global uma recessão económica, aquilo que em Portugal denominamos de “crise”, a insolvência assume um papel de destaque no nosso quotidiano.

Esta ideia fica bem patente com o surgimento do Anteprojeto de Diploma de Alteração do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), de 24/11/2011, e da Proposta de Lei 39/XII, de 30/12, desencadeados pelas políticas de austeridade, no âmbito do programa de auxílio financeiro a Portugal levado a cabo pela Troika – que significa, em termos políticos, uma aliança entre três entidades: Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia. Tendo como objetivo tornar a justiça mais rápida e eficaz, os referidos documentos deram origem à importante alteração produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20/04, diploma este de grande relevância na medida em que proporcionou grandes alterações no CIRE, nomeadamente no campo de ação da insolvência culposa, tema amplamente debatido ao longo do trabalho.

Na presente dissertação propomo-nos analisar o incidente de qualificação da insolvência, devido ao facto de ser um tema bastante vasto nas suas implicações, que suscita muitas dúvidas e controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência, e tentaremos abordar as matérias de maior interesse teórico e prático acerca do referido instituto jurídico.

Para o efeito, analisaremos, inicialmente, os vários Decretos-Leis e algumas das sucessivas alterações ocorridas ao longo do tempo, através de uma breve resenha histórica, fazendo ainda uma alusão ao conceito de administrador, pois a compreensão deste é importante para as questões acerca da qualificação da insolvência.

Seguidamente, tecemos considerações a propósito do incidente de qualificação de insolvência, em que se fará uma breve abordagem estatística

¹ PILAR, Fernando. 2016, Mestrando em Ciências Jurídico-Empresariais na Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

da qualificação de insolvência, efetuaremos também a caracterização do incidente de qualificação, dos seus pressupostos, da sua legitimidade e tramitação do incidente onde se destaca a modificação para a não obrigatoriedade de abertura do incidente na perspectiva de simplificar o processo de insolvência.

Continuamente, trataremos do regime específico da insolvência culposa e das suas especificidades em termos de presunções quer absolutas quer relativas, sendo de realçar, como veremos, que a insolvência fortuita se define pela negativa, ou seja, a que não se declare culposa.

Por fim, abordaremos os efeitos da qualificação da insolvência como culposa.

2. Antecedentes Históricos

2.1. Evolução do Regime da Insolvência em Portugal

Relembramos, desde logo, a lição de J. G. PINTO COELHO: “A falência importava, antigamente, uma incapacidade absoluta do falido, determinando até a sua morte civil; mas, com os progressos da civilização, suavizou-se a situação do falido, que passou a sofrer apenas incapacidade relativa, isto é, restrita a bens”².

O Direito da Insolvência, no nosso país, é repartido em três grandes fases: em primeiro lugar, a fase do sistema falência-liquidação, que vai desde os primórdios até ao Código de Processo Civil de 1961; em segundo lugar, a fase de falência-saneamento, que vai desde o Código de Processo Civil de 1961 até ao Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, de 2004; e, por fim, a fase de retorno ao sistema falência-liquidação, desencadeado pelo Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, de 2004³.

O instituto da insolvência surge sistematizado pela primeira vez no Direito Português, com a promulgação do Código Comercial de Ferreira Borges, em 1833. A partir desta data e com o passar dos anos, vários acontecimentos se desenrolaram, sendo que, muito sucintamente, os recordaremos, ou seja, o regime essencial dos efeitos patrimoniais manteve três pilares básicos: 1) privação do insolvente da administração dos seus bens; 2) proibição do exercício do comércio pelo insolvente; 3) enquadramento criminal das condutas geradoras de insolvência devidas a culpa do devedor.

Contudo, evoluiu, a partir da solução primitiva da incapacidade relativa do falido, já referida anteriormente na citação acima exposta, num sentido moderador das consequências da declaração de falência: 1) passando (a partir do Código das Falências de 1935) da incapacitação para a mera inibição do falido para administrar e dispor dos seus bens, geradora de mera ineficácia em relação à massa falida dos atos pelas quais ele a infrinja; 2) retirando (a partir do CIRE de 2004) carácter automático e duração ilimitada à proibição do falido

² CORREIA, Miguel J. Pupo. Inabilitação do insolvente culposo. In *“Insolvência e recuperação de empresas: uma realidade multidisciplinar”*, n.º 8 / 9, Universidade Lusíada. 28.10.2010. Lisboa. pp 238.

³ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *Direito da Insolvência*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina 2015. pp 45.

exercer o comércio; e 3) acalmando as consequências penais da falência, desde o “*degreço para toda a vida*” do Código Penal de 1852 até às penas de prisão maiores ou menores, consoante a imputação por dolo ou negligência à conduta dos agentes.

Todavia, esta tendência inverteu-se no DL n.º 53/2004, que aprovou o CIRE, não só ao agravar a pena de insolvência dolosa, mas também porque o CIRE veio adotar novas medidas punitivas da insolvência culposa. Este novo diploma visou, de um modo geral, colmatar as deficiências da legislação anteriormente em vigor – o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) – mas de um modo especial, afirmar “*uma mais correta perspetivação e delineação das finalidades e da estrutura do processo de insolvência*”⁴.

Este Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE)⁵, aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março⁶, com as sucessivas alterações introduzidas pelos vários Decretos-Leis, mudou o direito falimentar: acabou com a noção de falência⁷, ficando apenas com o conceito de insolvência⁸, que corresponde, como nos diz o artigo 3º, n.º 1 do CIRE, “*à situação do devedor que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”, sendo que estes conceitos não se confundem, pois além do referido, a insolvência não implica a inviabilidade económica da empresa ou a sua irrecuperabilidade financeira características da noção de falência.

⁴ Ponto 2 do Preâmbulo DL 53/2004, de 18/03.

⁵ Doravante, vai utilizar-se a sigla CIRE. Os preceitos desacompanhados de referência do respetivo diploma são respeitantes ao CIRE, salvo se do contexto resultar sentido contrário.

⁶ Alterado pelos Decretos-Leis n.º 200/2004, de 18 de agosto, 76-A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, 282/2007, de 7 de agosto, pelas Leis n.º 16/2012, de 20 de abril, 66-B/2012, de 31 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de fevereiro.

⁷ Que “*tinha a sua origem na raiz fall, comum ao verbo fallere, ao adjectivo fallax e ao substantivo fallacia, significando fingir, induzir em erro, ou falsidade nas promessas, o qual era utilizado para exprimir a violação da confiança de que gozava o comerciante perante os seus credores, ao não cumprir os seus compromissos (fidem fallente)*”. LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp 15.

⁸ Que significa o inverso de solvência esta “*tem origem no verbo latino solvere, que significa pagar, desatar, livrar, resolver*”. *ibid.* pp15.

No ponto 40 do Preâmbulo do CIRE, contemplamos um dos principais objetivos do legislador com a reforma introduzida pelo presente diploma que reside na “*obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas*”. É essa a finalidade do novo incidente de qualificação de insolvência.

Concluimos que, apesar de só com o CIRE se ter regulamentado o incidente de qualificação da insolvência, não passavam despercebidas ao legislador, as injustiças criadas pela não responsabilização dos agentes insolventes que atuavam com culpa, dolo ou negligência.

3. Administradores de Direito ou de Facto

O conceito de administração nem sempre corresponde à atividade desenvolvida pelo administrador de direito, ou seja, aquele que se encontra legalmente nomeado como titular de um cargo social ou designado no contrato de sociedade, figurando no registo comercial da sociedade e que exerce as suas funções regradamente.

Por outro lado, existem indivíduos que desempenham as funções intrínsecas à qualidade de administrador sem que para tal estejam habilitados. São estes sujeitos que são denominados, *lato sensu*, de administradores de facto.

Não confundir “*administração e representação da sociedade, pois uma coisa é a decisão dos destinos da sociedade e outra é a atuação para com terceiros em nome da sociedade*”⁹.

Temos no CIRE uma definição de administrador que está no artigo 6º, n.º1, sendo que relativamente à identificação, de quem é o administrador de direito, essa não levanta grandes obstáculos, pois a lei ou estatutos fornecem essa identificação; já relativamente ao administrador de facto, a sua identificação pode levantar sérias dificuldades, pois o ordenamento jurídico português não institui nenhuma definição legal, mas submete-o a consequências jurídicas muito relevantes, como são exemplos os artigos 82º, 186º e o 189º, n.º2, alínea e) do CIRE, em que temos aqui a concretização legislativa do reforço da responsabilização dos administradores de facto.

Tal encargo de identificação tem sido delegado na doutrina¹⁰ e na jurisprudência, que apoiadas no direito comparado (principalmente no

⁹ CABRAL, João Miguel Santos. *O administrador de facto*. In *Os Administradores de Insolvência – O Administrador de facto*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/15tmtdv2bv/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

¹⁰ Em que a noção ou figura do administrador de facto tem as suas raízes na categoria doutrinária, das relações contratuais de facto a qual existia desde 1941, sendo que chega a ser explicitada pelo Dr. Mota Pinto “*como as relações obrigacionais que surgem de puros comportamentos materiais sem ter em si mesmo um contrato onde estejam presentes normais declarações de vontade*”. *apud*. CABRAL, João Miguel Santos. *O administrador de facto*. In *Os Administradores de Insolvência – O Administrador de facto*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de janeiro de 2012. (acedido em 03/03/2016).

Italiano)¹¹, têm contribuído para a densificação desse conceito no Direito Português. E já que existem situações em que a lei (da insolvência) através do artigo 186º, n.º2, do CIRE, estabelece inequivocamente a equiparação¹² entre administrador de direito e o administrador de facto, é fundamental ter presente quais os requisitos que formam esse instituto jurídico.

Após o estudo efetuado, chegamos à conclusão que são três os requisitos que nos permitem “com segurança” detetar a presença de um administrador de facto.

I) Exercício positivo, real e efetivo da administração, com determinado grau de intensidade (qualitativo e quantitativo). Nas palavras de RICARDO COSTA¹³, é o “exercício positivo de funções de gestão similares ou equiparáveis às dos administradores formalmente constituídos”.

A referida intensidade qualitativa significa que a simples atividade de supervisão não deve ser encarada como administração de facto, sendo apenas relevante aquela atividade que se traduza em atos típicos de “gestão empresarial”.

A nível da intensidade quantitativa, não importa se o comportamento ocorreu mais do que uma vez, ou se, foi ocasional, desde de, que pela sua dimensão e relevo económico, tenham importância decisiva no funcionamento e subsistência da sociedade.

II) autonomia decisória, o que significa que a administração de facto não é compatível, com o conceito de subordinação.

III) conhecimento e/ou consentimento dos sócios e dos administradores de direito, sendo que quando estes últimos não estejam cientes da existência de um administrador de facto, a diminuição de poderes denuncia a sua presença.

¹¹ Na jurisprudência italiana foi nas relações contratuais de facto e também na doutrina que se começou a suportar a figura do administrador de facto, embora em muitos países esta figura não tenha o devido reconhecimento, o direito italiano tratava esta figura de forma importante.

¹² Equiparação esta também patente a nível do dever de lealdade pois todos os administradores (incluindo os de facto), devem atuar no interesse da sociedade em primeiro lugar. Este dever de lealdade interessa à insolvência porque muitos dos indícios da insolvência como culposa são manifestações claras da violação do dever de lealdade, por exemplo: perdoar a dívida, administrador vende ao desbarato os bens da sociedade entre muitos outros.

¹³ RAMOS, Maria Elizabete. *Insolvência da sociedade, responsabilidade civil do administrador de facto e poderes do administrador de insolvência*. In *Os Administradores de Insolvência – O Administrador de facto*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa, 20 de janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/56qlv8s9p/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

Até aqui, utilizamos o conceito mais amplo de administrador de facto, “*Em sentido amplo, é administrador de facto quem, sem título bastante, exercer, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade*”¹⁴.

Em bom rigor e de forma mais aprofundada, é de elucidar que existem três tipos de administradores de facto.

- Uma pessoa que atua notoriamente como se fosse administrador de direito, mas sem título bastante (Administrador de facto aparente);

- Uma pessoa, por exemplo: um sócio dominante que não quer expor-se aos riscos do estatuto de administrador, ostenta um estatuto diverso do de administrador (Administrador de facto oculto sob outro título);

- Uma pessoa sem qualquer cargo de administração ou função profissional na sociedade determina, habitualmente, a atuação dos administradores de direito (Administrador na sombra). Para estes últimos - os administradores “na sombra”, deve ser dispensada a já referida exigência do consentimento ou assentimento da sociedade, em detrimento de um outro que é imperativo: a necessidade de verificação de um poder efetivo de instrução. Este tipo de administração apresenta uma dificuldade acrescida em termos de prova, dado que configura uma situação mais complexa (Ex: bancos, seguradoras). Esta dificuldade de prova assenta na medida em que é preciso provar que a decisão, embora formalmente imputada ao órgão de administração, na verdade não foi tomada com a autonomia que a lei exige que seja efetivamente tomada.

Em conclusão, são três tipos de administração de facto que compõem o conceito, e que, conjugados com os requisitos enunciados, permitirão, face a um caso concreto, identificar o sujeito e, conseqüentemente, imputar-lhe os atos de má gestão que tenha praticado, ou seja, a importância da figura do administrador de facto é chamar à responsabilização civil, penal e tributária, sendo que aqui vamos-nos cingir só à responsabilidade civil das pessoas cujo nome não está no registo comercial como fazendo parte do órgão de administração.

¹⁴ *ibid.* (acedido em 03/03/2016). No mesmo sentido a opinião é também partilhada por COUTINHO DE ABREU.

4. O Incidente de Qualificação da Insolvência

4.1. Caracterização Geral

O incidente de qualificação da insolvência foi introduzido na lei portuguesa pelo DL 53/2004, de 18/03, por influência do direito espanhol, mais especificamente da *Ley Concursal* espanhola de 9 de julho de 2003¹⁵.

No CIRE, este incidente está regulado no Título VIII, nos artigos 185º a 191º. No capítulo I estão explicitadas as disposições gerais (artigos 185º a 187º), no capítulo II prevê-se o incidente pleno de qualificação da insolvência (artigos 188º a 190º) e no capítulo III estipula-se o incidente limitado de qualificação da insolvência (artigo 191º).

Este incidente de qualificação surgiu da necessidade de responsabilizar os sujeitos jurídicos que originam ou contribuem para situações de insolvência¹⁶, através da adoção de comportamentos dolosos ou com culpa grave e pela indispensabilidade de acautelar os interesses dos respetivos credores.

Constataremos, ao longo do presente trabalho, que este tema é muito vasto nas suas implicações e que esta exposição começará com uma vertente mais teórica passando depois para a parte da aplicabilidade prática da questão.

Segundo JOSÉ MANUEL BRANCO, a questão da qualificação é por vezes introduzida pela “*ruína*”.

Os administradores de insolvência idealizam uma empresa que anteriormente era um exemplo de produtividade, como uma casa abandonada em ruínas.

As causas desta “ruína” podem ser das mais variadas, sendo que nem todas elas relevarão para efeitos da responsabilização operada pelo incidente de qualificação de insolvência.

Em 50% dos casos, as empresas não sobrevivem aos primeiros 5 anos de vida. No entanto, o seu desaparecimento não é incompatível com o dinamismo económico.

¹⁵ Ponto 40 do Preâmbulo DL 53/2004, de 18/03.

¹⁶ A 6ª Alteração do CIRE estipulou, através da ordem estabelecida no seu artigo n.º1 que a finalidade principal da insolvência deveria ser a recuperação do devedor e, só depois, a liquidação do seu património.

A opinião pública associa muitas vezes a falência à fraude ou à incapacidade pessoal, mas na verdade é que só 4 a 6% das falências são fraudulentas. A maior parte das vezes, a falência é tão só a consequência direta da renovação empresarial¹⁷.

Este sentido de carácter residual da falência fraudulenta tem adesão prática e exemplos concretos nos tribunais de comércio portugueses.

Relativamente às alterações, uma breve nota para uma das principais que ocorreu com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que consiste na eliminação do carácter obrigatório¹⁸¹⁹ da abertura do incidente para toda e qualquer Insolvência declarada.

O Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18/03, aprovou o “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, introduzindo assim, neste momento, a figura da qualificação da insolvência, sendo a última alteração feita pelo DL N.º 26/2015, de 6 de fevereiro.

Esta consiste na averiguação das causas que conduzem à situação de Insolvência, podendo ser extraídas consequências sancionatórias quando verificados os respetivos pressupostos, o seu objeto é o sancionamento cível e não uma verdadeira punição, sendo autónoma a responsabilidade penal (artigos 185º e 297º do CIRE).

O incidente de qualificação de insolvência é um incidente que tem carácter declarativo enxertado no processo de insolvência.

Relativamente à sua responsabilidade, como já referido, esta é específica e autónoma à qual podem crescer as duas outras formas de responsabilidade genérica: uma na ordem judiciária penal (Ex: crimes como o favorecimento de credores ou a insolvência dolosa) e outra na dependência da ação cível.

Temos também como características deste o facto de ser apenso à ação e como tal tramitado (artigos 132º e 188º, n.º8 do CIRE); tem, ainda, como

¹⁷ (Comunicação da Comissão, de 5 de outubro de 2007, ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, em http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/l10133_pt.htm#)

¹⁸ Acórdão RC 10/03/2015 (Catarina Gonçalves). “a ser alterado pela citada Lei 16/2012 e, ao contrário do que sucedia antes, o incidente de qualificação de insolvência passou a ter carácter não obrigatório”. pp. 6/11.

¹⁹ No que à alínea i) do artigo 36º do CIRE, diz respeito, somos da opinião da eliminação do carácter obrigatório do incidente de qualificação da insolvência na medida em que, na grande maioria das vezes, os credores não apresentam alegações de qualificação da insolvência e o administrador de insolvência não tem ao seu dispor elementos que lhe permitam dar um parecer fundamentado, terminando, dessa forma, por ser um mero cumprimento de uma formalidade.

anteriormente referido, carácter facultativo, ou seja, é aberto, optativamente, pelo Juiz, por altura da declaração de Insolvência ou quando considere oportuno, após alegação do administrador da insolvência ou de algum interessado quanto ao carácter culposo; por fim, ainda de destacar a sua natureza urgente (artigo 9º, n.º1 do CIRE). Todas estas características serão analisadas e aprofundadas ao longo da dissertação.

Cabem duas decisões possíveis, em relação à finalidade do incidente de qualificação: a insolvência é qualificada como fortuita ou como culposa, (artigo 185º do CIRE). Esta norma refere ainda que, independentemente da qualificação atribuída, esta não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das ações a que se reporta o n.º2 do artigo 82º²⁰.

Está subentendido, no artigo 185.º do CIRE, o princípio da autonomia entre a decisão a proferir nas ações penais, nas ações a que se reporta o n.º2 do artigo 82.º, e a decisão a proferir no âmbito do incidente de qualificação da insolvência. RUI ESTRELA DE OLIVEIRA adverte para uma interpretação cautelosa desta norma: *“as ressalvas vêm afirmar, não o princípio da autonomia da decisão de qualificação da insolvência, mas a autonomia destas ações relativamente às decisões a proferir no incidente de qualificação”*²¹. Esta autonomia concretiza-se na circunstância de a decisão factual proferida no incidente não vincular o juiz dessas causas e na inexistência de uma relação de prejudicialidade entre a qualificação jurídica decidida no incidente e essas mesmas causas, ou seja, no âmbito do incidente de qualificação, o insolvente pode ser considerado como não culpado e penalmente pode vir a ser condenado, da mesma forma que, pode ser “sentenciado” como culpado na insolvência e ser absolvido no processo penal.

Concluimos que o incidente de qualificação não tem qualquer função punitiva, mas sim sancionatória, e como já exposto pode desencadear uma responsabilidade autónoma das outras.

²⁰ Após as leituras efetuadas na elaboração do presente trabalho, partilhamos da opinião de outros autores de que o artigo 185º do CIRE foi alvo de um lapso por parte do legislador, ou seja, houve uma omissão do legislador em relação à remissão prevista por esta norma. É que, tendo em conta a alteração ocorrida no artigo 82º pela Lei 16/2012, de 20/04, ou seja, a introdução de um novo n.º 2 e transposição do texto legal do antigo n.º2 para o atual n.º 3, partilhamos da opinião de que o artigo 185º deveria ter sido alterado conjuntamente.

²¹ OLIVEIRA, Rui Estrela de. *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*. in JULGAR – (maio / abril 2010), pp. 204.

Após a análise efetuada, debruçemo-nos, agora, sobre a insolvência culposa e a insolvência fortuita de forma mais particular.

Quanto à insolvência, esta é culposa “(...) *quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência*” (artigo 186.º, n.º 1 do CIRE)²².

Analisando o referido artigo, vemos três requisitos da Insolvência culposa:

1) O facto inerente à atuação, por ação ou omissão, do devedor, ou dos seus administradores, nos três anos anteriores ao processo de Insolvência.

2) A culpa qualificada (dolo ou culpa grave).

3) Nexa causal entre aquela atuação e a criação ou agravamento da situação de insolvência.

Logo, a insolvência será qualificada como culposa, quando no incidente sejam apurados factos imputáveis, a título de dolo ou culpa grave, a administradores de facto ou de direito e dos quais tenham resultado a criação da situação de insolvência ou agravados os seus efeitos.

A declaração de culpa partirá da comprovação do preenchimento de factos integradores de presunções legais, que permitem facilitar a tarefa ao julgador, sendo que a lei as estrutura em 2 patamares: presunções absolutas/inilidíveis (artigo 186º, n.º2) e as presunções relativas/ilidíveis (artigo 186º, n.º3 CIRE).

Relativamente ao já referido artigo 186º, n.º1 do CIRE onde nos diz “(...) *nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência*”, JOSÉ MANUEL BRANCO questiona-se quanto a este limite temporal, que cedo se revelou incorreto e insuficiente, devido a admitir-se que alguns dos factos relevantes para a qualificação da insolvência como culposa irão ocorrer forçosamente na vigência do processo e não anteriormente à sua instauração (exemplo: a falta de colaboração com o administrador de insolvência nomeado).

A insolvência fortuita não se encontra definida em nenhuma disposição do CIRE, bem como os critérios para o seu preenchimento, sucedendo também

²² Na opinião de RUI ESTRELA DE OLIVEIRA “são duas as ideias que ressaltam de uma primeira leitura da norma em questão. Em primeiro lugar, a distinção entre insolvência culposa e fortuita assume cariz nitidamente substantivo. Em segundo lugar, a insolvência deverá qualificar-se como fortuita quando, em face do disposto no artigo 186º, não for possível qualifica-la como culposa”. *ibid.* pp. 202.

que não é extraída qualquer consequência para os membros dos órgãos estatutários da pessoa coletiva ou para a pessoa singular que seja declarada insolvente e esta define-se “pela negativa”, sendo a que não se declare culposa.

Tudo o que tem sido dito faz “jus” à expressão utilizada por RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, em que afirma “o *coração da insolvência é a culposa*”²³.

4.2. Tramitação Processual

A tramitação do incidente de qualificação é feita por apenso ao processo de insolvência e, como todos os atos ocorridos na pendência deste processo, tem carácter urgente (artigo 9º e 132º do CIRE). A grande alteração a nível da tramitação aconteceu com a Lei n.º 16/2012, de 2004, em que este incidente deixou de ter carácter obrigatório e passou a ter carácter eventual²⁴.

Dispõe o artigo 36º, n.º1, alínea, i) do CIRE que, sem prejuízo do disposto no artigo 187º CIRE²⁵, o juiz pode proceder à abertura do incidente com carácter pleno ou limitado na sentença que declara a insolvência, se possuir elementos que justifiquem a sua abertura. Oficiosamente, este é o único momento em que o juiz pode proceder à abertura do incidente, sendo que, ainda mais tarde, o juiz apenas poderá fazê-lo através do requerimento apresentado por um dos intervenientes processuais legitimados pelo artigo 188º, n.º1 do CIRE.

²³ OLIVEIRA, Rui Estrela de. *O incidente de qualificação da insolvência*. In Centro de Estudos Judiciários, 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/14njhiy2mh/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

²⁴ Acórdão RC 10/03/2015 (Catarina Gonçalves). Sendo que a lei apenas prevê a sua abertura em duas situações: “na sentença em que se declara a insolvência (situação em que é aberto oficiosamente pelo juiz, caso disponha, nesse momento, de elementos que o justifiquem) ou num momento posterior, se o juiz o considerar oportuno em face das alegações que, a propósito dessa matéria, sejam efetuadas pelo administrador da insolvência ou qualquer interessado nos quinze dias subsequentes à realização da assembleia de apreciação do relatório (ou, tendo em conta o disposto no artigo 36º, n.º4, nos quinze dias subsequentes ao 45.º dia subsequente à prolação da sentença de declaração de insolvência, caso não haja lugar à aludida assembleia)”. pp.6/11.

²⁵ Dispõe este artigo que “Se o devedor insolvente houver já sido como tal declarado em processo anteriormente encerrado, o incidente de qualificação da insolvência só é aberto se o não tiver sido naquele processo em virtude da aprovação de um plano de pagamentos aos credores, ou for provado que a situação de insolvência não se manteve ininterruptamente desde a data da sentença de declaração anterior”.

Caso este incidente não seja aberto nos termos anteriormente expostos, temos de ter em conta o respeito pelos processos urgentes e o princípio da economia processual. Sendo assim, parece que o juiz na sentença que declara a insolvência poderá simplesmente omitir qualquer referência ao incidente de qualificação, não precisando de fundamentar a sua opção pela não abertura do mesmo, sucedendo assim que o dever de fundamentar só existirá no caso de o juiz decidir abrir o incidente. Atribuir ao juiz a faculdade de impulsionar este apenso e fundamentar esta decisão pode tornar-se num ato manifestamente oneroso para ele que pode até resultar num desincentivo à atividade probatória dos interessados, nos termos do artigo 188º do CIRE²⁶.

4.3. Legitimidade

A nível da legitimidade ativa, temos dois tipos de intervenientes: os forçosos (Administrador de Insolvência e Ministério Público) e os intervenientes facultativos (qualquer interessado que alegue no sentido do carácter culposo da insolvência).

A expressão “qualquer interessado” (artigo 188º, n.º1 CIRE) suscita dúvidas pelo facto de ser mais abrangente do que apenas qualquer credor, sendo por isso de admitir a alegação de um sócio ou de um gerente quanto ao carácter culposo da insolvência.

Comparativamente à insolvência fortuita e à legitimidade para o credor ou qualquer interessado a alegar, esta será negada, pois o artigo 188º, n.º1 é imperativo na exigência de a alegação ser no sentido da culpabilidade.

A legitimidade passiva abrange qualquer devedor passível de ser declarado insolvente (seja pessoa singular ou coletiva, património autónomo ou qualquer das demais previstas no artigo 2º, n.º1 do CIRE). Entre as pessoas singulares a atingir pela qualificação, encontram-se o administrador de facto ou de direito e os TOC/ROC, sendo estes últimos uma novidade introduzida pela Lei n.º 16/2012.

²⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *O incidente de qualificação da insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1jgpm7kaig/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

De realçar ainda que, nesta legitimidade passiva, distinguir-se-á a pessoa do devedor e a pessoa singular concretamente a afetar.

A ação de insolvência, nos moldes presentemente regulados, tem como principal característica o encadeamento sequencial dos atos processuais, visando com isto que uns sirvam para a prática da contagem dos prazos subsequentes, o que facilita a celeridade do processo, para não falar em termos das secretarias judiciais em que se verifica um grande alívio, pois ficam isentas das sucessivas notificações a que estavam sujeitas.

4.4. Modalidades

O incidente de qualificação da insolvência pode ter uma de duas modalidades²⁷: incidente pleno (artigos 188º e 189º) ou incidente limitado (artigo 191º). A distinção entre os dois assenta principalmente nos efeitos substantivos e processuais introduzidos por cada modalidade. De forma a uma melhor compreensão, devemos interpretar conjuntamente o artigo 188º do CIRE com o artigo 191º do CIRE, em que ficamos a perceber que o âmbito do incidente pleno se define por exclusão de partes. Deduz-se após a interpretação do artigo 191º, n.º1 que o incidente limitado só se aplica nos casos previstos nas normas nele especificamente indicadas. Nos restantes casos, processa-se o incidente pleno, sem prejuízo, contudo, do que está previsto no artigo 187º do CIRE, ou seja, nos casos em que o juiz, logo de início, se apercebe que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, não estando essa satisfação por outra via garantida, o incidente é tramitado, logo como incidente limitado (artigos 191º e 39º, n.º1, do CIRE). Essa situação pode ocorrer em resultado de comunicação do administrador da insolvência (artigo 232º, n.º 1 e 5 do CIRE).

²⁷ Seguimos de perto, neste caso concreto, o entendimento de LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA quando afirmam “o legislador não estabelece diretamente quando o incidente de qualificação da insolvência é pleno, nem fixa o critério da sua distinção do incidente limitado”. FERNANDES, Luís Carvalho, LABAREDA, João, *apud* OLIVEIRA, Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas de. Incidente de qualificação da insolvência. Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho. Escola de Direito. Abril de 2012, pp. 21.

Nos casos em que, no decurso do processo, após se verificar tal circunstância e esta ter sido comunicada pelo administrador da insolvência ao juiz, este profere decisão de encerramento do processo de insolvência, e o incidente, então a ser tramitado como incidente pleno, passa a ser tramitado como incidente limitado (artigos 191º e 232º, n.º5 do CIRE)²⁸.

Ainda relativamente à tramitação exposta, de realçar uma observação feita por JOSÉ MANUEL BRANCO que nos diz que o incidente de qualificação de insolvência, só agora que deixou de ser um apenso obrigatório do processo de insolvência, é que, processualmente, se tornou num verdadeiro incidente²⁹.

4.4.1. Incidente Pleno

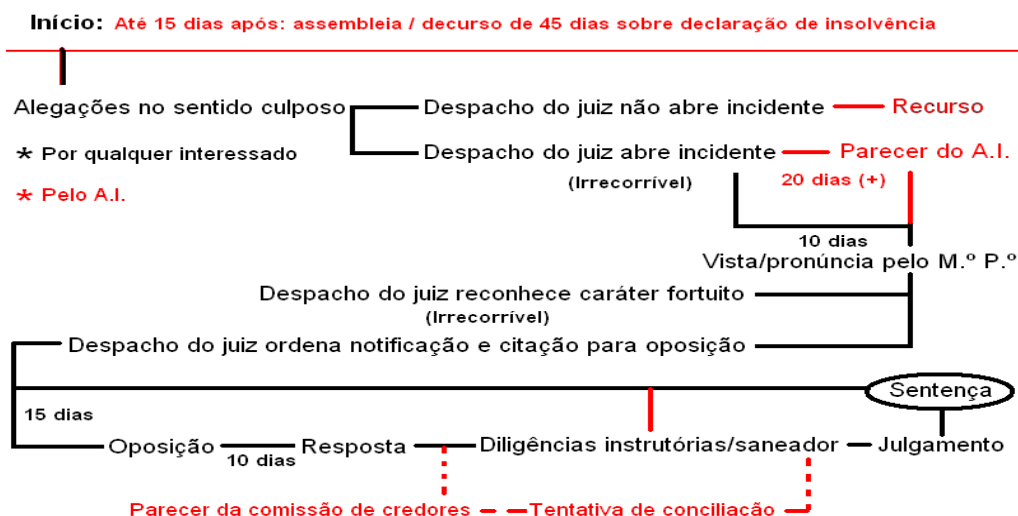
A tramitação do incidente pleno de qualificação está consagrada no artigo 188º do CIRE.

A seguinte figura permite fazer uma clara interpretação do presente incidente sendo que apenas com uma breve observação podemos ficar a entender a sua tramitação, ficando esta mais explicitada ao longo do presente trabalho.

²⁸ É importante referir que pode surgir convalidação do incidente pleno em incidente limitado, e vice-versa. A referida convalidação pode ser eventual, a hipótese do artigo 232º, n.º5 do CIRE, ou necessária, quando é imposta por lei, nos termos do artigo 39º, n.º4 do CIRE, no requerimento de complemento da sentença.

²⁹ "(...) por definição, o incidente de uma ação é algo que pode haver ou não, mas na prática, a lei determinava que ele existia sempre. Portanto, era um apenso obrigatório, não era propriamente um incidente no sentido estritamente processual". BRANCO, José Manuel. *Novas questões na qualificação de insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 30 de novembro 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1e0e4ovk11/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

Figura 1 – Mapa da tramitação do incidente de qualificação da insolvência³⁰



O artigo 188º do CIRE retrata-nos a já supracitada tramitação. No seu n.º1, verificamos que, caso o juiz não abra o incidente de qualificação na sentença que declara a insolvência, não fica inviabilizada a hipótese de ser aberta em momento posterior, que tem o seu início até 15 dias após a assembleia de apreciação do relatório/ decurso de 45 dias sobre a data de prolação da sentença de declaração da insolvência³¹. As alegações em sentido culposo são efetuadas por qualquer interessado³² ou pelo administrador de insolvência³³ e, seguidamente, o juiz conhece dos factos alegados e, se considerar oportuno, declara aberto o incidente de qualificação da insolvência nos 10 dias subsequentes, despacho este que é irrecorrível, sendo de imediato

³⁰ CEJ. *Processo de Insolvência e Ações Conexas*. Formação Contínua, Lisboa, 2014. Centro de Estudos Judiciários. p.317.

³¹ Terminados os prazos dispostos, não se prevê em momento posterior nova oportunidade para requerer a abertura do incidente.

³² Este é, como anteriormente referido, um interveniente facultativo. Para RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, “*estes interessados devem ter um interesse legítimo no incidente e as alegações que apresentam devem invocar factos que conduzam à qualificação da insolvência, unicamente, como culposa*”. OLIVEIRA, Rui Estrela de. O incidente de qualificação da insolvência. In Centro de Estudos Judiciários, 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/14njhiy2mh/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

³³ Anteriormente o administrador da insolvência, não pertencia ao grupo de pessoas com legitimidade para requerer a abertura do incidente, cremos que ocorreu um lapso do legislador na altura, até porque hoje em dia essa legitimidade existe e bem no nosso entendimento.

publicado no portal *Citius* n.º 2 do artigo 188º do CIRE; por outro lado, caso este não abra o incidente é possível recurso.

Aberto o incidente de qualificação, oficiosamente ou a pedido de algum interessado que não o administrador de insolvência, este último dispõe de prazo de, pelo menos, 20 dias³⁴ para proceder à elaboração de um parecer fundamentado segundo o n.º3 do artigo 188º do CIRE. O parecer e as alegações anteriormente referidas vão com vista ao Ministério Público³⁵ para que este se pronuncie no prazo de 10 dias (n.º4 do artigo 188º do CIRE). Se o administrador de insolvência e o M.P propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz pode³⁶ proferir de imediato decisão nesse sentido e, caso o faça, esta é insuscetível de recurso (n.º5 do artigo 188º do CIRE); no entanto, caso isso não aconteça, o juiz por despacho ordena a notificação e a citação para a oposição³⁷ daqueles que no seu entendimento devem ser afetados pela qualificação, sendo que estes têm o prazo de 15 dias (n.º6 do artigo 188º do CIRE) e quem assuma posição contrária à das oposições pode responder-lhe no prazo dos 10 dias subsequentes ao limite do prazo referido anteriormente (n.º 7 do artigo 188º do CIRE).

Seguidamente e após concretizado o formalismo específico do incidente, com a apresentação das alegações no sentido culposo e a abertura do incidente, seguida dos pareceres dos intervenientes forçosos, os demais

³⁴ Pode ser fixado um prazo mais longo pelo juiz, artigo 188º, n.º3 do CIRE. " *Tem-se considerado que este prazo não é peremptório, mas meramente ordenador, podendo o juiz instar o administrador a apresentar o parecer. Neste sentido, cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência, sub artigo188º, n.º 9, p.618, e, na jurisprudência, Ac. RC 23/1/2008 (FALCÃO DE MAGALHÃES), em CJ 33 (2008), 1, pp.13-17. Em sentido contrário, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, O Direito 142º (2010), V, p.956, entende ser o prazo peremptório, tendo a omissão do administrador por efeito propor a qualificação da insolvência como fortuita." apud. LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. ob. cit. p.256.*

³⁵ "Se o administrador de insolvência surge no incidente de qualificação por razões que se ligam ao seu suposto natural conhecimento da factualidade que envolve a insolvência, o Ministério Público surge como natural garante do interesse público da segurança e confiança no tráfego jurídico económico e comercial, que, como vimos, constitui o interesse que aqui se pretende em primeira linha tutelar". OLIVEIRA, Rui Estrela de. ob. cit., p.223.

³⁶ "Trata-se agora de uma opção fazê-lo, pois entendia haver-se violação da sua reserva de competência jurisdicional, bem como do princípio do inquisitório (artigo11º)". MAGALHÃES, Carina Alves de. *O incidente de qualificação da insolvência*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto. Fevereiro 2014. P.14.

³⁷ "A falta de opinião dos visados não tem como consequência, a confissão ficta dos factos alegados previamente, uma vez que estamos perante uma relação jurídica controvertida de carácter indisponível". RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, apud OLIVEIRA, Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas de. ob. cit. p. 36. JOSÉ MANUEL BRANCO assume uma posição contrária, defende que existe um receio por parte da magistratura na aplicação da sentença de preceito pela falta de oposição. No seu entender por força do artigoº 17 do CIRE, não há que recear essa medida.

“passos” do processo são reenviados pelo n.º8 do artigo 188º para os artigos 132º a 139º do CIRE, com as devidas adaptações.

A “problemática” acerca deste reenvio tem suscitado diversas questões, sendo que segundo JOSÉ MANUEL BRANCO, o que está conjecturado nos artigos 132º a 135º, não parecem de todo aplicáveis ao incidente da qualificação, salvo quanto à pertença no mesmo e único apenso artigo 132º como já havia sido referido nas características do incidente.

Este autor questiona-se, ainda, se terá sido pretendida a inserção de um parecer da comissão de credores (artigo 135º do CIRE), sobre o teor da oposição dos afetados, o que no entendimento de alguns autores não parece ter sido a solução pensada para este caso³⁸.

E o que dizer da conciliação? (Artigo 136º, n.ºs 1 e 2º do CIRE). Segundo este autor, o incidente de qualificação carece de partes que se possam conciliar (A.I e M.P são intervenientes forçosos e vinculados, objetivamente, nos termos estatutários, à prossecução de interesses gerais e públicos) e por isso nada havia a transigir.

Este mesmo autor tem uma opinião bastante elucidativa acerca desta matéria, pois este refere que no incidente estão em causa interesses que se relacionam com a conduta do devedor que são tutelados por normas de carácter imperativo. Tais interesses, se comprovadamente violados, são alvo de uma sanção civil específica, estando afastada totalmente do âmbito da disponibilidade das partes, cuja intenção é ineficaz.

Por outro lado, beneficiaria do momento prévio da conciliação o devedor nos casos em que seja reportada a omissão ou falta de colaboração com o A.I, utilizando este momento para apresentar toda a documentação anteriormente em falta.

Independentemente do que se pense acerca de todo este processo relativamente à conciliação, é pacífico o entendimento de que, seguidamente à “tentativa de conciliação”, decorrerá a apresentação do processo ao Juiz nos termos do artigo 136º, n.º3 para o despacho de saneamento do processo.

³⁸ O conceito de interessados do artigo 188º, n.º1 do CIRE, inclui os credores, pelo que estes têm um momento privilegiado para se pronunciar. Admitir a apresentação de mais um parecer no incidente que se quer urgente, além de condicionar a celeridade do mesmo, representa uma repetição, ou seja, duplicação de intervenções processuais, nessa medida deve entender-se que o legislador não quis estender a emissão deste parecer ao incidente de qualificação da insolvência.

Os outros artigos, ainda em apreciação, traduzem a ideia de que poderá ser determinada, consoante a complexidade da oposição dos factos, a realização de diligências instrutórias prévias à audiência de julgamento - artigo 137º CIRE.

Existirá, possivelmente, lugar à indicação dos meios de prova³⁹ a produzir em audiência e deveria a mesma ser designada para os 10 dias posteriores (artigo 138º CIRE), o que segundo se pode constatar a prática não tem seguido.

A audiência de julgamento segue, como podemos ver pelo artigo 139º do CIRE, a forma de processo declaratório sumário e, apesar de as normas do incidente nada estipularem a respeito do artigo 140º do CIRE, tem-se entendido que a prolação de sentença, também se seguirá nos mesmos 10 dias.

A sentença que qualifique a insolvência como culposa está prevista, quanto ao seu conteúdo, no artigo 189º do CIRE. Visa identificar as pessoas afetadas pela qualificação (artigo 189º, n.º2, alínea a)) e as suas principais consequências são as seguintes: decretar a sua inibição para a administração de patrimónios alheios e para o exercício do comércio ou para a ocupação de titular de órgão de pessoa coletiva por um período de dois a dez anos (artigo 189º, n.º2, alíneas b) e c)), as quais são sujeitas a registo (artigo 189º, n.º3). Para além destas, temos que ter em conta que, caso o credor esteja envolvido na insolvência que seja considerada culposa, a sentença determina a perda de todos os seus créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a sua condenação na restituição dos bens e direitos já recebidos em pagamento desses créditos, como previsto no artigo 189º, n.º2, alínea d). A sentença condena ainda as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados, tal como disposto no artigo 189º, n.º2, alínea e).

³⁹ Na lei não existe qualquer obstáculo a que os interessados que alegaram, apresentem logo nos pareceres e alegações, os meios de prova que entendam, e de que disponham, sendo certo, no entanto que o poderão fazer nas respostas às oposições. Faz sentido mesmo que não seja necessário, aqui está patente também uma ideia de celeridade no processo.

Quanto a suscetibilidade de recurso da decisão proferida, esta é possível para os tribunais superiores, nos termos gerais do artigo 14º do CIRE, o qual pode ser interposto por qualquer das pessoas afetadas pela qualificação.

Importa ainda destacar a importância da independência da ação de responsabilidade civil, em relação ao incidente de qualificação da insolvência e seus efeitos.

Portanto, é de realçar o facto de a sentença que qualifica a insolvência como culposa ou fortuita (artigo 189º) não apreciar a responsabilidade civil dos administradores.

Podemos constatar isso através do artigo 185º, *“A insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, mas a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das ações a que se reporta o n.º2 do artigo 82.º”*.

4.4.2. Incidente Limitado

O artigo 191º do CIRE regula o incidente limitado de qualificação da insolvência.

Este carácter limitado ocorre sempre que o tribunal verifique que o património do insolvente não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas da massa insolvente – artigo 39º, n.º4 do CIRE, ou, quando a insuficiência é dada a conhecer ao juiz, pelo administrador da insolvência, em momento posterior (artigo 232º, n.º5 do CIRE).

Quanto à sua tramitação, observam-se as regras próprias do incidente limitado (artigos 39º e 191º, n.º1, alíneas a), b) e c) e 232º do CIRE) e ainda o disposto para o incidente pleno com as devidas adaptações (artigos 188º, 189º e 132º a 139º do CIRE).

Em conformidade com o artigo 191º, alínea a) do CIRE, é de 45 dias o prazo para as alegações dos factos pelos interessados e pelo administrador da insolvência que se contam a partir da data da sentença que declara a insolvência (artigo 39º do CIRE), ou então, da data da decisão de

encerramento do processo de insolvência (artigo 232º do CIRE)⁴⁰. Quanto ao administrador da insolvência, o seu parecer deve ser apresentado no prazo de 15 dias. Para efeito do anteriormente exposto, o insolvente fica sujeito aos deveres de apresentação e colaboração previstos no artigo 83º do CIRE, na medida do necessário à elaboração do parecer do administrador (artigo 191º, n.º2 do CIRE), tendo ainda o dever específico de colocar à disposição dos interessados para exame os documentos da sua escrituração (artigo 191º, n.º1, alínea b) do CIRE). De referir, ainda, que esta alínea b) deve ser conjugada com o n.º7 do artigo 188º do CIRE, com remissão para o artigo 133º do CIRE referente ao exame das reclamações e dos documentos de escrituração do insolvente.

Por último, a alínea c) do já referido artigo 191º do CIRE diz-nos que da sentença que qualifique a insolvência como culposa constam apenas os efeitos contantes das alíneas a), b), c) e) do artigo 189º, n.º2 do CIRE, sendo que a exclusão da alínea d), do n.º2 do artigo 189º do CIRE fundamenta-se por o pressuposto nela previsto não se poder verificar, dada a insuficiência da massa.

⁴⁰«Atentemos ao alerta dado por ROSÁRIO EPIFÂNIO a propósito do prazo de 45 dias para a apresentação das alegações no incidente aberto nos termos do artigo 232º, poderá ser de 90 dias pois, caso o incidente seja aberto como pleno e acabe por convolar-se em limitado, são aditados 45 dias (ao prazo concedido pelo artigo 188º), ou então, poderá implicar uma nova oportunidade para haver alegações quando nenhuma tenham sido feitas no primeiro prazo do artigo 188º». MAGALHÃES, Carina Alves de. *ob. cit.* pp. 16.

5. A Insolvência Culposa

A definição de insolvência culposa, está prevista no artigo 186º do CIRE que estabelece, no seu n.º1, que a insolvência é considerada culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada, em consequência da atuação (irracional), dolosa ou com culpa grave do devedor, ou dos seus administradores de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁴¹.

Exige-se, assim, para que se possa qualificar a insolvência como culposa, não apenas uma conduta dolosa⁴² ou com culpa grave⁴³ do devedor e seus administradores, mas também um nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência, sólido na contribuição desse comportamento para a situação de insolvência e que tenha ocorrido dentro dos três anos anteriores ao início do processo.

Este artigo 186º do CIRE é ainda caracterizado por ter um âmbito subjetivo e um âmbito objetivo como iremos explicitar ao longo do presente trabalho.

Após a referência efetuada ao conceito de insolvência culposa previsto no artigo 186º, n.º1, temos de ter em conta e abordar o seu n.º2 - presunções absolutas de insolvência culposa (“*iuris et de iure*”) e o n.º3 - presunções relativas de insolvência culposa (“*iuris tantum*”), presunções estas que visam facilitar o trabalho do julgador, ou seja, estas permitem uma maior “*eficiência da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências*”⁴⁴.

Segundo o artigo 349º do Código Civil, as “*Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido*”. Estas presunções dividem-se ainda em presunções legais (artigo 350º do CC) e presunções judiciais (artigo 351º do CC).

⁴¹ Circunscrição temporal dos factos aos três anos anteriores ao início do processo de insolvência que como já se explicitou, cedo se revela incorreta ou insuficiente.

⁴² O dolo é a forma mais grave da culpa e pressupõe que o agente represente o resultado da sua conduta e mesmo assim prossiga esse intento.

⁴³ A culpa grave traduz um comportamento de negligência grosseira, sendo que a “culpa” em si mesma representa a reprovação da ordem jurídica da conduta do agente

⁴⁴ FRADA, Manuel António Carneiro da, *apud* Acórdão RG de 21/01/2016 (Miguel Baldaia Morais), pp. 26.

No seu âmbito subjetivo, o incidente de qualificação é composto pelo devedor e os seus administradores de facto ou de direito de pessoas coletivas. Ainda dentro deste âmbito, constatamos que o artigo 186º, n.º4, faz um alargamento da aplicação das presunções dos já referidos n.ºs 2 e 3 às pessoas singulares insolventes, com as devidas adaptações.

Uma problemática bastante debatida é a do artigo 189º, n.º2, alínea a) e que se refere expressamente aos TOC e ROC, redação infeliz segundo MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, o legislador depois de ter circunscrito no artigo 186º, n.º1 e 4 e proêmio dos n.ºs 2 e 3 o âmbito subjetivo de aplicação ao devedor e aos administradores de direito e de facto, surpreendentemente no artigo 189º, n.º2, a) faz referência ao TOC e ao ROC não os incluindo no conceito de administradores de facto ou de direito. A referência a esta figura parece estar intimamente relacionada com hipótese prevista no artigo 186º, n.º2, alínea h) e “parece-me bem”, - diz a referida autora - logo ambos têm que ser interpretados em harmonia⁴⁵.

No seu âmbito objetivo o incidente de qualificação é composto por referências já anteriormente feitas, quanto aos comportamentos praticados com dolo ou culpa grave que se revelem suficientes para criar ou agravar a situação de insolvência e o seu limite temporal dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

O artigo 186º, n.º1, é um artigo bastante geral, abrangendo por isso as mais variadas situações. A nível das presunções e devido ao facto de estas serem enumeradas tão especificamente, estaremos perante um elenco taxativo, como defendem vários autores.

As situações de insolvência culposa indicadas pelo legislador devem ser interpretadas com ponderação, de modo a alcançar um efeito responsabilizante equilibrado.

⁴⁵EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *O incidente de qualificação da insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1jgpm7kaig/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

5.1. Presunções Absolutas de Insolvência Culposa

Na interpretação da lei, o intérprete não se deve cingir ao seu enunciado linguístico, à letra, mas sim deve reconstituir a partir dela o pensamento legislativo (artigo 9º, n.º1 do CC).

A natureza jurídica das presunções do artigo 186º, n.º2, do CIRE, apresenta algumas ausências de consenso entre a jurisprudência e a doutrina no seu estudo. Este n.º2 consagra um elenco de presunções inilidíveis (*iuris et de iure*) de insolvência culposa que vai desde a alínea a) a i). Provados os factos previstos nessas alíneas, a insolvência será sempre considerada culposa.

A doutrina considera que estas presunções previstas no n.º2 do artigo 186º, são presunções “*iuris et de iure*”, enquanto as do n.º3 do artigo 186º consistem em presunções “*iuris tantum*”⁴⁶. As primeiras são irrefutáveis, inilidíveis não podem ser afastadas; as segundas podem ser afastadas mediante prova em contrário, apenas está demonstrado um dos pressupostos do n.º1 do artigo 186º- a culpa grave, ou seja, são refutáveis.

A melhor forma de o compreender é interpretando o artigo 350º, n.º2 do CC, pois este estipula que as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir. Portanto, as presunções relativas (“*iuris tantum*”) constituem a regra, enquanto as presunções absolutas (“*iuris et de iure*”) são a exceção.

No entendimento da maioria da doutrina assim como da jurisprudência, também partilhamos da ideia de que o artigo 186º, n.º2, é composto por presunções absolutas de insolvência culposa. A principal diferença entre o n.º2 e o n.º3 está patente, desde logo, nos referidos artigos, pois no n.º2 está visível a palavra “*sempre*”, e em confronto com o n.º3 verificamos que essa palavra não é utilizada⁴⁷, o que permite, através desse simples facto, afirmar que a presunção do n.º3 é ilidível segundo a regra geral do artigo 350º, n.º2 do CC, o que contrariamente não acontece no n.º2.

Questão que suscita bastante controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência é a relativa ao nexos causal, questionando-se se este se presume

⁴⁶ Tal como defendido por, FERNANDES, Luís Carvalho: LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 254.

⁴⁷ Acórdão RE 08/05/2014 (Francisco Xavier). pp. 7/11.

entre a conduta tipificada e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

Relativamente ao direito espanhol, que foi a grande influência no nosso CIRE, a doutrina desse país julga que o cometimento dos factos indicados é suficientemente gravosa para reconhecer a presunção de tal nexo de causalidade.

A nível nacional e tal como já fomos fazendo referência, o legislador optou por considerar, como “*sempre culposa*” a insolvência que tenha por base constante o n.º2 do artigo 186º do CIRE. O legislador pretendeu um regime mais severo e eficaz relativamente ao regime anterior⁴⁸. Quanto à responsabilização dos administradores em casos patentes de insolvência fraudulenta, de notar e ainda não menos importante que pode existir ao mesmo tempo, ou seja, cumulativamente o processo-crime de insolvência dolosa.

O Código Penal prevê nos seus artigos 227º e seguintes, diversos crimes insolvenciais, como o crime de insolvência dolosa (artigo 227º CP), a frustração de créditos (artigo 227º-A. CP), o crime de insolvência negligente (artigo 228º CP) e o crime de favorecimento de credores (artigo 229º CP).

Anteriormente, era evidente a exigência de uma relação de causalidade entre os referidos comportamentos e a declaração de falência. Hoje em dia, é diferente, pois essa exigência deixou de existir, obrigando apenas que ocorra a situação de insolvência e esta venha a ser judicialmente reconhecida⁴⁹.

O crime de insolvência dolosa (artigo 227º CP), a prática das condutas aí previstas não é, por si só, suficiente para preencher o tipo criminal, exigindo-se ainda, como já anteriormente referido, as duas condições objetivas: a ocorrência de insolvência e o respetivo reconhecimento judicial. A pena aplicável será de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias (artigo 227º, n.º1, CP). Existe ainda a possibilidade de esta pena ser excecionalmente atenuada, mas só no caso do artigo 227º, n.º2, CP. No caso de o devedor ser pessoa coletiva, sociedade ou mera associação de facto, é punido quem tiver exercido de facto a respetiva gestão efetiva e tiver praticado algum desses

⁴⁸ Ponto 40 do Preâmbulo DL 53/2004, de 18/03.

⁴⁹ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* p.343.

comportamentos (artigo 227º, n.º3, do CP), sem prejuízo da responsabilidade penal das próprias (artigo 12º do CP).

A frustração de créditos (artigo 227º-A, n.º1 do CP) prevê uma pena de prisão até 3 anos ou pena de multa.

A insolvência negligente (artigo 228º do CP) estabelece uma pena de prisão até um ano ou uma pena de multa até 120 dias.

O favorecimento de credores (artigo 229º do CP), é um crime punível com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 120 dias.

Estas penas podem ser agravadas, em ordem a assegurar a tutela dos créditos laborais (artigo 229º-A do CP).

Antes de voltar à questão de saber se as presunções do artigo 186º, n.º2 do CIRE, dispensam ou não onexo de causalidade entre a conduta prevista na lei e a criação ou o agravamento do estado de insolvência, cumpre fazer umas importantes análises.

Relativamente às presunções do artigo 186º, n.º2, estas podem ser reunidas em grupos. MENEZES LEITÃO defende que estas se dividem em dois grupos⁵⁰; por outro lado ainda que no mesmo sentido e por influência de CARVALHO FERNANDES, grande parte da doutrina vem agrupando as presunções do n.º2 em três grupos fundamentais: o primeiro grupo refere-se às situações que afetam, no todo ou em parte considerável, o património do devedor, nele incluem-se as alíneas a) e c) do artigo 186º, n.º2 do CIRE; o segundo grupo é caracterizado pelas situações em que, prejudicando a situação patrimonial do devedor, há um benefício para a pessoa que o pratica ou para um terceiro, dentro deste grupo temos as alíneas b), d), e), f) e g) do artigo 186º, n.º2 do CIRE; o terceiro grupo diz respeito ao incumprimento de obrigações legais, tal como disposto nas alíneas h) e i)⁵¹, do artigo 186º do CIRE.

⁵⁰ O artigo 186º, n.º2 do CIRE, reúne presunções que se dividem em 2 grupos: 1º grupo refere-se aos atos destinados ao empobrecimento do património do devedor, artigo 186º, n.º2, alíneas a), b), c), d), e), f) e g) do CIRE; o 2º grupo é relativo ao incumprimento das obrigações legais, artigo 186º, n.º2, alínea h) e i) do CIRE. LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* p. 254.

⁵¹ De realçar que o artigo 182º, n.º2, alínea i) do CIRE, deve ser sempre conjugado com o artigo 83º, n.º3 do CIRE, que concede ao juiz um princípio da livre apreciação dessa recusa. Na verdade, tal como afirmam CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *“tem que se entender que o poder de apreciação, que o n.º3 do artigo 83º do CIRE, atribui ao juiz, não se aplica quando o incumprimento dos deveres de apresentação e de colaboração seja reiterado. Neste caso, uma vez apurada a «reiteração» - e só quanto à verificação desta o juiz tem liberdade de*

A doutrina⁵² e jurisprudência⁵³ têm considerado de forma unânime – e com a interpretação que também acolhemos – que o artigo 186º, n.º2 do CIRE, abarca uma presunção “*iuris et de jure*” de insolvência culposa, ou seja, significa que a lei estabelece uma presunção de culpa grave e uma presunção denexo de causalidade entre os comportamentos previstos e a criação ou o agravamento da situação de insolvência, não admitindo produção de prova em contrário (artigo 350º, n.º1 e n.º2 do CC).

A previsão deste n.º2 deve ser sempre interpretada conjuntamente com a previsão do n.º1 do artigo 186º do CIRE, devido ao limite temporal, pois a relevância dos fatos nelas previstos depende do limite temporal de três anos previsto no n.º1⁵⁴.

Contrariamente a essa posição, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA⁵⁵ defende que esta norma consagra um sistema de “*imputação misto*” devido ao facto de este autor defender uma divisão entre causas “*semi-objetivas*” da insolvência culposa e causas “*puramente objetivas*” da insolvência culposa.

Relativamente às causas “*semi-objetivas*”- alínea a) a g) do artigo 186º, n.º2 do CIRE, este autor defende que estas só atuam quando se prova o nexo causalidade entre a conduta e a criação ou o agravamento do estado de insolvência. RUI ESTRELA DE OLIVEIRA defende que estamos perante muitos conceitos abertos como por exemplo “*parte considerável*”, “*negócio ruinoso*” entre outros que podem dificultar a avaliação da gravidade dos comportamentos. Assim, após o exposto, não parece que se possa prescindir do recurso ao nexo causal previsto no n.º1 do artigo 186º do CIRE.

Quanto às causas “*puramente objetivas*”- alínea h) e i) do artigo 186º, n.º2 do CIRE, este autor defende que, embora se deva analisar de forma profunda, ou seja, com cautela as referidas alíneas, aqui não há necessidade de estabelecer qualquer nexo de causalidade entre o facto aí previsto e a situação

decisão -, a insolvência é sempre qualificada de culposa”. FERNANDES, Carvalho e LABAREDA, João apud Acórdão RP 28/09/2015 (Ana Paula Amorim). pp.14/16.

⁵² LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* p. 254.

⁵³ Acórdão RP 15/06/2015 (Manuel Domingos Fernandes). pp.7/10.

⁵⁴ Acórdão RP 28/09/2015 (Ana Paula Amorim). pp.14/16.

⁵⁵ OLIVEIRA, Rui Estrela de. *ob. cit.* pp. 237-243.

de insolvência⁵⁶, pois verifica-se um comportamento demasiado direto do agente, ou seja, ele visa impedir que se determine a sua parte de responsabilidade na produção ou agravamento da situação de insolvência.

No caso da alínea h) temos a expressão em “termos substanciais”, na alínea i)⁵⁷ temos a expressão de “forma reiterada”. Este autor defende que em ambos os casos se verificou uma violação em termos tais que não é possível indicar com segurança a causa da insolvência e, por consequência, os seus responsáveis.

Observa-se, assim, uma sucessão de decisões jurisprudenciais⁵⁸ que “*ora surpreendem pelo elevado grau de exigência, quase trazendo o conceito penal da presunção de inocência para o direito civil. (vide Ac. Relação do Porto de 10-02-2011, proferido no Proc. 1283/07.0TJPRT-AG.P1, relator Freitas Vieira publicado em www.dgsi.pt*” ora “*surpreendem pelo aparente arrojo da solução encontrada (vide Ac. Relação do Porto de 17-05-2011, proferido no Proc. 3678/08.3TBVFR-K.P2, tendo por relatora Anabela Dias da Silva, publicado em www.dgsi.pt*”.

Entre estas “*difundem-se sentenças que se distinguem pela singela afirmação do que nos parece óbvio, o que não lhes retira relevância (vide Acórdão da Relação de Coimbra de 12-10-2010, proferido no Proc. 1404/08.6TBTNV-F,C1, relatado por Manuela Fialho*”.

Com o estudo efetuado, concluímos que na dúvida quanto à verificação ou não do nexos de causalidade que os tribunais superiores têm exigido, preferem parecer no sentido de carácter fortuito da insolvência.

5.2. Presunções Relativas de Insolvência Culposa

As presunções relativas de insolvência culposa estão previstas no artigo 186º, n.º3 do CIRE, e embora sejam frequentemente aceites como “*ius*

⁵⁶ Acórdão RP 28/09/2015 (Ana Paula Amorim), que nos diz que, “*estando demonstrada a verificação das situações previstas nas alíneas h) e i) do n.º2 do artigo 186º do CIRE, a insolvência é sempre considerada como culposa, sem necessidade da demonstração do nexos de causalidade...*”. pp.14/16.

⁵⁷ Outros entendem que, sob pena de excessivamente se reduzir a possibilidade de defesa, se deveria ter que demonstrar a existência de causalidade, ou seja, seria de demonstrar/provar que a falta de colaboração teve impacto direto nesse resultado desvantajoso.

⁵⁸BRANCO, José Manuel. *ob. cit.* p.311.

tantum”, podem ser consideradas como mais complexas do que as presunções absolutas relativamente à questão do nexo causal, entre a conduta legalmente tipificada e a criação ou o agravamento da situação de insolvência. Neste n.º3 Presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular, tenham incumprido o dever de requer a declaração de insolvência; a obrigação de elaborar contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial.

Nesta matéria, seguimos de perto o entendimento de MENEZES LEITÃO⁵⁹ quando refere que efetivamente o que resulta do artigo 186º, n.º3, é apenas uma presunção de culpa grave, em resultado da atuação dos seus administradores, de direito ou de facto, mas não uma presunção de causalidade da sua conduta em relação à situação de insolvência, exigindo-se a prova de que a insolvência foi causada ou agravada em consequência do comportamento descrito nas referidas alíneas. É a ausência da expressão “*sempre*”, que se encontra prevista no já referido n.º2, que permite sustentar esta posição.

Embora a maioria da jurisprudência defenda a necessidade da invocação e prova do nexo causal nestes casos, pelo menos uma autora, CATARINA SERRA, protege o carácter de presunções relativas de insolvência culposa das circunstâncias no n.º3, “*sem o que a mera consideração do carácter grave da culpa terá pouca utilidade, certamente por acabar, por onerar intervenientes processuais, externos ao devedor, com o ónus da prova do nexo causal*”⁶⁰. Esta autora compreende, ainda, que as duas últimas circunstâncias do n.º2 deveriam acompanhar as do n.º3.

Igualmente JOSÉ MANUEL BRANCO, no referido entendimento de CATARINA SERRA, questiona-se se não estará na hora de os tribunais considerarem na omissão destes formalismos e além de os considerarem constitutivos de culpa grave, os considerarem também causais da insolvência pois caso isso não aconteça nem Credores, nem Ministério Público, ou Administrador da Insolvência, conseguiram provar o nexo causal.

⁵⁹ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* p. 255.

⁶⁰ SERRA, Catarina. *apud.* BRANCO, José Manuel. *ob. cit.* p. 314.

Concluímos, após o estudo efetuado, que as presunções que estão estipuladas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 186º do CIRE visam facilitar a vida a todos, ou seja, o legislador pretendeu com isto coadjuvar os intérpretes a completar o conceito de insolvência culposa; no entanto, esta opção acaba por não ser muito feliz, pois, como podemos ver, as presunções abrangem um enorme número de conceitos indeterminados, e por isso inexatos e que podem criar alguns problemas a nível de aplicabilidade prática. Na doutrina e na jurisprudência verificamos que não há unanimidade, pois uma parte manifesta-se a favor da prova do nexa causal em todas as presunções⁶¹ e outra pela dispensa do mesmo⁶².

Cumpra aqui fazer referência novamente a JOSÉ MANUEL BRANCO que afirma que se fosse legislador cortava simplesmente as presunções de culpa porque o artigo 186º, n.º1 do CIRE chega para tudo e mais alguma coisa e é este que efetivamente dignificaria a função jurisdicional⁶³.

A insolvência culposa só “(...) é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência” (artigo 186º, n.º1 do CIRE).

O referido autor sustenta ainda que corta os n.ºs 2 e 3, pois só lá estão a fazer confusão, uma vez que defende que qualquer juiz que tenha passado pelo crivo que é o Centro de Estudos Judiciários está habilitado a saber se um ato concreto invocado por um credor representa ou não os pressupostos do artigo 186º, n.º1 do CIRE.

⁶¹ Acórdão RG de 24/07/2012 (Amílcar Andrade).

⁶² Acórdão RC de 22/05/2012 (Barateiro Martins).

⁶³ BRANCO, José Manuel. *Novas questões na qualificação de insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 30 de novembro 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1e0e4ovk11/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

6. A Insolvência Fortuita

Relativamente ao incidente de qualificação da insolvência sabemos que só cabem duas decisões possíveis: a insolvência ou é culposa ou fortuita (artigo 185º do CIRE).

A insolvência fortuita não foi definida pelo legislador, ou seja, não foi estabelecida uma definição legal, mas esta consubstancia-se nas condutas que pressupõem negligência ou culpa leve, define-se “pela negativa” sendo a que não se declare culposa.

Na sentença que qualifica a insolvência como fortuita não é extraída qualquer consequência para os membros dos órgãos estatutários da pessoa coletiva ou para a pessoa singular que seja declarada insolvente.

7. Efeitos da Qualificação da Insolvência como Culposa

7.1. Reflexões iniciais

Concluiu-se, após o estudo efetuado, que estes efeitos apenas sucedem quando é proferida sentença nos termos do artigo 189º, n.º1, ou seja, mais concretamente quando a insolvência é considerada culposa e não fortuita.

A insolvência culposa divide-se em dois âmbitos: um subjetivo que abrange as pessoas concretamente afetadas⁶⁴ e em que, sendo o caso, o juiz fixa o seu grau de culpa (artigo 189º, n.º2, alínea a)^{65 66}, e outro objetivo em que se cinge aos factos concretos que traduzem um comportamento doloso ou com culpa grave, que estará inserido em algumas das presunções já referidas no artigo 186º, n.ºs 2 e 3 do CIRE, tendo esses factos criado ou agravado a situação de insolvência (artigo 186º, n.º1 do CIRE).

Os efeitos decorrentes da insolvência culposa estão referidos no n.º2 alíneas b), c), d) e e). Na alínea b) inibição das pessoas afetadas pela qualificação para administrarem patrimónios de terceiros por um período de 2 a 10 anos; c) decretar a inibição para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa; d) perda de

⁶⁴ A alínea a) do n.º2 do artigo 186º não tem nenhum efeito diretamente associado, esta apenas se trata de uma referência obrigatória na sentença.

⁶⁵ Segundo MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO trata-se de uma redação infeliz, o legislador depois de ter balizado no artigo 186º, n.º1 e n.º4, e proêmio dos n.º2 e n.º3 o âmbito subjetivo de aplicação ao devedor e aos administradores de direito e de facto, surpreendentemente no artigo 189º, n.º2, alínea a), faz referência expressa ao TOC e ROC não os incluindo no conceito de administrador de facto ou de direito. A referência a estas figuras parece estar intimamente ligada com a hipótese prevista no artigo 186º, n.º2, alínea h) e parece-me bem diz a autora logo ambos devem ser interpretados em harmonia. EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *O incidente de qualificação da insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1jgpm7kaig/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

⁶⁶ Em sentido contrário, “encontramos CATARINA SERRA que entende que o legislador português se esqueceu de adaptar o artigo 186º, n.º1 do CIRE, de forma a este englobar também os TOC e os ROC, que atuando dolosamente ou com culpa grave, possam ser afetados pela insolvência culposa e não apenas, como refere a citada norma o devedor e os seus administradores”. SERRA, Catarina, *apud* DIAS, Mónica Maria Bastos. *Qualificação culposa da insolvência de sociedades comerciais e papel do administrador da insolvência*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Janeiro de 2014. pp. 50.

créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos; e) condenação na indemnização aos credores do devedor declarado insolvente pelos créditos não satisfeitos até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre a totalidade dos afetados.

Outros efeitos da insolvência parecem produzir-se automaticamente sem necessidade de declaração de sentença. Esses efeitos são o fim da administração da massa insolvente pelo devedor (artigo 228º, n.º1, alínea c) e a preclusão da exoneração do passivo restante (artigo 243º, n.º1, alínea c).

O incidente limitado de qualificação da insolvência (artigo 191º do CIRE) acarreta as mesmas consequências do incidente pleno, aplicando-se os artigos 188º e 189º do CIRE. O legislador entendeu que se excepciona a alínea d) do n.º2 do artigo 189º do CIRE, ou seja, não se aplica ao incidente limitado, pois isto é o que decorre da interpretação do artigo 191º, n.º1, alínea c).

7.2. Inabilitação/Inibição para a administração do património de terceiros

Anteriormente o artigo 189º, n.º2, alínea b) decretava “*a inabilitação das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos*”. Apesar de hoje em dia este efeito não estar incluído nos produzidos pela sentença de qualificação da insolvência culposa, devido ao facto de ter sido abandonado pela Lei 16/2012, de 20/04 para dar lugar à “*inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos*”, a inabilitação continua a ser um efeito ao qual se deve fazer referência não só devido à sua problemática como também para um melhor entendimento do porquê de hoje se utilizar a palavra “inibição”.

A problemática em causa é a inconstitucionalidade do anterior artigo 189º, n.º2, alínea b), sendo que esta foi muito debatida, tanto a nível da doutrina como da jurisprudência.

Segundo o anterior artigo 189º, n.º2, alínea b) este referia-se “*à inabilitação das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos*”. Relativamente a este, há que assinalar que era tido como o mais gravoso e

também como o mais polémico. A sua controvérsia radica no facto de esta norma configurar uma cópia imperfeita do artigo 172º, n.º2.2 segundo o qual:

*« La sentencia que califique el concurso coma culpable contendrri(. . .):
2. La inhabilitacion de las personas afectadas par la calificacion para
administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a 15 afios, asi
coma para representar o administrar a cualquier persona durante el
mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y
a la entidad del perjuicio.»⁶⁷*

O legislador português não teve em atenção que a norma espanhola se destina a limitar a capacidade das pessoas afetadas para representarem outras pessoas e administrarem patrimónios alheios e não as privar da disposição dos seus próprios bens, o que faz toda a diferença se entendermos que a inabilitação do CIRE deve ser interpretada de acordo com o regime das incapacidades dos artigos 152º a 156º do CC.

Tudo isto suscitou, desde cedo, estranheza entre a doutrina⁶⁸, na medida em que parecia sem cabimento, no entendimento de muitos autores, porque as incapacidades de exercício visam defender os incapazes/ ao contrário do CIRE que usava a inabilitação como um expediente sancionatório⁶⁹.

Não obstante toda esta polémica à volta da referida alínea b) do n.º2 do artigo 189º, deu origem ao Acórdão de TC n.º173/2009, de 2 de abril de 2009 (JOAQUIM SOUSA RIBEIRO) que decretou a sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral, quando aplicada a administrador de sociedade comercial declarada insolvente⁷⁰. Esta decisão teve como fundamento o

⁶⁷ CORREIA, Miguel J. Pupo. *ob. cit.* pp.244.

⁶⁸ Partilhamos de mesma opinião de COUTINHO DE ABREU no que respeita às incapacidades, “*que são afetadas apenas aquelas que se fundam na falta ou diminuição de certas qualidades pessoais e visam defender incapazes*”. Assim, os insolventes ou seus administradores, mesmo que provoquem ou agravem culposamente a situação de insolvência, não sofreram em princípio daquela incapacidade artigo 152º do código civil. ABREU, Coutinho de, *apud* OLIVEIRA, Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas de. *ob. cit.* p.91.

⁶⁹ Acórdão RC de 28/10/2008 (Artur Dias) faz referência que “*contrariamente ao que sucede no regime geral da inabilitação constante do Código Civil (artigos 152º a 156º), a inabilitação prevista no CIRE não visa a protecção e defesa do inabilitado*”. pp. 6.

⁷⁰ Posteriormente surge o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 409/2011, de 27 de setembro (Lúcia Amaral) que declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da norma contida no artigo 189n.º2 alínea b) do CIRE, quanto aos devedores, pessoas singulares.

reconhecimento das críticas que lhe foram apontadas pela doutrina e jurisprudência, que o efeito em causa se traduzia numa verdadeira sanção. A esta inabilitação presente no CIRE não se reconhecia nenhuma capacidade de proteção dos direitos dos credores, nem qualquer utilidade para a segurança do tráfego jurídico comercial⁷¹, além de que o normativo em assunto viola os artigos 18º, n.º2, e 26º, n.º1, da CRP, bem como o princípio da proporcionalidade⁷².

Atualmente e devido à sua inconstitucionalidade, veio o legislador efetuar uma correção, introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20/04, como anteriormente tinha sido referido, que substitui o termo “inabilitação” pelo termo “inibição”, ou seja, foi assim com esta revisão que *“uma solução tão aberrante veio a ser definitivamente expurgada do nosso ordenamento jurídico”*⁷³.

A nova solução do artigo 189º, n.º2, alínea b) está mais de acordo com a lei espanhola e tem tido um melhor recebimento entre nós, ou seja, revela-se mais harmoniosa tendo um alcance particularmente mais vasto. Esta inibição aplica-se a todos, entenda-se “todos”, aqueles que tiverem causado ou agravado com culpa a situação de insolvência.

Analisando este novo efeito, constatamos que ele tem duas características: uma preventiva, pois visa a proteção do património de terceiros e uma função repressiva, pois visa o sancionamento de um comportamento culposos.

Esta inibição de administrar patrimónios alheios tem que ser registada em conservatória civil ou comercial, caso se trate de comerciante em nome individual (artigo 189º, n.º3 do CIRE).

As pessoas afetadas perdem assim a possibilidade de administrar quaisquer patrimónios de terceiros, quer essa capacidade lhes seja atribuída por contrato⁷⁴, quer por imposição legal, como acontece no caso da administração de bens dos filhos menores (artigo 1878º, n.º1 e 1881º CC),

⁷¹ Acórdão RC de 28/10/2008 (Artur Dias). pp. 1.

⁷² Princípio este que é analisado de 3 formas: adequação, necessidade e proporcionalidade *strito sensu*.

⁷³ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 259.

⁷⁴ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO e JOSÉ MANUEL BRANCO defendem que esta inibição abrange o mandato civil e comercial com ou sem poderes de representação e não será passível de suprimento, sendo que esta proibição como anteriormente referido não é extensível à administração dos bens próprios, apenas de terceiros. BRANCO, José Manuel. *ob. cit.* pp. 321.

quer, ainda, por nomeação judicial, como sucede com os cargos de tutor (artigo 1927º e ss do CC) ou de administrador de bens (artigo 1922º do CC)⁷⁵.

Questão controversa que foi referida anteriormente reside no facto de a inibição para administrar patrimónios de terceiros alcançar situações limite como por exemplo as responsabilidades parentais onde estes ficam impedidos de administrar o património dos filhos. A favor do referido alcance temos autores como MENEZES LEITÃO, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO e JOSÉ MANUEL BRANCO.

Contudo, CATARINA SERRA considera este efeito inútil, na medida em que este é incapaz de executar a função preventiva de sanção e, além disso, a inibição pretendida com este referido efeito já está consagrada no nosso ordenamento jurídico, mais concretamente nos artigos 1933º² (*a contrario*), 139º, 156º e 1970º, alínea a) do Código Civil e artigos 81º e 189º, n.º2, alínea c) caso o afetado seja respetivamente insolvente pessoa singular ou insolvente pessoa coletiva e o afetado é o seu administrador.

7.3. Inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de determinados cargos

O efeito da sentença que qualifique a insolvência como culposa previsto no artigo 189º, n.º2, alínea c) decreta a inibição⁷⁶ para “*o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer*

⁷⁵ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 259 e 260.

⁷⁶ Acórdão RP de 15/06/2015 (Manuel Domingos Fernandes) faz referência que “*tal instituto-inibição para o exercício do comércio já se encontrava consagrado no artigo 22º, n.º1, do Código de Falências de 1935, no artigo 1158.º,n1, do Código do Processo Civil de 1939 e até no artigo 1191.º, do Código do Processo Civil de 1961, não sendo, portanto, uma novidade. O Decreto-Lei n.º132/93, de 23 de Abril que criou o CPEREF veio consagrar o regime da inibição/proibição legal para o exercício do comércio. Esta inibição resultava automaticamente da declaração de falência, independentemente do falido se tratar de pessoa singular ou pessoa colectiva inabilitação do referido gerente da insolvente por um período de dois anos e, por outro, declarou ainda o mesmo inibido do exercício do comércio durante o mesmo período de dois anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão da sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa*”.

“*Em 1998 (ver Dec.Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro) o CPEREF foi alvo de uma reestruturação que veio instituir a distinção dos casos de falência consoante o sujeito passivo (singular/colectiva). Se em causa estivesse uma pessoa singular, esta era declarada imediatamente insolvente. Já se a situação de falência fosse causada por uma pessoa colectiva (gerentes, administradores, directores), o Tribunal ponderava o grau de culpa na criação de situação de falência, aplicando, se fosse caso disso, a inibição dos artigos 126.º-A, 126º-B e 148º, n.º2 do CPEREF*”. p. 9/10.

cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa". Esta inibição é ainda como o nosso CIRE indica sujeita a registo no conservatório civil ou comercial dependendo do caso concreto (artigo 189º, n.º3).

Da interpretação que fazemos do presente artigo entendemos que, de forma geral, esta inibição para o exercício de comércio assenta no facto de estas pessoas estarem proibidas de o fazer direta ou indiretamente, em nome pessoal ou de outrem. De referir que o único critério referente à apreciação deste efeito é o grau de culpa do afetado. Tal como alguns autores, somos da opinião que esta inibição não deve ser levada ao extremo de proibir todos e quaisquer atos de comércio, ou seja, devem "aceitar-se" os atos de comércio casual, raro ou isolado. No entendimento de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, deve apenas ter-se em conta para este efeito o exercício profissional do comércio.

A natureza jurídica desta norma tem sido muito discutida na doutrina. Para MENEZES LEITÃO e JORGE DUARTE PINHEIRO, esta inibição não se deve considerar uma incapacidade em sentido técnico⁷⁷ (o que nos remeteria para as críticas apontadas à inabilitação), mas antes uma incompatibilidade que resulta do estado de insolvência culposa⁷⁸. O que está aqui em causa é a "reputação" do comércio, ou seja, o seu fundamento "(...) *é a defesa geral da credibilidade do comércio e dos cargos vedados*"⁷⁹, que poderia ser posta em causa se estes mesmos cargos fossem ocupados por pessoas que causariam desconfiança, pessoas reconhecidamente culpadas de insolvência, o que iria em muito descaracterizar a essência do comércio e o princípio da confiança.

Da mesma forma, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, no ponto n.º9 da anotação ao artigo 189º, do CIRE referem: "*Revela-se aqui uma atitude de desconfiança quanto à atuação, na área económica. Em relação a*

⁷⁷ Acórdão RC de 05/02/2013 (Maria José Guerra) faz referência que esta expressão inibição, "*não deve induzir à conclusão que se trata de uma incapacidade de exercício, já que não assenta numa verdadeira capitis diminutio nem é ordenada para a protecção do sujeito atingido por ela*". p. 16/21.

⁷⁸ Acórdão RP 15/06/2015 (Manuel Domingos Fernandes). p. 9/10

⁷⁹ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. ob. cit. pp. 260.

*quem, pelo seu comportamento, com dolo ou culpa grave, de algum modo contribuiu para a insolvência*⁸⁰.

Relativamente ao período de inibição de 2 a 10 anos, este deve ser apreciado pelo juiz, tendo em conta a medida da culpa, ou seja, deve atender-se à gravidade do comportamento das pessoas afetadas pela qualificação na criação ou agravamento da situação de insolvência⁸¹.

A segunda parte do artigo 189º, n.º2, alínea c), é visto pela doutrina como um elenco taxativo, o que desde logo, possibilita aos afetados ocuparem outros cargos de pessoas coletivas não incluídos na norma como por exemplo os ACE.

Acerca desta norma mais duas questões se levantam: em primeiro lugar o que acontece caso esta norma seja violada e em segundo lugar saber se esta fere princípios constitucionais ou não.

Quanto à primeira questão, constatamos que o CIRE é omissivo, ou seja, nada nos diz, a solução deve ser encontrada no direito comercial, pelo que a sua consequência mais grave será a privação da qualidade de comerciante.

A nível da inconstitucionalidade ou não da norma, já foram levantadas algumas dúvidas como é o caso em que alegam que esta ofende os princípios e direitos constitucionais protegidos consagrados na Constituição, nomeadamente o direito ao trabalho. Após o estudo mais aprofundado e análise de alguns acórdãos como é o caso do Acórdão da Relação de Coimbra de 05/02/2013 (Maria José Guerra) que nos diz que a *“regulação legislativa da inibição satisfaz o núcleo central dos requisitos exigidos às restrições dos direitos fundamentais tal como podem ser deduzidos do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade”*; logo esta norma nunca poderá ser inconstitucional.

Concluimos partilhando da opinião de que com esta medida de inibição prevista na alínea c) do n.º2 do artigo 189º do CIRE *“não se trata nunca de punir o dolo ou a culpa constitutiva ou agravadora da situação de insolvência,*

⁸⁰ Acórdão RP 15/06/2015 (Manuel Domingos Fernandes). p. 9/10

⁸¹ Acórdão RC de 11/12/2012 (Albertina Pedroso). p. 17/19.

*mas de tutelar um interesse colectivo axiológica e sistematicamente relevante*⁸².

7.4. Perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente

Este efeito de qualificação da insolvência como culposa surgiu com o CIRE e foi inspirado na *Ley Concursal* Espanhola, no seu artigo 172º, n.º 2 e 3, sendo que não se encontra no nosso ordenamento qualquer antecedente parecido.

Esta norma sofre críticas em ambos os países. Em Espanha a problemática está relacionada com a falta de critérios legais para determinarem em que situações o pagamento é total ou parcial, e pelo facto de não estarem tipificados na *Ley Concursal* os motivos para condenar os administradores⁸³.

Na nossa lei, este efeito está previsto no artigo 189º, n.º2, alínea d)⁸⁴ que nos diz que este efeito determina “*a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamentos desses créditos*”.

A perda de créditos é uma consequência claramente desfavorável para o património dos afetados, sendo que uma das críticas apontadas por RUI DUARTE, é o facto de “*a perda de créditos não ter vestígios de proporção entre a conduta ilícita e a sanção*”⁸⁵. Portanto, as pessoas afetadas por este efeito vão perder os seus créditos sobre a insolvência (artigo 47º do CIRE) ou sobre a massa insolvente (artigo 51º do CIRE)⁸⁶, independentemente do seu grau de

⁸² Acórdão RC de 05/02/2013 (Maria José Guerra). p. 17/21.

⁸³ JEFATURA DEL ESTADO. Publicado em BOE, Núm. 164 de 10 de Julio de 2003. Artigo 172º da *Ley Concursal*[línea http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l22-2003.t6.html#a172](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l22-2003.t6.html#a172).

⁸⁴ De referir que este efeito do artigo 189, n.º2, alínea d) apenas se aplica relativamente ao incidente pleno que qualifica a insolvência como culposa ficando excluído do incidente limitado, tal como está explícito na alínea c) do n.º1 do artigo 191º.

⁸⁵ DUARTE, Rui. *apud*. MAGALHÃES, Carina Alves de. *ob. cit.* pp. 32.

⁸⁶ Ambos os créditos referidos do artigo 47º e do artigo 51º vão ficar excluídos do pagamento, a que se deve proceder, nos termos do artigo 172º e ss do CIRE. LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 261.

culpa, do valor do crédito, do prazo da sua constituição⁸⁷ e de qualquer que seja a sua origem.

Para MENEZES LEITÃO⁸⁸, estamos perante *uma “confisco-sanção, sendo retirados aos afetados pela qualificação, como penalização pela sua responsabilidade na insolvência”*.

Relativamente à segunda parte do artigo *“a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos”*, estamos perante os créditos que o afetado recebeu por obrigações já extintas pelo seu cumprimento. Neste caso, o administrador não deve recorrer à resolução em benefício da massa insolvente tal como está previsto no artigo 120ºss, cabendo apenas a este a cobrança de tais créditos.

7.5. Obrigação de Indemnizar

Este efeito da qualificação da insolvência surgiu com a Lei 16/2012, de 20 de abril.

O novo preceito tem como finalidade a ele subjacente o reforço do regime tanto no plano ressarcitório como no sancionatório aplicável aos afetados pela qualificação da insolvência como culposa.

Esta solução não é uma surpresa, pois tem já um antecedente semelhante no nosso ordenamento jurídico, mais concretamente no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) nos seus artigos 126ºss, recuperada a solução em parte pois existem diferenças bem evidentes. Ainda relativamente a esta resenha histórica, cumpre fazer referência ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/12/2015 que refere: *“que se recuperou substancialmente a solução que fora acolhida nos artigos 126º-A e 126º- B do CPEREF, introduzidos pelo DL 315/98, de 20 de Outubro”*, embora com diferenças relevantes, de que aqui se destaca o facto de a nova lei não fazer *“nenhuma referência à possibilidade de a responsabilidade ser limitada ao dano*

⁸⁷ Aqui apesar de nada o dizer, alguns autores entendem que deve ser feita uma interpretação restritiva, ou seja, para se considerarem, para este efeito, os créditos referentes aos três anos anteriores ao início do processo.

⁸⁸ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 260-261.

*efetivamente causado pelo culpado quando inferior ao do passivo não coberto pelas forças da massa, diferentemente do que sucedia com a parte final do n.º1 do artigo 126.º.B*⁸⁹.

Hoje em dia, a responsabilidade é prevista em termos diferentes, como podemos constatar através da interpretação do artigo 189.º, n.º2, alínea e)^{90 91} que condena as pessoas previstas na alínea a) do artigo 189.º, n.º2, a “*indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados*”.

O artigo 189.º, n.º2, alínea e) deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 189.º, n.º4, em que o legislador, à cautela, estabelece que o juiz deve fixar o valor da indemnização ou, caso não seja possível, os critérios a utilizar para a sua quantificação, verificamos por isso que esta redação lhe serve de complemento.

Esta interpretação, como anteriormente foi referido, de forma “conjunta” suscita alguma problemática, pois levantam-se algumas contradições.

Primeiramente, temos o caso de na alínea e) o tribunal fixar o valor de indemnização no montante de créditos insatisfeitos e no n.º4 já se coloca a hipótese de não conseguir fixar esse valor. Neste caso, partilhamos do entendimento de CATARINA SERRA que em caso de conflito se deve dar prevalência à alínea e) uma vez que esta é suficientemente clara sobre o valor que se deve ter em conta para fixar a indemnização⁹².

Seguidamente, outra problemática referente a estas normas é o facto de na alínea e) estar a expressão “*montante dos créditos não satisfeitos*” enquanto no n.º4 o conceito utilizado é “*montante dos prejuízos sofridos*”. Temos de fazer aqui uma interpretação cuidada das normas, sendo que partimos do

⁸⁹ Acórdão RC de 16/12/2015 (Maria Domingas Simões). pp. 15.

⁹⁰ Acórdão RC de 16/12/2015 (Maria Domingas Simões). “*A condenação segundo esta nova alínea e) é um verdadeiro imperativo do Tribunal que, uma vez qualificada a insolvência como culposa, não poderá deixar de responsabilizar o culpado*”. pp. 1.

⁹¹ Acórdão RP de 13/01/2015 (Anabela Dias Da Silva). “*O limite da indemnização legal prevista na alínea e) do n.º2 do artigoº 189.º do CIRE é fixado no montante dos créditos não satisfeitos e não no valor dos atos culposos, concretamente apurados*”. pp. 14.

⁹² No mesmo sentido, Adelaide Menezes Leitão “*propõe, para colmatar essa contradição da lei, que o denominador comum dessas expressões aponta para créditos não satisfeitos, pelo que deverá predominar o disposto na mencionada na alínea e) do artigo. 189, n.º2*”. LEITÃO, Adelaide Menezes. apud. DIAS, Mónica Maria Bastos. *ob. cit.* pp. 58.

aqui uma interpretação cuidada das normas, sendo que partimos do entendimento da maioria da doutrina de que o conceito de montante dos prejuízos sofridos é mais vasto, ou seja, como nem todos os créditos são reconhecidos, o prejuízo dos credores pode ser superior ao valor reconhecido no processo, o que relativamente aos créditos não satisfeitos não se aplica pois aqui trata-se de créditos reconhecidos.

Uma questão se levanta acerca desta indemnização: A favor de quem deverá reverter a indemnização fixada?

A nossa lei é omissa relativamente a essa questão. Há já alguma jurisprudência que nos diz que as somas conseguidas pela indemnização devem ser repartidas pelos credores. O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/12/2015 conclui: *“No silêncio da lei, há que recorrer ao elemento sistemático pelo que, tendo em atenção o princípio “par condito creditorum”⁹³, afigura-se que os valores indemnizatórios fixados deverão ser integrados na massa e distribuídos pelos credores cujos créditos, reconhecidos, não hajam obtido satisfação”⁹⁴.*

Quando o Juiz, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, condena as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor, trata-se de uma causa de responsabilidade civil com peso sancionatório.

Esta obrigação de indemnizar, no campo da insolvência culposa, tem como principais características ser: solidária, limitada e subsidiária. A responsabilidade é solidária pois está expressamente prevista na lei no artigo 497º CC (especial destaque para o n.º2). Aqui o grau de culpa interessa no âmbito das relações internas, e não perante os credores⁹⁵, sendo limitada ao valor dos créditos não satisfeitos e ao valor do património⁹⁶ (de cada um dos afetados). Esta responsabilidade é por fim subsidiária devido ao facto de só ser aplicada quando a massa insolvente se revela insuficiente para o pagamento de todas as suas dívidas.

⁹³ Consiste na igualdade entre os credores, de acordo com a sentença de verificação e de graduação de créditos.

⁹⁴ Acórdão RC de 16/12/2015 (Maria Domingas Simões). pp. 17.

⁹⁵ LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 261.

⁹⁶ Constatamos que a expressão *“até às forças dos respetivos patrimónios”*, não é juridicamente rigorosa, nem se compreende com clareza o seu alcance, pelo que poderá levar à criação de situações duvidosas. Devemos ter em conta aqui o artigo 601º do CC *“todos os bens do devedor suscetíveis de penhora”*.

Quanto ao tipo de responsabilidade com que estamos a lidar, JOSÉ MANUEL BRANCO defende que se consegue incluir esta responsabilidade na responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (artigo 483º do CC)⁹⁷, na medida em que se entende que estão verificados os 5 pressupostos desta: facto voluntário, culpa, dano, nexo de causalidade e ilicitude.

No entanto, alguns autores entendem que o artigo 189º, n.º2 alínea e), devido à expressão “*até às forças dos respetivos patrimónios*” é uma reprodução dos efeitos do artigo 818º CC que nos diz “*O direito de execução pode incidir sobre bens de terceiro, quando estejam vinculados à garantia do crédito, ou quando sejam objeto de ato praticado em prejuízo do credor, que haja procedentemente impugnado*”.

Com esta nova redação efetuada pela Lei n.º. 16/2012, verificamos uma maior proteção aos credores que não conseguem ver os seus créditos satisfeitos pela massa.

Cumprir fazer uma breve exposição acerca das vantagens e desvantagens da responsabilidade civil “insolvencial” (artigo 189º, n.º2, alínea e), ou seja, esta vai ser uma alternativa à responsabilidade societária (artigo 78º do CSC).

A responsabilidade insolvencial facilita a prova dos pressupostos de responsabilidade civil e da prova dos danos a indemnizar, sendo uma desvantagem desta o facto de ficar limitada aos últimos 3 anos anteriores ao início do processo de insolvência⁹⁸. No entanto, a responsabilidade societária continua a desempenhar um papel fundamental em certos aspetos: quando os danos sofridos pelos credores são superiores ao passivo a descoberto; nos atos praticados que ultrapassem o limite dos 3 anos e caso os danos resultem em culpa leve, pois como sabido esta não é censurável em termos do incidente de qualificação da insolvência.

Existe aqui uma maior procura pela justiça do caso concreto.

⁹⁷ No mesmo sentido: LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *ob. cit.* pp. 261.

⁹⁸ Com a salvaguarda do artigo 4º, n.º2 do CIRE. PERES, Inácio. “*A Insolvência Culposa e a Responsabilidade Civil*”. VI Jornadas Nacionais IAD. Guimarães. 4 Junho de 2016. Disponível em <http://apaj.pt/apaj/wp-content/uploads/2016/06/Insolv%C3%Aancia-Culposa-e-Responsabilidade-Civil-.pdf> (acedido em 20/08/2016). pp.78.

Conclusões

No presente trabalho, após a análise cuidada de vários aspetos como o administrador de direito ou de facto, o incidente de qualificação da insolvência e muitas das suas vicissitudes, chegamos a algumas conclusões.

Em primeiro lugar, relativamente aos administradores de direito ou de facto, constatamos que foi feito um esforço legislativo no sentido de fortalecer o regime sancionatório que sobre eles recai em caso de comportamento com dolo ou culpa grave que origine a insolvência culposa, sendo os efeitos fixados sobre eles na sentença de qualificação no artigo 189º, n.º 2, alínea a) do CIRE. No entanto, continua evidente a necessidade de se consagrar uma definição legal de administrador de facto, que ajudará a uma maior segurança e certeza jurídica.

Seguidamente, destaca-se a modificação para a não obrigatoriedade de abertura do incidente na perspetiva de simplificar o processo de insolvência, sendo que esta simplificação poderá não ser tão simples quanto isso, devido ao facto de existirem apenas dois momentos para a sua abertura: na sentença, em que se declara a insolvência, ou através do requerimento apresentado por um dos intervenientes processuais legitimados (artigo 188º, n.º1, do CIRE), requerimento este que tem em geral alguma sofisticação na sua tramitação, o que não facilita a sua celeridade.

Continuando, falemos agora da questão relativa às presunções, que como foi dito, para nós e seguindo o entendimento de vários autores, estas são de difícil interpretação e causam alguma ou mesmo muita confusão e, sendo assim, o legislador deveria intervir numa reestruturação do artigo que as engloba.

Em quarto lugar, cumpre fazer referência à problemática anteriormente muito debatida no CIRE, nomeadamente no instituto da insolvência culposa, a que oferecemos particular interesse na presente dissertação. Temos de concordar com a doutrina e a jurisprudência que defendiam que a consequência civil da inabilitação constituía uma consequência sancionatória excessiva, nos seus efeitos; por isso, a alteração para a palavra inibição mostra-se plenamente justificada. Outras medidas tomadas pelo legislador

foram bem-vindas, como é o caso da obrigação de indenizar que nos diz através de algumas decisões jurisprudenciais que as somas conseguidas através da indemnização têm como beneficiário a massa insolvente sendo depois repartidas pelos credores, existindo assim uma maior proteção dos seus direitos.

Por fim, como elemento menos positivo retirado do presente estudo, cumpre destacar que, após a condenação aos referidos efeitos da sentença que qualifique a insolvência como culposa nomeadamente os da alínea b) e c), o desrespeito pelos mesmos, ou seja, a sua violação, não sofre qualquer sanção diretamente aplicada pelo CIRE, pois este é omissivo a esse respeito, além das sanções naturais que decorrem do desrespeito das decisões judiciais, sendo que se deverá procurar em outras disposições legais que diretamente se relacionem com os efeitos.

Este trabalho ajudou ao meu enriquecimento pessoal, na medida em que me tornei mais sabedor sobre um tema importantíssimo e que cada vez mais vai tendo influência na sociedade atual.

Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso De Direito Comercial*. 3ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2009. Vol.II, Das Sociedades. ISBN 9789724038056.
- BRANCO, José Manuel. *Novas questões na qualificação de insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 30 de Novembro 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1e0e4ovk11/flash.html> (acedido em 03/03/2016).
- CABRAL, João Miguel Santos. *In os administradores da insolvência - O administrador de facto*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de Janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/15tmtdv2bv/flash.html> (acedido em 03/03/2016).
- CEJ. *Processo de Insolvência e Ações Conexas*. Formação Contínua, Lisboa, 2014. Centro de Estudos Judiciários. ISBN 978 – 972 – 9122 – 94 – 1.
- CORREIA, Miguel J. Pupo. Inabilitação do insolvente culposo. Intervenção no colóquio "*Insolvência e recuperação de empresas: uma realidade multidisciplinar*", n.º 8 / 9, Universidade Lusíada. 28.10.2010. Lisboa. pp 237-246.
- DIAS, Mónica Maria Bastos. *Qualificação culposa da insolvência de sociedades comerciais e papel do administrador da insolvência*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Janeiro de 2014.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual do Direito da Insolvência*. 5ª Edição. Coimbra: Almedina 2013. ISBN – 9789724051413
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *O incidente de qualificação da insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 20 de janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1jgpm7kaig/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

- FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, J. *Coletânea de Estudos Sobre a Insolvência*. Lisboa: Quid Juris, 2011. ISBN 978-972-724-447-8
- LEITÃO, Luís M. T. de Menezes. *Direito da Insolvência*. 6ª Edição. Coimbra: Almedina 2015. ISBN – 978-972-40-6090-3.
- MAGALHÃES, Carina Alves de. *O incidente de qualificação da insolvência*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto. Fevereiro 2014.
- MARTINS, Luís M. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*. Texto da Lei. Notas Remissivas. Jurisprudência. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5483-4.
- OLIVEIRA, Rui Estrela de. *O incidente de qualificação da insolvência*. Centro de Estudos Judiciários. Lisboa: 31 de Janeiro de 2012, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/14njhiy2mh/flash.html> (acedido em 03/03/2016).
- OLIVEIRA, Rui Estrela de. *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*. in JULGAR – (Maio / Abril 2010), pp. 199 a 249.
- OLIVEIRA, Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas de. *Incidente de qualificação da insolvência*. Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho. Escola de Direito. Abril de 2012.
- PEREIRA, Rosa Manuel Gomes. *O incidente de qualificação da insolvência e os seus efeitos*. Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto. 2011.
- PERES, Inácio. “*A Insolvência Culposa e a Responsabilidade Civil*”. VI Jornadas Nacionais IAD. Guimarães. 4 Junho de 2016. Disponível em <http://apaj.pt/apaj/wp-content/uploads/2016/06/Insolv%C3%A2ncia-Culposa-e-Responsabilidade-Civil-.pdf> (acedido em 20/08/2016).

RAMOS, Maria Elizabete. *In os administradores da insolvência – O administrador de facto. Insolvência da sociedade, responsabilidade civil do administrador de facto e poderes do administrador de insolvência.* Centro de Estudos Judiciários, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/56qlv8s9p/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

SERRA, Catarina. *Privação de administrar e dispor de bens, a inabilitação e a administração da massa pelo devedor.* Centro de Estudos Judiciários, disponível em <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2jpkq9n78w/flash.html> (acedido em 03/03/2016).

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral.* Volume I. Reimpressão da 10.^a Edição de 2000. Coimbra: Almedina 2015. ISBN – 978-972-40-1389-3.

Jurisprudência

A jurisprudência referenciada encontra-se disponível em www.dgsi.pt e www.tribunalconstitucional.pt.

- ✓ ACÓRDÃO TC 173/2009 de 04/05 (Joaquim Ribeiro)
- ✓ ACÓRDÃO TC 409/2011 de 27/09 (Lúcia Amaral)
- ✓ ACÓRDÃO RC de 28/10/2008 (Artur Dias)
- ✓ ACÓRDÃO RC de 22/05/2012 (Barateiro Martins)
- ✓ ACÓRDÃO RG de 24/07/2012 (Amílcar Andrade)
- ✓ ACÓRDÃO RC de 11/12/2012 (Albertina Pedroso)
- ✓ ACÓRDÃO RC de 05/02/2013 (Maria José Guerra)
- ✓ ACÓRDÃO RE de 08/05/2014 (Francisco Xavier)
- ✓ ACÓRDÃO RP de 13/01/2015 (Anabela Dias Da Silva)
- ✓ ACÓRDÃO RC de 10/03/2015 (Catarina Gonçalves)
- ✓ ACÓRDÃO RP de 15/06/2015 (Manuel Domingos Fernandes)
- ✓ ACÓRDÃO RL de 23/06/2015 (Cristina Coelho)
- ✓ ACÓRDÃO RP de 28/09/2015 (Ana Paula Amorim)
- ✓ ACÓRDÃO RC de 16/12/2015 (Maria Domingas Simões)
- ✓ ACÓRDÃO RG de 21/01/2016 (Miguel Baldaia Morais)

Legislação

- ✓ PORTUGAL *Constituição da República Portuguesa*. Almedina: Coimbra, 2010. 978-972-40-3291-7.
- ✓ PORTUGAL *Código Civil*. Almedina: Coimbra, 2011. 978-972-40-4635-8.
- ✓ MIMOSO, Maria João. *Legislação Empresarial*. Quid Juris: Lisboa, ISBN: 9789727246205I

Webgrafia

- ✓ <http://www.insolvencia.pt/>
- ✓ <http://jusjornalíneawolterskluwer.pt/Content/Home.aspx>