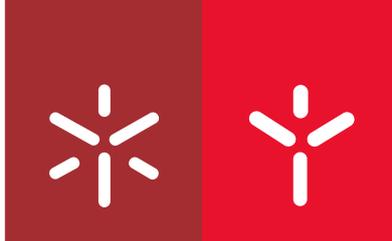


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas de Oliveira

## **Incidente de Qualificação da Insolvência**



**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Vera Lúcia Gomes da Silva Freitas de Oliveira

## **Incidente de Qualificação da Insolvência**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direito dos Contratos e de Empresa  
Tutela Jurisdicional dos Direito de Crédito

Trabalho realizado sob a orientação da  
**Professora Doutora Catarina Serra**

Abril de 2012

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO  
DE QUALQUER PARTE DESTA TESE

UNIVERSIDADE DO MINHO \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

ASSINATURA\_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

Após um esforço acentuado na minha vida profissional e pessoal, sem desanimar, e depois de obter resultados, no que à primeira respeito, que me permitiram chegar a escrever esta Dissertação, sinto-me realizada pela possibilidade de concretizar o objetivo a que me propus, o qual consiste em obter do grau de Mestre. Foi algum tempo depois do ingresso no mercado de trabalho que senti ser oportuno fazer como que uma “reciclagem” de conhecimentos.

O aproveitamento desta oportunidade, para que muito contribuiu ser na “minha” Universidade, acaba por se transformar num dos maiores projetos que levei a cabo, porque sendo fácil confundir ideais com intenções, é muito difícil conseguir a sua concretização.

Ao mesmo tempo que se foram perdendo os limites na pesquisa e se misturava experiência com conhecimentos teórico-práticos, o tempo é sempre escasso para aprofundar toda a investigação desejada.

Dito isto, não posso deixar de enaltecer o esforço acrescido dos que, de diversas formas, me acompanharam neste projeto, que contribuíram para que conseguisse as condições adequadas à realização do primeiro ano letivo e à conclusão desta Dissertação de Mestrado.

Quero, assim, especialmente, agradecer à minha Ilustre Orientadora, a Senhora Professora Doutora Catarina Serra, pela sua disponibilidade, pela sua dedicação, pelo seu auxílio e pela força que me transmitiu. Contribuiu para o meu forte desempenho na aquisição de diversos conhecimentos com vista à preparação e finalização desta Dissertação, da melhor forma que qualquer mestrando deseja alcançar.

À minha Família, em especial ao meu marido, o Tiago, que, estando sempre presente, foi fonte inspiradora de toda a confiança, com o seu excepcional empenho foi mais que o apoio necessário para enfrentar todas as vicissitudes que este desafio envolveu.

Ao Senhor Dr. Jorge Ribeiro, Ilustre Advogado e ex- Patrono, que ao longo da minha ainda curta carreira, na verdade, me tem transmitido os seus ensinamentos e conhecimentos de modo incansável e sempre disponível.

À minha Cara Colega e Amiga Ana Morgado, com quem estudei, passei horas a debater questões necessárias a todo o trabalho de pesquisa de interesse para esta Dissertação, agradeço a atenção, as horas em sua casa e a compreensão concedidas.

Ao Senhor Dr. Mário Morgado, Ilustre Advogado e colega, com quem passei horas a debater questões de fundo e de forma fundamentais para esta Dissertação e cuja indispensável ajuda tornou possível o término deste trabalho, agradeço o seu tempo, os seus sábios conhecimentos e a sua amizade.

Muito Obrigada.



## RESUMO

### Incidente de Qualificação da Insolvência

Nos tempos de crise na economia nacional e europeia que hoje vivemos, assistimos a um colossal avolumar do número de insolvências, quer das empresas, quer de pessoas singulares. Torna-se cada vez mais premente a análise do regime jurídico do incidente de qualificação da insolvência (incidente com carácter declarativo exercitado no Processo de Insolvência) não só pela sua atualidade, pertinência jurídica e académica, bem como pela sua importância prática. Não obstante a evolução legislativa, no seio do paradigma do nosso Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas (com a clara influência da Ley Concursal espanhola 22/2003, de 9 de julho), bem como, a riqueza das divergências jurisprudenciais e doutrinárias que têm surgido, por sinal, a um ritmo vertiginoso, tentou-se dar um contributo para a análise deste incidente, especialmente no que respeita à sua tramitação processual, nas suas modalidades de incidente pleno e limitado.

Entre outras coisas, delimitou-se o conceito de insolvência culposa, procedeu-se ao estudo da natureza e do alcance das presunções de insolvência [absolutas (com dolo) ou relativas com culpa grave], com especial atenção a um eventual conflito entre o princípio da tutela jurisdicional efetiva e o objetivo último do incidente da qualificação da insolvência, a responsabilização pessoal e patrimonial do devedor e dos seus administradores, de facto e de direito. Manifestámos, modestamente, a nossa posição, no seio do confronto das posições controversas da doutrina e da jurisprudência, quanto à aplicabilidade das diversas alíneas do n.º 2 e principalmente do n.º 3, ambas do art.186.º do CIRE. Ainda, analisámos a inconstitucionalidade da al. b) do n.º2, do art.189.º do mesmo diploma, declarada, com força obrigatória e geral, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º173/2009, de 2 de abril e mais recentemente, apreciada em relação à pessoa singular, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º409/2011, de 27 de setembro e n.º 578/ 2011 de 29 de novembro. Uma palavra apenas para referir a recente Proposta de Lei n.º39/XII, que veio “simplificar formalidades e procedimentos” e, no que ao nosso tema respeita, trouxe alterações relevantes, sobretudo nas sanções do n.º 2, do art.189.º do CIRE, sobre as quais se tecem breves comentários.

Tentámos, por isso, dar um contributo para a análise e a resolução simples e eficaz das questões práticas que a temática do incidente de qualificação da insolvência envolve, no sentido de tentar que da aplicação deste incidente não resultem injustiças, servindo-se de argumentos de facto de terem surgido fatores externos ou laterais que ilibem as empresas ou o devedor, pessoa singular, e portanto que o veredito seja o de que a insolvência não seja declarada culposa e, conseqüentemente essas mesmas pessoas escapem as duras e severas sanções do art.189.º do CIRE.



## ABSTRACT

### Incident Qualification Insolvency

In times of crisis in the European and national economy as we are living in these days, we have been seeing a huge rise in the number of insolvencies both in companies and in individuals. It becomes more and more urgent the analysis of the legal regime of qualification of the incident of insolvency (incident with declaratory nature grafted on the Insolvency Process) not only for its actualness, legal and academic relevance, as well as its practical importance. Despite the legal developments within the paradigm of our Code of Insolvency and Company Recovery (with the clear influence of the Spanish Bankruptcy Law 22/2003 of 9th of July), as well as the vastness of jurisprudential and doctrinal differences that have appeared, by the way, at a dizzying pace, we tried to give a contribution for the analysis of this incident, especially with regard to its processual course, in its modalities of full and limited incident.

Among other things, we have bound the concept of culpable insolvency. We have proceeded with the study the nature and the scope of the presumption of insolvency [absolute (intentionally) or relative with gross negligence], with special attention to a possible conflict between the principle of the effective judicial protection and the ultimate goal of the qualification of the insolvency event, the personal liability and property of the debtor and its directors, in fact and by law.

We expressed modestly our position within the confrontation of controversial positions of the doctrine and jurisprudence on the applicability of the various paragraphs of no. 2 and mainly from n. 3, both of art.186 of the CIRE. Still, we analyzed the unconstitutionality of al. b) n. 2 of art.189 of the same law, declared, with binding and general strength in the Judgment of the Constitutional Court no. 173/2009 of 2nd April and most recently assessed in relation to the individual in the Judgment of the Constitutional Court no. No. 409/2011 of September 27th and n. 578/2011 of 29th November. One word only to refer to the recent proposal of Law no. 39/XII, who came "to simplify formalities and procedures" and, in relation to our subject, it brought significant changes, especially in the penalties of no. 2, of art.189 of the CIRE, on which are issued brief comments.

We tried therefore to give a contribute to the analysis and simple and effective resolution of practical issues that the theme of the incident of qualification of insolvency involves, to try to make that from the application of this incident does not result injustice, making use of the "alibi" of external factors having arisen that are exculpatory or laterals of the debtor companies or individuals and consequently that the verdict is that the insolvency is declared not guilty and therefore these same people may escape the harsh and severe sanctions art.189 of the CIRE.



## ÍNDICE

Agradecimentos.....	ii
Resumo.....	v
Abstract.....	vii
Índice.....	ix
Lista de Abreviaturas.....	xi
1. Introdução.....	1
2. Antecedentes Históricos: Do Código de Processo Civil de 1939 ao CIRE.....	4
2.1. Evolução do Instituto da Falência no Direito Português.....	4
2.1.1. O Regime da falência-liquidação no Código de Processo Civil de 1939.....	4
2.1.2. O Sistema de Falência-Saneamento.....	6
2.1.3. CPEREF.....	7
2.1.4. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).....	10
3. Caracterização Geral.....	15
4. Tramitação Processual.....	21
4.1. Incidente Pleno.....	23
4.1.1. Tramitação.....	41
4.2. Incidente Limitado.....	41
4.2.1. Tramitação.....	41
5. Insolvência Culposa.....	47
5.1. Noção.....	47
5.1.1. Âmbito subjetivo.....	47
5.1.2. Âmbito objectivo.....	48
5.2. Presunções Legais.....	55
6. Insolvência Fortuita.....	77
7. Efeitos da Qualificação da Insolvência como Culposa.....	78
7.1. As sanções previstas no art. 189.º do CIRE.....	78
7.2. A Inabilitação do devedor em particular.....	89
7.3. A Inconstitucionalidade da <i>al. b)</i> do n.º 2 do art. 189.º do CIRE.....	97
8. Responsabilização dos Administradores.....	103
9. Consequências da Insolvência Culposa na Administração da Massa Insolvente pelo devedor e na Exoneração do Passivo Restante.....	107

<b>9.1. Na Administração da Massa Insolvente pelo devedor. ....</b>	<b>107</b>
<b>9.2. Na Exoneração do Passivo Restante. ....</b>	<b>109</b>
<b>10. Declaração de Insolvência Anterior. ....</b>	<b>110</b>
<b>11. Síntese: Apreciação crítica do regime da inabilitação do devedor na insolvência culposa. ....</b>	<b>112</b>
<b>12. Conclusão. ....</b>	<b>114</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Ac RC - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Ac RP – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Ac RE – Acórdão do Tribunal da Relação de Évora

Ac RL – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac STJ – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

Al./als.- Alínea/ alíneas

Art/ arts. - Artigo / artigos

CC – Código Civil

C Com – Código Comercial

Cfr. - Confira

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

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

CP- Código Penal

C. Reg. Civil- Código do Registo Civil

C. Reg. Com- Código do Registo Comercial

CSC- Código das Sociedades Comerciais

DR- Diário da República

Dec-Lei – Decreto-Lei

Ed – Edição

Ex.- Exemplo

Ob. Cit. – Obra Citada

ss - seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

## INTRODUÇÃO

Preende-se com esta dissertação apresentar e discutir o Incidente de Qualificação de Insolvência, matéria que se considera atual, inovadora e de relevância, sobretudo a nível prático.

Para o efeito analisaremos o Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, pelo Decreto-Lei n.º 282/2007, de 7 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto, que regula nos termos do disposto no art. 36.º, *al. i*) do CIRE, o campo de aplicação e processamento das duas modalidades do incidente de qualificação de insolvência, o incidente pleno e o incidente limitado.

O Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o atual Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, doravante CIRE, veio acolher na ordem jurídica portuguesa estas duas modalidades do incidente.

Escreve ISABEL ALEXANDRE que, (...) *“há uma nota que a fazer fé no preâmbulo do diploma que aprovou o CIRE, caracteriza o processo de insolvência (...) orientado para a satisfação pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores, sendo sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo”*.(1)

*“Com a nova Lei da insolvência operou-se, nas palavras de MARIA JOSÉ COSTEIRA (...) uma verdadeira desjudicialização do processo (...) no sentido de colocar o destino da empresa nas mãos dos credores e limitar a intervenção do juiz basicamente ao controle da legalidade do processo, (...) “em seu ver, não foi a melhor opção”*.(2)

Este novo regime introduziu a possibilidade da qualificação da insolvência como culposa, segundo dispõe o artigo 186.º do CIRE. Perante que factos é que podemos qualificar a insolvência com dolo ou a insolvência com culpa grave? Quais os efeitos da sentença de qualificação consignada no art. 189.º do CIRE?

---

(1) ISABEL ALEXANDRE, O Processo de Insolvência: Pressupostos Processuais, Tramitação, Medidas Cautelares e Impugnação da Sentença, in Themis, Edição Especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, p.46.

(2) MARIA JOSÉ COSTEIRA, Novo Direito da Insolvência, in Themis, Edição Especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, p.25.

Quais as características de cada uma das medidas elencadas no art. 189.º do CIRE e a sua consequência civil, bem como as repercussões das mesmas na administração da massa insolvente?

O objetivo fundamental desta última reforma é apurar se o devedor tem culpa pela situação de insolvência ou se existem terceiros responsáveis pela mesma e, atribuir a especial responsabilização ao devedor e aos seus administradores de facto e de direito.

Do mesmo modo, é essencial a análise do problema existente no que respeita à situação de insuficiência da massa insolvente para satisfação das custas e das dívidas da mesma.

Esta é uma época de relevância para tais questões, face à recessão económica global em que nos encontramos.

Assim, comparando os segundos trimestres dos anos de 2007 a 2011, verifica-se um aumento acentuado do número de processos de falência, insolvência e recuperação de empresas entrados nos Tribunais Judiciais de 1ª instância, com particular destaque para o aumento verificado no segundo trimestre de 2011, face aos períodos homólogos dos anos anteriores.

A comparação dos períodos homólogos correspondentes ao segundo trimestre de 2007 e ao segundo trimestre de 2011 revela um aumento de cerca de 243,2% no número de processos iniciados. Este aumento é acompanhado por um aumento similar do número de processos findos, cuja variação em igual período foi de cerca de 230,7%.

Em 2011, o número de processos pendentes no final do segundo trimestre apresenta um aumento de cerca de 4,7% face ao que se registava no final do primeiro trimestre.<sup>(3)</sup>

Assim, tendo em conta os considerandos supra indicados, esta obra terá como tema o incidente de qualificação da insolvência. Deste modo, poder-se-á analisar um ponto de relevante interesse do regime da insolvência, considerando os seus antecedentes históricos, os desvios ao regime típico, referindo os elementos necessários à sua caracterização, as modalidades de qualificação e as consequências que a mesma implica.

---

(3) Informação obtida no Boletim de informação e estatística trimestral, Outubro de 2011, DGPI, dados obtidos em [www: <http://www.dgpj.mj.pt>](http://www.dgpj.mj.pt).

Deste modo, dado o alcance das alterações que se prevê que possam surgir no regime da insolvência e recuperação de empresas, já previstas na Proposta de Lei n.º 39/XII, que procede à sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, (...) simplificando formalidades e procedimentos e instituindo o processo especial de revitalização.(4)

O principal objectivo prosseguido por esta revisão passa por reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação.

Na impossibilidade de proceder, em tempo útil, a uma atualização geral de todas as modificações em curso, que retratamos da Proposta de Lei n.º 39/XII, para a nossa Dissertação – e com a tranquilidade de as mencionadas novidades não terem comprometido o sentido geral do nosso trabalho - optámos por introduzi-las no final do capítulo a que correspondem.

---

(4) O processo especial de revitalização pretende assumir-se como um mecanismo célere e eficaz que possibilite a revitalização dos devedores que se encontrem em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente mas que ainda não tenham entrado em situação de insolvência actual. A presente situação económica obriga, com efeito, a gizar soluções que sejam, em si mesmas, eficazes e eficientes no combate ao “desaparecimento” de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português, uma vez que gera desemprego e extingue oportunidades comerciais que, dificilmente, se podem recuperar pelo surgimento de novas empresas. Proposta de Lei n.º 39/ XII, in <http://app.parlamento.pt/>.

CAPÍTULO II  
ANTECEDENTES HISTÓRICOS:  
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 AO CIRE

**2.1 Evolução do Instituto da Falência no Direito Português**

O tratamento global e sistematizado da falência ocorre, no Direito Português, com a publicação do Código Comercial de Ferreira Borges, de 1833. Neste Diploma, lado a lado com a falência manteve-se a expressão *quebra* (caracterizando-se pela situação do mercador incapaz de assegurar os seus pagamentos) trazida do Direito anterior, as Ordenações Filipinas. (5)

Deste modo, na tradição portuguesa, a falência era um instituto de comerciantes, enquanto a insolvência era reservada a não-comerciantes (art.1122.º do Código Comercial de Ferreira Borges). Este entendimento manteve-se durante muitos anos, ultrapassando as diversas alterações a que foi sujeita a legislação nesta matéria, no Código de Processo Civil de 1939.

Nos anos que se seguiram, no Código Comercial de 1888, no Código de Processo Comercial de 1905 e no Código de Falências de 1935, foi dedicado tratamento especial no que à regulamentação da matéria da falência diz respeito. (6)

**2.1.1-O Regime da falência-liquidação no Código de Processo Civil de 1939**

No Código de Processo Civil de 1939 foi inserida, em sede de processos especiais, a matéria relativa às situações de insuficiência patrimonial das pessoas (singulares e coletivas, comerciantes ou não comerciantes).

A falência constituía uma das modalidades da liquidação, de patrimónios-liquidação em benefício de credores, ao lado da liquidação em benefício dos sócios e da liquidação em benefício do Estado. (7)

---

(5) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Introdução ao Direito da Insolvência, in O Direito, Diretor Inocêncio Galvão Telles, Ano 137.º, 2005, III, pp. 465 e ss.

(6) LUÍS CARVALHO FERNANDES, O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do regime da falência no direito português, in AA. VV., Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1183 e ss.

(7) IDEM.

A distinção dos dois institutos, falência e insolvência, fazia-se claramente:

Numa concepção subjetiva, a falência era própria dos comerciantes - sociedades comerciais e comerciantes em nome individual - e a insolvência era reservada aos não comerciantes, fossem pessoas singulares ou coletivas (art.º 1355.º do Código de Processo Civil de 1939);

Numa concepção objetiva, o estado de falência verificava-se quando o comerciante estivesse “*impossibilitado de solver os seus compromissos*” (art.1135.º do Código de Processo Civil de 1939) - opera como uma ação executiva universal e coletiva, com base em adequada sentença - artigos 1174.º e seguintes do mesmo diploma; a situação de insolvência traduzia-se pura e simplesmente na verificação de uma situação patrimonial líquida passiva: um não comerciante era considerado insolvente “*quando o ativo do seu património seja inferior ao passivo*”.

O conceito de insolvência transpôs-se para o Código de Processo Civil de 1939 e traduzia a situação quantitativa do não-comerciante cujo passivo superasse o ativo, enquanto a falência era um instituto de comerciantes (arts.1135.º ss. e 1313.º ss. respetivamente, deste diploma) que se caracterizava pela situação qualitativa do comerciante incapaz de honrar os seus compromissos.

No sentido de afastar as consequências da falência, este diploma previa «meios preventivos e suspensivos da falência», consoante a eles se recorria antes ou depois de ela ser declarada (arts.1236.º e seguintes do Código de Processo Civil de 1939). Estes meios podiam ser da iniciativa do falido ou dos credores e, revestiam três modalidades: *concordata, acordo de credores e moratória*.

A concordata (arts.1236.º e ss. do Código de Processo Civil de 1939) consistia no pagamento parcelar dos créditos, influenciando o valor da percentagem oferecida no seu regime de aceitação.

O acordo de credores (arts.1286.º e ss. do Código de Processo Civil de 1939) envolvia a constituição, pelos credores que o subscrevessem ou aceitassem, de uma sociedade por quotas na qual era admitida a entrada de outras pessoas, além daqueles.

Por fim, a moratória (arts.1297.º e ss. do Código de Processo Civil de 1939), como a sua designação evidencia, consistia na fixação de um prazo (que não podia exceder três anos) para pagamento aos credores comuns.

## 2.1.2- O Sistema de Falência-Saneamento

### Primeiros sintomas no Código de Processo Civil de 1961

É no Código de Processo Civil de 1961 que se começam a refletir os primeiros presságios da reforma no sentido de se adotar o sistema de falência-saneamento através da utilização de meios *preventivos da declaração de falência*, que consistiam na aprovação ou homologação da *concordata* ou do *acordo de credores* (8) (9), como alternativa a declaração da falência e a liquidação do património do falido(arts.1164.º e 1168.º, ambos do Código de Processo Civil de 1961).

Todavia, na prática, estes meios não vingaram.

O Código de Processo Civil de 1961 caracterizava a falência como uma situação qualitativa do comerciante incapaz de satisfazer os seus compromissos e a insolvência como uma situação quantitativa do não-comerciante cujo passivo era superior ao ativo.

Havia sempre lugar ao apuramento da responsabilidade criminal do falido, cabendo sempre o impulso processual ao Ministério Público, no caso de a falência não ser meramente casual mas culposa ou provocada (art.1282.º, n.º1 do Código de Processo Civil de 1961).

A classificação da falência revestia três modalidades: culposa, fraudulenta ou casual.

Conforme dispunha o art.1276.º do Código de Processo Civil de 1961, a falência era considerada culposa quando: provinha de incúria, imprudência ou prodigalidade manifesta do arguido; o arguido tinha dissipado parte considerável do património em jogos e azar; o arguido tenha deixado de cumprir as prescrições legais para a regularidade da escrituração e das transações comerciais, a menos que isto lhe seja relevado em face de exiguidade do seu comércio e elementares habilitações literárias que possuía.

Segundo o disposto no art.1277.º do Código de Processo Civil de 1961, a falência classificava-se fraudulenta quando: o concordatado caído em falência não justificava a regular

---

(8) A *concordata* consistia no pagamento parcelar dos créditos; para a sua aceitação exigia-se sempre a maioria absoluta dos credores, mas estes deviam representar dois terços dos créditos; o *acordo de credores* envolvia a constituição, pelos credores que o subscrevessem ou aceitassem, de uma sociedade por quotas na qual era admitida a entrada de outras pessoas, além daqueles. A sociedade recebia o activo do comerciante, cabendo-lhe pagar aos credores comuns a percentagem dos créditos fixada no *acordo* e no prazo também nele estabelecido.

(9) Estes meios suspensivos da falência, para serem aceites, tinham de obter a concordância da maioria dos credores com direito a voto, representando, pelo menos, 75% dos créditos correspondentes (arts. 1153.º, n.º 1 e 1167.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Civil de 1961).

aplicação dada aos valores constantes do ativo, existente à data da concordata (art.1165.º do Código de Processo Civil de 1961); o falido pagou a quaisquer credores ou lhes facultou os meios de obterem vantagens sobre os restantes, apesar de bem conhecer o seu estado (art.1277.º do Código de Processo Civil de 1961); o falido descreveu créditos fictícios nos seus balanços; o falido omitiu dolosamente parcelas do ativo nos seus balanços; o falido para evitar ou retardar a falência, comprou mercadorias a crédito para as revender, e as revendeu antes de pagas a preços inferiores aos concorrentes; o falido praticou atos ou contratos simulados ou falsamente datados ou por qualquer outra forma praticados de má-fé em prejuízo dos credores.

Seguiram-se outras iniciativas legislativas com objetivos semelhantes às anteriores, ou seja, a preocupação de se alcançar a recuperação da empresa como alternativa à sua liquidação em processo de falência.

### **2.1.3-CPEREF**

Contudo, seria o Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) a alterar profundamente o sistema, na medida em que a legislação processual civil se centrava no domínio das relações de crédito.

Este diploma acabou com a distinção subjetiva tradicional entre falência e insolvência.<sup>(10)</sup>

*“Era acintosamente processual: por sua própria designação regulava processos, no caso, processos especiais. O título adoptado denunciava também que se dava prioridade à recuperação da empresa sobre a falência.”* <sup>(11)</sup>

Neste diploma são visíveis as manifestações de acolhimento da conceção “falência-saneamento”. Nas palavras de CATARINA SERRA, *“o regime da falência passa a ter a missão principal de saneamento da economia (“falência-saneamento”) e a tarefa fundamental de identificar os agentes económicos capazes e viáveis, que merecem ser apoiados, mas também os agentes económicos desonestos ou incapazes, que devem ser eliminados.”* <sup>(12)</sup>

---

(10) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES - O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português, Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, p.1199

(11) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso, in Themis, Edição especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, p.105.

(12) Catarina SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução, 4.ª Edição, Almedina, 2010, p.18.

O regime era composto de dois processos especiais aplicáveis aos sujeitos insolventes: o processo de falência e o processo de recuperação de empresas.

Consagrou-se a prioridade da recuperação sobre a falência. *“Como se afirmava no próprio Diploma Preambular que aprovou o CPEREF (DL132/93, de 23 de Abril), a recuperação «só tem justificação plena, ao nível da própria economia nacional globalmente considerada, quando e enquanto o comerciante ou a sociedade comercial devedora se possam realmente considerar como unidades económicas viáveis». Por isso, se estabeleceu que a viabilidade económica e a recuperação financeira eram pressuposto indispensáveis para a recuperação.”*(13)

*“O CPEREF assentava na noção de empresa (art.2.º do CPEREF) como se na falência estivesse sempre em causa uma empresa.”* (14)

Com o CPEREF, a antiga distinção entre processo de falência e processo de insolvência desaparecia, sendo a insolvência uma situação patrimonial e a falência uma situação jurídica em que o devedor ficaria constituído quando como tal fosse declarado.

Para OLIVEIRA ASCENSÃO, *“o CPEREF manifestava o que chamávamos ternura, desvelo, carinho pelo falido”* (15); era o que se traduzia na regulamentação legal dos problemas de saneamento e falência de empresas que se encontravam insolventes ou em situação económica difícil.

A declaração de falência implicava a inibição do falido para exercer o comércio, o mesmo sucedendo no caso de pessoas colectivas, relativamente aos seus administradores, nos termos dos artigos 1191.º do Código de Processo Civil de 1961 e 148.º, n.ºs 1 e 2 do CPEREF.

---

(13) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência, Cit., p.18.

(14) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso, Cit. p.106.

(15) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso, Cit. p.234.

Esta última disposição “*distinguia (claramente) os casos de declaração de falência de uma pessoa singular dos casos de declaração de falência de uma “sociedade ou pessoa colectiva”. Nestes últimos, a inibição dos respectivos “gerentes, administradores ou directores” não era um efeito necessário da declaração de falência, porque dependia da sua contribuição para a insolvência (cfr. arts. 148.º, n.º 2, e arts. 126.º-A e 126.º-B do CPEREF) (16), nem um efeito automático ou ope legis, porque necessitava de uma sentença judicial que o aplicasse.” (17)*

No entanto, de acordo com o disposto no n.º1, do art.148.º do CPEREF, no que respeitava à falência de uma pessoa singular, podia considerar-se “*um efeito necessário e automático da declaração de falência, podendo embora, mais tarde, quando se justificasse, a pessoa objecto da inibição vir a ser autorizada a exercer as actividades vedadas (cfr.art.148.º, n.º3, do CPEREF) ou o efeito vir a ser levantado (cfr.art. 238.º, n.º1 al.d) do CPEREF)*”. (18)

No entendimento de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “*havia uma espécie de presunção relativa de culpa do falido pessoa singular*”. (19)

No regime do CPEREF, “*permitia-se a possibilidade de isenção de sujeitos sem mérito*”. O art. 148.º, n.º3 do CPEREF, não fazia depender a autorização para o exercício das actividades proibidas senão da necessidade do sujeito “*angariar meios de subsistência e da ausência de prejuízo para a liquidação da massa*”. (20) (21) (22)

(16) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência,- Uma introdução, nota de rodapé 105, p. 67 “No CIRE desapareceram as “falências conjuntas” (Cfr. art.126.º-C do CPEREF), regime aplicável quando os responsáveis nos termos dos arts. 126.º - A e 126.º - B do CPEREF não cumpriam a obrigação em que tinham sido condenados. Isto, associado ao fim simultâneo das “falências derivadas”(cfr.126.º do CPEREF), indicia, talvez, a vontade de repor a regra da circunscrição da declaração de falência/insolvência aos insolventes e de eliminar as exceções. Tal vontade, a confirmar-se, corresponde a uma inversão da tendência anterior, de aumento dos casos de “falidos não insolventes”. Cfr., neste sentido, Catarina Serra, *Falências derivadas e âmbito subjetivo da falência*, Coimbra, Coimbra Editora 1999, pp. 76 e ss. e IDEM, “*Alguns aspetos da revisão do regime da falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, in Scientia Juridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Jan- Jun. 1999, TOMO XLVIII, Números 277/279pp. 196 e ss.*

(17) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência,- Uma introdução, Cit., pp.67 e 68.

(18) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência,- Uma introdução, Cit., p.68.

(19) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência,- Uma introdução, Cit., nota rodapé 107, p. 68

(20) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência,- Uma introdução, Cit. p. 68.

(21) Há muito tempo que se vinha criticando a benevolência desta solução, baseado unicamente em critérios de conveniência particular, e se vinha defendendo a aplicação do critério do mérito para a concessão da autorização (cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da Falência sobre a pessoa e negócios do falido”, Separata da RFDUL, 1995, volume XXXVI, pp. 319 e ss, in ROA, 1995, III, pp. 649-650 e IDEM, Direito Civil - Teoria Geral – volume I, Introdução, as pessoas, os bens, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 210.

(22) Importa reiterar que esta matéria, inicialmente, se encontrava prevista em dois diplomas legais, no DL n.º19 490, de 21/03/1931, no seu art. 18.º (Sempre que se verifique que o falido não tinha regulamente escriturado os livros a que se referem os artigos anteriores, será a falência havida como culposa.

conjugado com o Código do Processo Civil, nos seus artigos 1247.º a 1282.º (classificação da insolvência), 1200.º a 1204.º (efeitos para actos prejudiciais à massa), 1189.º a 1199.º (efeitos para o falido e credores) e 1283.º a 1287.º (fim da inibição), todos os normativos do Código de Processo Civil de 1961.

Assim sendo, e segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, “o *CPEREF* afastou-se do Código de Processo Civil na matéria dos arts.1274.º e 1279.º a 1283.º, isto é, após a revogação dos arts.1275.º a 1278.º pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, que imputava competência ao tribunal onde corria o processo de falência, para indicação do falido e classificação da falência.” (23)

Veio, pois, o Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, adotado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, quebrar a tradição trazida do Código de Processo Civil de 1939,: a insuficiência patrimonial, concretizada na falta dos pagamentos, passou a dizer-se “insolvência” e a situação jurídica daí decorrente, implicando decisões judiciais com regras complexas, passou a ser a “falência”.

#### **2.1.4-Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)**

Contudo, seria com o Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de Agosto, que mudou o direito tradicional falimentar: acabou com a noção de falência, ficando apenas com o conceito de insolvência, que corresponde “à situação do devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas” (art.3.º, n.º1 do CIRE) e à situação subsequente, à “sentença de declaração de insolvência” (art.36.º do CIRE).

O paradigma da insolvência foi importado da *Insolvenzordnung* alemã, de 5 de Outubro de 1994, que constituiu a grande fonte inspiradora do legislador nacional de 2004.

“*Insolvência é a negação de solvência, de solvo( solvi, solutum): desatar, explicar, pagar. Traduzirá, assim, a situação daquele que não paga. Apresenta, perante a falência, duas vantagens: semanticamente, ela surge valorativamente mais neutra do que a tradicional “falência”; conceitualmente, ela abrange quer a dimensão da liquidação universal do património, quer as medidas de recuperação que venham a ser adoptadas*”. (24)

---

(23) LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado.

(24) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO- Introdução ao Direito da Insolvência, in O Direito, 2005, III, p. 467.

No Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março, com as alterações do DL n.º 200/2004, de 18 de Agosto, eliminou-se o processo de recuperação. Conforme resulta claramente do seu art. 1.º, o processo de insolvência é agora o único processo admissível e a recuperação apenas uma das suas finalidades, em alternativa à liquidação.

Nas palavras de CATARINA SERRA, *“o que justifica, a meu ver, mais reservas ao regime é o desaparecimento da viabilidade económica como condição objectiva para a recuperação e a (consequente) impossibilidade de controlar a razoabilidade da decisão de recuperar. Na prática, isto significa que é possível optar pela recuperação mesmo que não se verifique a sua condição natural de aplicabilidade (a viabilidade da empresa) e, inversamente, deixar o processo (supletivo) de insolvência seguir o seu curso, preordenado à liquidação, não obstante ela se verificar.”*(25)

Este diploma define *“o processo de insolvência como um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, mas admite que a satisfação destes (dos credores) venha a realizar-se pela forma (ou outras) prevista num plano de insolvência, que, nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente (cfr. art.1.º)”*. CATARINA SERRA conclui que, *“o processo de insolvência é um processo de liquidação e o plano de insolvência é o único mecanismo que pode ter como fim a recuperação da empresa (cfr. arts.1.º e 195.º, n.º 2, al. b) do CIRE).”*

São três as grandes linhas inovatórias que encontramos no CIRE: a primazia da satisfação dos credores, a ampliação da autonomia privada dos credores e a simplificação do processo.

De facto, com a entrada em vigor do CIRE, alterou-se profundamente não só a filosofia do sistema, pelo que *“consagra um claro retorno ao sistema da falência - liquidação*

*Essa solução resulta claramente do seu artigo. 1.º onde se estabelece como finalidade do processo de insolvência “a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”*.

---

(25) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência, Ob. Cit, p.21.

*“O processo deixa de ter como fim principal a recuperação da empresa, ao contrário do que se previa nos arts. 1.º, n.º1 e 2, do CPEREF para passar a ter como único fim a satisfação dos credores, de que a recuperação da empresa é vista como um mero instrumento” (26).*

Quanto à inabilitação, surge como inovação, sendo uma das consequências sancionatórias da qualificação da insolvência como culposa, não se aplicando portanto, em caso de qualificação de insolvência como fortuita.

*“Houve uma alteração formal, quanto ao âmbito subjectivo da inibição. Adoptou-se a expressão “administradores” (cfr. art. 186.º, n.º1) em substituição da expressão “gerentes, administradores e diretores” do CPEREF (cfr. art. 148.º, n.º2, do CPEREF). Substancialmente nada muda. Tanto a primeira como a segunda devem ser entendidas, não em sentido técnico, mas em sentido amplo, significando titulares do órgão de administração. Se não, veja-se, para o CIRE, o art. 6º, n.º1”. Catarina Serra conclui que, “o encurtamento só traz vantagem.” (27)*

Quanto aos aspetos penais da falência, *“no CPEREF (arts. 224.º a 227.º) regia-se a indicição de infração penal (hoje, nos arts. 297.º a 300.º do CIRE). Assim, o CPEREF afastava-se, nesta matéria, do Código de Processo Civil, que nos arts. 1274.º e 1279.º a 1283.º - ou seja, após revogação dos arts. 1275.º a 1278.º pelo Dec.-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro – atribuía competência ao tribunal onde corria o processo de falência para indicição do falido e classificação da falência, que então podia revestir as modalidades de fraudulenta, culposa ou causal.”(28)*

---

(26) LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 2.ª edição, Almedina, 2009, p. 75; IDEM, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, p.51 e 52.

(27) CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência*, - Uma introdução, *Cit.* p. 69.

(28) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2009,*Cit.* p 607.

Considerou-se que o regime consagrado no CPEREF não era tecnicamente o mais correto, nem o mais adequado ao fim a que se destinava. Com a aprovação do CIRE, o legislador aboliu a expressão “ falência” enquanto designativa da fase de liquidação do património do devedor falido. Com a aprovação do novo diploma, criou-se o inovador o “Incidente de Qualificação da Insolvência.”

As finalidades do processo de insolvência e, antes ainda, o próprio propósito de evitar insolvências fraudulentas ou dolosas, seriam seriamente prejudicadas se aos administradores das empresas, de direito ou de facto, não ficassem sujeitos a quaisquer consequências, sempre que tivessem contribuído para tais situações.

O CIRE contempla soluções inovadoras em matéria de responsabilização dos administradores de sociedades insolventes, de funcionamento não automático, cuja aplicação depende de uma sentença judicial (diversa da sentença que declara a insolvência). Vocacionado para «maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas», o novo incidente da qualificação da insolvência pretende evitar que «a coberto do expediente técnico da personalidade legítima colética, seria possível praticar incolumemente os mais variados actos prejudiciais para os credores. (29)

Dispõe o ponto 40 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março “*O CPEREF, particularmente após a revisão de 1998, não era alheio ao problema mas os regimes então instituídos a este propósito - a responsabilização solidária dos administradores (com pressupostos fluidos e incorrectamente explicitados) e a possibilidade de declaração da sua falência conjuntamente com a do devedor - não se afiguram tecnicamente correctos nem idóneos para o fim a que se destinam. Por outro lado, a sua aplicação ficava na dependência de requerimento formulado por algum credor ou pelo Ministério Público. Ademais, a sanção de inibição para o exercício do comércio pode ser injusta quando é aplicada como efeito automático da declaração de falência, sem atender à real situação do falido.*”

---

(29) Preâmbulo do Dec. Lei 57/2004 de 18 de Março inspirado na Lei Concursal Espanhola ( Ley 22/2003, de 9 de Julio), o incidente de qualificação e insolvência destina-se a apurar se esta é fortuita ou culposa. O incidente é oficiosamente aberto com a declaração de insolvência (art. 36.º, al. I), do CIRE), ou seja, é aberto em todos os processos de insolvência, excepto nos casos em que há a apresentação de um plano de pagamento aos credores (art. 259.º, n.º1, 2ª parte, do CIRE)

O tratamento dispensado ao tema pelo novo código (inspirado, quanto a certos aspetos, na recente *Ley Concursal* espanhola- Ley 22/2003 de 9 de Julio), que se crê mais equânime, ainda que mais severo em certos casos consiste, no essencial, na criação do “Incidente de qualificação da insolvência”, o qual é aberto oficiosamente com a declaração de insolvência ( art. 36.º, al. I) do CIRE), ou seja, é aberto em todos os processos de insolvência(exceto nos casos em que há apresentação de um plano de pagamento aos credores, - art. 259.º n.º1, 2ª parte do CIRE), qualquer que seja o sujeito passivo, e não deixa de realizar-se mesmo em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente (assumindo nessa hipótese, todavia, a designação de “incidente limitado de qualificação da insolvência”, com uma tramitação e alcance mitigados).

É a sentença que qualifica a insolvência como culposa que desencadeia aplicação aos administradores de medidas responsabilizadoras (art. 189.º, n.º2 do CIRE). A sentença que declara a insolvência não e prenuncia sobre a influência da actividade dos administradores na situação de crise da sociedade.

O CIRE prossegue a tendência já iniciada pelo CPEREF (especialmente, depois da revisão introduzida pelo Dec. Lei n.º 315/ 98 de 20 de Outubro), no sentido de diferenciar o tratamento dispensado aos administradores consoante o relevo da sua conduta na causação ou agravamento da insolvência da sociedade. (30)

A qualificação da insolvência como culposa (art. 186.º , n.º 1 do CIRE) pode gerar nos termos do art. 82.º n.º2 do CIRE, a responsabilidade civil pela administração, que exige a culpa dos membros do órgão de administração e a ilicitude da conduta ( a violação de deveres pelos gerentes e administradores das sociedades). Nos termos do art. 72, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, perante a sociedade, os administradores respondem por danos decorrentes de actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa. Porém, a qualificação encontrada não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das acções a que se reporta o art. 82.º, n.º2 (art. 185.º do CIRE). O que significa que o juízo sobre o carácter culposo ou fortuito da insolvência, releva exclusivamente nos limites do incidente. E já não assume relevo (vinculativo) em outros procedimentos judiciais em que se discuta a conduta dos administradores.

---

(30)- Para além disso, esta sentença há- de identificar as pessoas afectadas pela qualificação ( art. 189.º n.º2 al. a) do CIRE), porque so estas serão submetidas as reacções previstas no art. 189.º , n.º2, als. b) c) e d), do CIRE. Ainda que seja proferida uma sentença de insolvência culposa, tal juízo não impede a triagem entre administradores afectados ( porque actores de conduta dolosas ou de negligencia grosseira que contribuíram ou agravaram a insolvência da sociedade) e os restantes.

### CAPÍTULO III

#### CARACTERIZAÇÃO GERAL

O regime da Qualificação da Insolvência é uma novidade introduzida no CIRE, por influência do direito espanhol, ou seja, do regime homólogo consagrado *na Ley Concursal* de 2003.

O Incidente da Qualificação da Insolvência é oficiosamente aberto na própria sentença que declara a insolvência (art.36.º al. i) do CIRE), o qual corre por apenso ao processo principal.

É nesta sentença que o juiz fixa o seu carácter de incidente pleno ou incidente limitado, muito embora, possa o incidente pleno convolar-se em incidente limitado, e vice-versa.

A lei só regula o âmbito de aplicação do incidente limitado, o qual é aplicável apenas nos casos de insuficiência da massa para a satisfação das custas processuais e das dívidas da massa (arts.39.º, n.º1 e 232.º, n.º5 do CIRE).

Porém, se for aprovado um Plano de Pagamentos aos credores (art. 259.º, n.º1, segunda parte do CIRE) ou na hipótese da declaração de insolvência anterior (art.187.º do CIRE), já não será aberto o Incidente de Qualificação de Insolvência.

Este visa apurar se a insolvência é fortuita ou culposa (art.185.º do CIRE).

No art.186.º, n.º1 do mesmo diploma, a lei define apenas a insolvência culposa: *“quando a situação de insolvência tiver sido criada e agravada em consequência da actuação, 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”*.

Assim, este n.º1 nada prevê quanto à definição da insolvência fortuita. Por isso, a insolvência é fortuita quando não é culposa.

Note-se que no caso da qualificação da insolvência como culposa, a sentença identifica os sujeitos culpados, para que sobre eles se produzam certos efeitos (os previstos no art.189.º, n.º 2, als. a), b), c) e d), do CIRE), também eles declarados na sentença.

Não tendo primado pela originalidade, o incidente surge por influência e, por vezes, decalcado da espanhola *Ley Concursal* de 9 de Julho de 2003. O legislador, ainda assim, inovou, introduzindo no processo de insolvência um incidente processual típico obrigatório destinado ao julgamento e eventual punição, mediante sanções civis dos responsáveis pela ocorrência de insolvências culposas.

O Incidente de Qualificação de Insolvência, previsto nos arts.185.º e ss. do CIRE, constitui uma fase do processo que se destina a averiguar quais as razões que conduziram à situação de insolvência e, conseqüentemente, se essas razões foram puramente fortuitas ou se

correspondem antes a uma atuação negligente ou mesmo com intuítos fraudulentos do devedor. Essa avaliação pode ter naturalmente consequências penais (cfr. arts. 227.º e ss. do Código Penal), mas estas não podem ser avaliadas nesse incidente, o qual tem, no entanto, a máxima relevância para efeitos civis, dado que a insolvência culposa pode envolver responsabilidade para o devedor, o que não sucede com a fortuita.

Assim, segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA (31) “*a qualificação da insolvência segundo dispõe o art. 185.º apenas releva para efeitos do CIRE e, mesmo assim não completamente (a qualificação da insolvência não interfere com o regime nas acções previstas no n.º2 do art.82.º*” (32). Não são, portanto, vinculativas nem ao nível positivo ou negativo, quanto a acções penais, as decisões proferidas nos termos dos arts. 188.º, n.º4 e 189.º, n.º1 do CIRE.

O regime adotado ao nível do processo de insolvência resulta que não existe qualquer questão de prejudicialidade entre o decorrer deste processo e abertura de incidente penal. Ora, no âmbito do incidente de qualificação, o insolvente pode ser considerado como não culpado e penalmente venha a ser condenado. Do mesmo modo que, pode ser sentenciado como culpado na insolvência e ser absolvido no processo penal.

Este preceito inovador (art.185.º do CIRE) é contrário ao CPEREF, na medida em que nas palavras de LUÍS MENEZES LEITÃO (33), “*não mencionava entre as causas de insolvência, admite-se agora a possibilidade de qualificar a insolvência como culposa nos casos previstos no artigo seguinte (art. 186.º do CIRE), através do incidente pleno de qualificação de insolvência, regulado nos arts. 188.º e ss. do CIRE*”.

A responsabilidade criminal encontra-se prevista nos artigos 227.º, 227.º-A, 228.º e 229.º do Código Penal, com limites das penas agravados para os crimes de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente, bem como para o favorecimento de credores, quando da prática de tais ilícitos resulta a frustração de créditos de natureza laboral. Para este efeito, foi aditado ao Código Penal, o art. 229.º-A.

---

(31) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA- Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris, Lisboa, 2009, *Cit.* p 608.

(32) Referem-se a acções de responsabilidade civil, de responsabilidade por indemnização e acções contra responsáveis legais.

(33) LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO- O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, 4ª ed. Almedina, 2008, p.199.

Importa por isso, salientar que o CIRE trata também desta matéria nos arts. 297.º a 300.º, “Indiciação de infracção penal”, o que nos permite compreender a autonomia e novidade do regime constante do seu Título VIII.

Os incidentes de qualificação da insolvência encontram-se regulados, como já foi referido, nos arts. 185.º a 191.º do Título VIII, do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, que integram três capítulos. O primeiro capítulo, com três arts. (185.º, 186.º e 187.º do CIRE), versa sobre aquilo que o legislador designou por “Disposições Gerais” e que, por isso, conterà normas potencialmente aplicáveis, quer à tramitação processual prevista no segundo capítulo, designado por incidente pleno de qualificação da insolvência – arts.188.º, 189.º e 190.º do CIRE - quer à tramitação processual prevista no terceiro capítulo, denominado por incidente limitado de qualificação da insolvência - art.191.º do CIRE.

Na sentença de qualificação decidir-se-á se a insolvência deve ser qualificada como culposa ou fortuita (art.189.º, n.º1 do CIRE).

A forma como se encontra sistematizada a matéria permite estabelecer, desde logo, a distinção legal, de cariz processual, entre o incidente pleno de qualificação da insolvência e o incidente limitado de qualificação da insolvência.

De cariz processual porque são essencialmente processuais os traços distintivos entre as referidas figuras.

São três as sanções potencialmente aplicáveis: (i) a inabilitação do responsável; (ii) a interdição do responsável para o exercício do comércio, para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa, e, (iii) a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos (cfr. *alíneas b), c), e d)* do art. 189.º, n.º 2 do CIRE).

Acrescenta LUÍS. M. MARTINS, “*no caso de os factos ocorrerem num período anterior aos três anos, as condutas não são passíveis da punição. A qualificação da insolvência como fortuita ou culposa não aprecia, portanto, a eventual responsabilidade civil dos administradores*”. (34)

---

(34) Luís M. Martins, *Processo de Insolvência*, Maio de 2011, 2ª Edição, Almedina.

Por outro lado, e perscrutando o texto da lei, o art.185.º do CIRE, inserido no capítulo I, diz-nos que são dois os tipos de insolvência: a culposa e a fortuita. Os vários elementos definidores da insolvência culposa encontram-se previstos no n.º 1 do art. 186.º do CIRE “*a insolvência é considerada culposa se tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, 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*”.

A *contrario*, a insolvência será considerada fortuita sempre que não se verifique essa situação. Como vimos este n.º 1 contém uma previsão genérica e abstrata, enquanto os n.ºs 2 e 3 preveem um conjunto de presunções conducentes ao conceito de culpa definido naquele n.º1.

Na opinião de RUI ESTRELA 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 um cariz nitidamente substantivo. Em segundo lugar, a insolvência deverá qualificar-se como fortuita quando, em face do disposto no art.186.º, não for possível qualificá-la como culposa.*” (35)

Portanto, quer estejamos perante o incidente pleno, quer perante o incidente limitado, a decisão poderá assumir qualquer um dos sentidos substantivos apontados - culposa ou fortuita.

Em termos de responsabilização dos titulares de empresas, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) previa, por um lado, os termos processuais que deveriam ser observados pelo juiz logo que, no processo houvesse conhecimento de factos, que indiciassem a prática de algum dos crimes previstos e punidos nos artigos 227.º a 229.º do Código Penal – regulamentação da indicição de infracção penal que subsiste no novo código (CIRE) nos artigos 297.º a 300.º. Por outro lado, sancionava automática e diretamente o próprio visado pela declaração de falência, quer se tratasse de pessoa individual quer de pessoa coletiva.

Nos termos do art. 148.º n.º 1 do CPEREF, determinava-se a privação do falido (após a declaração de falência) da administração e do poder de disposição dos seus bens presentes ou futuros e, a sua inibição para o exercício do comércio, incluída a possibilidade de ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa.

---

(35) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, in JULGAR (Mai./Abr. 2010) n.º11- 2010, p. 202.

Sendo que neste último caso, quando não tivesse sido instaurado procedimento criminal, e o juiz reconhecesse que o devedor tinha agido no exercício da sua actividade com lisura e diligência normal, poderia tal inibição ser levantada por este no próprio processo de falência.

Quanto aos gerentes, administradores ou diretores, ou gerentes ou administradores de facto, apenas poderiam ser inibidos nos termos descritos na verificação conjugada dos pressupostos previstos nos arts. 141.º, n.º 1, 126.º-A, n.º 2, e 126.º-B todos do CPEREF revogado, ou seja, se estes tivessem contribuído significativamente para a insolvência da sociedade através da prática dos factos descritos na lei (126.º-A do CPEREF) ou se fossem declarados civilmente responsáveis nos termos do Código das Sociedades Comerciais (126.º-B do CPEREF). Apesar de não se tornar necessária uma efetiva responsabilização do administrador ou gerente pelo passivo social nos termos do n.º 1 do artigo 126.º-A do CPEREF: os factos mencionados no n.º 2 da citada norma revogada funcionam como pressupostos autónomos relativamente à inibição prevista no n.º 2 do artigo 148.º do CPEREF, podendo levar à inibição sem que houvesse uma efetiva responsabilização pelo passivo, pois estava dependente da iniciativa do Ministério Público ou de algum credor nesse sentido - cfr. art. 126.º-A, n.º1, do CPEREF.

No entanto, podia entender-se, e era o que se verificava na prática dos tribunais, que nada na lei obrigava o juiz a pronunciar-se sobre a questão da inibição dos gerentes e administradores prevista no artigo 148.º, n.º 2, do CPEREF, no caso de se considerar que inexistiam factos que permitissem tal subsunção e no caso de a questão não ter sido suscitada pelo Ministério Público ou por algum credor. Tal entendimento levou a que, na prática, a análise e enquadramento dos factos disponíveis no processo, em face do disposto nos artigos 148.º, n.º 2, e 126.º-A, n.º 2, do CPEREF, fossem subvalorizados e negligenciados. Se o juiz entendesse que inexistiam factos que permitissem tal subsunção e a questão não tivesse sido suscitada pelo Ministério Público ou por algum credor, a questão não era abordada.

A disciplina da qualificação da insolvência ao configurar o incidente como obrigatório, (pois é instaurado oficiosamente), constituindo a declaração de abertura do incidente, de acordo com o art. 36.º, alínea i) do CIRE, uma das declarações obrigatórias a emitir pelo juiz na sentença que declara a insolvência, vem determinar uma nova abordagem da questão, colocando o problema da repressão do responsável pela insolvência no centro do respectivo processo.

Para além do aspecto processual evidenciado, o legislador eliminou a distinção, para efeitos sancionatórios, entre os visados pela declaração de insolvência e os administradores ou gerentes, de direito ou de facto. Agora todos eles estão sujeitos ao mesmo regime e, eliminando a aplicação directa e automática da sanção ao próprio devedor, como se encontra previsto no n.º

1 do art.148.º do CPEREF, o legislador veio subordinar a aplicação de uma sanção inibitória a um nexa de imputação dos factos a uma conduta a título de dolo ou culpa grave.

A este propósito, CATARINA SERRA afirma que *“este é um regime mais eficiente, porque o efeito produz-se apenas quando se justifica - consegue-se a isenção automática dos sujeitos sem culpa- e mais justo, porque o efeito justifica-se sempre que existe culpa do sujeito - acaba-se com a possibilidade de isenção dos sujeitos sem mérito. Restabelece-se, então, a correspondência entre o regime do efeito e a função sancionatória que sempre se lhe atribuiu.”*

O Proposta de Lei n.º 39/ XII da revisão do CIRE prevê que a nova redacção da *al. i)* do art. 36.º, do CIRE dite que *“na sentença que declarar a insolvência, o juiz, caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, declara aberto o incidente de qualificação, com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no art. 187.º do CIRE.”*

No que a *al. i)* do art. 36.º respeita, concordamos com a eliminação do carácter obrigatório do incidente de qualificação de insolvência na medida em que, na maioria das vezes, os credores não apresentam alegações de qualificação de insolvência e o administrador de insolvência não tem ao seu dispor elementos que lhe permitam dar um parecer fundamentado, acabando, por isso, por ser o mero cumprimento de uma formalidade.

Contudo, entendemos, que se deveria dar a possibilidade deste incidente ser *“aberto”* no decurso do processo de insolvência, permitindo-se a qualquer interessado que, depois dos quinze dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório, carregue novos factos ao conhecimento do juiz, na medida em que, muitas vezes, nem os credores, nem o administrador de insolvência dispõem de informações relevantes para efeitos de qualificação da insolvência dentro do prazo actualmente previsto. Sugere-se, por isso, que se preveja a possibilidade de (re) o referido incidente, durante todo o processo, desde que o interessado prove que apenas teve conhecimento do(s) facto(s) após decorrido o prazo previsto no art. 188.º n.º 1 do CIRE. Note-se que, a título de exemplo, na maioria das vezes, os actos resolúveis (arts. 120.º e ss) do CIRE, apenas chegam ao conhecimento do administrador da insolvência e/ou dos credores depois de decorrido o referido prazo, podendo tais actos justificar a eventual qualificação da insolvência como culposa.

## CAPÍTULO IV

### TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

O legislador ao determinar que o juiz, na sentença que declara a situação de insolvência, igualmente declarará aberto o incidente de qualificação da insolvência, que pode revestir duas modalidades: carácter pleno ou limitado (art. 36.º, al. i), do CIRE), configura uma exceção à regra vigente em processo civil, nos termos da qual a resolução de um litígio deve ser pedida pela parte interessada. É, pois, o juiz, e não a parte, que dá início ao incidente *sub judice*.

Seguem-se as alegações por escrito de qualquer interessado (art. 188.º, n.º1, do CIRE).

O administrador da insolvência deve formular uma proposta de qualificação e identificar os visados no caso de insolvência culposa (art. 188.º, n.º 2, do CIRE). O parecer vai com vista ao Ministério Público que deve, também ele, pronunciar-se (art. 188.º, n.º 3 do CIRE). Se tanto o administrador de insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz profere de imediato decisão nesse sentido, a qual é insusceptível de recurso. No caso contrário, procede-se à notificação do devedor e à citação pessoal dos sujeitos afetados pela qualificação como culposa para as respostas à oposição (art. 188.º, n.ºs 5, 6 e 7 do CIRE). Aplicam-se a este incidente de qualificação da insolvência, os artigos 132.º a 139.º, do CIRE, por remissão do n.º 7 do art. 188.º do CIRE.

O objetivo de obter uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas foi, deste modo, assumindo forma pedagógica.

Aberto o incidente, com exceção das situações previstas no artigo 187.º do CIRE, o juiz, apesar de só ter a correta percepção do estado económico-financeiro do/a insolvente quando o administrador da insolvência junta ao processo o relatório previsto no artigo 155.º do CIRE (sendo que o administrador pode fazê-lo até oito dias antes da data designada para a realização da assembleia de apreciação do relatório - arts. 72.º e ss. e 156.º, do CIRE), deve atribuir-lhe carácter pleno.

Seguimos de perto, neste âmbito, o entendimento de LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA quando afirmam que “*o legislador não estabelece directamente quando o incidente de qualificação da insolvência é pleno, nem fixa o critério da sua distinção, nem fixa o critério da sua distinção do incidente limitado*”. Todavia, da articulação do preceito em anotação (188.º do CIRE) com o artigo 191.º do CIRE, resulta que o âmbito do incidente pleno se define por exclusão de partes. Infere-se, na verdade, do corpo do n.º1 desse artigo que o incidente limitado só se aplica nos casos previstos nas normas nele especificamente indicadas.

Em todos os demais casos processa-se o incidente pleno, sem prejuízo, contudo, do que decorre do artigo anterior (art. 187.º 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- cfr. artigos 191.º e 39.º, n.º1, do CIRE. Essa situação pode ocorrer em resultado de comunicação do administrador de insolvência (art. 232.º n.ºs 1 e 5 do CIRE).

Nos casos em que, no decurso do processo, o administrador da insolvência verifica esta circunstância e comunica tal facto ao juiz, este profere o veredito de encerramento do processo de insolvência. O incidente, então a ser tramitado como incidente pleno, passa a ser tramitado como incidente limitado- cfr. artigos 191.º e 232.º, n.º 5, do CIRE.

## **4.1- INCIDENTE PLENO**

### **4.1.1-Tramitação**

O incidente pleno de qualificação, regime regra, é aberto pela própria sentença de declaração de insolvência (art.36.º al. i), do CIRE.

O incidente pleno surge nos termos do disposto nos arts. 36.º, al. i), 188.º e 189.º do CIRE e pode reconduzir-se às seguintes fases: abertura de incidente, alegações dos interessados, pareceres do Ministério Público e do administrador de insolvência e sentença.

Segundo o conteúdo destes pareceres, nos termos do art. 188.º, n.º 4 do CIRE, entre eles e a sentença pode surgir a oposição das pessoas que sejam afetadas pela qualificação de insolvência, bem como, as respostas do administrador de insolvência, do Ministério Público e dos interessados.

Importa referirmos que cabe aos credores, e a todos os que tenham legitimidade, requerer a insolvência, conforme determina os arts. 18.º e 20.º do CIRE. O requisito, previsto no n.º 1 do art. 188.º do CIRE, afirma que “qualquer interessado” deverá ser entendido como abrangendo qualquer credor ou terceiro que tenha interesse legítimo.

A lei para apurar as pessoas afetadas pela insolvência define no n.º 1 (art. 188.º do CIRE) o seu âmbito subjetivo, os sujeitos afetados são os sujeitos cuja conduta é geradora da insolvência culposa (o próprio devedor, quando seja pessoa singular, ou os seus administradores, quando seja pessoa colectiva)

As alegações são oferecidas por qualquer interessado, no prazo de quinze dias, contados da realização da assembleia de apreciação do relatório do administrador da insolvência, prevista no art. 156.º do CIRE (art.188.º, n.º1 do CIRE).

E integrarão necessariamente matéria de facto, os factos que o interessado julgar relevantes para a decisão de qualificação e que, se poderão portanto, subsumir às normas contidas no art.186.º do CIRE. Estes factos devem surgir alegados com um grau de concretização adequado ao exercício do direito de contraditar, que é conferido aos restantes intervenientes, designadamente, aos visados pelo incidente.

Daí que, não repugne admitir que o juiz em face de alegações não suficientemente concretizadas, possa convidar o interessado a concretizar em factos, o deficientemente alegado (36), sob pena de não se poder considerar, em sede de seleção de matéria de facto (arts. 188.º, n.º 7 e 137.º do CIRE), as alegações em causa como contendo matéria de facto relevante para a boa decisão da causa (arts. 264.º, 265.º, n.º 1 e 508.º, n.ºs 1, *alínea b*) e 3 do Código de Processo Civil, por remissão do art. 17.º do CIRE) (37).

Com efeito, a prolação de um despacho de aperfeiçoamento não contraria as disposições do CIRE (art. 17.º) e encontra justificação na necessidade de cumprimento do princípio do contraditório (art. 3.º, n.º 3 do Código do Processo Civil).

O termo “as alegações” a que se refere o n.º 1, do art. 188.º do CIRE, devem ser apresentadas até 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório realizado pelo administrador de insolvência, nos termos do art. 156.º CIRE. O primeiro dia do prazo é o dia seguinte à sua realização ou do último dia de prolongamento daquela.

Se não houver alegações, no caso de qualificação, o incidente não termina, continua os seus trâmites. A apresentação das alegações não tem o carácter obrigatório. Cabe aos interessados apresentar os meios de prova que considerem pertinentes com os requerimentos e respostas. Todavia, quando não ofereçam meios de prova, desde que esta falta seja justificada, podem apresentá-los em momento posterior.

De seguida, surgem os pareceres do administrador de insolvência e do Ministério Público que são observados em conjunto. O administrador de insolvência deve emitir o seu parecer (obrigatoriamente) devidamente fundamentado e documentado nos termos do n.º 2, do art. 188.º do CIRE, mesmo que algum interessado alegue factos que conduzam a uma qualificação da insolvência como culposa. Este parecer pode concluir pela qualificação da insolvência culposa ou fortuita (art. 188.º do CIRE). O administrador pode concordar, ou não, com as alegações dos interessados.

---

(36) No entendimento de RUI ESTRELA OLIVEIRA, “estamos perante uma deficiente concretização quando não é respeitada a distinção entre matéria de facto e de direito, quando são feitas afirmações de pendor conclusivo ou quando a versão apresentada suscita algumas dúvidas, não tornando, no entanto ininteligível a posição assumida.

(37) “ (...) sendo embora dominado pela preocupação de satisfazer os interesses dos credores, que se traduz, normalmente, numa sequência de fases e actos de carácter executivo, o processo de insolvência encerra, todavia, na sua complexidade, fases e incidentes de estrutura declarativa. É o que, v. g., sucede com (...)os incidentes de qualificação, regulados nos arts.188.º e ss.”- LUÍS A. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, in Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, V.I., Quid Iuris, 2006, pp.119-120.

Note-se que o administrador não pode deixar de ter em conta as presunções dos n.ºs 2 e 3, do art.186.º do CIRE. Estas encontram-se previstas no preceito inovador do art. 186.º do CIRE, com a epígrafe “Insolvência culposa.”(38)

As presunções estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE, no que respeita à qualificação da insolvência como culposa: no 1.º caso, tratam-se de presunções que o devedor ou os seus administradores de direito ou de facto têm que cumprir, dado o seu carácter inilidível; no 2.º caso, são presunções *iuris tantum*, para aferir da existência ou não de factos que as afastem, devendo igualmente os mesmos acatá-las, se tal não ocorrer.

O alcance da parte final do n.º 2, do art. 188.º, deve ser conjugado com o disposto no n.º 2, al. a), do art. 189.º, segundo o qual esta qualificação da insolvência pode abranger outras pessoas.

---

(38) 2 - Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham:

- a) Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;
- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;
- e) Exercido, a coberto da personalidade coletiva da empresa, se for o caso, uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;
- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto;
- g) Proseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência;
- h) Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor;
- i) Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º

3 - 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:

- a) O dever de requerer a declaração de insolvência;
- b) A obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial. “

O parecer do administrador deve ser apresentado nos 15 dias subsequentes nos termos do n.º 2 do art. 188.º

A dúvida que se coloca é se os 15 dias se contam do termo do prazo do n.º 1 ou da data da apresentação das alegações - o mais correcto será o 1.º caso pois o 2.º implicaria uma variedade de pareceres (39).

Como defende RUI ESTRELA DE OLIVEIRA “(...) o prazo de 15 dias concedidos ao administrador de insolvência (...) para apresentar o seu parecer devem contar-se a partir do termo do prazo previsto no n.º 1 e que lhe é concedido” (40) “e não a partir da apresentação das alegações do último interessado a fazê-lo”.

A fundamentação do parecer deve incluir, necessariamente, a matéria de facto e a matéria de direito que permitam ao administrador da insolvência propor uma determinada qualificação. Quanto à matéria de facto, o administrador da insolvência poderá e deverá alegar, não só os factos que já sejam revelados pelo processo, em documentos, mas também factos que dele não emanem de início.

Refira-se que, quanto aos primeiros, e apesar de a decisão do juiz poder ser fundamentada em factos que não tenham sido alegados, conforme permite o artigo 11.º do CIRE, torna-se menos célere a tramitação do incidente. Para além disso, e tal como sucede em relação às alegações, e porque estamos perante um incidente de cariz essencialmente contraditório, os factos devem ser anunciados pelo administrador da insolvência com um grau de concretização que permita o cabal exercício do contraditório. Pelo que foi dito e também porque está em causa um princípio estruturante do processo civil, ao qual o presente incidente não pode ficar alheio, deve o juiz convidar o administrador da insolvência a aperfeiçoar o seu parecer, concretizando os factos deficientemente alegados.

Para tal deve o juiz conceder-lhe um prazo, necessariamente inferior aos quinze dias que lhe são concedidos pela disposição legal em causa, que atenta à natureza do contraditório, que se sobrepõe aqui, à natureza urgente do incidente.

---

(39) LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, in CIRE anotado, p. 617 escrevem que “O número 2 não é inteiramente claro sobre a contagem desse prazo. Na verdade, a expressão «dentro dos 15 dias subsequentes», tanto pode significar os que seguem a apresentação das alegações, como ao termo do prazo fixado no n.º 1. A circunstância do administrador dever apresentar parecer, ainda quando não haja alegações previstas no n.º1, aponta para o segundo dos sentidos acima formulados. De resto, a opção pelo primeiro suscitaria uma dificuldade adicional, quando, havendo vários interessados a alegar, as alegações fossem apresentadas em momentos diferentes. Embora a solução razoável fosse então, uma vez que há um só parecer, a do prazo só começar a contar a partir do momento da apresentação da última, sempre ela conduziria a alguma incerteza. Para já não falar do encargo excessivo que daí resultaria para o administrador, de constante consulta do processo: por não estar previamente determinado quem vai intervir no incidente, sempre restaria a dúvida de saber-se *certa* alegação seria a *última*”.

(40) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, Uma brevíssima incursão pelos incidentes da qualificação da insolvência, p. 219.

Com efeito e citando RUI ESTRELA DE OLIVEIRA “o processo da insolvência, incluindo todos os seus incidentes, apensos e recursos, tem carácter urgente e goza de precedência sobre o serviço ordinário do tribunal (artigo 9.º, n.º 1 do CIRE).”(41)

Questão pertinente é suscitada por RUI ESTRELA DE OLIVEIRA: “E se o administrador se dirigir ao juiz solicitando a prorrogação do prazo para apresentar o parecer? Responde o Autor: *deve ser tal pedido indeferido*”. (42)

Acresce uma outra circunstância que redundava em argumento. O incidente de qualificação da insolvência regulamentado no CIRE foi grandemente influenciado pela *Ley Concursal* espanhola de 2003. “Muitas soluções são copiadas, sendo que outras são adaptadas. Os n.ºs 2 e 3 do art. 188.º do CIRE correspondem, com pequenas alterações, ao Artículo. 169., 1., 2., da *Ley Concursal española*”.(43)

No referido artigo da lei espanhola, não se prevê qualquer prorrogação para o parecer da *administración concursal*, mas já se prevê a possibilidade de o *Ministerio Fiscal* beneficiar de uma prorrogação do prazo. Analisado o texto da norma espanhola, será legítimo concluir que o legislador espanhol não concedeu à *administración concursal* qualquer possibilidade de prorrogar o prazo de 15 dias que lhe concedeu para apresentar o *informe*.

Bastará fazer o contraponto do n. 1 com o n. 2 desse *Artículo 167.*, designadamente, com a possibilidade de prorrogação concedida ao *Ministerio Fiscal*. Tendo a lei portuguesa, neste ponto, tido por fonte a lei espanhola, será acertado, a nosso ver, admitir que o legislador português, ciente da solução da lei espanhola, não quis importar tal solução para a nossa lei e não consagrou tal possibilidade de prorrogação – quer para o administrador de insolvência quer para o Ministério Público.

Este argumento, conjugado com os que supra se invocaram, parecem conduzir à impossibilidade de se prorrogarem os prazos previstos, quer no n.º 2 quer no n.º 3 do 188.º do CIRE. Então, se o administrador da insolvência nada disser, no prazo legal, não existindo factos que possam ser levados aos factos assentes, ou à base instrutória, a inexistência do parecer do administrador deve ser equiparada a hipótese do mesmo ter apresentado um parecer e ter proposto a qualificação da insolvência como fortuita.

(41) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, Uma brevíssima incursão pelos incidentes da qualificação da insolvência, p. 218

(42) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, in JULGAR, Cit., p.220. No âmbito da *Ley Concursal Española* e no sentido da impossibilidade da prorrogação do prazo concedido ao administrador para apresentar o *informe*, CFR JOSÉ ANTÓNIO GARCÍA-CRUCES in “ *La Calificación del Concurso*”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004, pp. 82-83.

(43) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, in JULGAR, Cit., p.220.

A função do administrador de insolvência no incidente termina após a elaboração de parecer com a eventual oposição às contestações, podendo, contudo, prestar apenas esclarecimentos sobre as circunstâncias que justifiquem o seu parecer.

Segundo a Lei n.º 32/2004 de 22 de Julho, o administrador de insolvência é um servidor da justiça e do direito, logo não pode ser considerado parte no processo de insolvência.

*“Quer o administrador da insolvência apresente o parecer, quer não apresente, o Ministério Público pronunciar-se-á apresentando, igualmente, parecer. Tal resulta da conjugação do n.º 3 com os n.ºs 4 e 5 do artigo 188.º do CIRE”.*(43)

Posteriormente, o Ministério Público intervém apenas para apreciar o parecer do administrador (deve ser dado vista), devendo averiguar os fundamentos da proposta do administrador da insolvência (o n.º 3 do art. 188.º não estabelece termos). Finaliza com a proposta sobre a qualificação de insolvência (n.º 4 do mesmo artigo). Este parecer deve ser apresentado no prazo de 10 dias contados da data em que tenha sido dado vista nos termos do n.º 3 do mesmo artigo.(44)

LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA *“defendem que o Juiz deverá providenciar para que o Administrador e o Ministério Público emitam os seus pareceres”*(45)

Todavia, a posição do Ministério Público constará de um parecer e, não dependerá do parecer do administrador da insolvência. No caso de existirem factos que permitam concluir pelo seu carácter culposos, o Ministério Público deverá alegá-los com um grau de concretização que permita o efetivo direito de contraditar, devendo o juiz, por respeito a este princípio, convidar o Ministério Público a aperfeiçoar qualquer factualidade deficientemente alegada no seu parecer, sob pena de os enunciados conclusivos e os enunciados descritores de matéria de direito não poderem figurar na seleção da matéria de facto, considerada relevante para a boa decisão da causa.

---

(43) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR, Cit., p.222 e nota de rodapé n.º 47 “ consideramos que a escolha do tema parecer pelo legislador de 204 se afigura infeliz. Tanto o administrador da insolvencia como o ministério publico nos respectivos pareceres deveram alegar factos, que alguns deles naos constaram ainda do processo principal ou dos seus apensos. Tais factos vão ser sujeitos ao contraditório incluídos na base instrutória e sobre os mesmos vai incidir atividade probatória. Da forma que o incidente se encontra processualmente estruturado afigurava-se mais lógico que um parecer fosse imitado depois da resposta a matéria de facto e antes da prolação da sentença. Neste ponto, compreendemos as críticas de João Labareda quando afirma, in conhecer o código da insolvencia e da recuperação das empresas, instituto da direito das empresas e do trabalho, Miscelâneas, nº 2, Almedina 2004, p. 17, que o legislador recorreu “ ao uso de noções impróprias cujo sentido comum é desvirtuado, e ao apelo a conceitos vagos e imprecisos, de difícil tradução e implicação, principalmente quando falta o suporte de um trabalho anterior de exegese, que ajude a fixar os respectivos conteúdos e contornos”. E, sublinhe-se, não deixa demonstrar alguma confusão designar-se de parecer uma peça processual que é junta ao processo que é contraditório antes de proferido o despacho saneador e antes de seleccionada a matéria relevante para a boa decisão da causa.”

(44) Maria do Rosário Epifânio, Manual de Direito da Insolvência, nota 369, “no direito Espanhol, o ministério público tem também um prazo de 10 dias para emitir parecer. Se o Ministério Público não emitir o seu parecer dentro deste prazo o processo continua, entendendo-se que o Ministério Público não se opõe a qualificação ( art. 169, 2.,Ley Concursal). No sentido em que o Ministério Público assume duas funções no próprio incidente de qualificação da insolvência, entre nós, Fernandes, Luís A Carvalho, a Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor, in “Themis – revista da faculdade de Direito da UNL, Edição Especial, novo direito da insolvência”, 2005 p.90, nota 15”.

(45) LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, Código de Recuperação de Insolvência Anotado, Cit. p. 137 e 138 do CIRE.

O Ministério Público poderá ainda impugnar os factos alegados pelo administrador da insolvência ou pelos interessados.

Se o Ministério Público concordar, pode divergir destes na subsunção dos factos alegados. Note-se que a posição processualmente autónoma do Ministério Público no incidente radica, não apenas no disposto neste artigo 188.º do CIRE, mas também no constante dos artigos 1.º e 3.º, n.º 1, alínea l), do Estatuto do Ministério Público.

*“Com efeito, é precisamente este diploma que afirma que compete especialmente ao Ministério Público intervir nos processos de falência e de insolvência e em todos os que envolvam interesse público.*

*Ora, se o administrador 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 do tráfego económico e comercial, que, como vimos, constituiu o interesse que aqui se pretende em primeira linha tutelar”. (46)*

No caso de nem o administrador de insolvência, nem o Ministério Público emitirem parecer, o juiz deve notificar as partes estabelecendo um prazo para o efeito.

Os pareceres podem ser divergentes ou concordantes em diversos pontos. O que importa é na qualificação da insolvência serem coincidentes quanto à mesma. Se a proposta do administrador de insolvência e do Ministério Público coincidirem na qualificação da insolvência como fortuita, determina o n.º 4 (do art. 188.º do CIRE), que o juiz deve emitir de imediato decisão nesse sentido, a qual é irrecorrível.

Esta norma tem merecido críticas de vários quadrantes do mundo académico e judiciário. LUÍS DE MENEZES LEITÃO pronunciou-se sobre a norma afirmando que *“parece-nos, no entanto, questionável a solução do n.º 4, uma vez que retira o poder jurisdicional ao tribunal, obrigando-o a seguir a posição conjunta do Ministério Público e do administrador de insolvência”*. LUÍS CARVALHO FERNANDES afirma que *“a letra da lei não deixa aqui alternativa ao juiz. Dir-se-ia que o CIRE pressupõe que os pareceres não merecem reparo, solução que peca por excessiva”*.

---

(46) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, p. 223.

Não pode, na verdade, excluir-se a hipótese de eles não terem atribuído a devida relevância a factos constantes do processo de insolvência, alegados pelos interessados para qualificarem a insolvência como culposa. Suponha-se, por exemplo, que não foram entendidos factos que, por força da presunção inilidível do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, impõe a qualificação da insolvência como culposa.

LUÍS CARVALHO FERNANDES, juntamente com JOÃO LABAREDA, na intenção de avançar com uma solução para situações consideradas absurdas, *“entende que o juiz deve declarar a ilegalidade dos pareceres, do administrador e do Ministério Público, coincidentes na atribuição do carácter fortuito à insolvência, quando nos autos surgir evidenciado qualquer dos factos previstos nas alíneas do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE quando no processo há elementos para ter como verificados os factos alegados para qualificar a insolvência como culposa”*.

A norma constante do n.º 4 do art. 188.º do CIRE não deixa de suscitar perplexidades e parece que não pode deixar de se concluir que o legislador disse mais do que aquilo que queria dizer.

Vejamos porquê.

*“Em primeiro lugar, a norma é uma disposição que surge contra a corrente processual do incidente.*

*Com efeito, o legislador preocupou-se em assegurar a um vasto conjunto de pessoas, a legitimidade para intervirem no presente incidente*

*Com o conceito de interessados pretendeu-se que todas aquelas pessoas que demonstrassem ter tido um contacto relevante com o/a insolvente, ou um relevante interesse jurídico na decisão final do incidente, pudessem conformar o incidente com a alegação dos factos por eles julgados pertinentes. Por isso, afigura-se ilógico que, em momento posterior, se retire tal legitimidade e se prescindia de um pronunciamento por parte do juiz sobre os factos alegados pelos interessados.*

*Se um interessado alegar factualidade tendente ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade qualificada, deverá o juiz ficar submetido às posições do administrador da insolvência e do Ministério Público?*

*Se o fizer, o comportamento judicial, ainda que, à primeira vista, autorizado pela letra da lei, em nosso entender, consubstanciará uma clássica omissão de pronúncia.*

*Em segundo lugar, a norma surge ao arrepio de um princípio estruturante do direito da insolvência consagrado no art. 11.º do CIRE, cuja epígrafe pode ler-se “princípio do inquisitório”. Dita este normativo que “no processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes”.*

*Suponhamos então que, por exemplo, num processo de insolvência consta uma certidão do serviço de finanças competente na qual se declara que nos últimos dois anos a insolvente não apresentou as respetivas declarações de IRC, recusou-se a exhibir a contabilidade e demais documentos legalmente exigíveis, tendo sido, por causa disso, realizada a avaliação indirecta da matéria tributável. Nenhum dos potenciais interessados apresentou as alegações (188.º, n.º 1 do CIRE), os pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público coincidiram na qualificação da insolvência fortuita, com fundamento na inexistência de factos que permitam qualificar a insolvência como culposa (188.º, n.ºs 2, 3 e 4 do CIRE). Será suportável, do ponto de vista da justiça do caso concreto, aplicar ao caso em apreço a norma constante do artigo 188.º, n.º 4, do CIRE, com o seu sentido literal? Eis a questão?*

*Em terceiro lugar, a norma não considera um princípio estruturante do direito processual civil. Nos termos do disposto no artigo 664.º do Código de Processo Civil, “o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (... )”. Esta regra constituiu um corolário do princípio constitucional da legalidade do conteúdo da decisão (jura novit cúria).*

*De acordo com os artigos 203.º e 204.º da Constituição da República Portuguesa, o princípio constitucional é diretamente aplicável ao caso sub judice e compete ao intérprete adequar a interpretação da legislação ordinária às normas constitucionais.*

*Neste quadro, suponhamos que nenhum interessado apresenta alegações; suponhamos que o administrador da insolvência apresenta o parecer no qual alega um conjunto de factos que, no seu entendimento, não permitem qualificar a insolvência como culposa, qualificação que resulta, por exemplo, de um manifesto equívoco jurídico ou de uma não consideração de uma recente alteração legislativa. O Ministério Público concorda com a proposta do administrador da insolvência. Privar-se-á o juiz de aplicar a lei substantiva?*

*A solução interpretativa deve, pois, ficar aquém do sentido literal da norma. Em face deste quadro argumentativo, parece-nos que a norma em causa só poderá aplicar-se quando: (i) não houver interessados a apresentar alegações; (ii) os pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, com fundamento da inexistência de factos subsumíveis aos*

*pressupostos da qualificação, coincidirem na atribuição do carácter fortuito à insolvência; e (iii) do processo não resultar a existência de factos que, em primeira apreciação e ainda que sem a necessária posterior sujeição ao contraditório, permitem indicar a responsabilidade de determinada pessoa na situação de insolvência do devedor.*

*Presumindo-se que o legislador é razoável (artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil), tornando-se evidente que a norma ínsita no n.º 4 do artigo 188.º do CIRE surge desenquadrada, quer da estruturação que o legislador emprestou ao incidente, quer de um dos princípios vigentes em direito processual civil.*

*Como corolário de um princípio constitucional, cremos que só através da interpretação proposta poderemos confinar a norma ao seu verdadeiro âmbito de aplicação.*

*Uma interpretação que permitiria que a norma retornasse ao seu verdadeiro contexto, assumindo uma coerência jurídico-sistemática ao nível do instituto jurídico onde se insere e ao nível da unidade do ordenamento jurídico. Coerência que o seu mero sentido literal não lhe permite assumir.” (47)*

“No que toca à simplificação de procedimentos, uma das inovações assenta na circunstância de se passar a utilizar como veículo de publicidade dos actos do processo de insolvência o portal *Citius*, em detrimento do Diário da República Electrónico (artigos 17.º-D, 17.º-G, 17.º-I, 37.º, 64.º, 75.º, 146.º, 158.º e 188.º). Com esta alteração, reduzem-se os custos inerentes às diversas publicações, em benefício dos credores, e diminui-se o tempo para efectivar as publicações, sem que com isso se reduza a visibilidade dos actos praticados. Além do mais, institui-se a citação edital electrónica no âmbito da acção de reclamação ulterior de créditos.

Outra das novidades consiste na transformação do actual incidente de qualificação da insolvência de carácter obrigatório num incidente cuja tramitação só terá de ser iniciada nas situações em que haja indícios carreados para o processos de que a insolvência foi criada de forma culposa pelo devedor ou pelos seus administradores de direito ou de facto, quando se trate de pessoa colectiva (artigos 36.º, 39.º, 188.º, 232.º e 233.º).”

---

(47) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR, Cit., p.224-226.

O art. 188.º do CIRE consagra a tramitação do incidente pleno de qualificação da insolvência sofreu alterações relevantes com a Proposta de Lei n.º 36/XII. A saber, os n.º 1, 2, 3 e 6 (48) sofreram significativas alterações.

Somos a concordar com as alterações introduzidas nos n.ºs 1 e 2 do preceito ora em apreciação.

Contrariamente quanto ao n.º 5, somos a discordar, em absoluto, da irrecorribilidade da decisão. Em nosso modesto entendimento, esta decisão deveria ser susceptível de recurso. Note-se que as consequências da qualificação da insolvência como culposa são alteradas de modo a incluir uma responsabilidade patrimonial das pessoas afetadas pela qualificação, o que determinará, certamente, o aumento da participação dos credores neste incidente.

Permitir que o juiz decida de modo irrecorrível, face à importância da decisão no desenrolar do incidente, é, salvo melhor opinião, inaceitável.

Quanto ao n.º6, a redacção adoptada pela proposta de lei tornou-se mais clara, pois enquanto antes apenas dizia “no caso contrário”, estando implícito que o legislador se referia a situação em que o juiz não exerceu a faculdade do número anterior. Destaca-se também o facto de também deverem ser enviados os pareceres que tenham sido apresentados por credores. Uma nota ainda para dizer que da letra da lei parece não poder ser apresentado pelo administrador da insolvência um parecer acerca da qualificação da insolvência, se nenhum credor o tiver feito. Sugerimos, por isso, que seja expressamente reconhecida a possibilidade do administrador de insolvência, apresentar um parecer, mesmo nos casos em que nenhum credor o fez.

---

**(48) Artigo 188.º [...]**

1 - Até 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório, o administrador da insolvência ou qualquer interessado pode alegar, fundamentadamente, por escrito, em requerimento atuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devem ser afectadas por tal qualificação, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno, declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, nos 10 dias subsequentes.

2 - O despacho que declara aberto o incidente de qualificação da insolvência é irrecorrível, sendo de imediato publicado no portal *Citius*.

3 - Declarado aberto o incidente, o administrador da insolvência, quando não tenha proposto a qualificação da insolvência como culposa nos termos do n.º 1, apresenta, no prazo de 20 dias, se não for fixado prazo mais longo pelo juiz, parecer, devidamente fundamentado e documentado, sobre os factos relevantes, que termina com a formulação de uma proposta, identificando, se for caso disso, as pessoas que devem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa.

4 - O parecer e as alegações referidos nos números anteriores vão com vista ao Ministério Público, para que este se pronuncie, no prazo de 10 dias.

5 - Se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz pode proferir de imediato decisão nesse sentido, a qual é insusceptível de recurso.

6 - Caso não exerça a faculdade que lhe confere o número anterior, o juiz manda notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que em seu entender devam ser afectados pela qualificação da insolvência como culposa para se oporem, querendo, no prazo de 15 dias; a notificação e as citações são acompanhadas dos pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público e dos documentos que os instruem.

7 - [...].

8 - [...].

Entendemos ainda (como já referido a propósito do art. 36.º do CIRE) ser de prever a possibilidade deste incidente ser “aberto” no decurso do processo de insolvência, permitindo-se a qualquer interessado, que, depois dos 15 dias (mantem-se o mesmo prazo da redacção anterior) após assembleia de apreciação do relatório, leve novos factos ao conhecimento do juiz na medida em que, muitas vezes, nem os credores, nem o administrador de insolvência dispõem de informações relevantes para efeitos da qualificação da insolvência dentro do prazo actualmente previsto.

Sugere-se, assim, que se preveja a possibilidade de (re)abrir o referido incidente durante todo o processo, desde que o interessado prove que apenas teve conhecimento do(s) facto(s) após decorrido o prazo previsto no art. 181.º n.º1 do CIRE. A título de exemplo, os actos resolúveis (art. 120.º e ss do CIRE) por vezes apenas chegam ao conhecimento do administrador da insolvência e/ou credores depois de decorrido o referido prazo, podendo tais actos justificar a qualificação da insolvência como culposa.

Assim, tendo presente a interpretação proposta, o cumprimento do disposto no artigo 188.º, n.º 5 do CIRE, ocorrerá nos seguintes casos:

- a) Quando os pareceres do administrador da insolvência e o Ministério Público alegarem factos e concluírem pela qualificação culposa da insolvência;
- b) Quando o administrador da insolvência ou o Ministério Público alegarem factos e concluírem pela qualificação culposa da insolvência;
- c) Quando um dos interessados alegar factos tendentes a qualificar a insolvência como culposa apesar de o administrador da insolvência e o Ministério Público considerarem que inexistem factos (incluindo os factos alegados pelo interessado) para qualificar a insolvência como culposa, qualificando-a como fortuita;
- d) Quando algum interessado apresentar alegações e o administrador da insolvência e o Ministério Público nada disserem;
- e) Quando do processo constarem elementos que, em primeira apreciação e ainda que sem a necessária posterior sujeição ao contraditório, permitam indiciar a responsabilidade de determinada pessoa na situação da insolvência do devedor, sem que do processo conste qualquer alegação de qualquer interessado e ainda que administrador da insolvência e Ministério Público se tenham pronunciado pelo carácter fortuito da insolvência;

- f) Quando, apesar de nenhum interessado ter apresentado alegações, o administrador de insolvência e o Ministério Público se tiverem pronunciado pela qualificação fortuita da insolvência com base em factos recolhidos e alegados e o juiz discordar da aplicação do direito aos factos, feita por aqueles.

Caso a proposta do Ministério Público, seja divergente da do administrador de insolvência, dispõem os n.ºs 5 a 8 do art. 188.º do CIRE que o Juiz deve chamar ao incidente, além do devedor, as pessoas que devam ser afetadas pela insolvência culposa.

No caso de oposição, é facultada resposta ao Ministério Público, ao administrador da insolvência e a qualquer interessado que assumam a posição contrária. A oposição e as respostas são autuadas num único apenso, mantendo-se o processo na secretaria durante o respectivo prazo para o exame e consulta dos interessados (art. 132.º e 134.º n.º 5, por remissão do n.º 8 do art. 188.º, todos do CIRE).

De seguida deve recorrer-se aos seguintes trâmites:

- a) Parecer da Comissão de Credores (art. 135.º);
- b) Saneamento do processo (n.º 1, 1ª parte, e n.º 3, do art.136.º);
- c) Diligências instrutórias (art. 137.º)
- d) Audiência de Julgamento (art. 138.º e 139.º).

Cumprida a notificação prevista no artigo 188.º, n.º 5, do CIRE, dispõem os visados, do prazo de quinze dias para se oporem às alegações dos interessados, aos pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, bem como, os implicados pelos elementos constantes dos autos e que permitem indiciar a sua responsabilidade na situação de insolvência do devedor.

No caso das situações descritas nas supra referidas alíneas d) e e), a notificação e as citações são acompanhadas, no caso da alínea d) do despacho do juiz, justificativo do prosseguimento dos autos, que deve conter referências precisas aos elementos em causa; no caso da alínea e), para além dos pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, do despacho do juiz onde seja plasmado o entendimento jurídico discordante relativamente aos factos alegados, e, no caso da *alínea c)* de cópia das alegações do(s) interessado(s).

Quid Juris se nenhum dos visados deduzir oposição aos factos alegados ou que lhe são imputados? Deveremos considerar como confessados os factos imputados aos visados que não se opuserem (cfr. artigo 484.º do Código do Processo Civil, ex vi artigo 17.º do CIRE)?

Creemos que não.

A falta de oposição 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.

Com efeito, a inibição para o exercício do comércio e a inabilitação de algum dos visados no incidente só podem ser aplicadas nos termos do artigo 189.º do CIRE, através de decisão judicial, sendo, pois, ineficaz a vontade dos intervenientes para produzir o efeito jurídico que, pelo incidente, se pretende obter.

Consequentemente, mesmo na falta de oposição dos visados, na existência de factos que lhe sejam imputáveis e que fundamentem uma qualificação culposa da insolvência, deve prosseguir a tramitação do incidente, por força do disposto no artigo 485.º, alínea c), do Código de Processo Civil, ex vi artigo 17.º do CIRE, para prolação de despacho saneador, realização da audiência de discussão e julgamento e prolação de sentença.

*“O administrador da insolvência, o Ministério Público e qualquer interessado que assumam uma posição contrária à das oposições pode responder dentro dos 10 dias subsequentes ao termo do prazo referido no número anterior”* (artigo 188.º, n.º 6, do CIRE).

De acordo com o n.º 7 do artigo 188.º do CIRE, *“é aplicável às oposições e às respostas, bem como à tramitação ulterior do incidente da qualificação da insolvência, o disposto nos artigos 132.º a 139.º, com as devidas adaptações”*.

Desde já, se pode afirmar que o disposto no artigo 133.º do CIRE não tem qualquer aplicabilidade ao incidente que aqui se cura, pois, atenta à especificidade do normativo- exame das reclamações e dos documentos de escrituração do insolvente -, só é compreensível no âmbito da tramitação do incidente de reclamação de créditos.

Uma importante adaptação a fazer-se à referida tramitação prende-se com a tentativa de conciliação prevista no artigo 136.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE. Tal tentativa de conciliação, cujo objetivo último visa a transação a realizar, entre as partes no âmbito da reclamação de créditos, incidente para o qual foi primeiramente pensado, não poderá realizar-se nos incidentes de qualificação de insolvência em que nada há para transigir, nem partes para conciliar.

No incidente de qualificação da insolvência estamos perante interesses que se relacionam com o comportamento dos responsáveis da insolvente, perante a declarada insolvência, e que são tuteladas por normas de carácter imperativo.

Tais interesses que, a serem violados, fundamentarão a aplicação de uma sanção civil aos responsáveis, estão excluídos do âmbito da disponibilidade das partes, ou seja, são

interesses relativos a direitos acerca dos quais a vontade das partes é ineficaz para os constituir ou para os extinguir, situações equivalentes à do seu exercício.

Também não se encontra qualquer aplicabilidade do disposto no artigo 135.º do CIRE (parecer da comissão de credores) ao incidente de qualificação. No incidente de qualificação, o conceito de interessados (artigo 188.º, 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, para além de o tornar menos célere, representa uma duplicação de intervenções processuais, pelo que, deve entender-se que o legislador não quis estender a emissão deste parecer ao incidente de qualificação.

Neste âmbito, e como última nota, devemos chamar a atenção para a questão da apresentação da prova. Tal como determinado pelo legislador processual civil no que concerne às regras gerais dos incidentes da instância - cfr. artigos 302.º e ss. do Código de Processo Civil, especialmente, artigo 303.º, n.º 1, no incidente de qualificação, todos os meios de prova devem ser oferecidos com as oposições e as respostas, por força da remissão do artigo 188.º, n.º 7 para o disposto no artigo 134.º, n.º 1, e deste para o disposto no artigo 25.º, n.º 2, todos do CIRE.

Não há, pois, lugar à apresentação dos requerimentos probatórios após a notificação das partes da prolação do despacho saneador, tal como sucede nas acções comuns tramitadas sob a forma de processo ordinário ou sumário.

No entanto, não se vislumbra na letra e no espírito da tramitação qualquer óbice a que os interessados que alegaram, apresentem logo nos pareceres e nas alegações, os meios de prova que entendam, e de que disponham, sendo certo, no entanto, que o poderão fazer nas respostas às oposições.

Os visados pela qualificação é que deverão apresentar tais meios nas oposições que deduzam.

Foi intenção do legislador suprimir o prazo que seria concedido às partes, após a prolação do despacho saneador para apresentarem a prova, se à tramitação do incidente fosse aplicável subsidiariamente o processo sumário ou ordinário de declaração.

O CIRE é omissivo no que concerne à notificação dos interessados relativamente aos pareceres do administrador de insolvência e do Ministério Público, sendo, porém, de concluir, segundo LUÍS M. MARTINS, “que o CIRE não o prevê, mas é de concluir que o devem fazer”.

Em bom rigor, entender o contrário poderá levar a “*que os interessados que pretendam que a insolvência seja declarada culposa devem ser informados dos pareceres do Administrador de Insolvência e do Ministério Público, antes de ser proferida sentença nos termos do art. 189.º*”.(49)

Caso contrário levaria à violação dos princípios do contraditório, igualdade das partes e cooperação (50). A falta de notificação dos interessados acarreta uma nulidade atípica, prevista nos termos do disposto no n.º 1 do art. 201.º, do CPC, que gera nulidade ou anulabilidade da sentença de qualificação proferida nos termos do art. 189.º, do CIRE e à repetição do acto de notificação dando-se, deste modo, conhecimento dos pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público.

Conforme a Jurisprudência, nomeadamente no Acórdão do TRP de 20/10/2007, Relator José Ferraz, “*a decisão de qualificação da insolvência pode ter como fundamento factos não alegados pelas partes, exigindo-se no entanto que a parte atingida tenha sido chamada a pronunciar-se sobre eles, para efeitos de exercício do direito do contraditório*”.

A sentença de qualificação está prevista, quanto ao seu conteúdo, nos arts. 189.º e 190.º do CIRE.

Quanto ao prazo de prolação da sentença deve atender-se subsidiariamente às regras do processo civil (conforme dispõe o art. 17.º do CIRE), constantes do art. 658.º (prazo geral de 30 dias), por ser omissivo no CIRE.

Da sentença proferida no âmbito do incidente de qualificação, à luz do disposto no art. 658.º e ss do CPC, cabe recurso.

Importa ponderar a importância da independência da acção de responsabilidade civil, em relação ao incidente de qualificação da insolvência e seus efeitos.

Assim, é de destacar o facto de a sentença que qualifica a insolvência como fortuita ou culposa não apreciar a responsabilidade civil dos administradores (51).

Nos termos do disposto no art. 185.º do CIRE, tal como referimos supra “*a qualificação da insolvência enquanto culposa ou fortuita não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais nem das acções a que se reporta o n.º 2 do artigo 82.º* (ações de apreciação da responsabilidade civil).”

---

(49) LUIS M. MARTINS, Processo da Insolvência, Cit. 355.

(50) Aplica-se o art. 20.º, n.º 4 da CRP neste processo, visa garantir um processo equitativo e leal, permitindo as partes conhecer e contraditar as decisões em que intervenham.

(51) Cfr.nº40 do Preâmbulo do CIRE.

O caso julgado absolutório no incidente, isto é, quando se decide pelo carácter fortuito da insolvência, não afeta as ações de responsabilidade civil. Estas também não aproveitam do caso julgado condenatório. Assim sendo, esta autonomia parece excessiva.

Não se concluiu, no entanto, que o CIRE diretamente tenha ignorado por completo a problemática da responsabilidade dos administradores.

Em nosso entender, apenas aprofundou aspetos mais adjetivos. Na realidade, à luz do disposto nas als. a) e b) do n.º 2 do art. 82.º do CIRE, possibilita que o administrador de insolvência, durante a pendência do processo, tenha a legitimidade exclusiva para propor e seguir “*as acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor (...)*” e “*acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência(...)*”.

Essas ações correm por apenso ao processo de insolvência com base no disposto no n.º 5 do art. 82.º do CIRE.

Para MENEZES LEITÃO (52), esta problemática “*encontra-se separada do seu devido lugar sendo, na verdade, competência do administrador de insolvência, conforme referido no art. 55.º do CIRE*”.

Subsistem, contudo, grandes vantagens em verificar os procedimentos dos administradores, susceptíveis de conduzir à sua responsabilidade, seja perante a sociedade insolvente seja perante a generalidade de credores. De outro ponto de vista, o resultado da concentração da legitimidade na figura do administrador de insolvência, traduz a centralidade da sua função, evitando-se, deste modo, a propositura de numerosas acções de responsabilidade pelos credores. É, todavia, necessário que se analise o processo de insolvência e verificar se este introduz um fator de complexificação, de modo a evitar a desigualdade e atraso na satisfação dos credores da entidade insolvente.

O n.º 2 do art. 82.º do CIRE considera as ações que beneficiam os interesses da maioria dos credores, ou então, resultam em proveito do devedor e, por via disso, são susceptíveis de favorecer, directa ou indirectamente, a generalidade desses credores. Estes interesses embora individuais são homogéneos. Esta homogeneidade, a que se refere a al. b), resulta da razão de ser da ação, sendo que para a al. a), o benefício passível de resultar para os credores da respectiva ação se repercute com igualdade pelos mesmos.

---

(52) LUÍS MANUEL TELLES DE MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência, 2.ª edição, Almedina, 2009 cit. p. 271 e ss.

Em síntese, correspondem a ações destinadas a satisfazer interesses dirigidos à reparação de danos sofridos por parte dos credores da sociedade insolvente, contra os seus administradores.

O mesmo sucede com as ações dos sócios contra esses mesmos administradores.

## 4.2 - INCIDENTE LIMITADO

### 4.2.1-Tramitação

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

O corpo do n.º 1 visa aplicar o incidente em geral ao incidente limitado, aplicando-se subsidiariamente as normas do incidente pleno, previstas nos arts. 188.º e 189.º do CIRE.

A tramitação regulada neste artigo é aplicável quando, no momento da prolação da sentença que declara a situação da insolvência, o juiz concluir que o património do devedor não é suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, não se encontrando o cumprimento das obrigações garantido.

É ainda aplicável, esta tramitação, nos casos previstos no artigo 232.º do CIRE: os casos de verificação superveniente da insuficiência da massa insolvente para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas (cfr. n.º 5 da mesma norma).

Antes de mais, trata-se da presunção de que inexistente massa suficiente, na medida em que o património é inferior a cinco mil euros, de acordo com o disposto no n.º 7 do art. 232.º, aditado pelo Dec.-Lei n.º 282/2007, de 7 de Agosto. Assim, se a insuficiência da massa insolvente (53) for de imediato verificada pelo Juiz, o incidente deve logo ser declarado aberto como limitado, nos termos do art. 39.º, n.º1 do CIRE.

No caso do n.º 5 do art. 232.º (*“Encerrado o processo de insolvência por insuficiência da massa, o incidente de qualificação, se ainda não estiver findo, prossegue os seus termos como incidente limitado”*), o emprego das disposições legais do incidente limitado (53) depende do estado do incidente, aberto como pleno, no momento em que o administrador se depara com a insuficiência da massa insolvente (art. 232.º, n.º 1). Neste caso deve ser concluído, correndo, quanto às fases seguintes, no regime de incidente limitado.

Em termos temporais, o art. 232.º do CIRE aplica-se quando, no decurso do processo e desde que excluídos os casos contemplados no art. 39.º do CIRE, é possível requerer o completamento da sentença

---

(53) No Ac. TRE, de 14/12/2006, Relator Sérgio Mendes, processo n.º 20/78/06-3, contemplou o seguinte: *a constatação de que a massa não é sequer suficiente para fazer face as respectivas dívidas, aí compreendidas, desde logo, custas do processo e remuneração ao administrador de insolvência determina não prosseguir após a sentença de declaração da insolvência, ou seja, mais tarde encerrado consoante a insuficiência da massa seja reconhecida antes ou depois da declaração. Se o tribunal entender que a massa é suficiente para garantir os débitos próprios deverá determinar, após o decretamento da insolvência, o prosseguimento dos autos, ainda que reconheça pouca solvabilidade quanto à satisfação de demais créditos.*

Uma breve nota quanto à alteração introduzida pela proposta n.º 39/XII, no que concerne ao art.º 232.º do CIRE que acrescentou “(...) nos casos em que tenha sido aberto incidente de qualificação da insolvência e se o mesmo ainda não estiver findo, este prossegue os seus termos como incidente limitado”, alteração com a qual manifestamos inteiramente acordo.

Em suma, as alíneas do n.º 1 do art. 191.º do CIRE (54) têm como campo de aplicação, quando não exclusivamente, a primeira das duas hipóteses analisadas. A par da declaração de insolvência com carácter restrito ou limitado, em que apenas se observam os requisitos explanados nas *als. a) a d) e h)* do art.36.º do CIRE. Ou seja, quando não for requerido o complemento da sentença por “qualquer interessado” (55), mediante a prestação de caução (56) em valor a fixar pelo juiz do processo.

Nos termos do disposto no art. 39.º do CIRE, a declaração de insolvência, quando proferida, acarreta inúmeros efeitos, mantendo-se o devedor na administração e dispondo do património que exista.

Solicitar o complemento da sentença é, no fundo, pretender que o processo de insolvência prossiga nos termos comuns. Embora o CIRE nada mencione, este artigo prevê uma declaração de insolvência restrita, de efeitos reduzidos. O processo irá evoluir de dois modos: se for prestada caução, o juiz dará cumprimento integral ao disposto no art. 36.º do CIRE, observando-se o disposto nos arts. 37.º e 38.º do CIRE, e prosseguindo com carácter pleno, o incidente de qualificação da insolvência. No caso de não ser requerido o complemento de sentença, o processo é declarado findo, após trânsito em julgado. A decisão sobre a relação material controvertida adquire força obrigatória dentro do processo e fora dele, nos limites fixados pelo art. 671.º do Código de Processo Civil.

---

(54) No Ac. RP de 19/09/2006, Relator Dr. Emídio Costa sustentou que *a par da declaração de insolvência com carácter pleno, na qual o juiz deve observar todos os ditames do art. 36.º do CIRE, existe uma declaração de insolvência com carácter restrito ou limitado, em que apenas devem observar os requisitos das alíneas a) a d) e h). Nesta última hipótese não faz sentido, por não haver reclamações de créditos, paralisar as execuções pendentes contra a falida, que atinjam bens desta, devendo a mesma prosseguir.*

(55) Neste caso concreto, consideram-se “interessados”, aqueles que invocarem serem titulares de um direito ainda que este se encontre a ser discutido em juízo. Assim, um credor titular de um crédito litigioso (ex: crédito decorrente de providencia cautelar), é “interessado” de acordo com o art. 39.º, n.º2, al. a), podendo deste modo, requerer o complemento de sentença. Cfr. Acórdão do Porto de 19/6/2006, Relator EMÍDIO COSTA.

(56) A caução (cabe ao juiz definir o valor de custas e dívidas) corre por apenso ao processo de insolvência (cfr art. 990.º do Código do Processo Civil) conforme o disposto no n.º3 do art. 39.º do CIRE.

Todavia, esta norma foi declarada inconstitucional pelo Acórdão do TC n.º 83/2010, de 03/03/2010, “no sentido de que o requerente do complemento da sentença, quando careça de meios económicos e beneficiar do apoio judiciário na modalidade de isenção de taxa de justiça e demais encargos com o processo, se não depositara quantia que o juiz especificar nem prestar a garantia bancária alternativa, não pode requerer aquele complemento da sentença; tal violaria, em suma, a garantia de acesso ao direito consagrada no artigo 20.º n.º 1da Constituição”.

As diferenças na tramitação processual dos casos previstos no n.º 1 do art. 39.º e no n.º5 do art. 232.º do CIRE encontram-se previstas nas *alíneas a) a c)* do n.º 1 do artigo 191.º do CIRE.

O regime da al. a) do art. 191.º do CIRE aplica-se no caso de o incidente ser declarado aberto como limitado. Só então se compreende que o prazo de quarenta e cinco dias para os interessados alegarem o que tiverem por conveniente sobre a qualificação da insolvência como culposa, se conte a partir da data da sentença. Trata-se, também aqui, do prazo para o administrador da insolvência apresentar parecer (o regime não se afasta do n.º2 do art. 188.º nem quanto à sua duração, nem quanto à sua contagem).

A alínea a) uma vez que a mesma é dirigida à situação prevista no n.º 1 do artigo 39.º, será uma disposição de aplicação pouco frequente, tendo em conta que são pouco frequentes as situações em que o incidente é, desde logo, qualificado processualmente como limitado. De qualquer modo, se for esse o caso, trata-se de uma norma certa do ponto de vista da celeridade processual.

Quanto à *al. b)* deve ser conjugada com o n.º 7 do art. 188.º, com remissão para o art. 133.º (Exame das reclamações e dos documentos de escrituração do insolvente). O administrador deve evidenciar os documentos respetivos e a escrituração do insolvente em local mais adequado.

A *al. c)* refere apenas o conteúdo da sentença de qualificação de insolvência, e está em consonância com a situação de insuficiência da massa insolvente que determina o carácter limitado do incidente, mas não causa a perda de créditos sobre a insolvência, ainda que sejam afetados pela qualificação credores do insolvente.

A exclusão do conteúdo da sentença da matéria da al. d), do n.º 2, do art. 189.º do CIRE justifica-se por a hipótese nela prevista não se poder verificar, dada a insuficiência da massa.

Afirma RUI ESTRELA DE OLIVEIRA que “*as alíneas b) e c) do n.º1 do mesmo artigo(191.ºdo CIRE) surgem como consequências naturais do encerramento do processo*”.

Em síntese, o incidente limitado segue os trâmites do pleno, com as seguintes distinções:

a) Na sentença declarada por insuficiência da massa (cfr. n.º 1 do art. 39.º do CIRE), podendo o incidente vir a ser convertido em pleno, se esta vier a ser complementada ou, b) posteriormente à sentença, aferida a insuficiência da massa pelo administrador da insolvência (art. 232.º, n.s 1 e 5 do CIRE) se, ouvidos os interessados, for declarado encerrado o processo, seguindo, neste caso o incidente limitado como tal. (58).

Declarado o processo findo, devem ser ponderados os requisitos previstos nos termos do art. 238.º do CIRE, dado que, o facto de ser declarado encerrado o processo por insuficiência da massa insolvente não é motivo para extinguir o processo de exoneração do passivo restante, feito em sede de oposição à insolvência (cfr. art. 287.º do CPC) (59).

De acordo com o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, ponto 21, “*(...) uma vez que o processo de insolvência tem por finalidade o pagamento, na medida em que ela seja ainda possível, dos créditos da insolvência, a constatação de que a massa não é sequer suficiente para fazer face às respectivas dívidas aí compreendidas, desde logo as custas do processo e a remuneração do administrador da insolvência determina que o processo não prossiga após a sentença de declaração de insolvência ou que seja mais tarde encerrado, devido à insuficiência da massa seja reconhecida antes ou depois da declaração. Em ambos os casos, porém, prossegue sempre o incidente de qualificação da insolvência, com tramitação e alcance mais mitigados.*”

---

(58) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR, Cit., p.230.

(59) Segundo LUIS M. T. MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência, Almedina 2009, págs. 274, “considera que não existe assembleia de apreciação do relatório, o prazo para qualquer interessado alegar o que tiver por conveniente é de 45 dias contados da data da sentença de declaração de insolvência, seguindo-se 15 dias para o administrador da insolvência apresentar parecer (art. 191.º, n.º1 al. a)”.

Relativamente aos efeitos produzidos pelo caráter limitado da sentença, estes não afetam as execuções pendentes contra o insolvente. Do nosso ponto de vista, não faz sentido que assim seja, até porque não há lugar à reclamação de créditos. Aquelas prosseguem a sua tramitação normal.

Com efeito, o insolvente fica sujeito aos deveres genéricos de apresentação e colaboração previstos nos termos do disposto no art. 83.º do CIRE. Também sobre o devedor/insolvente impende o dever de residência e de entrega ao administrador da documentação de acordo com o mencionado na al. c) e f), do art. 36.º e n.º 1 do art.24.º do CIRE.

O incumprimento dos deveres acima expostos acarreta para o devedor e administradores responsabilidade ao nível de incidente de qualificação, segundo o previsto nos arts. 6.º e 185.º do CIRE. Acresce que, os empregados, os prestadores de serviços e outros também estão sujeitos a estes deveres, e, no caso de incumprirem, em nossa opinião, não são afetados pela qualificação. Acresce, ainda, o dever específico do devedor/administrador colocar à disposição dos interessados, os documentos da escrituração a fim de estes poderem ser examinados (cfr. art. 191.º, n.º1, al.b) do CIRE).

Propendemos para concordar com o estudo realizado por A.RAPOSO SUBTIL E LUIS MARTINS (60), que observaram que, “*o devedor/administrador quando entra em incumprimento das obrigações vencidas (cfr. art. 3.º), fica automaticamente obrigado a apresentar-se à insolvência, no prazo de 60 dias, a contar da data em que tem conhecimento dessa situação ou da data em que devesse ter conhecimento (cfr. art. 18.º)*”. O regime anterior já previa, no art. 6.º do CPEREF, idêntica situação, embora utilizasse a expressão situação económica difícil, em que o devedor pudesse optar pelo requerimento de providência da recuperação da empresa, nos termos do art. 5.º do CPEREF.

O CIRE veio alterar o regime de modo que o devedor se limita a apresentar o plano de insolvência, cabendo ao juiz e credores decidir o “íter” a seguir. Em bom rigor, este dever já estava contemplado no regime anterior, embora o seu incumprimento não acarretasse qualquer tipo de sanção.

O CIRE vem acentuar a responsabilidade do devedor faltoso, podendo responsabilizá-lo pelo pagamento aos credores a partir da data em que a apresentação deveria ter ocorrido, exigindo ao devedor faltoso maior exatidão com a sua conduta.

---

(60) A. RAPOSO SUBTIL E LUIS MARTINS sobre “*O dever de apresentação à insolvência e as consequências do seu incumprimento*”, publicado na Revista Vida Judiciária, pp. 14 e 15, em Maio de 2004.

De entre as novidades trazidas pela Proposta de Lei 39/XII, temos as alterações ao incidente limitado da qualificação da insolvência, mais concretamente na *al.a)* do n.º1 do art. 191.º do CIRE que acresce que “*o prazo para o administrador da insolvência ou qualquer interessado alegar o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa é de 45 dias contados, respectivamente, da data da sentença de declaração da insolvência ou da data da decisão de encerramento a que se refere o artigo 232.º e, quando aplicável, o prazo para o administrador da insolvência apresentar o seu parecer é de 15 dias*”. E ainda, na *al. c)* do mesmo preceito, que faz menção a nova *al. e)* do n.º2 do art. 189.º do CIRE.

No que ao n.º2 do mesmo normativo respeita, certamente que foi mantida a redacção anterior a qual, em nossa modesta opinião, foi uma feliz opção.

Artigo 191.º

[...]

1 - O incidente limitado de qualificação de insolvência aplica-se nos casos previstos no n.º 1 do artigo 39.º e no n.º 5 do artigo 232.º e rege-se pelo disposto nos artigos 188.º e 189.º, com as seguintes adaptações:

*a)* O prazo para o administrador da insolvência ou qualquer interessado alegar o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa é de 45 dias contados, respectivamente, da data da sentença de declaração da insolvência ou da data da decisão de encerramento a que se refere o artigo 232.º e, quando aplicável, o prazo para o administrador da insolvência apresentar o seu parecer é de 15 dias;

*b)* [...];

*c)* Da sentença que qualifique a insolvência como culposa constam apenas as menções referidas nas alíneas *a)* a *c)* e *e)* do n.º 2 do artigo 189.º.

2 - [...].

## CAPÍTULO V

### INSOLVÊNCIA CULPOSA

#### 5.1-Noção

Sempre que decorra um processo de insolvência, o juiz deve abrir um incidente para, nos termos do n.º 1 do art. 185.º do CIRE, identificar uma de duas modalidades de insolvência: culposa ou fortuita.

O CIRE não define insolvência fortuita, ocupando-se apenas, no art. 186.º, da insolvência culposa.

Portanto, a insolvência fortuita delimita-se por exclusão de partes.

O art. 186.º recorre, na fixação do conceito de insolvência culposa, a duas vias. No seu n.º 1 contém uma noção geral do instituto: “*a insolvência é culposa quando a sua criação ou agravamento resulte de comportamento, doloso ou por culpa grave, do devedor (que não seja uma pessoa singular)*”; mas, também, dos seus administradores, de facto e/ou de direito, tal como os define o art. 6.º.

Os n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito complementam e concretizam que, por recurso a presunções que valem diretamente para os devedores que não sejam pessoas singulares. Estes normativos são aplicáveis, correspondentemente, aos restantes insolventes, por força do n.º 4 do mesmo artigo. Por outro lado, a remissão deste n.º 4 tem que ser integrada com o disposto do n.º 5, que restringe o seu alcance.

#### 5.1.1 Âmbito subjetivo

Podem ser visados pelo incidente de qualificação da insolvência, sendo, então, os respectivos comportamentos sindicados do ponto de vista substantivo: o devedor, quando seja uma pessoa singular, ou os administradores de direito ou de facto do devedor, quando este seja uma pessoa colectiva ou uma entidade colectiva não personalizada (61).

---

(61) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris, Lisboa, 2009, p.611.

Saber-se quem são os administradores do direito de determinada pessoa coletiva ou entidade coletiva não personalizada não oferece, em geral, grande dificuldade, pois a Lei ou os estatutos, conforme os casos, fornecem indicações precisas. Já a determinação do administrador de facto pode levantar algumas dificuldades.

Segundo COUTINHO DE ABREU, é administrador de facto quem, sem título bastante, exerce directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade.

Assim, é administrador de facto, a pessoa que actua notoriamente como se fosse administrador de direito, mas sem título bastante. Cabem aqui os casos em que a designação da pessoa como administrador é nula, os casos em que o título, originariamente válido, caducou ou foi extinto e, ainda, os casos em que não existe qualquer título, válido ou inválido (administradores de facto aparentes).

É, também, administrador de facto a pessoa (por exemplo, o sócio dominante que não quer expor-se aos riscos do estatuto do administrador) que ostenta um estatuto diverso do de administrador – director-geral, gerente de comércio, procurador para prática de determinada categoria de actos – mas desempenha funções de gestão com a autonomia própria dos administradores de direito (administradores de facto ocultos sob outro título).

É, ainda, administrador de facto a pessoa que, sem qualquer cargo de administração ou função profissional na sociedade, determina, habitualmente a actuação dos administradores de direito. É o caso, por exemplo, da pessoa, sócio de determinada sociedade, declarada inibida para ocupar cargos societários (administrador na sombra/ shadow directors).

Todas estas pessoas devem considerar-se administradores de facto e, como tal, podem e devem ser visadas pelo incidente de qualificação da insolvência.

### **5.1.2 Âmbito objetivo**

O objeto da qualificação é constituído pelo comportamento empresarial, doloso ou com culpa grave, do devedor ou de um ou mais administradores ou gerentes, de direito ou de facto, do primeiro, na produção ou agravamento do estado de insolvência da empresa.

O conceito de insolvência culposa encontra-se definido no artigo 186.º n.º 1 do CIRE, nos seguintes termos “*a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, 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”.*

Da noção legal retira-se, em primeiro lugar, que a atuação do devedor ou dos seus administradores deve ser apta ou idónea à criação ou agravação da situação de insolvência. Ou seja, deve existir um nexo de causalidade entre a atuação – os factos cometidos ou omitidos – dos gerentes de facto ou de direito e aquela situação. Em segundo lugar, tais factos – cometidos ou omitidos - devem ter sido assumidos dolosamente ou com culpa grave. Mas não se resumem a estes dois os pressupostos da insolvência culposa.

São ainda pressupostos da qualificação da insolvência como culposa para efeitos do disposto no artigo 186.º do CIRE:

- Uma acção ou omissão do devedor ou do administrador/gerente deste (o facto);
- Uma situação de insolvência judicialmente declarada por sentença transitada em julgado;
- A produção ou o agravamento daquele estado de insolvência;
- O estabelecimento de um nexo de causalidade entre a acção ou omissão do devedor ou dos seus administradores e a criação ou o agravamento daquele estado de insolvência;
- O carácter doloso ou gravemente culposo daquela acção ou omissão;
- Ter essa acção ou omissão ocorrido dentro dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

A forma como se encontra redigida a norma constante do n.º 1 do artigo 186.º do CIRE, permite incluir como comportamento relevante para efeitos de qualificação, quer uma ação positiva, um *facere*, quer uma omissão, um *non facere*.

Na vida das empresas podem encontrar-se variadíssimos comportamentos omissivos que podem afetar o seu desempenho económico e, eventualmente, levá-las à situação de insolvência.

Pense-se, por exemplo, nos casos em que, determinado administrador, não informado juridicamente, deixa de pagar as prestações referentes a um contrato de compra e venda referente a prestações de valiosa maquinaria (essencial à produtividade da empresa) para aplicar o dinheiro em incertos investimentos de curto prazo. Este administrador negligenciou a contratualmente acordada reserva de propriedade, o que permitiu à empresa vendedora resolver

o contrato, recuperar a maquinaria e exigir elevadas penalizações financeiras, levando a uma paragem na produção pelo período de um mês, fatores determinantes na criação ou agravamento da situação de insolvência em que a empresa foi colocada.

O nexo de causalidade que, segundo a redacção do n.º 1 do artigo 186.º, deve existir entre a acção ou omissão do devedor ou do administrador deste e a produção ou o agravamento da insolvência, deve ser apreciado de acordo com a Doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa de *Ennecerus-Lehmann*, consagrada no nosso direito através do artigo 563.º do Código Civil (62).

Assim, a acção ou omissão que atuou económica e financeiramente como condição da situação de insolvência só deixará de ser considerada como a causa adequada daquela, se, dada a sua natureza, se mostrar de todo em todo indiferente para a verificação da situação de insolvência, só a tendo provocada em virtude de circunstâncias excepcionais, anormais ou extraordinárias que intercederam no caso.

Assim, não será causa adequada da situação de insolvência de determinada empresa, apesar de consubstanciar a sua causa económica e financeira, o avultado investimento realizado na Geórgia, com recurso ao crédito bancário, em instalações e recursos humanos na área da extracção de petróleo, dois meses antes da invasão militar deste país pela Rússia em 2008, e que não permitiu a realização de qualquer retorno em face da destruição de todas aquelas infra-estruturas.

O nexo da imputação do resultado (situação de insolvência) à conduta do visado deve ser estabelecido a título de dolo ou de culpa grave. Ficam excluídas do conceito de insolvência culposa a culpa leve e a culpa levíssima.

O dolo, enquanto conhecimento (elemento intelectual) e vontade (elemento volitivo ou emocional) de realização do facto em causa, pode assumir a forma de direto, necessário ou eventual. Existe dolo direto quando o agente representa ou prefigura no seu espírito determinado efeito da sua conduta e quer esse efeito como fim da sua actuação.

Age com dolo necessário o agente que prevê o resultado ilícito, ainda que não tenha a intenção de o produzir, prevendo-o como uma consequência certa e não apenas como possível. Neste caso, o agente não se preocupa, contudo, que tal resultado venha a ocorrer, querendo-o para a hipótese.

---

(62) Cfr., por todos, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I- 10ª Ed, Almedina, 2008, p. 891.

Existe dolo eventual quando o agente prevê o resultado ilícito como uma consequência certa, mas apenas como possível, conformando-se, contudo, com tal eventualidade.

A culpa grave, normalmente equiparada à culpa grosseira ou negligência grosseira, pode ser definida como aquela com que age o agente que omite os deveres de cuidado que só uma pessoa especialmente descuidada, incauta e desleixada deixaria de respeitar.

*“(…) a assunção de riscos é um elemento intrínseco às decisões empresariais. Administradores diligentes tomam decisões que apreciadas posteriormente, podem parecer negligentes, porque causaram danos à sociedade. Por isso, se vem acentuando, mesmo nos países de civil law, que há que evitar que as decisões empresariais tomadas pelos administradores sejam, mais tarde, materialmente substituídas pelo juízo discricionário de quem as aprecia e valora. Pensamento que se avizinha da business judgment rule.*

*Este mecanismo visa evitar que o juiz ao determinar a infracção do dever de cuidado ( diligencia) substitua o juízo de oportunidade dos administradores pelo seu próprio juízo. Pretende-se, por um lado, garantir a insidicabilidade das decisões dos administradores e, por outro lado, atrair pessoas competentes para o exercício do cargo de administradores. Argumenta-se que os administradores não devem ser responsabilizados por «honest mistakes» (63)(64)*

A *business judgment rule* foi desenvolvida pela Jurisprudência norte americana no domínio da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade. Em síntese, ela determina que a avaliação e julgamento, de acordo com critérios de razoabilidade, da substância/mérito das decisões empresariais tomadas pelos administradores de empresas seja subtraída aos tribunais. Estes sindicarão apenas as decisões empresariais com base em critérios de racionalidade: o administrador apenas será civilmente responsável quando a decisão empresarial for considerada irracional.

No nosso direito, a *business judgment rule* foi de algum modo consagrada no artigo 72.º, n.º2, do Código das Sociedades Comerciais.

---

(63) Maria Elisabete de Gomes Ramos, A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no ordenamento jurídico Português, in Revista Digital Prim@ Facie, <http://www.cj.ufpb.br/primafacie>, Ano 4, n.º 7, Jul./ Dez, 2005, pp. 26.

( 64) Robert Charls Clarck, *Business judgment rule não se aplica a infração do poder de lealdade, só funciona no âmbito o dever de diligencia. Para que funcione é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: a) que se esteja na presença de uma actividade realizada pelos administradores; b) que tenha sido cumprido o dever de informação aos administradores; c) que actuação dos administradores cumpra o interesse social. Verificados estes requisitos haverá infracção do dever de diligencia, se a decisão dos administradores se mostra irracional.*

Foi estabelecida, portanto, no domínio da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade comercial. Estabelecendo-se no n.º 1 da mesma norma que “*os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa*”. O n.º 2 vem afirmar que “*a responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”.

Em face do texto da lei, pode afirmar-se que a disposição do n.º 2 veio facilitar a elisão da presunção estabelecida no n.º 1. Mas tal elisão só se produzirá se a violação prevista no n.º 1 ocorrer no âmbito do dever legal geral de cuidado – fica excluída a possibilidade de se elidir a presunção do n.º 1 se a violação ocorrer no âmbito do dever legal geral de lealdade ou se ocorrer a violação de algum dos deveres legais específicos.

Ora, em primeiro lugar, não cremos que a *business judgment rule* tenha influenciado subjectivamente o legislador do CIRE no que se refere à noção de insolvência culposa prevista no n.º 1 do seu artigo 186.º.

O afastamento dos conceitos de culpa leve e de culpa levíssima liga-se mais à pragmática consideração do nível de formação do administrador médio português e à relação dos comportamentos com a gravidade das sanções previstas no artigo 189.º, alíneas b) e c), do que à presença de qualquer consideração acerca da protecção jurídica de decisões empresariais arriscadas e racionais, ainda que eventualmente irrazoáveis.

Aliás, como certamente já se constatou ao longo deste trabalho, a fonte do incidente de qualificação da insolvência é a *Ley Concursal* espanhola de 2003, sendo que o artigo 186.º, n.º1, do CIRE foi praticamente decalcado do *Artículo 164.º, n.1* da referida *Ley Concursal*. E quando o CIRE foi aprovado, em 2004, o n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais ainda não tinha a redação que aqui se transcreveu, aprovada que foi apenas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

Por outro lado, a aplicação da *business judgment rule*, nos termos em que está consagrada no nosso direito, tem a virtualidade de afastar a culpa do administrador em causa: toda a culpa e não apenas a culpa leve ou a culpa levíssima, que são as que estão afastadas dos pressupostos do artigo 186.º do CIRE.

E parece que não se pode afastar a possibilidade de a violação do dever legal geral de cuidado, no âmbito do qual se aplica a *business judgment rule*, poder consubstanciar um comportamento imputável ao administrador a título de culpa grave.

A questão deve ser, a nosso ver, colocada de outro modo: em face da entrada em vigor da nova redação do n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, não deverá o juiz, interpretando o artigo 186.º, n.º1, do CIRE de acordo com a Doutrina daquele n.º 2, afastar a culpa do administrador, logo também a culpa grave, se resultar demonstrado que este, na tomada da decisão sub judice, (i) actuou em termos informados, (ii) livre de qualquer interesse pessoal e (iii) segundo critérios de racionalidade empresarial.

A primeira dificuldade com que nos deparamos prende-se com a circunstância de a presunção prevista no artigo 72.º, n.º1, do Código das Sociedades Comerciais não encontrar equivalência no regime substantivo do incidente de qualificação. Com efeito, neste regime as presunções de culpa (no caso, grave) encontram-se previstas nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 186.º do CIRE.

Porém, as presunções em causa não dizem respeito ao dever legal geral de cuidado, mas a deveres legais específicos, previstos nos artigos 18.º e 19.º do CIRE e 65.º, n.ºs 1 e 5, do Código das Sociedades Comerciais, sendo, pois, insusceptíveis, de raiz, de ser elididas através da *business judgment rule*.

No entanto, e ainda assim, pensamos que o juiz do incidente de qualificação deve atender à Doutrina do n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais na apreciação do conceito de culpa grave, pressuposto na noção de insolvência culposa do artigo 186.º, n.º1, do CIRE. E isto por razões que se prendem com a unidade do sistema jurídico e com o princípio da uniformidade e coerência de julgados.

Neste sentido, pense-se na hipótese de a sociedade, ao abrigo do disposto no artigo 72.º, n.º1, do Código das Sociedades Comerciais, ou o administrador da insolvência, ao abrigo do artigo citado e do artigo 82.º, n.º 2, al. a) do CIRE, interpor uma ação contra determinado administrador com fundamento em factualidade que, mais tarde, veio a provocar a insolvência da sociedade, e que se reconduz à violação de deveres de cuidado.

Nessa ação, o administrador defendeu-se invocando factos subsumíveis no artigo 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. Fez prova dos factos alegados e da sentença, afastando a culpa, julgou improcedente o pedido indemnizatório, considerando que não compete ao tribunal sindicar da razoabilidade da decisão do administrador, uma vez que este atuou em termos

informados, não se encontrava em conflito de interesses com a sociedade autora e a sua decisão mostrou-se racional.

Aberto o incidente de qualificação, por apenso ao processo de insolvência da sociedade então demandante, não faria sentido que o administrador então réu, em face da mesma factualidade, não pudesse defender-se invocando os factos que o vieram a absolver naquela acção. Também não faria sentido que a sentença proferida no incidente viesse arrogar-se da competência de sindicatizar a razoabilidade do comportamento empresarial em causa e viesse a qualificar a insolvência como culposa e a declarar o administrador em causa afetado pela decisão.

E não faria sentido porque a generalidade da redacção do artigo 186.º, n.º 1 do CIRE, permite incluir, como fundamento da qualificação da insolvência como culposa, a violação do dever legal geral de cuidado.

E ainda com base em outra razão.

O dever legal geral de cuidado é um dever que impende sobre o administrador e tem como objeto o comportamento deste em relação à sociedade e não em relação aos credores desta. Em relação a estes, os deveres são essencialmente contratuais, complementados com os deveres legais específicos de protecção dos credores que constam do Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

No entanto, estes deveres legais específicos não podem ser desculpados pelo disposto no artigo 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.

Com a declaração judicial de insolvência, o dever em causa não deixa de ser avaliado de acordo com os interesses da empresa. São estes interesses e não os interesses dos credores que, no âmbito do dever legal geral de cuidado, devem estar presentes na avaliação a efectuar ao comportamento do administrador no período que antecedeu a declaração judicial de insolvência, designadamente, no período de três anos que a antecedeu. - cfr. art. 186.º, n.º1 do CIRE.

A conjugação do disposto no artigo 64.º, n.º 1, *alínea a)* do Código das Sociedades Comerciais com o regime do CIRE, não nos permite distinta interpretação.

Pelo que, estando em causa, no incidente de qualificação, a violação do dever legal geral de cuidado - e não deveres legais específicos - e invocando os interessados, o administrador da insolvência e/ou o Ministério Público, factos alegadamente demonstrativos de culpa grave do visado, este poderá defender-se. Poderá fazê-lo invocando os factos subsumíveis no n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais que, assumindo a natureza de factos impeditivos do direito que aqueles pretendem fazer valer, afastarão a imputação dessa factualidade a título de culpa grave.

## 5.2- As Presunções legais

São dois os tipos de presunções constantes no artigo 186.º do CIRE. No n.º 2 da norma citada prevêem-se presunções inilidíveis de qualificação culposa da insolvência. No n.º 3 prevêem-se presunções ilidíveis de culpa grave. Ali, a consequência, absoluta, determina o sentido da decisão; aqui a consequência, relativa, determina o preenchimento de um dos pressupostos de qualificação.

Efetivamente para auxiliar o intérprete, o art. 186.º do CIRE, depois de definir a insolvência culposa (no seu n.º1), prevê dois conjuntos de presunções: o n.º 2, segundo LUÍS MENEZES LEITÃO estabelece “presunções *iuris et de iure*”, uma presunção inilidível de insolvência culposa e do próprio insolvente, pessoa singular. Estas não admitem prova em contrário, quando se verifique alguma circunstância nelas consagradas. Os factos referidos neste n.º 2 são comportamentos do administrador da insolvente que não seja pessoa singular, que não apenas exige a existência de culpa, mas também a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento do administrador/devedor e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Caso contrário, a culpa e o nexo de causalidade deverão ser provados.

LUÍS MENEZES LEITÃO sustenta ainda que, o n.º 3 contempla “presunções *iuris tantum*”, uma presunção ilidível de culpa grave e por conseguinte tem de se concretizar o nexo de causalidade entre a atuação do devedor e a criação ou agravamento das circunstâncias que levaram à insolvência, de modo intencional, desde que determinem a submissão aos casos previstos no normativo legal. Dado este que recaí sobre o devedor, o ónus da prova da inexistência de factos mencionados no n.º 3. (65) (66)

O grau de culpabilidade a imputar ao insolvente tem de fundamentar-se ainda no comportamento com culpa grave, sendo esta presumida, desde que esse comportamento tenha sido criado ou agravado a situação de insolvência, tendo a culpa grave de ser comprovada nos autos.

---

(65) O Ac. TRP de 30/10/2006, relator Pinto Ferreira, Processo n.º 0655142, considerou que “*cabia ao oponente afastar a presunção de culpa da insolvência dolosa, tem de lhe ser dada a oportunidade de apresentar as provas que lhe aprouver, não podendo o juiz rejeitar liminarmente a oposição*”.

(66) No sentido da taxatividade dos factos previstos nos n.ºs 2 e 3, veja-se LUÍS A. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 610, nota 5; MANUEL A. CARNEIRO FRADA - “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in ROA, A. 66, II, Setembro de 2006, pp. 653-702.

Na determinação da qualificação da insolvência, cuja relevância prática e dogmática para a compreensão do pressuposto objeto de insolvência culposa é vital, os deveres gerais dos administradores enumerados no n.º 2, compreendem o modo de funcionamento da técnica jurídica da diferente natureza das presunções dos n.ºs 2 e 3 do art.186.º. Aprender o seu alcance e utilidade para a concretização do conceito de insolvência culposa plasmado no n.º 1 é de grande relevância.

Pois, a opção por esta técnica jurídica justifica-se pela necessidade de garantir uma maior “*eficiência da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências*”(67); para além disso, favorece a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos.

As presunções dos n.ºs 2 e 3 aplicam-se ao insolvente, pessoa singular (por exemplo, comerciante em nome individual) e aos administradores, de direito ou de facto, que não seja pessoa singular. Aplica-se também à atuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, quando a isso não se opuser a diversidade das situações (art.186.º, n.º 4 do CIRE).( 68)

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (69) quanto às presunções do n.º 2 do art.186.º, escreve que “as mesmas podem ser agrupadas em três categorias fundamentais:

-actos que afectam, no todo ou em parte considerável, o património do devedor (n.º 2, als. a) e c))

-actos que, prejudicando a situação patrimonial, em simultâneo trazem benefícios para o administrador que os pratica ou para terceiros (n.º 2, als. b), d), e), f) e g));

-incumprimento de certas obrigações legais (n.º2, als. h) e i))

No primeiro grupo, podemos subsumir a destruição, danificação, inutilização, ocultação ou desaparecimento, no todo ou em parte considerável, do património do devedor (al.a)); ou a compra de mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação (al.c));

---

(67) MANUEL A. CARNEIRO FRADA- “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, in ROA, A. 66, II, Setembro de 2006, pp. 701.

(68) Quanto a este n.º 4, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 138/09.9TBVCD-M.P1 de 26/11/2009, Relator Filipe Carço.

(69) A Autora segue de perto a classificação apresentada por LUÍS CARVALHO FERNANDES, em “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, in *Themis* - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial - Novo Direito da Insolvência, 2005, p. 95, nota 23.

No segundo grupo, podemos enquadrar as alíneas:

b) criação ou agravamento artificial de passivos ou prejuízos, ou redução de lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com ele especialmente relacionadas;

d) disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;

e) exercício, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, de uma actividade em proveito pessoal ou de terceiro e em prejuízo da empresa;

f) fazer do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, nomeadamente para favorecer outra empresa na qual tenha interesse directo ou indirecto;

g) prossecução, no seu interesse pessoal ou de terceiro, de uma exploração deficitária, não obstante saber ou dever saber que esta conduziria, com grande probabilidade, a uma situação de insolvência;

Por último, no terceiro grupo, encontramos as alíneas h) e i):

h) incumprimento em termos substanciais da obrigação de manter contabilidade organizada, manutenção de uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou prática de irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor;

i) incumprimento, de forma reiterada, dos seus deveres de apresentação e de colaboração, até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º.”

Já RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, na análise das alíneas do n.º 2, escreve que “*esta norma consagra um sistema de imputação semi-objetivo, definindo causas puramente objectivas e causas semi- objectivas da insolvência culposa, para os casos de insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular. Provados os factos pressupostos nas várias hipóteses normativas a insolvência tem-se, sempre, por culposa. Provados esses factos, não se admite prova em contrário (artigo 350.º, n.º2; segunda parte, do Código Civil). Portanto, a discussão centrar-se-á, sempre, na redacção dessas previsões e na factualidade reclamadas para o seu preenchimento*”.

*Mas que factos serão esses?*

RUI ESTRELA DE OLIVEIRA responde, “a relação das várias alíneas do n.º 2 gera perplexidade com a noção geral de insolvência culposa do n.º 1. Pode questionar-se se as várias alíneas deste numero reclamam, para se admitir a sua consequência - a qualificação de insolvência culposa -, a existência de um nexo de causalidade entre os factos aí previstos e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência. A questão só pode resolver-se caso a caso, ou seja, alínea a alínea, pois, como já referimos, atenta a estruturação do funcionamento das presunções, a interpretação deve ser feita dissecando-se a letra, o espírito e a específica teleologia das várias hipóteses normativas.” (70)

Sublinhe-se que neste n.º 2 (do art. 189.º do CIRE) não estamos perante presunções que facilitam a prova de um dos pressupostos da qualificação, mas antes perante presunções que facilitam o próprio sentido da decisão.

“Para este fim, a análise que empreenderemos das várias alíneas, centrar-se-á no seu sentido literal, no seu sentido lógico, nos interesses que cada norma visa tutelar e na relação que é possível estabelecer entre tais sentidos e a noção geral do n.º 1. Tendo ainda por referência a conjugação dos ditames constitucionais decorrentes do princípio da proporcionalidade - cfr. artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa - e do princípio da tutela jurisdicional efectiva - cfr. artigo 20.º daquele diploma maior.

Vejamos, em primeiro lugar, as causas semi-objectivas da insolvência culposa.

Referimo-nos às alíneas a), b), c), d), e), f) e g) do n.º 2 do art.186.º, em que a letra da Lei exige que os interessados, o administrador de insolvência e o Ministério Público aleguem e provem, para além do mais, que tais acções foram a causa adequada da produção ou do agravamento da situação de insolvência.”

O entendimento defendido por RUI ESTRELA DE OLIVEIRA é que, “no caso destas alíneas, provado o nexo de causalidade entre a conduta e a criação ou o agravamento do estado de insolvência, é necessária para fazer actuar as presunções.”

---

(70) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA- Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, in JULGAR, cit., p.237.

Note-se, a particularidade das *alíneas a) e b)* em que, na primeira, a expressão “*considerável*” e, na segunda, “*negócios ruinsos*”, suscitam dúvidas de interpretação. Trata-se de conceitos abertos, pelo que, temos que nos socorrer de um critério para auxiliar o intérprete a determinar o sentido de cada expressão uma vez que este se depara em cada uma das alíneas com um conceito não densificado.

O critério que se afigura adequado, no que se refere à *al. a)* será aquele que qualifica de “*considerável*” a destruição, ocultação ou inutilização de património de devedor, quando estas ações forem a causa adequada do agravamento ou da produção do estado de insolvência verificado.

Quanto à *al.b)* cumpre questionar quando os negócios são ruinsos. Também aqui o intérprete se depara com um conceito não densificado, pelo que, para a sua compreensão, torna-se necessário a inclusão do *facto-base* da presunção. Estamos perante um negócio ruinso quando o negócio é a causa adequada da produção ou do agravamento da situação de insolvência. RUI ESTRELA OLIVEIRA vai mais longe, pois “*considera a redacção desta alínea extremamente infeliz por relacionar, de forma não totalmente justificável, realidades como a criação artificial de prejuízos e a celebração de negócios ruinsos*”(71).

A análise individualizada de cada uma das alíneas do n.º 2 levou-nos a concluir que seja imprescindível que “*a situação tenha sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores (...)*”. Parece ser esta a solução mais equilibrada, do ponto de vista dos interesses tutelados pelos incidentes e pelo instituto da insolvência culposa. Não se compreenderia que um administrador insolvente fosse alvo das pesadas sanções previstas no artigo 189.º, n.º 2 do CIRE, quando o seu ato ou comportamento foi, de todo em todo, estranho à produção ou agravamento do estado de insolvência da empresa.

A não se entender assim, teríamos sem justificação, punições civis diretas que, para além de desproporcionais, suscitariam a questão da tutela jurisdicional efetiva tutelada constitucionalmente, quanto às *als. a) a g)* do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE.

Quanto às *als. h) e i)* estamos perante situações assaz distintas. Movemo-nos aqui, no domínio das causas puramente objectivas da insolvência culposa.

---

(71) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR, cit., p. 240.

Nestas duas alíneas não está, em abstrato, pressuposto umnexo de causalidade entre o comportamento do visado e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência.

O que aqui está em causa é um comportamento do visado que impediu e/ou impede que se determine o valor da sua contribuição e responsabilidade na produção e/ou agravamento da situação de insolvência. Sendo assim, mostra-se justificado que aquele que impediu a descoberta da verdade material não beneficie mais do que o responsável que não impediu tal descoberta.

Ou seja, estamos aqui perante sanções quase diretas, deve ser sancionado quem impediu que se desenvolvesse uma normal discussão factual sobre os pressupostos da insolvência culposa.

Destarte, e para fazer funcionar as presunções, apenas deve ser alegada e provada a literal factualidade com virtualidade para preencher a hipótese normativa das alíneas, não sendo necessário invocar qualquer facto para preencher os pressupostos de insolvência culposa constantes da noção geral do n.º 1. Referimo-nos, designadamente, ao nexode causalidade entre tais comportamentos e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência.

Mas, por outro lado, também deve alertar-se para a circunstância de não ser qualquer factualidade que fará despoletar a decisão de insolvência culposa com fundamento nestas alíneas. No caso da *al. h)*, quando a lei utiliza a expressão em “*termos substanciais*”, quer dizer que a obrigação de manter a contabilidade organizada foi violada em termos tais que não é possível indicar, com segurança, a causa da insolvência e os seus responsáveis.

Quanto à *al. i)* importa uma nota adicional. Em causa a sua articulação com outro preceito do CIRE. Ora, a insolvência considera-se sempre culposa se os administradores do devedor, a quem é aplicável o regime do art. 83.º (*ex vi* do seu nº 4) do CIRE, “*Dever de apresentação e de colaboração*” tiverem “*incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do art.188.º.*” (72)

Para esta *al. i)* não entrar em conflito com o n.º 3 do art. 83.º, que dispõe “*A recusa de prestação de informações ou de colaboração é livremente apreciada pelo juiz, nomeadamente para efeito da qualificação da insolvência como culposa*”, “*tem de se entender que o poder de livre apreciação que este último preceito atribui ao juiz, não se aplica quando o incumprimento dos deveres de apresentação e de colaboração seja «reiterado».*”

---

(72) A propósito desta *al. i)* e da falta de referência da letra da Lei ao dever de informação, veja-se Rui PINTO DUARTE, “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, in Themis, Edição Especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 137 e 138.

*Neste caso, uma vez apurada a reiteração - e só quanto à verificação desta, o juiz tem liberdade de decisão -, a insolvência é sempre qualificada de culposa". (73)*

Debrucemo-nos agora, sobre as presunções constantes do n.º 3, ainda que perfunctoriamente, tendo em conta que, à primeira vista, são menores os problemas.

As presunções constantes do n.º 3 distinguem-se das do n.º 2, não só porque permitem que o visado no incidente, apresentando prova em contrário, as elida, mas também porque, como já foi referido, com o seu funcionamento apenas resulta demonstrado um dos pressupostos da noção geral prevista no n.º 1, a saber, a culpa grave. Assim, tem-se entendido que, apesar do funcionamento de uma destas presunções, a insolvência só será culposa se provada a factualidade susceptível de preencher os restantes pressupostos previstos no n.º 1 do art. 186.º do CIRE.(74)

Este entendimento parece ser o correto se tivermos em vista a alínea a) do n.º 3 do art. 186.º do CIRE. Com efeito, a manutenção no tráfego, de uma empresa insolvente poderá implicar o agravamento da sua situação, pois, se esta já não tem condições para cumprir as suas obrigações vencidas e continuar a obrigar-se financeiramente, o seu estado agravar-se-á .

No entanto, se a mesma estiver inativa, tal não sucederá. É, pois, um problema de causalidade saber se o retardamento da apresentação à insolvência agravou o estado da empresa.

Já quanto à *al. b)*, deste n.º3 do art. 186.º do CIRE, parece que o legislador prescindiu uma vez mais da alegação e da prova do nexos de causalidade entre a conduta tipificada e a criação ou o agravamento do estado de insolvência.

De facto, não se consegue vislumbrar que relação poderá existir, em termos de causalidade, entre o incumprimento da obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de as submeter à devida fiscalização e de as depositar na conservatória do registo comercial competente e a criação ou agravamento do estado de insolvência.

Com efeito, o dever de relatar a gestão e apresentar as contas destina-se a permitir a apreciação anual da situação da sociedade e insere-se no vasto direito de informação societário e tem como seu elemento essencial, o relatório de gestão.

---

(73) Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 611.

(74) Cfr. neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/09/2007, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Relator: José Ferraz e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07/01/2008, Proc. 4886/07, Relatora: Anabela de Carvalho, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º21, Janeiro/ Março de 2008, pp. 54 e ss.

A matéria que se relaciona mais intimamente com o disposto na *al. b)* do n.º 3 do artigo 186.º do CIRE, encontra-se regulada nos artigos 65.º a 70.º-A do Código das Sociedades Comerciais. A sanção mais grave prevista neste diploma legal, para o incumprimento das obrigações previstas no regime referido, consta do artigo 143.º, alínea a), daquele diploma, a instauração oficiosa de procedimento administrativo de dissolução da sociedade, pelo serviço de registo competente, reunidos que se encontrem os pressupostos na última norma citada.

Portanto, também aqui, e por definição, não é possível estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta tipificada e a produção ou agravamento da situação de insolvência. Consequentemente, para pôr em funcionamento a presunção, deve ser alegada e provada a factualidade tipificada nessa *al. b)*.

O visado poderá defender-se impugnando tal factualidade e, uma vez que a presunção de culpa grave é ilidível, alegar e provar factos que demonstrem que, apesar da verificação de tal factualidade, não teve culpa ou esta foi leve ou levíssima, não podendo, portanto, ser qualificada como grave.

Em resumo, o proémio do n.º 2 do art.186.º prevê um elenco de presunções *iuris et de iure*, considerando “*sempre culposa a insolvência do devedor*”, quando se preencha alguma das suas alíneas.

A nosso ver, do que se trata aqui é de um argumento sistemático.

Neste sentido, orienta, além do advérbio “*sempre*”, o confronto deste n.º 2 com o texto do n.º 3 do art.186.º do CIRE, onde esta palavra não é usada. O que permite firmar, desde já, que a presunção deste último preceito é ilidível, segundo a regra geral do n.º 2 do art.350.º do C. Civil. (75)

No entanto, é sempre necessário o preenchimento do limite temporal dos três anos (previsto no n.º 1, do art.186.º), ou seja, apenas os factos praticados “*nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência*” serão relevantes para efeitos do preenchimento do n.º 2, tal como no n.º3. (76)

---

(75) Assim o entendem os Autores LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA no CIRE anotado, LUÍS MENEZES LEITÃO in Direito da Insolvência e A. RAPOSO SUBTIL e outros, no CIRE Anotado.

(76) Assim, também defendem LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA- “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, cit, p. 611, nota 6.

A maioria da Jurisprudência e da Doutrina vai no sentido de defender que toda e qualquer particularidade factual incluída no n.º 2 do art. 186.º se tem de considerar inflexivelmente (*iuris et de iure* – presunção absoluta ou inilidível) como insolvência culposa: “*considera-se sempre*” culposa a insolvência, da verificação dos requisitos do n.º 2, *als. a), b), c), d), e), f), g), h), e i)*, ou seja, a ocorrência das situações aí previstas determina, inexoravelmente, a atribuição de carácter culposos à insolvência.

Vejamos as presunções do n.º 2. Lê-se no CIRE Anotado, de CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, que da letra da Lei “*considera-se sempre*” resulta claramente que no preceito em anotação (n.º 2), se estabelece uma presunção *iuris et de iure*, em vista do que dispõe o n.º 2, do art.350.º do C. Civil: “*as presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário (...)*”.

Qual o alcance destas presunções: será que também se presume o nexo de causalidade entre a conduta legalmente tipificada e a criação ou agravamento da situação de insolvência?

Eis a posição da Doutrina:

CATARINA SERRA escreve que “*deve, por isso, considerar-se que a Lei estabeleceu nestes dois pontos (als. h) e i) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE), não presunções, mas- passe o paradoxo- , “verdadeiras ficções”.(77)(78) Ou seja, a Lei equiparou algo que era desigual, com a finalidade de aplicar o regime a situações que não são do tipo ou, como diz Karl Larenz, em vez de ordenar, fingiu “as ficções legais não são se não remissões encobertas ou implícitas”(79) (80).*

---

(77) “Também no contexto da Lei espanhola- afirma Pablo Gonzalez- Carrero Fojón, (“ La calificación del concurso”, cit., p. 624)-, é patente que o esquema das presunções não se adapta a todas as hipóteses do ( homólogo) art. 164.º, n.º2, da LC, por algumas delas não terem relação alguma com as causas da insolvência. Sobre a norma, sustenta Mercedes Farias Batlle (“ La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales”, cit., p. 86) a seguinte tese: nem todas são presunções; nem todas as que possam considerar-se presunções são absolutas; e nenhuma delas é de culpa, mas sim de causalidade na insolvência. Relativamente ao primeiro ponto, não chega, contudo, a identificar ficções- fala apenas em “ sanções” ou “ efeitos” legais. Nota de rodapé 40 in CATARINA SERRA, in «Decoctor ergo fraudator»? - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, p.69.

(78) “Alude, no contexto genérico dos casos do n.º2 do art. 186.º do CIRE, há hipótese de a qualificação como ficções e recusa-a Manuel A. Carneiro da Frada (“ a responsabilidade dos administradores na insolvência” cit.,p. 689). )” Nota de rodapé 41 in CATARINA SERRA, in Decoctor ergo fraudator - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, p.69.

(79) CATARINA SERRA, in Decoctor ergo fraudator - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, p.69.

(80) “As ficções distinguem-se das presunções porque estas funcionam no terreno da prova enquanto aquelas respeitam a aplicação extensiva da norma (cfr. Foriers apud Rodolfo Sacco ( diretto da), Trattato di Diritto Civile- Le fonti del diritto italiano, 2- Le fonti non scritte e l’interpretazione, Torino, UTET, 1999, p. 345)” Nota de rodapé 43 in CATARINA SERRA, in «Decoctor ergo fraudator»? - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, p.69.

CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA defendem que as alíneas do n.º 2, direta ou indiretamente, envolvem efeitos negativos para o património do insolvente.

Contrariamente, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA concorda em relação às *als. a) a g)* mas não as *als. d) ou f)* “(pois nestas estão em causa factores, algumas vezes fortuitos); quanto as *al. h) e i)* tratam-se de situações de responsabilidade por omissões, sendo que delas também não deriva, por si e infalivelmente, a insolvência.”

A Doutrina espanhola vai no sentido de que a prática dos factos elencados é suficientemente gravosa para legitimar a presunção de tal nexos de causalidade.

Posição da nossa Jurisprudência:

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15/12/2007, Relator PINTO DE ALMEIDA diz o seguinte: “o n.º 2 não presume apenas a existência de culpa, mas também a existência de causalidade entre a actuação dos administradores do devedor e a criação ou agravamento do estado de insolvência”.

“O n.º 2 é um segmento normativo que determina a inelutável conclusão de que a insolvência deve considerar-se culposa. Inexistindo necessidade de prova do nexos causal entre a culpa e a criação ou o agravamento do estado insolvente”.

Em suma, no n.º 2 elencam-se as situações que, uma vez provadas, determinam a qualificação da insolvência como culposa.

Na ocorrência de alguma dessas condutas dos administradores do devedor, presume-se *iuris et de iure* - o dolo ou culpa grave e o nexos de causalidade entre esse facto e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

Verificada alguma dessas ocorrências, a insolvência será sempre culposa.

O mesmo já não acontece com o incumprimento das obrigações a que alude o n.º 3 do art. 186.º.

Ora, como já foi referido supra, o art. 186.º, n.º 3 prevê um elenco de presunções *iuris tantum* (ilidíveis). A expressão “*presume-se*” usada no n.º 3, por um lado, mais a expressão “*sempre*” usada no n.º 2, por outro, sustentam esta qualificação pela Doutrina.

Aqui, provada alguma das omissões dos deveres aí elencados, presume-se *iuris tantum* a culpa grave do administrador na omissão, que pode ser afastada, pelo devedor ou pessoa que possa ser afectada pela qualificação, mediante prova em contrário (segundo a regra geral do n.º 2, do art. 350.º do CC).

Ora, a questão aqui em crise prende-se com o facto de haver como uma corrente Doutrinária (81) e Jurisprudencial (82) maioritária, que defende que o que resulta do n.º 3 é apenas uma presunção de culpa grave e não uma presunção de causalidade da conduta do administrador insolvente em relação à situação de insolvência.

Exige-se a demonstração nos termos do n.º 1 de que a insolvência seja criada ou agravada em consequência dessa mesma conduta.

Exige-se, portanto, o nexu causal.

A título de exemplo, atentemos no Acórdão da Relação de Guimarães de 11/01/2007, Relator CONCEIÇÃO BUCHO, que dita que, as presunções do n.º 3, *als. a) e b)* do art. 186.º do CIRE podem ser afastadas através da demonstração de que *“apesar de alguns problemas financeiros, a empresa continuou a laborar e que não se apresentou à insolvência, porque apesar das dificuldades económicas sempre tentou que a mesma continuasse a sua actividade”*.

Ou ainda, o Acórdão da mesma Relação, de 14/06/2006, Relator MANSO RAINHO, que determina que *“a insolvência pode ser considerada fortuita quando apesar da violação do dever de depositar as contas na Conservatória do Registo Comercial, ficar provado que a impossibilidade de cumprimento se deveu à insolvência de outra sociedade, sua devedora, num contrato de empreitada”*.

Por tudo isto, o que resulta do art. 186.º, n.º 3 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 deste modo a demonstração, nos termos do art. 186.º, n.º 1 do CIRE, que a insolvência foi causada ou agravada em consequência dessa mesma conduta (o mesmo é dizer, impõe-se o requisito do nexu causal).

---

(81) Esta é a posição defendida pela maioria da Doutrina, como o sendo, pelos Autores: LUIS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA in CIRE Anotado; A. RAPOSO SUBTIL, MATOS ESTEVES, MARIA JOSÉ ESTEVES E LUÍS M. MARTINS in CIRE Anotado e LUÍS M.T. MENEZES LEITÃO in “Direito da Insolvência”.

(82) Com o mesmo sentido julgaram os Acórdãos: Ac. TRG. de 11/01/2007 e 16/10/2008, Relator: Conceição Bucho; de 20/09/2007, Relator: António Gonçalves e de 14/6/2006 e 12/03/2009, Relator: Manso Rainho. Assim como, os Ac. TRP. de 15/03/2007 e 18/06/2007, Relator: Pinto de Almeida; de 13/09/2007 e 25/10/2007, Relator: José Ferraz; de 07/01/2008, Relator: Anabela Luna de Carvalho; de 03/03/2009, Relator: M. Pinto dos Santos; de 02/07/2009, Relator: Freitas Vieira; de 15/07/2009, Relator: Maria Catarina; de 15/07/2009, Relator: Henrique Araújo; de 20/10/2009, Relator: Guerra Banha. Ainda sufragando a mesma solução, os Ac. TRC de 19/01/2010, Relator: Isaiás Pádua; o Ac. TRE de 17/04/2008, Relator: Sílvio Sousa e o Ac. TRL de 22/01/2008, Relator: Graça Amaral

Aliás, esta é igualmente a posição sustentada por alguns Autores da Doutrina espanhola, de que destacamos Mercedes Farias Batle.(83)

Diferentemente, CATARINA SERRA (84) defende “*que se trata de presunções de insolvência culposa, sob pena de esvaziar de utilidade estas presunções*”.

Citando um segmento do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05/02/2009, Relator LUÍS ESPÍRITO SANTO “*a simples verificação das situações previstas nas als. a) e b), do n.º3, do art. 186.º do CIRE, constitui uma presunção ilidível não apenas de culpa grave do agente infrator, mas também de suspeita de insolvência culposa, pressupondo-se à partida o nexo de causalidade exigido pelo n.º 1*”. (85)

É, de facto, este n.º 3 que tem ocupado fortemente os nossos Tribunais, e cujo âmbito objectivo não reúne o consenso nem da Doutrina nem da Jurisprudência.

Esgrimem-se argumentos opostos, que, por opção nossa, diferenciamos por corrente maioritária e corrente minoritária.

Os defensores da corrente maioritária utilizam, na defesa das suas teses, diversos argumentos, dos quais se salientamos seguintes:

- O primeiro utiliza o facto de os efeitos da declaração de insolvência como culposa poderem trazer consequências graves para a vida das pessoas directamente envolvidas. É por isso que a Lei lhes concede o direito de deduzir oposição, e de apresentarem os seus argumentos e razões e demonstrarem que, pese embora o facto daquele seu comportamento, o administrador não agiu com culpa grave, antes a insolvência adveio apenas de facto fortuito. Pelo que, nestes casos, a insolvência não é declarada culposa.

---

(83) Mercedes Farias Batle, “La Calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales, ”, in Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Tecnología sobre “ El nuevo derecho concursal Español”, referencia SEC 2002-04384-C02-01.p. 130.

(84) CATARINA SERRA, in “«Decoctor ergo fraudator»? - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)” - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008.

(85) Com o mesmo sentido julgaram os Acórdãos, do Tribunal Constitucional n.º 564/2007, de 13 de Novembro, Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO; da TRP de 22/5/2007, Relator: MÁRIO CRUZ; de 24/9/2007 e 17/11/2008, Relator: SOUSA LAMEIRA; de 5/02/2009, Relator: LUÍS ESPÍRITO SANTO, e ainda o Ac. TRC de 26/01/2010, Relator: CARLOS MOREIRA.

O administrador pode ilidir a presunção, demonstrando que, *“Apesar de alguns problemas financeiros, a empresa continuou a laborar, continuou a cumprir os seus compromissos, não se desfez do património da mesma e, não se apresentou à insolvência porque apesar das dificuldades económicas, sempre tentou que a mesma continuasse a sua actividade.”* (86)

E o que significa “situação de insolvência”?

Este conceito está tipificado nos n.ºs 1 e 2 do art. 3.º do CIRE, dos quais consta, *“é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”*; *tratando-se de pessoas coletivas e os patrimónios autónomos “(...) são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo(...)”*.

O referido Acórdão defende que mesmo que *“(...) o devedor pode ter agido dolosamente ou com culpa grave, mas em nada ter contribuído para a criação ou agravamento da insolvência”*. E, se assim acontecer, não pode a insolvência ser qualificada como culposa.

Não poderia, pois, concluir-se pela culpa grave desde que houvesse nos autos elementos que significassem, razoavelmente, o contrário de uma atuação com culpa grave; por isso, se mostrava, no caso, que a insolvência resultara de *“factores externos alheios à vontade dos responsáveis” e que a empresa deixou de ter actividade “por motivo de paralisação forçada dos trabalhos em resultado da falência da empresa com quem mantinha um contrato de empreitada”* (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12/03/2009, Relator: MANSO RAINHO).

Em resumo, *“a insolvência ficou-se a dever a um motivo externo à vontade e à acção do administrador da devedora”*.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18/06/2007, Relator: PINTO DE ALMEIDA, vem dizer que no presente caso, *“ficou provado (no mesmo sentido da Primeira Instância) que a Insolvência se ficou a dever a factores exteriores à sociedade insolvente, nomeadamente, à crise sentida no sector do calçado, devida ao aumento da concorrência e consequente esmagamento de preços, perda de clientes e quebra acentuada no volume dos negócios”*. Logo, não se pode qualificar a insolvência como culposa.

---

( 86) *“A qualificação da falência como culposa exige uma relação de causalidade entre a conduta (dolosa ou gravemente culposa) do devedor e a situação de insolvência.”* (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12/03/2009, Relator MANSO RAINHO).

Assim, e adotando a corrente majoritária, o n.º 3 do art. 186.º do CIRE dá a oportunidade ao administrador de vir defender-se através da difícil tarefa de provar a inexistência de culpa grave.

Ou, tal como é defendido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16/10/2008, Relator CONCEIÇÃO BUCHO, “*podem ser factores externos/ laterais alheios à vontade do administrador*”.

O segundo argumento vai no sentido de dever adotar-se uma interpretação literal da presunção do n.º 3 do art. 186.º do CIRE.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12/03/2009, Relator: MANSO RAINHO, defende que “*o nosso entendimento (a corrente majoritária) constitui a forma mais correcta de interpretar a norma, visto o seu elemento literal e a presunção de que o legislador consagrou a solução mais acertada e soube exprimir o seu pensamento de forma adequada*”.

No sentido deste argumento, a Relação explica que, “*não se estabelece no n.º 3 uma presunção de que a insolvência é culposa (ao contrário da verificação dos factos do n.º 2, do art.186.º do CIRE). Estabelece-se no n.º 3 apenas que, ao não requererem a declaração de insolvência do devedor ou ao não procederem ao depósito das contas, os administradores agiram, por omissão, com culpa grave*”.

É este o sentido que melhor se adequa ao texto legal, conforme dispõe no art. 9.º, n.º 3 do Código Civil.

Finalmente, registemos o terceiro argumento.

Devemos fazer uma interpretação extensiva da presunção do n.º 3 do art. 186.º do CIRE.

Assim, nos termos do n.º 1, do art.186.º, são requisitos da insolvência culposa:

- o facto inerente à atuação, por ação ou omissão, do devedor ou dos seus administradores, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- a culpa qualificada a título de dolo ou culpa grave e,
- o nexo de causalidade entre aquela atuação e a criação ou o agravamento da situação de insolvência;

Sob os nºs 2 e 3 do art.186.º, a Lei descreve um conjunto de condutas ou situações a que atribui os seguintes efeitos:

- no caso do n.º 2, “considera-se sempre culposa” a insolvência do devedor, no caso da prática das condutas aí prescritas;
- no caso do n.º 3, “presume-se a existência de culpa grave” do administrador que tenha incumprido o dever referido na alínea a) ou a obrigação referida na *al.b*).

Perante este diferente modo de expressão da Lei, predomina na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que no n.º 2 se contém uma presunção absoluta ou *iuris et de iure* e portanto, inilidível, expressa no inciso “*considera-se sempre culposa*” a insolvência (facto presumido) que abrange os demais requisitos previstos no n.º 1, ou seja, a culpa qualificada (a título de dolo ou culpa grave) do devedor ou do respetivo administrador e a sua conexão ou concorrência para a insolvência.

De modo que, “*uma vez demonstrado o facto descrito nas suas alíneas, a Lei impõe que a insolvência seja considerada culposa.*” (Vide Acórdão da Relação do Porto de 02/07/2009, Relator: ANABELA LUNA DE CARVALHO).

Contrariamente, por sua vez, a presunção referida no n.º 3 é apenas relativa ou *iuris tantum*, e portanto, ilidível por prova em contrário, a qual apenas faz presumir “a culpa grave” do administrador ou gerente que incumpriu algum dos deveres das *als. a) e b)*, do n.º 3. Escrevem LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, que quanto à referida presunção de culpa grave, “joga a favor desta interpretação o seu confronto com o n.º 2: a insolvência se considera sempre culposa”, uma vez verificados certos factos.

O que quer dizer que, uma vez constatada a omissão do dever, a Lei apenas faz presumir a culpa grave, do respetivo administrador ou gerente. Pelo que esta presunção é insuficiente para qualificar a insolvência como culposa, por faltar um dos requisitos previstos no n.º 1 do art.186.º do CIRE: o nexó de causalidade entre aquela omissão culposa e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Requisito este, o do nexó de causalidade, que não podendo presumir-se, terá que ser demonstrado.

CATARINA SERRA é perentória: “*as presunções (do n.º 3) não são simplesmente de culpa qualificada - no (f)ato praticado - são de culpa qualificada na insolvência*” (87).

---

(87) CATARINA SERRA, *Decoctor ergo fraudator - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*”, Cit., nota de rodapé (45) “ Parece ter sido esta também a interpretação do Tribunal Constitucional (cfr. o Ac. n.º 564/2007, de 13/11/2007 (disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>) e do Tribunal da Relação do Porto ( cfr. os Acs. do TRP de 22/5/2007 e de 24/9/2007 ( disponíveis em: <http://www.dgsi.pt>)”.

Estas presunções existem para impedir que, devido à dificuldade de provar o nexo de causalidade, fiquem, na prática, impunes os sujeitos que violaram a obrigações legais. Oneram-se, assim, estes sujeitos com a prova de que não foi a sua conduta ilícita (e presumivelmente culposa) que deu causa à insolvência ou ao respetivo agravamento, mas sim outra razão, externa ou independente da sua vontade - por exemplo, a conjuntura económica ou as condições de mercado”(88).

Numa perspetiva dogmática, não custa aceitar que o âmbito da presunção contida no n.º 3 seja equiparado ao da presunção referida no n.º 2, no sentido de abarcar também a causalidade da conduta omissiva para o agravamento da situação de insolvência.

O que se apresenta como inequívoco é que o conteúdo das duas normas (n.ºs 2 e 3), no tocante à extensão e aos efeitos das respetivas presunções, é claramente diferente.

Enquanto no n.º 2, do art. 186.º, se utiliza a expressão “considera-se sempre culposa a insolvência do devedor”, a Lei quer significar que o facto presumido é a “insolvência culposa”, assim abrangendo, por referência aos requisitos enunciados no n.º 1, quer a culpa qualificada, quer a sua contribuição para a insolvência;

Inversamente, a presunção do n.º 3 dirige-se exclusivamente “à culpa grave” do administrador (lê-se na Lei: “ presume-se a existência de culpa grave”), projectada, obviamente, na situação de insolvência.

Mas, como se refere no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02/07/2009, Relator: ANABELA LUNA DE CARVALHO, “o devedor pode ter actuado dolosamente mas em nada ter contribuído para a “criação” ou “agravamento” da insolvência. Não se compreendendo, naquela presunção, a causalidade da criação ou agravamento da situação de insolvência. É, pois, este requisito que tem que ser demonstrado”.

O Relator GUERRA BANHA, na Relação do Porto (Acórdão de 20/10/2009), vem dizer o seguinte: “Não parecendo legítimo que, à luz da interpretação extensiva do n.º 3, se queira inverter o ónus da prova, fazendo recair sobre o administrador o ónus de demonstrar que a insolvência foi causada por outros fatores que não lhe são imputáveis a título de dolo ou culpa grave mas também que a sua conduta omissiva não contribuiu para a situação de insolvência.”

---

(88) CATARINA SERRA, Decoctor ergo fraudator - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)”, Cit., p. 69.

Quanto aos argumentos da corrente minoritária, os mesmos radicam essencialmente no seguinte:

No Acórdão do TRP de 05/02/2009, o Relator LUÍS ESPÍRITO SANTO defende que a solução contrária (a corrente maioritária) *“poderá retirar força, lógica e utilidade ao incidente em apreço, tornando-o mesmo praticamente dispensável, pela diminuta relevância da presunção legal estabelecida”*.

Partilhando das palavras de CATARINA SERRA, o n.º 3 do art. 186.º do CIRE, *“sob pena de perder grande parte da sua utilidade, ele consagra não meras presunções (relativas) de culpa (tal como defende a maioria da Jurisprudência) - mas autênticas presunções (relativas) de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência)”*.

CATARINA SERRA quer com isto dizer que as situações previstas no n.º 3 do art. 186.º do CIRE não dispensam a verificação dos requisitos do n.º 1, do art.186.º. É preciso haver umnexo de causalidade, e prová-lo. No entanto, é muito difícil provar o nexode causalidade entre os factos (do n.º 3) e a insolvência. Por isso, a presunção do n.º 3 só ajuda a presumir que houve culpa grave, mas não o nexode causalidade.

Relativamente à questão da utilidade, ensina CATARINA SERRA que, *“para que o n.º 3 do art. 186.º do CIRE tenha algum efeito útil, é preciso entendê-lo”*. Falámos da sua al. a), isto é, como é que o incumprimento do dever de apresentação à insolvência pode ser responsável pela criação da insolvência se, para este dever estar incumprido, a insolvência já tem de existir, a priori? Ora, quando este dever de apresentação à insolvência nasce, já tem que haver insolvência. Logo, o incumprimento do dever nunca pode dar origem à insolvência. Quando muito, admite-se que, o incumprimento do referido dever pode contribuir para o agravamento da situação de insolvência.

Daí que CATARINA SERRA defenda que, *“o n.º 3 deveria antes dizer presume-se a culpa grave na insolvência”*. O mesmo é dizer, culpa grave na causação ou agravamento da situação de insolvência. E perante esta culpa grave na insolvência, não é preciso provar o nexode causalidade.

Digamos que em relação ao n.º 3, *“o texto da Lei é infeliz”*, tal como também partilha o Relator MÁRIO CRUZ no Acórdão da Relação do Porto de 22/05/2007. Ou dito de outra forma, e melhor, a ideia do legislador foi incompletamente expressa.

Como intérpretes que somos, podemos e devemos corrigir a Lei e não devemos interpretar as normas excessivamente ao pé da letra, ou seja, não devemos ser tão formalistas.

Nas palavras do Relator MÁRIO CRUZ, no Acórdão do TRP de 22/05/2007 “(...) a tarefa do intérprete é a de, nos termos do art. 9.º do C. Civil, saber reconstituir, a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico e demais outras circunstâncias aí referenciadas (de que cumpre destacar aquela em que o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados).”

CATARINA SERRA sustenta que, não obstante considerar que “à primeira vista, a interpretação é razoável” e que tanto o n.º 2 como o n.º 3 “estão formalmente subordinados ao n.º 1”, “quanto aos (factos previstos no n.º3, às suas alíneas a) e b), (...), eles pouco se distinguem dos dois últimos do n.º 2 (als. h) e i)) sob o ponto de vista da sua aptidão para serem causas da criação ou do agravamento da insolvência”.(89)

legais, pelo que, estas alíneas não deviam incluir-se numa presunção absoluta, porquanto, nas situações a que se referem poderá não haver culpa e, por isso, deveria ser possível ilidi-las.

A sua posição vai no sentido de que as alíneas h) e i) não deviam estar no n.º 2 como presunção de insolvência culposa, uma vez que não há nexo de causalidade entre a insolvência e os atos (nomeadamente, a falta de colaboração com o Administrador de Insolvência ou não ter a contabilidade organizada).

CATARINA SERRA defende “a possibilidade de uma interpretação corretiva da norma, em nome da proporcionalidade e da adequação - tendo que se invocar princípios constitucionais”.

E mais, as *als. h) e i)* deveriam estar inseridas no n.º 3 e serem presunções relativas.

---

(89) CATARINA SERRA, in *Decoctor ergo fraudator - A insolvência culposa* (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc.4886/07 in *Caderno de Direito Privado*, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, p.69.

CATARINA SERRA é perentória: não obstante considerar que “à primeira vista, a interpretação é razoável (...)”<sup>(90)</sup> e que tanto o n.º 2 como o n.º 3 do art.186.º “estão formalmente subordinados ao n.º 1”, “comparando o conteúdo das als. h) e i) com as als. a) e b) do n.º 3”, conclui que “elas pouco se distinguem...sob o ponto de vista da sua aptidão para serem causas da criação ou do agravamento da insolvência”;

Relativamente ao segundo argumento, o legislador português não devia ter feito a divisão da disciplina das als. a) e b) do n.º 3 das als. h) e i) do n.º 2, ambos do art.186.º do CIRE.

Ora, se nosso Código de Insolvência se inspirou na *Ley Concursal* espanhola, então deveriam as als. h) e i) estar junto às als. a) e b) do n.º 3. Pois as situações tipificadas nestas als. h) e i) mais parecem ficções legais, dado que a factualidade descrita não é de molde a fazer presumir com segurança o nexos de causalidade entre o facto e a insolvência que é, a par da culpa, o requisito fundamental da insolvência culposa, segundo a cláusula geral do n.º 1. Nestas als. h) e i) poderá não haver culpa. E por isso, deveriam ser passíveis de ser ilididas. Devemos fazer uma interpretação corretiva da Lei.

Finalmente há ainda um terceiro argumento. Este regime inovador do Incidente da Qualificação da Insolvência, no CIRE, visa facilitar a culpabilidade dos administradores da insolvente.

As als. a) e b) do n.º 3 existem para impedir que, devido à dificuldade de provar o nexos de causalidade, fiquem na prática impunes os sujeitos que violaram obrigações legais. “*E onerando-se assim, (como refere SOUSA LAMEIRA, Relator no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17/11/2008), estes sujeitos (que são os administradores da insolvente) que estão em melhores condições para provar o que realmente se passou na empresa (e não o administrador de insolvência ou o Ministério Público) com a prova de que não foi a sua conduta ilícita (e presumivelmente culposa que deu causa à insolvência ou ao respetivo agravamento) mas sim uma outra razão, externa ou independente à sua vontade.*”

---

(90) CATARINA SERRA, *Decoctor ergo fraudator - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)* - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008”, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, p. 60.

Como se diz no Acórdão do Tribunal Constitucional 564/2007, de 13 de Novembro, cujo Relator é o Conselheiro JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “*Deveres (estes os das alíneas a) e b), do n.º 3) que, sendo, embora, de carácter formal, permitiram, presuntivamente, a ser cumpridos, a detecção mais precoce da situação real da empresa, de insolvência ou de risco na insolvência, assim se evitando o agravamento dessa situação. O seu incumprimento é, assim, razoavelmente indicador de, no mínimo, um grave desleixo na actuação gestionária, levando a admitir (mas com carácter de presunção júris tantum, rebatível por prova em contrário) estar preenchido o requisito de culpa grave, forma de culpa qualificada, exigível, em alternativa ao dolo, tanto pela Lei de autorização (n.º 6 do artigo 2.º), como pelo CIRE (art. 186.º, n.º 1).*”

Não querendo ter a pretensão de afirmar posição diferente ou quiçá ousada, em nosso modesto entendimento, e salvo melhor opinião, é a corrente que defende que o que resulta do n.º 3 do art. 186.º do CIRE 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 reação à sua situação de insolvência, exigindo-se a demonstração nos termos do art. 186.º n.º1 do CIRE que a insolvência foi causada ou agravada em consequência dessa mesma conduta, que se funda argumentos mais fortes e mais pragmáticos?

Eis os nossos argumentos.

A nosso ver o argumento mais consistente desta corrente é o argumento literal.

Pelo que se lê no art. 9.º, n.º 3 do C. Civil “*na fixação do sentido e alcance da Lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*”.

Assim temos que interpretar a Lei como ela está escrita. É a letra da Lei que conta, é a letra da Lei que vale.

Ainda um segundo argumento. De facto, quer o nexos de causalidade, quer a prova podem ser difíceis de provar. CATARINA SERRA entende que as situações do n.º 3 não dispensam a verificação dos requisitos do n.º 1. É preciso haver nexos de causalidade e prová-lo. É muito difícil provar o nexos de causalidade entre estes factos, (os das *als. a) e b)* do n.º 3) do art. 186.º do CIRE e a situação de insolvência.

Por isso, a presunção de culpa grave, só se refere à culpa grave, e não ao nexos de causalidade. CATARINA SERRA entende que “*aqui também deve haver uma interpretação flexível e correctiva da Lei*”, sob pena de as alíneas do n.º 3, art. 186.º do CIRE serem sempre inúteis, por não ser possível provar o nexos de causalidade.

Assim, CATARINA SERRA, defende que deve interpretar-se o n.º 3 art. 186.º do CIRE, como uma presunção de insolvência culposa e não uma presunção apenas de culpa grave (o que seria uma interpretação literal).

No entanto, parece injusto que perante uma imputação de comportamentos que podem ter consequências tão gravosas, como as previstas no art.189.º do CIRE, seria demasiado oneroso para o administrador que fosse ele quem tivesse de provar tudo (culpa e nexos de causalidade).

Parece que foi intenção do legislador, e boa, que nos casos referidos no n.º 3, do art.186.º, do CIRE “*se facilitasse a vida*” a quem (administrador de insolvência e Ministério Público, nos seus pareceres) imputa aqueles comportamentos ao administrador, escusando-o de provar o nexos de causalidade.

Ao administrador insolvente apenas pertence a “*missão*” de provar que não teve culpa grave no seu comportamento omissivo.

A culpa grave é de facto a mais difícil de provar, mais do que o nexos de causalidade.

Esta repartição do ónus da prova parece razoável e ajustada, pois há um equilíbrio entre as forças processuais. Isto é, entender o nexos de causalidade e a culpa como presumidas (tal como defende a corrente minoritária), revela-se muito oneroso e processualmente injusto.

Mais, imputar o ónus de provar a culpa ao administrador da insolvente (visto ser este que está em melhor posição, sendo-lhe mais fácil provar a inexistência de culpa, do que o administrador da insolvência ou o Ministério Público) já facilita, em devida medida, quem “promove” a qualificação da insolvência (referimo-nos ao administrador da insolvência ou o Ministério Público, nos seus pareceres).

Mas parece mais equilibrado processualmente que o ónus de provar o nexos de causalidade pertença ao Administrador da Insolvência ou ao Ministério Público, enquanto o ónus de provar a inexistência de culpa grave incumbe ao administrador.

Por fim, um último argumento, que se refere à questão da *al. a)* do n.º3, art.186.º, do CIRE “*da perda de utilidade*” dos defensores da corrente minoritária é, e salvo melhor opinião, uma falsa questão, um falso problema. Senão vejamos. Admitindo, como o faz CATARINA SERRA, que o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência não pode provocar a insolvência, não pode levar à criação da situação de insolvência.

Então, devemos considerar que não se verificam os pressupostos do n.º 1, art.186.º, do CIRE, principalmente, que não se verifica o nexo de causalidade, pelo que, se concluirá, nestes casos, que a insolvência não é culposa.

Este raciocínio não nos choca, sendo mesmo uma consequência lógica.

Reconhecer, porém, que, para a possibilidade da criação da situação de insolvência, o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência não tem “utilidade”, portanto, não tem aplicação nenhuma, não nos parece assim tão aceitável, pois podemos dizer que se pode aplicar, não se aplicando, ou seja, não se qualificando a insolvência como culposa.

Mais, no que toca à possibilidade de contribuir para o agravamento da situação de insolvência, a omissão deste dever já tem aplicação prática. A *al. a)*, do n.º 3 do art.186.º, do CIRE releva para as situações de agravamento da situação de insolvência.

A construção jurídica que CATARINA SERRA faz, parece, em nosso modesto entendimento, demasiado “complicada”, tendo em conta que é sobre o administrador da insolvente que recaem as consequências mais gravosas, consequências a nível pessoal, ou seja, os efeitos da declaração da insolvência como culposa (previstos no n.º2 do art.189.º do CIRE). Não se vê, portanto, uma justificação, forte o suficiente, que legitime esta interpretação, que foge tanto à letra da Lei.

Neste sentido se prenuncia também o RELATOR JOSÉ FERRAZ, no Acórdão da Relação do Porto de 13/09/2007, e no qual se lê que “*a qualificação da insolvência como culposa nas alíneas a) e b), do n.º3 seria uma “sanção” demasiado onerosa e desproporcionada para uma omissão irrelevante para a falência*”.

## CAPÍTULO VI

### INSOLVÊNCIA FORTUITA

Enquanto tecemos uma abordagem profunda sobre a insolvência como culposa, estávamos, de certo modo, a discorrer sobre o seu eventual carácter fortuito.

*“ Resta apenas lembrar que na insolvência fortuita cabem não só as insolvências às quais não foi possível atribuir o carácter culposo, por não verificado algum dos pressupostos constantes do n.º 1 do artigo 186.º do CIRE. Mas também aquelas insolvências que, na verificação de todos aqueles pressupostos (do n.º1 do art. 186.º do CIRE) não se logrou vislumbrar, na factualidade dada por provada a final, um nexo de imputação do resultado à conduta a título de culpa grave, ainda que a culpa tenha existido na sua forma de leve ou levíssima”. (91)*

De facto, o incidente de qualificação da insolvência destina-se averiguar quais as razões que conduziram a situação de insolvência e se inevitavelmente as mesmas foram puramente furtivas u corresponderam a uma actuação negligente, ou pelo contrário com efeitos fraudulentos do devedor. Esta avaliação pode ter naturalmente consequências penais (cfr. art. 227.º e ss. do Código Penal), mas estas não podem ser objecto de análise deste incidente, o qual tem a máxima relevância para efeitos civis, dado que a insolvência culposa pode envolver responsabilidade para o devedor, o que não sucede com a insolvência fortuita.

---

(91) Rui Estrela De Oliveira- “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, p. 249.

## CAPÍTULO VII

### EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

#### 7.1 – As sanções previstas no n.º2 do art. 189.º do CIRE

A declaração de insolvência tem efeitos de vária ordem, aos quais é dedicado o título IV do CIRE. A sistematização desse título reparte-se por cinco capítulos, sendo o primeiro relativo aos efeitos sobre o devedor e outras pessoas (arts. 81.º e ss.), o segundo relativo aos efeitos processuais (arts. 85.º e ss.), o terceiro relativo aos efeitos sobre os créditos (arts. 90.º e ss.), o quarto relativo aos efeitos sobre negócios em curso (arts. 102.º e ss.) e o quinto relativo à resolução em benefício da massa insolvente (arts. 120.º e ss.).

Escreve Menezes Leitão (92) “na verdade e, na sequência do já defendido pelo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO E MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO parece-me que se deverá distinguir entre efeitos em relação ao insolvente e efeitos em relação aos actos praticados pelo insolvente. E nestes últimos haverá que distinguir entre actos anteriores à declaração de insolvência, actos em curso e actos futuros. Parece-nos que é esta a sistematização que deveria ter sido adoptada pelo Código e ao não o ser suscitam-se confusões desnecessárias”. (93)

No artigo 189.º, n.º 2 do CIRE, o legislador determinou que o juiz, na sentença que qualificar a insolvência como culposa, a) identificará as pessoas afetadas pela qualificação, b) decretará a inabilitação das pessoas afetadas por um período de dois a dez anos, c) decretará essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de dois a dez anos, bem como 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 e d) determinará a perda de quaisquer créditos já recebidos em pagamento desses créditos.

“Da leitura do preceito concluímos que, na sentença de qualificação da insolvência como culposa, o juiz deve decretar um conjunto de medidas que terão efeitos na esfera do devedor.

---

(92) Luis Menezes Leitão, CIRE anotado, Cit., p.123.

(93) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido”, Cit. pp. 641- 688 E MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “Os efeitos substantivos da falência”, Cit. pp. 183 e ss.

Estas medidas, que constituem os chamados efeitos eventuais<sup>(94)</sup> da declaração de insolvência, são a inabilitação das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência, a declaração da inibição para o exercício do comércio e a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência. “Por efeitos eventuais entende-se aqueles cuja produção depende, para além da declaração judicial da insolvência do devedor, da verificação, em concreto, de outras situações.”<sup>(95)</sup> A par dos efeitos eventuais referidos no art. 189.º, al. b) c) e d) há ainda o direito a alimentos a custa dos rendimentos da massa insolvente ( art. 83º do CIRE) que depende da carência de meios de subsistência do sujeito.”

Outros preceitos do CIRE relevam especial interesse no facto de serem culposas as causas de insolvência nos termos dos arts. 228.º, n.º 1, *al. c)* e 246, n.º 1, no que respeita a administração da massa insolvente pelo devedor e em sede de exoneração do passivo restante, respectivamente.

Também estes efeitos interferem com a situação jurídica do insolvente tendo, portanto, natureza substantiva.

Mas deixemos para mais adiante uma análise mais pormenorizada destes dois últimos efeitos no capítulo IX, Consequências da Insolvência Culposa na Administração da Massa Insolvente e na exoneração do passivo restante.

Na prática, as consequências para o administrador/devedor insolvente são consideravelmente gravosas uma vez que, “*caso estejam verificados os requisitos da presunção de culpa, este vê a insolvência da empresa poder ser decretada e, qualificada a sua conduta como culposa, sendo sancionado com a decretação das medidas previstas nas alíneas do n.º 2 do art.º 189.º, cuja epígrafe é sentença de qualificação*”. <sup>(96)</sup> A *ratio legis* destas disposições não consta do mencionado no art. 189.º do CIRE. Antes reside no facto de decorrerem, *ipso iure*, de factos que relevam na qualificação da insolvência como culposa enquanto que, se se situassem nas alíneas do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, dependiam de decisão judicial específica relativa a essa qualificação.

A *Ley Concursal* espanhola, nomeadamente no seu *Artículo 172. 2,3.º (sentencia de calificación)* foi a fonte inspiradora do preceito normativo em estudo (art. 189.º do CIRE). E, também aqui, RUI PINTO DUARTE critica a *ratio legis* da norma, na medida em que esta “*não tem vestígios de proporção entre a conduta ilícita e a sanção*”.

---

<sup>(94)</sup>- A matéria dos efeitos da qualificação da insolvência sofreu algumas alterações em relação ao estipulado no CPEREF, mas não de carácter significativo. Os efeitos podem ser necessários aqueles cuja produção é automática e apenas dependem da prolação da sentença que declara a insolvência do devedor, ou eventuais. Os novos efeitos estipulados no art. 189.º do CIRE são a inabilitação e a perda dos créditos sobre a insolvência.

<sup>(95)</sup>- Catarina Serra, “ O Novo Regime Português da Insolvência- Uma introdução, Cit.pp

<sup>(96)</sup> A. RAPOSO SUBTIL E LUÍS M. MARTINS, in *Vida Judiciária*, Maio 2004, pp. 14 e 15.

RUI PINTO DUARTE é apologista de que, “*no caso de a falência ser declarada culposa, todas as pessoas afectadas pela qualificação perderão todos os créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente qualquer que seja o grau de sua culpa, o valor desses créditos, a sua origem e/ou época em que se constituíram. Caso tenham recebido bens ou direitos em pagamento de créditos, serão condenados à sua restituição, com igual desconsideração dos factores em causa*”. Salvo melhor opinião, temos tendência a concordar com o Autor. (97)

Opinião contrária defende LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA (98) considerando que, em ambos os sentidos deve o juiz condenar na sua sentença, pois “*como sanção dos comportamentos que justificaram que essas pessoas sejam afectadas pela qualificação da insolvência como culposa, o legislador entendeu que elas não devem beneficiar dos créditos de que sejam titulares. Para tanto, começa por determinar a sua perda. Por outro lado, devem estes ser restituídos.*”

Estes efeitos da declaração da insolvência na sua maioria são decalcados do CPEREF (corresponde parcialmente ao art. 147.º deste diploma). Procedeu-se à introdução de alterações no CIRE mas, em maior parte dos casos houve apuramento das normas homólogas anteriores.

Como efeitos novos temos, a inabilitação, a perda dos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a condenação na obrigação de restituir os bens ou direitos recebidos em pagamento desses créditos. Uma novidade introduzida pelo CIRE foi a possibilidade da administração da massa insolvente ser feita pelo devedor, o que configura uma excepção à privação dos poderes da administração e disposição dos bens integrantes da massa insolvente, que competiam ao administrador da insolvência, conforme determina o n.º1, do art. 81.º do CIRE.

Uma parte significativa dos efeitos está fora da parte geral e integrada no quadro especial dos incidentes de qualificação da insolvência como culposa, como sejam, a isenção automática dos sujeitos sem culpa e permite-se uma mais rigorosa aplicação dos efeitos sobre os culpados da criação e agravamento da situação de insolvência.

---

(97) - RUI PINTO DUARTE, “Efeitos da Declaração quanto a Pessoa do Devedor, Cit. p. 147.

(98) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Cit., p. 626.

Serão sobre estes efeitos, também comumente designados efeitos eventuais que nos iremos debruçar mais afincadamente.

O primeiro desses efeitos sobre o devedor é o direito a alimentos à custa dos rendimentos da massa insolvente (art. 84.º do CIRE). Como características particulares deste efeito destacam-se: o facto de ser o único favorável ao insolvente; do qual excluem-se os administradores do devedor, do âmbito dos beneficiários deste direito (99) (que conservam, em princípio, os poderes sobre os seus próprios bens). E ainda, este efeito funciona como contrapartida às limitações que o insolvente fica sujeito após a declaração de insolvência (a limitação dos poderes de administração e de disposição dos seus bens e apreensão dos seus bens penhoráveis).

O segundo dos efeitos trata-se da inabilitação (art. 189.º n.2º, al.b)). Trata-se de um efeito novo inserido no inovador incidente da qualificação da insolvência. Está subjacente a vontade legal de punir os culpados de forma exclusiva (isenção automática dos inocentes), absoluta (acção de agravamento dos efeitos sobre os culpados e concepção sobre este novo efeito) e mais severa (com o objectivo de moralizar o sistema pois no CPEREF já existia o regime de responsabilização dos dirigentes plasmadas nos arts. 126.º-A e 126.º-B) deste diploma.

Esta sanção prevista na *al.b)* do n.º2, do art. 189.º do CIRE “a inabilitação” é de difícil compreensão, quando dirigida aos administradores, de facto ou de direito, de uma sociedade, bem como quando aplicada a pessoas singulares.

Todavia, o legislador foi claro: o responsável será inabilitado.

---

( 99) “Sustentam Raposo Subtil / matos Esteves/ Maria Jose Esteves/ Luis M. Martins. Código da Insolvencia, sub art 84.º, pp. 174-175 que se passou apenas contemplar o devedor pessoa singular, não se abrangendo os administradores de pessoas colectivas. Para estes autores, a lei não reconhece ao devedor o direito a alimentos à custa dos rendimentos da massa insolvente, uma vez que a atribuição depende da decisão discricionária do administrador da insolvência, obtido o acordo da assembleia ou da comissão de credores, se existir. A posição destas entidades seria, assim, definitiva, pelo que, se houver recusa da prestação de alimentos, esta não pde ser judicialmente impugnada( cfr. Art. 679.º CPC). Restaria nesse caso ao devedor reclamar a prestação de alimentos das pessoas referidas no art. 2009.º CC. A solução parece-nos porém de constitucionalidade muito duvidosa, dado que a tutela da subsistência económica do devedor tem que prevalecer sobre o interesse dos credores.”In nota 2 ao art. 84.º do CIRE Anotado, de Luis. Menezes Leitão.

A inabilitação das pessoas afectadas pela declaração de insolvência culposa — efeito completamente *novo* no direito da insolvência português (100)— tem causado estranheza e dúvidas. Estranheza porque as incapacidades de exercício visam defender os incapazes. COUTINHO DE ABREU (101) vem, no seu ensino, criticando a solução, afirmando que os “*insolventes ou os seus administradores, ainda que quando causem ou agravem culposamente a situação de insolvência, não sofrerão em geral daquela falta de características e faculdades*(de certas qualidades natural-pessoais.), *que determina a incapacidade*”. Como por outro lado, segundo o mesmo Autor, “*é estranho que a inabilitação, em geral vocacionada para proteger o incapaz, surja no CIRE primordialmente como sanção para os sujeitos afectados pela qualificação da insolvência como culposa.*” (102)

Opinião que perfilhamos.

A inabilitação tem um significado definido e bem delimitado no nosso direito. A inabilitação é uma fonte de incapacidade do exercício de direitos, instituída e regulada no Código Civil nos artigos 152.º a 156.º.

De acordo com o disposto no artigo 153.º daquele diploma, os inabilitados são assistidos por um curador, a cuja autorização estão sujeitos os atos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença.

Posto isto, a administração do património do inabilitado pode ser entregue pelo Tribunal, no todo ou em parte, ao curador, regulando o artigo 154.º do Código Civil, os termos dessa administração.

Podemos pois, dizer que, no regime geral, à luz deste normativo da lei substantiva, a inabilitação abrange necessariamente os bens próprios do inabilitado (bens próprios deste e os atos de disposição desses bens entre vivos que estão sempre sujeitos à autorização do curador).

---

(100) A *Ley Concursal* espanhola — diploma em que o legislador português se inspirou — consagra a inabilitação das pessoas afectadas com alcance mais restrito, pois o art. 172 (2), 2.º determina a inabilitação das pessoas afectadas para administrar bens alheios durante um período de dois a quinze anos, assim como para representar ou administrar qualquer pessoa. V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *ob. cit.*, p. 125.

(101) Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, volume I – Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos, *Cit.*, p. 125.

(102) IDEM

A *al. b)* do n.º 2, do art. 189.º do CIRE regula, assim, um dos efeitos mais relevantes, porquanto se projeta na esfera patrimonial do insolvente ou das pessoas a quem afeta o seu conteúdo. Para cada um dos inabilitados é nomeado pelo juiz, um curador e são fixados os respetivos poderes, *ex vi* do art. 190.º do CIRE, cuja epígrafe “suprimento da inabilidade” e, cujo n.º 1 estabelece que “*o juiz, ouvidos os interessados, nomeia um curador para cada um dos inabilitados, fixando os poderes que lhe competem.*”

Esta previsão de nomeação de um curador ao inabilitado apresenta duas vertentes: a necessidade da sua autorização para a prática de determinados actos (art. 153.º do n.º1 do Código Civil) é o que designamos de suprimento por assistência. E ainda, a entrega ao curador da totalidade da administração do património do inabilitado (art. 154.º n.º 1 do Código Civil), a que chamamos suprimento por representação.

Quando o insolvente e o inabilitado são a mesma pessoa, há a conveniência em o curador e o administrador serem a mesma pessoa já que o administrador já estaria nomeado a data da nomeação do curador. No caso contrário, a acção do curador terá pois, um papel residual.<sup>(103)</sup> Mas, este assunto será tratado com detalhe mais adiante no ponto 7.2 A Inabilitação do devedor em particular.

Os poderes do curador, definidos na sentença, cingem-se a atos sobre os bens não integrantes na massa insolvente e o subsídio de alimentos. Só estes atos são anuláveis se praticados sem autorização.

Destarte, da conjugação das referidas normas do Código Civil com as citadas do CIRE parece poder concluir-se que o legislador remeteu a regulamentação essencial da inabilitação do responsável culpado pela insolvência para o Código Civil (artigos 152.º a 156.º).

Contra esta interpretação poder-se-ia argumentar que a remissão não é total, pois o juiz, ao fixar os poderes do curador, está necessariamente a definir o conteúdo da inabilitação. E se assim é, o juiz poderá não sujeitar à autorização do curador a transmissão de bens entre vivos, que no regime geral está sujeita, necessariamente, a autorização.

---

(103)- Cfr Catarina Serra, “O Novo Regime da Insolvência – Uma Introdução”, Cit., p. 40.

RUI ESTRELA DE OLIVEIRA “*não crê que assim seja. Se assim fosse, a decisão prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, ficaria esvaziada de sentido quando o juiz não fixasse nenhum poder ao curador, por considerar, por exemplo, que no caso concreto não se justificava que o inabilitado fosse assistido para a celebração de atos de disposição ou de administração. Assim, ficaríamos apenas com uma declaração formal, sem qualquer conteúdo, na sentença de qualificação*”.(104)

Por isso, consideramos que a amplitude dos poderes do curador pode ser fixada pelo juiz na sentença de qualificação, quanto aos atos de mera administração e quanto aos atos de disposição, com exceção dos atos de disposição entre vivos. Estes terão sempre de se considerar como incluídos na inabilitação decretada na sentença do incidente de qualificação que decida pelo caráter culposo da insolvência, sob pena do dever imposto ao juiz não passar de uma declaração formal, de intenção não concretizada.

Pois bem. Se assim é, como cremos que seja, consideramos que o legislador português mal andou, quando o comparamos com o legislador espanhol da *Ley Concursal de 2003*.

O regime do incidente de qualificação, praticamente decalcado desta Lei espanhola, não permite que se compreenda, precisamente por isso, a coexistência da sanção de inabilitação com a sanção de inibição, constantes das *al. b) e c)* do n.º 2 do art.189.º do CIRE.

É que, no Anteprojeto de 2001 da *Ley Concursal* espanhola, no *Artículo 171. 2. 2.º*, escrevia-se que “*la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes propios o ajenos durante un período de cinco a veinte años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período.*”

Ora, o alcance na *inhabilitación* foi considerado excessivo, pois incluía não só não exercer o comércio, não administrar bens alheios ou representar qualquer pessoa durante a vigência da *inhabilitación*, mas também não administrar os seus próprios bens durante o mesmo período. Do Anteprojeto para a *Ley Concursal* esse caráter excessivo foi corrigido e não incluiu a impossibilidade do afetado pela qualificação de administrar bens próprios- cfr. *Artículo 172. (Sentencia de calificación) 2., 1.º e 2.º da Ley Concursal*.

---

(104) RUI ESTRELA DE OLIVEIRA - Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, in JULGAR (Mai./Abr. 2010) n.º11- 2010, p. 246.

O que bem se compreende. A impossibilidade de o administrador afetado pela insolvência não poder administrar bens próprios é estranha e indiferente quer à finalidade do processo de insolvência quer, sobretudo, aos interesses tutelados pelo instituto da qualificação, quando está em causa o comportamento adotado por um administrador no âmbito dos seus legais poderes de gestão. Tais interesses não justificam uma sanção, de aplicação necessária e automática, com o conteúdo da inabilitação civil - limitando os atos de disposição entre vivos, de bens próprios, afetando o administrador substancialmente - cfr. art. 26.º, n.º1, da Constituição da República Portuguesa.

Pois o eventual comportamento ilícito do administrador incidiu sobre o património de um terceiro, a sociedade, agora insolvente. Estamos, neste ponto, perante uma sanção desenquadrada atendendo aos interesses tutelados pelo instituto.

A interpretação do mesmo segmento normativo conduzirá a distintos resultados se considerarmos uma pessoa singular não comerciante e insolvente com a visada pelo incidente.

A insolvência de uma pessoa individual verifica-se quando esta se colocou em situação de não poder cumprir as suas obrigações vencidas. Em determinados casos, a similitude com o pródigo parecerá evidente, quando se trata, como é o caso, de pessoa individual não comerciante.

Pelo que aqui, não se encontrando em causa o interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial, temos dúvidas sobre a pertinência das críticas que tecemos supra quando a situação de facto em causa afete uma pessoa individual não comerciante.

No entanto, sempre se poderá perguntar se se justificará abranger as pessoas individuais não comerciantes pelo instituto da qualificação, uma vez que o instituto da inabilitação propriamente dito existe para tutelar estes interesses. Justificar-se-á proceder a uma alteração do regime da inabilitação? A questão é controvertida.

Foi essa controvérsia que, entretanto, passou para o texto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 2 de abril de 2009 e para o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 409/2011, de 27 de setembro que declararam com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, o primeiro, em relação aos devedores, administradores da empresa (pessoa coletiva) e o segundo, quanto aos devedores, pessoas singulares. Assunto este que será tratado no ponto 7.3- A Inconstitucionalidade da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea b) do CIRE.

Outro efeito sobre o devedor prende-se com a inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de certos cargos (art. 189.º n.º2 al c) do CIRE). Este efeito corresponde ao homólogo

art. 148.º do CPEREF, mas atualmente, na vigência do CIRE sofreu modificações por se enquadrar no regime da qualificação da insolvência. Pois, no CPEREF, sendo o insolvente pessoa singular, este efeito operava automaticamente. Sendo pessoa colectiva, os seus administradores seriam inibidos consoante tivessem ou não contribuído para a situação de insolvência.

O CIRE acaba com esta distinção. A inibição aplica-se a todos, no entanto, apenas aqueles que tiverem causado ou agravado com culpa (dolo ou culpa grave) a situação de insolvência permitindo assim, isenção automática dos sujeitos sem culpa.

A sanção prevista na *al. c)* do art. 189.º, n.º 2 do CIRE, uma sanção natural no âmbito de um processo de insolvência, identificada que foi a causa e o responsável, está de forma impressiva tutelado o interesse público da segurança e da confiança do tráfego económico e comercial.

Mas é sem dúvida a inibição para o exercício do comércio, um dos efeitos mais graves da declaração da insolvência.

A interdição contempla a coarctação do exercício de direitos de determinadas pessoas que demonstram capacidade para governar a sua pessoa e os seus bens.

Relativamente ao âmbito subjectivo da inibição, adotou-se a expressão “administradores”, em sentido amplo, abarcando todos os titulares do órgão de administração-ção inserta no art. 6.º, n.º1 do CIRE.

Na sanção prevista na *al. d)*, o juiz deve “*determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.*” Trata-se de um efeito novo, que se enquadra na nova disciplina da qualificação da insolvência, pelo que, a sua verificação depende da qualificação da insolvência como culposa. Nesta previsão está presente a tutela dos interesses patrimoniais dos credores, tutela que se liga à finalidade primordial do processo de insolvência, a saber, a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido, pelos credores.

De facto, a consequência patrimonial da declaração da insolvência como culposa vem vertida na *al. d)*, na medida em que decorre da perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente de que sejam titulares as pessoas abrangidas pela mesma e, caso tenham sido feitos pagamentos desses créditos, a restituição do que tenham recebido.

Quanto à modalidade do incidente, ser pleno ou limitado nada interfere com os efeitos referidos. Importa, no entanto, advertir que, quando o incidente seja limitado, não é aplicável o disposto na al. d), do n.º 2, do art. 189.º do CIRE.

Tanto a inabilitação como a inibição podem ser aplicadas por um período, em abstrato, de dois a dez anos. A determinação do concreto período sancionatório far-se-á caso a caso, devendo o juiz atender aos vários contornos de caso concreto, designadamente, se os factos foram cometidos com dolo ou com culpa grave, à gravidade dos factos em si, ao nexo de causalidade com a causa da situação da insolvência, à postura do afetado ao longo do processo de insolvência, ao valor dos créditos reclamados e aos prejuízos efetivos para os credores, derivados de créditos não satisfeitos pela massa, aos efeitos na economia a nível local, regional e nacional, etc.

Caberá ao juiz apreciar caso a caso, a conduta dos sujeitos, a forma e o modo como contribuíram para a insolvência, até porque podem ser afetados pela qualificação várias pessoas envolvidas na insolvência.

Tanto a inibição para o exercício do comércio, como a inabilitação e a nomeação do curador são oficiosamente registadas na Conservatória do Registo Civil (por averbamento ao assento de nascimento, nos termos do art. 69.º, n.º 1, *al. j*) Código do Registo Civil, artigo 6.º do CIRE), bem como, quando se trate de comerciante individual, na Conservatória do Registo Comercial, limitando a continuidade da atividade comercial do devedor. (105)

A Proposta de Lei n.º 39/XII vem introduzir relevantes alterações no âmbito dos efeitos da qualificação da insolvência, plasmados no n.º 2 do art. 189.º, a saber: *“No âmbito do processo de insolvência, intensificam-se os mecanismos de responsabilização do devedor bem como dos seus administradores de direito ou de facto, sempre que aquele seja uma pessoa colectiva, sancionando-se com regras rígida de responsabilidade civil todos os devedores que, por culpa sua, criem situações de insolvência ou que não se apresentem atempadamente à insolvência. (...) (art. 189.º).”*

---

(105) – A. RAPOSO SUBTIL E LUÍS M. MARTINS, “O dever de apresentação a insolvência e as consequências do seu incumprimento”, Cit., pp 14 e 15.

Da leitura do novo artigo constatamos que as als. al. a) e b) do n.º2 sofreram alterações, tendo sido acrescentada a al. e). . O n.º3 do mesmo preceito também sofreu alterações, tendo sido criado um novo n.º4. (106)

Em relação à nova al. e), somos a concordar com a responsabilidade patrimonial das pessoas afetadas pela qualificação da insolvência. No entanto, em nosso entendimento o beneficiário dessa responsabilidade deverá ser a massa insolvente e não os credores directamente, pois, na verdade, o lesado direto com a actuação foi a massa insolvente.

Acresce que, a expressão “até a força dos respectivos patrimónios” não é juridicamente rigorosa, nem se compreende com clareza o seu alcance, pelo que poderá levar a criação de situações dúbias.

Quanto ao n.º3 todos os registos dêem ser feitas também na conservatória do registo comercial e não apenas quando se tratar de um comerciante em nome individual. Na verdade, nos atos de registo de nomeação de membros dos órgãos estatutários, a conservatória do registo comercial, não tem acesso à certidão de nascimento, pelo que pode acontecer que desconheça a inibição prevista na al. c) do n.º2.

Ainda, relativamente ao n.º4, o mesmo deverá ser adaptado em conformidade com as novas alterações introduzidas pela nova al. e) do n.º2 do art. 189.º do CIRE.

---

(106) Artigo 189.º [...]

1 - [...]. 2 - Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve:

a) Identificar as pessoas, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, afectadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respectivo grau de culpa; b) Decretar a inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos; c) [...]; d) [...]; e) Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados.

3 - A inibição para o exercício do comércio tal como a inibição para a administração de patrimónios alheios são officiosamente registadas na conservatória do registo civil, e bem assim, quando a pessoa afectada for comerciante em nome individual, na conservatória do registo comercial, com base em comunicação electrónica ou telemática da secretaria, acompanhada de extracto da sentença.

4 - Ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efectuar em liquidação de sentença.

## 7.2 - A Inabilitação do devedor em particular

A inabilitação vem regulada no artigo 152º a 156º do C.C e é uma fonte de incapacidade para o exercício de direitos, cujo interesse determinante, tal como o das outras incapacidades elencadas(107), é o interesse do incapaz.

O artigo 152º do C.C, sob a epígrafe “*Pessoas sujeitas à inabilitação*”, estipula o seguinte: “*Podem ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez - mudez ou cegueira, embora de carácter permanente, não seja de tal modo grave que justifique a sua interdição, assim como aqueles que, pela sua habitual prodigalidade ou pelo uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, se mostrem incapazes de reger convenientemente o seu património*”. No entanto, e citando LUÍS CARVALHO FERNANDES “*a alínea b) do nº 2 do artigo 189º do CIRE adita uma causa de inabilitação às enumeradas no artigo 152º do C.C: a insolvência culposa*”(108). Esta inabilitação consagrada no CIRE “foge” da finalidade de protecção do inabilitado que é própria deste instituto jurídico, quando a um determinado sujeito lhe faltam atributos/qualidades para a sua autodeterminação e condução da sua vida pessoal e profissional. Vejamos: “*Os insolventes ou os seus administradores, ainda quando causem ou agravem a situação de insolvência, não sofrerão em geral daquela falta ou diminuição (anomalia psíquica, surdez – mudez ou cegueira, habitual prodigalidade, uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, segundo o artigo 152º do C.C)*”(109), pelo que a inabilitação prevista na alínea b) do nº 2 do artigo 189º do CIRE, tal como manifesta o Tribunal Constitucional na sua fundamentação, resulta “*de um estado objectivo de impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas (artigo 3º, nº 1 do CIRE)*”(110), imputável a uma actuação culposa do devedor ou dos seus administradores”.

A inabilitação estipulada no CIRE tem um carácter punitivo para um comportamento ilícito, visando restringir a capacidade civil das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa.

---

(107)O Código Civil prevê, além da inabilitação, outras incapacidades para o exercício de direitos: a menoridade, prevista no artigo 122º e seguintes do CC; a interdição, prevista no artigo 138º e seguintes do CC e a incapacidade accidental, prevista no artigo 257º do CC.

(108)LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A Qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor – Themis*, Pág. 97.

(109)COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, VOL.I, 5ª edição

(110)Artigo 3º, nº 1 do CIRE: “*É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”

A nosso ver, este carácter punitivo da norma é absurdo e inadmissível, e, seguindo o entendimento do TC, defendemos que a privação da capacidade civil deve ter um carácter excepcional e só se justificará para protecção do próprio inabilitado. CANOTILHO E VITAL MOREIRA defendem que as privações à capacidade civil “*só são admitidas quando forem pertinentes do ponto de vista da capacidade da pessoa, não podendo servir de pena ou de efeito de pena*” (111), e, por via disso, esta norma, além das críticas no plano do direito ordinário, foi julgada inconstitucional em diversas ocasiões, por violação do artigo 26º da CRP conjugado com o artigo 18º da CRP, algo que analisaremos no ponto seguinte.

Para finalizar esta reflexão sobre o regime da inabilitação, importa analisar um aspecto relevante: o regime civilístico da inabilitação prevê, no artigo 153º do C.C (112), a nomeação de curador, a cuja autorização ficam sujeitos os actos de disposição do inabilitado ou, segundo o artigo 154º do C.C, a quem pode ser entregue a administração do património do inabilitado. Por seu turno, o CIRE, no artigo 190º, nº 1 e em harmonia com o regime geral do C.C, prevê que o juiz nomeie um curador para o inabilitado, depois da inabilitação ter sido registada na conservatória do registo civil, como impõe o nº 3 do 189º do CIRE. No entanto, relativamente a este ponto, CATARINA SERRA formula as seguintes questões: “*Como se delimitam as esferas de competência do administrador e do curador? E os actos de ordem patrimonial indevidamente praticados pelo insolvente são ineficazes (artigo 81º, nº 6 do CIRE) ou anuláveis, como os de qualquer inabilitado (artigo 148º, por força do 156º do C.C)?*” (113) Entendemos que, e em resposta à primeira das questões, a pessoa que exerce as funções de administrador, deverá ser também nomeado curador na hipótese de haver uma cumulação dos efeitos sobre o insolvente. Em relação á segunda questão, e uma vez que o CIRE é omissivo relativamente a ela, entendemos que apesar do regime do C.C ser o da anulabilidade, os actos do insolvente são ineficazes (artigo 81º, nº 6 do CIRE). (114)

---

(111) GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora.

(112) Artigo 153º do C.C: “*Os inabilitados são assistidos por um curador, a cuja autorização estão sujeitos os actos de disposição de bens entre vivos e todos os que, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença*”

(113) CATARINA SERRA, “*O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*”, Cit.

(114) Artigo 81º, nº 6 do CIRE: “*São ineficazes os actos realizados pelo insolvente em violação do disposto nos números anteriores, respondendo a massa insolvente pela restituição do que lhe tiver sido prestado apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa, salvo se esses casos, cumulativamente:*

- a) *Forem celebrados a título oneroso com terceiros de boa fé anteriormente ao registo da sentença da declaração da insolvência efectuado nos termos dos nº 2 ou 3 do artigo 38º, consoante os casos;*
- b) *Não forem de algum dos tipos referidos no nº 1 do artigo 121º”*

Da qualificação da insolvência como culposa decorrem gravosas consequências para o devedor e seus administradores (cfr. art. 6º do CIRE), a fixar na sentença de qualificação (art. 189.º, n.º 2 do CIRE), nomeadamente a inabilitação das pessoas afetadas, por um período de dois a dez anos (*al.b*).

CATARINA SERRA escreve que a inabilitação “*é um efeito completamente novo. Mas desde sempre houve quem aproximasse o falido e o pródigo, sob o ponto de vista da causa (inaptidão para administração de bens) e, sobretudo, dos efeitos das duas situações. E, de facto (...), às vezes, a Lei aproxima-os.*” (115) (116)

“*Sendo declarada a insolvência culposa, o juiz deve decretar a inabilitação das pessoas afetadas, nos termos da al. b), n.º 2, do art. 189.º do CIRE. O efeito insere-se num regime, também ele novo, o “ incidente da qualificação da insolvência” (cfr arts. 185.º e ss), introduzido no CIRE, por influência do direito espanhol, do regime homólogo da calificación del concurso, consagrado na recente Ley Concursal, de 9 de Julho de 2003 (cfr. Artículo 163.e ss.).*(117)

*O regime dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa é sintomático da vontade legal em punir os culpados de forma exclusiva, absoluta e mais severa: exclusiva quando se retiram os efeitos da parte geral e se consegue a isenção automática dos inocentes; absoluta quando se põe fim à possibilidade de isenção dos culpados, mais, severamente quando se leva a cabo uma ação generalizada de agravamento dos efeitos sobre os culpados e se concebem efeitos novos, mais gravosos, como a inabilitação”. Como refere CATARINA SERRA “o objectivo é, sem dúvida, moralizar mais o sistema.” (118)*

Consideramos excessiva esta consequência de inabilitação. Portanto, propendemos para concordar com a crítica de COUTINHO DE ABREU (119), no que respeita às incapacidades, “*que são afectadas apenas aquelas que se fundam na falta ou diminuição de certas qualidades pessoais e visam defender os incapazes*”.

---

(115) CATARINA SERRA, O Novo Regime da Insolvência, ob. cit., p. 62.

(116) Cfr LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado, p. 392.

(117) Em particular sobre a *calificación del concurso*, cfr, entre outros, BORJA, GARCIA- ALAMÁN DE LA CALLE- “Aspectos civiles” de la calificación del concurso, ISBN, 2004; BATLLE, MERCEDES FARIA, La Calificación del Concurso: Presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales.

(118) CATARINA SERRA, O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução, ob. Cit. p.64.

(119) Cfr Curso de Direito Comercial, Vol. I, 6.ª Ed., Almedina, p. 122 a 126.

Assim, os insolventes ou seus administradores, mesmo que provoquem ou agravem culposamente a situação de insolvência, não sofrerão em geral daquela incapacidade ou diminuição (como preceitua o art. 152.º do Código Civil “*podem ser inabilitados os indivíduos cuja anomalia psíquica, surdez- mudez ou cegueira (...) habitual prodigalidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes*”).

A sanção da inabilitação surge inicialmente no CIRE como “pena” para aqueles sujeitos.

Neste caso em concreto, o juiz nos termos das *als. a) e b)*, do n.º 2, do art. 189.º do CIRE, deve decretar a inabilitação das pessoas, o que tem como consequência repôr a questão no âmbito da incapacidade; aplica-se subsidiariamente a Lei civil; pelo que em caso de prática por qualquer dessas pessoas, sem autorização do respetivo curador de atos abrangidos no âmbito da inabilitação, tais atos serão anuláveis. Esta sanção visa os interesses dos credores ou mesmo em geral o tráfico jurídico e, assume um carácter sancionatório predominantemente preventivo.

Uma breve referência ao facto de a inabilitação, a nomeação do curador e a sua destituição estarem sujeitas a inscrição na Conservatória do Registo Civil, devendo ainda ser inscritas no Registo Comercial, o comerciante em nome individual (n.º 3 do art. 189.º e n.º2 do art. 190.º do CIRE, conjugados com art. 1.º n.º1, al. m) do Código do Registo Civil e art. 9.º do Código do Registo Comercial).

De notar porém que, como referimos supra, a declaração de inabilitação tem obrigatoriamente de ser estabelecida durante um certo período, que pode ir desde 2 a 10 anos. O juiz tem de fixar a sua duração na sentença. Esta limitação à capacidade do devedor, deixa de ser automaticamente aplicada, passando a estar dependente da sentença de qualificação que afere a culpa. Caso esta não exista, não haverá lugar à inabilitação.

Neste âmbito, CATARINA SERRA, chama a atenção para uma dúvida, no que respeita ao regime da inabilitação. “*O CIRE prevê, em harmonia com o regime geral, a nomeação de um curador (cfr. art.190.º, n.º1), a cuja autorização pode ficar subordinada à prática de determinados actos patrimoniais (cfr. art.153.º, n.º 1 do CC), -suprimento por assistência- ou a quem pode mesmo ser entregue a administração do património do inabilitado (cfr. art. 154.º, n.º1 do CC), suprimento por representação*”. (120)

---

(120) CATARINA SERRA, O Novo Regime da Insolvência, ob. cit., p. 66.

Ora, se o inabilitado for o próprio insolvente (121), quando o curador vem a ser nomeado, já o administrador de insolvência terá assumido a representação daquele, para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência (cf. art. 81.º, n.º4 do CIRE), devendo entender-se que, em caso de sobreposição de esferas de competência, prevalecerá a atuação do administrador de insolvência, relegando-se a ação do curador para a residualidade.(122)

Escreve Catarina Serra(123) “*Daí que se tenha sentido logo a necessidade de delimitar as esferas de competência do administrador da insolvência e do curador e de saber qual era, afinal, a sanção para os actos de natureza patrimonial indevidamente praticados pelo insolvente (se a ineficácia, em obediência ao n.º 1 do art. 81.º do CIRE, se a anulabilidade, em conformidade ao art. 148.º, ex vi do art. 156.º do CC)*”(124). *Dada esta intersecção dos dois efeitos, quando o inabilitado é o próprio insolvente só após o encerramento do processo a inabilitação do devedor ganha plena relevância* (125).

Segundo CATARINA SERRA, “*é provável que a inabilitação e os restantes efeitos na declaração da insolvência como culposa tenham sido pensados mais para os casos em que o responsável é uma pessoa diversa do insolvente* (126) *e em que portanto, não há aplicação simultânea dos efeitos da mera declaração de insolvência.*

---

(121) MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO também suscita a problemática de “ o inabilitado ser o próprio devedor insolvente, enquanto o processo não encerrar, o qual ficará simultaneamente impedido de dispor e de administrar os bens integrantes da massa insolvente. Por um lado, e, por outro lado, permanecerá inabilitado, podendo colocar-se, por isso, a questão da compatibilização das competências do curador e do administrador da insolvência. Adverte, todavia, que a questão já não se coloca quando a inabilitação atinge os administradores de direito ou de facto do devedor.” Veja-se, a este propósito CATARINA SERRA -*As novas tendências do direito português da insolvência. Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projeto do Código da Insolvência*, in : “ estudos em Comemoração do 10.º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho”, Universidade do Minho/ Almedina, 2004, p. 221

(122) CATARINA SERRA defende ainda que seria conveniente o Juiz nomear como curador do insolvente, o próprio curador da insolvência- “ O novo regime Português da Insolvência”, p. 40. Em sentido contrário LUÍS CARVALHO FERNANDES, “ A Qualificação da Insolvência e da Administração da Massa Insolvente” nota (33), p. 101, que, perentoriamente, não concorda com a Autora e afirma a conveniência do juiz nomear como curador do devedor o próprio administrador da insolvência e a necessidade de, na sentença, limitar os poderes do curador aos atos relativos aos bens não integrados na massa insolvente. Quanto a este segundo ponto, tal não é necessário, porquanto, como se demonstra no texto, é esse o regime que resulta da Lei. Quanto ao primeiro, justamente por estarem em causa duas massas patrimoniais distintas, só pode haver vantagem em atribuir a sua gestão a pessoas diferentes.”

(123)- Catarina Serra, in [http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/arquivo-documentos\\_2011-12/FC\\_Insolv\\_CatarinaSerra27-01-2012\\_1.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/fich.pdf/arquivo-documentos/arquivo-documentos_2011-12/FC_Insolv_CatarinaSerra27-01-2012_1.pdf).

(124) Cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., pp. 66-67.

(125) Salieta isso mesmo LUÍS CARVALHO FERNANDES (“A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, in: *Themis*, Edição Especial — *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 102).

(126) Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito — a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., p. 380, e *O novo regime português da insolvência — Uma introdução*, cit., p. 66.

*Mas, na hipótese de cumulação de efeitos sobre o insolvente, será de toda a conveniência que seja nomeado como curador a mesma pessoa que já exerce as funções de administrador.(127) Não sendo isso possível, deve entender-se em homenagem as finalidades do processo de insolvência e ao papel aí desempenhado pelo administrador, que a acção do curador, é, naturalmente, residual.”(128)*

*E, na realidade, só aí a inabilitação tem utilidade ou é susceptível de desempenhar a sua função.”*

Importa considerarmos, outra particularidade deste instituto, uma vez cumprido o prazo por que foi decretado, cessa “*ipso iure*”, não fazendo sentido o levantamento judicial da mesma.

No seu regime comum, aplicam-se as normas dos artigos. 153.º e 154.º do CC.

Podem fixar-se como notas fundamentais do instituto:

- a) Respeita ao hemisfério patrimonial;
- b) O seu conteúdo não é fixo, mas determinado pelo Juiz;
- c) Pode abranger actos de administração;
- d) O meio de suprimimento é a curatela;
- e) Se o curador tiver poderes de representação são também órgãos o Conselho de Família e um subcurador a quem cabe poderes equivalentes aos do protutor, na interdição.

Por outro lado, em função do âmbito da incapacidade estabelecida na sentença, tem ainda o juiz de fixar os poderes de atribuir ao curador, ou seja, se este vai agir como assistente ou como representante.

---

(127) “Manifesta a sua discordância neste ponto Luís Carvalho Fernandes [“ A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, in Themis, Edição Especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, p. 101 (nota 3)]. Alega o A. Que, por estarem em causa duas massas patrimoniais distintas, há vantagem em atribuir a sua gestão a pessoas diferentes. Diga-se, em primeiro lugar, que há muito tempo é admissível e vulgar um sujeito administrar simultaneamente dois patrimónios (veja-se, por exemplo, o caso do titular do EIRL); por maioria da razão, não há motivo para receios quando está em causa um profissional da gestão. Depois, não pode esquecer-se que o património que permanece na disponibilidade do devedor é residual se vai constituindo em resultado da actividade do administrador da insolvência- da sua actividade de identificação e separação dos bens inconceptíveis de apreensão para a massa insolvente. Esta conexão genética entre dois patrimónios aconselha a que a pessoa que os administra seja a mesma que decide a afectação dos bens, justificando-se, pois, o entendimento de que o administrador da insolvência é a pessoa mais habilitada para os administrar. A solução tem, além do mais, a vantagem de não sobrecarregar a massa com o encargo adicional que constituirá a remuneração de um terceiro sujeito”, in CATARINA SERRA, O Novo Regime da Insolvência, p. 66, nota rodapé n.º 104.

(128)“ (...)os seus poderes ( do curador) devem ser limitados aos bens que permanecem ainda na disponibilidade do insolvente e só os actos que envolvam estes bens, quando praticados sem a autorização ou a representação do curador, são anuláveis.” CATARINA SERRA, O Novo Regime da Insolvência, ob. cit., p. 66 e 67.

Se optar pela segunda alternativa, a letra do n.º 1 do art. 190.º do CIRE, pelo que respeita ao meio de suprimento da incapacidade, quando se refere apenas à nomeação de um curador, suscita a dúvida de se tornar necessário fiscalizar a sua atuação. Resta acrescentar, a aplicação do n.º 2, do art. 154.º do CC, quanto à importância dos interesses do inabilitado (oportunidade e conveniência de prática de certo ato). É ainda de aplicar o n.º 3, do mesmo preceito, quanto à administração do património do devedor.

O CIRE é omissivo, quanto aos atos praticados pelo inabilitado no âmbito da sua incapacidade. Admite-se aplicar por analogia o regime dos atos praticados pelo devedor, após a declaração de insolvência, que são ineficazes nos termos do n.º 6 do art. 81.º do CIRE. Apesar de a anulabilidade seguir o regime típico das incapacidades de exercício, LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA entendem ser essa a solução mais correta.

Note-se, além do mais, que em matéria dos efeitos não se vislumbra a influência da Lei alemã, salvo no que respeita à limitação da liberdade do devedor que ainda não foi considerado insolvente - § 18 da InsO.

*“A Ley Concursal (LC) é, de facto, uma referência obrigatória na interpretação do regime da qualificação da insolvência, já que ele foi nela que o legislador português confessadamente se inspirou(129). No que respeita ao efeito em causa, a norma do art. 172 da LC, na sua última redacção pela Ley 38/2011, de 10 de outubro, é do seguinte teor: “2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: [...] 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período(130), atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio”.*

*São visíveis as diferenças entre a inhabilitación e a inabilitação. Entre tantas outras, destaca-se, justamente, a diferença ao nível do conteúdo: a lei espanhola limita a incapacidade do devedor à administração de bens alheios e à representação de qualquer pessoa.”(131) (132)*

---

(129) Cfr. ponto 40 do Preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE.

(130) RUI PINTO DUARTE “ sublinho *inabilitação para administrar bens alheios e representar outras pessoas...*.”)RUI PINTO DUARTE, efeitos da declaração de insolvência quanto a pessoa do devedor, ob. Cit., p. 146.

(131) É de salientar que o no *Código de Comercio* espanhol há uma norma que complementa este regime.

Trata-se do art. 13.2, onde se estabelece que as pessoas inabilitadas por sentença transitada em julgado nos termos da LC ficam impedidas, até ao termo do período de inabilitação, de exercer o comércio e de ocupar cargos administrativos ou económicos em sociedades comerciais.

(132) Cfr., sobre as opiniões da doutrina, CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – a natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*, cit., pp. 369 e s.

No grupo da Doutrina portuguesa, sobretudo a civilista, está LUÍS CARVALHO FERNANDES<sup>(133)</sup>, que de imediato expressou as suas dúvidas, perguntando se a tutela dos credores legitimaria a solução. A sua resposta foi negativa: dados os efeitos irrisórios da inabilitação quando ela afecta o devedor — já submetido à privação dos poderes sobre os seus bens por força do art. 81.º do CIRE —, o regime seria, por um lado, “não necessário do ponto de vista do respectivo processo”; considerando a disparidade com a norma da lei espanhola que o inspirou, seria admissível, por outro lado, que o regime pudesse “ser ainda acusado de excessivo, nos seus efeitos globais”.<sup>(134)</sup>

Esta *Ley Concursal*, que inspirou também o que se encontra consagrado no nosso CIRE, quanto ao incidente de qualificação de insolvência, prevê, no seu Artículo 169.2., no que respeita à junção tardia de parecer, embora que para o Ministério Público o juiz conceda um prazo suplementar para apresentação da posição sobre a informação da Administração Concursal, sendo de salientar que caso não haja tomada de posição nesse prazo suplementar, a Lei determina que seguirá o seu curso o processo, entendendo-se que o Ministério Público não se opõe à qualificação proposta [como se diz *Artículo* citado «(...) *El juez, atendidas las circunstancias podrá acordar la prorroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en esse plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación*» ]

---

(133) Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, “A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor”, cit., p. 104.

(134) Invocam também a diversidade entre a lei portuguesa e a lei espanhola para criticar a configuração da medida RUI PINTO DUARTE (“Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, cit., pp. 145-146) e JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU [*Curso de Direito Comercial*, volume I — *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, cit., p. 135 (e nota 100)].

### 7.3- A Inconstitucionalidade da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea b) do CIRE

O Tribunal Constitucional (TC) no recente Acórdão nº 173/2009, de 2 de Abril (Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro) declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do artigo 189.º, n.º 2, alínea b) do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado pelo Decreto-Lei nº 53/2004 de 18 de Março, por violação dos artigos 26º e 18º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP). Na verdade, assim já tinha sido decidido em várias ocasiões e passamos a enumerar alguns exemplos: Acórdão da Relação de Coimbra de 24/03/2009; Acórdão da Relação do Porto de 6/10/2008; Acórdão da Relação do Porto de 5/02/2009; Acórdão do Tribunal Constitucional nº 571/2008; Acórdão do TC nº 570/2008; Acórdão do TC nº 569/2007; Acórdão do TC nº 581/2008; Acórdão do TC nº 582/2008 e em algumas decisões sumárias como a nº 85/2008, a 615/2007, 267/2008, 425/2008, entre muitas outras. Assim, e apesar de nas várias decisões não haver coincidência quanto à identificação das pessoas sujeitas à medida da inabilitação, a norma em causa já foi objecto de decisões de inconstitucionalidade em mais de três casos concretos, pelo que se dá por cumprido o pressuposto do artigo 281º, nº3 da CRP.(135)

Da leitura do Acórdão, ora em apreciação, o Representante do Ministério Público requereu junto do Tribunal Constitucional a apreciação e a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 189º, nº 2, alínea b) do CIRE “que impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente”, alegando que a norma em causa ofende o artigo 26º da CRP, conjugado com o artigo 18º da CRP. Assim sendo, é pedida a declaração de inconstitucionalidade da alínea b) do nº 2 do 189º do CIRE quando aplicada a administradores da sociedade comercial e só a estes, e é precisamente este ponto que gera maior controvérsia na jurisprudência.( 136)

---

( 135) Cfr. Artigo 281º, nº 3 da CRP: “*O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos*”.

( 136)A norma do artigo 189º, nº 2, alínea b) já foi julgada inconstitucional em diversas ocasiões. No entanto, não há coincidência nas pessoas sujeitas à aplicação da medida de inabilitação: por um lado, temos um conjunto de decisões que entendem que a norma é inconstitucional quando aplicada a administradores de sociedade comercial, como por exemplo, o Acórdão do TC 581/2008, Ac. 582/2008 e a decisão sumária 288/2008, entre outras; por outro lado, há um conjunto de acórdãos e decisões sumárias que não faz qualquer restrição, como o Acórdão 564/2007, Ac. 570/2008, Ac. 571/2008 e Ac. 584/2008, todos do Tribunal Constitucional.

A disposição legal em causa prevê que, quando a insolvência seja qualificada como culposa, o juiz decreta a inabilitação das pessoas afectadas por essa qualificação, as quais também devem estar devidamente identificadas na sentença (artigo 189º, nº 2, alínea a)). Trata-se de um efeito eventual que recai na esfera do devedor, de entre outros que também constam nas alíneas do artigo 189º do CIRE, como a declaração de inibição para o exercício do comércio por parte das pessoas afectadas( 137) e a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente.(138)

A nova(139) alínea b) do nº 2 do artigo 189º do CIRE é a que está em causa nesta apreciação do Tribunal Constitucional porque, como vimos, estabelece a inabilitação obrigatória independentemente da verificação dos pressupostos gerais da inabilitação previstos no artigo 152º do Código Civil (C.C) e é por força disso, que esta figura civilística merece ser analisada com detalhe.

O Tribunal Constitucional acordou em “declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 189º, nº 2, alínea b) do CIRE por violação dos artigos 26.º e 18º, nº 2 da CRP, na medida em que impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decreta a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente”, sendo de destacar três declarações de voto, às quais nos referiremos posteriormente. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral vincula o legislador à decisão do TC, o que significa que, por um lado, ele não poderá reeditar normas julgadas inconstitucionais e, por outro, que lhe está vedado vir a contrariar a declaração de inconstitucionalidade.

O artigo 26º, nº 1 da CRP constitui expressão do postulado da dignidade humana e consigna que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

---

( 137)Alínea c) do nº 2 do artigo 189º do CIRE

( 138)Alínea d) do nº 2 do artigo 189º do CIRE

(139) A norma, como já foi referido, tem carácter inovador uma vez que não se encontrava elencada no Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de falência, aprovado pelo Decreto-Lei nº 132/93 de 23 de Abril.

Aqui está constitucionalmente reconhecido o direito à capacidade civil (capacidade de gozo e de exercício de direitos) e, como vimos anteriormente, a sua privação deve ter carácter excepcional, só se justificando para defesa do sujeito cuja capacidade é limitada. De facto, e uma vez que estas restrições “só são admitidas quando forem pertinentes do ponto de vista da capacidade da pessoa, não podendo servir de pena ou de efeito de pena”(140), a inabilitação prevista na alínea b) do nº 2 do artigo 189º do CIRE, assumindo um carácter repressivo ou punitivo para um comportamento ilícito, viola de forma clara o artigo 26º, nº 1 da CRP. O Tribunal Constitucional alega na sua fundamentação que “A inabilitação prevista na alínea b) do nº 2 do artigo 189º do CIRE só pode, pois, ter um alcance punitivo, traduzindo-se numa verdadeira pena para o comportamento ilícito e culposo do sujeito atingido”, acrescentando ainda que “essa pena fere o sujeito sobre quem recai com uma verdadeira *capitis diminutio*, sujeitando-se á assistência de um curador (artigo 190º, nº 1)”.

Em nosso entender, andou bem o Tribunal Constitucional ao decidir pela inconstitucionalidade da alínea b) do nº 2 do artigo 189º do CIRE, e isto porque é nossa convicção que, na prática, a medida é desproporcionada e contende com o direito à capacidade civil constitucionalmente consagrado.

O artigo 18º, nº 2 da CRP diz que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Está assim consagrado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso(141), que é hoje visto como um “princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito”.(142)

Este princípio é analisado em três vectores: necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*. O princípio da necessidade significa que uma determinada medida terá que ser necessária, ou seja, tem que ser feita prova de que não haveria outro meio para alcançar um determinado fim; o princípio da adequação traduz-se na correspondência de meios a fins, isto é, uma medida, além de necessária, deve ser apropriada aos fins que se pretende alcançar; por último, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* implica uma “justa medida”, ou seja, iremos “avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

---

( 140) GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora.

(141) Este princípio também se encontra previsto noutros preceitos: artigo 19º, nº4; 19º, nº 8; 30º, nº 5, 50º, nº3; 65º,nº4; e 266º,nº 2, todos da CRP.

( 142) GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, “ *A Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Coimbra Editora

JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, na anotação que fazem ao artigo dizem que “A falta de necessidade ou de adequação traduz-se num arbítrio. A falta de racionalidade, mais frequentemente, em excesso”.(143)

Posteriormente à análise destes três vectores entendemos, tal como o TC, que a norma do artigo 189º, nº 2, alínea b) do CIRE viola o princípio da proporcionalidade. Vejamos: a norma poderia ter subjacente a defesa dos interesses dos credores, não obstante, entendemos que, tendo em conta a finalidade do processo de insolvência, a inabilitação das pessoas afectadas pela insolvência em nada contribui para a prossecução dessa finalidade. A acrescer a isto, e tal como realça o TC na sua fundamentação “para atingir essa finalidade já existe um mecanismo adequado no processo, tendente à conservação dos bens penhorados”, que se encontra previsto no artigo 81º, nº 1 do CIRE. (144)

Por outra parte, se a intenção do legislador com o aditamento da norma era a protecção dos credores, tal já era alcançado com alínea c) do nº 2 do artigo 189º do CIRE, quando esta impõe que as pessoas atingidas com a qualificação sejam declaradas inibidas para o exercício do comércio por um período de 2 a 10 anos, sem ser, por isso, necessário “incapacitar” civilmente as pessoas afectadas pela insolvência como forma de as sancionar.

Por tudo isto, concordamos com a decisão que mereceu vencimento no Tribunal Constitucional, já que, tal como este tribunal, concluímos que “resulta violado o critério da necessidade ou da exigibilidade, postulado pelo princípio da proporcionalidade”.

Em síntese, a medida em causa não é proporcionada nos termos do artigo 18º da CRP e assim encontra-se violado o direito à capacidade civil previsto no artigo 26º da CRP.

#### As declarações de voto

No acórdão do Tribunal Constitucional nº 173/2009 que analisamos houve três declarações de voto que consideramos relevantes, sendo que uma delas é um voto de vencido.

Anteriormente já foi referido que a norma do artigo 189º, nº 2, alínea b) foi julgada inconstitucional em diversas ocasiões. No entanto, e como salienta o Tribunal Constitucional, “não há coincidência total na identificação das pessoas sujeitas à aplicação da medida de inabilitação”. A verdade é que, num grupo de decisões não é feita qualquer enunciação restritiva(145), enquanto “num outro se circunscreve o juízo de inconstitucionalidade a uma certa dimensão aplicativa da norma: a aplicação a administradores de sociedade comercial declarada insolvente.”(146)

---

( 143) JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005

( 144) Artigo 81º, nº 1 do CIRE: “*Sem prejuízo do disposto no título X, a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador de insolvência*”

( 145) Acórdão do TC nº 564/2007; Acórdão do TC nº 570/2008; Acórdão do TC nº 584/2008, entre outros.

( 146) Acórdão do TC nº 581/2008; Acórdão do TC nº 582/2008, entre outros.

As declarações de voto vem precisamente nesse sentido. Ao contrário do que foi decidido no Acórdão, entendem os Juízes que não deveria ser feita qualquer enunciação restritiva, de maneira a que a declaração de inconstitucionalidade não se limitasse aos casos em que a inabilitação é aplicada a administradores da sociedade declarada insolvente.

A questão que surge é a seguinte: será justo este tratamento diferenciado? Será aceitável que apenas seja declarada a inconstitucionalidade da norma do artigo 189º, nº 2, alínea b) quando aplicada a administradores da sociedade insolvente e só a estes? Já vimos que, relativamente a este ponto, não há unanimidade no Tribunal Constitucional.

Em nossa opinião, a decisão não deveria ter qualquer enunciação restritiva, isto é, tendo em conta que a norma, como vimos até aqui, compreende uma restrição à capacidade civil dos sujeitos afectados, acreditamos que o correcto seria a sua declaração de inconstitucionalidade quando aplicada também ao insolvente e não apenas aos seus administradores.

Seguimos o entendimento do Juiz Joaquim Sousa Ribeiro na sua declaração de voto, quando afirma: “Partindo, como parto, da convicção firme de que uma medida restritiva capacidade civil, mesmo da capacidade civil negocial, está, também, por imperativo constitucional, vinculada ao fim de tutela do próprio incapaz, e de que não é essa a teleologia da norma em questão, não descortino qualquer razão para circunscrever o alcance da decisão àquela categoria de inabilitados”.

Para finalizar, apenas fazer referência ao voto de vencido do Juiz Benjamim Rodrigues, que já assim tinha votado no Acórdão 564/2007, alegando em síntese que o instituto da inabilitação pode ser acolhido para dar satisfação a outros interesses que não apenas os da pessoa inabilitada, como os interesses gerais do comércio e da segurança jurídica. Pelas razões já apontadas ao longo da exposição, e com o devido respeito discordamos por completo com desta posição.

Recentemente, em 27 de Setembro de 2011, o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º n.º 409/2011, cujo “Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral) relativamente ao processo n.º 592/2010, 3ª secção “ julgou inconstitucional, por violação dos arts. 26.º e 18.º n.2 da Constituição, a norma contida no artigo 189.º n.º2 alínea b) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (...) na medida em que impõe ao juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, que decrete a inabilitação da pessoa singular declarada insolvente).

*Citando este Acórdão “Partindo do princípio segundo o qual o vocábulo inabilitação, contido na alínea b) do nº 1 do artigo 189.º do CIRE, mantém o mesmo significado qualquer que seja o âmbito das pessoas afectadas pela qualificação como culposa da insolvência - seja esse âmbito formado pelos administradores da sociedade comercial declarada insolvente, seja ele composto, como o é in casu, pela própria pessoa singular que é declarada insolvente - não se vê como pode deixar de ser aplicada à situação dos autos a argumentação que acabámos de transcrever, e que fundou, no Acórdão nº 173/2009, o juízo de inconstitucionalidade. É que também nessas situações não pode deixar de configurar a inabilitação das pessoas afectadas por insolvência culposa - e que o legislador do CIRE impôs como efeito necessário*

*da sentença que assim qualifica a insolvência - uma restrição de um dos direitos fundamentais de personalidade que o artigo 26.º da Constituição consagra, restrição essa que, por se não poder justificar pela necessidade de salvaguardar quaisquer "outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos", há-se ser, por força do disposto na parte final do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, constitucionalmente censurável. Com efeito, não sendo a forma especial de incapacidade a que se refere o artigo 152.º do Código Civil justificável para proteger interesses de terceiros - mas apenas do próprio incapaz -, e oferecendo a própria lei da insolvência instrumentos idóneos para assegurar a necessária tutela dos interesses dos credores e a garantia geral da fluência do tráfego (nomeadamente pela medida definida na alínea c) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, a decretação da inabilitação do comerciante em nome individual, como consequência necessária da insolvência, é - à semelhança do que ocorre com a decretação dos administradores de sociedades comerciais declaradas insolventes - uma restrição excessiva do "direito à capacidade civil" que o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição consagra enquanto direito pessoal. Como nenhuma razão existe para que se emitam juízos diversos para as duas situações, também para o caso dos autos se profere, assim, decisão de inconstitucionalidade.".*

## CAPÍTULO VIII

### RESPONSABILIDADE CIVIL

Ensina MARIA ELISABETE RAMOS (147) que “*a aplicação de medidas sancionatórias aos administradores pela causação ou agravamento da insolvência depende, em primeira linha, de uma sentença de qualificação da insolvência como culposa (art. 189.º, n.º2 do CIRE)*”.

O Anteprojeto de revisão do CIRE, atualmente em discussão, prevê adotar em sede de alteração ao regime de abertura do incidente de qualificação da insolvência, as medidas que se seguem: fazer depender a abertura do incidente de indícios de que houve culpa do agente na geração da situação de insolvência do devedor, conduzindo, inexoravelmente, à qualificação de insolvência como culposa e, conseqüentemente, à responsabilização civil do administrador insolvente. Ainda, a eliminação do caráter de urgência ao incidente de qualificação da insolvência, com o objetivo de filtrar prioridades nos Tribunais.

O incidente de qualificação não tem, todavia, a consequência da (eventual) responsabilidade civil dos administradores. É este o sentido que se retira do preceito 185.º do CIRE, quando este determina que «*a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das acções a que se reporta o n.º 2 do art. 82.º.*»(148) (149)

Ainda que a sentença qualifique a insolvência como culposa - porque ficou provado que a insolvência foi criada ou agravada em consequência da atuação dolosa ou com culpa grave dos administradores - tal qualificação não tem efeitos indemnizatórios.

Nas palavras de MARIA ELISABETE RAMOS, “*(...) são de índole não indemnizatória os efeitos jurídicos próprios da qualificação da insolvência como culposa*” (150).

Deste modo, deve o intérprete aplicador encontrar uma solução para o problema de imputação dos prejuízos aos administradores, recorrendo subsidiariamente ao regime (preceitos legais e princípios gerais) da responsabilidade dos administradores previsto no Código das Sociedades Comerciais.

---

(147) MARIA ELISABETE RAMOS, *Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos administradores*, Cit. p. 485.

(148) *Idem*.

(149) MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na Insolvência*, Cit. p. 672, considera esta autonomização «exacerbada».

(150) Maria Elisabete Ramos, *Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos administradores*, Cit. p. 485

Ensina MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA<sup>(151)</sup> que, em traços muito gerais, pode apontar-se em primeiro lugar que “[o]s gerentes/ administradores ou diretores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa” (art. 72.º, n.º1 do Código das Sociedades Comerciais). E concedeu-se legitimidade, não só à sociedade, mas, em certos termos, também aos sócios, para intentarem a correspondente ação de responsabilidade (conforme prevê os arts. 75.º e 77.º do Código das Sociedades Comerciais).

Por outro lado, dispõe-se no Código das Sociedades Comerciais, que “[o]s gerentes, administradores ou diretores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos” ( art.78.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais).

A responsabilidade por violação de deveres contratuais-estatutários ou derivados do contrato de administração só se verificará por exceção, pois tais deveres não são estabelecidos, via de regra, em benefício dos credores.

---

(151) -Manuel A. Carneiro da Frada, «A responsabilidade dos administradores na Insolvência», Cit. pp. 673 a 675.

*“Já, no que toca à responsabilidade dos administradores por violação de normas legais, há, como se frisar, disposições do CIRE que se configuram como regras destinadas à proteção de interesses alheios -de credores-, cujo desrespeito gera, assim, uma obrigação de indemnizar”.* MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA adverte para o facto *“do art. 68.º do CSC fazer depender sempre a responsabilidade de que, por causa da violação culposa de certas normas legais, o património se torne insuficiente para a satisfação dos credores. O que coloca um problema”*, diz o Autor. *“ É que a imputação do dano, segundo este preceito, não se recorta exatamente pelo teor da situação de insolvência, descrita no art. 3.º do CIRE. A insolvência não surge apenas quando o património social é manifestamente deficitário (com os ativos muito abaixo do passivo) - situação coberta pelo aludido art.78.º-, mas também, desde logo, quando há impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas, e esta hipótese não está contemplada pelo art. 78.º do CSC”.* (152)

Pelo que os credores têm a possibilidade de recorrer ao art. 79.º do CSC.

Neste último preceito, requer-se, no dizer da Lei, um nexó “direto” entre a conduta e o dano, que o prejuízo sofrido por sócios e terceiros não seja portanto meramente reflexo, derivado do dano causado à própria sociedade.

Aludimos, particularmente, à possibilidade que algumas normas do CIRE terem o estatuto de disposições de proteção dos credores, cuja violação gera responsabilidade ao abrigo do art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil.

Para efeitos do art. 82.º do CIRE, a ação de responsabilidade para com os credores aproveita a todos eles por igual, o que marca uma diferença em relação ao art. 78.º CSC, perante o qual cada credor age, em princípio, individualmente, no seu exclusivo interesse e benefício.(153)

Tendo em conta o que já abordamos sobre esta questão e, de acordo com o regime anterior, a solução procurada pelo intérprete-aplicador para o problema de imputação de prejuízos aos administradores, recorrendo subsidiariamente aos preceitos legais e princípios gerais do Código das Sociedades Comerciais, muitas vezes dificulta a averiguação dessa responsabilidade, mesmo quando é perceptível uma causa para tal.

---

(152) MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, A Responsabilidade dos administradores na insolvência, p. 674 e 675.

(153) MARIA ELISABETE RAMOS, Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos Administradores, Cit. p. 485.

Posto isto, obriga o intérprete-aplicador à construção de fundamentos da ação a partir de normas e Doutrinas gerais, numa temática em que a Lei podia ter sido mais clara e fácil de aplicar, de modo a efetivar a supra referida responsabilidade, criando:

- a) Normas de modo a tipificar situações suscetíveis de gerar obrigação de indemnizar;
- b) Princípios que regulem a sua imputação aos sujeitos como forma eficaz de combate a insolvências culposas;
- c) Incentivo a certos padrões mínimos de uma administração prudente e ordenada.

A regulação das situações típicas da insolvência culposa, em bom rigor, estava ao alcance do legislador, quando contemplou as regras processuais desta matéria no CIRE. Esta omissão, em matéria de imputação da responsabilidade pelos danos aos administradores, não obsta a que o intérprete-aplicador proceda à configuração dos respetivos pressupostos e condições e que, de acordo com uma interpretação teleológica desta matéria prevista no CIRE (sobre a insolvência culposa no que diz respeito ao incidente de qualificação da insolvência), devam ser ponderadas na sua aplicação, adquirindo extrema relevância ao nível prático. Por outro lado, não é totalmente correto afirmar que o CIRE descurou o problema da responsabilidade civil por completo.

Em jeito de conclusão, a verificação de um incidente de qualificação de insolvência não desvia a responsabilidade do administrador por danos causados em termos gerais, aplicando-se o disposto no art. 483.º do CC. Deste modo, os gerentes, administradores, são responsáveis para com os sócios nos termos da responsabilidade extracontratual, delitual, isto é, nos termos concretos do preceito legal acima referido.

Quanto à responsabilidade dos gerentes, administradores, diretores das empresas para com credores das sociedades comerciais aplica-se o regime do CSC, nomeadamente no disposto no art. 78.º, n.º 1, tendo aquela natureza extracontratual e dependendo da verificação dos pressupostos deste tipo de responsabilidade.

## CAPÍTULO IX

### CONSEQUÊNCIAS DA INSOLVÊNCIA CULPOSA NA ADMINISTRAÇÃO DA MASSA INSOLVENTE E NA EXONERAÇÃO DO PASSIVO RESTANTE

#### **9.1- Na administração da Massa Insolvente**

As consequências que a qualificação culposa da insolvência acarreta para a administração de insolvência revelam que, em ponto algum, no correspondente regime, é levada em conta a circunstância de, na sequência da mesma, ter sido designado um curador ao devedor. Deste modo, se nada no CIRE afirma que, pelo facto de a insolvência ser culposa, deixam de caber ao administrador os poderes de administração, e o mesmo vale para os de disposição dos bens integrados na massa insolvente, nos termos do art. 81.º do CIRE, em sentido contrário ao que refere o n.º 1 deste preceito.

Cumpre-nos colocar a seguinte questão:

- Em que momento e circunstâncias é que a administração e disposição dos bens integrados na massa insolvente passam para o administrador de insolvência?

A privação dos poderes de administração e disposição dos bens pode ocorrer antes de proferida a sentença, isto é, nos casos em que é nomeado um administrador judicial provisório, quando decretada medida cautelar, nos termos do disposto nos arts. 36.º, 31.º e 32.º do CIRE.

Não havendo medida decretada, esta privação é uma consequência natural, com exceção das seguintes situações:

- a) quando o devedor requereu que a administração lhe fosse confiada, no caso de empresas (arts. 224.º n.º2 al. a) e 223.º do CIRE). Isto apenas para os casos em que a massa insolvente abarca uma empresa e se encontrem preenchidos os requisitos previstos no art. 224.º do CIRE. (confrontar os arts. 36.º, al. e) e 223.º e ss. do CIRE). A confiança da administração da massa insolvente ao devedor suspende a liquidação (art. 225.º do CIRE).
- b) Nas situações de homologação de um plano de pagamentos aos credores, válido apenas para pessoas singulares (arts. 259.º, n.º 1 e 39.º, n.º7, al. a) do CIRE).

Qual o alcance da transferência dos poderes de administração e disposição?

A sentença de declaração de insolvência produz efeitos sobre o devedor e terceiros, efeitos processuais, sobre os créditos e sobre os negócios em curso. No que respeita ao devedor e os seus administradores, dá-se desde logo a fixação da residência do devedor, pessoa coletiva,

ou dos seus administradores. Estes efeitos subsistem durante a pendência do processo de insolvência.

Posteriormente ao encerramento do processo, o devedor recupera a administração, com exceção se for decretada a inabilitação do insolvente ou de terceiros no âmbito do incidente de qualificação de insolvência (cfr. art. 189.º, n.º 2, *al. a*) do CIRE).

Na verdade, nele apenas ressalva o caso de a administração da massa insolvente caber ao devedor, nos termos concretos dos arts. 223.º e ss. do CIRE.

Em suma, a administração da massa insolvente pelo administrador da insolvência em nada é prejudicada pelo facto de a insolvência ser culposa. Assim, durante o processo de insolvência, o regime da inabilitação do devedor, uma vez que a massa não compreende a globalidade do seu património (art. 46.º, n.º 2 do CIRE), só importa na administração dos bens de que o devedor manteve a livre disposição e administração.

Se a administração couber ao devedor, pessoa singular, e a qualificação de insolvência como culposa o afetar, daí decorre a cessação da sua administração da massa insolvente - *al.c*) do n.º 1 do art. 228.º do CIRE. *“Só se justifica aqui como nota adicional, uma chamada de atenção para o facto de este ser um efeito da qualificação a insolvência como culposa não constante do elenco do n.º2 do art. 189.º.” (154)*

Acresce nesta matéria o n.º 2 do art. 228.º, uma vez proferida a decisão do juiz:

- a) Verifica-se a apreensão dos bens, nos termos do art. 149.º e seguintes.
- b) Prossegue a tramitação do processo de insolvência em termos gerais.

O administrador da insolvência assume a plenitude dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente. O curador nunca intervém na administração da massa insolvente.

À luz do disposto no art. 81.º do CIRE, os poderes de administração e de disposição dos bens do devedor, apenas cabem ao curador quando respeitem a bens não apreendidos para a massa insolvente.

---

(154) LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, CIRE Anotado, Cit. p. 756.

## 9.2 - Na Exoneração do passivo restante

Como vimos, o artigo 189.º do CIRE prevê os principais efeitos da qualificação da insolvência como culposa. São sobretudo efeitos de responsabilização pessoal, que operam automaticamente com a sentença de declaração de insolvência como culposa.

Contudo, estes efeitos não esgotam os resultantes da caracterização da insolvência como culposa porquanto outros preceitos do CIRE atribuem relevância a tal facto, a saber, o art. 228.º, n.º 1, *al c*) quanto à cessação da administração do devedor (como vimos supra), e os artigos 238.º, n.º 1, *als b), e) e f)*, 243.º, n.º 1, *al c)* e 246.º, em sede de exoneração do passivo restante.

Como diz LUÍS CARVALHO FERNANDES (155), “*estes efeitos interferem também com a situação jurídica do insolvente tendo, portanto, natureza substantiva*”; “*a razão que explica o fato destes efeitos não constarem da enumeração do art. 189.º reside, por certo, em decorrerem, ipso iure, de factos que relevam na qualificação da insolvência como culposa, enquanto os contidos nas alíneas do n.º 2 do art. 189.º dependem da decisão judicial específica relativa a essa qualificação*”. (156)

---

(155) - Luís Carvalho Fernandes, A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Almedina, 2005, p. 96.

(156) - Catarina Serra, A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito - O problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português, Coimbra Editora, 2009, pp. 385-386.

CAPÍTULO X  
DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA ANTERIOR

A redação do art. 187.º do CIRE, preceito sem correspondência no CPEREF, não prima pela clareza, pelo que o que nele primariamente se regula é a eficácia da sentença de qualificação da insolvência, proferida num processo de insolvência já encerrado, em relação a um novo processo que venha a ser instaurado contra o mesmo devedor (157).

Em abono desta interpretação pode ainda invocar-se a *alínea i)* do art. 36.º do CIRE: o juiz deve, na sentença que decreta a insolvência, «*declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, sem prejuízo do disposto no art. 187.º*». Esta ressalva, como é manifesto, só pode dirigir-se aos casos em que, por força do preceito, esse incidente não tenha de ser aberto.

O alcance do preceito em análise trata da hipótese de, no processo anterior, não ter sido aberto o incidente de qualificação da insolvência (pelo que da sentença da declaração da insolvência constam apenas as menções referidas nas *al. a) e b)* do artigo 36.º, sendo aplicável o disposto na *al. a)* do n.º7 do artigo 39.º do CIRE) por nele ter sido aprovado um plano de pagamento aos credores (cfr. n.º1 do art. 259.º do CIRE).

Nesta hipótese, se vier a ser pedida a declaração de insolvência do mesmo devedor, nos casos em que o n.º 1 do art. 261.º do CIRE admita, compreende-se que no novo processo deva ser aberto o incidente de qualificação da insolvência.

Segundo o disposto no art. 187.º do CIRE, no caso de «*o devedor insolvente houver já sido declarado em processo de insolvência anterior, 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*».

---

(157) - Assim o afirmam LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, CIRE Anotado, Cit. p. 613, do mesmo modo que aponta a epígrafe do preceito, apesar da sua formulação *sibilina*.

Caberá, neste âmbito, colocar duas questões:

1.<sup>a</sup> - Num processo de insolvência, o que acontece se já tiver sido aprovado um plano de pagamentos, sendo o processo encerrado, mas não estiver a ser cumprido?

2.<sup>a</sup> - E no caso de um insolvente ter sido declarado como tendo culpa, e posteriormente ser aberto outro incidente para apurar a culpa de outros intervenientes?

Em ambas as situações, deve considerar-se haver lugar à abertura de um novo incidente de qualificação. Sendo que, em relação à segunda questão deverá de facto ser aberto novo incidente, de modo a concluir os verdadeiros responsáveis pela situação. Estes podem ser outras pessoas que não sejam afetadas pela qualificação no processo anterior.

No entendimento de LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA “*a razão profunda do art.187.º do CIRE radica na necessidade de excluir a dupla punição do mesmo comportamento em obediência ao velho e salutar principio non bis in idem*”.

Estes Autores fazem uma interpretação restritiva do preceito no sentido de ser possível abrir um novo incidente de qualificação para abranger pessoas diferentes, das envolvidas no incidente anterior, embora sob o requisito essencial de que os procedimentos a considerar tenham ocorrido após o encerramento do processo precedente.

Mesmo quanto ao devedor e outros sujeitos abrangidos no incidente primitivo, “*será possível a abertura de novo incidente se a insolvência tiver sido agravada por comportamentos posteriores ao processo inicial, enquadráveis na previsão dos n.º 1 a 3 do art. 186.º do CIRE*”.(158)

---

(158)- L. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, CIRE Anotado, Cit. p. 614.

## CAPÍTULO XI

### SÍNTESE: APRECIÇÃO CRÍTICA DO REGIME DA INABILITAÇÃO DO DEVEDOR NA INSOLVÊNCIA CULPOSA

O regime exposto no capítulo VIII, conduz à conclusão inquestionável de ser nula a relevância da inabilitação do devedor fundada no caráter culposo da insolvência, na tramitação do correspondente processo, nomeadamente pelo que respeita à intervenção efetiva do curador na administração da massa insolvente.

Nas palavras de LUÍS CARVALHO FERNANDES (159), “*só após o encerramento do processo, a inabilitação do devedor, ganhará plena eficácia, se subsistir para além desse momento. Trata-se aqui de duas questões importantes: o regime de contagem do prazo da incapacidade, a fixar, pelo juiz entre 2 a 10 anos e, os efeitos do encerramento do processo. Quanto a estes, a resolução passa pela conjugação do n.º 5 do art. 232.º e da al. a) do n.º1 do art. 233.º - os efeitos da inabilitação continuam pós o termo do processo, se o prazo se não tiver esgotado*”.

Quanto à contagem do prazo, a dúvida acima levantada decorre do facto de o CIRE ser omissivo quanto à fixação do seu termo. A alternativa é a de a contagem se verificar com o trânsito em julgado da sentença que a qualifica como culposa ou apenas com o encerramento do respetivo processo.

Segundo refere a Doutrina, o legislador inspirou-se na “*Ley Concursal Espanhola*” (*Ley 22/2003, de 9 de Julio*), em particular no seu *Artículo 172. n.º 2*; mas não seguiu a solução nela consagrada, muito mais comedida nas consequências que decorrem do “*concurso culpable*”. Do n.º 2 do *Artículo 172*. resulta que a sentença que atribuíra ao “*concurso culpable*” essa qualificação determinará “*la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes propios o ajenos durante un período de cinco a veinte años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período*”, atendendo, em todo o caso, à gravidade dos comportamentos e ao prejuízo causado.

---

(159) LUÍS CARVALHO FERNANDES – A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor, in Themis, Cit., p. 102.

“Esta norma, como dela expressamente consta, na parte que mais directamente toca a este estudo, só limita a capacidade das pessoas afectadas pelo “*concurso culpable*” quanto à administração de bens alheios, afastando, segundo informa *Borja de la Calle*,<sup>(160)</sup> a solução consagrada em versões anteriores da *Ley*- que alargava o efeito da *inhabilitación* à administração do património do próprio devedor”.<sup>(161)</sup>

Por fim, segundo LUÍS CARVALHO FERNANDES, “o regime consagrado no CIRE, no que se refere ao devedor, no caso da insolvência culposa, para além de não ser necessário do ponto de vista do respetivo processo, dados os efeitos irrisórios que ele produz, pode ainda ser acusado de excessivo, nos seus efeitos globais”.

Uma pequena nota quanto a cessação dos efeitos da declaração da insolvência como culposa. “*Com o encerramento do processo cessam quase todos os efeitos da declaração de insolvência. Sendo os efeitos, na sua maioria, instrumentais em relação ao processo, é natural que se mantenham durante o seu curso e que cessem automaticamente aquando do seu encerramento (...) a cessação destes efeitos basta a sua publicidade e o registo da decisão de encerramento do processo (cfr. art. 230.º, n.º 2 e art. 38.º).*”<sup>(162)</sup>

Quanto ao efeito principal da declaração de insolvência, o insolvente recupera os poderes de administração e disposição dos seus bens, à luz do art. 233.º, n.º 1, *al. a)* do CIRE.

Contrariamente, os efeitos especiais da declaração da insolvência como culposa (a *inhabilitación* e a *inibição* para o exercício do comércio e de certos cargos) não são afetados pelo encerramento do processo, conforme ressalva a *al. a)* do n.º1 do art. 233.º, uma vez que não se trata de efeitos relacionados com a vida do processo mas antes com outras finalidades, como anteriormente ficou explicitado [“(…) *proteção dos interesses dos credores e do tráfico jurídico no caso da inhabilitación, e dos interesses do comércio e dos cargos vedados no caso da inibição*”]<sup>(163)</sup> <sup>(164)</sup>.

---

(160) “ La “*inhabilitación*” se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas. Reiteramos que, a nuestro juicio, la sanción de la *inhabilitación* para representar a otras personas o administrar sus bienes es sólo susceptible de imposición a las personas afectadas por la calificación del concurso, pero no a los que fueren considerados cómplices.” in BORJA GARCIA- ALAMÁN DE LA CALLE, Aspectos Civiles de La Calificación del Concurso, p.696:

(161) LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, A qualificação da insolvência e administração da massa insolvente pelo devedor, in Themis, Edição Especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, p.104.

(162) CATARINA SERRA, O novo regime português da insolvência – Uma Introdução, Cit. p. 125.

(163) IDEM.

(164) JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Efeitos da Falência sobre a pessoa e negócios do falido, Cit. pp. 650- 651, e IDEM-“ Direito Civil- Teoria Geral” – volume I, Introdução, as pessoas, os bens, Cit., pp. 213-214.

## CONCLUSÃO

A Insolvência de uma sociedade resulta em diversos malefícios para os vários operadores comerciais que com ela agem na sua vida quotidiana. É por isso necessário continuarmos a desenvolver um sistema que regule todos os interesses em causa, de modo a obtermos um regime mais inflexível na sua aplicação.

Considera-se insolvente o devedor que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas. Do nosso ponto de vista, trata-se de um conceito demasiado amplo e indeterminado, facilitando a credores/devedores beneficiar abusivamente da situação de insolvência.

Por conseguinte, a declaração de insolvência culposa pelo juiz, tem sobre as pessoas afetadas, um papel crucial que convirá relembrar.

Da análise casuística de várias situações, parece-nos que a inibição para o exercício do comércio não é uma verdadeira incapacidade. Conclui-se que a referida inibição não se funda em défices das faculdades pessoais dos afetados, antes visa impedir os inibidos de praticar atos de comércio.

Deve, pois, esta inibição ser qualificada como incompatibilidade absoluta, isto é, impossibilidade legal para o exercício do comércio por pessoas afetadas pela qualificação de insolvência como sendo culposa. Assim, estas pessoas não podem ser consideradas como comerciantes. E caso procurem, apesar da proibição legal, iniciar, prosseguir, ou mesmo reiniciar, o exercício de uma atividade comercial, não poderão conseguir que lhes sejam atribuídas licenças, autorizações necessárias ou sejam satisfeitos quaisquer outros condicionamentos legais de acesso à profissão como comerciante.

De acordo com a nossa premissa, a defesa da liberdade e o recurso ao mínimo de normas punitivas não devem ser excluídos no processo da insolvência.

Perante o atual regime, o devedor/insolvente não só fica sujeito a todas as sanções cominadas na Lei, como também, ainda que exerça de facto o comércio, não poderá para nenhum efeito, ser considerado como comerciante.

O que está em causa é o facto de o legislador continuar a partir do princípio de que o gerente da sociedade é igualmente proprietário da mesma, o que presentemente não se verifica. Atualmente há um outro tipo de insolventes, trata-se de empresas geridas por profissionais, que nada têm a ver com as causas de insolvência.

Diversas situações de qualificação da insolvência como culposa configuram injustiças, assentes maioritariamente no instituto da inabilitação, outra sanção prevista na Lei, na *al. b)* do art. 189.º do CIRE.

O Tribunal Constitucional já considerou, no Acórdão n.º 173/2009 de 2 de Abril de 2009, no processo n.º 777/08, que a norma do art. 189.º, n.º 2, alínea b) do CIRE, viola o princípio da proporcionalidade, decidindo declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do preceito. Propendemos a concordar com o Tribunal Constitucional, que se está perante “*uma restrição à capacidade civil do sujeito afectado, por violar o disposto nos arts. 26.º, n.º1 e 18.º, n.º2 da CRP*”.

Havendo lugar à aplicação da norma constante do art. 189.º, n.º 2, *al. b)* do CIRE, estabelece-se uma limitação desadequada do direito à capacidade civil daquele.

Dito tudo isto, se considerarmos que o legislador recorreu frequentemente, nesta matéria, a remissões, a decalques da “*Ley Concursal Espanhola*” (*Ley 22/2003, de 9 de Julio*), pelo que fica demonstrado o quanto desvalorizou os problemas que suscitam a aplicação das normas que contemplam o incidente de qualificação de insolvência.

Por seu lado, o CIRE padece de um critério deficiente, que necessita de ser ajustado com vista a melhor poder satisfazer os direitos dos credores.

A concluir, e no que se refere ao regime consagrado no CIRE, nomeadamente ao instituto da insolvência culposa, que oferece particular interesse, tendemos a concordar com a Doutrina que defende que, a consequência civil da inabilitação constitui uma consequência sancionatória, que poderá ser considerada como excessiva, nos seus efeitos.

O caminho faz-se caminhando...Espera-se ter dado um passo em frente!

## BIBLIOGRAFIA (\*)

(\*) Indica-se aqui o conjunto de elementos bibliográficos expressamente coligidos e consultados para a realização do presente trabalho, sejam ou não citados em nota de rodapé.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho De – “Curso de Direito Comercial”, volume I – Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos, Coimbra, Almedina, 2006.

- J. M. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e de sócios controladores*, Miscelâneas n.º 3, Coimbra: Almedina/Idet, 2004.

ALBUQUERQUE PEDRO DE - “Declaração da situação de Insolvência: Alguns aspectos do seu processo ”, Sep. De: Estudos em memória do Prof. Doutor José Dias Marques, Lisboa, Almedina, 2007, pp. 773 – 793.

ALEXANDRE, Isabel - “O Processo de Insolvência: Pressupostos Processuais, Tramitação, Medidas Cautelares e Impugnação da Sentença”, in Themis, Edição Especial - Novo Direito da Insolvência, 2005, pp.43-80.

ASCENSÃO, José de Oliveira - “ Efeitos da Falência sobre a pessoa e negócios do falido”, Separata da RFDUL, 1995, volume XXXVI, pp. 319 e ss, in ROA, 1995, III, pp. 641 e ss.

- “Direito Civil- Teoria Geral” – volume I, Introdução, as pessoas, os bens, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

- “Insolvência: Efeitos Sobre Os Negócios em Curso”, in Themis, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 105 -130.

BATLLE, Mercedes Faria - “La Calificación del Concurso: Presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales”, in Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Tecnología sobre “ El nuevo derecho concursal Espanhol”, referencia SEC 2002-04384-C02-01, pp. 67-137.

BORJA, Garcia Alaman de La Calle - “Aspectos civiles de la calificación del concurso”, ISBN, 2004, pp. 681-699.

CORDEIRO, António Menezes - “Introdução ao Direito da Insolvência”, in O Direito, Diretor Inocêncio Galvão Telles, Ano 137.º, 2005, III, pp. 465-506.

COSTEIRA, Maria José - “Novo Direito da Insolvência”, in Themis, Edição Especial - Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 25-42.

DUARTE, Rui Pinto - “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, in Themis, Edição Especial- Novo Direito da Insolvência, 2005, pp 131 e s.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário - “Os Efeitos Substantivos da Falência”, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.

- “Manual de Direito da Insolvência”, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2010.

- “Efeitos Da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente e Outras Pessoas”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, em Diogo Leite de Campos (org), Volume I, Coimbra Editora, 2009, pp. 797-826.

FERNANDES, Luís Carvalho - “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Almedina, 2005, pp. 81-104.

- “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do regime da falência no Direito português”, in AA. VV., Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1183-1221.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/Labareda, João - “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, Quid Juris, Lisboa, 2009.

FRADA, Manuel A. Carneiro - “A Responsabilidade dos administradores na insolvência”, in : ROA, 2006, II, pp.624 e ss.

FREITAS, José Lebre de, Catarina Serra, Rui Pinto Duarte, Luís Menezes Leitão, Maria José Costeira e Maria Marques/ Catarina Frade - “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Comunicações do Anteprojeto de Código”, Coimbra Editora, 2004.

JORGE, Fernando Pessoa , *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa 1972 (reedição)

GARCÍA-CRUCES, José Antonio - “La Calificación del Concurso”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2004.

GOMES CANOTILHO, J.J/VITAL MOREIRA - *Constituição da República Portuguesa* Anotada, Artigos 1º a 107º, Coimbra Editora, 2007;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas” Anotado, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2008.

- “Direito da Insolvência”, 2.ª edição, Almedina, 2009.

LEITÃO, Hélder Martins - “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado e comentado”, Elcla Editora, 1993.

MIRANDA, Jorge/ MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Toma I (artigo 1º - 79º), Coimbra Editora, 2005;

OLIVEIRA Ascensão, José – “*Direito Civil*” – *Teoria Geral*, VOL. I, 2ª Edição, Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Rui Estrela De- “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR- (Mai./ Abr.2010) n.º11- 2010, pp. 199 a 249.

PINTO, Duarte Rui – “Efeitos da Declaração de Insolvência quanto à pessoa do devedor”, in *Themis* - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Almedina, 2005, pp. 131-150.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes - “Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos Administradores”, Universidade de Coimbra; Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXIII, Coimbra 2007, pp. 449-487.

- A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no ordenamento jurídico Português, in Revista Digital Prim@ Facie, <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>, Ano 4, n.º 7, Jul./ Dez, 2005, pp. 5-32.

SERRA, Catarina - “A crise da Empresa, os trabalhadores e a falência”, in RDES,, 2001, n.ºs.3 4- pg. 419 e ss.

- “*O novo regime português da insolvência*” – *Uma Introdução*, 4ª Edição, Almedina, 2010.

- “*«Decoctor ergo fraudator»?* - A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um

conceito a propósito de umas presunções) - Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008”, Proc.4886/07 in Caderno de Direito Privado, n.º 21, Janeiro/Março, 2008, pp. 54-71.

- “Falências Derivadas e Âmbito Subjetivo da Falência”, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

- “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Direito Registral”, BFDUC, (Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais-Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier), Vol II, Coimbra Editora, 2006.

- “A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito - O problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português”, Coimbra Editora, 2009.

- “As novas tendências do direito português da insolvência sobre o devedor no Projeto de Código da Insolvência”, in AA. VV. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Comunicações sobre o Anteprojeto de Código, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp.21-49.

- “Alguns Aspetos da Revisão do Regime da Falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro”, in Scientia Jurídica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Jan- Jun. 1999, TOMO XLVIII, Números 277/279.

- “As novas tendências do direito português da insolvência - Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projeto do Código da Insolvência, in AA. VV., Estudos em comemoração do décimo aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho (Coordenação: António Cândido de Oliveira), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 203-228.

SILVA, Fátima Reis - “Algumas questões processuais no Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas - Uma primeira abordagem.”, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas/ n.º 2, Almedina, 2004, pp 53 e ss.

SUBTIL, A.Raposo, Matos Esteves, Maria José Esteves e Luís M. Martins - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Anotado) 2ª Edição. Vida Económica, 1ª Edição- Novembro de 2004, 2ª Edição-2006, Porto.

SUBTIL, A.Raposo & Luís M. Martins - “O dever de apresentação a insolvência e as consequências do seu incumprimento”, in Vida Judiciária, n.º 79, pp 14 e 15, Maio 2004.

VARELA ,João de Matos Antunes - “Das Obrigações em Geral”, Vol. I- 10ª Ed, Coimbra, Almedina, 2003.