



Instituto Superior
de Contabilidade
e Administração

Politécnico de Coimbra



Instituto Superior
de Contabilidade
e Administração

Politécnico de Coimbra

Carolina Tavares Matos

**A Insolvência culposa: os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela
qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença**

Coimbra, julho de 2022

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença



**Instituto Superior
de Contabilidade
e Administração**

Politécnico de Coimbra

Carolina Tavares Matos

A insolvência culposa: os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Dissertação submetida ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de **Mestre em Solicitadoria – Especialização em Solicitadoria em Empresas**, realizada sob a orientação da Professora Maria Manuel Veloso.

Coimbra, julho de 2022

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Declaro ser a autora desta dissertação, que constitui um trabalho original e que nunca foi submetido a outra Instituição de ensino superior para obtenção de um grau acadêmico ou outra habilitação. Assim encontram-se ainda todas as citações devidamente identificadas e tenho consciência que o plágio constitui uma grave falta de ética que poderá resultar na anulação da dissertação.

DEDICATÓRIA

*Dedico esta dissertação, ao meu falecido avô, Anastácio,
Por teres sido sempre a minha estrela guia e a minha
motivação diária,
Por nunca me deixares sozinha, e por me teres sempre
mostrado que o melhor caminho, é o caminho do bem,
Da tua neta, agora sim, Doutora.*

AGRADECIMENTOS

Terminada a elaboração deste trabalho não posso deixar de agradecer a quem me ajudou para que o mesmo ficasse concluído e a quem me acompanhou nesta fase para que se pudesse realizar com o maior sucesso e apreço.

Em primeiro lugar quero agradecer à Professora Maria Manuel Veloso, minha orientadora, por toda a disponibilidade que demonstrou ao longo do processo, todas as recomendações que proferiu acerca desta dissertação e que me permitiu concluir este trabalho reformulando alguns aspetos e por toda a motivação incansável.

Ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra juntamente com todos os meus professores, docentes e não docentes, por terem sido a minha segunda casa, acompanhado todo o meu período académico, por terem desenvolvido o meu espírito crítico e suscitado sempre a minha curiosidade jurídica e todos os ensinamentos promovidos.

Aos meus pais, aos meus avós, à minha irmã e restante família, por serem sempre um apoio, por toda a motivação que me deram, todos os ensinamentos e conselhos proferidos e todo o amor incondicional que foi fundamental em todo este caminho.

Um agradecimento ao meu namorado e sua família por toda a paciência ao longo desta etapa, todo o carinho, todas as palavras de carinho, toda a motivação e dedicação que sempre tiveram comigo para que esta etapa se realizasse.

Por fim, mas não menos importante, às minhas colegas de trabalho que foram incansáveis comigo, ajudaram-me em todo o processo quer a ouvir-me ou a motivar-me e de certa forma tornando este caminho melhor, por todo o carinho e por todo o cuidado que tiveram sempre comigo.

A todos, o meu muitíssimo obrigado.

RESUMO

A presente dissertação tem como propósito demonstrar, em caso de declaração de insolvência qualificada como culposa, quais os efeitos, provenientes da declaração de insolvência qualificada como culposa para os afetados por esta qualificação.

O processo de insolvência é um processo universal e concursal, pelo que devemos ter em atenção se a insolvência pode ou não ter sido criada ou agravada pelos Administradores de direito ou de facto ou pelo devedor e, caso tal facto seja provado devem tais responsáveis ser afetados por esta qualificação e sofrerem consequências na sua esfera jurídica e patrimonial como forma, não sancionatória, mas preventiva, para que se possam evitar estas situações, e ainda para que haja uma maior proteção dos credores.

No âmbito desta dissertação é discutido se devemos considerar os Técnicos Oficiais de Contas e Revisores Oficiais de Contas, possíveis afetados da qualificação de insolvência, como administradores de facto, podendo a atuação dolosa destes também ser pressuposto para a qualificação da insolvência como culposa

É ainda analisado com maior detalhe o efeito da inibição do exercício de comércio e ocupação de cargos vedados, mencionando quais os critérios encontrados pela doutrina e jurisprudência que o juiz deve ter em conta para a declaração em sentença do período temporal de tal inibição.

Concluindo pretende-se analisar as perspetivas de diferentes autores e as decisões de diferentes Acórdãos para que possamos formular a nossa opinião crítica relativamente aos assuntos debatidos nesta dissertação.

Palavras-chave: Insolvência, Insolvência culposa, Efeitos da Declaração de insolvência. Administradores de Direito e de facto, Efeitos de carácter preventivo, Credores, TOC, ROC, inibição para o Exercício de Comércio e Ocupação de cargos vedados.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is, in case a declaration of insolvency regarded as intentional or negligent insolvency, which effects can be produced for those affected by this qualification.

Insolvency proceedings are a universal and concursal procedure, so we must take into account whether or not insolvency may have been created or aggravated by the Directors of Law or De Facto or by the Debtor and if this is proven they must be affected by this classification and suffer consequences in their legal and patrimonial sphere as a form, not sanctioning, but preventive, so that these situations can be avoided, and also so that there is greater protection of creditors.

In the context of this dissertation, it is discussed whether we should consider the OCD and ROC, possible affected of the qualification of insolvency, as de facto administrators, and the willful performance of these may also be a presupposition for the classification of insolvency as culpable

It is also analyzed in greater detail the effect of the inhibition of the exercise of trade and occupation of sealed positions, mentioning what criteria found by the doctrine and jurisprudence that the judge should consider for the declaration in judgment of the time period of such inhibition.

In conclusion, it is intended to analyze the perspectives of different authors and the decisions of different Judgments so that we can formulate our critical opinion on the issues discussed in this dissertation.

Keywords: Insolvency, Wrong insolvency, Effects of the Insolvency Declaration. Administrators of Law and in fact, Preventive effects, Creditors, OCD, ROC, inhibition for the Exercise of Trade and Occupation of sealed positions.

ÍNDICE

ÍNDICE	8
Lista de Abreviaturas	9
INTRODUÇÃO	10
1. O DIREITO DA INSOLVÊNCIA	12
1. Enquadramento jurídico	12
2. A Situação de Insolvência	14
3. Conceitos essenciais	18
II. O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DE INSOLVÊNCIA	25
1. Enquadramento jurídico	25
2. Tramitação do incidente	26
3. Qualificação da insolvência como culposa	27
4. Gravidade de culpa na atuação (Análise crítica à contraposição do artigo 186º n.º 2 ao artigo 189º)	40
III. OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA CULPOSA	46
1. Os efeitos em geral	46
2. A inibição para o exercício do comércio e inibição para a ocupação de cargos vedados	56
3. Análise do limite temporal imposto em sentença para a inibição do exercício do comércio e para ocupação de cargos vedados	61
CONCLUSÃO	67
BIBLIOGRAFIA	69
Jurisprudência	72

Lista de Abreviaturas

AC- Acórdão

AI- Administrador de Insolvência

Art.- Artigo

Arts.- Artigos

CC- Código Civil

Cfr- Confira

CIRE- Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

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

CRCiv- Código do Registo Civil

CRCom- Código do Registo Comercial

CSC- Código das Sociedades Comerciais

DL- Decreto-Lei

MP- Ministério Público

Nº- Número

Op.cit.- Opus citatum

PER- Processo Especial de Revitalização

RERE- Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresa

INTRODUÇÃO

Frequentando o Mestrado em Solicitadoria em Empresas e sendo o mundo empresarial uma rotina no meu quotidiano, a insolvência foi sempre um tema que me suscitou alguma curiosidade. O facto de serem os “homens” a gerir determinada empresa ou determinado património possibilita a ocorrência de erros e por vezes fraudes que podem por termo à saúde financeira das empresas levando também a que surgem prejuízos na esfera jurídica e patrimonial das pessoas com ela relacionadas, como os credores, trabalhadores ou outras entidades que dependam da boa gestão de determinado património, com isto, surge uma dúvida para a qual tenciono dar uma resposta, que consequências podem surgir para aqueles que atuam com uma conduta menos positiva sobre a gestão das empresas, de que forma podem os credores ver garantidas a satisfação dos seus créditos quando uma empresa entra em insolvência pela culpa da má gestão ou gestão dolosa dos responsáveis?

Com o aumento dos processos de insolvência, a doutrina e a jurisprudência passaram a focar-se não apenas na análise e tramitação da insolvência mas também na implementação de normas que regulassem essa matéria, com a aprovação do Decreto-Lei nº 53/2004 de 18 de Março, que veio substituir o anterior regime consagrado no CPEREF procurou-se obter uma maior responsabilização dos titulares de empresas e dos administradores de pessoas coletivas, assistindo-se à criação e instituição do regime do incidente de qualificação de insolvência que tem por fim verificar se a insolvência é fortuita ou culposa.

Para que estejamos perante uma insolvência culposa, têm de estar verificados os pressupostos contidos no artigo 186º do CIRE, mas para que possamos chamar à colação a responsabilidade dos gerentes e administradores, não basta a verificação de tais pressupostos, é ainda necessário que a atuação destes sujeitos tenha provocado dano à sociedade pela atuação dos seus gerentes e administradores que não cumpriram ainda os deveres gerais impostos pelo artigo 64º do CSC.

Nesse sentido, iniciamos a presente dissertação com um enquadramento do tema Direito da Insolvência onde é explicitado os termos em que ocorre a situação de insolvência assim como alguns conceitos essenciais como os Administradores de Direito ou de facto e ainda os administradores de insolvência.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

De seguida é então apresentado o incidente de qualificação de insolvência, começando por explicitar o que é esta fase do processo e a sua tramitação. Apresentamos ainda os pressupostos para a qualificação de insolvência como culposa, quais os responsáveis e afetados por tal qualificação e como surge esta afetação. Neste tema um pouco sensível, é apresentado um “debate” sobre algumas posições jurídicas relativas ao tema da afetação e responsabilização dos TOC e ROC, analisando se existe alguma diferença no grau de culpa atribuído a estas entidades quando são também elas responsáveis pela criação ou agravamento da situação de insolvência.

Por fim, são mencionados os efeitos da insolvência culposa fazendo a distinção dos efeitos eventuais e automáticos existentes associados à insolvência. Vamos dar mais ênfase ao efeito por mim considerado mais “importante” por ser aquele que mais cumpre o que para mim deve ser o “fim” do Direito de insolvência, que é o efeito da inibição para o exercício de comércio e ocupação de cargos vedados. Este efeito apresenta um carácter preventivo e não sancionatório, para mim o Direito deve acima de tudo proteger e prevenir que ocorram situações de má conduta e por isso não deve ser visto como uma disciplina sancionatória, mas sim de prevenção. Com este efeito percebemos que o objetivo do legislador é proteger terceiros, evitando que estes vejam o seu património ser gerido por alguém que teve uma má conduta a gerir outros patrimónios, protegendo assim o proprietário de tal empresa e até mesmo os seus credores e trabalhadores de uma possível situação de insolvência. Ainda neste capítulo é apresentado o limite temporal previsto para esta inibição e quais os critérios para a aplicabilidade em sentença do mesmo

Com este trabalho procuro responder a algumas das minhas curiosidades utilizando diferentes perspetivas de autores e também colocando o meu ponto de vista para debate. Proponho-me a analisar numa perspetiva crítica e minuciosa a preocupação do legislador quanto à responsabilidade dos gerentes e administradores da sociedade desde a reforma do CIRE.

1. O DIREITO DA INSOLVÊNCIA

1. Enquadramento jurídico

(inserir texto pessoal)

O termo “insolvência” tem a sua origem na palavra *solvere* designando uma ação ou situação de não pagamento. Neste sentido, afirmamos que o Direito de insolvência é definido como um “complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e a satisfação dos Direitos dos respetivos credores”¹. Catarina Serra considera esta uma definição pouco abrangente e insuficiente para abarcar todas as matérias cobertas pelo Direito da Insolvência uma vez que as normas de Direito de insolvência cada vez se orientam mais para a prevenção, e não apenas para a resolução, da insolvência².

Naturalmente, para que se possa fazer uma análise da insolvência é necessário que se faça uma avaliação completa da empresa e do devedor, principalmente da situação económica não só num período mais recente, mas também num período mais longínquo pois a insolvência ou a situação económica difícil de uma entidade pode muitas das vezes ter surgido por alguns atos realizados anteriormente.

O artigo 3º do Código da insolvência e da Recuperação de empresas define insolvência como uma “situação” Uma “situação” que pode levar a uma via judicial uma vez que impõe a satisfação de quem se vê prejudicado pela sua verificação, ou seja, o credor³.

A situação de insolvência é tratada no próprio texto legal como uma hipótese que se caracteriza pela impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações vencidas (Artigo 4º nº1 CIRE).

A lei define “situação” como o estado em que uma pessoa se encontra relativamente à sua condição e aos seus interesses assim como de terceiros com

¹ SERRA, Catarina. *Direito da insolvência*. Sebenta de Direito de insolvência na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, 2018, pág.5.

² *Ibid*, pág.5.

³ Vide o disposto no artigo 3º nº1 do CIRE

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

quem estabelece uma relação de interdependência, ou seja, define de uma forma geral, como insolvente, a pessoa, singular ou coletiva, que se depara com uma situação patrimonial caracterizada pela impossibilidade de efetuar o pontual cumprimento das obrigações a que está adstrita. Esta situação abrange as pessoas coletivas, que são, em sentido amplo, as “organizações de bens e agrupamentos de homens personificados pelo Direito”, assim como da personalidade jurídica, enquanto “meio técnico de organização de interesses” pode ser atribuído a entes que não sejam indivíduos humanos⁴.

Do ponto de vista jurídico a insolvência é, assim, a impossibilidade de cumprir as suas obrigações por parte do devedor, essencialmente devido à falta de meios de pagamento ou bens de liquidez, levando essa falta à superioridade do passivo exigível face ao ativo, não existindo capacidade para, deste modo, satisfazer as suas dívidas. (Artigo 3º nº2 CIRE). Podemos afirmar que a verificação desta circunstância, prevista no artigo 3º do Código da insolvência e Recuperação de empresas é pressuposto objetivo para a respetiva declaração de insolvência.⁵

No âmbito objetivo o processo de insolvência é considerado um processo de execução, de acordo com o artigo 1º do CIRE. Os credores têm duas opções em vigor, liquidar os bens que integram a massa insolvente e consequente repartição dos resultados distribuíveis ou, acordar um plano de insolvência onde o modo de satisfação dos seus interesses e direitos é regulado autonomamente⁶.

Podemos considerar de uma forma geral que o fim do processo de insolvência, onde está implicada a liquidação do património do devedor insolvente, é a satisfação dos credores. Esta satisfação acaba por ser alcançada através da obtenção de produto ou através da recuperação da empresa, sendo o insolvente uma pessoa coletiva, retomando este a atividade e alcançando resultados favoráveis ao pagamento das suas dívidas.

⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra, editora, 2005, pág. 198 e 199.

⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Um curso de Direito Comercial I: introdução, atos de comércio, comerciantes, empresa, sinais distintivos*, 11ª edição, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 138 e 139.

⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *ob. Cit.*, pag.135.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

No entanto, apesar da conceção legal do processo de insolvência conduzir à definição do mesmo como um processo de execução, Catarina Serra, reforça a ideia de que não é autorizado identificar o processo de insolvência enquanto processo executivo⁷, assinalando algumas diferenças consideráveis.

A primeira prende-se com o facto de o processo de insolvência não necessitar que haja o incumprimento de alguma obrigação, mas sim a existência de uma situação de insolvência onde acaba por estar implícito uma situação económica difícil por parte do devedor e que naturalmente se reflete no incumprimento das obrigações por parte deste, com os credores. Por outro lado, temos o requerimento da declaração de insolvência ao qual não é atribuído o poder de execução e assim sendo, não tem o requerente que exibir qualquer tipo de título executivo para que possamos estar perante um processo de insolvência. Por fim, também a sentença da declaração de insolvência, constitui uma sentença do tipo declarativo que produz efeitos que não são sentidos num processo executivo, ficando o devedor com estado civil de *insolvente*, algo que não acontece no processo executivo, não ficando, neste caso os executados com algum tipo de estado a eles associado ou do conhecimento público.

Quando declarada a insolvência, o devedor fica privado de alguns dos seus bens, como o poder de administrar a sua empresa e património assim como de dispor dos bens que configurem a massa insolvente, dica ainda obrigado a apresentar-se em tribunal e a colaborar com os órgãos da insolvência, respeitando ainda o dever de residência fixada na sentença da declaração de insolvência e dos efeitos decorrentes da insolvência culposa, se for o caso, que iremos aprofundar mais à frente⁸.

2. A Situação de Insolvência

2.1. Critérios para a definição da situação de insolvência

⁷ SERRA, Catarina, *Lições de Direito de Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2018, pág. 41.

⁸ SERRA, Catarina, *ob cit*, pág. 41.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Uma pessoa ou empresa insolvente é aquele que se encontra incapaz de cumprir as suas obrigações vencidas para com os credores, tal incapacidade é certificada através da declaração de insolvência.

LUÍS MENEZES LEITÃO ⁹avalia esta incapacidade no seu livro, “*Direito da insolvência*” através de dois critérios especiais que se podem distinguir da seguinte forma:

- a) *O critério do fluxo de caixa (cash flow)*
- b) *O critério do balanço ou do ativo patrimonial (balance sheet)*

De acordo com o primeiro critério o devedor é insolvente logo que se torna incapaz, por ausência de liquidez, para pagar as suas dividas quando estas se encontram vencidas. Neste critério, o facto do ativo ser superior ao passivo é irrelevante uma vez que a insolvência ocorre logo que se verifique a impossibilidade de cumprir os seus créditos. Trata-se de um critério simples, pois o facto de não pagar as suas dividas no momento do seu vencimento indicia a sua insolvência. Por outro lado, de acordo com o critério do balanço ou do ativo patrimonial, a insolvência resulta do facto de os bens do devedor em conjunto serem insuficientes para o cumprimento e satisfação de todas as suas obrigações. Este critério pressupõe uma apreciação jurisdicional mais complexa, pois os bens do devedor nem sempre são de fácil apreciação.

Já na perspetiva da lei portuguesa a insolvência é definida como a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas mediante o artigo 3º nº1 do CIRE, o que implica a adoção do critério do fundo de caixa. Em rigor a impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas não significa que se tenha de fazer prova de que o devedor está impossibilitado de cumprir todas as suas outras obrigações que ainda não se encontrem vencidas; basta que o devedor prove que não conseguiu cumprir as que já venceram e que se demonstre não haver possibilidade de satisfazer as restantes obrigações. Mas não basta que exista mora para que haja impossibilidade de cumprir. O Acórdão do Tribunal da Relação de

⁹ MENEZES, Luís Leitão, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 10ª edição, 2021

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Lisboa de 20.05.2010¹⁰ menciona um conjunto de aspetos consideravelmente interessantes para determinar a existência de uma situação de insolvência:

“Deve ser considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações vencidas. A situação de insolvência da ora apelante é evidenciada pela dimensão do passivo reconhecido, sem que tenham ficado demonstrados pagamentos significativos, pela falta de informação em relação aos resultados da sua atividade, sabendo-se que não permitiram fazer face ao pagamento do passivo, e pela ausência de crédito, quer junto da banca, quer dos fornecedores. E é particularmente evidenciada pela dimensão e antiguidade do crédito da ora apelada, pelo incumprimento quase total dos dois planos de pagamento da dívida que foram acordados entre as partes, sendo que o último já teve como contrapartida a extinção da instância em anterior processo de insolvência, e ainda pela inexistência de qualquer pagamento, ou proposta de pagamento deste crédito, posterior à instauração da presente ação.” (Sumário do Relator).

O critério evidenciado no artigo 3º nº1 não se prende com o facto de o devedor estar numa situação patrimonial líquida negativa, porém o nº2 já considera que em determinados casos se deve atender a esse critério para a determinação de uma situação de insolvência, no caso das pessoas coletivas. Quando se trate de pessoas singulares, as mesmas devem ser consideradas insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo avaliado segundo as normas contabilistas aplicáveis.

A lei confere uma maior importância aos dados contabilísticos por forma a evitar que ocorra um aumento do risco para quem se relaciona com os devedores em causa uma vez que se o passivo for manifestamente superior ao ativo vai levar ao aumento significativo do risco. Assim sendo esta norma acaba por ser uma norma preventiva que pretende evitar que a situação patrimonial do devedor se agrave cada vez mais enquanto este vai conseguindo crédito para pagar as suas obrigações vencidas. Importa referir que este critério não é único nem suficiente tendo em conta que se aplica a devedores que são pessoas coletivas e patrimónios

¹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.05.2010. processo nº 2509/09.1TBPD-2 in www.dgsi.pt

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente por forma direta ou indireta.

Por fim temos ainda a situação de **insolvência iminente** que não se encontra expressamente definida na Lei, mas que acabou por se ir generalizando através da doutrina e da jurisprudência. Decorre do artigo 3º nº4 do CIRE e consiste numa situação em que é possível antever que o devedor se irá encontrar impossibilitado de cumprir as suas obrigações num futuro próximo, nomeadamente nas datas em que se vencem tais obrigações. A verdade é que na lei portuguesa não existe um esclarecimento acerca dos pressupostos para que possa ser declarada a situação de insolvência iminente. O legislador, ao introduzir este pressuposto acaba por promover que se usem determinados mecanismos que possibilitem a antecipação de uma situação de insolvência. A intenção do legislador ao introduzir este novo pressuposto de situação de insolvência é promover o uso de meios que antecipem e previnam a situação de insolvência enquanto esta se encontra em estado “iminente” de forma a evitar os danos que se verificariam com a insolvência. Como é evidente, se nos encontramos perante uma situação de insolvência iminente é porque nos encontramos perante uma situação de ameaça que por si só não é suficiente, devendo tratar-se de uma probabilidade objetiva. Assim sendo é necessário que seja efetuado um juízo de prognose que pode ser auxiliado pela elaboração de um estudo sobre a liquidez do devedor averiguando quais as probabilidades de o devedor conseguir ou não concretizar as obrigações vencidas no momento da apreciação e as obrigações atuais não vencidas no momento em que se vençam, caso seja previsível que tal venha a acontecer então encontramos-nos perante uma situação de insolvência iminente.

Na doutrina alemã, há quem proponha que seja feita uma avaliação em função do que é mais provável: Há insolvência iminente se a insolvência é mais provável do que a hipótese de a evitar¹¹ (*worst-case- Betrachtung*) o que parece ser um bom critério uma vez que se exige praticamente uma certeza pois existem circunstâncias que com quase toda a probabilidade vão determinar uma situação de insolvência. Ainda no que diz respeito a este critério ele permite-nos distinguir a insolvência iminente da mera existência de uma situação económica difícil, esta

¹¹ LABAREDA, Luís A. Carvalho Fernandes e João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 3º edição, 2013, pág. 87.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

última, nos termos no artigo 17ºB, consiste em “dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez por não conseguir obter crédito”. Baseando-nos na doutrina alemã, estaríamos perante uma situação económica *difícil* e não uma insolvência iminente se a probabilidade de se verificar uma situação de insolvência não é superior à probabilidade de não ocorrer a insolvência.

Importa ainda relativamente a este tema mencionar uma dificuldade que o artigo 3º, nº 4 do CIRE coloca na sua redação e que consiste em não indicar qual é a situação de insolvência atual a que se encontra equiparada a insolvência iminente. Ou seja, as pessoas coletivas e patrimónios autónomos que podem ser declarados insolventes nos termos no 3º, nº 2 podendo apresentar-se à insolvência podem também fazê-lo nos casos em que estão em situação de iminência de ver o seu passivo ficar manifestamente superior ao ativo? A verdade é que a lei não exclui tal possibilidade. Por outro lado, coloca-se também a questão de saber se há dever de apresentação à insolvência por parte do devedor que se encontra em situação de insolvência iminente.

Alguns autores aprovam esta posição. A posição adotada por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS¹²” é a de que esta não é, todavia, a melhor solução. O artigo 18º, nº 1 dispõe que o devedor deve requerer a declaração de insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência ou à data em que devesse conhecê-la. Esta situação de insolvência aqui em relevo parece ser assim a descrita no nº 1 do artigo 3º e não a de insolvência iminente que se encontra prevista no nº 4 no artigo 3º. A partir da leitura do artigo 18º, nº1 fica explícito que a situação de insolvência a que tal artigo se refere é a prevista no nº 1 do artigo 3º e sem qualquer menção ao nº 4.

3. Conceitos essenciais

3.1. Administrador de Insolvência

¹² MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso de direito da insolvência*, Coimbra, Almedina, 2ª Edição, 2016, pág 56

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

O Administrador de insolvência é um órgão determinante para o decurso do processo de insolvência.

As funções do administrador de insolvência são essencialmente funções executivas, integrando-se na categoria de administrador judicial, regulada pelo Estatuto do Administrador Judicial (EAJ).

De acordo com LUÍS MENEZES LEITÃO, “a nomeação de um administrador da insolvência é necessária, face à desconfiança na capacidade de administração do devedor, que as suas insolvências naturalmente pressupõem. Assim a administração tem de ser atribuída a um administrador autónomo do devedor.”¹³

A nomeação do Administrador da insolvência é feita através de um juiz, de acordo com o artigo 52º, nº 1 do CIRE. Tal nomeação está sujeita a uma série de formalidades, nomeadamente as dispostas no artigo 32º, nº 1, devendo a escolha, regra geral, recair sobre um administrador inscrito nas listas oficiais de administradores judiciais e ser efetuada por processo informático, de modo a assegurar a aleatoriedade e a igualdade na distribuição dos processos (artigo 13º nº 2 do EAJ). No entanto, o artigo 52º, nº 2 dispõe, que a preferência do juiz deve incidir sobre o administrador judicial provisório em funções à data da declaração da insolvência. Admite-se ainda que o juiz tenha em conta as indicações feitas pelo próprio devedor ou pela comissão de credores (caso exista) no caso de a massa insolvente compreender uma empresa com estabelecimento em atividade ou quando o processo de insolvência assume grande complexidade. De acordo com o artigo suprarreferido, entendemos que se trata de uma possibilidade e não de uma obrigação, ao contrário da versão anterior do CIRE, em que o legislador impunha a obrigatoriedade de atender às indicações do devedor.

Apesar de a nomeação do Administrador de insolvência recair sobretudo sobre o juiz, essa competência não é exclusiva, uma vez que o artigo 53º, nº1 atribui aos credores um poder considerável na escolha do administrador de insolvência. É possível aos credores, reunidos em assembleia, elegerem uma

¹³ MENEZES, Luís Leitão, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 10ª edição, 2021, pág 103.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

pessoa diferente, até mesmo uma pessoa que não conste na lista oficial de administradores judiciais ¹⁴.

No caso de se tratar de uma escolha diferente pelos credores para o exercício de funções de administrador de insolvência o juiz só pode recusar nomear a pessoa eleita pelos credores quando se considere que ela não tem idoneidade ou aptidão para o exercício do cargo ou que é manifestamente excessiva a retribuição aprovada pelos credores, artigos 53º, nº 3 do CIRE.

No exercício da sua atividade, o administrador da insolvência tem uma difícil missão, que é a de defender e tentar conciliar dois grupos de interesses que estão em natural contraposição: por um lado os interesses do insolvente, sujeito que ele representa para todos os efeitos de carácter patrimonial, artigo 81º, nº 4 do CIRE, e por outro lado os interesses dos credores uma vez que o fim do processo é a satisfação completa e possível dos interesses do máximo número de credores¹⁵.

O Administrador de insolvência assume funções imediatamente após ser notificado da sua nomeação (Artigo 54º). É ao Administrador de insolvência que cabe, em regra, proceder à conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à eventual continuação da exploração da empresa (Artigo 55º, nº 1 b)) e representa o devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência (Artigo 81º, nº 4). Com a declaração de insolvência, passa o Administrador de insolvência a ter o poder de administrar os bens da massa insolvente e dispor dos mesmos (Artigo 81º, nº 1).

O administrador da insolvência tem como dever elaborar um inventário dos bens e direitos integrados na massa insolvente na data anterior à do relatório (Artigo 153º nº1) e ainda a elaboração da lista provisória de credores de que trata o artigo 154º e o relatório mencionado no artigo 155º.

Uma outra função do AI é, desde logo, receber as respetivas reclamações de crédito (Artigo 128º, nº 2), apresentando uma lista, na secretaria do tribunal, com os respetivos credores reconhecidos e os não reconhecidos, ou seja, não só os que reclamaram, mas também aqueles que aparecem nos elementos da

¹⁴ Esta pode não constar, mas apenas em casos devidamente justificados, por força do artigo 53º nº2 do CIRE, atendendo à especial dimensão da empresa compreendida na massa insolvente, à especificidade do ramo de atividades e complexidade do processo.

¹⁵ SERRA, Catarina, *Lições de Direito (..)*, pág.80.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

contabilidade do devedor ou que este tenha obtido o conhecimento (Artigo 129º, nº 1). Estes têm também o direito e o dever de participar nas assembleias de credores, como decorre do artigo 72º, nº 5, podendo solicitar ao juiz a sua convocação, devendo, quando solicitado prestar todas as informações sobre quaisquer assuntos compreendidos no âmbito das suas funções (Artigo 79º).

3.2. Administradores de Direito e de Facto

3.2.1. Breve análise

As sociedades comerciais, após a sua constituição, gozam de uma capacidade que compreende os “direitos e as obrigações necessárias ou convenientes à prossecução do seu fim” (Artigo 6º CSC). Uma vez que não existem enquanto pessoas físicas, as sociedades precisam de alguém que atue em sua representação, praticando os atos que irão produzir efeitos na esfera jurídica da sociedade, atuando de acordo com os seus interesses. Por este motivo quando estamos perante a qualificação da insolvência de uma sociedade comercial como culposa, tem de se repercutir sobre as pessoas que constituem o órgão que repercute a sua vontade que são os administradores.

Assim sendo, vou neste estudo demonstrar quem é o administrador, quais os seus deveres e suas funções, procurar demonstrar quais os efeitos que podem ocorrer na sua forma jurídica decorrentes da qualificação da insolvência e procurar compreender que aspetos na gestão dos mesmos podem ou não contribuir para o agravamento ou criação da insolvência.

3.2.2. Administradores para efeitos de Direito das Sociedades

Os administradores são as pessoas que têm a cargo a condução de um determinado património. Sobre os administradores e gerentes de uma sociedade comercial recaem deveres, decorrentes das suas funções, cujo incumprimento acarreta responsabilidades para os mesmos.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

No decorrer das suas funções ao agirem de forma a ir contra os seus deveres legais que lhes são incutidos pela lei ou dos estatutos que os vinculam, podem causar danos à sociedade, ao sócio ou a terceiros.

O sistema da responsabilidade civil dos administradores e gerentes tem sido objeto de considerável atenção por parte da doutrina¹⁶. No Direito das Sociedades complementa-se em três aspetos: - a responsabilidade para com a sociedade, - a responsabilidade para com credores, - a responsabilidade para com sócios e terceiros.

A administração das sociedades comerciais engloba dois tipos de atividades que podem não estar necessariamente conectadas, que são então, a gestão/administração e a representação da sociedade. A atividade de gerir a sociedade tem uma vertente interna e esta ligada ao funcionamento da mesma, enquanto a representação tem uma vertente mais externa porque diz respeito a atuação da sociedade perante terceiros produzindo efeitos externos.

Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹⁷ a administração poderá ter dois sentidos, um sentido lato e um sentido estrito. Os poderes de administração em sentido lato são os poderes gerais para administrar que se tornam indispensáveis à prossecução dos fins da sociedade e em sentido estrito os atos e negócios celebrados pela sociedade e realizados por intermédio de uma direção.

De acordo com o artigo 64º do CSC os administradores estão sujeitos ao cumprimento de deveres de cuidado “revelando a disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado. E ainda o dever de lealdade “os gerentes e administradores da sociedade devem observar deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses a longo

¹⁶ LEITÃO, Adelaide Menezes, Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, 2011, Lisboa, pág.19-53.

¹⁷ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades I Parte Geral*, 3.ª Edição, Almedina, 2011, pp. 839 e 840

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

prazo dos sócios e ponderando os interesses da sociedade, tais como os seus trabalhadores clientes e credores”.

3.2.3. Administradores de facto

Apesar de não existir na lei nenhuma norma que defina o que são administradores de facto, nem no CIRE nem no CSC, Coutinho de Abreu, dá como noção de administrador de facto em sentido amplo, “quem sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade”.

Assim podemos retirar deste conceito três requisitos necessários para podermos afirmar que estamos perante um administrador de facto:

- i) Não necessita de existir um título que legitime a execução da atividade própria de um administrador da sociedade. Poderá se alguém que apesar de não ter nenhuma denominação contratual exerça poderes que competem aos administradores de direito que foram regulados para exercer de forma regulamentada as suas funções, alguém que atua como administrador somente não tem título de designação, que possa ter alguma relação com a sociedade que leve a cabo de forma autónoma atividades e atuações na gestão da sociedade.
- ii) Exerce de forma direta ou indireta as funções de um administrador de direito, atua como se estivesse na posição de administrador da sociedade, exercendo as mais variadas funções perante terceiros. Tratando de forma autónoma nos negócios podendo impor as suas decisões perante os administradores (os designados administradores na “sombra”), esta influência sobre os administradores deve-se provar ser duradoura e continua e com autonomia decisória.
- iii) Exercício autónomo de funções próprias de um administrador de direito e atuando como tal, ter influência sobre os administradores de direito.

Os administradores de facto devem estar sujeitos à responsabilidade civil para com a sociedade e terceiros, pois, da mesma forma que os administradores de direito que eles administram, devem estar sujeitos às regras de administração, sujeitando-se também à responsabilidade no caso do seu incumprimento.

3.2.4. Administradores para efeitos do CIRE

Na atual redação do CIRE podemos apontar como definição de administradores as pessoas que “disponham ou tenham disposto, em alguma medida, e tanto por força da lei como de negócio jurídico, de poderes incidentes sobre o património do devedor. Tal definição encontra-se prevista no artigo 6º do CIRE que determina que são tidos como administradores, não sendo o devedor uma pessoa singular, aqueles a quem “incumbe a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”. Tal noção deve ser considerada sempre que a lei se reporte às figuras em causa, e com respeito pela realidade envolvida num processo de insolvência.¹⁸

Na nossa perspetiva, esta definição não se encontra precisa no que diz respeito aos efeitos da qualificação da insolvência uma vez que o legislador expressa os administradores de facto sem nunca esclarecer a sua definição expressa e precisa.

Por norma, o exercício da administração compete a quem esteja legal ou voluntariamente investido nas correspondentes funções, mas a verdade é que devem ainda ser considerados para esse efeito todos aqueles que desempenham funções de facto, e quando as exerçam de forma, permanente no decorrer da atividade profissional da empresa. O que nos leva a entender que a noção de administrador de facto está contida na lei do artigo 6º nº1 a) do CIRE a começar pela epígrafe do artigo “noções de administradores e de responsáveis legais” que configura, conter em si, tanto os administradores de direito como os de facto. Outro argumento é a inclusão dos administradores de facto na definição utilizando o advérbio “designadamente” no texto da alínea a) do nº1 do artigo 6º do CIRE, expondo o carácter meramente enunciativo da referência aos “titulares do órgão social competente para administração ou liquidação”¹⁹.

¹⁸ Neste sentido cf.. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit., pág. 99.

¹⁹Ibidem, pág.101

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Aqui importa perceber quem podemos responsabilizar pela administração de uma empresa insolvente sendo estas todas as pessoas encarregadas de administrar os bens de outrem e serão então responsabilizadas por qualquer erro que ocorra no património administrado juntamente ou não com o devedor.

II. O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

1. Enquadramento jurídico

A criação do incidente de qualificação de insolvência surge com o sentido de responsabilizar os sujeitos jurídicos que contribuem para as situações de insolvência com comportamentos dolosos ou com culpa grave e não seguindo assim os interesses e satisfação dos credores. Com a abertura do incidente de qualificação de insolvência procura-se determinar se a situação de insolvência analisada derivou de algum comportamento doloso por parte do devedor ou seus administradores e no caso de tal vir a ser provado, quais os efeitos que irão recair sobre estes. Verifica-se assim que a instituição destes incidentes teve o objetivo de por um lado, prevenir condutas que coloquem em causa a segurança do comercio jurídico-económico e por outro lado, repreender comportamentos culposos adjacentes a insolvência ou que agravem tal situação.

Este incidente encontra-se regulamentado nos artigos 185º e ss do CIRE e constitui uma fase do processo em que se destina a averiguar quais as razões que conduziram à situação de insolvência e se consequentemente essas razões foram meramente fortuitas ou correspondem antes a uma atividade negligente e com

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

intuitos fraudulentos por parte do devedor,²⁰ não se debatendo aqui os efeitos penais abrangidos pela culpa na atuação destes. É então necessário que seja declarado aberto o incidente de qualificação, (que segue como caracter urgente como decorre do artigo 9º nº1) se eventualmente o incidente de qualificação não for aberto, o juiz deve declarar expressamente na decisão de encerramento prevista no artigo 230º que a insolvência tem caracter fortuito (artigo 233º nº6) e o mesmo deve fazer se o incidente não tenha sido aberto nos termos no artigo 188º nº1 e 2º.

Mais uma vez, fazemos aqui referência ao nexo de causalidade que tem que existir entre o ato doloso que existiu por parte do devedor ou administrador e se o mesmo é que leva ao agravamento ou criação da situação. Só nestes casos é que a insolvência deve ser considerada culposa implicando assim os efeitos para as pessoas afetadas²¹.

2. Tramitação do incidente

O incidente de qualificação de insolvência é feito como em apenso ao processo de insolvência, e tem ainda caracter urgente (Artigo 9º e 132º do CIRE). Sucede que antigamente esta tramitação tinha caracter obrigatório, e em todos os processos de insolvência era necessário passar por esta fase processual e com a Lei 16/2012, o mesmo passou a ter caracter eventual caso existam elementos que justifiquem a sua abertura.

O incidente de qualificação de insolvência é declarado *aberto*, com carácter pleno ou limitado, na própria sentença de declaração de insolvência (artigo 36º i). No entanto caso o devedor já tenha sido declarado insolvente em processo anteriormente encerrado, o facto de a insolvência anterior não ter sido qualificada como culposa impede em virtude no princípio *non bis in idem*, que o assunto seja novamente

²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 4ª Edição, pág 269

²¹ Ponto 40 do Preâmbulo do Diploma que aprovou o CIRE “Um objetivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas. É essa finalidade do novo “incidente de qualificação de insolvência”

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

objeto de discussão neste segundo processo. Aberto o incidente qualquer interessado tem até 15 dias depois da realização da assembleia de apreciação do relatório para alegar por escrito, o que considerar oportuno para a qualificação (188º, nº 1). Terminado este prazo o Administrador de insolvência deverá, nos 15 dias seguintes apresentar um parecer devidamente fundamentado e documentado sobre os factos relevantes e apresentando uma proposta de decisão referindo as pessoas que devem ser afetadas pela qualificação da insolvência como culposa (188º, nº 2). O processo corre em seguida com vista ao Ministério Público, para que se pronuncie no prazo de 10 dias (188º, nº 3). Existindo concordância de posições o juiz é obrigado a seguir essa posição sem possibilidade de recorrer (Artigo 188º, nº 4).

Dado o disposto no artigo 11º, a decisão proferida no incidente de qualificação pode ser baseada em factos não alegados pelas partes exigindo-se, no entanto que o visado tenha sido chamado a pronunciar-se sobre eles. A sentença que qualifique a insolvência como culposa é suscetível de recurso nos termos gerais do artigo 14º o qual pode ser interposto por qualquer das pessoas afetadas pela qualificação.

3. Qualificação da insolvência como culposa

Nos termos do artigo 186º, nº 1 a insolvência deve ser considerada como culposa se “tiver sido criada ou agravada na consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”. Exige-se, assim, para que a insolvência seja considerada como culposa não meramente uma conduta dolosa ou com culpa grave por parte do devedor e seus administradores, mas também um nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência contribuindo tal comportamento para o agravamento ou até mesmo criação de tal situação.

O artigo 186º, nº 2 contém, no entanto, uma presunção *juris et de jure*, em que a insolvência é sempre havida como culposa, de insolvência culposa considerando-se como tal sempre que os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja pessoa singular tenham praticado atos destinados a empobrecer o património do devedor ou incumprindo determinadas obrigações legais. No preceito

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

referido surge escrito que o regime é aplicável ao “devedor que não seja uma pessoa singular” e considere relevantes certas atuações dos administradores de direito e de facto desse devedor. Mencionamos agora quais são as situações que desencadeiam esta presunção seguindo a ordem pela qual são apresentadas no artigo 186º, nº 2, importa referir que esta presunção, pressupõe, que desde a ocorrência dos factos que a desencadeiam até ao início do processo não tenham decorrido mais de três anos (artigo 186º, nº 1). Será considerada insolvência culposa aquela em que os administradores de direito ou de facto do devedor que não é pessoa singular:

a) Destruíram, danificaram, inutilizaram, ocultaram ou fizeram desaparecer, no todo ou em parte considerável o património do devedor (artigo 186º nº2 a));

b) Criaram ou agravaram artificialmente passivos ou prejuízos, reduziram lucros, nomeadamente causando a “celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas”;

c) Compraram mercadorias a crédito, com revenda ou entrega das mesmas com pagamento “por preço sensivelmente inferior ao concorrente antes de satisfeita a obrigação”;

d) Dispuseram dos bens do devedor “em proveito pessoal ou de terceiros”

e) Exerceram uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa, a coberto da personalidade coletiva da empresa;

f) Fizeram um uso dos créditos ou bens do devedor contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, “designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto”²²;

g) Não cumpriram a obrigação de manter a contabilidade organizada, mantiveram uma contabilidade que não correspondia à realidade ou “dupla

²² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 03.03.2009, Relator Pinto dos Santos, processo nº 0827686, e o Ac. RC de 28.04.2010, Relator Fonte Ramos, processo nº 4182/08.5TJCBR-B.C1, ambos em www.djpi.pt

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença contabilidade”, ou praticaram irregularidades que arrecadassem prejuízo para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor;

h) Prosseguiram com uma exploração deficitária mesmo sabendo que esta conduziria com fortes probabilidades a uma situação de insolvência;

i) Não cumpriram, reiteradamente, os respetivos deveres de apresentação e colaboração até à data da elaboração do parecer mencionado no artigo 188º, nº 3.

Nos casos mencionados no artigo 186º, nº 2, presume-se não só a culpa, mas também o nexo de causalidade acima mencionado quanto à criação ou agravamento da situação de insolvência.²³ No entanto, a prova de alguns factos aqui mencionados não presume logo uma situação de insolvência até porque para que tal presunção atue é necessário, no que diz respeito ao devedor que não é pessoa singular, que tenham sido os seus administradores, de direito ou de facto, a atuar na forma descrita no artigo.

Os administradores são “aqueles a quem incumbe a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”. Podem ser afetados pela qualificação de insolvência como culposa tanto os que ainda o sejam até à data em que esta é proferida como aqueles que já o deixaram de ser na altura. Tratando-se de um devedor que seja pessoa singular, há hipóteses previstas no artigo 186º, nº 2 que não poderemos aplicar, mas tal não significa que um devedor pessoa singular não esteja a exercer uma atividade com vista o proveito próprio ou de terceiros e o prejuízo da empresa.

Já relativamente ao artigo 186º, nº 3 estamos perante uma presunção *iuris tantum*, presunções que podem ser afastadas mediante prova em contrário²⁴, e neste artigo é presumida a culpa grave por parte do administrador de facto ou direito quando o devedor não se trate de uma pessoa singular. Importa relembrar, antes de mencionar as hipóteses descritas no artigo suprarreferido, que também tal hipótese pressupõe que desde a ocorrência dos factos que a desencadeiam não

²³ SERRA, Catarina, *Lições de Direito* (...), pág.65

²⁴ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da insolvência*, Coimbra, Almedina, 2009, pág 270

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença
tenham decorridos mais de três anos até ao início do processo de insolvência (artigo 186º, nº 1).

A alínea a) estabelece que se presume a existência de culpa grave se os administradores de direito ou de facto de o devedor não cumprirem o dever requerer a declaração de insolvência. Tal dever não abrange as pessoas singulares não titulares de empresas (artigo 18º, nº 2), em relação às mesmas o artigo 186º, nº 5 dispõe que mesmo que não se apresentem à insolvência ou atrasem essa apresentação, a insolvência não será considerada culposa apenas por isso. Por sua vez o artigo 186º, nº 3 b) acrescenta que o não cumprimento pelos administradores de direito ou de facto do devedor da obrigação de elaborar no prazo legal, as contas anuais, bem como as obrigações de as submeter à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial, faz presumir a existência de culpa grave, estando obviamente pressuposta a existência de tal obrigação. Tal regime demonstra-se essencial uma vez que a elaboração das contas permite decisões tomadas de modo informado, decisões essas que podem afastar a situação de insolvência. A submissão das contas à devida fiscalização permite ao órgão de fiscalização atuar em conformidade com a lei e o depósito na conservatória do registo comercial confere a terceiros a possibilidade de apreciarem mais facilmente a situação do devedor e de tomarem decisões mais informadas sobre a concessão de mais ou menos crédito ao mesmo. As duas alíneas do artigo 186º, nº 3 fazem presumir a culpa grave se os deveres ali mencionados não foram cumpridos pelos administradores de direito ou de facto. E no caso do artigo 186º, nº 4 é necessário que tenha sido a pessoa singular devedora ou os seus administradores a não cumprirem os mesmos. No que diz respeito ao administrador de facto de devedor que não é pessoa singular é preciso ter em conta, ainda assim, que os comportamentos em causa no artigo 186º, nº3, dificilmente podem ser por ele praticados, e isso permite afastar a presunção.

Relativamente à insolvência fortuita o CIRE não dá qualquer definição, portanto consideramos fortuita toda a insolvência que não seja considerada culposa.²⁵

²⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág 119

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

A doutrina aponta como condição necessária, para que possamos qualificar a insolvência como culposa que haja um nexo de causalidade entre o comportamento doloso, seja ele uma ação ou uma omissão e a criação ou agravamento da situação de insolvência.

Para CARVALHO FERNANDES²⁶ as alíneas do artigo 186º nº2 dividem-se em três grupos, o primeiro são os atos que afetam no todo, ou em parte razoável o património do devedor (alínea a) e c)), o segundo são os atos que prejudicam a situação patrimonial, mas simultaneamente trazem benefícios para quem os pratica ou para terceiros (alíneas b), d), e), f) e g)) e por fim o grupo que consagra o incumprimento de obrigações legais (alínea h) e i).

Relativamente à insolvência fortuita o CIRE não dá qualquer definição, portanto consideramos fortuita toda a insolvência que não seja considerada culposa.

3.1. A responsabilidade dos administradores resultante da qualificação da insolvência como culposa

A facilidade com que as empresas entram numa situação de insolvência desencadeia nos credores e investidores uma forte sensação de insegurança acabando por levar a algumas roturas no mercado económico uma vez que são os direitos dos credores que ficam verdadeiramente afetados com essa realidade. Neste sentido o ordenamento jurídico adota medidas que salvaguardem estes interesses, medidas essas que responsabilizam os devedores e administradores pelos seus

²⁶ FERNANDES, Luís Carvalho, A qualificação da Insolvência e a Administração da massa Insolvente pelo devedor em Themis- Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Quid Iuris, 2009, pág 95..

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

comportamentos fraudulentos que possam vir a desencadear a situação de insolvência, estas medidas tem o carácter preventivo de evitar que estes acontecimentos sucedam e certamente o carácter de proteção para que os investidores não se sintam desprotegidos e se encontrem salvaguardados dos seus direitos, naturalmente este carácter caminha a par com o carácter sancionatório na norma que traduz efeitos negativos para a esfera jurídica daqueles considerados afetados pela situação de insolvência em sentença.

Maria de Fátima Ribeiro²⁷ considera que a responsabilização tem uma função preventiva uma vez que ao estarem previstas normas que responsabilizem estes administradores, os mesmos acabam por ser pressionados a atuar de uma forma mais prudente e diligente contribuindo também para o aumento de segurança por parte dos credores, pois caso estes venham a violar os seus deveres ou a causarem a situação de insolvência, os credores são pelo menos compensados com os danos que sofreram.

É assim que surge o incidente de qualificação de insolvência que procura igualmente responder a questões como: quais os efeitos que a insolvência detém ou acarreta na esfera jurídica dos membros do órgão de administração, se o património pessoal pode ser chamado para pagar o passivo da sociedade, se as insolvências detêm algum efeitos e aplicabilidades na esfera penal, se a insolvência vai afetar de forma jurídica a carreira profissional dos membros dos órgãos de administração.

O principal objetivo é saber se a insolvência de uma sociedade pode ser fonte de responsabilidade para os administradores da sociedade perante os credores quando os estes atuaram de forma fraudulenta quando a insolvência tenha por base uma atuação culposa à luz do CIRE.

Do artigo 126º- A do CPEREF resultava a “Responsabilidade solidária dos dirigentes” das sociedades ou pessoas coletivas que pelos seus atos, contribuíssem de modo significativo para a situação de falência. O nº 2, com vista a complementar o alcance do preceituado no nº 1 estabelece um conjunto de atos considerados

²⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução do direito português e espanhol*, 2015, Em: *Direito das Sociedades em Revista*, Nº14, pág. 69.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

responsáveis para contribuir, em termos significativos para a falência da sociedade²⁸. Já o artigo 126º B punha em causa a responsabilização pelo passivo da sociedade conhecido e a descoberto à data da declaração de falência. Desta forma, concedia a possibilidade de qualquer credor ou o Ministério público requererem ao tribunal que fixasse um prazo para que os responsáveis satisfizessem o passivo conhecido da sociedade ou pessoa coletiva a descoberto à data da declaração da falência ou o montante do dano por eles causado, se fosse inferior. Este artigo explicitava aqui duas situações diferentes; ora, a responsabilidade solidária nos termos do artigo 126º e a responsabilidade civil dos fundadores, gerentes, administradores ou diretores, nos termos do artigo 72º, 78º e 79º do CSC. Uma vez que este sistema apontava demasiadas falhas e não se demonstrava ser um processo idóneo, deu-se a entrada do CIRE no nosso ordenamento jurídico. Quanto ao regime apresentado no artigo 126º-C do CPEREF, era considerado um regime de falências conjuntas, este regime tinha a aplicação que chegando ao fim do prazo fixado no artigo 126º B e não tenham sido pagos aos credores pelos sujeitos responsáveis pela falência da empresa, o valor do passivo que se encontrava a descoberto à data da declaração da falência, ou o valor do dano provocado, é dado a qualquer credor ou ao MP a faculdade de prescindir deste mecanismo onde irá ser declarada a falência dos responsáveis. Ainda o artigo 148º do CPEREF determinava ainda que o juiz aplicaria aos administradores indicados no artigo 126º a inibição para o exercício do comércio e também para o desempenho de determinados cargos.

Com o surgimento do CIRE desaparecem as normas que dizem respeito à responsabilidade civil dos administradores de sociedades insolventes e o regime de responsabilidade solidária dos dirigentes e também deixa de ser regulada a imputação de prejuízos dos administradores relacionada com a insolvência da sociedade, surgindo assim o incidente de qualificação de insolvência de forma a determinar, como já foi dito, se a insolvência teve por bases comportamentos culposos por parte

²⁸ cf. FERNANDES, Luís carvalho/Labareda, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência Anotado*, 3º ed., 1999, 348, n. 3.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

do administrador, e no caso do apuramento ser positivo serão assim aplicadas as normas sancionatórias previstas neste incidente.

Quando uma empresa entra numa fase de pré-insolvência torna-se imprescindível que se reúnam meios para evitar a incapacidade financeira da mesma o que significa que estamos perante um elevado risco levando a que muitas vezes aqueles que tenham a possibilidade de controlar ou gerir de alguma forma a empresa possam vir a praticar medidas pouco corretas que levará á insuficiência financeira as sociedades. Tal insuficiência acaba por prejudicar não só a sociedade, mas também todos os credores da mesma, uma vez que ficam sem as suas dividas satisfeitas pois a empresa não tem capacidades e o património dos sócios não responde perante as dividas.

É aqui que entra o Direito de insolvência que permite que exista uma tutela dos créditos e a previsão de meios que permitam satisfazer os mesmos da melhor forma possível, prevendo o ordenamento jurídico normas cujo objetivo é proteger os credores, prevenindo e sancionando comportamentos que possam ser considerados como oportunistas por parte dos administradores das sociedades²⁹.

Assim, torna-se necessário que exista uma responsabilização dos administradores quando estes tenham contribuído para a diminuição do património da sociedade. De acordo com o previsto no artigo 185º o processo do incidente de qualificação de insolvência destina-se a averiguar quais as razões que deram origem ao processo de insolvência e se são razões meramente fortuitas ou apresentam algum conteúdo fraudulento ou negligente.

MENEZES LEITÃO³⁰ afirma que o nº3 do artigo 186º é constituído por presunções que classificam como *iuris tantum* de culpa grave por parte do devedor que não seja pessoa singular sempre que os seus administradores de direito ou de facto tenham incumprido as regras presentes nas suas alíneas. Desta forma, quando apresentados e analisados estes factos o juiz vai presumir a culpa grave por parte dos administradores na insolvência da empresa, no entanto, tal classificação pode ser

²⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores nominais pelos atos praticados por administrador de facto*, in Revista de Direito Comercial, 2022.

³⁰ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015 pág. 253.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença
excluída caso seja demonstrada que impossibilidade do cumprimento das obrigações vencidas não se deveu à culpa por parte do devedor.

Importa referir que o dolo ou a culpa grave traduz-se no conhecimento e vontade de realizar um facto tendo o pleno conhecimento da situação financeira da sociedade e mesmo assim decidir praticar determinadas condutas tentando alcançar a declaração de insolvência ou o agravamento desta. Mas ainda que a intenção não seja prejudicar, quando a atuação traz efeitos negativos para a situação financeira da empresa ou passa por violar alguns dos deveres mencionados no artigo 186º do CIRE, é também considerada uma atuação dolosa e por isso o administrador deve ser responsabilizado uma vez que o CIRE não faz qualquer referência ao dolo ou tipo de dolo que possamos estar a enfrentar. Assim, considero dolo quando o objetivo principal naquela conduta é a obtenção da insolvência e do insucesso financeiro da sociedade, considero dolo ainda quando o comportamento incorreto não tem o objetivo principal de alcançar a insolvência, mas a possibilidade de esta ocorrer é válida e conhecida pelo autor do ato e por fim, haverá também, dolo quando a insolvência é um efeito do ato praticado, mas a previsão era mais reduzida. Mas a verdade é que o tipo de dolo é pouco relevante para a questão da responsabilização dos credores uma vez que em todos eles o desfecho da insolvência é conhecido e as suas atuações demonstraram-se causadoras da mesma demonstrando a falta de critério por parte do administrador e inaptidão para exercer de forma correta o seu papel.

Cabe-nos assim, proceder à análise do artigo 189º, nº 2 e) do CIRE que prevê a condenação das pessoas “afetadas a indemnizarem aos credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.

Esta foi a grande novidade introduzida pela Lei 16/2012 de 20 de abril, reforçando desta forma a responsabilidade do devedor e dos seus administradores, de facto e de direito, sendo esta alteração considerada para muitos a mais importante e significativa

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

no capítulo da qualificação de insolvência ³¹, uma vez que anteriormente não era estabelecida qualquer indemnização dos credores por parte das pessoas consideradas afetadas em sentença. Esta alteração realizada ao CIRE mediante o aditamento da alínea e) ao n.º 2 fez surgir na ordem jurídica o debate em torno da natureza e funções da responsabilidade pela insolvência. Uma das questões que se vamos debater é a natureza jurídica da responsabilidade da insolvência.

O método de responsabilização pretende aderir ao esquema da responsabilidade aquiliana prevista no artigo 483.º do CC n.º 1, uma vez que consagra os mesmos requisitos: i) um facto voluntário; ii) a ilicitude, iii) a imputação do facto ao lesante, iv) o dano, v) o nexo causal entre o facto e o dano. Desta forma, a responsabilidade pela insolvência assenta na prática de um ato ilícito, praticado ou omitido pelas pessoas afetadas que faz presumir a criação ou agravamento da situação de insolvência, assim como a existência de um nexo de causalidade entre esse ilícito e o dano pelo facto dos credores não verem os seus créditos satisfeitos. Assim consideramos esta responsabilidade como subsidiária, solidária e limitada.

Subsidiária uma vez que está sujeita a uma condição: as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa são apenas consideradas quando exista determinado acontecimento, neste caso, a massa insolvente demonstrar-se insuficiente para a satisfação integral dos créditos dos credores sociais.

A responsabilidade é igualmente solidária já que uma vez que existem várias pessoas afetadas pela sentença que determina o carácter culposos da insolvência, são os mesmos que são solidariamente responsáveis pelo pagamento do montante a indemnizar.³² Caso existam várias pessoas afetadas, a alínea a) do n.º 2 estabelece um critério de repartição interna de responsabilidade, impondo ao juiz a fixação do grau de culpa de cada um dos sujeitos ativos, respondendo cada um deles na medida desse

³¹ Parecer da associação sindical dos Juizes Portugueses sobre o anteprojeto de diploma que altera o código da insolvência e da Recuperação da empresa, de 24 de novembro de 2011, pág. 25.

³² SOVERAL, Alexandre Marins, *Um curso de Direito de insolvência*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016 pág. 431.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

grau. Quando há mais do que uma pessoa afetada, o pagamento de tal indemnização pode ser exigido a qualquer uma delas, nos termos do artigo 519º do CC. Podendo aqueles que tenham procedido ao pagamento em detrimento dos restantes, exercer o respetivo direito de regresso contra os restantes nos termos do artigo 497º nº2 do CC.³³

Por último designamos ainda esta responsabilidade como limitada uma vez que o valor da indemnização a pagar apenas se cinge ao montante dos créditos não satisfeitos. De acordo com ROSÁRIO EPIFÂNIO, a responsabilidade pela insolvência é limitada, dado que apenas abrange o “passivo a descoberto”, não dizendo, por conseguinte, respeito a todos os créditos. Tal conteúdo não repara todos os danos causados aos credores pela insolvência, mas também não pode ser superior aos créditos não satisfeitos.

Neste tema verificamos uma discórdia na doutrina que assenta na interpretação no nº2 e) do artigo 189º uma vez que o artigo refere que a responsabilidade ocorre até à força dos patrimónios dos responsáveis ficando aqui a questão de se há verdadeiramente intenção de limitar a responsabilidade ou se se pretende ampliar a mesma. SOVERAL MARTINS, coloca-se na posição de que não pretende tal redação acrescentar nada mais à legislação, ou seja, não deve ser feita uma leitura da norma de forma a possibilitar outra interpretação, pretende apenas coincidir com o regime geral previsto no artigo 601º do CC, afirmando que o legislador apenas quis enfatizar que “todo o património de cada pessoa afetada responde pela indemnização em causa”. Noutra parte da Doutrina encontramos MENEZES LEITÃO, segundo o qual a lei pretende com tal redação excluir a possibilidade de os afetados pela qualificação serem declarados insolventes por não poderem cumprir esta obrigação de indemnização na sua integridade. Tal como Menezes Leitão, também a nossa visão acredita que a lei não pretende ser repetitiva do que já constava nos seus termos gerais, mas sim inovar a sua aplicação considerando que não devem ser admitidos novos

³³ Segundo o disposto no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 08-03-2018 (ANA CRISTINA DUARTE), «obrigação é solidária quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, sendo que o credor tem o direito de exigir de qualquer dos devedores toda a prestação ou parte dela, proporcional ou não à quota do interpelado».

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

processos de insolvência contra as pessoas afetadas por estas não conseguirem cumprir a sua obrigação de indemnizar.

Podemos defender que o nº 2 do artigo 186º do CIRE determina um conjunto de deveres de conduta que devem ter como objetivo fazer com que a atuação dos administradores seja feita de forma a prevenir a insolvência de determinada sociedade, logo consideramos como deveres fundamentais e gerais dos administradores- o dever de cuidado e dever de lealdade- já mencionados e previstos no artigo 64º do CSC, mas são também consideradas normas de carácter legal com o intuito de impor deveres jurídicos específicos de forma a proteger terceiros, relevantes assim para a determinação da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, os credores e para com terceiros, responsabilidade prevista nos artigos 78º e 79º do CSC.

3.2. A responsabilidade dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas na insolvência culposa

Tendo em conta a importância da atividade dos TOC e dos ROC para as entidades a quem prestam os seus serviços, é recorrente que tais pessoas se tornem imprescindíveis para o decorrer da atividade profissional de tais entidades criando fortes relações com os seus administradores. De tal relação pode por vezes surgir consequências negativas como por exemplo a perda de independência no exercício de funções que desempenham os TOC e os ROC, pois quanto mais próximos se encontram dos membros da sociedade maior será a probabilidade de atuarem de forma menos isenta e mais fraudulosa.

Apesar de serem os responsáveis pela empresa que criam culposamente a situação de insolvência, os TOC e ROC acabam por ser chamados a intervir nesta situação podendo contribuir para o seu agravamento ou culpa grave.

Por exemplo quando os administradores dissipam o património da própria entidade (189º nº2 a)) e o TOC não dá conhecimento de tal facto nas demonstrações financeiras e ou o ROC não faz constar tal facto na sua certificação legal de contas. O TOC tem também a possibilidade de criar ou agravar de forma artificial os passivos ou prejuízos reduzindo os lucros e o ROC pode não fazer constar tal informação nos relatórios, nestes casos,

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

apesar de os mesmos não terem trabalhado a título principal para a criação da situação de insolvência, as suas ações ou omissões que ocorreram de forma intencional acabam por permitir que as situações fraudulentas se realizem ou agravem.

Tendo existido algum comportamento fundado em causa ou agravante devido à atuação culposa por parte dos TOC ou ROC estes devem também ser responsabilizados e identificados como afetos à qualificação da insolvência como culposa, nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE. Pois, uma vez que têm o conhecimento daquela situação atuam de forma a criar ou agravar colaborando juntamente com o devedor e seus administradores para a atuação prevista no artigo 186.º, n.º 2 ou nas situações abrangidas pelas alíneas do 186.º, n.º 3³⁴. Importa aqui referir que não se coloca alguma vez a questão na lei de que serão apenas responsabilizados caso tenham enriquecido o seu património pessoal com o agravamento da situação de insolvência para o qual colaboraram, ou seja, basta a atuação ainda que de forma a não retirar proveito da mesma para que possam ser responsabilizados.

Temos sempre mencionado a questão como se os TOC e os ROC trabalhassem para o agravamento da situação de insolvência em cooperação com os devedores ou seus administradores, quase que retirando do cenário a hipótese de estes poderem por si só atuar de forma culposa e por isso serem responsabilizados. No entanto pode suceder que o causador da insolvência seja o TOC ou o ROC, tendo o devedor ou administradores apenas contribuído para o seu agravamento.

Tal situação pode ocorrer nos casos em que, por exemplo, o TOC, ao elaborar a contabilidade decide ocultar o passivo dando uma imagem de uma situação mais favorável da empresa que não corresponde à realidade, sendo esse passivo normalmente caracterizado pela proximidade de uma situação de insolvência. Nos casos ainda em que os ROC detetam alguma situação irregular nas suas auditorias e não dá a conhecer tal situação no seu relatório sem que lhe tivesse sido pedido ou exigido pelos devedores. Nestes casos os TOC ou ROC serão assim causadores de uma situação de insolvência tendo agido com dolo ou culpa grave na sua atuação, ainda que os devedores ou

³⁴ SOVERAL, Alexandre Martins, *Um curso de (...)*

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

administradores tenham certamente adquirido o conhecimento e optado por não regularizar a situação uma vez que poderiam adquirir benefícios com tal atuação fraudulenta.

Assim sendo, tal como consta do artigo 186º, nº 1 do CIRE os devedores e seus administradores são responsabilizados pela insolvência quando esta tenha a qualificação de culposa. Também os ROC ou TOC quando atuem de forma culposa devem ser responsabilizados e identificados como afetados pela insolvência culposa.

Importa ainda referir que podem ocorrer situações que os TOC e os ROC são os responsáveis pela criação da situação de insolvência sem qualquer influencia ou ajuda por parte dos devedores ou administradores. Quando está estabelecida uma relação de grande confiança entre o TOC e ROC para com a administração da sociedade, sucede que podem ocorrer situações gravosas que quando a sociedade e seus administradores se apercebem já não conseguem evitar a insuficiência financeira.

Por exemplo, quando ocorrem desvios de dinheiro das entidades para quem os TOC ou ROC prestam serviço, nomeadamente através de falsificações das declarações dos clientes ou apresentando falsas dividas ao Estado que acabam por ser revertidas para os TOC ou ROC. Vejamos o caso que ocorre em 2007, noticiado pelo Jornal de notícias³⁵ em que um TOC foi identificado pela Polícia Judiciária por existirem fortes suspeitas que este havia desviado um cliente em pelo menos um milhão de euros, o cliente (alegado devedor) foi alertado pela DGCI que teria de regularizar a sua situação fiscal, uma vez que o técnico falsificava cheques que lhe haviam sido confiados para o pagamento das obrigações tributárias, ficando assim com os valores do mesmo.

4. Gravidade de culpa na atuação (Análise crítica à contraposição do artigo 186º nº2 ao artigo 189º)

Como verificamos no exposto acima, o artigo 186º do CIRE faz menção a que a insolvência culposa só ocorre quando se verificam os pressupostos contidos nas alíneas

³⁵ ALMEIDA, Junior, Aveiro, *Contabilista burlou Lanidor*, in Diário de notícias, 2007 in <https://www.dn.pt/arquivo/2007/contabilista-burlou-lanidor-658524.html>

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

do nº 2 e tais sejam praticados pelo devedor ou pelos seus administradores de direito ou de facto nos três anos anteriores ao início do processo.

No entanto no ponto 3.2. fazemos menção aos TOC e ROC como responsáveis pela insolvência culposa ainda que estes não estejam mencionados no artigo 186, ° nº 1, encontrando-se, todavia, previstos no artigo 189º do CIRE. O que nos leva a concluir que o legislador opta por fazer uma distinção no grau de culpa da atuação das diferentes entidades, sendo elas o devedor e administradores, e por outro lado os TOC e ROC.

SOVERAL MARTINS afirma que “por si só essa atuação (dos TOC e ROC) não permite a qualificação da insolvência como culposa, pois para isso é necessário que o devedor ou os seus administradores atuem nos termos descritos do artigo 186º nº1”. Ou seja, nos casos em que há uma atuação fraudulenta por parte dos TOC ou ROC que possa vir a provocar a situação de insolvência não podemos estar perante uma situação de insolvência culposa uma vez que não houve atuação por parte do devedor ou administradores.

O objetivo da criação do CIRE como vimos anteriormente é tornar justa a responsabilização pela insolvência quando esta tenha ocorrido devido a atuações dolosas ou fraudulentas. A insolvência pode acontecer devido a uma multiplicidade de causas, uma dessas causas pode resultar da atuação culposa por parte dos administradores levantando-se aqui o problema de quais os efeitos na esfera jurídica dos membros dos órgãos de administração. A insolvência não surge apenas nos casos em que há impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas.

É importante reforçarmos que os TOC e os ROC não são vistos como administradores de facto e por isso não podem ser causadores da insolvência culposa, mas como vimos acima, em alguns casos a liberdade que lhes é atribuída pelos devedores e administradores permite que em determinadas situações eles tenham esse título por poderem despender de meios sem conhecimento dos mesmos. No nosso entender, nesses casos, não deveria ser colocada de lado a possibilidade de a atuação dos TOC ou ROC vir a ser considerada tão “grave” como a dos administradores de direito ou de facto e o devedor. Tal comparação é feita através da análise do artigo 186º, nº 2 com o artigo 189º, é atribuída uma menor responsabilidade aos TOC e ROC, algo implícito pelo legislador quando a atuação isolada dos últimos não é motivo para a qualificação da insolvência como culposa.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Os TOC e os ROC atuam muitas vezes para lá das funções que lhes competem, apesar de meros executores da contabilidade e de revisores de contas passam a intervir de certa forma na administração da entidade a que prestam os seus serviços de forma a poderem justificar honorários mais elevados.

Nesse âmbito, são eles, várias vezes os principais causadores de situações mais desfavoráveis no interior da entidade para as quais prestam serviços, nomeadamente com ações ou omissões que agravem a situação de insolvência, no entanto como tais funções não são inseridas nas suas funções de profissão não podemos afirmar que estes comportamentos, são de forma imediata, considerados culposos quando se considerem fora do âmbito do contrato. Mas será que não devemos considerar que quando estamos fora do leque de apenas um prestador de serviços que desempenha funções na esfera jurídica da empresa possa ser considerado um administrador de facto?

A noção de administrador apresentada no artigo 6º do CIRE não nos permite identificar concretamente a que sujeito se faz referência uma vez que não apresenta distinção entre administrador de direito e de facto.

Para CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA ³⁶ estamos perante um administrador de direito quando tenha sido investido legal ou voluntariamente de tais funções, nomeado como titular do cargo social de direção de empresa, constando no registo comercial da sociedade. Considerando como administrador de facto aqueles que, apesar de não terem sido legalmente nomeados para a titularidade do cargo, praticam, de facto, atos de gestão da sociedade principalmente com carácter de permanência.

É face a esta definição que nos devemos de questionar se quando os TOC ou ROC atuam para além das suas funções principais do decorrer do exercício da sua profissão, não estão a agir como administradores de facto.

³⁶CARVALHO, Luís Alberto / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.a Ed., Quid Juris, 2013, pp. 100-101.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

RICARDO SANTOS COSTA ³⁷ refere que “em situações baseadas na existência de uma relação contratual particular com a sociedade se pode colocar a possibilidade de a contraparte da sociedade ultrapassar a ação estipulada na esfera negocial, destinada à concretização do objeto no contrato estabelecido com a sociedade e transmitirem-se agentes ativos, de forma direta ou indireta na gestão dessa concreta sociedade e a dominarem a vontade de exercício de influencia no seio da sociedade, pelo menos no grau potencial de se tomar as rédeas da administração da sociedade. Mesmo assim, em todas essas hipóteses continua a discutir-se a fronteira de domínio ilegítimo e sabotar a independência dos administradores formais da sociedade.” O que daqui retiramos é que tem de existir sempre uma análise de cada caso em concreto de forma a percebermos se a atuação foi determinante na tomada de decisões da sociedade.

No nosso entender, o administrador de facto é alguém que exerce de forma direta os poderes competentes aos administradores legais, tendo livre-arbítrio para poder tomar decisões de forma consciente que afetam a esfera jurídica da sociedade ainda que não se apresente como tal e possa até apresentar-se com outro cargo, nomeadamente TOC ou ROC. RICARDO COSTA ³⁸ afirma ainda que os administradores possam atuar “indiretamente sobre a administração através do exercício de um condicionamento ou influência determinante- as modalidades de influência em sentido amplo- da gestão e em regra, vinculante nas decisões e atuações tomadas pelo administrador de direito (enquanto objeto de remente da influência) de tal forma que as funções e competências do órgão são, como que, desempenhadas por essas pessoas. São administradores de facto que na sombra, servindo-se da interposta pessoa do administrador de direito (e/ou até do administrador de facto direto) impõem as suas orientações e diretivas, de tal modo que as escolhas estratégicas e operáticas dos administradores de direito são por ele determinadas ou induzidas- primeiro requisito- e habitualmente acatadas pelos administradores interpostos- segundo requisito. Essas diretivas não se bastam com uma mera expressão de concelhos, sugestões, desejos ou intenções- implicam um fator impositivo ou vinculante e implicitamente transportam uma expectativa de obediência ainda que parcial. Porém, um outro cenário ter-se-á de abrir uma vez que também podem essas instruções e

³⁷ COSTA, Ricardo Alberto Santos, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 pág. 640

³⁸ COSTA, Ricardo Alberto Santos, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 pág. 651

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

diretivas precipitar-se em atos materiais ou declarações negociais dirigidas aos administradores de direito- neste caso será extensivo”.

O certo é que os ROC e TOC, por vezes influenciam as decisões que os administradores têm de tomar, dando aos administradores, concelhos e recomendações que se situam muitas vezes fora da sua profissão ou trabalho para o qual foram contratados tornando muitas vezes essas recomendações como diretivas de carácter obrigatório que os administradores tomam no sentido de melhorar o panorama financeiro da sua empresa.

Neste sentido, concluímos que a atuação destes pode ser por vezes fraudulenta sem o conhecimento dos administradores ou devedores, e que uma vez que a atuação dos TOC e ROC passa muitas vezes por tomar decisões e aconselhamento atribuído aos administradores, estes deveriam assim ser considerados administradores de facto, dependendo do tipo de situação e fazendo naturalmente uma análise à atuação e fundamento dos mesmos. Se tais atores forem considerados como administradores de facto devem então ser responsabilizados como tal.

Ao abrigo do artigo 186º nº 2, devem então os TOC e ROC quando considerados administradores de facto da sociedade responder de forma civil para com a sociedade e terceiros e cumprir as regras da correta administração, e quando tal não aconteça, serem igualmente responsabilizados pela insolvência culposa e verem atribuída a mesma responsabilização que os administradores de direito.

COUTINHO DE ABREU³⁹ debruçou-se sobre esta temática da contraposição entre o artigo 186º nº2 e 189º e também ele se questionou se é possível qualificar uma situação de insolvência como culposa quando esta seja causada ou agravada por exemplo por um ROC ou TOC sem que tenha havido qualquer interação dolosa ou negligente por parte dos administradores. O autor defende que sim que é possível, concordando posição que acompanho. Para o autor, a simples atuação de contabilistas, certificados, ROC’S ou

³⁹ ABREU, Jorge Coutinho de. Direito das Sociedades e Direito da Insolvência: interações. Em: *IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 188 – 189.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença
outras pessoas que não sejam o devedor e os seus administradores é igualmente fundamento para a qualificação da insolvência como culposa.

III. OS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA CULPOSA

1. Os efeitos em geral

A qualificação da insolvência acarreta efeitos para o devedor mencionados no artigo 81º e ss do CIRE, mas pode ainda conduzir, quando se trate de uma insolvência culposa de efeitos que possam consagrar a esfera jurídica dos afetados pela qualificação de insolvência como culposa.

A doutrina tem distinguido estes efeitos como necessários ou eventuais, consoante a ocorrência da sua produção. Consideramos então os efeitos necessário aqueles que se produzem logo após a declaração da insolvência, seja qual for a natureza do seu surgimento. Já os efeitos eventuais são aqueles cuja verificação está sujeita à qualificação da insolvência como culposa.

1.1. Os efeitos necessários (automáticos) da declaração de insolvência

Os efeitos necessários da declaração de insolvência são:

- i) A fixação de residência (artigo 36º c));
- ii) A entrega imediata ao administrador de insolvência dos documentos mencionados no nº1 do artigo 24º do CIRE (artigo 36º f));
- iii) A apreensão dos elementos da contabilidade do devedor e dos seus bens (artigo 36º g));
- iv) A privação dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente (artigo 81º nº1)
- v) A proibição de cessão de rendimentos ou alienação de bens futuros (artigo 81º nº2);
- vi) A assunção da sua representação pelo administrador de insolvência (artigo 81º nº4);
- vii) O dever de apresentação (artigo 83 nº1 b);
- viii) O dever de colaboração (artigo 83º a) e c)).

Dentro destes efeitos temos os efeitos pessoais do insolvente que nascem logo com a declaração de insolvência. Um deste efeito é então o dever de apresentação em que o insolvente tem o dever de se apresentar em tribunal sempre que tal seja requerido pelo

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

juiz ou pelo Administrador de Insolvência salvo se existir um impedimento legítimo ou uma expressa permissão de representação por mandatário. Caso o insolvente não se apresente em tribunal e tal falta não seja justificada o n.º 2 do artigo 83.º permite que o juiz possa ordenar o aparecimento sob custódia e que seja aplicada ao devedor uma multa. No caso da falta seja efetuada de forma repetida pode tal argumento tornar-se válido para que a insolvência seja qualificada como culposa, segundo o artigo 186.º, n.º 2 i) sendo tal presunção inilidível.

Por outro lado, surgem-nos os efeitos considerados como obrigações que são o dever de colaboração e de prestação de informações necessárias ao processo requeridas pelo Administrador de Insolvência, assembleia de credores, comissão de credores ou pelo tribunal. Estes incumprimentos podem também ser fundamento para a qualificação da insolvência como culposa, assumindo também uma presunção inilidível caso a violação seja feita de forma reiterada assim como para indeferimento liminar do pedido de exoneração do passivo restante.

O dever de fixação de residência tem o principal objetivo de assegurar que o insolvente esteja sempre contactável para o cumprimento de obrigações decorrentes da declaração de insolvência e para evitar que os deveres acima mencionados fossem violados de forma reiterada a fixação de residência fica imposta ao residente e consequentemente a proibição de alteração da morada de residência necessitando para o efeito de uma autorização expressa do juiz que faz a sua ponderação analisando a massa insolvente e a liberdade pessoal do insolvente e se tal mudança não transporta nenhum perigo para a massa insolvente e os credores da mesma e não viola o direito à liberdade inerente ao insolvente.

Após a declaração de insolvência o insolvente encontra-se proibido de exercer poderes de disposição ou administração de bens que integram a massa insolvente; tais poderes ficam transferidos para a esfera jurídica do administrador de insolvência. Cabe a este a representação de todos os poderes de disposição e de administração do insolvente, a título de proteção da massa insolvente e também de forma a zelar pelos interesses dos credores concursais da massa insolvente. Assim sendo o Administrador de insolvência passa a representar o devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial da empresa insolvente. Aqui só falamos em administração dos bens por parte do Administrador de

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

insolvência quando o devedor se trate de pessoa coletiva, dado que, quando se trata de pessoas singulares não empresariais ou de pequenas empresas ou mesmo quando não haja lugar a plano de pagamento aos credores a administração fica nas mãos do insolvente por remissão do artigo 259º para o 39º, nº 7 a) do CIRE. Nestas situações também não se procede à apreensão dos bens. No entanto, nos casos em que é o Administrador de Insolvência que toma as rédeas da administração do património, este passa automaticamente a representar o insolvente no que diz respeito à massa insolvente, devendo o mesmo entregar ao AI todos os elementos da contabilidade que tenha em sua posse bem como os elementos que façam parte do património da massa insolvente, ainda que penhorados, detidos ou apreendidos (150º, nº 1 do CIRE). Aqui o foco é que o Administrador de insolvência prossiga de acordo com o que é melhor para a gestão da massa insolvente de forma a satisfazer as obrigações e não que atue de acordo com os interesses do insolvente (artigo 81º, nº 5 CIRE). Importa aqui mencionar o previsto no artigo 81º, nº 2 do CIRE, o artigo refere que o devedor fica também sujeito a uma inibição de cessão de rendimentos e alienação de bens futuros suscetíveis de penhora⁴⁰ que adquira posteriormente ao encerramento do processo. Logo o devedor só pode reaver a administração sobre este tipo de bens depois do encerramento do processo. No caso de não serem respeitadas todos os atos ficam sem efeito em relação à massa insolvente, todavia e de forma a proteger os terceiros de boa-fé que celebram negócios onerosos com o insolvente, e por isso prevê-se na mesma norma a possibilidade de eficácia de tais atos desde que: tenham sido celebrados a título oneroso com terceiros de boa-fé antes do registo da declaração de sentença de insolvência e ainda tais negócios não podem estar mencionados no artigo 121º nº 1 do CIRE.

1.2. Os efeitos eventuais por força da declaração de insolvência qualificada como culposa

⁴⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 96 e ss.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Os efeitos previstos no artigo 189º apenas se desencadeiam quando estamos perante uma insolvência culposa, os considerados efeitos eventuais. Aqui a legislação portuguesa assume uma inspiração da *Ley Concursal* no seu artigo 172º. O efeito mencionado no artigo 189º n.º 2 a) estipula o facto de o juiz ter de identificar e fixar todos os envolvidos no processo de insolvência e consequentemente fixar o seu grau de culpa⁴¹ como já vimos no capítulo anterior. Procedemos então a uma análise exaustiva dos efeitos da insolvência culposa mencionados no artigo 189º, n.º 2 do CIRE.

Estes efeitos são considerados mais graves comparados com os efeitos elencados acima. A grande diferença entre eles prende-se com o facto de enquanto os efeitos necessários vinculam os administradores independentemente de a insolvência ser declarada fortuita ou culposa, e a sua aplicabilidade ocorre ainda que não estejam enumerados nessa sentença, os efeitos eventuais apenas se verificam quando a insolvência é considerada como culposa e quando a sentença assim o prevê. Assim, apenas os sujeitos considerados afetados em termos de sentença ficam vinculados a estes efeitos.

De acordo com o previsto no artigo 36º, n.º 1 do CIRE, o incidente de qualificação de insolvência não tem carácter obrigatório, alteração que surge com a Lei nº 16/2012. Com a entrada em vigor do CIRE, o incidente de qualificação de insolvência deixou de ser uma fase obrigatória no processo de forma a tornar o processo de insolvência mais célere, passando tal a ser facultativo e apenas se realizar quando o juiz entenda que existem indícios suficientes para que a insolvência seja considerada culposa. Contudo alguns problemas surgem com esta dispensa de obrigatoriedade levando a que o devedor tenha agora a preocupação de não demonstrar que há indícios para que o juiz declare aberto o incidente de qualificação de insolvência, e por outro lado temos os credores a tentar demonstrar que existem tais indícios uma vez que é mais vantajoso para os credores que a insolvência seja culposa pois é mais fácil surgir o pagamento das obrigações através dos patrimónios pessoais dos afetados. Esta situação leva a que o juiz tenha de admitir uma posição praticamente inicial sobre a existência ou não de indícios que determinem a

⁴¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho/ Labareda, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de empresas anotadas*, 3º edição, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2015, pág.194.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

abertura deste incidente o que no nosso ponto de vista não deveria ser a principal preocupação do juiz numa fase inicial.

1.2.1- A inibição para administrar patrimónios alheios

O efeito mencionado na alínea b) diz respeito à inibição para administrar patrimónios alheios. Na sentença que qualifica a insolvência como culposa o juiz deve decretar a inibição das pessoas afetadas pela qualificação para administrarem patrimónios alheios, devendo o juiz fixar o período de duração dessa inibição que deverá ser no mínimo de dois anos e até um máximo de dez anos. Esta norma surge na sequência das alterações introduzidas ao CIRE pela Lei nº16/2012 de 20 de abril.

CATARINA SERRA⁴² defende que o legislador não deveria ter escolhido o conceito “inabilitação” de forma a conseguir assegurar a “função preventiva e sancionatória ou punitiva das sanções civis de produzir um efeito simultaneamente inibidor e repressivo dos comportamentos em causa”, uma vez que o conceito atual não o permite. A autora defende que o fundamento para tal efeito é a inaptidão do sujeito para a administração de bens de terceiro e ainda a necessidade de proteger o património destes defendendo que se o insolvente administrou de forma errada os seus próprios bens ele não tem condições para administrar os bens dos outros aplicando o mesmo quando se trata de administradores que administraram patrimónios de outra pessoa. Aqui prevê-se a salvaguarda de interesses dos terceiros, mas ainda tem um objetivo de carácter publico, ou seja, tal norma tem ainda a finalidade de evitar ou prevenir a repetição de tais comportamentos que vieram originar a insolvência de determinada sociedade para a segurança do tráfego jurídico, o que só é conseguido através da sanção ou punição dos responsáveis.

Na redação deste preceito, temos de verificar quais as situações que podem ser abrangidas na hipótese normativa. A administração de património de terceiro não abrangerá desde logo, as situações que nos surgem autonomizadas no artigo 182º, nº 2 c), ou seja, a administração de decorra do exercício do cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa

⁴² SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência culposa*, in Revista Julgar, nº18, Coimbra editor, pág. 184

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

pública ou cooperativa. Mas já podemos falar em administração de património de terceiros sempre que estejamos perante relações jurídicas que impliquem autonomia por parte do insolvente e não se reconduzam a relação de trabalho. Ou seja, podemos considerar abrangidos por esta sanção os casos de administração de patrimónios alheios de origem contratual sem poderes de representação e também os de origem legal como por exemplo a administração de bens do filho menor, administração de bens comuns do casal e ainda bens próprios do outro conjugue; e ainda os de origem judicial como a tutela e administração de bens consideradas nos artigos 1922º, 1927º e ss. E 1967º e ss. Do CC.

A administração de património do terceiro relevante não é apenas a que incida sobre todo o património do terceiro, mas também a que diz respeito apenas a uma parte desse património. Quanto à duração desta inibição o legislador apenas estipula um limite mínimo e um limite máximo para a mesma. Para encontrar a duração concreta o juiz deve ter em conta vários aspetos relativos à atuação, por exemplo, se existe dolo ou culpa grave, se cria ou agravou a situação de insolvência, se foi de forma solitária a atuação ou não, se havia autonomia decisória, quais as consequências de tal atuação e a gravidade das mesmas. A inibição para a administração de património alheio está sujeita a registo, a processar de forma oficiosa pela secretaria do tribunal junto da conservatória do registo civil e, quando a pessoa afetada for comerciante em nome individual, da conservatória do registo comercial (artigo 189º, nº 3 do CIRE, artigo 1º, nº 1 n) do Código do Registo Civil e artigo 9º nº1 j) do Código do Registo Comercial).

Caso não se verifique o cumprimento da inibição e sejam praticados atos contrários a mesma, tais atos devem ser anulados e não produzirem efeitos uma vez que a norma é de carácter punitivo e trata-se de uma violação de sentença (Artigo 285º e ss do Código Civil).⁴³

1.2.2. Perda de créditos sobre a insolvência ou a massa insolvente e condenação à restituição de bens ou direitos recebidos em pagamento de tais créditos

⁴³ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pág. 54.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

A perda de créditos sobre a massa insolvente é um efeito que se encontra previsto no artigo 189º n.º2 alínea d) do CIRE e determina a “perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamentos desses créditos.”. MENEZES LEITÃO⁴⁴ trata-se de uma penalização pela responsabilidade na insolvência, sendo sancionados os afetados pela qualificação.

A qualificação da insolvência como culposa importa como vimos anteriormente, no que concerne aos efeitos patrimoniais a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detido pelas pessoas afetadas e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento de tais créditos. Trata-se de uma medida de carácter inovador uma vez que ao sancionar a atuação das pessoas que contribuíram para a criação ou agravamento da situação de insolvência, o legislador priva tais pessoas dos créditos de qualquer natureza, de que sejam titulares sobre a insolvência (artigo 47º do CIRE) ou sobre a massa insolvente (artigo 51º do CIRE), que se extinguem e inclusive determina que em sede de sentença, seja ordenada a restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento daqueles a favor da massa.⁴⁵

Quanto a este efeito MARIA JOSÉ COSTEIRA⁴⁶ levanta um problema relativamente à sua interpretação. Embora o legislador indique a sua aplicação aos sujeitos afetados pela qualificação de insolvência como culposa, não faz qualquer referência quanto ao período a que esta perda de créditos diz respeito, além de não ter em conta o grau de culpa dos afetados e ainda o valor e origem dos seus créditos, o que se pode traduzir de uma aplicabilidade da norma desproporcional. A autora afirma que o efeito deve ter uma interpretação restrita pelo que, deve o juiz em sentença estipular uma data-limite relativamente aos créditos em restituição, deve essa data cingir-se aos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, uma vez que a norma estabelece que tais pessoas desempenhem funções nos três anos decorrentes podem ser responsabilizadas pelos atos decorrentes desse período.

⁴⁴ MENEZES, Luís Leitão, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 10ª edição, 2021, pág 260

⁴⁵ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pág. 54.

⁴⁶ COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas- efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*, in revista julgar, n.º18, Coimbra editoras, 2012, pág.172

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

A lei não prevê qualquer limite temporal para a obrigação de restituição consagrada no preceito referido haverá que ter em atenção o período de três anos anterior ao início do processo de insolvência (Artigo 186º nº1 do CIRE).

No caso de não ser feita a restituição dos bens de uma forma voluntária deve o administrador de insolvência, tendo em conta que se trata de bens pertencentes a massa insolvente, cumprir com a restituição.

1.2.3. A responsabilidade civil pela insolvência culposa (indenização)

Podemos considerar como efeito patrimonial inovador da qualificação da insolvência como culposa a previsão da condenação das pessoas afetadas em indemnização no montante dos créditos não satisfeitos até as forças dos respetivos patrimónios em regime de solidariedade (Artigo 189º, nº 2 e) do CIRE).⁴⁷

Ainda no artigo 189º nº4 o legislador estabelece que o juiz deve fixar o valor da indemnização e se caso não for possível, os critérios a utilizar para a sua quantificação. Trata-se de uma obrigação limitada uma vez que é limitada ao valor dos créditos não satisfeitos e ao valor do património dos afetados e ainda de uma obrigação subsidiária uma vez que só é aplicada quando a massa insolvente se revela insuficiente para o pagamento das dividas.⁴⁸

Esta obrigação de indemnizar deve resultar obrigatoriamente da sentença que qualifica a insolvência como culposa. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁴⁹ defende que decorre desta obrigação de indemnizar, uma responsabilidade pela insolvência extracontratual subjetiva e nomeia alguns dos pressupostos que devem ser cumpridos para

⁴⁷ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pág. 56

⁴⁸ PILAR, Fernando Paulo Marques Martins, *O incidente de qualificação de insolvência*, dissertação de mestrado em Direito especialização em Ciências Jurídico-Empresariais, na Universidade Portucalense, 2016, pág50.

⁴⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*. (...) 2009, Pág. 164

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

que, segundo a autora, seja fundamentada esta obrigação. O primeiro pressuposto é o de existir um facto voluntário, este fator voluntário é o fundamento da insolvência culposa, uma vez que tem de ser provada a existência de dolo ou culpa grave no comportamento do autor ou responsável pela insolvência. O segundo pressuposto enumerado pela autora é que esse facto tem que ser de igual forma danoso, uma vez que tem sempre que existir uma consequência negativa, ou um dano, neste caso, considerado pela falta de pagamento dos créditos, ou seja, uma atuação gravosa sem que haja consequências danosas por si só, não seria fundamento para que existisse uma obrigação de indemnizar, nesse sentido falamos do nexo de causalidade que tem que existir entre o facto voluntário e o dano que foi causado para que possamos considerar que criação ou agravamento da situação de insolvência foi devido ao comportamento praticado pelo administrador ou devedor, comportamentos esses mencionados no artigo 186º do CIRE. A autora levanta ainda a questão quanto ao pressuposto da ilicitude, questionando-se se a mesma pode ser justificada com o fundamento de “os factos que agravam ou criam a situação de insolvência são ilícitos porque violam disposições legais destinadas a proteger interesses alheios nos termos do artigo 483º nº 1 do CC⁵⁰”. Quanto ao âmbito de aplicação a autora afirma que a alínea deve ser aplicada pelos juízes que consideramos sujeitos passivos de tal obrigação e a pessoas afetadas pelo resultado da qualificação, nomeadamente os administradores de direito ou de facto, TOC e ROC. No que diz respeito ao carácter subsidiário da mesma a autora defende pelo facto da responsabilidade apenas ser decretada quando a massa se mostre insuficiente, o que demonstra que tal responsabilidade está sujeita à condição da massa não ser suficiente, condição suspensiva.

Em caso de incumprimento da condenação no pagamento da indemnização, compete ao administrador de insolvência, se o processo não houver sido já encerrado, promover a execução da sentença.

Face ao exposto, parece-me importante mencionar que esta medida, apesar de importante pelo seu carácter sancionatório, acaba por necessitar de alguma ponderação e da criação de um mecanismo que permita garantir que as pessoas afetadas pela

⁵⁰ Art. 483.o, n.º1 do CC – “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

qualificação não possam dispor e dissipar o seu património em virtude de não virem a ser possíveis o pagamento das indemnizações em causa, através de medidas cautelares aplicadas logo no momento da qualificação da insolvência por forma a que se possa dar, mais uma vez, uma garantia aos credores que tudo está a ser feito para que possam ver os seus créditos ressarcidos, dando assim uma maior confiança no mercado e aos credores por forma a melhorar, mais uma vez, aquele que é o ponto fulcral, a confiança no mercado económico e na vida das empresas.

Assim sendo falamos numa solidariedade afeta aos sujeitos em causa, estes são solidariamente responsáveis pelo pagamento do montante referido como indemnização e a sua responsabilidade pode afetar todo o seu património. Mas é evidentemente limitada ao montante dos créditos não satisfeitos, não dizendo assim respeito a todos os créditos. Como solidaria esta obrigação permite que tal responsabilidade possa ser exigida de qualquer um deles todo o montante (Artigo 519º nº1 CC).⁵¹

MARIA EPIFÂNIO, faz mais uma vez referência à solidariedade aqui presente afirmando que esta característica vem estabelecer que caso a sociedade venha a ser responsabilizada pela não satisfação dos créditos, embora esta seja a primeira responsável a responder também os afetados são chamados em segunda linha para responder solidariamente perante estes créditos, desde que a insolvência seja considerada culposa.

Relativamente ao momento em que se deve determinar o montante indemnizatório, tal depende do juiz. Uma vez que se trata de situações abstratas é impossível determinar o momento em que se realiza o apuramento de tal montante. Este montante terá como destino a massa insolvente sendo todos os valores integrantes distribuídos por todos os credores da sociedade que não tenham visto os seus créditos satisfeitos e segundo a graduação fixada na sentença. Só assim seria possível uma vez que o regime da insolvência se destina a satisfazer os interesses dos credores de forma concursal⁵².

⁵¹ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pág. 59

⁵² EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência*. (...) 2019, Pág.. 166 e ss

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

O legislador estabelece ainda que a responsabilidade é apenas até “à força dos respetivos patrimónios dos responsáveis”, segundo MENEZES LEITÃO⁵³, o direito á execução apenas vai abranger o património do próprio devedor, isto é, o património da sociedade, apenas se estendendo aos administradores nos casos previstos no artigo 818º do CC, logo o direito de indemnizar os credores esteja limitado aos patrimónios afetados pela qualificação da insolvência como culposa. O autor defende que a lei exclui a possibilidade de estes sujeitos afetados acabem por ser declarados insolventes por não conseguirem satisfazer esta obrigação de indemnizar.

MARIA EPIFÂNIO qualifica ainda esta obrigação como limitada porque abrange nesta alínea os créditos que ainda se encontrem por regularizar e não os danos causados aos credores, logo o montante não poderá ser superior ao passivo que se encontra ainda a descoberto

2. A inibição para o exercício do comércio e inibição para a ocupação de cargos vedados

2.1. Considerações gerais

Dos vários efeitos que surgem com a qualificação da insolvência como culposa um dos que considero mais “importantes” é a inibição para o exercício do comércio e ocupação dos cargos vedados. Considero o mais importante uma vez que, na minha perspetiva, este efeito tem um caracter mais preventivo que propriamente punitivo para quem foi responsabilizado pela insolvência sendo que evita que tais pessoas durante um determinado limite temporal estejam sujeitas a agir de forma gravosa para com outras entidades, evitando-se assim a possível insolvência de novas entidades.

As limitações ao exercício do comércio por força da situação de falência surgiram pela primeira vez no ordenamento jurídico português no artigo 29º do Código Comercial

⁵³ MENEZES, Luís Leitão, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 10ª edição, 2021, pág. 103.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

de 1833, que estabelecia a proibição de comerciar, por incapacidade legal, aos falidos não reabilitados.⁵⁴

No CIRE, o artigo 189º, prevê que a sentença que qualifique a insolvência como culposa, deve o juiz, sentenciar as pessoas que ficam afetadas por essa qualificação como inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de cargos de titulares de órgãos de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica pública ou cooperativa, cabendo assim ao juiz a fixação da sua duração de acordo com a gravidade do comportamento da pessoa inibida e ainda a relevância da sua atuação para a insolvência.

Da interpretação feita ao artigo supramencionado, entende-se que se trata de uma inibição que assenta no facto de as pessoas se encontrarem proibidas de exercer de forma direta ou indireta, em nome pessoal ou de outrem, o exercício do comércio.⁵⁵

Assim podemos definir que para o CIRE a proibição para o exercício de comércio é uma consequência da qualificação da insolvência como culposa e apenas atinge as pessoas afetadas a tal qualificação o que acaba por demonstrar uma preocupação por parte do legislador em evitar futuras insolvências tornando assim a norma com um carácter preventivo, aludindo à preocupação com o mercado futuro e com a economia no geral mais do que em punir a pessoa inibida. Por isso consideramos como um dos efeitos mais importantes e também com mais consequências para os afetados pela qualificação e aquele que merece por nós uma apreciação mais profunda.

Uma vez declaradas inibidas para o exercício do comércio, as pessoas afetadas pela qualificação de insolvência ficam proibidas de praticar atos de comércio.

Esta proibição como referia SOUSA MACEDO⁵⁶ “não é apenas uma sanção, mas antes se apresenta também como uma proteção à atividade mercantil. Ter causado em falência provoca uma suspeita de falta de aptidão comercial ou mesmo de falta de

⁵⁴ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,, 2018, pág. 61.

⁵⁵ PILAR, Fernando Paulo Marques Martins, *O incidente de qualificação de insolvência*, dissertação de mestrado em Direito especialização em Ciências Jurídico-Empresariais, na Universidade Portucalense, 2016, pág 45..

⁵⁶ SOUSA, Macedo, *Manual do Direito das Falências*, Volume II Almedina,1963, Coimbra, pág 49.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

idoneidade. Se é certo que este aspeto seria tido em conta na praça ao conceder-se crédito, compreende-se que exista alguma vantagem em tomar uma atitude de prevenção, evitando o exercício do comércio por quem se tenha inábil”

Para Jorge Duarte Pinheiro⁵⁷ esta inibição não se trata de “uma incapacidade em sentido técnico” pois trata-se antes de uma “incompatibilidade” pela qualificação de insolvência como culposa.

Sintetizando, este efeito, acaba por ter uma dupla vertente, ser uma sanção para o inibido enquanto consequência da sua atuação e comportamento doloso e prejudicial para a entidade, mas também uma medida que visa proteger a atividade mercantil.

Este efeito acaba por ter como fundamento a ideia de que o sujeito se encontra inapto para ocupar cargos vedados e exercer o comércio.

A verdade é que, muitas vezes, aqueles que provocam as insolvências pelas suas atuações dolosas não são devidamente responsabilizados pelas mesmas, sendo lhes permitido abrir novas sociedades e transportar para elas os trabalhadores, clientes, contratos, sócios e todos aqueles que se foram relacionando quer com os devedores quer com os afetados pela qualificação. Uma vez que, para a nova sociedade nunca serão transportadas as dividas abríamos aqui um precedente que permitia que estas pessoas continuassem a agir de forma incorreta e gravosa, criando o seu enriquecimento em virtude da insolvência de uma nova entidade e mais uma vez os fornecedores, clientes e qualquer credor iria ficar prejudicado, tornando-se assim um grande risco para o mercado e setor económico. Com a introdução desta inibição acabam os devedores e afetados por ficar inibidos durante um espaço de tempo que vai dificultar este “*fresh-start*” uma vez que todas estas relações que iriam passar para a nova sociedade não poderiam “aguardar” tanto tempo por serem efetivamente realizadas e iria aumentar o grau de incerteza quanto a fiabilidade do negócio por qualquer pessoa que fizesse uma breve avaliação dos riscos.

No que diz respeito à inibição para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa publica ou cooperativa surge-nos a questão de se os atos aqui enumerados admitem um carácter taxativo ou meramente enunciativo. No nosso entender, o carácter sancionatório da medida e tendo em conta a enumeração que é apresentada, os cargos

⁵⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Efeitos Pessoais da Declaração de Insolvência* em Ruy de Albuquerque

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

devem ser entendidos por uma forma taxativa e não enunciativa, devendo apenas dar entendimento aos cargos ali apresentados uma vez que não nos faria sentido deixar ao cargo da interpretação quais os cargos que não deveriam ser ocupados.

O âmbito subjetivo da inibição para o exercício do comércio e para a ocupação dos cargos vedados encontra consagração nas alíneas a) e c) do artigo 189º, nº 2 do CIRE. Estão sujeitos a esta sanção as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa, nomeadamente os administradores de Direito ou de facto, os TOC (contabilistas certificados) e os ROC, assim como o devedor insolvente ou outras pessoas que não se encontrem incluídas na numeração exemplificativa legal, assim como os representantes legais do devedor, liquidatários ou membros de órgãos de fiscalização.⁵⁸

Considera-se que deve abarcar todos os titulares do órgão de administração cuja noção se encontra no artigo 6º nº1 do CIRE.

2.2. Regime Jurídico

A natureza jurídica desta sanção tem sido muito discutida na doutrina para COUTINHO DE ABREU⁵⁹ trata-se de uma situação de incompatibilidade absoluta, uma vez que está mais em causa a tutela do mercado comercial em geral perante o insolvente e afetados.

O artigo 189º nº2 c) refere que “na sentença que qualifique a insolvência como culposa o juiz deve declarar as pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular órgão da sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa”. Este efeito é muito semelhante ao efeito que nos era apresentado no artigo 22º nº1 do Código de Falências de 1935º que previa a inibição para o exercício do comércio direto ou por interposta pessoa e assim como o desempenho de funções de gerente, diretor ou administrador de qualquer sociedade comercial ou civil”.

⁵⁸ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pág. 66.

⁵⁹ COUTINHO, Curso de Direito Comercial, Volume I, Almedina, 9º edição, Coimbra, 2013, pág 141 e ss

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

MARIA EPIFÂNIO ⁶⁰ refere que esta norma não proíbe que o insolvente, administradores ou restantes inibidos não possam ser acionistas de uma sociedade anónima, sócios de uma sociedade por quotas ou sócios comanditários de uma sociedade em comandita, podendo exercer tal cargo, não podem é simultaneamente pertencer ao órgão de administração ou fiscalização da mesma.

O legislador enuncia aqui todas as atividades que a pessoa afetada pela qualificação da insolvência como culposa se vê inibida de exercer funções tratando-se assim de uma enunciação taxativa de entidades. MARIA JOSÉ COSTEIRA refere ainda que os administradores declarados como afetados podem exercer funções em órgãos sociais de ACE ou AEIE ⁶¹.

Esta inibição para o exercício de comércio encontra-se sujeita a registo a processar pela secretaria do tribunal junto da conservatória do registo civil e quando a pessoa afetada seja comerciante em nome individual, da conservatória do registo comercial (artigo 189º, nº 3 do CIRE e artigo 1º, nº 1 n) CRCIV, e 9º nº1 j) CRCCom). Apesar do artigo 189º nº 3 não fazer menção a inibição para o exercício de cargos vedados está também sujeita a registo nos mesmos moldes.

O efeito que se prevê com o registo da inibição é que a mesma se torne pública, através da publicidade da mesma, algo que se demonstra necessário para que os afetados pela insolvência culposa, quer devedor, quer administradores, evitem continuar a exercer os seus cargos noutras sociedades. Mas para que tal aconteça é também necessário que as entidades públicas tenham de alguma forma acesso a este registo através de algum tipo de “lista pública” pois caso contrário demonstra-se frutífera a necessidade de registo da inibição uma vez que ninguém terá conhecimento da mesma.

⁶⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6º edição, Almedina, Coimbra, 2015, p.138.

⁶¹ COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas: efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*, in *Revista Julgar*, nº18, 2012, pág.171

3. Análise do limite temporal imposto em sentença para a inibição do exercício do comércio e para ocupação de cargos vedados

No artigo 189º, nº 2 c) do CIRE, encontra-se previsto que na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz deve igualmente declarar a referida inibição para o exercício do comércio por um período consagrado entre 2 e 10 anos.

Quanto aos critérios que devem ser adotados ou devam ser considerados em conta pelo juiz para estabelecer a moldura da inibição, a lei não faz qualquer referência. Posto isto poderíamos facilmente considerar que o juiz deveria graduar tal inibição de forma arbitrária, mas tal não corresponde à verdade, para o estabelecimento do período de inibição o juiz deve ter em conta alguns critérios considerados fundamentais que lhe permitam justificar uma concreta graduação temporal da sanção em cada caso concreto.

Vejamos o exemplo do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 624/19.2T8BJA-A.P1 de 08 de Setembro de 2020⁶² no relatório da Secção Civil, o Ministério Público promoveu a qualificação da insolvência de B como culposa com a afetação dos seus gerentes de direito e/ou de facto C e F alegando que estes promoveram à dissipação e ocultação de bens de que era proprietária a insolvente e utilizaram os bens desta em proveito de outras empresas de que eram sócios os legais representantes da insolvência levando, com a dissipação e ocultação de património, que se tivesse contribuído de forma dolosa para o agravamento da situação de insolvência. Ainda foi considerado no parecer do Administrador de Insolvência que foi incumprido o dever de colaboração com o administrador de insolvência de colaboração, uma vez que o representante legal da insolvente não lhe tinha entregue os documentos contabilísticos essenciais ao prosseguimento do processo. Na sentença consta que o requerido C, declarado afetado, ficou inibido de administrar património de terceiros por um período de 3 anos, inibido do exercício de comércio e para a ocupação de qualquer cargo de titular

⁶² Acórdão do Tribunal da relação do Porto nº 624/19.2T8BJA-A.P1 de 08/09/2020 [consultado em http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d5a611460090a225802585fc00508217?OpenDocument](http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d5a611460090a225802585fc00508217?OpenDocument)

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

de órgão de sociedade comercial ou civil (...), e ainda a indemnizar os credores da insolvente no montante de 70.000€.

Nesta decisão, os critérios a ter em conta para a ponderação da moldura temporal da inibição foram em função da gravidade do comportamento da pessoa uma vez que C era o único gerente de direito e de facto desde 2016 e por isso cabia ao mesmo tomar as medidas necessárias para que a insolente não estivesse em atividade durante cerca de um ano agravar a sua situação de insolvência, contraindo novas dívidas. Outro dever que não foi cumprido foi o de manter a contabilidade organizada e atualizada e disponibilizar a mesma.

Numa outra perspetiva, o Acórdão do Tribunal da relação de Évora no processo 4293/16.3T8STB.E1⁶³, em que relativamente à inibição do exercício do comércio e demais atos abrangidos, considera que a lei apenas abrange o desempenho profissional do comércio e não a prática meramente ocasional. Na secção civil, o juiz declarou o inibido para administrar património de terceiros e para o exercício do comércio, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividades económica, empresa pública ou cooperativa por um período de 5 anos. No recurso, quanto a esta inibição, os juízes afirmam que tal inibição não consta como uma incapacidade em sentido técnico, mas sim uma incompatibilidade resultante do estado de insolvência culposa. O seu fundamento é a defesa geral da credibilidade do comércio e dos cargos vedados, que poderia ser posta em causa se os mesmos fossem ocupados por pessoas reconhecidamente culpadas de insolvência. O tribunal constitucional emitiu uma posição do sentido em que esses efeitos são cumulativos e automáticos, devendo o juiz aplicar todas essas medidas previstas no artigo 189º n.º2, uma vez proferida a decisão. O tribunal afirma que a fixação quer do período temporal como da indemnização decorrente do n.º1 b) e c) do artigo 189º do CIRE deve ser feita em função do grau de ilicitude e culpa manifestado nos factos determinantes de tal qualificação legal e a doutrina entende que o juiz deve ter em conta a gravidade do comportamento e o seu contributo para a situação de insolvência ou o seu agravamento.

Neste caso, o juiz do recurso não atende ao recorrente e afirma não existir motivo para isentar o insolvente do cumprimento desta medida de proteção do tráfego comercial,

⁶³ Acórdão do tribunal da Relação de Évora consultado in <https://jurisprudencia.pt/acordao/49465/>

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

no entanto, atendendo ao valor dos bens abrangidos pela conduta fraudulenta e à intenção subjacente à decisão da outorga da escritura denominada “confissão e assunção de dívida com penhores mercantis e hipotecas” juntamente com a falta de prova de o insolvente não ter prestado informação quanto à transmissão de veículos automóveis e eventual pagamento dos respetivos preços, o juiz entendeu que o grau de culpa do insolvente apenas justifica uma inibição de quatro anos quanto ao impedimento do exercício dos atos mencionados.

3.1. Critérios para a aplicabilidade do limite temporal de inibição em sentença

Como verificamos pela análise dos acórdãos apresentados acima, cabe ao juiz decidir qual o limite temporal a aplicar na inibição estipulada no artigo 189º n.º2 do CIRE como efeito da qualificação da insolvência como culposa.

Verificamos que a lei é pouco precisa no que diz respeito a esta moldura temporal, ainda que, o tribunal constitucional não tenha considerado inconstitucional, reputando-a de proporcional. No acórdão 414/2002⁶⁴ do tribunal constitucional, é abordada a constitucionalidade do artigo 148º do CPEREF que admite a mesma configuração que o artigo 189º n.º2 c) e é consentida pelo artigo 47º n.º1 da CRP. O tribunal constitucional refere que tal inibição não consta como uma incapacidade, mas sim uma proteção para com a profissão e os cargos vedados não afetando a capacidade civil ou a reputação do afetado. Uma vez aplicado a pessoas singulares esta inibição visa evitar a ocorrência de futuras falências (insolvências) impedindo que aquele que se revelou incapaz de gerir determinado património possa exercer funções que possam colocar em risco a solvabilidade económica das empresas ou do próprio afetado em prejuízo dos seus credores. O tribunal constitucional afirma que se trata de uma medida perfeitamente justificada e que atende ao seu fim de “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados” (artigo 83º e) da CRP). Tal efeito é consentido pelo artigo 47º n.º1 da CRP e é

⁶⁴ Acórdão do Tribunal constitucional
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020414.html>

414/2002 acedido in

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

uma medida necessária para salvaguardar o “acervo patrimonial do falido como garantia do pagamento aos credores”.

No que diz respeito aos critérios prescreve a alínea c) do nº 2 do artigo 189º do CIRE que na sentença que qualifique a insolvência como culposa o juiz deve declarar a aludida inibição para o exercício do comércio por um período de tempo a fixar entre 2 a 10 anos. Uma vez que a lei não estabelece quais os critérios a adotar pelo julgador na terminação da moldura da inibição o julgador deve identificar e ponderar na sentença as circunstâncias que permitam justificar a concreta graduação temporal da sanção em cada caso concreto.

Deve-se primeiramente ponderar o grau de culpa da pessoa afetada pela qualificação da insolvência culposa à luz do disposto no artigo 189º nº 2 a) do CIRE ⁶⁵. A doutrina assim como a jurisprudência, têm-se debruçado sobre como delimitar esses critérios, destacando-se de forma predominante, entre os aspetos a ter em conta para a determinação da medida, a gravidade da conduta, nos acórdãos apresentados acima, este era um fator sempre mencionado para a justificação do limite temporal imposto para a inibição, aqui temos em conta se a pessoa afetada agiu com dolo ou culpa grave, se os factos cometidos criaram ou agravaram a situação de insolvência e qual a força atribuída a tal atuação para o fim, as consequências de tal ato como por exemplo o valor dos créditos não satisfeitos em detrimento do prejuízo dos credores.⁶⁶

Alguns autores afirmam que deve-se atender como critérios à circunstância da atuação da pessoa afetada, se for solidária ou se não existia autonomia decisória⁶⁷, bem como a postura do afetado ao longo do processo de insolvência, o valor total dos créditos reclamados e os efeitos na economia a nível local, regional e nacional. No meu ponto de vista, é necessário ter em conta todos estes fatores para o apuramento da moldura temporal, de forma a que possa ser feita uma ponderação individual e atenta de forma a serem verificados todos os critérios a ter em causa e principalmente se considerarmos que

⁶⁵ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da insolvência e da Recuperação de Empresas- anotado*, Coimbra, Almedina, 2013 pág. 734.

⁶⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6º edição, Almedina, Coimbra, 2015, pág.138.

⁶⁷ SOVERAL, Alexandre Martins, *Um curso de Direito da insolvência*, 2º edição Coimbra, Almedina, 2016, pág.429.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

são várias as pessoas afetadas pela qualificação de insolvência e que dentro da mesma insolvência sejam fixados diferentes prazos de inibição uma vez que as condutas podem ter sido mais graves em determinados casos e em alguns possam ter ocorrido devido à não autonomia decisória nos atos levando a que a atuação ainda que com culpa grave deva ser ponderada no fator de apurar a inibição uma vez que o afetado precisou de agir de tal forma. Nos acórdãos mencionados, uma das medidas de inibição sofreu uma alteração no limite temporal por menos um ano, porque o juiz atendeu ao facto de não ter sido provada a ilicitude em um dos atos como a transmissão de um veículo e ainda por se atender ao valor dos créditos em dívida. Parece-me claro que devem ser responsabilizados de forma mais severa aqueles que provocaram créditos e desfalques de maior valor, por vezes, devido à insatisfação de grandes créditos em dívida, os credores vêm-se obrigados a recorrer, também eles, à insolvência ou a ter de deixar a sua empresa por não conseguirem eles satisfazer as suas obrigações. Devemos por isso, no meu ponto de vista, atender a cada caso isolado e tendo em atenção os prejuízos causados aos credores uma vez que a norma prevista no artigo 189º, nº 2 c) tem o objetivo de prevenir as atuações dolosas e a proteção dos credores e não apenas sancionar os afetados, pelo que quanto maior os valores em dívida não satisfeitos, maior o prejuízo causado aos credores e maior o prejuízo causado no mercado económico com o possível encerramento de empresas e insatisfação de créditos decorrentes de tal prejuízo.

A inibição para o exercício de comércio encontra-se sujeita a registo que é processado de forma oficiosa pela secretaria do tribunal junto da conservatória do registo civil, e quando a pessoa afetada se trata de comerciante a nome individual, da conservatória do registo comercial (artigo 189º nº3 CIRE, artigo 1º nº 1 n) do CRCiv, e artigo 9º nº 1 j) do CRCom).⁶⁸

Apesar do artigo 189º nº 3 não fazer referência, o mesmo se aplica à inibição para ocupação de cargos vedados que está também sujeita a registo nos mesmos moldes.

O efeito deste registo é certamente a publicidade de tal inibição, com o objetivo de evitar que administradores ou gerentes afetados pela insolvência culposa de uma

⁶⁸ ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pág. 71.

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

pessoa coletiva possam continuar a exercer esses cargos noutras sociedades podendo vir a prejudicar as mesmas.

Qualificada a insolvência como culposa e decretada a inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de cargos vedados, o período de sanção inicia-se após o registo da sentença que proferiu tal decisão e mantém na sua descrição o prazo fixado, sem possibilidade de que haja levantamento da inibição.

Decorrido o prazo fixado na sentença a inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de cargos vedados cessa automaticamente e sem necessidade de despacho judicial que o confirme.

A lei não estabelece qualquer tipo de consequência para a violação de tal medida, pelo menos não de forma expressa. Contudo, entendemos que face à natureza punitiva deste efeito (à semelhança do que se sucede com a inibição para a administração do património de terceiros) e ao interesse público subjacente, o não cumprimento desta obrigação não poderá ficar isento de consequências.

Posto isto, caso o inibido pratique atos que vão de encontro à violação do impedimento legal de comerciar não poderemos considerar tais atos inválidos pois a nulidade desses atos iria colocar em causa a proteção do comércio que se pretende proteger. No entanto tratando-se de um ato praticado sob desrespeito a uma inibição decretada judicialmente não poderá o inibido praticante de tal ato adquirir a qualidade de comerciante e consequentemente não poderá usufruir das vantagens associadas à qualidade do mesmo.

CONCLUSÃO

Na elaboração da presente dissertação, após toda a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foram abordados vários aspetos que nos permitem concluir que houve uma preocupação por parte do legislador, com a criação do incidente de qualificação de insolvência, que fosse impulsionada uma maior responsabilização dos gerentes e administradores da sociedade pelos danos causados à mesma e a terceiros decorrentes da sua declaração de insolvência.

Existem cada vez mais empresas que acabam por ter de recorrer à insolvência devido à “má” gestão ou a uma gestão com conduta dolosa, e por isso o legislador preocupou-se em reunir um conjunto de pressupostos que pretendem restringir as situações em que a insolvência deve ser considerada como culposa devido à criação ou agravamento da situação de insolvência por parte dos seus administradores. Devemos assim ter em conta que os Administradores de Direito ou de facto de determinada empresa, para além de agirem com boa conduta a fim de evitar a situação de insolvência, devem também agir em conformidade com os deveres previstos no artigo 64º do CSC, de forma a administrarem de acordo com os deveres de cuidado e lealdade, o património deles ou de terceiros.

É nesta definição de administradores de Direito e de facto que entra uma das discussões principais desta dissertação, se devem ou não, os TOC e ROC mencionados no artigo 189º nº2 como possíveis afetados à qualificação da insolvência como culposa, ser considerados administradores de facto quando atuem como tal dentro de uma empresa. Certo é que os TOC ou ROC não constituem, no seu leque de funções, atividades de gestão ou administração de património, mas por isso devemos olhar para estas situações de qualificação de culpa, como um ato único, devendo ser analisado sempre separadamente. É recorrente que muitas empresas trabalham com o seu contabilista durante muitos anos, e por uma questão de lealdade e confiança muitas das vezes os contabilistas, ao realizarem os relatórios de contas, acabam por ter mais funções que aquelas que estão cingidas à sua profissão, muitas das vezes aconselhando, dando informações ou recomendações que acabam por ser realizadas uma vez que há uma confiança por parte do devedor. Muitas das vezes a intenção do TOC ou ROC pode não ser a melhor, ou esteja a pensar em detrimento do seu próprio benefício, e nesses casos, e quando não existe qualquer intenção fraudulenta por parte do devedor, mas a empresa demonstra-se incapaz de satisfazer os seus créditos, devem sim os TOC e ROC ser

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

considerados administradores de facto, e a sua atuação, ainda que isolada, ser motivos suficientes para a qualificação da insolvência de culposa, alargando assim a proteção dos credores e do próprio devedor que atua de boa fé.

Concluimos ainda que a inibição para exercício do comércio e ocupação de cargos vedados, constitui um dos efeitos de carácter preventivo mais importantes da declaração de insolvência como culposa, e que ainda que a lei não seja precisa quanto aos critérios que devem ser atendidos pelo juiz para a escolha da moldura temporal da inibição, tais critérios devem basear-se no grau de culpa da atuação, no valor do património em dívida, no comportamento do afetado durante o processo de insolvência, quais os prejuízos causados para credores e terceiros com a atuação dolosa.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Coutinho de. Direito das Sociedades e Direito da Insolvência: interações. Em: *IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2017

ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Um curso de Direito Comercial I: introdução, atos de comércio, comerciantes, empresa, sinais distintivos*, 11º edição, Coimbra, Almedina, 2018

ALVES, Patrícia Alexandra das dores, *A qualificação da insolvência incidentes e efeitos*, dissertação de mestrado em Direito ciências jurídico-empresariais, na faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018

ANTUNES, José Engrácia, O âmbito subjetivo do incidente de qualificação da insolvência, in *Revista de Direito da Insolvência*, Número 1, Coimbra, Almedina, 2017

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido*, in ROA nº 55/III, 1995.

BRANCO, José Manuel, *Novas questões na qualificação da insolvência*, in *Processo de Insolvência e Ações Conexas*, dezembro de 2014, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf

BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da Falência Punitiva à Insolvência Reconstitutiva)*, Coimbra, Almedina, 2015

CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.a Ed., Quid Juris, 2013

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades I Parte Geral*, 3.º Edição, Almedina, 2011

CORDEIRO, António Menezes, *Perspetivas evolutivas do Direito da Insolvência*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV (2012), nº3, Coimbra, Almedina

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

COSTA, Ricardo Alberto Santos, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014

COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas- efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*, in revista julgar nº18, Coimbra editoras, 2012

CUNHA, Tânia Meireles da, *Da responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais – A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributaria*, 2º Edição, Almedina, 2009.

DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da Qualificação de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor*, Coletânea de Estudos sobre a Insolvência, 2014

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Universidade Católica Portuguesa, 2005

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Incidente de qualificação da insolvência*, in *Insolvência e Processo Especial de Revitalização*, marco de 2017, disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Insolvencia_Revitalizacao.pdf

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6º edição, Almedina, Coimbra, 2015

FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Reimpressão, Lisboa, Quid Juris, 2009

FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no direito português*, in *Coletânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa, Quid Juris, 2009

FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (apos a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006.

GONÇALVES, Stephanie, *Insolvência: recuperação ou liquidação*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

LABAREDA, Luís A. Carvalho Fernandes e João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Lisboa, Quid Juris, 3º edição, 2013, pág. 87.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Lisboa, 2011

MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência*, 3º Edição, Almedina, 2014.

MENEZES, Luís Leitão, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 10º edição, 2021

OLIVEIRA, Joana Albuquerque, *Curso de Processo de Insolvência e de Recuperação de Empresas*, 2º edição, Almedina, 2012.

PILAR, Fernando Paulo Marques Martins, *O incidente de qualificação de insolvência*, dissertação de mestrado em Direito especialização em Ciências Jurídico-Empresariais, na Universidade Portucalense, 2016

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Efeitos Pessoais da Declaração de Insolvência* em Ruy de Albuquerque

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4º edição, Coimbra, Coimbra, editora, 2005

SANTOS, Ana Luísa da Silva, *A responsabilidade dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas na Insolvência culposa*, dissertação de Mestrado na área das ciências jurídicas forenses apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

SERRA, Catarina, *Lições de Direito de insolvência*, Coimbra, Almedina

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5º Edição, Almedina, 2012

SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência culposa*, in *Revista Julgar*, nº18, Coimbra editora, 2018

SERRA, Catarina. *Direito da insolvência*. Sebenta de Direito de insolvência na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa em Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, 2018

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

SOVERAL, Alexandre Martins, *Um curso de Direito da insolvência*, 2ª edição Coimbra, Almedina, 2016

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal constitucional de 10-10-2002, Relator Concelheiro Artur Maurício, com o número 414/2002

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23/01/2008, Relator Falcão de Magalhães no processo nº 10/07.7TYVNG-B. P

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20-04-2010, Relator Gonçalves Ferreira, no processo 395/09.0TBLRA

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/05/2012, Relator Barateiro Martins no processo nº 1053/10.9TJCBR-K.C1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/01/2015, Relator Anabela Dias da Silva no processo nº 376/12.7TYVNG-A. P1

Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 17-11-2015, relator Fernandes do Vale, no processo 46/07.8TBSVC

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/12/2015, Relatora Maria Domingas Simões no processo nº 1430/13.3TBFIG-C.C1

Os efeitos da insolvência culposa para os afetados pela qualificação e critérios para a sua aplicabilidade em sentença

Acórdão do Tribunal da relação de Évora de 13-07-2017, Relator Tomé de Carvalho, no processo 4293/16.3T8STB.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23/04/2020, Relator Francisco Matos no processo nº 1810/18.8STR-D.E.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/04/2021, Relatora Isabel Fonseca no processo nº 540/19.8T8VFX-C. L1-1

Acórdão do Tribunal da relação do Porto de 06-09-2021, Relatora Eugénia Cunha, no processo 624/19.2T8BJA-A. P1