

A INSOLVÊNCIA DE PESSOAS COLETIVAS

EFEITOS NO INSOLVENTE E NA PESSOA DOS ADMINISTRADORES

MARIA JOSÉ COSTEIRA ¹

A Autora analisa os efeitos da declaração de insolvência, tanto na pessoa do insolvente, enquanto pessoa colectiva, como na dos seus administradores de facto e/ou de direito. Para o efeito, classifica estes efeitos em necessários/obrigatórios (isto é aqueles que decorrem obrigatoriamente da declaração de insolvência), eventuais (aqueles efeitos mais gravosos que só ocorrem caso a insolvência seja qualificada como culposa) e penais. Na análise destes efeitos e dos institutos que lhes estão subjacentes debruça-se ainda, a autora, sobre algumas incongruências de opções legislativas adoptadas pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, nomeadamente no que concerne ao incidente de qualificação de insolvência.

O atual regime da insolvência está regulado no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ² (CIRE) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004 de 18 de março ³.

O CIRE tem subjacente uma filosofia totalmente distinta do anterior Código de Processo de Recuperação de Empresas e de Falências (CPEREF): enquanto antes o regime estava estruturado para privilegiar a recuperação das empresas, sendo a falência encarada como a última *ratio*, agora todo o regime está estruturado a pensar na insolvência com liquidação do ativo (anterior falência) ficando de algum modo subalternizada a recuperação das empresas em situação económica difícil.

Esta conclusão extrai-se quer da própria sistemática do código quer dos efeitos da insolvência consagrados, dos quais decorre, indiscutivelmente, que subjacente ao código está uma lógica de liquidação do insolvente e não de recuperação do mesmo.

¹ Juíza do Tribunal do Comércio de Lisboa.

² Código a que pertencem todas as disposições citadas ao longo do texto sem qualquer outra indicação.

³ Alterado pelos: Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de agosto; Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março; Decreto-Lei n.º 282/2007, de 7 de agosto; Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho; Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto, e Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

O que é a insolvência de uma empresa? No essencial a noção de insolvência mantém-se a mesma, desde há muito, e consiste na impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (artigo 3.º, n.º 1) ou na manifesta superioridade do passivo face ao ativo (artigo 3.º, n.º 2).

A impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas tem subjacente o critério da falta de cumprimento pontual dessas obrigações, isto é, o critério assenta no facto de o devedor não ter capacidade para cumprir atempadamente os seus compromissos. Não interessa, pois, apurar se o devedor vai, num determinado período de tempo, poder cumpri-los. Ou pode cumpri-los na data do seu vencimento, momento em que está a tal vinculado e com que o credor legitimamente está a contar, e nesse caso não há insolvência actual (quando muito haverá insolvência iminente), ou não o pode fazer e, então, estará em situação de insolvência actual.

O legislador não faz depender a insolvência da impossibilidade de cumprimento de todas as obrigações vencidas. Pode estar em causa um único incumprimento desde que assuma um peso significativo no passivo do devedor ou que as circunstâncias subjacentes ao incumprimento demonstrem que o devedor se encontra impossibilitado de continuar a cumprir pontualmente as suas responsabilidades.

A insolvência verifica-se ainda, no caso de pessoas coletivas em que nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente pelas suas dívidas (*cf.* artigo 6.º), quando o passivo for manifestamente superior ao ativo, avaliados ambos segundo as normas contabilísticas aplicáveis. A insolvência determinada com base neste critério pressupõe que o volume e peso do passivo, no confronto com o ativo do devedor, seja de tal forma significativo que torna evidente que o devedor não pode, ou vai deixar a curto prazo de poder, cumprir as suas obrigações.

Constatada a situação de insolvência, pode a mesma vir a ser decretada por impulso do próprio devedor, de qualquer credor, do Ministério Público ou outro legitimado (artigos 18.º e 20.º), através de uma ação própria para o efeito — o processo de insolvência — não podendo em caso algum o tribunal decretar oficiosamente uma insolvência. É certo que foi consagrado no código o princípio do inquisitório (artigo 11.º), mas este princípio apenas permite ao juiz decidir com recurso a factos não alegados pelas partes, e não substituir-se às partes.

Diz o artigo 1.º do CIRE que *O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.*

Não obstante o legislador ter optado por operar uma verdadeira desjudicialização do processo, limitando fortemente a intervenção do juiz e passando

para as mãos dos credores o poder absoluto de decisão sobre o destino da empresa, manteve-se o carácter judicial da declaração de insolvência, ou seja, a mesma só tem os efeitos e consequências previstas no CIRE após ser reconhecida por sentença judicial.

Como já referido, pese embora seja possível que a insolvência, após declarada, leve à liquidação do património do devedor ou à apresentação de um plano de insolvência que pode ter subjacente a recuperação do mesmo, todo o código está estruturado para privilegiar a primeira das duas referidas opções: a liquidação do património do devedor. A lei não dá qualquer primazia ou relevância ao plano de insolvência, tratando-o antes como um meio alternativo de satisfação dos interesses dos credores, sendo certo que, ao mesmo tempo, configura a liquidação do ativo e subsequente partilha como o modelo supletivo. Daí que hoje o plano de insolvência possa não incidir sobre um modo concreto de recuperação do devedor mas apenas sobre o modo de pagamento do passivo (artigo 192.º).

Do ponto de vista do devedor, encontrando-se o mesmo insolvente, tem o dever de se apresentar à insolvência (artigo 18.º) no prazo de 30 dias a contar da data do conhecimento da situação de insolvência ou da data em que devia conhecer tal situação. No caso das pessoas coletivas presume-se, de forma inilidível, o conhecimento da situação de insolvência decorridos três meses sobre o incumprimento generalizado das obrigações tributárias, à segurança social, laborais ou rendas de qualquer tipo de locação.

Relativamente ao órgão a quem cabe a iniciativa da apresentação à insolvência, este código é inovador. No anterior regime a iniciativa cabia aos sócios da sociedade que deliberavam, em sede de assembleia geral, a apresentação da pessoa coletiva à falência. Hoje a iniciativa cabe ao órgão social de administração, ou seja, ao conselho de administração ou de gerência, órgão em que as deliberações são aprovadas por maioria ou em que há administradores ou gerentes com direito especial de voto (artigo 19.º).

Esta solução compreende-se uma vez que hoje a responsabilidade pela não apresentação atempada é sempre imputada aos administradores (tal como definidos no artigo 6.º: aqueles a quem incumbe a administração ou liquidação da pessoa coletiva, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente). Sendo estes os responsáveis diretos pela não apresentação da sociedade e sendo sobre eles que impendem, pessoalmente, uma série de efeitos da declaração de insolvência (designadamente o de a mesma ser considerada culposa precisamente por a pessoa coletiva não se ter apresentado no prazo de 60 dias), é compreensível que sejam eles os titulares do poder de decisão de apresentação da sociedade à insolvência.

A solução encontrada, porém, não é isenta de críticas uma vez que se afasta do regime consagrado no Código das Sociedades Comerciais relativo à dissolução das sociedades. A insolvência de uma sociedade pode levar à

sua dissolução (o que aliás é o mais frequente) e liquidação (na terminologia do artigo 234.º, n.º 3, trata-se de extinção). Ora no regime do Código das Sociedades Comerciais a dissolução depende de deliberação dos sócios (*cfr.* artigos 246.º, n.º 1, alínea *i*) e 383.º, n.º 2, ambos do Código das Sociedades Comerciais), o que aqui não sucede.

Seja como for, o artigo 19.º não impede os sócios de deliberar a apresentação da sociedade à insolvência. O que não podem é, caso os administradores decidam efetuar tal apresentação, impedir a mesma, sendo certo que nestes casos os administradores não incorrerão na prática de qualquer ato ilícito se concretizarem a apresentação sem o acordo dos sócios.

Se, porém, se vier a considerar indevida a apresentação por parte do devedor à insolvência, podem os administradores ser responsabilizados pelos prejuízos que causaram ao devedor ou aos seus credores, se agiram com dolo (artigo 22.º).

Decretada a insolvência e quer o processo “derive” para liquidação quer para aprovação de um plano, há um determinado número de efeitos que se verifica necessariamente e uma outra série de efeitos que pode ou não verificar-se. Vou passar à análise destes efeitos, advertindo porém que há duas situações em que parte dos efeitos de que vou falar não se verifica. Estou-me a referir aos casos em que a insolvência é decretada mas a administração da massa insolvente é confiada ao devedor (artigo 223.º) e aos casos em que na própria sentença que declara a insolvência é decretado o encerramento do processo (artigo 39.º). Uma vez que estes casos são pouco frequentes, não me vou debruçar sobre os mesmos.

EFEITOS NECESSÁRIOS / OBRIGATÓRIOS

Efeitos necessários ou obrigatórios são aqueles que decorrem automaticamente da declaração de insolvência, sendo os principais os que se seguem.

Perda do poder de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente — artigo 81.º, n.º 1

Este é o efeito patrimonial mais significativo decorrente da declaração de insolvência: perda dos direitos de administração e disposição dos bens que integram a massa (e só destes), direitos esses que passam a ser exercidos pelo administrador da insolvência.

A massa insolvente abrange todos os bens do devedor (artigo 46.º), com exceção dos isentos de penhora (que só são integrados na massa se o devedor o entender), quer existentes à data da declaração de insolvência quer adquiridos na pendência do processo. A noção de bens aqui utilizada é muito lata, abrangendo coisas corpóreas e incorpóreas, ou seja, abrangendo também direitos.

Proibição de cessão de rendimentos e de alienação de bens futuros — artigo 81.º, n.º 2

Ao insolvente fica também vedada a cessão de rendimentos e a alienação de bens futuros suscetíveis de penhora. Uma vez que os rendimentos são bens, por um lado, e que quaisquer bens que sejam adquiridos pelo devedor no decurso do processo integram a massa insolvente (artigo 45.º), por outro, temos de concluir que esta proibição abrange apenas os bens adquiridos ou obtidos após o encerramento do processo (não obstante o uso da expressão “mesmo tratando-se”).

Sucedo que após o encerramento do processo o devedor recupera o poder de disposição dos seus bens (artigo 233.º, n.º 1, alínea *a*). Significa isto que esta proibição só faz sentido quando for decretada a inabilitação nos termos do artigo 189.º, n.º 2, alínea *b*) (sendo que neste caso e sendo o insolvente uma pessoa singular a proibição resulta da própria inabilitação) ou quando estiver prevista num qualquer plano de insolvência aprovado pelos credores.

Perda do direito de representação — artigo 81.º, n.º 4

Decretada a insolvência a representação do insolvente, para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessam à insolvência, passa a caber ao administrador de insolvência.

Esta perda do poder de representação do insolvente prende-se com a questão da manutenção em funções dos administradores do insolvente a que se fará referência adiante.

Passemos então aos efeitos necessários da declaração de insolvência sobre os administradores do devedor.

Fixação de residência — artigo 36.º, alínea *c*)

Enquanto no anterior regime, na sentença que declarava a falência se fixava a residência do falido (totalmente inconsequente já que por regra os falidos pessoas coletivas há muito haviam abandonado o local onde tinham a sua sede e encerrado os seus estabelecimentos), hoje, na sentença que declara a insolvência é fixada a residência dos administradores, de direito ou de facto, do devedor — artigo 36.º, alínea *c*). Esta fixação de residência na prática só será viável e eficaz nos casos de apresentação à insolvência já que nos casos de insolvência requerida o autor não tem, por regra, conhecimento das residências dos administradores do insolvente e as certidões da matrícula, quando têm as respectivas moradas, não estão, por norma, atualizadas.

O objetivo da fixação de residência (usada aqui como sinónimo de domicílio) é, em meu entender, o de garantir que o administrador possa facilmente

ser localizado sempre que o tribunal ou o administrador de insolvência o quiser contactar para obter esclarecimentos ou informações necessários para o processo. Trata-se, pois, de uma obrigação que funciona como instrumento de garantia de outras obrigações tais como a de cooperação e de apresentação de documentos.

Não há, neste ponto, qualquer poder discricionário do juiz, isto é, não pode o juiz alterar a residência do administrador. Cabe-lhe apenas determinar, da ou das moradas existentes, qual a relevante para efeitos do processo.

Discordo de alguns autores que entendem dever aqui fazer um paralelismo entre esta obrigação e a da fixação de residência nos termos e para os efeitos do processo penal. Desde logo estão em causa interesses e valores completamente distintos. Por outro lado, não tendo o legislador estabelecido qualquer sanção para a violação desta obrigação (quando o fez para outras), não me parece lícito que o possamos fazer e muito menos que o façamos em paralelismo com o regime do processo penal.

De igual modo discordo de outros autores que entendem que o administrador só pode mudar de residência com prévia autorização do juiz. Julgo que a opção pela mudança de residência é uma opção pessoal, da esfera da vida privada, que o tribunal não pode sindicar. Nestes casos o administrador do devedor tem apenas a obrigação de vir comunicar ao processo a alteração da sua residência, indicando a nova morada.

Os administradores a quem é fixada residência são notificados pessoalmente da sentença que declara a insolvência (artigo 37.º), precisamente para que a fixação da residência tenha efeito útil: só com a notificação pessoal se pode assegurar que a residência que consta dos autos é efetivamente a residência do administrador e que a fixação de residência cumpre os seus objetivos. Por outro lado, dada a gravidade dos efeitos da declaração de insolvência para o administrador do devedor, há que assegurar que os atingidos por estes efeitos tenham conhecimento imediato da declaração de insolvência.

Obrigação de entrega de documentos artigos 36.º, alíneas f) e g)

Decretada a insolvência o devedor fica obrigado a entregar ao administrador de insolvência todos os documentos a que alude o artigo 24.º, n.º 1, e que ainda não se encontrem no processo, ou seja, todos os documentos com que o devedor deve instruir a petição inicial quando se apresenta à insolvência: relação de todos os seus credores; relação de ações e execuções contra si pendentes; documento explicativo da sua atividade nos últimos três anos, das causas da sua situação e identificação dos estabelecimentos de que seja titular; identificação dos sócios e dos que respondam legalmente pelos créditos sobre a insolvência; relação de bens que detenha em regime de arrendamento, aluguer, locação financeira ou venda com reserva de propriedade, bem como de todos os demais bens e direitos de que seja titular; contas anuais dos três últimos exercícios e mapa de pessoal. Tratando-se

de sociedade compreendida em consolidação de contas ou cotada na bolsa, há ainda outros documentos a juntar enunciados no artigo referido.

Não há qualquer sanção prevista no código para o caso de o devedor não cumprir esta obrigação.

Manutenção da qualidade de administradores do insolvente com perda de retribuição — artigo 82.º

Diz o artigo 82.º que os órgãos sociais do administrador se mantêm em funções após a declaração de insolvência, podendo renunciar aos cargos com efeitos imediatos.

O sentido e alcance deste normativo é, em meu entender, muito limitado. Com efeito, se o devedor fica privado do poder de administração e de disposição dos bens que integram a massa, bem como dos poderes de representação do insolvente, poderes esses que passam a ser exercidos pelo administrador, o conjunto das suas funções fica praticamente esvaziado. A única situação em que me parece que faz sentido o estatuído prende-se com a representação do insolvente no processo, representação essa que, nos termos do artigo 81.º, n.º 5, continua a caber ao insolvente, ou seja, ao seu órgão de administração. A questão que então se coloca é a de saber até quando é que estas funções se mantêm, devendo concluir-se que se manterão até ao encerramento do processo.

Caso não haja renúncia por parte dos administradores (renúncia que só pode ter lugar após o depósito das contas anuais com referência à data da decisão de liquidação), estes mantêm, pois, as suas funções, que deixam, porém, de ser remuneradas. A única exceção é a que ocorre quando a administração da massa é confiada ao devedor, caso em que os administradores continuam a auferir a sua retribuição, o que é perfeitamente justificável uma vez que continuam a exercer em pleno todas as suas funções.

Obrigação de indemnização — artigo 82.º, n.º 3, alíneas a) e b)

Por iniciativa do administrador de insolvência podem os administradores do insolvente ser chamados a responder pelos prejuízos que, com a sua atuação (designadamente pela diminuição do património integrante da massa insolvente), tenham causado quer ao devedor quer aos seus credores. Nestes casos caberá ao administrador da insolvência propor uma ação declarativa de condenação, por apenso ao processo de insolvência (artigo 82.º, n.º 5), tendo como causa de pedir a responsabilidade por factos ilícitos.

Obrigação de prestação de informações e de colaboração — artigo 83.º

Decretada a insolvência, o administrador do devedor fica obrigado aos deveres de apresentação e colaboração, durante a pendência do processo, tendo em vista facultar aos órgãos de insolvência e ao tribunal elementos

considerados necessários para o exercício das suas funções e para o normal desenrolar do processo.

Assim, tem o administrador do devedor que:

- fornecer todas as informações de que disponha e que sejam relevantes para o processo, informações que podem ser solicitadas pelo juiz, pelo administrador de insolvência, pela assembleia de credores ou pela comissão de credores,
- se apresentar em tribunal sempre que este ou o administrador da insolvência assim o determinem;
- prestar toda a colaboração que lhe seja requerida pelo administrador de insolvência, para efeitos do desempenho das suas funções.

A este propósito cabe apenas deixar duas notas. Uma relativa ao dever de apresentação. Quando determinada a apresentação, tem o administrador que cumprir com a determinação, salvo caso de justo impedimento, e tem de o fazer pessoalmente, exceto se lhe for permitido fazer-se representar por mandatário. Se não se apresentar quando tal lhe for ordenado, para além da possível condenação em multa, o juiz determina a sua comparência sob custódia (artigo 83.º, n.º 2).

Outra relativa a qualquer destes deveres: o seu não cumprimento será livremente apreciado pelo tribunal para efeitos de qualificação da insolvência [artigo 83.º, n.º 3)]. Note-se porém que esta apreciação pelo tribunal só ocorre quando o incumprimento dos deveres assume um carácter ocasional, pois, se se tratar de uma recusa reiterada, o artigo 186.º, n.º 2, alínea i), configura-a como uma presunção inilidível, isto é, uma presunção insuscetível de prova em contrário, de insolvência culposa.

EFEITOS EVENTUAIS

Os efeitos mais gravosos decorrentes da declaração de insolvência para a pessoa do administrador do devedor são os efeitos resultantes da qualificação da insolvência, efeitos usualmente designados por eventuais dado que só se verificam quando a insolvência é qualificada como culposa.

Presentemente o incidente de qualificação não é obrigatório. Dispõe o artigo 36.º, n.º 1, alínea i), que na sentença que declara a insolvência o juiz “*Caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, declara aberto o incidente de qualificação, com carácter pleno ou limitado*”.

A passagem de incidente obrigatório a facultativo ocorreu com a alteração introduzida ao diploma pela Lei 16/2012, de 20 de abril.

Praticamente desde o início da entrada em vigor do CIRE a opção pelo incidente de qualificação com carácter obrigatório foi objeto de críticas. Tais críticas resultavam desde logo de, na generalidade dos casos, a qualificação

da insolvência ser um incidente ineficaz, que consome algum tempo e que não tem qualquer utilidade (na maioria dos casos a insolvência é considerada fortuita não resultando dessa qualificação qualquer consequência). Defendia-se então que o incidente deveria ser facultativo e não obrigatório, isto é, apenas deveria ter lugar quando houvesse sérios indícios de insolvência culposa (tal como configurada esta no artigo 186.º). Por outras palavras, não haveria lugar a qualquer incidente quando a insolvência tivesse resultado de circunstâncias não imputáveis a título de dolo ou culpa grave aos administradores do devedor.

Alterado o carácter obrigatório do incidente para facultativo mas dando-se a possibilidade de, logo na sentença que declara a insolvência, o juiz determinar a abertura do incidente, introduziu-se um fator de perturbação na fase inicial do processo que até agora corria com simplicidade e celeridade. Presentemente, até ser declarada a insolvência, a única preocupação do requerente prende-se com a prova do seu crédito (sendo certo que a insolvência é requerida na generalidade dos casos por um credor) e com a prova de uma das circunstâncias previstas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 20.º Ao devedor, por sua vez, importa apenas demonstrar ou que o crédito do requerente não existe ou que não se encontra em situação de insolvência.

Passando a prever-se que o juiz pode logo de início fazer um juízo sobre a existência de dolo ou culpa grave, e atendendo ao novo efeito ora consagrado (responsabilidade civil dos administradores — artigo 189.º, alínea e), pode dar-se o caso de, logo na primeira fase do processo, as partes quererem fazer prova respeitante aos indícios relevantes para efeitos de qualificação da insolvência: o requerente vai-se esforçar por demonstrar que estes existem e o devedor que não existem.

Por conseguinte, não só os articulados vão tendencialmente tornar-se mais extensos, como a matéria a selecionar para julgamento será igualmente mais extensa, como a audiência se vai tornar mais longa e a sentença vai adquirir uma nova complexidade, obrigando o juiz a tomar uma posição, fundamentada, sobre uma questão que nada tem a ver com a declaração de insolvência e que só em momento posterior deve ser apreciada.

Por outro lado não é correto fazer recair sobre o juiz tal iniciativa. O juiz é o decisor e não é a si que compete impulsionar um incidente do processo, sendo pouco curial que quem decide seja quem, já em momento anterior, tomou posição sobre a questão decidenda.

A qualificação da insolvência constitui um incidente do processo de insolvência, incidente que pode ter carácter pleno ou limitado (artigos 188.º e 191.º). Será limitado quando o juiz concluir, na sentença que decreta a insolvência, que o insolvente não tem bens suficientes para satisfazer as custas e despesas do processo ou quando o administrador da insolvência vem aos autos, em momento posterior, trazer essa mesma informação (artigos 39.º e 232.º). Fora estas duas situações o incidente tem sempre carácter pleno.

Tenha o incidente carácter pleno ou limitado, a insolvência pode sempre ser qualificada de fortuita ou de culposa, isto é, a natureza do incidente, pleno ou

limitado, não está relacionada com a qualificação da insolvência. A única diferença entre o carácter pleno ou limitado reside no facto de, sendo limitado, os afetados pela inabilitação não perdem os créditos que detenham sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente nem podem ser condenados na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos [artigo 191.º, n.º 1, alínea c)].

A insolvência é considerada culposa quando o devedor, ou os seus administradores de facto ou de direito, tiverem praticado, nos três anos que antecedem o início do processo de insolvência, de forma dolosa ou com culpa grave, atos que criaram ou agravaram a situação de insolvência do devedor — artigo 186.º

O n.º 2 deste artigo enuncia um número de situações em que a insolvência se considera sempre culposa. Por sua vez o n.º 3 do mesmo preceito estabelece duas presunções de existência de culpa grave: incumprimento do dever de apresentação à insolvência e da obrigação de elaborar as contas anuais no prazo legal, de as submeter à devida fiscalização ou de as depositar na Conservatória do Registo Comercial.

Não se verificando qualquer das circunstâncias/presunções enunciadas nos referidos n.ºs 2 e 3 do artigo 186.º, a insolvência é qualificada de fortuita e, sendo como tal qualificada, não se verificam quaisquer efeitos sobre a pessoa dos administradores do insolvente.

Quais são, então, os efeitos, para os administradores do insolvente, decorrentes da qualificação da insolvência como culposa?

A inibição para administrar patrimónios de terceiros

A sentença que qualifica a insolvência como culposa deve identificar as pessoas afetadas pela qualificação e decretar a sua inibição para administrar patrimónios de terceiros por um período de dois a dez anos [artigo 189.º, n.º 2, alíneas a) e b)].

Este efeito foi consagrado com a última revisão do CIRE e veio substituir o efeito inicialmente previsto que consistia na inabilitação das pessoas afetadas, disposição que veio a ser considerada inconstitucional pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/09 de 2 de abril (acórdão com força obrigatória geral).

Com efeito a inabilitação era uma medida que não fazia sentido como “sanção” aplicável aos afetados pela insolvência. A inabilitação é um instituto de direito civil que tem como objetivo a proteção dos interesses do incapaz e que consiste, essencialmente, na impossibilidade de o inabilitado poder, sem autorização do curador nomeado, praticar atos de disposição de bens entre vivos (artigo 153.º, n.º 1, do Cod. Civil) e, eventualmente, de administrar o seu património [caso em que há lugar à constituição do conselho de família e à designação do vogal que exerce as funções que na tutela cabem ao protutor (artigo 154.º do Cod. Civil)].

Com o instituto da inabilitação pretende-se, pois, salvaguardar os interesses daqueles que, não sendo de todo incapazes de governar a sua pessoa e bens (ou seja, não sendo interditos — artigo 138.º Cod. Civil), se encontram

diminuídos por uma debilidade que os torna incapazes de reger convenientemente o seu património.

Ora o objetivo da inabilitação que estava prevista no CIRE não era este. A inabilitação consagrada no CIRE tinha em vista o interesse dos credores e do tráfico jurídico em geral, assumindo essencialmente um carácter sancionatório de natureza preventiva, sendo totalmente alheio ao escopo do instituto a salvaguarda do inabilitado. Não fazia, pois, sentido a inabilitação como sanção a aplicar aos responsáveis pela situação de insolvência.

Não parece, porém, que a alternativa ora consagrada tenha grande efeito útil ou, sequer, se revele adequada enquanto medida apta a exercer uma função repressora e simultaneamente preventiva dos comportamentos que podem levar à insolvência.

No caso da insolvência de pessoas singulares, a impossibilidade de administrar bens de terceiros está já prevista para determinadas situações concretas (os insolventes não podem ser tutores nem administradores de bens de menores — artigos 1933.º, n.º 2, e 1970.º, alínea a), ambos do Código Civil). Por outro lado, na medida em que lhes é aplicável igualmente a inibição para o exercício do comércio e para o exercício de funções em órgãos sociais de pessoas coletivas [artigo 189.º, n.º 2, alínea c)], estão desde logo inibidos de administrar o património de pessoas coletivas.

No caso da insolvência de pessoas coletivas, para além da inibição para o exercício do comércio e para o exercício de funções em órgãos sociais de pessoas coletivas, os afetados pela qualificação estão impedidos, pela simples declaração de insolvência, de administrar o património da pessoa coletiva em questão (artigo 81.º, n.º 1).

Duvida-se, pois, da utilidade desta inibição.

A inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de cargos em órgãos sociais

A sentença que qualifica a insolvência como culposa deve ainda declarar a inibição das pessoas afetadas pela qualificação para o exercício do comércio, por um período de 2 a 10 anos, bem como para ocupar qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa [artigo 189.º, n.º 2, alínea c)].

Tendo o código optado por uma enunciação de todas as entidades nas quais o afetado pela qualificação não pode exercer funções, retirando do preceito a expressão “incluindo” que constava do artigo 148.º do CPEREF, teremos de concluir que se trata agora de uma enunciação taxativa, ou seja, os afetados pela qualificação só ficam impedidos de exercer funções nas entidades expressamente referidas no preceito. Parece, pois, que já poderão exercer funções em órgãos sociais de ACE ou AEIE, o que é incongruente.

A inibição para o exercício do comércio é objeto de registo na Conservatória do Registo Civil, tal como a inibição para a administração de patrimónios de terceiros artigos 189.º, n.º 3).

O registo da inibição para o exercício do comércio não produz, na prática, qualquer efeito, designadamente, o efeito pretendido com o registo: publicidade do ato sujeito a registo. Com efeito, não havendo cruzamento de dados entre as várias entidades públicas, designadamente entre as conservatórias do registo civil e comercial, constata-se que administradores que foram declarados afetados pela qualificação da insolvência de uma determinada pessoa colectiva, com inibição para ocupar cargos de titulares de órgãos sociais, continuam a exercer esses cargos noutras sociedades, constando a respectiva nomeação da matrícula dessas outras pessoas coletivas.

Trata-se de uma ineficiência do sistema que urge colmatar.

A perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente

A sentença que qualifica a insolvência como culposa deve finalmente determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação bem como a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos [artigo 189.º, n.º 2, alínea c)].

Esta sanção, estabelecida de forma completamente abstrata, indiferente ao grau de culpa dos afetados, ao valor, origem e natureza dos seus créditos, pode, na prática, ser desproporcionada. Não estabelecendo o código qualquer limite temporal, até onde vai esta obrigação de restituição? Poderá um administrador ser obrigado a restituir o que recebeu há dez anos atrás?

Deve ter aqui lugar uma interpretação restritiva da norma e ser fixada na sentença uma data limite, data essa que deverá reportar-se aos três anos que antecederam o início do processo, já que só podem considerar-se afetados pela qualificação os administradores que exerceram funções nesses mesmos três anos e por atos que praticaram no mesmo período (artigo 186.º).

EFEITOS PENAIIS

O Código Penal tipifica como crime, no capítulo dos crimes contra direitos patrimoniais, a insolvência dolosa, a frustração de créditos, a insolvência negligente e o favorecimento de credores (artigos 227.º a 229.º do Cód. Penal). O CIRE introduziu alterações a estes artigos, alterações essas que são de pouca monta, com exceção do aditado artigo 229.º-A que consiste uma cláusula geral de agravamento da pena.

Resumidamente, são tipificados como crime de insolvência dolosa os atos que levem a uma diminuição do património do devedor ou a uma diminuição fictícia do seu ativo; à criação ou agravamento artificial dos seus prejuízos ou à redução dos seus lucros; que consistem na compra a crédito para venda por preço inferior ao corrente, com o objetivo de retardar a situação de insolvência (artigo 227.º, n.º 1, do Cód. Penal).

O crime de frustração de créditos consiste na prática de atos, após ser proferida uma sentença condenatória exequível, que levem à diminuição do

património do devedor, praticados com o intuito de frustrar a satisfação do crédito exequível, satisfação essa que se constata inviável na ação executiva que tiver sido instaurada (artigo 227.º-A do Cód. Penal).

O terceiro tipo legal de crime a considerar é o da insolvência negligente que se considera cometido quando o estado de insolvência resulta de atos praticados por grave incúria ou imprudência, prodigalidade, especulações ruinosas ou grave negligência no exercício da atividade, e venha a ser decretada a insolvência (artigo 228.º, n.º 1, alínea *a*), do Cód. Penal).

Este mesmo preceito tipifica ainda como crime as situações em que o devedor, tendo conhecimento das suas dificuldades económicas e financeiras, não requer em tempo nenhuma providência de recuperação e a insolvência vier a ser decretada [alínea *b*)].

Devo dizer que este preceito me causa grande perplexidade e penso levantará problemas de vária ordem.

Por um lado, o preceito fala em conhecimento, pelo devedor, das dificuldades económicas e financeiras e não em conhecimento da sua situação de insolvência. Ora o devedor que tem dificuldades económicas e financeiras pode não estar sequer numa situação de insolvência iminente e, mesmo que o esteja, a doutrina é unânime no sentido de que o dever de apresentação à insolvência só existe no caso de insolvência atual.

O último tipo legal a considerar é o do favorecimento de credores, que tipifica como crime os casos em que o devedor, tendo conhecimento da sua situação de insolvência (atual ou iminente) solve dívidas não vencidas ou de modo diferente do habitual ou presta garantias a que não é obrigado e a insolvência vier a ser decretada (artigo 229.º do Cód. Penal).

Qualquer dos quatro tipos legais de crime referidos se considera praticado, no caso de o devedor ser uma pessoa coletiva, por quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção e que tenha praticado algum dos factos previstos nos tipos em causa.

Relevante nesta sede é ter em mente que a sentença proferida no apenso de qualificação da insolvência, quer aponte no sentido da insolvência fortuita quer no sentido da insolvência culposa, não é vinculativa para efeitos da decisão do processo penal (artigo 185.º).

O CIRE introduziu ao Código Penal um normativo que agrava as penas previstas para os quatro tipos de crime referenciados se resultarem frustrados créditos de natureza laboral, em sede de processo executivo ou de insolvência (artigo 229.º-A do Cód. Penal).