

UMA BREVÍSSIMA INCURSÃO PELOS INCIDENTES DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

RUI ESTRELA DE OLIVEIRA

Partindo do princípio geral de que a insolvência das empresas é um facto especialmente danoso para a vida económica e social, devendo-se a uma multiplicidade de causas e quando tais causas decorrem de uma actuação censurável dos seus titulares, estes devem ser responsabilizados, o autor efectua uma profunda análise do regime dos incidentes de qualificação da insolvência regulados no Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas, tanto pelo estudo dos seus aspectos substantivos como processuais.

Ora o homem encontra realmente em si mesmo uma faculdade pela qual se distingue de todas as outras coisas, e até de si mesmo, na medida em que ele é afectado por objectos; essa faculdade é a razão.
Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

I — INTRODUÇÃO*

Encontra-se socialmente enraizada a ideia de que a personalidade colectiva, designadamente sob a forma de sociedades comerciais, é, amiúde, utilizada por pessoas individuais, na maioria dos casos por pessoas a ela ligadas, como sócios ou administradores, como um meio de ilegítimo aproveitamento pessoal em detrimento, quer dos interesses da pessoa colectiva, quer dos credores desta.

Os comportamentos de aproveitamento verificam-se de facto e aquela ideia socialmente enraizada não anda longe da verdade. Mas existem outros comportamentos que, tal como estes, maltratam as pessoas colectivas e dentro destas as empresas, nomeadamente, as que se formalizaram juridicamente como sociedades comerciais. Referimo-nos aos comportamentos de incúria, desleixo e negligência que, apesar de mais dificilmente detectáveis

* Trabalho final do curso de pós-graduação em Direito das Empresas, do IDET — Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, apresentado em Dezembro de 2008 perante o Mestre João Labareda.

socialmente, não deixam de gerar, igualmente, danos relevantes, designadamente na economia.

Em face de uma ilícita situação de aproveitamento ou de negligência, geradora de danos ocorridos na esfera jurídica da sociedade ou dos credores, o ordenamento jurídico põe ao dispor dos interessados diversos meios, como, por exemplo, as acções a propor contra os administradores de sociedades comerciais previstas nos artigos 75.º, n.º 1 (acção da sociedade), 77.º, n.º 1 (acção social de sócio), 78.º, n.º 1 (acção de credor da sociedade) e n.º 2 (acção sub-rogatória de credor da sociedade), do Código das Sociedades Comerciais. Especificamente quanto aos interesses dos credores, para além da acção citada, da responsabilidade civil extracontratual e contratual (artigos 483.º e segs. e 790.º e segs. do Código Civil) e da impugnação pauliana (artigos 610.º e segs. do mesmo diploma), os credores podem ainda valer-se da conceptualização doutrinal quanto à desconsideração da personalidade colectiva¹.

Na pior das hipóteses, no entanto, tal aproveitamento ou tal negligência pode conduzir, e muitas vezes conduz, à insolvência da empresa, ou seja, à impossibilidade de esta cumprir as suas obrigações vencidas.

A insolvência da empresa apresenta-se, do ponto de vista económico e social, como um facto especialmente danoso e se é certo que a sua produção ou agravação pode dever-se a uma multiplicidade de causas, mais certo será que quando a mesma se deve a uma actuação censurável dos seus titulares, estes devem ser responsabilizados.

Sensível a tal realidade e procurando evitar que abrir e fechar empresas colocadas em situação de insolvência continuasse a assumir contornos de *rotina empresarial* — com o inevitável lastro de dívidas a outras empresas e cidadãos que a empresa inviabilizada e abandonada deixa no seu lugar —, o legislador, através do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que procedeu à reforma do processo de recuperação de empresas e falência, aprovando o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)^{2 3}, fixou o

¹ Anota-se o esforço da doutrina na conceptualização de instrumentos que permitam uma efectiva afirmação da justiça material em detrimento da justiça meramente formal, podendo salientar-se o problema da eventual desconsideração da personalidade colectiva como paradigmático, em face da inexistência de uma solução *desconsiderante* legal geral. Sobre o tema, cfr., entre outros, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial, V. II, Das Sociedades*, Almedina (2.ª reimpressão da edição de 2002), Coimbra, 2003, pp. 174 e segs., Alexandre Soveral Martins, *Estudos de Direito das Sociedades*, AAVV, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 105-108. No âmbito das sociedades por quotas unipessoais, propondo a extensão teleológica de uma solução *desconsiderante* legal pontual, cfr. Ricardo A. S. Costa, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2002, especialmente, pp. 677 e segs. Sobre o recurso à desconsideração da personalidade colectiva no confronto com os demais meios apontados, cfr. Maria de Fátima Ribeiro, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 27, Julho/Setembro, 2009, pp. 35 e segs.

² Posteriormente alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 200/2004, de 18 de Agosto, e 282/2007, de 7 de Agosto.

³ E que revogou o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril.

objectivo de obter “uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas”⁴. Para tal, instituiu o regime dos *Incidentes de Qualificação da Insolvência*, regulado nos artigos 185.º a 191.º do novo código.

II — CARACTERIZAÇÃO PRELIMINAR DO INCIDENTE E PRIMEIRAS QUESTÕES

1. Não tendo primado pela originalidade — o incidente surge por influência e, por vezes, decalcado da espanhola *Ley Concursal* de 9 de Julho de 2003⁵ —, o legislador ainda assim inovou, introduzindo no processo de insolvência um *incidente processual típico obrigatório* destinado ao julgamento e eventual punição, mediante sanções civis, dos responsáveis pela ocorrência de insolvências culposas.

Os incidentes de qualificação da insolvência encontram-se regulados, como já foi referido, nos artigos 185.º a 191.º do Título VIII do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, encontrando-se as normas contidas naqueles dispositivos distribuídas por três capítulos. O primeiro capítulo, com três artigos 185.º, 186.º e 187.º, versa sobre aquilo que o legislador designou por *disposições gerais* e que, por isso, conterá normas potencialmente aplicáveis, quer à tramitação processual prevista no segundo capítulo, designado por *incidente pleno de qualificação da insolvência* — artigos 188.º, 189.º e 190.º —, quer à tramitação processual prevista no terceiro, designado por *incidente limitado de qualificação da insolvência* — artigo 191.º São três as sanções potencialmente aplicáveis: (i) a inabilitação do responsável; (ii) a interdição do responsável para o exercício do comércio, para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa; e (iii) a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

A forma como se encontra sistematizada a matéria permite estabelecer, desde logo, a distinção legal, de cariz processual, entre o *incidente pleno de qualificação da insolvência* e o *incidente limitado de qualificação da insolvência*. De cariz processual porque são essencialmente processuais os traços distintivos entre as referidas figuras, como adiante se verá.

Por outro lado, e perscrutando o texto da lei, logo o artigo 185.º, inserido no Capítulo I, nos diz que são dois os tipos de insolvência: a *culposa* e a *fortuita*. Os vários elementos definidores da insolvência culposa encontram-se

⁴ In Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

⁵ Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal — BOE num. 164 de Jueves, 10 Julio de 2003.

previstos no artigo 186.º, onde, para além de uma previsão genérica e abstracta contida no n.º 1, se estabelece, nos n.ºs 2 e 3, um conjunto de presunções conducentes ao conceito de culpa definido naquele n.º 1. São duas as ideias que ressaltam de uma primeira leitura da norma em questão. Em primeiro lugar, a distinção entre a insolvência culposa e a insolvência fortuita assume um cariz nitidamente substantivo. Em segundo lugar, a insolvência deverá qualificar-se como fortuita quando, em face do disposto no artigo 186.º, não for possível qualificá-la como culposa.

A forma como as duas distinções se conjugam afigura-se cruzada, pois, quer estejamos perante o incidente pleno, quer perante o incidente limitado, a decisão poderá assumir qualquer um dos sentidos substantivos apontados — culposa ou fortuita.

2. De acordo com os artigos 185.º e 186.º, n.º 1, do CIRE, a insolvência é *culposa* ou *fortuita*, sendo culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Em termos de responsabilização dos titulares de empresas, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) previa, por um lado, os termos processuais que deveriam ser observados pelo juiz logo que, no processo, houvesse conhecimento de factos que indicassem a prática de algum dos crimes previstos e punidos nos artigos 227.º a 229.º do Código Penal — regulamentação da indicição de infracção penal que subsiste no novo código (CIRE) nos artigos 297.º a 300.º Por outro lado, o CPEREF sancionava automática e directamente o *próprio visado* pela declaração de falência, quer se tratasse de pessoa individual, quer de pessoa colectiva, nos termos do artigo 148.º, n.º 1, determinando a privação do *falido*, após a declaração de falência, da administração e do poder de disposição dos seus bens presentes ou futuros e a sua inibição para o exercício do comércio, incluindo a possibilidade de ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa, sendo que neste último caso, e por força da alínea *d*), do n.º 1, do artigo 238.º, quando não tivesse sido instaurado procedimento criminal e o juiz reconhecesse que o devedor tinha agido no exercício da sua actividade com lisura e diligência normal, poderia tal inibição ser levantada por este no próprio processo de falência.

Quanto aos gerentes, administradores ou directores, ou gerentes ou administradores de facto, apenas poderiam ser inibidos nos termos descritos na verificação conjugada dos pressupostos previstos nos artigos 148.º, n.º 1, 126.º-A, n.º 2, e 126.º-B do código revogado, ou seja, se estes tivessem contribuído significativamente para a insolvência da sociedade através da prática dos factos descritos na lei (126.º-A do CPEREF) ou se fossem declarados civilmente responsáveis nos termos do Código das Sociedades Comerciais

(126.º-B do CPEREF)⁶. Apesar de não se tornar necessária uma efectiva responsabilização do administrador ou gerente pelo passivo social nos termos do n.º 1 do artigo 126.º-A do CPEREF: os factos mencionados no n.º 2 da citada norma revogada funcionavam como pressupostos autónomos relativamente à inibição prevista no n.º 2 do artigo 148.º, podendo levar à inibição sem que houvesse uma efectiva responsabilização pelo passivo, pois esta estava dependente da iniciativa do Ministério Público ou de algum credor nesse sentido — cfr. artigo 126.º-A, n.º 1, do CPEREF.

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

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

Para além do aspecto processual evidenciado, o legislador, como já se deixou perceber, eliminou a distinção, para efeitos sancionatórios, entre os visados pela declaração de insolvência e os administradores ou gerentes, de direito ou de facto. Agora todos eles estão sujeitos ao mesmo regime e, eliminando a aplicação directa e automática da sanção ao próprio devedor, como se encontrava previsto no n.º 1 do artigo 148.º do CPEREF, o legislador veio subordinar a aplicação de uma sanção inibitória a um nexo de imputação dos factos à conduta a título de dolo ou culpa grave⁷.

⁶ Cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 28.06.2001, de 21.12.2004 e de 06.06.2005, in www.dgsi.pt, relatados, respectivamente, por Leonel Serôdio, Emídio Costa e Pinto Ferreira.

⁷ Catarina Serra, in *As Novas Tendências do Direito Português da Insolvência — Comentário ao Regime dos Efeitos da Insolvência sobre o Devedor no Projecto de Código da Insolvência, Comunicações sobre o Anteprojecto do Código, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra Editora, 2004, p. 43, afirma que “este é um regime mais eficiente, porque o efeito produz-se apenas quando se justifica — consegue-se a isenção automática dos sujeitos sem culpa — e mais justo, porque o efeito justifica-se sempre que existe culpa do sujeito — acaba-se com a possibilidade de isenção dos sujeitos sem mérito. Restabelece-se, então, a correspondência entre o regime do efeito e a função sancionatória que

3. Como traço geral, cumpre ainda mencionar a referência do legislador a acções conexas com a matéria factual que se discute nos incidentes em análise e ao valor que se deve atribuir à decisão de qualificação. A norma ínsita no artigo 185.º, depois de qualificar substantivamente as insolvências, vem afirmar que “(...) a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem das acções a que se reportam os n.ºs 2 e 3 do artigo 82.º”.

Pensamos que a disposição em causa deve ser interpretada com cautelas.

Em primeiro lugar, as ressalvas vêm afirmar, não o princípio da autonomia da decisão de qualificação de insolvência relativamente às acções referidas, mas a *autonomia destas acções* relativamente às decisões a proferir no incidente de qualificação. Em rigor, nenhum preceito impõe a autonomia do incidente relativamente a decisões proferidas em processo penal ou relativamente a decisões proferidas nas acções a que se referem os n.ºs 2 e 3 do artigo 82.º Diga-se, aliás, que relativamente às decisões penais o CIRE pressupõe o seu aproveitamento quando preceitua, no artigo 300.º, n.º 1, que “deve ser remetida ao tribunal da insolvência certidão do despacho de pronúncia ou de não pronúncia, de acusação e de não acusação, da sentença e dos acórdãos proferidos no processo penal”⁸. Ou seja, o legislador atribui à *decisão/decisões* do incidente um determinado valor probatório. Daí que a autonomia tenha sido consagrada não no sentido *causas penais e acções do artigo 82.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE* → *incidente de qualificação da insolvência*, mas no sentido *incidente de qualificação da insolvência* → *causas penais e acções do artigo 82.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE*.

Em segundo lugar, consideramos que o legislador pretendeu atribuir à expressão *a qualificação não é vinculativa* um duplo sentido. Por um lado, um sentido *factual*, por outro lado, um sentido *jurídico-conclusivo*.

Assim, a *decisão factual* proferida no incidente não é vinculativa para o juiz da causa penal e para o juiz das acções previstas no artigo 82.º, n.ºs 2

sempre se lhe atribuiu”. Concordamos com a valoração expendida pela autora, não se podendo, no entanto, concordar com a qualificação que a autora atribui à medida prevista no artigo 199.º do Código de Processo Penal, na nota 57, p. 43, da obra citada — *sanção penal avulsa para os arguidos em acção penal em geral*. O artigo 199.º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe *suspensão do exercício de profissão, de função de actividade e de direitos*, prevê uma medida de coacção, a aplicar em processo penal, reunidos que se encontrem os pressupostos específicos e gerais previstos na lei. Como *medida de coacção* que é, caracteriza-se pelo pendor *coactivo* e *preventivo* e não *sancionatório*, nunca subsistindo para lá do trânsito em julgado da sentença. Aliás, é de notar que o artigo 65.º, n.º 2, do Código Penal dispõe que “a lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões”. No entanto, o Código Penal não prevê qualquer *pena acessória*, de aplicação directa e necessária, para os arguidos que sejam condenados pela prática de um dos crimes previstos e punidos pelo disposto nos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores) — cfr. *infra* o que se expõe sobre a interpretação dos artigos 66.º, n.º 2, e 100.º do Código Penal. Assim, pode afirmar-se que a lei penal não proíbe o exercício do comércio ou indústria como efeito directo e necessário da prática de um dos crimes apontados.

⁸ Atente-se, no entanto, o que se expende no ponto 4., nota 15.

e 3, do CIRE. No caso de ter havido uma decisão que tenha qualificado a insolvência como culposa, os factos dados por provados no incidente e que fundamentaram a decisão não têm naquelas outras causas e acções qualquer valor específico — o juiz destas acções está livre para considerar como não provados factos que no incidente foram dados por provados. No caso de a insolvência ter sido, no incidente, considerada fortuita, o juiz não fica impedido de considerar como provados factos que no incidente foram considerados como não provados ou que sobre os quais nem sequer incidiu qualquer decisão factual.

Quanto às causas penais, tendo em conta os princípios da oralidade e da imediação que enformam o processo penal e que surgem concretizados na necessidade, excepcionalmente contornável, de toda a prova ser produzida em sede de audiência de discussão e julgamento, e o princípio da livre apreciação da prova, traduzido na ideia de que a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente — cfr. artigo 127.º do Código de Processo Penal —, os factos dados por provados e os factos dados por não provados nos incidentes nunca poderiam ser dados por provados ou por não provados, automaticamente, no processo penal. Ou seja, quer os factos permitam ao tribunal criminal qualificar a insolvência como culposa, quer não permitam, quer a decisão proferida no incidente conclua pelo carácter culposos ou fortuito da insolvência, decorre dos princípios gerais do processo penal que o tribunal criminal não pode estar sujeito aos factos dados por provados no incidente. O princípio da presunção da inocência até ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória, plasmado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, não permitiria, quanto aos factos dados por provados, diversa interpretação. Por outro lado, a circunstância de não se terem dado por provados *factos* que permitam concluir pelo carácter culposos da insolvência — porque não foram considerados ou porque mereceram a resposta de não provados — não impede que o eventual responsável venha a ser condenado pela prática de um dos crimes previstos nos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores) do Código Penal.

Quanto às acções previstas no artigo 82.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE, entendemos que o legislador também não quis vincular o juiz destas acções aos *factos* dados por provados ou dados por não provados no incidente de qualificação⁹. A razão prende-se com a diferença existente entre os pressupostos fundamentadores da responsabilidade civil, instituto convocado nas acções mencionadas no artigo 82.º do CIRE, e os pressupostos da qualificação da situação de insolvência, que condiciona a abordagem que o tribunal fará à

⁹ Repare-se que o legislador, na motivação preambular ao Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, afirma, no ponto 40, no quinto parágrafo que “o incidente destina-se a apurar (*sem efeitos* quanto ao processo penal ou à *apreciação da responsabilidade civil*) se a insolvência é fortuita ou culposa (...)” (itálicos nossos).

matéria de facto considerada pertinente. Assim, e também aqui, a circunstância de não se terem dado por provados *factos* que permitam concluir pelo carácter culposo da insolvência não impede que o eventual responsável venha a ser condenado no pedido deduzido numa das acções previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 82.º do CIRE.

Mas o juiz também não pode estar sujeito às *conclusões jurídicas*, designadamente, à qualificação atribuída — se culposa ou se fortuita. E neste ponto o carácter literal da norma afigura-se suficiente para se concluir neste sentido, a não ser que se considerasse a questão a decidir no incidente, no tocante à causa penal referida na ressalva, como uma *questão prejudicial* da decisão penal.

É que o processo penal é *suficiente*, sendo o “lugar adequado ao conhecimento de *todas* as questões cuja solução se revele necessária à decisão a tomar”¹⁰ — cfr. artigo 7.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Apenas não será assim, surgindo então a excepção, “quando, para se conhecer da existência de um crime, for necessário julgar qualquer questão não penal que não possa ser convenientemente resolvida no processo penal”, podendo, neste caso, “o tribunal suspender o processo para que se decida esta questão no tribunal competente” — cfr. artigo 7.º, n.º 2, do Código de Processo Penal. Neste âmbito, tem-se entendido que tal sucede quando a questão a decidir seja *prejudicial* relativamente ao objecto de um concreto processo-crime, implicando o conhecimento de um elemento constitutivo do crime e, portanto, de um elemento que decida da condenação ou absolvição do arguido, e quando o tribunal verifique que a questão não pode ser convenientemente decidida no processo penal¹¹.

Perante este quadro, cremos que o legislador do novo código da insolvência pretendeu afirmar, de antemão, a *não prejudicialidade* da questão da qualificação relativamente ao processo penal, designadamente, quanto ao conhecimento da prática dos crimes previstos e punidos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal. Interpretada a ressalva em causa no sentido exposto, fica o juiz penal *impedido* de suspender a prolação da decisão penal com fundamento na pendência de incidente da qualificação da insolvência, pois a questão a decidir neste incidente *não é prejudicial relativamente à decisão penal*. Tendo em conta que a decisão sobre a prejudicialidade da questão relativamente à decisão penal será decidida no processo penal, estamos perante uma norma especialmente dirigida ao juiz penal, aplicável no respectivo processo. Por outro lado, o Ministério Público não está impedido de iniciar o procedimento criminal antes do trânsito em julgado da decisão final do incidente, nem pode invocar o carácter *fortuito* da insolvência para arquivar ou não ini-

¹⁰ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João Antunes*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988/89, p. 110.

¹¹ Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, Lições coligidas por Maria João Antunes*, Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988/89, p. 117.

ciar o competente procedimento — decisões que devem sempre ser tomadas ao abrigo do princípio da legalidade — cfr. artigos 262.º, n.º 2, e 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Daí que, por este ponto de vista, também estamos perante uma norma especialmente dirigida ao titular do inquérito criminal, aplicável no respectivo processo e antes dele.

No que toca às acções referidas no artigo em análise — artigo 185.º: “... nem das acções a que se reporta o n.º 2 do artigo 82.º...” —, também podemos admitir que o legislador quis, de antemão, afirmar a *não prejudicialidade* da questão da qualificação relativamente à decisão a proferir naquelas. A interpretação do disposto no artigo 279.º, n.º 1, do Código de Processo Civil¹², permite afirmar que é uma causa prejudicial “toda aquela cuja resolução constitui pressuposto necessário da decisão de mérito, quer esta necessidade resulte da configuração da causa de pedir, quer da arguição ou existência duma excepção, peremptória ou dilatória, quer ainda do objecto de incidentes em correlação lógica com o objecto do processo, e seja mais ou menos directa a relação que ocorra entre essa questão e a pretensão ou o *thema decidendum*”¹³. Porventura ciente do carácter genérico da norma constante do artigo 279.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, e pretendendo obviar à tentação de se determinar a suspensão da instância com fundamento na pendência do incidente de qualificação, o legislador atalhou caminho e, com este enquadramento, afirmou a autonomia destas acções relativamente ao incidente de qualificação.

Mas uma outra razão se pode adiantar para justificar a interpretação proposta. Bem ou mal, a culpa do visado pelo incidente, quando afirmada pela sentença, pode ser obtida e ter como fundamento factos que fizeram actuar as presunções ilidíveis e inilidíveis, previstas no n.º 2 do artigo 186.º do CIRE, incluindo-se aqui aquelas que impõem que se prescinda do nexo de causalidade entre o comportamento do responsável e a situação de insolvência. Ou seja, no incidente de qualificação estamos perante um conceito de culpa específico e cujos fundamentos não se reconduzem aos normais quadros da responsabilidade civil aquiliana, da responsabilidade civil contratual ou da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais perante a sociedade, os sócios e os credores. Por isso, importar a decisão de culpa proferida no incidente, que teve, por exemplo, como fundamento o facto-pressuposto da presunção prevista na alínea i) do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE, para as acções previstas no artigo 82.º, n.º 2, do mesmo diploma, consubstanciaria uma contradição com os próprios pressupostos deste tipo de acções¹⁴.

¹² É este o texto da norma: “o tribunal pode ordenar a suspensão quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado”.

¹³ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.02.2006, in *www.dgsi.pt*, Relator: Alziro Cardoso.

¹⁴ Repare-se que na alínea a) do n.º 2 do artigo 82.º do CIRE, estão incluídas as acções judiciais de responsabilidade que recolhem o seu fundamento nos artigos 75.º, n.º 1 (acção da sociedade), 77.º, n.º 1 (acção social de sócio), 78.º, n.º 2 (acção sub-rogatória de credor da sociedade), todos do Código das Sociedades Comerciais. Sobre a responsabilidade civil

Concluindo e em resumo, pode afirmar-se que o artigo 185.º do CIRE consagra a autonomia das causas penais e das acções referidas no n.º 2 do artigo 82.º do mesmo diploma relativamente às decisões proferidas no incidente de qualificação. A autonomia concretiza-se na circunstância de a decisão factual proferida no incidente não vincular o juiz dessas causas e na inexistência de uma relação de prejudicialidade entre a qualificação jurídica decidida no incidente e essas mesmas causas.

4. Para além dela, pode afirmar-se existir uma relação de interconexão entre a *norma penal* e a *norma mercantil*, que se verifica não só relativamente ao incidente, mas também relativamente ao próprio processo de insolvência. Especificamente quanto ao incidente, pode referir-se a circunstância de a totalidade dos comportamentos tipificados nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal encontrarem guarida na definição geral de *insolvência culposa* acolhida no artigo 186.º, n.º 1, do CIRE. Quanto ao processo de insolvência em geral, pode referir-se a circunstância de a *declaração da situação de insolvência* contida na decisão prevista no artigo 28.º (36.º), do CIRE e eventualmente contida na decisão prevista no artigo 35.º, n.º 8 (36.º) do mesmo diploma constituir uma *condição objectiva de punibilidade* nos tipos legais de crimes contidos nos artigos 227.º (insolvência dolosa), 228.º (insolvência negligente) e 229.º (favorecimento de credores) do Código Penal¹⁵. Pelo que aqui já pode conceber-se, pelo menos em abstracto, a emergência de uma questão prejudicial não penal, prévia ao incidente propriamente dito, a ser suscitada no processo penal, nos termos do disposto no artigo 7.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, e a ser decidida no processo de insolvência.

Ainda que se afigure, do ponto de vista prático, uma questão que dificilmente se colocará, no que aos crimes previstos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal concerne¹⁶, caberá perguntar sobre o *valor probatório* que a *sentença penal transitada em julgado* terá no incidente de qualificação da insolvência, designadamente, quanto ao valor dos factos dados por provados na sentença penal condenatória e quanto ao valor dos factos

dos administradores, cfr. J. M. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET — Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, 2007, pp. 59 e segs.

¹⁵ Cfr., sobre a matéria, Pedro Caeiro, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, T. II, Coimbra Editora, 1999, pp. 402 e segs., especialmente, pp. 425 e 426.

¹⁶ Constituindo a declaração da situação de insolvência uma condição objectiva de punibilidade, no que aos crimes indicados concerne, para que os factos em causa pudessem adquirir formalmente a condição de serem aproveitados no incidente de qualificação, a dedução, no processo penal, da acusação, a realização do julgamento e o trânsito em julgado da sentença (ou do acórdão do tribunal superior, em caso de recurso) teriam de ocorrer dentro do lapso de tempo que medeia entre a sentença que, no processo de insolvência, a declara e o fim da audiência de discussão e julgamento a realizar no incidente de qualificação. Tendo presente a natureza urgente do processo de insolvência, apesar de se poder configurar uma possibilidade teórica de tal aproveitamento poder acontecer, sem ocorrer a suspensão dos termos do incidente, não se afigura, contudo, provável, na maioria dos casos de contacto entre os dois diferentes processos.

dados por não provados na sentença absolutória, referentes a comportamentos, por acção ou por omissão, que caibam na definição geral de insolvência culposa prevista no artigo 186.º, n.º 1, do CIRE¹⁷.

Os factos dados por provados em sentença penal condenatória de arguido a quem foi dada a oportunidade de contraditar a matéria da acusação, apresentando as suas razões de facto e de direito, deverão ser dados por provados no incidente se aquele for um dos visados pelo propósito final do incidente de qualificação¹⁸. Sublinhe-se que são os *factos* que estão aqui em causa e não qualquer consideração jurídica, designadamente, ao nível da culpa. As considerações jurídicas, a subsunção dos factos ao direito e respectivas conclusões de carácter jurídico são feitas e expendidas no incidente de qualificação de acordo com as noções e conceitos do próprio incidente de qualificação, afigurando-se incorrecto importar conceitos e noções do processo penal para o incidente de qualificação¹⁹.

E quanto aos valor dos factos dados por provados e dados por não provados na sentença penal absolutória? Suponhamos que o arguido, absolvido da prática de um crime de insolvência dolosa, previsto no artigo 227.º do Código Penal, vem a ser visado pelo incidente de qualificação. Neste caso, a situação deverá ser resolvida nos termos previstos nos termos do disposto no artigo 674.º-B do Código de Processo Civil²⁰, ex vi artigo 17.º do CIRE, que consideramos aplicável na situação gerada pela interconexão que se estabelece entre a jurisdição penal e a jurisdição mercantil, com a interpretação

¹⁷ O disposto no artigo 674.º-A do Código de Processo Civil não tem virtualidade para ser aplicado ao incidente de qualificação da insolvência. Os factos dados por provados em sede penal, na veste de presunções ilidíveis da respectiva existência, apenas poderiam ser opostos a *terceiros* relativamente ao processo penal e a construção pressuposta na norma não encontra qualquer reflexo na construção do incidente de qualificação da insolvência. Cfr., sobre a matéria, Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, in *Código de Processo Civil Anotado*, V. II, Coimbra Editora, 2001, pp. 690-692.

¹⁸ Assim decidiram os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 09.12.2004, in www.dgsi.pt, Relator: Bettencourt de Faria, e do Tribunal da Relação de Coimbra de 28.11.2006, in www.dgsi.pt, Relatora: Regina Rosa.

¹⁹ No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23.01.2003, in www.dgsi.pt, relatado por Oliveira Barros, afirma-se, na esteira do ensinamento de Castanheira Neves (e citando os *Sumários de Processo Criminal*, 1968, pp. 186, 195 e 196) que “a acção penal e a acção civil são reconhecida e decisivamente distintas nos seus pressupostos fundamentais. (...) Não há coincidência entre os pressupostos da culpa criminal e os pressupostos da pretensão de indemnização civil. Nomeadamente: (...) Nem o ilícito criminal se confunde com o ilícito civil, nem a culpa criminal se pode confundir com a culpa civil; subsistindo, sempre, a possibilidade de haver a responsabilidade civil onde esteja de todo ausente a responsabilidade criminal, como é o caso da responsabilidade objectiva, pelo simples risco”. Ou, dizemos nós, como é o caso da responsabilidade pela insolvência, com fundamento em dolo ou culpa grave, nos termos do disposto no artigo 186.º, n.º 1, do CIRE.

²⁰ Preceitua este artigo, no n.º 1, que “a decisão penal, transitada em julgado, que haja absolvido o arguido com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados, constitui, em quaisquer acções de natureza civil, simples presunção legal da inexistência desses factos ilidível mediante prova em contrário”. O n.º 2 dispõe, por sua vez, que “a presunção referida no número anterior prevalece sobre quaisquer presunções de culpa estabelecidas na lei civil”.

que pela doutrina²¹ e pela jurisprudência²² tem vindo a ser dada à norma constante do n.º 1 do citado artigo. Assim, o segmento semântico *quaisquer acções de natureza civil* autoriza que a norma em causa seja aplicada pelo juiz que julga o incidente de qualificação. Mas apenas aos factos dados por provados. Não aos factos dados por não provados. A norma em causa dispõe que a absolvição tem de ter como fundamento a circunstância de o arguido não ter praticado os factos que lhe eram imputados. Ou seja, tem de haver uma resposta factual positiva e não negativa sobre o *não ter praticado*: se a sentença penal tiver absolvido o arguido com fundamento no princípio *in dubio pro reo* ou por não ter logrado recolher qualquer prova sobre os factos constantes da acusação, não se verificam os pressupostos de aplicação da norma em questão, inexistindo fundamento jurídico para fazer funcionar a presunção.

No entanto, o regime legal do incidente em causa não permite afirmar a questão penal como uma questão prejudicial da decisão a proferir no incidente de qualificação, os factos poderão ser aproveitados nos termos expostos, mas a qualificação de determinado comportamento como um comportamento criminoso não vem preencher qualquer pressuposto necessário à qualificação de uma insolvência como culposa: o artigo 186.º, n.º 1, não faz depender a qualificação da insolvência da prática de algum crime, especialmente daqueles que surgem previstos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal. Havendo crime ou não havendo, poderá sempre haver uma insolvência culposa²³.

5. Cumpre, por fim, perguntar se fará sentido, em face da possibilidade de punir penalmente o responsável culposos pela insolvência, com o alargado recorte factual que os tipos objectivos dos crimes previstos e punidos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal apresentam, instituir um regime punitivo sancionatório civil, mantendo assim uma dualidade de sistemas sancionatórios. Trata-se, pois, do problema da repressão do comportamento do responsável culposos pela insolvência.

²¹ Lebre de Freitas, A. Montalvão Machado e Rui Pinto, in *Código de Processo Civil Anotado*, V. II, Coimbra Editora, 2001, pp. 692-693. Estes autores, em anotação ao artigo citado, afirmam que “não provado o facto em processo penal, não se constitui a presunção do artigo 674.º-A e o autor da acção civil continua onerado com a prova dos factos constitutivos do seu direito. Pode, porém, a absolvição basear-se na prova dos factos impeditivos do efeito dos factos constitutivos que, de outro modo, levariam à condenação. Passa então a caber ao autor da acção civil o ónus de provar o contrário”.

²² Cfr., entre outros, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 13.11.2003, de 10.02.2004 e de 25.03.2004, in *www.dgsi.pt*, relatados, respectivamente, por Oliveira Barros, Moreira Camilo e Araújo de Barros.

²³ Aliás, a circunstância processual/temporal referida na nota 16 vem demonstrar que a remissão do direito penal para o processo de insolvência, quanto à condição objectiva de punibilidade (declaração da situação de insolvência), e a natureza urgente do processo de insolvência retiram *espaço* e *tempo* para a emergência de uma questão prejudicial penal, reforçando, quanto a nós, o entendimento proposto no texto.

A punição dos responsáveis culposos pela insolvência, mediante sanções civis, não deixa de suscitar perplexidades.

Como aqui tem sido referido, o direito penal prevê e pune a insolvência dolosa, no artigo 227.º do Código Penal, a insolvência negligente, no artigo 228.º deste código, e o favorecimento de credores, no artigo 229.º do mesmo diploma. Como também já foi referido, a totalidade dos comportamentos previstos nos tipos de crime em causa cabe, em abstracto, na noção geral de insolvência culposa prevista no artigo 186.º, n.º 1, do CIRE.

Apesar de existir alguma discussão doutrinal sobre qual o bem jurídico tutelado pelos tipos de crime em causa, é possível identificar dois bens ou interesses entre os quais as opiniões oscilam. São eles o *património* e o *interesse público da confiança nas relações comerciais*²⁴. No incidente de qualificação da insolvência o legislador pretendeu tutelar, civilmente, e em primeiro lugar, o *interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial*, tutela que pode surpreender-se nas espécies de sanções constantes das alíneas b)²⁵ e c) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE. Em segundo lugar, a tutela do *património* não foi esquecida e surge tutelada através da sanção prevista na alínea d) do n.º 2 do artigo 189.º do mesmo diploma. Daí que, em termos genéricos, se possa afirmar que, quer no direito penal, quer no direito mercantil, especialmente no incidente de qualificação, procurou o legislador tutelar os mesmos bens ou interesses.

Existe, pois, uma dualidade de sistemas sancionatórios, mas não existe uma exacta sobreposição de sanções entre os dois sistemas.

Deixando de lado as penas principais aplicáveis aos tipos de crime previstos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal, verifica-se que o legislador não consagrou a punição acessória directa dos crimes previstos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal: o n.º 2 do artigo 66.º deste diploma não inclui, na melhor interpretação²⁶, as actividades de comércio ou indústria que não se possam subsumir ao conceito de *cargo*, visto este com uma forte ligação à realização do interesse público, não podendo deixar de ser vista a pena em causa, mesmo neste caso, com uma ligação à ideia de *demissão* prevista no n.º 1 do mesmo artigo. A norma prevista no n.º 2 do artigo 66.º do Código Penal tutela, pois, interesses distintos do *interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial* e no seu âmbito subjectivo só *residualmente* se poderão incluir, quer as pessoas visadas pela declaração de insolvência e/ou os administradores de direito ou de facto da pessoa visada, quer as pessoas pressupostas nos tipos legais de

²⁴ Cfr., neste sentido, Pedro Caeiro, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, T. II, Coimbra Editora, 1999, pp. 407-408.

²⁵ Ainda que com esta sanção se tutele de forma excessiva o *interesse* em causa — cfr. *infra*, Título V.

²⁶ Cfr., neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas/Ed. Notícias, 1993, pp. 173-174.

crime citados²⁷. Pelo que, e neste caso, só residualmente é que haverá uma sobreposição, em abstracto, entre reacções criminais e sanções civis.

Por outro lado, o artigo 100.º do diploma citado, ao preceituar os termos de aplicação da medida de segurança aí prevista — interdição do exercício da respectiva actividade por um período de um a cinco anos —, apesar de apresentar como um dos seus pressupostos a condenação “por crime cometido com grave abuso de profissão, comércio ou indústria que exerça, ou com grosseira violação dos deveres inerentes”, logo acrescenta que a interdição só será aplicável “quando, em face do facto praticado e da personalidade do agente, houver fundado receio de que possa vir a praticar outros factos da mesma espécie”. Consequentemente, a aplicação da interdição em causa, para além do pressuposto formal — a condenação —, assenta, igualmente, num pressuposto material, que, determinando a inclusão da *interdição* no catálogo das medidas de segurança, exige que os factos revelem o “fundado receio de que, continuando o agente a exercer a profissão, venha a cometer factos da mesma espécie daquele(s) que serviu (serviram) como pressuposto formal da aplicação da medida”²⁸. Quer dizer, está aqui presente a ideia de *perigosidade*, enquanto fundamento legitimador da aplicação de uma medida de segurança e com a finalidade de “obstar, no interesse da segurança da vida comunitária, à prática de factos ilícitos-típicos futuros através de uma actuação especial preventiva sobre o agente perigoso”²⁹. Se é certo que, aplicada tal medida a uma condenação pela prática de um dos crimes previstos nos artigos 227.º, 228.º e 229.º do Código Penal, se tutela, igual mas indirectamente, o *interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial*, mais certo será que estamos perante distintos pressupostos de aplicação e distintas finalidades. Pela aplicação de uma medida de segurança pretende-se cumprir, por um lado, uma função de *segurança* e, por outro lado, uma função de *socialização*. Sublinhe-se que o legislador penal considerou que a interdição do exercício de uma actividade só faria sentido se demonstrado factualmente o requisito da *perigosidade*. Pela aplicação das sanções previstas no artigo 189.º, n.º 2, do CIRE pretende-se cumprir uma função de *punição* e uma função de *dissuasão*. Tão só. E é por isso que se pode dizer que o direito mercantil foi mais longe do que o direito penal.

Com efeito, as molduras das sanções previstas no artigo 189.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — entre 2 e 10 anos — apresentam-se mais gravosas do que a própria moldura da medida de segurança constante do artigo 100.º do Código Penal — entre 1 e 5 anos.

²⁷ Em face do raciocínio exposto, a excepção será constituída pelas profissões liberais — cfr., neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 174 —, quando declaradas insolventes.

²⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas/Ed. Notícias, 1993, p. 509.

²⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 424.

E tal circunstância não pode deixar de merecer uma valoração negativa. Para além de indiciar um acentuado autismo do legislador mercantil relativamente ao direito penal em vigor, resultando numa incoerência sancionatória³⁰, a própria aplicação cumulativa necessária da *inabilitação* e da *inibição*, sanções constantes das alíneas *b)* e *c)* do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE, parece, em si mesma, *desproporcionadamente* gravosa^{31 32 33}.

III — A TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

O legislador, ao determinar que o juiz, na sentença que declara a situação de insolvência, igualmente declarará aberto o incidente de qualificação da insolvência, atribuindo-lhe carácter pleno ou limitado (artigo 36.º, alínea *i)*, do CIRE), configurou uma excepção à regra vigente em processo civil, nos termos da qual a resolução de um litígio deve ser pedida pela parte interessada. É o juiz e não a parte que dá início ao incidente *sub judice*. As partes intervenientes são como que arrastadas para o incidente, sendo que umas são *convidadas* a nele participarem, outras tem o *dever* de nele intervir. O objectivo de obter uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas — a matéria da responsabilidade pela insolvência é necessariamente conhecida — foi, deste modo, assumido de forma pedagógica.

Aberto o incidente, com excepção das situações previstas no artigo 187.º do CIRE³⁴, o juiz, apesar de só ter a correcta percepção do estado económico-financeiro do/a insolvente quando o administrador da insolvência junta ao processo o relatório previsto no artigo 155.º do CIRE, e o administrador pode

³⁰ Se a determinado administrador for aplicada a inibição prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea *c)*, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, por um período de cinco anos, em sentença proferida e transitada em 2005 no âmbito de um incidente de qualificação da insolvência, e, pelos mesmos factos, o mesmo administrador for condenado, em processo penal, pela prática de um crime de insolvência dolosa (artigo 227.º do Código Penal), na medida de segurança prevista no artigo 100.º do Código Penal, designadamente, na interdição do exercício do comércio, por um período de três anos, em sentença penal proferida e transitada em 2006, o período correspondente à medida de segurança *esfuma-se* no período de cumprimento da sanção civil. Porque não existe qualquer mecanismo legal coordenador das duas sanções, estas não devem deixar de ser cumpridas de forma totalmente autónoma e após o trânsito em julgado de cada uma das decisões aplicadoras.

³¹ Cfr., sobre a matéria das sanções na qualificação da insolvência, as críticas de Rui Pinto Duarte, in *Revista Themis*, Edição Especial (*Novo Direito da Insolvência*), 2005, pp. 143 a 150, que as apelida de *efeitos eventuais* da declaração da situação de insolvência.

³² Cfr., *infra*, o que se afirma sobre as sanções previstas, no caso de ser proferida uma decisão de qualificação culposa.

³³ Cfr. *infra*, no entanto, a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a matéria.

³⁴ Dispõe este artigo que “se o devedor insolvente houver já sido como tal declarado em processo anteriormente encerrado, o incidente de qualificação da insolvência só é aberto se o não tiver sido naquele processo em virtude da aprovação de um plano de pagamentos aos credores, ou for provado que a situação de insolvência não se manteve ininterruptamente desde a data da sentença de declaração anterior”.

fazê-lo até oito dias antes da data designada para a realização da assembleia de apreciação do relatório (artigos 72.º e segs. e 156.º do CIRE), deve atribuir-lhe carácter pleno. Seguimos de perto, neste âmbito, o entendimento de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda quando afirmam que “o legislador não estabelece directamente quando o incidente de qualificação da insolvência é pleno, nem fixa o critério da sua distinção, nem fixa o critério da sua distinção do incidente limitado. Todavia da articulação do preceito em anotação³⁵ com o artigo 191.º (...) resulta que o âmbito do incidente pleno se define por exclusão de partes. Infere-se, na verdade, do *corpo* do n.º 1 desse artigo que o incidente limitado só se aplica nos casos previstos nas normas nele especificamente indicadas; em todos os demais casos processa-se o incidente pleno”³⁶. Ou seja, nos casos em que o juiz, logo de início, se apercebe que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, não estando essa satisfação por outra forma garantida, o incidente é tramitado, logo, como incidente limitado — cfr. artigos 191.º e 39.º, n.º 1, do CIRE. Nos casos em que, no decurso do processo, o administrador da insolvência verifica essa circunstância e comunica tal facto ao juiz, declarando este encerrado o processo de insolvência, o incidente, então a ser tramitado como incidente pleno, passa a ser tramitado como incidente limitado — cfr. artigos 191.º e 232.º, n.º 5, do CIRE.

1. O incidente pleno de qualificação da insolvência

Previamente, e como chamada de atenção para o leitor, gostaríamos de sublinhar, em primeiro lugar, o teor da norma constante do n.º 7, do artigo 188.º do CIRE. Norma remissiva, é certo, mas de particular importância, pois é o regime para o qual o legislador remeteu a disciplina do presente incidente, que acentua as suas características de acutilante contraditoriedade e que determina a intervenção do juiz em três momentos fundamentais (elaboração do despacho saneador e da condensação, realização da audiência de julgamento e prolação da sentença).

Em segundo lugar, para o disposto no artigo 9.º, n.º 1, do CIRE — o incidente é classificado processualmente como um processo urgente.

Em terceiro lugar, para o disposto no artigo 17.º do CIRE — o processo de insolvência rege-se pelo Código de Processo Civil em tudo que não contrarie as disposições do presente código.

Estas três circunstâncias vão condicionar e influenciar as soluções processuais propostas para os aspectos mais controvertidos.

As *alegações* são oferecidas por *qualquer interessado*, no prazo de

³⁵ Trata-se do artigo 188.º

³⁶ In *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimpressão, Quid Iuris, Lisboa, 2009, p. 616.

quinze dias, contados da realização da assembleia de apreciação do relatório (artigo 188.º, n.º 1, do CIRE).

E integrarão necessariamente matéria de facto: os factos que o interessado julgar relevantes para a decisão de qualificação e que, em seu entender, se poderão subsumir às normas contidas no artigo 186.º do CIRE. Estes factos devem surgir alegados com um grau de concretização adequado ao exercício do direito de contraditar que é conferido aos restantes intervenientes, designadamente, aos visados pelo incidente. Daí que não repugne admitir que o juiz, em face de alegações não suficientemente concretizadas, possa convidar o interessado a concretizar em factos o *deficientemente* alegado³⁷, sob pena de não se poder considerar, em sede de selecção de matéria de facto (artigos 188.º, n.º 7, e 136.º, n.º 3, do CIRE), as alegações em causa como contendo matéria de facto relevante para a boa decisão da causa (artigos 17.º do CIRE, 264.º, 265.º, n.º 1, e 508.º, n.ºs 1, alínea *b*), e 3, do Código de Processo Civil)³⁸. Com efeito, a prolação de um despacho de aperfeiçoamento não contraria as disposições do CIRE (artigo 17.º deste diploma) e encontra justificação na necessidade do cumprimento do princípio do contraditório (artigo 3.º do Código de Processo Civil).

Em face do texto da norma ínsita no n.º 1 do artigo 188.º do CIRE, inclinamo-nos no sentido de considerar que as *alegações* se destinam à invocação de factos que, no entendimento dos interessados, conduzam à qualificação da insolvência como culposa. Se os interessados considerarem que os factos de que têm conhecimento conduzem à qualificação da insolvência como fortuita, não devem apresentar *alegações*. Isto não obsta, no entanto, a que o juiz aproveite os factos alegados pelos interessados, e que na respectiva tese jurídica fundamentam a qualificação como culposa, para fundamentar, na conjugação com outros factos ou com diferente entendimento de direito, uma qualificação fortuita da insolvência. Como se sabe, o juiz não está sujeito às alegações das partes no que concerne à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (artigo 664.º do Código de Processo Civil). Se nenhum dos eventuais interessados apresentar *alegações*, o incidente prosseguirá, não se encontrando prevista qualquer consequência, uma vez que, como se verá, as peças processuais centrais do presente incidente são aquelas que o administrador da insolvência e que o Ministério Público estão obrigadas a apresentar.

³⁷ Estamos perante uma *deficiente concretização* quando não é respeitada a distinção entre matéria de facto e de direito, quando são feitas afirmações de pendor conclusivo ou quando a versão apresentada suscita algumas dúvidas, não tornando, no entanto, ininteligível a posição assumida.

³⁸ “(...) Sendo embora dominado pela preocupação de satisfazer os interesses dos credores, que se traduz, normalmente, numa sequência de fases e actos de carácter executivo, o processo de insolvência encerra, todavia, na sua complexidade, fases e incidentes de estrutura declarativa. É o que, *v.g.*, sucede com (...) os incidentes de qualificação, regulados nos artigos 188.º e segs.” — Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, V. I, Quid Iuris, Lisboa, 2006, pp. 119-120.

Os *interessados* que podem alegar são todos aqueles que demonstrarem serem titulares de um *interesse legítimo* — daí ter o legislador escolhido a expressão *interessados*, e não outra com um âmbito de aplicação mais reduzido. É titular de um interesse legítimo, para efeitos de apresentação de *alegações* no presente incidente, toda a pessoa que se viu de alguma forma afectada juridicamente pela declaração da situação de insolvência, desde que essa afectação não tenha sido negada por decisão judicial. O conceito lato que adoptámos relativamente à delimitação do conceito de *interesse legítimo*, para efeitos de incidente de qualificação, tem presente o propósito do legislador de recolher a maior extensão de factualidade possível, através destes interessados, de modo a facultar ao administrador da insolvência e ao Ministério Público o retrato mais fiel possível do comportamento do devedor e/ou dos administradores. Este propósito surge concretizado na circunstância de a intervenção destes últimos ter lugar só depois da apresentação das *alegações* em análise.

São titulares de um interesse legítimo todos aqueles que têm legitimidade para apresentar o pedido de insolvência, nos termos do disposto nos artigos 18.º e 20.º do CIRE, incluindo-se aqui os responsáveis legais pelas dívidas do/a insolvente, os credores do devedor e o Ministério Público, e ainda aqueles que, não sendo credores, demonstrem na lógica do Código, designadamente, sob o ponto de vista patrimonial, terem interesse no sentido da decisão a proferir a final, seja a insolvência qualificada como fortuita, seja qualificada como culposa.

Assim, o Ministério Público poderá intervir no incidente na qualidade de representante das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados (artigos 1.º, 3.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do Ministério Público e 20.º, n.º 1, do CIRE) e, nesta qualidade, alegará e responderá às oposições dos visados; deverá ainda intervir na qualidade de defensor do interesse público presente no incidente de qualificação da insolvência (artigos 1.º, 3.º, n.º 1, alínea l), do Estatuto do Ministério Público e 188.º, n.ºs 3 e 6, do CIRE) e, nessa qualidade, como veremos, apresentará parecer e responderá às oposições dos visados³⁹.

Quanto aos credores, tendo em conta a noção expendida, têm legitimidade para apresentar *alegações* : (i) os titulares de créditos reconhecidos nos termos do artigo 129.º do CIRE; (ii) os titulares de créditos não reconhecidos, mas que tenham impugnado a lista de créditos reconhecidos apresentada pelo administrador de insolvência e ainda não tenham obtido decisão definitiva relativamente à impugnação, bem como os que tenham obtido decisão definitiva favorável (artigo 130.º do CIRE); e (iii) os titulares de créditos que manifestem o propósito de interpor a acção prevista no artigo 146.º do CIRE, se, no momento da apresentação das *alegações* ainda reunirem

³⁹ Cfr., neste sentido, Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *ob. cit.*, V. II, Quid Iuris, Lisboa, 2006, pp. 20-21, autores que acompanhamos neste ponto.

as condições previstas no artigo 146.º, n.º 2, alíneas a) e b), do CIRE, bem como aqueles que tenham obtido decisão definitiva favorável.

Quanto aos titulares de outros interesses legítimos, conseguimos surpreender, no próprio texto do código, (i) os titulares do direito à restituição e/ou à separação de bens que tenham deduzido a reclamação a que se referem os artigos 141.º e segs. do CIRE, ou que, tendo interposto a referida reclamação, tenham já obtido uma sentença favorável à respectiva pretensão, e (ii) os titulares do direito à restituição e/ou à separação de bens que manifestem o propósito de interpor a acção prevista no artigo 146.º do CIRE, se, no momento da apresentação das *alegações* reunirem as condições necessárias para o efeito, bem como aqueles que tenham obtido uma decisão definitiva favorável. Também estes podem, no incidente pleno de qualificação da insolvência, apresentar *alegações*, por serem titulares de um indiscutível *interesse legítimo*.

Apresentadas as *alegações*, o apresentante passa ser considerado *parte processual* e, como tal, deve ter personalidade judiciária, capacidade judiciária, legitimidade e deve fazer-se representar por advogado. Ou seja, devem estar preenchidos os pressupostos processuais relativamente às partes, tal e qual qualquer parte civil em processo declarativo civil (conforme o disposto nos artigos 17.º do CIRE, 5.º a 13.º e 21.º a 26.º do Código de Processo Civil, sendo que quanto à legitimidade deve ter-se em atenção o que *supra* se expôs quanto ao conceito de *interesse legítimo* e fazer as devidas adaptações).

Dentro dos quinze dias subsequentes ao termo do prazo imposto no n.º 1 do artigo 188.º, o administrador da insolvência deve apresentar um *parecer*, que, nos termos do n.º 2 do referido artigo, deve ser fundamentado e documentado. O parecer deve ter por objecto os “factos relevantes”, deve ser proposta uma qualificação e, se a conclusão for no sentido da existência de culpa, deve identificar as pessoas que devem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa.

Os quinze dias concedidos ao administrador da insolvência para apresentar o seu parecer devem contar-se a partir do termo do prazo previsto no n.º 1 e não a partir da apresentação das *alegações* do último interessado a fazê-lo⁴⁰.

⁴⁰ Acompanhamos os pertinentes e convincentes argumentos que Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *ob. cit.*, V. II, Quid Iuris, Lisboa, 2006, p. 21, tecem para justificar a solução que também é proposta no texto. Afirmam estes autores: “a circunstância de o administrador dever apresentar parecer, ainda quando não haja as alegações previstas no n.º 1, aponta para o segundo dos sentidos acima formulados” (contagem a partir do termo do prazo referido no n.º 1). Continuam os mesmos autores: “de resto, a opção pelo primeiro suscitaria uma dificuldade adicional, quando, havendo vários interessados a alegar, as alegações fossem apresentadas em momentos diferentes. Embora a solução razoável fosse então, uma vez que há um só parecer, a de o prazo começar a contar a partir do momento da apresentação da última, sempre ela conduziria a alguma incerteza. Para já não falar do encargo excessivo que daí resultaria para o administrador, de constante consulta do processo: por não estar previamente determinado quem vai intervir no incidente, sempre restaria a dúvida de saber se *certa* alegação seria a *última*”.

A fundamentação do parecer deve incluir, necessariamente, a matéria de facto e a matéria de direito que permita ao administrador propor uma determinada qualificação. Quanto à matéria de facto, o administrador poderá e deverá *alegar*⁴¹ não só factos que já sejam revelados pelo processo, em documentos, por exemplo, como também factos que dele não emanem de início. Refira-se que, quanto aos primeiros, e apesar de a decisão do juiz poder ser fundada em factos que não tenham sido alegados, conforme dispõe o artigo 11.º do CIRE, o administrador deve alegá-los, evitando, assim, um autónomo exercício do contraditório, que, inevitavelmente, tornará menos célere a tramitação do incidente. Para além disso, e tal como sucede em relação às alegações, e porque estamos perante um incidente de cariz essencialmente contraditório, os factos devem ser enunciados pelo administrador com um grau de concretização que permita o cabal exercício do contraditório. Daí que, também aqui e porque está em causa um princípio estruturante do processo civil, ao qual o presente incidente não pode ficar alheio, deve o juiz convidar o administrador a aperfeiçoar o seu parecer, concretizando os factos deficientemente alegados. Para tal deve-lhe conceder um prazo, necessariamente inferior aos quinze dias que lhe são concedidos pela disposição legal em causa, atenta a natureza urgente do incidente. *A necessidade de cumprimento do princípio do contraditório sobrepõe-se, aqui, à natureza urgente do incidente.*

Mas já não deve convidar o administrador a apresentar parecer quando não o tenha apresentado no prazo legal, nem deve tal parecer ser considerado se apresentado fora desse prazo. Com efeito, e em primeiro lugar, “o processo de insolvência, incluindo todos os seus incidentes, apensos e recursos, tem carácter urgente e goza de precedência sobre o serviço ordinário do tribunal” (artigo 9.º, n.º 1, do CIRE). O legislador não deixou qualquer margem de manobra ao intérprete, designadamente, para que este ponderasse se as razões que determinam a urgência do processo principal estão presentes no incidente de qualificação. O legislador, expressamente, determinou que *todos* os incidentes têm carácter urgente. Ou seja, o legislador fez a ponderação e os resultados da sua ponderação estão expressamente referidos no texto legal, não se encontrando o intérprete, a nosso ver, autorizado a fazer distinta interpretação.

Em segundo lugar, quando chega o momento de apresentar o seu parecer, o administrador já se encontra em funções desde a prolação da sentença que declarou a situação de insolvência. Já recebeu as reclamações de créditos (artigo 128.º do CIRE), já apresentou na secretaria a relação de créditos reconhecidos e não reconhecidos (artigo 129.º do CIRE), já elaborou o relatório previsto no artigo 155.º do CIRE, já esteve presente na assembleia

⁴¹ Apesar de o legislador ter optado pela expressão *parecer*, o que é certo é que os enunciados fácticos incluídos na fundamentação do seu parecer vão ser sujeitos a *contraditório* e a *selecção* nos termos do artigo 511.º do Código de Processo Civil — *não são factos assentes*.

de apreciação do relatório (artigo 156.º do CIRE) e do processo poderão constar as *alegações* a que se refere o n.º 1 do artigo 188.º do CIRE. Em termos temporais e na pior das hipóteses, o administrador da insolvência, no momento da apresentação do parecer, encontrar-se-á no exercício das suas funções há mais de dois meses, e na melhor das hipóteses, há mais de três meses, sendo certo, no entanto, que estes lapsos de tempo poderão aumentar significativamente se a assembleia de apreciação do relatório se prolongar por mais de uma sessão. Ou seja, quando chega o momento de apresentação do parecer, o administrador encontra-se, em termos abstractos, em condições de o apresentar. Para tal deverá cumprir a sua função diligentemente, algo que o legislador pressupôs quando estabeleceu os prazos constantes do artigo 188.º, designadamente, o prazo de 15 dias contado desde o termo do prazo previsto no n.º 1 e que lhe é concedido.

Destarte, não se vislumbram argumentos decisivos para, em primeiro lugar, convidar o administrador a apresentar o parecer que devia ter apresentado dentro do prazo legal. A natureza urgente do incidente não se compadece com tais convites. Sempre se perguntaria: poderia fazer-se um só convite? E um segundo convite? E um terceiro? E que prazo é que seria concedido ao administrador? 10 dias? 15 dias? 5 dias? Por outro lado, também não se vislumbra qualquer argumento válido para considerar o parecer do administrador quando este seja apresentado fora do prazo legal. De igual modo, perguntar-se-ia: seria aceitável um atraso de 4 dias? E um atraso de 30 dias? E de 20 dias? Ficaria ao critério do juiz a determinação da *razoabilidade* do atraso? No fundo, derrogando o comando legal? Se assim fosse, transformar-se-ia um incidente que se quis urgente, num processo não urgente que se prolongaria no tempo e que só terminaria num momento em que o processo principal e os outros incidentes se encontrassem há muito findos.

Tais soluções — convite para apresentar o parecer e consideração do mesmo apesar de apresentado fora do prazo legal — também não encontram justificação na estrutura do incidente de qualificação.

Há uma nítida relação entre os aspectos substanciais, de direito probatório material, e a tramitação processual do incidente. O grande número de presunções estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 186.º vem facilitar a tarefa do administrador (e dos outros intervenientes) na formação do seu entendimento relativamente à qualificação a propor. Por causa disso, o legislador considerou que o prazo de 15 dias seria suficiente para que o administrador diligenciasse pela análise da factualidade. O que o legislador pretendeu foi que o administrador, que está ciente, desde que é notificado da nomeação, que vai ter de apresentar um parecer no incidente de qualificação, proceda às diligências necessárias e apresente o parecer no momento em que tem de o apresentar com a matéria que recolheu até ali. Não que desenvolva diligências sem prazo ou com um prazo determinado pelo juiz. Se o legislador assim o quisesse, tê-lo-ia dito.

Aliás, o legislador não escamoteou as contingências do presente incidente. Por isso, é que determinou a autonomia das acções previstas no

artigo 82.º e das causas penais relativamente às decisões a proferir ou proferidas no presente incidente: se, relativamente ao carácter culposo, a autonomia se funda nas várias espécies de presunções que podem determinar aquele carácter, relativamente ao carácter fortuito funda-se igualmente na natureza urgente do incidente e na prévia assunção de que esta natureza poderá levar a deixar sem consideração, análise ou conhecimento, algum facto. Mas esta última circunstância não terá qualquer efeito nas outras causas, como já se expôs.

E se o administrador se dirigir ao juiz solicitando a prorrogação do prazo para apresentar o parecer? Essencialmente com base nas mesmas razões, deve ser tal pedido indeferido⁴². Acresce uma outra circunstância que redunde em argumento. O incidente de qualificação da insolvência regulamentado no CIRE foi grandemente influenciado pela *Ley Concursal* espanhola de 2003. Muitas soluções são copiadas, sendo que outras são adaptadas. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 188.º do CIRE correspondem, com pequenas alterações, ao artigo 169.º, n.ºs 1 e 2, da *Ley Concursal* espanhola⁴³. Nesse artigo da lei espanhola não se prevê qualquer prorrogação para o parecer da *administración concursal*, mas já se prevê a possibilidade de o *Ministerio Fiscal* beneficiar de uma prorrogação do prazo. Analisado o texto da norma espanhola, será legítimo concluir que o legislador espanhol não concedeu à *administración concursal* qualquer possibilidade de prorrogar o prazo de 15 dias que lhe concedeu para apresentar o *informe*⁴⁴. Bastará fazer o contraponto do n.º 1

⁴² No âmbito da *Ley Concursal* espanhola e no sentido da impossibilidade de prorrogação do prazo concedido ao administrador para apresentar o *informe*, cfr. José António García-Cruces, in *La Calificación del Concurso*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 82-83.

⁴³ É este o texto da norma: "**Artículo 169.** *Informe de la administración concursal y dictamen del Ministerio Fiscal.* (...) 1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores. (...) 2. Una vez unido el informe de la administración concursal, se dará traslado del contenido de la sección sexta al Ministerio Fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación. (...) 3. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable".

⁴⁴ Enquanto que no direito português a peça processual em causa tem o nome de *parecer*, no direito espanhol tem a denominação de *informe*. De acordo com o *Dicionário de Espanhol-Português* da Porto Editora (Dicionários Editora), 2006, p. 742, os significados atribuídos à palavra de língua espanhola *informe* são, em língua portuguesa, de *informação*, *parecer* e *relatório*. Quanto à palavra *parecer* escreve-se que é a opinião de um especialista e quanto a *relatório* que é a *exposição* escrita e minuciosa relativa a um assunto. Estes dados e o momento em que a peça do administrador da insolvência é apresentada em juízo, peça que vai ser sujeita, no seu teor, ao contraditório e da qual devem constar factos suficientemente concretizados para poderem figurar na condensação, em sede de despacho saneador, leva-

com o n.º 2 desse *artículo 167.*, designadamente, com a possibilidade de prorrogação concedida ao *Ministerio Fiscal*. Tendo a lei portuguesa, neste ponto, tido por fonte a lei espanhola, será acertado, a nosso ver, admitir que o legislador português, ciente da solução da lei espanhola, não quis importar tal solução para a nossa lei e não consagrou tal possibilidade de prorrogação — quer para o administrador de insolvência, quer para o Ministério Público. Este argumento, conjugado com os que *supra* se invocaram, parecem conduzir à impossibilidade de se prorrogarem os prazos previstos, quer no n.º 2, quer no n.º 3⁴⁵.

Perguntar-se-á então: qual a consequência processual da inexistência do parecer do administrador? Uma vez que o administrador nada disse no prazo legal, não existindo factos que possam ser levados aos *factos assentes* ou à *base instrutória*, a inexistência do parecer do administrador deve ser equiparada à hipótese de o administrador ter apresentado um parecer e ter proposto a qualificação da insolvência como fortuita. Em incidente *urgente*, de cariz *contraditório*, estando em causa a aplicação de pesadas sanções aos visados, pensamos que outra não pode ser a solução. Apesar de o administrador da insolvência ser um órgão desta, e, portanto, surgir no incidente, não propriamente como *parte processual*, mas de qualquer modo e

-nos a apelidar de infeliz a escolha da expressão *parecer* pelo legislador português. Ao escolher tal expressão, veio o legislador complicar e dificultar a tramitação dos processos em tribunal, incutindo uma ideia errónea quanto aos contornos e objectivos de tal peça processual e influenciando, também erroneamente, quer alguma doutrina, quer alguma jurisprudência, obnubilando o momento em que a peça é apresentada — antes da elaboração do despacho saneador — e levando à incompreensão do incidente na sua globalidade processual — de cariz contraditório. Sublinhe-se que, após a realização da audiência de discussão e julgamento, os factos resultantes da actividade probatória poderão alterar radicalmente a tese factual do administrador e, eventualmente, transformando a sua qualificação jurídica num pormenor processual sem qualquer hipótese de acolhimento. Se o legislador *copiou* a lei espanhola, como parece que fez, deveria ter optado pela expressão *relatório*, com o sentido apontado, ou até pela palavra *informação*, e não por uma expressão que, pelo exposto, se afigura descabida.

⁴⁵ Nos Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 07.12.2006 (CJ, Ano XXXI, Tomo V/2006, Novembro/Dezembro, pp. 291 e segs.) e do Tribunal da Relação de Coimbra de 23.01.2008 (CJ, Ano XXXIII, Tomo I/2008, Janeiro/Fevereiro, pp. 13 e segs.) decidiu-se em sentido contrário ao do exposto no texto. Porém, os argumentos utilizados nos arestos em causa não nos convenceram. No primeiro dos acórdãos citados, não se retiraram as devidas consequências da natureza urgente do incidente, não se compreendeu a função da peça processual impropriamente denominada de *parecer*, atento o momento da sua junção ao processo e atento o carácter contraditório do incidente, e, de forma incorrecta, não se vislumbrou outra consequência para a intempestividade do parecer que não fosse o fim do incidente, a sua paralisação. Ao segundo dos arestos citados podem opor-se as mesmas críticas e uma mais. Este segundo aresto manifesta uma tese que não respeita integralmente o princípio pelo qual se afirma que o juiz não é parte interessada na causa. Em incidente urgente e contraditório, o juiz não tem de instar o administrador para que este apresente uma peça processual que vai ser sujeita ao contraditório. O intérprete deve buscar a solução que melhor se adequa ao propósito do incidente. Este foi oficiosamente aberto e o juiz pode fundamentar a sua decisão em factos não alegados pelas partes (artigo 11.º do CIRE), pelo que o incidente *não está dependente da apresentação formal do “parecer” do administrador da insolvência*. O incidente pode e deve prosseguir no caso de o parecer faltar ou ser apresentado intempestivamente.

eventualmente como *órgão acusador*, impede que o juiz dê uma valoração positiva ao seu silêncio.

É certo que o administrador, se não apresentar o parecer, violará um dos seus deveres funcionais fundamentais, enquanto órgão da insolvência, e justificará a sua destituição com justa causa, ao abrigo do disposto no artigo 56.º do CIRE, e subsequente substituição. Mas a consequência funcional da omissão não se confunde com a respectiva consequência processual. A omissão do administrador não se esgota nos aspectos funcionais da questão. Em face do seu carácter urgente, e do seu cariz contraditório, o incidente deve prosseguir os seus termos, seguindo o seu curso, não tendo qualquer sentido que se suspenda a tramitação para que o administrador seja substituído (obrigando à tramitação própria do incidente previsto no artigo 56.º, n.º 1, do CIRE, com a audição da comissão de credores, do devedor e do próprio administrador) para que o novo administrador — que não tem qualquer conhecimento do processo — apresente novo parecer. A aceitar-se esta visão das coisas, e uma vez que o novo administrador não tem qualquer conhecimento do processo, provavelmente ver-se-á obrigado a pedir ao juiz uma prorrogação do prazo que entretanto lhe foi necessariamente concedido, após a nomeação em substituição, para apresentar o parecer⁴⁶. Ora, estamos em crer que o legislador não quis que todas estas diligências transformassem um incidente, que se quis de célere tramitação, num sinuoso e lento labirinto.

Quer o administrador da insolvência apresente o parecer, quer não apresente, o Ministério Público pronunciar-se-á apresentando, igualmente, parecer⁴⁷. Tal resulta da conjugação do n.º 3 com os n.ºs 4 e 5 do artigo 188.º do CIRE. A posição do Ministério Público constará de um parecer e não dependerá do parecer do administrador da insolvência: autonomamente, o Ministério Público proporá uma qualificação para a insolvência. E no caso de existirem factos que permitam concluir pelo seu carácter culposos, deverá alegá-los com um grau de concretização que permita o efectivo exercício do direito de contraditar,

⁴⁶ E se o novo administrador, por uma razão ou por outra, também não apresentar o parecer? Instar-se-á para que o apresente? *Ad infinitum* ?

⁴⁷ Consideramos que a escolha do termo *parecer* pelo legislador de 2004 se afigura infeliz. Tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público, nos respectivos *pareceres*, deverão alegar factos, sendo certo que alguns deles não constarão ainda do processo principal ou dos seus apensos. Tais factos vão ser sujeitos ao contraditório, incluídos na base instrutória e sobre os mesmos vai incidir actividade probatória. Da forma que o incidente se encontra processualmente estruturado afigurava-se mais lógico que um parecer fosse emitido depois da resposta à matéria de facto e antes da prolação da sentença. Neste ponto, compreendemos as críticas de João Labareda quando afirma, in *Conhecer o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas, n.º 2, Almedina, 2004. p. 17, que o legislador recorreu “ao uso de noções impróprias, cujo sentido comum é desvirtuado, e ao apelo a conceitos vagos e imprecisos, de difícil tradução e aplicação, principalmente quando falta o suporte de um trabalho anterior de exegese, que ajude a fixar os respectivos conteúdos e contornos”. E, sublinhe-se, não deixa de demonstrar alguma confusão designar-se de *parecer* uma peça processual que é junta ao processo, que é contraditório, antes de proferido o despacho saneador e *antes de seleccionada a matéria relevante para a boa decisão da causa*.

devendo o juiz, por respeito a este princípio, convidar o Ministério Público a aperfeiçoar a factualidade deficientemente alegada no seu parecer, sob pena de os enunciados conclusivos e os enunciados descritores de matéria de direito não poderem figurar na selecção da matéria de facto considerada relevante para a boa decisão da causa. Poderá ainda impugnar os factos alegados pelo administrador ou pelos interessados. Se concordar, pode divergir destes na subsunção daqueles ao direito.

A posição processualmente autónoma do Ministério Público no incidente radica-se, não só no disposto neste artigo 188.º, mas também no constante dos artigos 1.º e 3.º, n.º 1, alínea I), do Estatuto do Ministério Público. Com efeito, é precisamente este diploma que afirma que compete especialmente ao Ministério Público intervir nos processos de falência e de insolvência e em todos os que envolvam interesse público. Ora, se o administrador surge no incidente de qualificação por razões que se ligam ao seu suposto natural *conhecimento da factualidade* que envolve a insolvência, o Ministério Público surge como o natural garante do *interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial*, que, como vimos, constitui o interesse que aqui se pretende, em primeira linha, tutelar. Com efeito, as funções do administrador, assumidas pelo legislador no artigo 55.º, n.º 1, do CIRE, ligam-se mais à primordial finalidade de liquidação do património do devedor⁴⁸, satisfazendo, na medida do possível, os credores, do que à tutela do interesse público referido.

Também o Ministério Público tem o *dever* de apresentar o parecer de qualificação. Um *dever* de importância acrescida, atento o interesse em causa. A violação de tal dever, omitindo o parecer ou apresentando-o fora de prazo, fará incorrer o magistrado em causa em eventual responsabilidade funcional. Em termos processuais, a omissão terá o valor equiparado ao do parecer que, apresentado tempestivamente, concluísse por uma qualificação fortuita da insolvência, pelas razões que se referiram aquando da consideração da não apresentação do parecer do administrador da insolvência⁴⁹. Tendo em conta o específico interesse público que o Ministério Público visa proteger, não faria sentido que a sua posição se cingisse a uma *pronúncia* sobre o parecer do administrador que o sentido literal do n.º 3 do artigo 188.º do CIRE, inculca. Felizmente, o n.º 5 do mesmo artigo vem dar indicações interpretativas preciosas⁵⁰ que, em conjugação com o disposto nos referidos artigos 1.º e 3.º, n.º 1, alínea I), do Estatuto do Ministério Público, caracterizam o real papel do Ministério Público no incidente de qualificação da situação de insolvência. Por isso, é que também não faria sentido que a omissão da apresentação do parecer do Ministério Público fosse entendida como uma não oposição ao

⁴⁸ Lapidariamente afirmada no artigo 1.º do CIRE.

⁴⁹ Em sentido contrário, Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *ob. cit.*, V. II, Quid Iuris, 2006, p. 22.

⁵⁰ Artigo 188.º, n.º 5, 2.ª parte: "(...) a notificação e as citações são acompanhadas dos *pareceres* do administrador da insolvência e do *Ministério Público* (...)" (itálicos nossos).

vertido no parecer do administrador da insolvência. Essa foi a solução da lei espanhola que o legislador português entendeu não copiar⁵¹.

Nos termos do n.º 4 do artigo 188.º do CIRE, “se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz profere de imediato decisão nesse sentido, a qual é insusceptível de recurso”⁵².

Esta norma tem merecido críticas de vários quadrantes do mundo académico e judiciário. Luís de Menezes Leitão pronunciou-se sobre a norma afirmando que “parece-nos, no entanto, questionável a solução do n.º 4, uma vez que retira o poder jurisdicional ao tribunal, obrigando-o a seguir a posição conjunta do Ministério Público e do administrador de insolvência”⁵³. Luís Carvalho Fernandes afirma que “a letra da lei não deixa aqui alternativa ao juiz. Dir-se-ia que o CIRE pressupõe que os pareceres não merecem reparo, solução que peca por excessiva. Não pode, na verdade, excluir-se a hipótese de eles não terem atribuído a devida relevância a factos constantes do processo de insolvência, alegados pelos interessados para qualificarem a insolvência como culposa. Suponha-se, por exemplo, que não foram atendidos factos que, por força da presunção inilidível do n.º 2 do art. 186.º, impõem a qualificação da insolvência como culposa”⁵⁴. Este mesmo autor, juntamente com João Labareda, na intenção de avançar com uma solução para situações consideradas absurdas, entende que o juiz deve declarar a ilegalidade dos pareceres, do administrador e do Ministério Público, coincidentes na atribuição do carácter fortuito à insolvência, quando nos autos surgir “evidenciado qualquer dos factos previstos nas alíneas” do n.º 2 do artigo 186.º — “quando no processo há elementos para ter como verificados os factos alegados para qualificar a insolvência como culposa”⁵⁵.

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

Vejamos porquê.

Em primeiro lugar, a norma é uma disposição que surge *contra a corrente processual* do incidente. Com efeito, o legislador preocupou-se em assegurar a um vasto conjunto de pessoas a legitimidade para intervirem no presente

⁵¹ Na Ley Concursal espanhola, de 2003, no *artículo 169.*, n.º 2, preceitua-se uma solução diferente da adoptada pelo legislador do CIRE: “si el Ministerio Fiscal no emitiera dictamen en esse plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación”.

⁵² A norma em causa teve a sua fonte na norma constante do *artículo 170.*, n.º 1, da *Ley Concursal* espanhola de 2003: “Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno”.

⁵³ In *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Ed., Almedina, 2005, p. 176, e in *Direito da Insolvência*, 2.ª Ed., Almedina, 2009, p. 275, nota 327.

⁵⁴ In *Revista Themis*, Edição Especial (*Novo Direito da Insolvência*), 2005, p. 90.

⁵⁵ Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, in *ob. cit.*, V. II, Quid Iuris, 2006, pp. 22-23.

incidente. Com o conceito de *interessados* pretendeu-se que todas aquelas pessoas que demonstrassem ter tido um contacto relevante com o/a insolvente, ou um relevante interesse jurídico na decisão final do incidente, pudessem conformar o incidente com a alegação dos factos por eles julgados pertinentes. Por isso, afigura-se ilógico que, em momento posterior, se retire tal legitimidade e se prescinda de um pronunciamento por parte do juiz sobre os factos alegados pelos interessados⁵⁶. Se um interessado alegar factualidade tendente ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade qualificadora, deverá o juiz ficar submetido às posições do administrador e do Ministério Público? Se o fizer, o comportamento judicial, ainda que, à primeira vista, autorizado pela letra da lei, consubstanciará uma clássica omissão de pronúncia. Admissível?

Em segundo lugar, a norma surge ao arrepio de um princípio estruturante do direito da insolvência.

No artigo 11.º do CIRE lê-se que “no processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes”. Na epígrafe do artigo pode ler-se “princípio do inquisitório”.

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

Em terceiro lugar, a norma não considera um princípio estruturante do direito processual civil.

Nos termos do disposto no artigo 664.º do Código de Processo Civil, “o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (...)”. Esta regra constitui um corolário do *princípio constitucional da legalidade do conteúdo da decisão (jura novit curia)*. De acordo com os artigos 203.º e 204.º da Constituição da República Portuguesa, o princípio constitucional é directamente aplicável à situação e compele o intérprete a adequar a interpretação da legislação ordinária às normas constitucionais. Neste quadro, suponhamos que nenhum interessado apresenta alegações, suponhamos que o administrador apresenta o parecer no qual alega um conjunto de factos que, no seu entendimento, não

⁵⁶ Que, por exemplo, poderão revelar-se profundos conhecedores de factualidade pertinente por terem sido clientes da insolvente.

permitem qualificar a insolvência como culposa. Qualificação que resulta, por exemplo, de um manifesto equívoco jurídico ou de uma não consideração de uma recente alteração legislativa. O Ministério Público concorda, tabelarmente, com a proposta do administrador. Privar-se-á o juiz de aplicar a lei substantiva?

A solução interpretativa deve, pois, ficar aquém do sentido literal da norma.

Em face deste quadro argumentativo, parece-nos que a norma em causa só poderá aplicar-se quando: (i) não houver interessados a apresentar alegações; (ii) os *pareceres* do administrador da insolvência e do Ministério Público, *com fundamento na inexistência de factos subsumíveis aos pressupostos da qualificação*, coincidirem na atribuição do carácter fortuito à insolvência; e (iii) do processo *não resultar a existência de factos* que, em primeira apreciação e ainda que sem a necessária posterior sujeição ao contraditório, permitam indiciar a responsabilidade de determinada pessoa na situação de insolvência do devedor.

Presumindo-se que o legislador é razoável (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil), tornando-se evidente que a norma ínsita no n.º 4 do artigo 188.º do CIRE surge desenquadrada, quer da estruturação que o legislador emprestou ao incidente, quer de um dos princípios vigentes em direito da insolvência e, ainda, de um dos princípios vigentes em direito processual civil, como corolário de um princípio constitucional, cremos que só através da interpretação proposta poderemos confinar a norma ao seu verdadeiro âmbito de aplicação. Uma interpretação que permitiria que a norma retornasse ao seu verdadeiro contexto, assumindo uma coerência jurídico-sistemática ao nível do instituto jurídico onde se insere e ao nível da unidade do ordenamento jurídico. Coerência que o seu mero sentido literal não lhe permite assumir^{57 58}.

Uma vez que a interpretação proposta assume que a letra da norma é claramente mais ampla do que o seu espírito, podemos qualificar o resultado obtido como uma *interpretação restritiva* do artigo 188.º, n.º 4, do CIRE.

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

- a) Quando os pareceres do administrador da insolvência e o Ministério Público alegarem factos e concluírem pela qualificação culposa da insolvência;

⁵⁷ Creemos que a quase integral cópia do texto do *artículo 170., n.º 1, da Ley Concursal* espanhola para o artigo 188.º, n.º 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, sem qualquer consideração pelo ordenamento jurídico nacional e pelos princípios estruturantes que o enformam, constitui a razão da absoluta infelicidade do sentido literal da norma.

⁵⁸ Em face da posição que assumimos e da argumentação que a sustenta consideramos que a solução defendida por Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda (in *ob. cit.*, V. II, *Quid iuris*, 2006, pp. 22-23), no sentido de *declarar a ilegalidade dos pareceres* quando “quando no processo há elementos para ter como verificados os factos alegados para qualificar a insolvência como culposa” nos parece desadequada e desconstruída com o regime processual do incidente.

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

Cumprida a notificação prevista no artigo 188.º, n.º 5, do CIRE, dispõem os visados pelas alegações dos interessados, pelos pareceres do administrador e do Ministério Público, bem como os implicados pelos elementos constantes dos autos e que permitem indiciar a sua responsabilidade na situação de insolvência do devedor, do prazo de 15 dias para se *oporem*. No caso das situações descritas nas *supra* referidas alíneas d) e e), a notificação e as citações são acompanhadas, no caso da alínea d), do despacho do juiz justificativo do prosseguimento dos autos, que deve conter referências precisas aos elementos em causa, no caso da alínea e), para além dos pareceres do administrador e do Ministério Público, do despacho do juiz onde seja plasmado o entendimento jurídico discordante relativamente aos factos alegados. E no caso da alínea c) de cópia das alegações do(s) interessado(s).

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

Cremos que não.

A falta de oposição dos visados não tem como consequência a confissão ficta dos factos alegados previamente, uma vez que estamos perante uma relação jurídica controvertida de carácter indisponível. Com efeito, a inibição para o exercício do comércio e a inabilitação de algum dos visados no incidente só podem ser aplicadas nos termos do artigo 189.º do CIRE, através de decisão judicial, sendo, pois, ineficaz a vontade dos intervenientes

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

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

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

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

Uma importante adaptação a fazer-se à referida tramitação prende-se com a *tentativa de conciliação*, prevista no artigo 136.º, n.ºs 1 e 2, do CIRE. Tal tentativa de conciliação não poderá realizar-se nos incidentes de qualificação de insolvência, pois, constituindo a *transacção*, a celebrar entre as partes, o objectivo último da tentativa de conciliação a realizar no âmbito da reclamação de créditos, incidente para o qual a dita foi primeiramente pensada, no presente incidente de qualificação nada há para transigir, nem partes para *conciliar*. No incidente de qualificação da insolvência estamos perante interesses que se relacionam com o comportamento dos responsáveis da insolvente perante a declarada insolvência e que são tutelados por normas de carácter imperativo. Tais interesses, que, a serem violados, fundamentarão a aplicação de uma sanção civil aos responsáveis, estão excluídos do âmbito de disponibilidade das partes. Ou seja, estamos perante factos relativos a direitos acerca dos quais a vontade das partes é ineficaz ou para os constituir ou para os extinguir, ou para constituir ou extinguir uma situação equivalente à do seu exercício.

Também não vemos qualquer utilidade na aplicabilidade do disposto no artigo 135.º (*parecer da comissão de credores*) ao incidente de qualificação. No incidente, o conceito de *interessados* (artigo 188.º, n.º 1, do CIRE) inclui os credores, pelo que estes têm um momento privilegiado para se pronunciar. Admitir a apresentação de mais um parecer no incidente, para além de tornar menos célere um incidente que se quis urgente, representa uma duplicação de intervenções processuais, pelo que deve entender-se que o legislador não quis estender a emissão deste parecer ao incidente de qualificação.

Neste âmbito, e como última nota, pensamos que devemos chamar a atenção do leitor para a questão da apresentação da prova. Tal como determinado pelo legislador processual civil no que concerne às regras gerais dos incidentes da instância — cfr. artigos 302.º e segs., do Código de Processo Civil, especialmente, artigo 303.º, n.º 1 —, no incidente de qualificação *todos* os meios de prova devem ser oferecidos com as oposições e as respostas, por força da remissão do artigo 188.º, n.º 7, para o disposto no artigo 134.º, n.º 1, e deste para o disposto no artigo 25.º, n.º 2, todos do CIRE. Não há, pois, lugar à apresentação dos requerimentos probatórios, após a notificação das partes da prolação do despacho saneador, tal como sucede nas acções comuns tramitadas sob a forma de processo ordinário ou sumário. No entanto, não vislumbramos na letra e no espírito da tramitação qualquer óbice a que o administrador da insolvência, o Ministério Público e os interessados que alegaram apresentem, logo nos pareceres e nas alegações, os meios de prova que entenderem e de que disponham, sendo certo, no entanto, que o poderão fazer nas respostas às oposições. Os visados pela qualificação é que deverão apresentar tais meios nas oposições que deduzam.

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

2. O incidente limitado de qualificação da insolvência

O artigo 191.º do CIRE regula o incidente limitado de qualificação da insolvência. A tramitação regulada neste artigo é aplicável quando, no momento da prolação da sentença que declara a situação de insolvência, o juiz concluir que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, não se encontrando o cumprimento das obrigações de outra forma garantido. É ainda aplicável esta tramitação nos casos previstos no artigo 232.º do CIRE: são os casos de *verificação superveniente* da insuficiência da massa insolvente para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas (cfr. n.º 5 da mesma norma).

As diferenças na tramitação processual encontram-se previstas nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 191.º do CIRE.

Quanto à alínea a), e uma vez que a mesma é dirigida à situação prevista no n.º 1, do artigo 39.⁵⁹, será uma disposição de aplicação pouco frequente, tendo em conta que são pouco frequentes as situações em que o incidente é, desde logo, qualificado processualmente como limitado. De qualquer

⁵⁹ Cfr., neste sentido, Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, reimpressão, Quid Iuris, Lisboa, 2009, p. 628.

modo, se for esse o caso, trata-se de uma norma certa do ponto de vista da celeridade processual.

As alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do mesmo artigo surgem como consequências naturais do encerramento do processo.

IV — A INSOLVÊNCIA CULPOSA

A) Âmbito subjectivo

Podem ser visados pelo incidente de qualificação da insolvência, sendo, então, os respectivos comportamentos sindicados do ponto de vista substantivo, o devedor, quando seja uma pessoa singular, ou os administradores de direito ou de facto do devedor, quando este seja uma pessoa colectiva ou uma entidade colectiva não personalizada⁶⁰.

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

Segundo Coutinho de Abreu⁶¹, é *administrador de facto* quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade.

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

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

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

⁶⁰ Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *ob. cit.*, V. II, Quid Iuris, 2006, p. 14.

⁶¹ In *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 5, Almedina, 2007, p. 99. Adoptamos a categorização que este Autor expõe na obra citada a pp. 97, 98 e 99 e que expomos de seguida no texto.

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

B) Âmbito objectivo

1. O comportamento doloso ou com culpa grave

O *objecto da qualificação* é constituído pelo comportamento empresarial do devedor/a ou de um ou mais administradores ou gerentes, de direito ou de facto, do primeiro/a na produção ou agravamento do estado de insolvência da empresa.

O conceito de *insolvência culposa* encontra-se definido no artigo 186.º, n.º 1 do CIRE nos seguintes termos: “a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”.

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

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

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

A forma como se encontra redigida a norma constante do n.º 1 do artigo 186.º, permite incluir como comportamento relevante para efeitos de qualificação, quer uma acção positiva, um *facere*, quer uma omissão, um *non facere*. E na vida das empresas podem encontrar-se variadíssimos comportamentos omissivos que podem afectar o seu desempenho económico e, eventualmente, levá-las à situação de insolvência. Pense-se, por exemplo, nos casos

em que determinado administrador que, não informado juridicamente, deixa de pagar as prestações referentes a um contrato de compra e venda a prestações de valiosa maquinaria, essencial à produtividade da empresa, para aplicar o dinheiro em incertos investimentos de curto prazo, mas negligenciando a contratualmente acordada reserva de propriedade, que permitiu à empresa vendedora resolver o contrato, recuperar a maquinaria e exigir elevadas penalizações financeiras, levando a uma paragem na produção pelo período de um mês, que foi determinante na situação de insolvência em que a empresa foi colocada.

O *nexo de causalidade* que, segundo a redacção do n.º 1 do artigo 186.º, deve existir entre a acção ou a omissão do devedor ou do administrador deste e a produção ou o agravamento de insolvência deve ser apreciado de acordo com a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa de Ennecerus-Lehmann, consagrada no nosso direito através do artigo 563.º do Código Civil⁶². Assim, a acção ou omissão que actuou económica e financeiramente como condição da situação de insolvência só deixará de ser considerada como a causa adequada daquela, se, dada a sua natureza, se mostrar de todo em todo indiferente para a verificação da situação de insolvência, só a tendo provocado em virtude de circunstâncias excepcionais, anormais ou extraordinárias que intercederam no caso. Assim, não será causa adequada da situação de insolvência de determinada empresa, apesar de consubstanciar a sua causa económica e financeira, o avultado investimento realizado na Geórgia, com recurso ao crédito bancário, em instalações e recursos humanos na área da extracção de petróleo, dois meses antes da invasão militar deste país pela Rússia em 2008 e que não permitiu a realização de qualquer retorno em face da destruição de todas aquelas infra-estruturas.

O nexo de imputação do resultado (situação de insolvência) à conduta do visado deve ser estabelecida a título de *dolo* ou de *culpa grave*. Ficam excluídas do conceito de insolvência culposa a *culpa leve* e a *culpa levíssima*^{63 64}.

O *dolo*, enquanto conhecimento (elemento intelectual) e vontade (elemento volitivo ou emocional) de realização do facto em causa, pode assumir a forma de *directo*, *necessário* ou *eventual*. Existe dolo directo quando o agente representa ou prefigura no seu espírito determinado efeito da sua conduta e quer esse efeito como fim da sua actuação. Age como dolo necessário o agente que prevê o resultado ilícito, não tem a intenção de o produ-

⁶² Cfr., por todos, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, V. I, 7.ª Ed., Almedina, 1991, pp. 876 e segs.

⁶³ A culpa será *levíssima* quando o agente tenha omitido os deveres de cuidado que só uma pessoa excepcionalmente diligente e prudente teria observado; será *leve* quando o agente deixar de observar os deveres de cuidado que uma pessoa normalmente diligente teria adoptado.

⁶⁴ Cfr., neste sentido, Maria Elisabete Gomes Ramos, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in *Revista Digital Prim@ Facie*, <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>, Ano 4, n.º 7, Jul./Dez., 2005, pp. 23 e ss. A mesma Autora propõe, na obra citada, uma explicação para o legislador ter deixado de fora do conceito de *insolvência culposa* a *culpa leve* e a *culpa levíssima* — cfr. pp. 25-27.

zir, mas prevendo-o como uma consequência certa, não apenas como possível, não se preocupa, contudo, que tal resultado venha a ocorrer, querendo-o para a hipótese. Existe dolo eventual quando o agente prevê o resultado, mas não tem a intenção de o produzir e não o prevê como uma consequência certa, mas apenas como possível, conformando-se, contudo, com tal eventualidade⁶⁵.

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

Já se questionou, a propósito e no âmbito do conceito da *culpa/negligência*, a influência que a *business judgment rule* poderá ter tido na concepção da fórmula do n.º 1 do artigo 186.º do CIRE⁶⁶.

A *business judgment rule* foi desenvolvida pela jurisprudência norte-americana no domínio da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade e, em síntese, determina que a avaliação e julgamento, de acordo com *critérios de razoabilidade*, da substância/mérito das decisões empresariais tomadas pelos administradores de empresas é subtraída aos tribunais. Estes sindicarão apenas as decisões empresariais com base em *critérios de racionalidade*: o administrador apenas será civilmente responsável quando a decisão empresarial for considerada *irracional*⁶⁷.

No nosso direito, a *business judgment rule* foi de *algum modo*⁶⁸ consagrada no artigo 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. Foi estabelecida, portanto, no domínio da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade comercial. Estabelecendo-se no n.º 1 da mesma norma que “os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com pre-

⁶⁵ Para exemplos de adaptação dos conceitos gerais à conduta do visado pelo incidente de qualificação, cfr. Maria Elisabete Gomes Ramos, *ob. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁶ Cfr. Maria Elisabete Gomes Ramos, *ob. cit.*, pp. 25-27.

⁶⁷ Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, in *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 5, Almedina, 2007, pp. 36 e segs. Segundo este Autor, “a regra da decisão empresarial só é aplicável se se verificarem determinados pressupostos ou condições. (...) a) É necessário que uma *decisão tenha sido tomada*. Uma *decisão de fazer algo ou de não fazer*, uma *escolha* entre várias possibilidades. A simples omissão, por ignorância ou por outros motivos, não beneficia da aplicação da regra. (...) b) Os administradores, bem como as pessoas próximas, *não* podem estar *em situação de conflito de interesses* com a sociedade relativamente ao objecto da decisão. (...) c) As *normas procedimentais da decisão têm de ser cumpridas*; a regra não se aplica se o administrador não se informa razoavelmente antes de decidir. (...) Por conseguinte, a *business judgment rule* não é aplicável quando as decisões contrariam o *dever de lealdade* ou *deveres específicos* legais, estatutários ou contratuais dos administradores: aqui não há *discrecionariedade*, as decisões são *vinculadas*, os administradores têm de actuar no interesse da sociedade e cumprir os deveres especificados” — cfr. pp. 37 e 38 e notas aí referidas. A *business judgement rule* tem, pois, o seu campo de aplicação no âmbito da violação dos deveres de cuidado.

⁶⁸ Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, in *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 5, Almedina, 2007, pp. 40-47.

terição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”, o n.º 2 vem afirmar que “a responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”.

Em face do texto da lei pode afirmar-se que a disposição do n.º 2 veio facilitar a elisão da presunção estabelecida no n.º 1. Mas tal elisão só se produzirá se a violação prevista no n.º 1 ocorrer no âmbito do *dever legal geral de cuidado* — fica excluída a possibilidade de se elidir a presunção do n.º 1 se a violação ocorrer no âmbito do *dever legal geral de lealdade* ou se ocorrer a violação de algum dos *deveres legais específicos*⁶⁹.

Ora, em primeiro lugar, não cremos que a *business judgment rule* tenha influenciado subjectivamente o legislador do CIRE no que se refere à noção de *insolvência culposa* prevista no n.º 1 do artigo 186.º. O afastamento dos conceitos de *culpa leve* e de *culpa levíssima* liga-se mais à pragmática consideração do nível de formação do *administrador médio português* e à *relação dos comportamentos com a gravidade das sanções* previstas no artigo 189.º, alíneas b) e c), do que à presença de qualquer consideração acerca da protecção jurídica de decisões empresariais arriscadas e racionais, ainda que eventualmente irrazoáveis. Aliás, como certamente já se constatou ao longo deste trabalho, a fonte do incidente de qualificação da insolvência é a *Ley Concursal* espanhola de 2003, sendo que o artigo 186.º, n.º 1, do CIRE foi praticamente decalcado do *artículo 164., n.º 1*, da referida *Ley Concursal*. E quando o CIRE foi aprovado, em 2004, o n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais ainda não tinha a redacção que aqui se transcreveu, aprovada que foi apenas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março. Por outro lado, a aplicação da *business judgment rule* nos termos em que está consagrada no nosso direito tem a virtualidade de afastar a *culpa* do administrador em causa: *toda a culpa*, não apenas a *culpa leve* ou a *culpa levíssima*, que estão afastadas dos pressupostos do artigo 186.º do CIRE. E parece que não se pode afastar a possibilidade de a violação do *dever legal geral de cuidado*, no âmbito do qual se aplica a *business judgment rule*, poder consubstanciar um comportamento imputável ao administrador a título de *culpa grave*. A questão deve ser, a nosso ver, colocada de outro modo: em face da entrada em vigor da nova redacção do n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, não deverá o juiz, interpretando o artigo 186.º, n.º 1, do CIRE de acordo com a doutrina daquele n.º 2, afastar a *culpa* do administrador, logo também a *culpa grave*, se resultar demonstrado que este, na tomada da decisão *sub judice*, (i) actuou em termos informados, (ii) livre de qualquer interesse pessoal e (iii) segundo critérios de racionalidade empresarial?

⁶⁹ Cfr., neste sentido, J. M. Coutinho de Abreu, in *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 5, Almedina, 2007, pp. 46-47.

A primeira dificuldade com que nos deparamos prende-se com a circunstância de a presunção prevista no artigo 72.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais não encontrar equivalência no regime substantivo do incidente de qualificação. Com efeito, neste regime as presunções de *culpa* (no caso *grave*) encontram-se previstas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 186.º do CIRE. Porém, as presunções em causa não dizem respeito ao *dever legal geral de cuidado*, mas a *deveres legais específicos*, previstos nos artigos 18.º e 19.º do CIRE e 65.º, n.ºs 1 e 5, do Código das Sociedades Comerciais, sendo, pois, insusceptíveis, de raiz, de ser elididas através da *business judgment rule*.

No entanto, e ainda assim, pensamos que o juiz do incidente de qualificação deve atender à doutrina do n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais na apreciação do conceito de *culpa grave* pressuposto na noção de insolvência culposa do artigo 186.º, n.º 1, do CIRE. E isto por razões que se prendem com a unidade do sistema jurídico e com o princípio da uniformidade e coerência de julgados.

Neste sentido, pense-se na hipótese de a sociedade, ao abrigo do disposto no artigo 72.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, ou o administrador da insolvência ao abrigo do artigo citado e do artigo 82.º, n.º 2, alínea *a)*, do CIRE, interpor uma acção contra determinado administrador com fundamento em facticidade que, mais tarde, veio a provocar a insolvência da sociedade, e que se reconduz à violação de deveres de cuidado. Nessa acção, o administrador defendeu-se invocando factos subsumíveis no artigo 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais. Fez prova dos factos alegados e a sentença, afastando a culpa, julgou improcedente o pedido indemnizatório, considerando que não compete ao tribunal sindicar da razoabilidade da decisão do administrador, uma vez que este actuou em termos informados, não se encontrava em conflito de interesses com a sociedade autora e a sua decisão mostrou-se racional. Aberto o incidente de qualificação por apenso ao processo de insolvência da sociedade então demandante, não faria sentido que o administrador então réu, em face da mesma facticidade, não se pudesse defender invocando os factos que o vieram a absolver naquela acção, que a sentença proferida no incidente viesse arrogar-se da competência de sindicatizar a razoabilidade do comportamento empresarial em causa, viesse a qualificar a insolvência como culposa e a declarar o administrador em causa afectado pela decisão. E não faria sentido porque a lata redacção do artigo 186.º, n.º 1, permite incluir, como fundamento da qualificação da insolvência como culposa, a violação do *dever legal geral de cuidado*.

E ainda com base em outra razão.

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

sas^{70 71}. No entanto, estes deveres legais específicos não podem ser *desculpados* pelo disposto no artigo 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.

Com a declaração judicial de insolvência, o dever em causa não deixa de ser avaliado de acordo com os interesses da empresa. São estes interesses e não os interesses dos credores que, no âmbito do *dever legal geral de cuidado*, devem estar presentes na avaliação a efectuar ao comportamento do administrador no período que antecedeu a declaração judicial de insolvência, designadamente, no período de três anos que a antecedeu — cfr. artigo 186.º, n.º 1, do CIRE. A conjugação do disposto no artigo 64.º, n.º 1, alínea a), do Código das Sociedades Comerciais, com o regime do CIRE, não nos permite distinta interpretação⁷².

Pelo que, estando em causa, no incidente de qualificação, a violação do *dever legal geral de cuidado* — e não *deveres legais específicos* — e invocando os interessados, o administrador da insolvência e/ou o Ministério Público factos alegadamente demonstrativos da *culpa grave* do visado⁷³, poderá este defender-se invocando os factos subsumíveis no n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais que, assumindo a natureza de factos *impeditivos* do direito que aqueles pretendem fazer valer, afastarão a imputação dessa factualidade a título de *culpa grave*⁷⁴.

⁷⁰ Por exemplo, as normas que provêem a conservação do capital social (artigos 31.º a 34.º, 220.º, n.º 2, 236.º, 317.º, n.º 4, 346.º, n.º 1, 513.º e 514.º do Código das Sociedades Comerciais), as normas que proíbem a subscrição de acções próprias (artigo 316.º, n.º 1, do CSC), bem como certas aquisições e detenções de acções próprias (artigos 317, n.º 2, e 323.º do Código das Sociedades Comerciais), a norma que delimita a capacidade jurídica das sociedades (artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais) e os deveres constantes dos artigos 18.º e 19.º do CIRE.

⁷¹ Repare-se que, quanto ao *dever legal geral de lealdade*, a ponderação dos interesses dos credores apenas surge depois de atendidos os interesses da sociedade e dos sócios e se necessários à sustentabilidade da sociedade — cfr. artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais: “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios, e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

⁷² Como se afigura natural, em tempos de dificuldades, poderão surgir graves momentos de tensão entre a necessidade de actuar de acordo com o dever geral de cuidado e com o dever geral de lealdade, por um lado, e a necessidade de cumprir as obrigações contratuais e os referidos deveres legais específicos. Quando a tensão for insuportável, prevendo-se um inevitável cometimento de factos ilícitos, desaparecendo qualquer via de equilíbrio entre aqueles interesses conflitantes, a apresentação da sociedade à insolvência e a salvaguarda documental do administrador surgem como o único caminho possível.

⁷³ Entendemos que, aqui, não existe qualquer presunção de culpa, pelo que os interessados, o administrador da insolvência e o Ministério Público devem alegar *todos* os factos necessários à imputação do comportamento ao visado a título de culpa grave.

⁷⁴ No sentido de que “a *business judgment rule* se relaciona em permanente e subtil tensão com o dever de cuidado e diligência, e não com a ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil distinto e autónomo da culpa”, cfr. Calvão da Silva, “*Corporate Governance*” — *Responsabilidade Civil de Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 136.º, n.º 3940, Setembro-Outubro de 2006, Coimbra Editora, pp. 31 e segs.

2. As presunções

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

Primeiro, as do n.º 2. Esta norma consagra um *sistema de imputação semi-objectivo*, definindo *causas puramente objectivas* e *causas semi-objectivas* da insolvência culposa, para os casos de insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular. Provados os factos pressupostos nas várias hipóteses normativas a insolvência tem-se, sempre, por culposa. *Provados esses factos*, não se admite prova em contrário (artigo 350.º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil). Portanto, a discussão centrar-se-á, sempre, na redacção dessas previsões e na factualidade reclamada para o seu preenchimento.

Mas que factos serão esses?

Gera perplexidade a relação das várias alíneas do n.º 2 com a noção geral de insolvência culposa do n.º 1. Pode questionar-se se as várias alíneas deste número reclamam, para se admitir a sua consequência — a qualificação de insolvência culposa —, a existência de um *nexo de causalidade* entre os factos aí previstos e a produção e/ou o agravamento da situação de insolvência. A questão só pode resolver-se caso a caso, ou seja, alínea a alínea, pois como já referimos, atenta a estruturação do funcionamento das presunções, a interpretação deve ser feita dissecando-se a letra, o espírito e a específica teleologia das várias hipóteses normativas⁷⁵. Sublinhe-se que neste número *não* estamos perante presunções que facilitam a prova de um dos *pressupostos da qualificação*, mas perante presunções que facilitam o próprio *sentido da decisão*.

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

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

Na alínea a) escreve-se “destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor”.

⁷⁵ No sentido de que o elenco de presunções deve ser apreciado, quanto à sua adequação e necessidade, individualmente, cfr. Catarina Serra, in *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito, O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 373-374.

Consideramos que a expressão *no todo ou em parte considerável* exige que os interessados, administrador de insolvência e Ministério Público aleguem e provem, para além do mais, que tais acções foram a *causa adequada* da produção ou do agravamento da situação de insolvência.

Com efeito, se a expressão *no todo* parece não oferecer dúvidas de interpretação — e resultará, em princípio, facilitada a tarefa de provar o nexo de causalidade no caso da destruição de todo o património do devedor —, já a expressão *considerável*, oferece bastantes. O conceito é *aberto*, pelo que em face do mesmo, urge definir um critério que possa auxiliar o intérprete a determinar o sentido da expressão, uma vez que nada é quantificado — e nem o poderia ser.

O critério que se nos afigura adequado, do ponto de vista da disciplina substantiva do incidente, é aquele que qualifica de *considerável* a destruição, ocultação ou inutilização de património do devedor, quando estas acções forem a causa adequada do agravamento ou da produção do estado de insolvência verificado.

O recurso ao nexo de causalidade previsto no n.º 1 revela-se, assim, necessário, quer numa óptica lógico-razional, quer do ponto de vista da disciplina substantiva do incidente — a densificação é realizada por um conceito constante do n.º 1 da mesma norma, tendo em vista os fins do próprio incidente —, quer, ainda, do ponto de vista da proibição da indefesa, nos termos de uma tutela jurisdicional efectiva, decorrente do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa. Com efeito, não se compreenderia, de acordo com *a justa medida das coisas*, que a presunção funcionasse quando a destruição do património não agravasse ou não causasse a insolvência da empresa. Estaríamos, neste caso, a aplicar uma solução claramente desproporcional, em face do objectivo último do incidente⁷⁶.

⁷⁶ Também aqui somos compelidos a fazer uma interpretação constitucional da norma ordinária, lembrando que o Estado, por imposição constitucional, tem a obrigação de criar processos ou caminhos procedimentais que, na conjugação entre as *normas processuais*, as *normas substantivas* e os *fins e objectivos específicos da disciplina substantiva em causa*, mereçam o epíteto de justos. O *processo equitativo* mencionado no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, não coincide, exactamente com o conceito de *processo justo*. “Processo justo é o processo que respeita o quadro de garantias, direitos, princípios e subprincípios constitucionais em matéria de tutela jurisdicional, devendo, nomeadamente, estar previsto na lei, ter uma duração razoável, ser equitativo e assegurar uma tutela jurisdicional efectiva” — Catarina Serra in *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito, O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Ed., 2009, p. 374. No fundo, na ideia de *processo justo* colidem e entrelaçam-se relevantíssimas referências constitucionais, podendo concluir-se que, sendo ou não coincidente com o *processo equitativo* referido no citado artigo 20.º, n.º 4, o conceito resulta e vai buscar os seus fundamentos mais básicos à própria normatividade constitucional, sendo difícil não aceitar que o *processo justo* não seja um conceito materialmente constitucional. Como bem afirma Catarina Serra na mesma obra, o Estado deve criar *processos adequados*: “aquela adequação funcional não passa, simplesmente, pela regulação do processo na lei com observância de cada uma das garantias constitucionais isoladamente consideradas; obriga, sim, a uma consideração ponderada, que isole os objectivos pretendidos, identifique os meios necessários e avalie da proporcionalidade entre estes e aqueles e se traduza na previsão legal de proces-

Consideramos, pois, que o *nexo causal* torna-se necessário à compreensão do facto-base da presunção, como critério densificador autónomo do conceito aberto utilizado pelo legislador, reclamando, por isso, factos que demonstrem essa específica relação de causalidade.

Neste caso, o visado poderá defender-se impugnando os factos alegados pelos interessados, administrador e Ministério Público — cabendo aqui a impugnação dos factos tendentes a demonstrar a relação de causalidade naturalística —, ou invocando, por exemplo, que não foi ele quem destruiu ou fez desaparecer os bens em causa, ou que estes não faziam parte do património do devedor, ou que a insolvência sempre se verificaria não obstante a destruição do património do devedor, já de si de ínfimo valor, em face do valor das obrigações a cumprir.

Na alínea b) escreve-se “criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas”. Aqui, consideramos que a expressão *causando (...) negócios ruinosos* obriga os interessados, administrador de insolvência e Ministério Público a alegarem e provarem, para além do mais, que tais acções foram a *causa adequada* da produção ou do agravamento da situação de insolvência.

Com efeito, e tal como na alínea anterior, cumprirá perguntar quando é que os negócios são ruinosos. Quando não resultam num excedente? Ou num lucro? Talvez mais do que isso. Quando criam ou agravam a insolvência da empresa? Também aqui, o intérprete depara-se com um conceito não densificado — *negócio ruinoso*. E tal como propusemos para a alínea que antecede, consideramos que o *nexo causal* torna-se necessário à compreensão do facto-base da presunção, pelo que estamos perante um negócio ruinoso

sos apropriados ao fim a que são destinados, isto é, que não produzam efeitos nem insuficientes nem excessivos relativamente a ele” — p. 375. No Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11.01.2007, relatado por Conceição Bucho e disponível em www.dgsi.pt, a questão foi colocada, relativamente às presunções do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE, do ponto de vista do n.º 1 do artigo 20.º, da Constituição e, citando o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 440/94, de 7 de Junho, afirmou-se que é no âmbito normativo deste artigo que se deve colocar “a proibição da indefesa que consiste na privação ou limitação do direito de defesa do particular perante os órgãos judiciais, junto dos quais se discutem questões que lhe dizem respeito. A violação do direito à tutela judicial efectiva, sob o ponto de vista de limitação do direito de defesa, verificar-se-á sobretudo quando a não observância de normas processuais ou de princípios gerais de processo acarreta a impossibilidade de o particular exercer o seu direito de alegar, daí resultando prejuízos para os seus interesses”. Sem dúvida que o é, mas não só. Torna-se necessário ir um pouco mais longe em face da multiplicidade de situações processuais com que o particular se pode deparar. É por isso que só considerando os resultados de um específico regime processual, do ponto de vista da conjugação das *normas processuais* com as *normas substantivas* e destas duas com os *fins e objectivos específicos da disciplina substantiva em causa* é que poderemos saber se determinado regime global tutela jurisdicional e efectivamente o particular. No domínio das presunções em causa, só alcançaremos tal desiderato interpretando discriminadamente cada uma das alíneas dos n.ºs 2 e 3 do artigo 186.º do CIRE, não perdendo de vista os fins do incidente, a sua teleologia própria e o princípio constitucional da proporcionalidade.

quando o *negócio* é a *causa adequada* da produção ou do agravamento da situação de insolvência. Aliás, consideramos a redacção desta alínea extremamente infeliz por relacionar, de forma não totalmente justificável, realidades como a criação artificial de prejuízos e a celebração de negócios ruinosos.

Processualmente, o visado poderá defender-se impugnando os factos alegados pelos interessados, administrador e Ministério Público — cabendo aqui a impugnação dos factos tendentes a demonstrar a relação de causalidade naturalística —, ou invocando, por exemplo, que não beneficiou com o negócio celebrado, apesar de o mesmo ter sido, de facto, a *causa*, e de direito, *adequado*, à produção da insolvência da empresa.

Na alínea c) escreve-se “comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação”. Aqui, *por imperativo lógico*, consideramos que os interessados, administrador de insolvência e Ministério Público devem alegar e provar que as acções em causa foram a causa adequada na produção e/ou agravamento da situação de insolvência. Com efeito, se, por exemplo, o comportamento em causa incidir sobre três sacos de batatas, com o valor unitário de € 15,00, em empresa de importação deste tubérculo perene, com uma facturação anual de € 300.000,00, não se está perante um comportamento gerador de uma situação de insolvência. Também nesta situação, o visado poderá defender-se impugnando os factos invocados.

Na alínea d) escreve-se “disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros”. Também aqui, *por imperativo lógico*, os factos imputados ao visado devem vir acompanhados de factualidade demonstrativa da existência de um nexo de causalidade entre os actos e a produção e/ou agravamento do estado de insolvência. Em empresa de compra e venda de automóveis em segunda mão, a cedência, sem qualquer contrapartida, de um cinzeiro de plástico, no valor de € 1,85, que se encontrava em cima da mesa da sala de recepção de clientes, poderá não produzir uma situação de insolvência a título de causa adequada.

Estas considerações aplicam-se, igualmente, às alíneas e) e f).

Assim, dispõe a alínea e) que considera-se sempre culposa a insolvência quando o visado tiver “exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa”. No âmbito de um processo de insolvência, concretamente, em incidente onde se visa apurar as responsabilidades sobre a produção ou o agravamento do estado de insolvência, o *prejuízo* só pode ser aquele que conduziu à produção ou agravamento daquele estado. Se um administrador desviou clientes da sua empresa para, a título pessoal, negociar com estes, teremos de concluir que o acto em si, em face da clamorosa violação do dever legal geral de lealdade — cfr. artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais —, é ilegal e, se eventualmente gerador de prejuízos, fundamentará as acções previstas nos artigos 75.º, 77.º e 78.º do Código das Sociedades Comerciais, sendo que durante o processo de insolvência essas acções surgem enquadradas legalmente pelo artigo 82.º,

n.º 2, alínea a), do CIRE. Mas se a insolvência veio a verificar-se por causa distinta de tal desvio de clientes, não tendo sido a causa adequada de tal produção ou agravamento, não pode o administrador ser punido no âmbito do incidente por falta do nexo de causalidade que, uma vez mais, como um conceito necessário à compreensão do texto desta alínea, logo do facto-base da presunção, enquadrando teleologicamente a norma em questão no seio do incidente e do regime substantivo aplicável.

E na alínea f) determina-se que a insolvência é, sempre, culposa quando o visado tiver “feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto”. Dando-se por reproduzidas as considerações expendidas sobre a alínea e), apenas ilustraremos a posição defendida no texto com o seguinte exemplo: o sócio-gerente de uma sociedade por quotas, empresa têxtil vocacionada para a exportação, contrata com uma sociedade financeira, naquela qualidade e vinculando a sociedade, um aluguer de longa duração de um veículo de dois lugares, a diesel, que o destina à utilização de um seu filho estudante universitário que necessita do veículo para se fazer transportar entre a sua residência e a cidade onde agora reside. Cerca de dois anos depois, a empresa vem a entrar em estado de insolvência, em face da ausência de mercados e de encomendas, em consequência de uma crise internacional que se abateu sobre a indústria têxtil.

Por fim, na alínea g), escreve-se “prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”. Neste caso a letra da lei, toda ela, exige que os interessados, administrador de insolvência e Ministério Público aleguem e provem, para além do mais, que tais acções foram a *causa adequada* da produção ou do agravamento da situação de insolvência. Não é possível fazer funcionar a presunção sem que a exploração deficitária tenha sido a causa adequada da situação de insolvência.

Quanto às alíneas h) e i), estamos perante situações assaz distintas. Movemo-nos, aqui, no domínio das *causas puramente objectivas* da insolvência culposa⁷⁷.

⁷⁷ Aqui sim, podemos falar de *ficções legais*, mas não quanto às alíneas a) a g) do mesmo número. Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.07.2009, in www.datajuris.pt, Relator: Evaristo Freitas Vieira: “o n.º 2 do artigo 186.º do CIRE, mais do que uma presunção legal, estabelece, a partir da verificação de qualquer das situações enumeradas nas suas várias alíneas, uma *ficção legal* que se traduz numa remissão implícita, irrefutável e absoluta, para a verificação da situação jurídica de insolvência culposa prevista no n.º 1 do mesmo normativo — este aresto acaba por decidir de forma acertada, de acordo com o entendimento que aqui defendemos. No entanto, só assim sucedeu porque as alíneas que estavam em causa eram as alíneas h) e i), do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE. Em relação a estas, por definição, não é possível estabelecer qualquer nexo de causalidade entre o facto aí previsto e a insolvência. Mas se a situação coubesse numa das outras alíneas já o resultado seria

Nestas duas alíneas, não está, em abstracto, pressuposto um nexo de causalidade entre o comportamento do visado e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência. O que aqui está em causa é um comportamento do visado que impediu e/ou impede que se determine o valor da sua contribuição e responsabilidade na produção e/ou agravamento da situação de insolvência. Sendo assim, mostra-se justificado que aquele que impediu a descoberta da verdade material não beneficie mais do que o responsável que não impediu tal descoberta. Ou seja, estamos aqui perante *sanções quase directas*: deve ser sancionado quem impediu que se desenvolvesse uma normal discussão factual sobre os pressupostos da insolvência culposa. Destarte, e para fazer funcionar as presunções, apenas deve ser alegada e provada a literal factualidade com virtualidade para preencher a hipótese normativa das alíneas, não sendo necessário invocar qualquer facto para preencher os pressupostos de insolvência culposa constantes da noção geral do n.º 1, designadamente, o *nexo de causalidade* entre tais comportamentos e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência. Mas, por outro lado, também deve alertar-se para a circunstância de não ser qualquer factualidade que fará espoletar a decisão de *insolvência culposa* com fundamento nestas alíneas. No caso da alínea *h)*, quando a lei utiliza a expressão *em termos substanciais*, quer dizer que a obrigação de manter a contabilidade organizada foi violada em termos tais que não é possível indicar, com segurança, a causa da insolvência e os seus responsáveis. Na alínea *i)*, o raciocínio a tecer será similar ainda que apoiado na expressão *de forma reiterada*. Os deveres de colaboração e de apresentação foram de tal forma violados que não é possível indicar, com segurança, a causa da insolvência e os seus responsáveis.

O entendimento defendido no texto, com excepção dos resultados decorrentes da interpretação das alíneas *h)* e *i)* — causas puramente objectivas da qualificação culposa da insolvência —, considera que a prova do nexo de causalidade entre a conduta e a criação ou o agravamento do estado de insolvência é necessária para fazer actuar as presunções. A análise individualizada, ficcionando exemplos concretos, levou-nos a concluir ser esta a solução mais equilibrada do ponto de vista dos interesses tutelados pelo incidente e pelo instituto da insolvência culposa. Não se compreenderia que um administrador fosse alvo das pesadas sanções previstas no artigo 189.º, n.º 2,

imprevisível, uma vez que este Acórdão faz uma interpretação indiscriminada e generalista da totalidade das alíneas em causa, quando são diversas as situações nelas pressupostas, e quando, por isso mesmo, merecem uma atenção discriminada. Tal entendimento jurisprudencial, sufragado ao arripio da teleologia própria do instituto da insolvência culposa e do elemento lógico-racional da interpretação jurídica poderá conduzir, processualmente, a situações de verdadeira *indefesa*, e/ou, substancialmente, a situações de *injustiça*. Cfr., ainda, sobre a necessidade de apreciação individual de cada uma das presunções, Catarina Serra, in *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito, O Problema da Natureza do Processo de Liquidação Aplicável à Insolvência no Direito Português*, Coimbra Ed., 2009, pp. 373-374.

do CIRE, quando o seu acto ou comportamento foi, de todo em todo, estranho à produção ou agravamento do estado de insolvência da empresa. A não se entender assim, teríamos, sem justificação, punições civis directas que, para além de desproporcionais, suscitarão a questão da tutela jurisdiccional efectiva tutelada constitucionalmente, quanto às alíneas a) a g) do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE⁷⁸.

Debrucemo-nos, agora, sobre as presunções constantes do n.º 3, ainda

⁷⁸ Em sentido contrário ao entendimento proposto no texto encontra-se a generalidade da doutrina. Luís de Menezes Leitão, in *Direito da Insolvência*, 2.ª Ed., Almedina, 2009, p. 272, afirma, ainda que sem avançar fundamentos, para além do sentido literal da norma, que “verificados alguns destes factos, o juiz terá assim que decidir necessariamente no sentido da qualificação da insolvência como culposa. A lei institui consequentemente no artigo 186.º, n.º 2, uma presunção *iuris et de iure*, quer da existência de culpa grave, quer do nexo de causalidade desse agravamento da situação de insolvência, não admitindo a produção de prova em sentido contrário”. Maria do Rosário Epifânio, in *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 2009, p. 122, escreve que “para além da existência de uma conduta com dolo ou culpa grave, a lei exige ainda um nexo de causalidade (criação ou agravamento) entre essa conduta e a situação de insolvência. Porém, e porque esta apreciação pode revelar-se muito difícil, o legislador prevê um elenco de situações em que se presume inilidivelmente que a insolvência é culposa (...)”. No entanto, Catarina Serra, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, Janeiro/Março de 2008, pp. 54 e segs., em anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07.01.2008, sob o título *Decoctor ergo fraudator? — a insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, depois de afirmar que a interpretação proposta pela doutrina dominante é razoável, pergunta-se, levantando a ponta do véu, “mas continuará ela a valer depois de uma análise mais profunda, nomeadamente dos factos elencados?”. Pergunta à qual respondemos, no essencial, negativamente, como se retira do texto. No direito espanhol, para o regime congénere, a questão é controvertida. José António García-Cruces, in *La Calificación del Concurso*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 40-41, considera que “sin embargo, y a reserva de cuanto pudiera afirmarse de la previsión del artículo 164, 2, 1.º LC, parece razonable concluir que esa relación de causalidad forma parte necesaria del supuesto de hecho que aparece considerado en cualquiera de las otras presunciones acogidas en esta norma. La razón es clara. En estos últimos supuestos viene a requerirse, como uno más de los hechos contemplados en cada caso, un resultado perjudicial derivado de la conducta considerada en la norma (falsedad e inexactitud documental grave, incumplimiento del convenio imputable al deudor común, alzamiento en perjuicio de los acreedores, disposiciones fraudulentas del patrimonio, simulación de la situación patrimonial). Si la calificación del concurso como culpable descansa en el dolo o culpa grave con que el deudor común — o, en su caso, sus administradores o liquidadores — ha participado en la causación o agravamiento del estado de insolvencia, al darse alguno de aquellos resultados se estará incidiendo sobre la misma gravedad de la insolvencia. Por ello, esta precisión pudiera tener también una consecuencia práctica importante, ya que el juicio de reproche al deudor común quedará excluido — y la presunción devendrá inaplicable — si el resultado exigido en cada caso resulta irrelevante, pues no se estará ocasionando o, en todo caso, empeorando el estado de insolvencia del deudor común. Así, una inexactitud documental de limitada transcendencia, el alzamiento no consumado o de limitadas consecuencias perjudiciales, entre otros muchos ejemplos, no conformarán el supuesto de hecho contemplado en las distintas presunciones recogidas en los diferentes apartados del artículo 164 LC”. Mais peremptoriamente, afirmando que não se poderá aplicar a presunção se o resultado exigido em cada caso for irrisório, pois não se estará a gerar ou agravar o estado de insolvência, Carlos Romero Sanz de Madrid, in *Derecho Concursal*, Thomson-Civitas, 2005, p. 271. Em sentido contrário, e tal como alguma doutrina em Portugal, não discriminando as várias presunções e não atendendo às distintas especificidades factuais e causais de cada um dos enunciados, cfr. José Machado Plazas, in *El Concurso de Acreedores Culpable — Calificación y Responsabilidad Concursal*, Thomson-Civitas, Estudios de Derecho Concursal, 2006, pp. 93-94.

que perfunctoriamente, tendo em conta que, à primeira vista, são menores os problemas.

As presunções constantes do n.º 3 distinguem-se das do n.º 2, não só porque permitem que o visado no incidente, apresentando prova em contrário, as elida, mas também porque, como já foi referido, com o seu funcionamento apenas resulta demonstrado um dos pressupostos da noção geral prevista no n.º 1, a saber, a *culpa grave*. Assim, tem-se entendido que, apesar do funcionamento de uma destas presunções, a insolvência só será *culposa* se provada a factualidade com virtualidade para preencher os restantes pressupostos previstos no n.º 1⁷⁹. Este entendimento parece ser o correcto se tivermos em vista a alínea a) do n.º 3. Com efeito, a manutenção no tráfego de uma empresa insolvente poderá implicar o agravamento da sua situação, pois se esta já não tem condições para cumprir as suas obrigações vencidas e continuar a obrigar-se financeiramente agravará o seu estado. No entanto, se a mesma estiver inactiva, tal não sucederá. É, pois, um problema de *causalidade*, o de se saber se o retardamento da apresentação à insolvência agravou o estado da empresa.

Já quanto à alínea b), deste n.º 3, parece que o legislador prescindiu uma vez mais da alegação e da prova do *nexo de causalidade* entre a conduta tipificada e a criação ou o agravamento do estado de insolvência. De facto, não se consegue vislumbrar que relação poderá existir, em termos de *causalidade*, entre o incumprimento de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de as submeter à devida fiscalização e de as depositar na conservatória do registo comercial competente e a criação ou o agravamento do estado de insolvência. A conduta tipificada na alínea, a ocorrer, poderá constituir um *indício* de que algo corria mal para os lados da sociedade em causa, mas nunca poderemos subsumi-la à *causa* da produção ou do agravamento do estado de insolvência. Com efeito, o dever de relatar a gestão e apresentar contas destina-se a permitir a apreciação anual da situação da sociedade, insere-se no vasto *direito de informação societário* e tem como seu elemento essencial o relatório de gestão. A matéria que se relaciona mais intimamente com o disposto na alínea b) do n.º 3 do artigo 186.º do CIRE, encontra-se regulada nos artigos 65.º a 70.º-A do Código das Sociedades Comerciais. A sanção mais grave prevista neste diploma legal para o incumprimento das obrigações previstas no regime referido consta do artigo 143.º, alínea a), daquele diploma — instauração oficiosa de procedimento administrativo de *dissolução* da sociedade, pelo serviço de registo competente, reunidos que se encontrem os pressupostos na última norma citada.

Portanto, também aqui, e por definição, não é possível estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta tipificada e a produção ou o agrava-

⁷⁹ Cfr., neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.09.2007, in *www.dgsi.pt*, Relator: José Ferraz e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07.01.2008, Proc. 4886/07, Relatora: Anabela de Carvalho, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, Janeiro/Março de 2008, pp. 54 e segs.

mento da situação de insolvência⁸⁰. Consequentemente, para pôr em funcionamento a presunção, deve ser alegada e provada a factualidade tipificada nessa alínea b). O visado poderá defender-se impugnando tal factualidade, e, uma vez que a presunção incidente sobre a *culpa* é ilidível, alegar e provar factos que demonstrem que, apesar da verificação de tal factualidade, não teve culpa no incumprimento das obrigações referidas na norma. Ou que a sua culpa foi *leve* ou *levíssima*, não podendo ser qualificada como *grave*.

V — AS SANÇÕES

No artigo 189.º, n.º 2 do CIRE, o legislador determinou que o juiz, na sentença que qualificar a insolvência como culposa, (i) decretará a inabilitação das pessoas afectadas por um período de dois a dez anos, (ii) declarará essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de dois a dez anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa e (iii) determinará a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição de bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

Na sanção prevista na alínea c) — uma sanção *natural* no âmbito de um processo de insolvência, identificada que foi a causa e o responsável —, está, de forma impressiva, tutelado o *interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial*. Na sanção prevista na alínea d), está presente a tutela do *património dos credores*, tutela que se liga à finalidade primordial do processo de insolvência, a saber, *a liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores*.

Já a sanção prevista na alínea b) é de difícil compreensão, quando dirigida aos administradores, de facto ou de direito, de uma sociedade.

O legislador foi claro: o responsável será *inabilitado*.

Coutinho de Abreu vem, no seu ensino, criticando a solução, afirmando que “os insolventes ou os seus administradores, ainda quando causem ou agravem culposamente a situação de insolvência, não sofrerão em geral daquela falta”⁸¹ de características e faculdades que determina a incapacidade. E, quanto a nós, bem.

A *inabilitação* tem um significado definido e bem delimitado no nosso direito. A *inabilitação* é uma fonte de incapacidade do exercício de direitos,

⁸⁰ Conjugando tal circunstância com a especificidade, as características e os fins dos deveres que aqui estão em causa, levantam-se-nos dúvidas sobre a constitucionalidade de tal norma, com fundamento no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quando conduza à aplicação de uma sanção.

⁸¹ In *Curso de Direito Comercial — Introdução, actos de comércio, empresas, sinais distintivos*, V. I, 5.ª Ed., Almedina, 2004, p. 125.

instituída e regulada no Código Civil nos artigos 152.º a 156.º De acordo com o disposto no artigo 153.º daquele diploma, os *inabilitados* são assistidos por um curador a cuja autorização estão sujeitos os *actos de disposição de bens entre vivos e todos os que*, em atenção às circunstâncias de cada caso, forem especificados na sentença. A *administração* do património do inabilitado pode ser entregue pelo tribunal, no todo ou em parte, ao curador, regulando o artigo 154.º do Código Civil os termos dessa administração. Podemos, pois, dizer que, no regime geral, a inabilitação abrange, necessariamente, os bens próprios do inabilitado e que os actos de disposição desses bens entre vivos estão sempre sujeitos à autorização do curador⁸².

Neste âmbito, o regime dos incidentes não nos diz muito. No artigo 189.º, n.º 2, alínea *b*), prevê-se genericamente a aplicação da inabilitação e no artigo 190.º, n.º 1, com a epígrafe *suprimento da inabilidade*, é determinado que o juiz, ouvidos os interessados, nomeia um curador para cada um dos inabilitados fixando os poderes que lhe competem.

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

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

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

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

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

⁸² Cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Ed. Actualizada, Coimbra Editora, 1990, pp. 235-239.

O regime do incidente de qualificação, praticamente decalcado desta lei espanhola, não permite que se compreenda, precisamente por isso, a coexistência da sanção de *inhabilitación* com a sanção de *inibição*, constantes das alíneas b) e c).

É que no Anteproyecto de 2001 da *Ley Concursal* espanhola⁸³, no *artículo 171.*, n.º 2, 2.º, escrevia-se que “la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes propios o ajenos durante un período de cinco a veinte años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período”. Ora, o alcance da *inhabilitación* foi considerado excessivo, pois incluía não só não exercer o comércio, não administrar bens alheios ou representar qualquer pessoa durante a vigência da *inhabilitación*, mas também não administrar os seus próprios bens durante o mesmo período. Do anteproyecto para a *Ley Concursal* esse carácter excessivo foi corrigido e não incluiu a impossibilidade do afectado pela qualificação de administrar bens próprios — cfr. *artículo 172.*, n.ºs 1 e 2 da *Ley Concursal*⁸⁴.

O que bem se compreende. A impossibilidade de o administrador afectado pela insolvência não poder administrar bens próprios é estranha e indiferente, quer à finalidade do processo de insolvência, quer, sobretudo, aos interesses tutelados pelo instituto da qualificação, quando está em causa o comportamento de um administrador adoptado no âmbito dos seus legais poderes de gestão. Tais interesses não justificam uma sanção de aplicação *necesária e automática* com o *conteúdo da inhabilitación civil* — limitando os actos de disposição entre vivos de bens próprios, afectando substancialmente a sua capacidade civil, que se encontra tutelada constitucionalmente — cfr. artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Porque o eventual comportamento ilícito do administrador incidiu sobre o património de um terceiro — a sociedade, agora insolvente. Estamos, pois, neste ponto, perante uma *sanção desenquadrada* dos interesses tutelados pelo instituto⁸⁵.

⁸³ Cfr. *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dirigido por R. Garcia Villaverde, A. Alonso Ureba e J. Pulgar Ezquerro, Madrid (Universidad Rey Juan Carlos — Universidad de Almería — Editorial Diles, S.L.), 2002, pp. 317 a 493 (em apêndice documental), ou, revista *Derecho de los Negocios*, n.º 134, pp. 86 a 164.

⁸⁴ A proibição de exercer o comércio consta, não directamente da *Ley Concursal*, mas indirectamente, mediante a aplicação aos casos de *inhabilitación* do disposto no *artículo 13.*, n.º 2, do *Código de Comercio* espanhol: “No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: (...) 2. Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haia concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso”.

⁸⁵ O legislador português, apesar de inspirado em lei estrangeira, não indagou, de forma suficiente e cabal, os contornos e as condições jurídicas envolventes da lei inspiradora, ou seja, o ordenamento jurídico desta. O resultado traduziu-se, neste âmbito, num conjunto de paradoxos, contradições e desproporções que só mediante uma interpretação jurídica que recorra a todas as ferramentas jurídicas hermenêuticas que a lei geral põe à disposição do intérprete será possível corrigir. Em outros pontos, a desconsideração atingiu o próprio ordenamento jurídico português, como, aliás, já se apontou *supra* no texto.

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

A insolvência de uma pessoa individual verifica-se quando esta se colocou em situação de não poder cumprir as suas obrigações vencidas. Em termos mais simples, quando se propôs gastar mais do que aquilo que podia ou quando as condições que lhe permitiam gastar se alteraram. Em determinados casos, a similitude com o *pródigo* parecerá evidente, quando se trata de pessoa individual não comerciante. Pelo que aqui, não se encontrando em causa o *interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial*, temos dúvidas sobre a pertinência das críticas que tecemos *supra* quando a situação de facto em causa afecte uma pessoa individual não comerciante. No entanto, sempre se poderá perguntar se se justificará abranger as pessoas individuais não comerciantes pelo instituto da qualificação, uma vez que o instituto da inabilitação propriamente dito existe para tutelar estes interesses. Justificar-se-á proceder a uma alteração do regime da inabilitação? A questão é controvertida.

Foi essa controvérsia que, entretanto, passou para o texto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 2 de Abril de 2009⁸⁶. Com efeito, neste aresto, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 189.º, n.º 2, alínea b), do Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, por violação dos artigos 26.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, na medida em que impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente.

Ora, as declarações de voto que constam do dito Acórdão fazem adivinhar que a discussão não se esgotou por aqui. Não sendo uma *brevíssima incursão* o local indicado para a enumeração dos argumentos a favor e contra uma declaração de inconstitucionalidade da norma em causa, quando incida sobre pessoas individuais não comerciantes, sempre se deixarão as perguntas: não se justificará, nos casos de insolvência de uma pessoa individual não comerciante, colocada no mais grave e elevado degrau da prodigalidade, a sua inabilitação por um período determinável dentro de uma moldura fixa e certa de dois a dez anos? Com uma garantia acrescida relativamente ao regime civil da inabilitação, uma vez que aqui o termo da incapacidade é incerto (cfr. artigo 155.º do Código Civil)? Justificar-se-á a existência de dois regimes distintos quanto à inabilitação? É esta uma questão constitucional?

Tanto a *inabilitação* como a *inibição* podem ser aplicadas por um período, em abstracto, de dois a dez anos. A determinação do concreto período sancionatório far-se-á caso a caso, devendo o juiz atender aos vários contornos

⁸⁶ Publicado na 1.ª Série do *Diário da República*, n.º 85, de 4 de Maio de 2009.

do caso, designadamente, se os factos foram cometidos com dolo ou com culpa grave, a gravidade dos factos em si, a postura do afectado ao longo do processo de insolvência, o valor total dos créditos reclamados e os prejuízos efectivos para os credores derivados de créditos não satisfeitos pela massa, os efeitos na economia a nível local, regional e nacional, etc.

VI — A INSOLVÊNCIA FORTUITA

Enquanto discorremos sobre a insolvência culposa, estávamos, de algum modo, a discorrer sobre o seu eventual carácter fortuito. Resta apenas lembrar que na insolvência fortuita cabem não só as insolvências às quais não foi possível atribuir o carácter culposo por não verificação de algum dos pressupostos constantes do n.º 1 do artigo 186.º do CIRE, mas também aquelas que, na verificação de todos aqueles pressupostos, não se logrou surpreender, na factualidade dada por provada, a final, um nexo de imputação do resultado à conduta a título de *culpa grave*, ainda que culpa tenha existido na sua forma de *leve* ou de *levíssima*.