

O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA DEPOIS DA LEI N.º 9/2022 – ALGUMAS OBSERVAÇÕES AO REGIME COM ILUSTRAÇÕES DE JURISPRUDÊNCIA*

CATARINA SERRA

Resumo: Revisita-se o incidente de qualificação da insolvência tal como ele resulta das alterações introduzidas pela Lei n.º 9/2022, dirigida à transposição da Directiva sobre reestruturação e insolvência. Os grandes destaques são os esclarecimentos, por um lado, de que a presunção no art. 189.º, n.º 2, al. b), é “unicamente” de culpa grave e, por outro lado, no plano dos efeitos, de que a obrigação de indemnização a cargo dos sujeitos afectados pela insolvência culposa é “até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos”. Tudo isto obriga a repensar as funções e a utilidade prática do instituto da qualificação da insolvência.

Palavras-chave: Directiva sobre reestruturação e insolvência; transposição; qualificação da insolvência; tramitação; prazo; parecer do administrador da insolvência; falecimento do devedor; insolvência culposa; presunções; culpa grave; nexo de causalidade; obrigação de indemnização; *quantum* indemnizatório; *Ley concursal*; créditos sobre a insolvência; créditos sobre a massa; execução da sentença; legitimidade processual; novos credores; título executivo; sentença de verificação e graduação de créditos.

Sumário: Notas iniciais. 1. A tramitação (art. 188.º). 1.1. O prazo para requerer a abertura do incidente (art. 188.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4). 1.2. A apresentação, pelo administrador da insolvência, de parecer sobre os factos relevantes para a qualificação da insolvência (art. 188.º, n.º 6). 1.3. A hipótese de falecimento de um dos propositos afectados (art. 188.º, n.º 12). 2. As presunções: a presunção (unicamente) de culpa grave (art. 186.º, n.º 3). 3. Os efeitos: a obrigação de indemnização dos sujeitos afectados [art. 189.º, n.º 2, al. e)]. 3.1. O *quantum* indemnizatório. 3.1.1. Confronto do regime português com o seu modelo: a *calificación del concurso* da *Ley Concursal*. 3.2. Os titulares do direito à indemnização. 3.3. O pagamento da indemnização e a execução da sentença. Nota final.

NOTAS INICIAIS

Como é do conhecimento geral, a Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, não alterou só o processo de reestruturação preventiva (PER), alterou também, embora de forma menos sistematizada, o regime do processo de insolvência.

* O presente texto corresponde ao estudo desenvolvido para a intervenção efectuada na Conferência “Direito da Insolvência”, organizada pela Revista Julgar e realizada no dia 1 de Julho de 2022 na Casa do Juiz (Bencanta / Coimbra).

Uma das matérias objecto de intervenção é a da qualificação da insolvência. Sintetizem-se as principais alterações introduzidas.

A) No que respeita à tramitação do incidente

- esclarecimento da natureza peremptória do prazo para o requerimento de abertura do incidente de qualificação da insolvência (cfr. art. 188.º, n.º 1¹);
- admissibilidade da prorrogação do prazo para o requerimento de abertura do incidente de qualificação da insolvência (cfr. art. 188.º, n.º 2), fixação de um limite máximo para este prazo (cfr. art. 188.º, n.º 3) e definição dos termos em que o juiz deve decidir a prorrogação (cfr. art. 188.º, n.º 4);
- esclarecimento de que no caso de falecimento de um dos propostos afectados a instância não se extingue e simplesmente se suspende (cfr. art. 188.º, n.º 12).

B) No que respeita às presunções facilitadoras da insolvência culposa

- actualização da remissão para a norma que se refere ao parecer do administrador da insolvência [cfr. art. 186.º, n.º 2, al. i)];
- esclarecimento de que as presunções do n.º 3 se limitam ao requisito da culpa grave (cfr. art. 186.º, n.º 3).

C) No que respeita aos efeitos da insolvência culposa

- esclarecimento de que, para efeito da responsabilidade, o montante dos créditos não satisfeitos é o montante máximo e que devem ser consideradas as forças dos patrimónios das pessoas afectadas [cfr. art. 189.º, n.º 2, al. e)].

Umás questões ficaram resolvidas (no bom ou no mau sentido); umas questões permanecem por resolver; umas questões surgem de novo.

Independentemente da sua qualificação, tentou-se abordar aqui os tópicos que se apresentam de imediato como mais relevantes para o intérprete.

1. A TRAMITAÇÃO (ART. 188.º)

A alteração que sofre o art. 188.º é extensa, atingindo diversos números. Vendo bem, no entanto, não é muito profunda.

A norma passou a ter o seguinte teor:

¹ Todos os artigos referidos sem indicação da fonte são do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

“1 – O administrador da insolvência ou qualquer interessado pode alegar, fundamentadamente, por escrito, em requerimento autuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devem ser afetadas por tal qualificação, no prazo perentório de 15 dias após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno, declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, nos 10 dias subsequentes.

2 – O prazo de 15 dias previsto no número anterior pode ser prorrogado, quando sejam necessárias informações que não possam ser obtidas nesse período, mediante requerimento fundamentado do administrador da insolvência ou de qualquer interessado, e que não suspende o prazo em curso.

3 – A prorrogação prevista no número anterior não pode, em caso algum, exceder os seis meses após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º

4 – O juiz decide sobre o requerimento de prorrogação, sem possibilidade de recurso, no prazo de 24 horas, e a secretaria notifica imediatamente ao requerente o despacho proferido, nos termos da segunda parte do n.º 5 e do n.º 6 do artigo 172.º do Código de Processo Civil, e publicita a decisão através de publicação na Área de Serviços Digitais dos Tribunais. (...)

12 – A instância suspende-se no caso de falecer um dos propostos afetados nos termos do n.º 9”.

1.1. O prazo para requerer a abertura do incidente (art. 188.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4)

Como imediatamente se vê, a alteração nos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do art. 188.º prende-se com o prazo para apresentação do requerimento de abertura do incidente de qualificação da insolvência e visa, simultaneamente, esclarecer a natureza do prazo para requerer a abertura do incidente² e admitir a sua prorrogação.

Corresponde isto como que a uma solução de consenso – entre, por um lado, a segurança jurídica que a natureza peremptória ou preclusiva dos prazos sempre assegura e, por outro lado, a realização dos interesses públicos e privados que o incidente persegue e que estão associados à repressão e à

² Discutia-se se este prazo tinha natureza peremptória ou meramente ordenadora, inclinando-se a jurisprudência maioritária para a segunda solução. Recorde-se que no Acórdão do STJ de 13.07.2017, Proc. 2037/14.3 T8VNG-E.P1.S2 (Relator: João CAMILO) se sustentou que “[o] prazo fixado no n.º 1 do art. 188.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas para o administrador da insolvência ou qualquer interessado requerer a qualificação da insolvência como culposa tem natureza ordenadora ou disciplinadora do processado e não se traduz num prazo perentório ou preclusivo da prática daquele ato”. Explica-se aí que “a certeza e a segurança jurídica dos recorrentes não podem sobrepor-se aos interesses públicos prosseguidos com a necessidade de sancionamento da sua eventual conduta culposa na eclosão da insolvência”.

prevenção dos comportamentos antijurídicos e ao ressarcimento dos danos, respectivamente³.

A prorrogação justifica-se nos casos mais complexos, em que, seja pelo número de afectados, seja pelo alcance ou pela sofisticação do seu comportamento, a averiguação e a recolha de todos os elementos relevantes exigem, presumivelmente, tempo extraordinário.

Numa apreciação inicial, dir-se-á esta solução de consenso, em que a possibilidade de prorrogação desempenha uma função atenuadora da rigidez do prazo, não alcançará as vantagens da solução anterior (com maior flexibilidade ou maior capacidade de adaptação às circunstâncias do caso concreto).

Sobre o pedido de prorrogação em particular, veja-se que ele não tem efeito suspensivo. Este facto vem aumentar a conveniência – ou mesmo a necessidade – de o juiz decidir sobre o requerimento dentro do prazo legalmente previsto (vinte e quatro horas).

Fixa-se um prazo máximo para requerer a abertura do incidente: este nunca pode exceder o prazo de seis meses a contar da data da assembleia de apreciação do relatório ou a contar da junção aos autos do relatório referido no art. 155.º, consoante os casos. Note-se que este prazo não é o prazo máximo da prorrogação mas sim o prazo máximo *total* (prazo inicial mais prazo de prorrogação), dado que se conta a partir daqueles factos⁴.

A alteração deixou algumas questões por resolver.

A primeira e a mais fundamental é, sem dúvida, a de saber se o juiz pode abrir oficiosamente o incidente de qualificação nesta fase ou, indo mais longe, se pode abrir oficiosamente o incidente até ao encerramento do processo de insolvência.

A questão não pode ser apreciada à margem dos termos em que se encontra regulada a matéria depois da alteração legislativa de 2012, obrigando a reflectir sobre as motivações / o espírito que presidiu à alteração⁵. De forma sintética, é possível dizer que a ideia que presidiu à alteração foi a de concentrar ou circunscrever o alcance do incidente tendo em conta a sua utilidade, alegadamente diminuta⁶.

³ Cfr., globalmente no mesmo sentido, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “As alterações ao incidente de qualificação de insolvência e à suspensão do dever de apresentação à insolvência”, in: *Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”*, Ministério da Justiça / Secretaria-Geral do Ministério da Justiça, 2022 (<https://justica.gov.pt/Portals/0/Ficheiros/Organismos/JUSTICA/EbookCONF-PRR-VF2.pdf>), pp. 81-82.

⁴ Cfr. também neste sentido MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “As alterações ao incidente de qualificação de insolvência e à suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., p. 82.

⁵ Cfr., sobre a alteração, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2021 (2.ª edição), pp. 303-304.

⁶ Como se salientou logo na altura, [cfr. CATARINA SERRA, “Sobre a projectada reforma da lei da insolvência”, in: *I Jornadas de Direito Processual Civil “Olhares Transmontanos”*, Valpaços, Câmara Municipal de Valpaços, 2012, pp. 196-197], a razão para a eliminação da obrigatoriedade da abertura do incidente de qualificação de insolvência relacionava-se com o facto de “[e]m matéria de qualificação da insolvência, [serem] poucos os casos em que uma insolvência é

Em conformidade com isto, a abertura do incidente passou a estar limitada a dois momentos / duas fases: a fase da declaração de insolvência, com o que se visa abranger os casos em que a conveniência da abertura é visível logo de início, e a fase posterior à junção (e à eventual apreciação) do relatório a que se refere o art. 155.º, com o que se visa abranger os casos em que a conveniência da abertura apenas se torna visível mais tarde.

Presumivelmente, a possibilidade de abertura (*ex officio*) na primeira fase permitiria cobrir a maioria dos casos que a lei pretendia que fossem cobertos – aqueles em que, como se disse, a conveniência da abertura do incidente é patente ou manifesta. A possibilidade de abertura do incidente na segunda fase parece ser subsidiária ou residual relativamente àquela.

É razoável entender que a letra da lei, colocando a abertura do incidente nesta segunda fase na dependência da iniciativa dos interessados, reflecte a intenção do legislador de limitar, em geral, a abertura do incidente: a abertura ulterior justificar-se-ia na estrita medida em que os interessados se movessem. Corresponde isto a uma clara privatização do incidente de qualificação de insolvência.

declarada culposa" (cfr. "Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas – Estudo de avaliação sucessiva, de 2 de Dezembro de 2010, Direcção-Geral da Política da Justiça, p. 12) e, observando-se que "[e]m 73,2% dos casos a insolvência foi considerada fortuita e nos remanescentes 26,8% foi considerada culposa", com a ideia de "[d]esproporção entre o trabalho resultante da quase-obrigatoriedade em proceder à abertura do incidente de qualificação da insolvência e o resultado adveniente da tramitação do mencionado incidente, uma vez que na grande maioria dos casos se conclui pelo carácter fortuito da insolvência" (cfr. "Relatório de Levantamento e Análise dos Processos Pendentes em atraso", Grupo de Trabalho da Direcção-Geral da Política da Justiça, Junho de 2011, pp. 53 e 55). Mais tarde, no Memorando de enquadramento das propostas de alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dizia-se: "[a] alteração que se preconiza visa permitir que o incidente de qualificação da insolvência passe a ser tramitado por iniciativa do juiz, só nos casos em que haja indícios de que a situação de insolvência foi criada com culpa do devedor ou de algum dos seus responsáveis. Com efeito, do estudo de avaliação sucessiva ao regime das insolvências já anteriormente referidos resultou que muitos dos operadores judiciais a exercer funções neste domínio entendem que o actual regime de abertura quase que obrigatória do incidente de qualificação da insolvência não se mostra adequado, pois só fará sentido abrir tal incidente quando haja indícios de que houve culpa do agente na geração da situação de insolvência do devedor. De facto, o referido estudo permitiu verificar que, sempre que se inicia um incidente de qualificação da insolvência sem que haja quaisquer indícios de que houve culpa do agente na criação da insolvência, está a tramitar-se um procedimento inútil no tribunal e que desvia recursos necessários para a tramitação de procedimentos úteis para um incidente, tantas vezes, escusado. Estamos, por isso, convencidos da bondade de tais argumentos, mau grado tal entendimento não recolha a unanimidade de todos quantos já se pronunciaram sobre a matéria – chama-se a atenção para parecer do Conselho Superior da Magistratura emitido a propósito do relatório de monitorização da pendência na área das insolvências produzido em Junho transacto em que se sustenta a eventual ineficácia de tal medida –, pelo que se propõe tornar o incidente de qualificação da insolvência facultativo, fazendo-o depender do facto de o juiz entender que dispõe de indícios que, se comprovados pela factualidade que venha a ser apurada ao longo da tramitação do mencionado incidente, poderão conduzir à conclusão de que certa insolvência foi gerada com culpa do agente, dando origem à qualificação da insolvência como culposa" (cfr. Memorando de enquadramento das propostas de alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Direcção-Geral da Política da Justiça, 31 de Agosto de 2011, p. 7).

É discutível se a opção legislativa é acertada, se deve privatizar-se um incidente em que pontuam, de facto, significativos interesses públicos. E ainda que, em homenagem a estes interesses, se sustente que o juiz deve poder abrir o incidente oficiosamente nesta fase⁷, parece razoavelmente claro que o incidente não pode ser aberto para lá do prazo de quinze dias fixado no art. 188.^º. O prazo de quinze dias funciona, ao que tudo indica, como prazo-limite absoluto para a abertura do incidente. Ficam, assim, sem cobertura os casos em que os indícios aparecem mais tarde (por exemplo, na fase da liquidação ou aquando da identificação de actos susceptíveis de resolução em benefício da massa).

Discute-se ainda uma segunda questão, relacionada com a admissibilidade de apresentação do requerimento previsto no art. 188.^º, n.º 1, quando o incidente já tenha sido aberto na fase de declaração de insolvência.

A Lei n.º 9/2022 não esclareceu este ponto, mas nada se vê que impeça esta possibilidade. É a própria letra da lei, aliás, que parece acomodá-la quando refere que o requerimento serve para os interessados alegarem o que tiverem por conveniente e indicarem as pessoas que devem ser afectadas. Deve, porém, ficar excluído o administrador da insolvência, a quem, nesta hipótese, cabe apenas emitir o parecer previsto no art. 188.^º, n.º 6⁹.

1.2. A apresentação, pelo administrador da insolvência, de parecer sobre os factos relevantes para a qualificação da insolvência (art. 188.^º, n.º 6)

Outra questão que é discutida na jurisprudência é a de saber se o disposto na norma do art. 188.^º, n.º 6, constitui o administrador da insolvência no dever de apresentar parecer sobre os factos relevantes para a qualificação da insolvência ou se, pelo contrário, se trata de um mero poder. A resposta tem consequências

⁷ Cfr., neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Lisboa, Quid Juris Editora, 2015 (3.ª edição), pp. 687 e s., e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (*Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 553-554). A tese apoia-se, principalmente, no seguinte raciocínio: se o juiz tem o poder de abrir o incidente oficiosamente numa fase mais precoce (na fase da prolação da sentença de declaração de insolvência), por maioria de razão deverá poder fazê-lo na fase mais avançada, se o processo apresentar elementos que o justifiquem. Contra MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 177 (nota 538).

⁸ Cfr., em sentido contrário, por exemplo, Acórdãos do TRP de 9.01.2020, Proc. 991/12.9TYVNG-D.P1 (Relator: JOÃO VENADE), de 7.05.2019, Proc. 521/18.9T8AMT-C.P1 (Relator: RODRIGUES PIRES) e do TRG de 15.03.2018, Proc. 253/16.2T8VNF-D.G1 (Relator: BARROCA PENHA). Nestes arestos defende-se a possibilidade de abertura do incidente até ao encerramento do processo de insolvência. Veja-se ainda o Acórdão do TRP de 24.03.2020, Proc. 3041/16.2T8VNG-C.P1 (Relatora: ALEXANDRA PELAYO), no qual se afirma que o credor requerer a abertura do incidente mais de três anos após o decurso do processo de insolvência contende com os princípios da confiança e da segurança do direito mas do qual, implicitamente, parece resultar que não é inadmissível que o credor requeira a abertura do incidente mesmo após o encerramento do processo.

⁹ Cfr., também neste sentido, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 553-554.

sobre a natureza do prazo para a apresentação do parecer (peremptória ou ordenadora).

A questão tende a aparecer na jurisprudência “entrelaçada” com a última questão, referida atrás, do requerimento previsto no n.º 1 do art. 188.º. Há que distingui-las e que autonomizá-las. O parecer não se confunde – não deve ser confundido – com o requerimento para abertura do incidente, que o administrador da insolvência, tal como os outros interessados, tem o poder de apresentar¹⁰.

Resulta, sem alterações, do n.º 6 do art. 188.º que o administrador da insolvência, sempre que não seja ele a requerer a abertura do incidente, apresenta um parecer devidamente fundamentado e documentado sobre os factos relevantes, que termina com a formulação de uma proposta de qualificação e, no caso de esta ser no sentido da insolvência culposa, a identificação das pessoas que devem ser afectadas. Quando o incidente seja aberto nesta fase, o prazo para a apresentação do parecer é de vinte dias a contar da abertura do incidente (*rectius*: da publicação no portal Citius do despacho que declara a abertura do incidente)¹¹, podendo embora o juiz fixar prazo mais longo.

Não parece haver dúvidas de que este parecer é obrigatório e que, consequentemente, o administrador da insolvência tem o dever – o dever funcional – de o apresentar (nos termos do n.º 6 do art. 188.º) em todos os casos em que o incidente seja aberto, excepto no caso de ser ele a requerer a abertura (nos termos do n.º 1 do art. 188.º). Neste caso e só neste caso ele fica dispensado – e bem, sob pena de duplicação, uma vez que o requerimento já contém ou deve conter a mesma informação¹².

Correspondendo a apresentação do parecer ao cumprimento de um dever funcional e revestindo o parecer grande utilidade para a decisão do incidente, estranho seria que a sua não apresentação atempada precludesse de todo a

¹⁰ Chama-se a atenção para a necessidade desta distinção nos Acórdãos do TRP de 24.03.2020, Proc. 3041/16.2T8V.G-C.P1 (Relatora: ALEXANDRA PELAYO), e de 10.07.2019, Proc. 4680/18.2T8OAZ-B.P1 (Relatora: FERNANDA ALMEIDA).

¹¹ Será de vinte dias a contar da nomeação do administrador da insolvência (*rectius*: da sua notificação desta nomeação) quando o incidente seja aberto na fase da declaração de insolvência. Cfr., assim também, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 554. Está subentendido que se considera que o dever de apresentar parecer existe também quando o juiz declara aberto o incidente na sentença de declaração de insolvência. Note-se que na hipótese de abertura do incidente limitado de qualificação da insolvência, o prazo é mais curto: de quinze dias a contar da data da declaração de insolvência [cfr. art. 191.º, n.º 1, al. a), *in fine*]. O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, quanto ao prazo para o requerimento de abertura do incidente: quarenta e cinco dias a contar da data da declaração de insolvência [cfr. art. 191.º, n.º 1, al. a), parte inicial]. Sobre este último, cfr. o Acórdão do TRC de 8.09.2015, Proc. 132/13.5TBVZL-A. C1 (Relator: MOREIRA DO CARMO).

¹² Cfr., também neste sentido, LUIS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 688. Dizem os autores: “[p]ode suceder que, no prazo do n.º 1, o administrador tome a iniciativa de alegar a favor da qualificação da insolvência como culposa, referenciando quem, em seu entender, deve ser afetado por ela. Se assim suceder, já não haverá necessidade de dar cumprimento ao n.º 3”. Note-se que o disposto no referido n.º 3 está hoje contido no n.º 6 do preceito. Cfr. ainda, no mesmo sentido, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 554.

sua apresentação. Entende-se, por isso, que ele é um prazo (processual) de natureza não preclusiva¹³.

Sintetizando: o juiz deve, sem dúvida, promover a apresentação atempada do parecer e, usando o poder que a lei lhe confere, prorrogar o prazo para prevenir os casos em que se torne visível a insuficiência do prazo legal. Sem prejuízo disto, o juiz não deve, por princípio, recusar o parecer que não seja apresentado dentro do prazo fixado¹⁴. Tal extemporaneidade releva ou pode relevar, sim, para outros efeitos, como a destituição e a responsabilização do administrador da insolvência.

1.3. A hipótese de falecimento de um dos propostos afectados (art. 188.º, n.º 12)

No n.º 12 do art. 188.º surge uma norma destinada a suprir uma lacuna, relacionada com o falecimento de algum dos propostos afectados durante o processo de insolvência¹⁵.

Fica agora claro que a instância não se extingue, por inutilidade superveniente da lide, e apenas se suspende¹⁶.

Criam-se ainda as condições para o exercício do contraditório, remetendo-se para o n.º 9 do art. 188.º, segundo o qual o juiz manda notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que, no seu entender, devam ser afectados pela qualificação da insolvência como culposa para se oporem, querendo, no prazo de quinze dias.

Nada se diz, porém, quanto a quem substitui o falecido na causa.

No caso (frequente) de o falecido ser um sujeito diferente do devedor, aplicar-se-á, decerto, o regime do n.º 9 do art. 188.º. Mas isto não responde à questão de saber quem ocupa a posição processual do *de cujus*.

¹³ A jurisprudência maioritária propende também para este entendimento, não obstante, por vezes, tender a confundir, como se disse, o requerimento e o parecer do administrador da insolvência. Cfr., por todos, os Acórdãos do TRP de 24.03.2020, Proc. 3041/16.2T8V.G-C.P1 (Relatora: ALEXANDRA PELAYO), de 24.10.2019, Proc. 393/19.6T8AMT-B.P1 (Relator: CARLOS PORTELA), de 9.10.2018, Proc. 2928/16.7T8AVR-A.P1 (Relator: ESTELITA DE MENDONÇA), e de 14.03.2017, Proc. 2037/14.3T8VNG-E.P1 (Relator: JOSÉ CARVALHO).

¹⁴ Cfr., com igual posição, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 689.

¹⁵ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO ("As alterações ao incidente de qualificação de insolvência e à suspensão do dever de apresentação à insolvência", cit., p. 83) diz que "[a]ndou bem o legislador ao prever a suspensão da instância em caso de decesso de um dos propostos afectados, ficando assim afastado o fundamento para a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide (artigos 269.º, n.º 3, 277.º, al. e), do Código de Processo Civil)".

¹⁶ Este já era, contudo, o entendimento de alguma jurisprudência no caso de falecimento do único proposto afectado. Cfr., por exemplo, o Acórdão do TRL de 11.05.2021, Proc. 3592/17.1T8VFX-B-1 (Relator: FERNANDO CABANELAS).

Propende-se para que possa suceder ao falecido tanto a herança¹⁷ como, requerida e julgada procedente a habilitação, o(s) herdeiro(s) habilitado(s). Deve, de facto, admitir-se que qualquer dos restantes propostos afectados ou o(s) sucessor(es) do falecido promova(m) a habilitação, nos termos previstos no art. 351.º do CPC, e, julgada esta procedente, a qualificação prossiga contra os restantes propostos afectados e o(s) sucessor(es) do falecido^{18/19}.

No caso de o falecido ser o próprio devedor, encontra-se uma norma com interesse para a matéria – a norma do art. 10.º, n.º 1, als. a) e b). Regula-se aí, justamente, a hipótese de falecimento do devedor. Determina-se que o processo de insolvência se suspende automaticamente por cinco dias a contar da data do óbito (em expresse desvio ao art. 8.º, n.º 1) e, depois, passa a correr contra a herança aberta por morte do devedor²⁰. Admitindo-se a aplicação analógica desta norma, o incidente de qualificação suspende-se e passa a correr contra a herança²¹, não havendo lugar à habilitação²².

Suscitam-se, contudo, duas dúvidas.

A primeira tem a ver com o resultado desta aplicação analógica. Justificar-se-á que, como acontece no processo de insolvência, mas ao contrário do que pode acontecer quando o falecido é um sujeito diferente do devedor, fique impedida a habilitação, prosseguindo o incidente de qualificação necessariamente contra a herança?

¹⁷ A propósito da questão (distinta mas relevante) da sujeição da herança (herança jacente ou herança aceite) ao processo de insolvência cfr. CATARINA SERRA, “Insolvência e registo predial (a propósito das alterações do DL n.º 116/2008, de 4/7)”, in: *Scientia Iuridica*, 2009, n.º 317, pp. 84 e s. Cfr. ainda, no quadro do CPEREF, CATARINA SERRA, *Falências derivas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 261-263 (nota 642).

¹⁸ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (*Manual de Direito da Insolvência*, cit., p. 183) conclui que o incidente de habilitação é aberto uma vez que no Preâmbulo da Proposta de Lei se afirma que se permite o prosseguimento do incidente de qualificação. A questão não está, contudo, no prosseguimento do incidente (não há dúvidas de que ele prossegue); a questão está em saber quem ocupa a posição processual do falecido. Como se viu, entende-se que, nalguns casos, pode e deve ser a herança.

¹⁹ Veja-se, porém, o Acórdão do TRL de 29.06.2021, Proc. 39/19.2T8VFX-C.L1-1 (Relator: FERNANDO CABANELAS). Aprecia-se neste aresto uma situação especial, em que o proposto afectado faleceu antes da abertura do incidente de qualificação e mesmo antes do início do processo de insolvência (não obstante dentro dos três anos anteriores a este). Decide-se aí que não é apropriada a habilitação, uma vez que esta supõe sempre a pendência de uma causa, afirmando-se no sumário: “[t]endo em dos afetados pela qualificação de insolvência falecido em data anterior à instauração do processo de insolvência, mas dentro do período de três anos anteriores ao início daquele processo, o incidente de habilitação de herdeiros, inverificadas as hipóteses do artº 351º, nº2, e 3, do CPC, não é o meio processual adequado para fazer intervir a herança jacente, nos casos em que a mesma não foi aceite ou, tendo-o sido, todos os herdeiros do de cujus (artº 2091º, nº1, do Código Civil) de modo a, neste último caso, serem condenados a verem satisfeitos pelos bens da herança os créditos dos credores contra o de cujus”.

²⁰ A herança pode estar jacente (cfr. art. 2046.º do CC) ou ter sido aceite; o que tem é de manter-se indivisa até ao fim do processo de insolvência, ou seja, não pode ter lugar a partilha, por razões que se prendem com a estabilidade da instância.

²¹ Defende esta tese MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (*Manual de Direito da Insolvência*, cit., p. 183) com fundamento em que “há uma substituição ope legis do devedor de cujus pela herança (artigo 10.º, n.º 1, al. a), do CIRE)”.

²² Sublinham este último ponto, em comentário à norma do art. 10.º, LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., p. 115).

A resposta tende a ser afirmativa tendo em consideração que, tal como o processo de insolvência, são urgentes os incidentes do processo de insolvência (cfr. art. 9.º, n.º 1), designadamente o incidente de qualificação (cfr. art. 132.º, ex vi do 188.º, n.º 11). Sendo a solução de substituição processual do falecido pela herança uma operação evidentemente mais “automática”, é ela que, sendo viável, deve prevalecer.

A segunda é uma questão mais fundamental. Será que existe real interesse em que o incidente de qualificação de insolvência prossiga quando o proposto afectado que falece é o devedor?

Tal como acontece quando o proposto afectado é uma pessoa diferente do devedor, os efeitos que se produzem são, primeiro, a perda de créditos e a obrigação de restituir certos montantes e, segundo, a obrigação de indemnização [cfr. art. 189.º, n.º 2, als. d) e e)], ficando excluídos os outros efeitos da insolvência culposa (os efeitos de carácter não patrimonial). Mas, distintamente do que acontece quando o proposto afectado é uma pessoa diferente do devedor, não se vê como podem aqueles efeitos ter algum interesse prático. A perda de créditos e a obrigação de restituir ficam destituídas do seu pressuposto (um sujeito não pode ter créditos contra si próprio) e a obrigação de indemnização não é exequível [a maioria dos bens são apreendidos para a massa, sendo apreensíveis depois do falecimento do devedor os restantes bens, antes considerados insusceptíveis de apreensão mas normalmente insignificantes ou de pouco valor (cfr. arts. 736.º e s. do CPC)]. Assim, à parte algum objectivo exemplar e pedagógico, a continuação do incidente sempre que faleça o proposto afectado e este seja o devedor não parece revestir grande utilidade²³.

2. AS PRESUNÇÕES: A PRESUNÇÃO (UNICAMENTE) DE CULPA GRAVE (ART. 186.º, N.º 3)

No proémio do n.º 3 do art. 186.º diz-se agora: “[p]resume-se unicamente a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido (...)”²⁴.

A alteração reside no aditamento do advérbio “unicamente”, que tem o inequívoco propósito de esclarecer que a presunção (relativa) aí consagrada respeita apenas ao requisito da culpa grave e a mais nenhum.

Fica, portanto, precluída a possibilidade de entender que a presunção é de insolvência culposa e de dar por preenchidos todos os requisitos da qualificação

²³ Perante a versão anterior do art. 189.º, dizia-se “[u]ma segunda ‘debilidade’ prende-se com o real alcance da norma – a (des)conformidade entre os propósitos da norma e os seus efeitos práticos. Desde logo, porque é possível (e frequente) que o único sujeito afectado pela qualificação da insolvência como culposa seja o próprio insolvente. Não existem, nestes casos, outros patrimónios responsáveis para lá do património do devedor e, assim sendo, não há como ressarcir os credores dos créditos insatisfeitos” (cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 163).

²⁴ Sublinhado nosso.

da insolvência como culposa, como vinha sustentando alguma doutrina com a paulatina mas crescente adesão da jurisprudência²⁵.

A medida é intrigante, se não mesmo incoerente no plano da política legislativa. Servindo o incidente para sancionar todos os sujeitos que, com desprezo pelas suas obrigações profissionais, contribuam para a insatisfação geral dos credores, seria essencial que se disponibilizassem mecanismos eficazes, designadamente aptos a superar as situações de prova excessivamente difícil ou impossível – sem atropelo, bem-entendido, dos direitos fundamentais dos visados.

As presunções são o mecanismo ideal para este efeito, mas é preciso configurá-las de modo a que possam ser úteis.

Ora, uma presunção (unicamente) de culpa grave serve de pouco ou de nada se for difícilimo provar os restantes requisitos da insolvência culposa. Em quantos casos se demonstrará o nexo de causalidade entre o incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência ou entre o incumprimento da obrigação de elaborar as contas anuais, de submeter as contas à fiscalização ou de depositar as contas na conservatória do registo comercial e a criação ou o agravamento da insolvência? Desde logo, o incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência nunca poderá ser a causa da criação da insolvência, uma vez que é na situação de insolvência que reside a fonte desta obrigação.

Não se contra-argumente que uma presunção de insolvência culposa resultaria, na prática, num regime demasiado oneroso para os afectados.

Em primeiro lugar, nunca houve a pretensão de pôr em causa o carácter relativo da presunção consagrada no art. 186.º, n.º 3, sendo indiscutível que deve continuar na disponibilidade dos sujeitos a possibilidade de demonstrar a falta de algum dos requisitos da insolvência culposa – a possibilidade de demonstrar que a sua conduta, apesar de ilícita, não foi gravemente culposa, ou que, apesar

²⁵ Cfr., na doutrina, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem de Advogados*, 2006, II, p. 692 (<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-responsabilidade-dos-administradores-na-insolvencia/>), CATARINA SERRA, “Decoctor ergo fraudator”? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 21, pp. 66 e s., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 204 e s., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2018, pp. 588 e s. (<https://www.revistadedireitocomercial.com/responsabilidade-civil-dos-administradores-pela-violacao-do-dever>), ANA PRATA / JORGE MORAIS CARVALHO / RUI SIMÕES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 512, e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, in: CATARINA SERRA (coord.), *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 146. Cfr., na jurisprudência, por todos, o Acórdão do STJ de 23.10.2018, Proc. 8074/16.6T8CBR-D. C1.S2 (Relatora: CATARINA SERRA). Para uma indicação completa da jurisprudência cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit. p. 302 (nota 574). Note-se que, antes da maioria dos acórdãos aí referidos, o Acórdão do TC n.º 564/2007, de 13 de Novembro (Relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO) parecia sustentar a mesma a interpretação.

de ilícita e gravemente culposa, não foi a causa da criação ou do agravamento da insolvência.

Em segundo lugar, um regime rigoroso ou mais exigente de deveres e responsabilidade para os empresários, os administradores e os titulares de órgãos de sociedades não é injustificado nem inédito, tendo em conta que eles exercem uma actividade de natureza e com impacto especiais. Continua a valer, com as devidas adaptações, a afirmação de que “[p]or detrás dos regimes aplicáveis aos comerciantes está sempre a convicção de que [] em virtude da função económica e social que desempenham, lhes deve ser exigida maior responsabilidade (o exercício do comércio pressupõe uma preparação especial e maiores cuidados)”²⁶.

A propósito do efeito da responsabilidade decorrente da insolvência culposa, deve assinalar-se que a opção legislativa agora adoptada conflitua com soluções que decorrem do sistema geral da responsabilidade civil. É que vem sendo entendido por alguma doutrina da especialidade que, quando estão em causa disposições legais destinadas a proteger interesses alheios / normas de protecção no sentido do art. 483.º, n.º 1, do CC²⁷, deve presumir-se o nexo de causalidade entre a sua violação e os danos que sejam do tipo dos que a disposição visa prevenir ou evitar^{28/29}.

²⁶ Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 236-237.

²⁷ A violação de uma norma de protecção é uma modalidade da ilicitude, a par da violação de direitos absolutos (artigo 483.º, n.º 1, do CC). Em regra, fora das relações contratuais (responsabilidade contratual) ou outras relações especiais, os danos puramente patrimoniais / danos patrimoniais puros não são ressarcíveis porque não existe um direito (absoluto) ao património enquanto tal; só serão ressarcíveis se se verificar a violação de uma norma de protecção ou a actuação do agente configurar abuso do direito em qualquer uma das suas três vertentes (violação da boa fé; do fim económico e social do direito; dos bons costumes). Para que a violação de norma de protecção releve para o efeito da responsabilidade civil, é necessário ainda que esta vise a protecção de particulares e que os danos se registem na esfera dos danos que a norma visa prevenir ou evitar. Cfr., para uma visão simples, ainda assim clara e rigorosa, da matéria, JORGE SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2005, pp. 349 e s. (esp. pp. 365 e s.) (<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/23773?locale=pt>).

²⁸ Cfr., neste sentido, JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 613.

²⁹ Acresce que, também segundo a doutrina da especialidade, o sistema permite sustentar que a violação grave de deveres profissionais determina a inversão do ónus da prova da causalidade [cfr., neste sentido, JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pp. 296-297, JORGE RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do Direito alemão”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, pp. 115 e s., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 207 e nota 672, e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., p. 146]. Indo mais longe, parte da doutrina defende ainda que as presunções de culpa envolvem presunções de causalidade (ou, na verdade, presunções de responsabilidade) [cfr. neste sentido, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1994, pp. 193 e s., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 207 e nota 670, e HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., p. 146].

Em conclusão, a alteração legislativa reduz drasticamente a utilidade das presunções consagradas nas als. a) e b) do n.º 3 do art. 186.º, dada a dificuldade em provar o nexo de causalidade nestes casos.

E o pior é que, com as alterações ao art. 189.º, n.º 2, al. e), a utilidade da insolvência culposa também ficou reduzida no que à responsabilidade civil, o seu efeito mais eficaz, diz respeito. Como se verá de seguida, o legislador pretende agora que a indemnização seja calculada com base nos prejuízos causados aos credores e não já com base nos créditos não satisfeitos.

Ilustre-se estas consequências com a hipótese de incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência, susceptível tão-só de agravar a situação de insolvência. Além do nexo de causalidade entre o incumprimento da obrigação e o agravamento da insolvência, compete ao lesado a prova do dano³⁰. Ainda que, superando as dificuldades referidas, este consiga provar o nexo de causalidade, em quantos casos conseguirá provar os danos que os credores não teriam sofrido se não fosse aquele incumprimento?

3. OS EFEITOS: A OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO DOS SUJEITOS AFECTADOS [ART. 189.º, N.º 2, AL. E)]

3.1. O *quantum* indemnizatório

Foi alterada a al. e) do n.º 2 do art. 189.º, passando a norma a dispor que, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve “[c]ondenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária entre todos os afetados”.

A alteração reconduz-se, no essencial, à introdução de duas palavras – a palavra “até” e a palavra “máximo”: onde se dizia “*no montante dos créditos não satisfeitos*” diz-se agora “*até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos*”³¹.

Põe-se a hipótese de a alteração ser um esforço para resolver a manifesta desarmonia entre a al. e) do n.º 2 do art. 189.º, dispondo que a indemnização era “*no montante dos créditos não satisfeitos*”, e o n.º 4 do art. 189.º, referindo-se ao “*montante dos prejuízos sofridos*”³². Mas, se assim foi, o esforço não foi de todo bem sucedido³³.

³⁰ Convocando aqui, como convoca HENRIQUE SOUSA ANTUNES (“Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., p. 140, MANUEL GOMES DA SILVA (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, volume I, Lisboa, 1944, p. 245), dir-se-á: “(...) *elementos fundamentais da responsabilidade são o dano e a relação em que ele se encontra com o responsável. A violação do direito, o facto danoso e o nexo de causalidade são meras condições de facto e de direito para que o dano seja juridicamente atribuído ao obrigado à indemnização*”.

³¹ Sublinhado nosso.

³² Desvalorizando a desarmonia, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (*Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 590-591) afirma que as diferentes redações das normas (créditos não satisfeitos

Antes, notando aquela desarmonia, a jurisprudência portuguesa dividia-se em duas grandes correntes: uma, minoritária, defendendo que o *quantum* indemnizatório correspondia, automaticamente, ao montante dos créditos não satisfeitos³⁴; a outra, dominante, defendendo que deviam ser ponderadas certas circunstâncias como o grau de culpa, a gravidade da ilicitude, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano ou a situação patrimonial do sujeito e invocando, em geral, como fundamento o princípio da proporcionalidade³⁵.

e prejuízos sofridos) não conduzem a diferentes resultados. Defende o autor que “[o]s critérios a fixar dependerão das circunstâncias: dependerão, por exemplo, dos próprios atos a praticar na liquidação da massa insolvente, do momento em que tem lugar a sentença de qualificação da insolvência como culposa e da situação do património do devedor nessa data”.

- ³³ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (*Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 585) entende que o novo texto da al. e) só veio aumentar as dificuldades da interpretação. Pronunciando-se no quadro da proposta de lei, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (“As alterações ao incidente de qualificação de insolvência e à suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., p. 85) diz, igualmente, que a alteração não terá o tão pretendido efeito apaziguador.
- ³⁴ Cfr. o Acórdão de TRP de 19.11.2020, Proc. 65/12.2TYVNG-H.P1 (Relator: FREITAS VIEIRA) (admitindo ponderação do grau de culpa excepcionalmente), os Acórdãos do TRC de 10.12.2020, Proc. 6099/16.0T8VIS-S.C1 (Relatora: MARIA JOÃO AREIAS) e de 23.09.2014, Proc. 4/13.3TBSEI-L.C1 (Relator: FERNANDO MONTEIRO), e os Acórdãos do TRG de 24.09.2020, Proc. 8502/17.3T8VNF-A.G1 (Relatora: CONCEIÇÃO SAMPAIO), de 6.12.2018, Proc. 1512/15.7T8CHV-K-G1 (Relatora: MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO), de 23.11.2017, Proc. 1512/15.7T8CHV-C.G1 (Relatora: ANA CRISTINA DUARTE), de 14.09.2017, Proc. 7165/15.5T8VNF-A.G1 (Relatora: MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO) (admitindo ponderação do grau de culpa excepcionalmente), e de 19.01.2017, Proc. 391/16.1T8GMR-C.G1 (Relator: PEDRO DAMIÃO E CUNHA) (admitindo ponderação do grau de culpa excepcionalmente).
- ³⁵ Veja-se os Acórdão do STJ de 9.06.2021, Proc. 1338/17.3T8STS-A.P1.S1, e de 22.06.2021, Proc. 439/15.7T8OLH-J.E1.S1 (Relator em ambos: BARATEIRO MARTINS), o Acórdão do TRL de 27.04.2021, Proc. 540/19.8T8VFX-C.L1-1 (Relatora: ISABEL FONSECA), os Acórdãos do TRP de 12.07.2021, Proc. 1388/19.5T8AMT-C.P2 (Relator: PEDRO DAMIÃO E CUNHA), de 27.05.2021, Proc. 5253/18.5T8VNG-O.P1 (Relator: FILIPE CAROÇO), de 13.04.2021, Proc. 252/20.0T8AMT-A.P1 (Relator: RODRIGUES PIRES), de 25.03.2021, Proc. 54/13.0TYVNG-C.P1 (Relator: PAULO DIAS DA SILVA), de 23.03.2021, Proc. 1879/20.5T8OAZ-B.P1 (Relatora: ANABELA TENREIRO), de 11.03.2021, Proc. 299/14.5T8AVR-A.P1 (Relator: FREITAS VIEIRA), de 11.03.2021, Proc. 918/13.0TYVNG-D.P1 (Relator: ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA), de 22.10.2020, Proc. 72/18.1T8AVR-C.P1 (Relator: FREITAS VIEIRA), de 27.10.2020, Proc. 1139/19.4T8AMT-B.P1 (Relator: VIEIRA E CUNHA), de 19.05.2020, Proc. 976/19.4T8AMT-C.P1 (Relatora: ALEXANDRA PELAYO), de 14.07.2020, Proc. 1338/17.3T8STS-A.P1 (Relator: JORGE SEABRA), de 22.10.2019, Proc. 327/15.7T8VNG-B.P1 (Relator: VIEIRA E CUNHA), de 24.09.2019, Proc. 7639/18.6T8VNG-D.P1 (Relatora: ANABELA DIAS DA SILVA), de 15.01.2019, Proc. 273/14.1T8VNG-A.P2 (Relatora: MÁRCIA PORTELA), e de 29.06.2017, Proc. 2603/15.0T8STS-A.P1 (Relator: FILIPE CAROÇO), o Acórdão do TRC de 16.12.2015, Proc. 1430/13.3T8FIG-C.C1 (Relatora: MARIA DOMINGAS SIMÕES), os Acórdãos do TRG de 18.11.2021, Proc. 6145/19.6T8VNF-A.G1 (Relatora: MARIA JOÃO PINTO DE MATOS), de 23.09.2021, Proc. 5783/17.6T8VNF-C.G1 (Relator: JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS), de 9.07.2020, Proc. 2622/19.7T8VNF-B.G1 (Relator: JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS), de 5.03.2020, Proc. 301/18.1T8VNF-C.G1 (Relatora: ROSÁLIA CUNHA), de 17.12.2019, Proc. 4912/17.4T8VNF-B.G1 (Relatora: MARGARIDA ALMEIDA FERNANDES), de 2.05.2019, Proc. 665/14.6TBEP-S-E.G2 (Relatora: MARGARIDA SOUSA), de 28.03.2019, Proc. 1266/17.2T8GMR-B.G1 (Relatora: RAQUEL BAPTISTA TAVARES), de 31.01.2019, Proc. 7861/17.2T8VNF-BK.G1 (Relatora: MARGARIDA ALMEIDA FERNANDES), de 18.12.2017, Proc. 5699/15.0T8VNF-A.G1 (Relatora: MARIA AMÁLIA SANTOS), e de 18.12.2017, Proc. 92/16.0T8MTR-B.G1 (Relator: João Diogo RODRIGUES), e o Acórdão do TRE de 4.06.2020, Proc. 384/14.7T8OLH-D.E1 (Relator: TOMÉ DE CARVALHO). Concluiu-se neste último aresto que “deve ser limitada a condenação inscrita na aludida al. e) do n.º 2 do artigo 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Para o acolhimento jurisprudencial da segunda corrente terá sido importante o Acórdão do TC n.º 280/2015, de 20 de Maio, em que se diz que “a determinação do período de tempo de cumprimento das medidas inibitórias previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 189º do CIRE (inibição para a administração de patrimónios alheios, exercício de comércio e ocupação de cargo de titular de órgão nas pessoas coletivas aí identificadas) e, naturalmente, a própria fixação do montante da indemnização prevista na alínea e) do n.º 2 do mesmo preceito legal, deverá ser feita em função do grau de ilicitude e culpa manifestado nos factos determinantes dessa qualificação legal”.

Porque era necessário superar a desconformidade entre as normas de uma forma (mais) consistente, propôs-se a seguinte construção: entender que na al. e) do n.º 2 se consagrava uma dupla presunção (relativa) – a presunção de que a conduta do sujeito causava um dano aos credores³⁶ e a presunção de que o montante dos danos correspondia ao montante dos créditos insatisfeitos – e que o n.º 4 confirmava que as presunções eram relativas; os sujeitos afectados podiam, então, provar que a sua conduta não havia causado dano aos credores ou que o dano causado era inferior ao montante dos créditos não satisfeitos, devendo, nestes casos, seguir-se o disposto na última norma e a indemnização calcular-se exclusivamente por referência ao montante dos prejuízos sofridos. Se não o provassem, ou não conseguissem prová-lo, aplicar-se-ia a al. e) do n.º 2; se, porém, conseguissem prová-lo, aplicar-se-ia o n.º 4. A sentença de qualificação da insolvência como culposa deveria, neste caso, fixar as indemnizações devidas atendendo à proporção em que o comportamento das pessoas afectadas tivesse contribuído para a insolvência^{37/38}.

ao valor do prejuízo efectivamente causado quando este é inferior ao montante dos créditos não satisfeitos, caso o mesmo seja economicamente quantificável”.

³⁶ A operação de apuramento da causalidade entre a conduta do sujeito e a criação ou o agravamento da situação de insolvência (o dano para efeitos de qualificação da insolvência como culposa e do sujeito como afectado) não deve ser confundida com a operação de apuramento da causalidade entre a conduta do sujeito e o prejuízo sofrido pelos credores (o dano sem o qual o sujeito não pode ser condenado na obrigação de indemnizar os credores). Sobre a diferença se falará adiante, a propósito da distinção entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade.

³⁷ Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 161-163.

³⁸ Exactamente no mesmo sentido cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre Direito civil, Direito das sociedades e Direito da insolvência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 218 e s., e “Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 577 e s. Com uma sugestão próxima (não tão precisa mas conducente a resultados idênticos), MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2015, vol. 14, pp. 100-102. A modelação da obrigação de indemnização em função de certas circunstâncias era também, no essencial, a posição defendida por parte significativa da doutrina portuguesa. Cfr., por exemplo, LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, cit., pp. 697 e s., e RUI PINTO DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, in: CATARINA SERRA (coord.), *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 165-166 e p. 172. Contra esta visão (a que chamava “tese correctiva”) manifestava-se HENRIQUE SOUSA ANTUNES (“Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., pp. 150 e s.). Segundo o autor, não havia que funcionalizar

A solução proposta não andava longe do regime homólogo disposto no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF): a fixação da indemnização assentava, então, num regime de escolha do menor de dois valores (passivo a descoberto ou dano causado)^{39/40}.

Sucede que, depois da alteração legislativa, já não é possível fazer prevalecer o critério do montante dos créditos não satisfeitos⁴¹. Resulta agora, inequivocamente, do articulado que o montante dos créditos não satisfeitos é só o montante máximo da indemnização, nos termos da al. e) do n.º 2 do art. 189.º. A preposição “até”, como qualquer outra preposição essencial, é uma unidade linguística dependente de outra e serve, justamente, para estabelecer, de forma explícita ou implícita, uma ligação entre dois termos.

o artigo 189.º, n.º 4, ao abrandamento da severidade da disciplina resultante da articulação do art. 189.º, n.º 2, al. e), com o art. 186.º, n.ºs 2 e 3. Adoptava o autor, por isso, outra visão (a que chamava “tese confirmatória”), segundo a qual o artigo 189.º, n.º 4, não devia aplicar-se na relação entre os sujeitos afectados e os credores. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO [*Manual de Direito da Insolvência*, cit., pp. 172-173, e “A responsabilidade dos Administradores de Sociedades Comerciais afetados pela qualificação da insolvência”, in: *Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça – Comércio, Sociedades e Insolvência*, CEJ / STJ, Julho de 2022, p. 67 (https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/04/ebook_cej_coloquioinsolvencias_abr2020.pdf)] continua a alinhar nesta tese, apesar das alterações da Lei n.º 9/2022.

³⁹ LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA (*Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, cit., p. 351) qualificavam este aspecto como um defeito. Diziam os autores que as normas do CSC aplicáveis impõem que os administradores respondam por todo o dano causado.

⁴⁰ Relembre-se, em traços gerais, este regime. O art. 126.º-A do CPEREF dispunha sobre a hipótese de falência de uma pessoa colectiva e sobre a responsabilidade que, nessa hipótese, impedia sobre os gerentes, administradores ou directores e outras pessoas que simplesmente tivessem gerido, administrado ou dirigido de facto a pessoa colectiva que, com actos praticados ao longo dos dois últimos anos anteriores à sentença de declaração de falência, tivessem contribuído para a sua insolvência de modo significativo. No n.º 1 previa-se, especificamente, a possibilidade de o Ministério Público ou qualquer credor requerer ao tribunal a declaração da sua responsabilidade (solidária e ilimitada, segundo o texto legal) quanto às dívidas da falida e a sua condenação no pagamento do respectivo passivo. No n.º 2 apresentava-se um elenco de actos cuja prática, segundo o legislador, permitia afirmar que tais sujeitos haviam contribuído, de modo significativo, para a situação de insolvência da pessoa colectiva. O art. 126.º-B do CPEREF tinha uma natureza quase instrumental relativamente à disposição anterior. Tratava-se de retirar as consequências devidas da responsabilidade aí determinada, concretamente fixando-se um prazo para que os sujeitos responsáveis depositassem o passivo da pessoa colectiva a descoberto no momento da declaração de falência ou somente o montante do dano por eles causado, se o dano fosse inferior. Decorrido o prazo fixado no art. 126.º-B do CPEREF e não tendo sido depositadas pelos sujeitos responsáveis, nos termos do art. 126.º-A e do art. 126.º-B do CPEREF, as quantias correspondentes ao valor do passivo a descoberto à data da declaração de falência ou ao valor do dano, consoante os casos, permitia-se que os credores ou o Ministério Público requeressem a declaração de falência dos responsáveis. Era essa, de forma sintética, a função do art. 126.º-C do CPEREF. Cfr., sobre este regime em pormenor, CATARINA SERRA, “Alguns aspectos da revisão do regime da falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro”, in: *Scientia Iuridica*, 1999, n.ºs 277/279, pp. 194 e s.

⁴¹ Designadamente, já não é possível desvalorizar-se a desarmonia para fazer prevalecer o critério dos montante dos créditos não satisfeitos dizendo-se, simplesmente, que, em 2012, o legislador se esqueceu de adaptar o n.º 4 do art. 189.º à redação final que deu à al. e) do n.º 2, tendo mantido, no n.º 4 a expressão que resultava dos textos preparatórios.

O montante dos créditos não satisfeitos deixa de poder ser utilizado como ponto de partida ou como padrão para o cálculo da indemnização^{42/43} e o (novo) critério, disponibilizado no art. 189.º, n.º 4, passa a ser o montante dos prejuízos sofridos.

Ao montante dos créditos não satisfeitos resta imputar uma única função: a de limitar o montante da indemnização, o que significa que em nenhum caso (seja qual for o montante dos danos) a indemnização poderá ser superior àquele montante⁴⁴.

⁴² Cfr., porém, o recente Acórdão do TRL de 22.02.2022, Proc. 1564/20.8T8FNC-C. L1 (Relatora: ISABEL FONSECA), segundo o qual deve continuar a entender-se que a indemnização corresponde ao montante dos créditos não satisfeitos, embora possa ser reduzida em atenção a certas circunstâncias (*maxime*, o grau de culpa), cabendo o ónus da prova ao sujeito afectado. Diz-se aí: “o regime legal plasmado no art. 189.º, quanto à indemnização devida aos credores da insolvência, deve ser interpretado, com base numa leitura integrada do texto vertido no seu número 2, alínea e) e número 4 e a exigência de uma leitura conforme ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que a indemnização devida pela entidade afetada pela qualificação deverá, em princípio e tendencialmente, corresponder à diferença entre o valor global do passivo e o que o ativo que compõe a massa insolvente logrou cobrir, salvaguardando-se, no entanto, que esse valor possa ser fixado em montante inferior sempre que o comportamento da pessoa afetada pela qualificação justifique essa diferenciação, mormente por ser diminuta a medida da sua contribuição para a verificação dos danos patrimoniais em causa, assim mitigando o recurso àquele critério exclusivamente aritmético e que, por isso, em determinadas circunstâncias, pode ser redutor. A propósito desta matéria, cumpre dar nota que as alterações ao CIRE introduzidas pela Lei 9/2022 de 11-01 a que já se aludiu, vão no sentido de acolher, cremos, a orientação aludida, ponderando a nova redação dada ao art. 189.º, n.º2 alínea e) (...). Consagrando-se, pois, expressamente, que o valor correspondente ao montante dos créditos não satisfeitos configura o limite balizador máximo da indemnização por prejuízos de ordem patrimonial causados aos credores – e não, como anteriormente, que a condenação seria “no montante dos créditos não satisfeitos” –, daí se infere que esse valor pode, obviamente, ser fixado em montante inferior; acrescente-se que, nada mais se referindo quanto aos critérios pelos quais se deve pautar a fixação dessa indemnização, agora, como anteriormente, valem as regras gerais a que já se aludiu, ponderadas à luz do regime insolvencial, uma vez que aqui se jogam razões e interesses também de ordem pública”.

⁴³ Se bem se compreende, em certas passagens, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (*Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 585, 586, 590, 593) continua, porém, a fazer corresponder a indemnização ao montante dos créditos não satisfeitos, não obstante admitir que a indemnização fique aquém deste montante (limitada pelas forças do património e pelo grau de culpa de cada um).

⁴⁴ Com a mesma leitura veja-se o Acórdão do TRP de 21.04.2022, Proc. 3668/18.8T8STS-B.P1 (Relator: PAULO DIAS DA SILVA), onde se afirma que “[a] interpretação que se nos afigura mais conforme ao texto da lei, o que nos parece sair reforçado com a alteração emergente da Lei n.º 9/2022, de 09 de Janeiro, à natureza da responsabilidade ali prevista e ao princípio da proporcionalidade, a responsabilidade dos administradores não corresponde necessariamente ao montante dos créditos que as forças da massa insolvente não permitirão satisfazer. Esse é apenas o limite da obrigação de indemnizar: os credores não poderão exigir do afectado pela qualificação uma indemnização superior à parte do valor do crédito reclamado e verificado na insolvência que não seja satisfeito pelo produto da massa”. E veja-se ainda o Acórdão do TRC de 15.02.2022, Proc. 135/20.3T8SEI-C.C1 (Relatora: MARIA CATARINA GONÇALVES), onde se diz: “(...) foi com esse sentido que o legislador veio, recentemente, alterar a redacção da referida alínea e) – cfr. Lei n.º 9/2022 de 11/01/2022 (...). Com essa redacção, fica agora claro que o valor dos créditos não satisfeitos é apenas o limite máximo da indemnização a fixar; a medida e quantificação da indemnização será feita – conforme dissemos – atendendo ao concreto dano a indemnizar (o valor dos créditos que não são foram satisfeitos por causa e em consequência da conduta que determinou a qualificação da insolvência) e de acordo com os critérios que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se revelem adequados para apurar a medida e o valor desse dano”.

Com isto o regime da responsabilidade por insolvência culposa perde grande parte da sua dimensão punitiva ou sancionatória⁴⁵ (em que havia “*um espaço de responsabilidade sem causalidade*”⁴⁶) e (re)aproxima-se do regime geral da responsabilidade civil⁴⁷, com um desvio, atendendo à fixação de um (do tal) máximo⁴⁸. Traduz-se isto, em suma, na máxima de que devem ser indemnizados (só) os danos (cfr. art. 483.º do CC) mas não necessariamente todos os danos.

A concluir, tornam-se ainda oportunos dois esclarecimentos.

O primeiro prende-se com os dois factores de atenuação da responsabilidade mais frequentemente invocados: o grau de culpa e as forças dos patrimónios dos sujeitos afectados.

Porque a insolvência culposa pressupõe sempre o dolo ou a culpa grave, ou seja, um comportamento especialmente censurável, ponderar o grau de culpa dos sujeitos para o efeito de limitar a indemnização⁴⁹ não só não é muito coerente com o disposto na lei civil (cfr. art. 494.º do CC) como não é muito útil: todos terão agido de forma particularmente reprovável, sendo as diferenças no plano da imputação subjectiva inevitavelmente insignificantes⁵⁰.

⁴⁵ Esta dimensão punitiva foi assinalada antes (e independentemente) de o regime introduzir, em 2012, o efeito da responsabilidade (cfr. CATARINA SERRA, “Decoctor ergo fraudator”? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07”, cit., pp. 69 e s. Depois da introdução do efeito da responsabilidade e atendendo a ele, aquela dimensão foi assinalada por vários autores, como, por exemplo, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU [“Direito das Sociedades e Direito da Insolvência: interações”, in: CATARINA SERRA (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 192]. Segundo este autor, pronunciando-se no quadro anterior à Lei n.º 9/2022, as indemnizações deviam, por isso, ser calculadas tendo em conta o valor dos créditos não satisfeitos e, eventualmente, o grau de culpa de cada afectado pela qualificação da insolvência como culposa. Cfr. no mesmo sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, cit., pp. 98-101. Fala esta autora numa “*função mista*” da responsabilidade concursal, tal como estava prevista no art. 189.º. Cfr., por fim, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei 16/2012, de 20 de Abril”, in: CATARINA SERRA (coord.), *I Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 280-281. Entendia esta autora estar em causa uma genuína responsabilidade patrimonial.

⁴⁶ Parafraseia-se aqui HENRIQUE SOUSA ANTUNES (“Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., p. 148).

⁴⁷ Dizia, antes da Lei n.º 9/2022, RUI PINTO DUARTE (“Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, cit., p. 164 e p. 172) que o regime da responsabilidade no quadro da insolvência culposa implicava a substituição das regras gerais da responsabilidade civil, no respeitante à determinação do prejuízo indemnizável.

⁴⁸ Com igual leitura, defendendo, aliás, o carácter inapropriado de um sistema punitivo cfr. JOSÉ GONÇALVES MACHADO (*O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores – No âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas*, Fátima (edição de autor), 2022, pp. 698 e s.).

⁴⁹ Como propugna, por exemplo, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (*Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 586-587 e pp. 594-596).

⁵⁰ Cfr., no mesmo sentido, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 222. Dizendo, basicamente, o mesmo, mas destacando o factor da gravidade da ilicitude, cfr. o Acórdão do STJ de 22.06.2021, Proc. 439/15.7T8OLH-J.E1.S1 (Relator: BARATEIRO MARTINS). Diz-se aí: “*entre as circunstâncias com significado para apreciar a proporcionalidade ou desproporcionalidade da indemnização a fixar encontram-se os elementos factuais que revelam o grau de culpa e a gravidade da ilicitude da pessoa afetada (da contribuição do comportamento da pessoa afetada*

Tão-pouco faz sentido valorizar a referência legal às forças dos patrimónios, designadamente interpretando-a como significando o dever de ponderar a situação patrimonial dos sujeitos⁵¹. A substituição de “até às forças dos respetivos patrimónios” por “considerando as forças dos respetivos patrimónios” não parece, de facto, alterar coisa alguma. Considera-se mesmo que com ela se visou apenas evitar a repetição, na mesma frase, da preposição “até”, usada para o montante máximo.

Continua, pois, a não ser de atribuir à referência mais significado do que o de reiterar o que já resulta – sempre resultou – do disposto no art. 601.º do CC (o devedor responde com todo o seu património pelas suas obrigações)⁵². A possibilidade de fazer reflectir a situação patrimonial ou económica no montante da indemnização está prevista na lei civil mas, mais uma vez, apenas para o caso de a responsabilidade se fundar na mera culpa (cfr. art. 494.º do CC) – o que, como se sabe, não é o que acontece aqui.

O factor que pode e deve ser ponderado e tem efeitos sensíveis na modelação do valor da indemnização, imprimindo-lhe proporcionalidade, é um único: a contribuição causal de cada sujeito para a ocorrência dos danos / a medida da participação efectiva de cada um.

O segundo esclarecimento respeita à referência de que a responsabilidade dos sujeitos afectados é solidária [cfr. art. 189.º, n.º 1, al. e)], a que há que atribuir, definitivamente, o significado devido.

Trata-se da possibilidade de se exigir a qualquer um dos sujeitos o pagamento da indemnização até ao valor que lhe foi fixado – o que quer dizer que os termos distintos em que cada um está obrigado relevam logo nas relações externas, como permite o art. 512.º, n.º 2, do CC^{53 54}. Vendo bem, não seria

para a criação ou agravamento da insolvência): mais estes (os elementos respeitantes à gravidade da ilicitude) que aqueles (os elementos respeitantes ao grau de culpa), uma vez que, estando em causa uma insolvência culposa, o fator/grau de culpa da pessoa afetada não terá grande relevância como limitação do dever de indemnizar, sendo o fator/proporção em que o comportamento da pessoa afetada contribuiu para a insolvência que deve prevalecer na fixação da indemnização”.

⁵¹ É isso o que sugere ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (*Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 586-587, pp. 584-585).

⁵² Cfr, neste sentido, antes da Lei n.º 9/2022, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei 16/2012, de 20 de Abril”, cit., p. 281, e RUI PINTO DUARTE, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, cit., p. 165.

⁵³ Conforme recorda JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (in: *Comentário ao Código de Processo Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018, pp. 432 e s.), a nota indefectível da solidariedade é a designada “comunhão de fim”. Ora, na situação aqui em causa, embora não existindo identidade de conteúdo das prestações, existe aquela “comunhão de fim”, reveladora de uma relação entre os obrigados para satisfação de um mesmo interesse do credor.

⁵⁴ Cfr., em sentido contrário, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “As alterações ao incidente de qualificação de insolvência e à suspensão do dever de apresentação à insolvência”, cit., p. 86. Segundo a autora, “qualquer pessoa afetada responde solidariamente pelo montante dos créditos que ficaram por satisfazer (...) as assimetrias advenientes desta solução serão corrigidas no plano interno, através da repartição das quotas de cada responsável em função do respetivo grau de culpa e contributo para a situação de insolvência ou o seu agravamento”.

razoável, para um exemplo simples, que, havendo um sujeito que causou a insolvência e outro sujeito que apenas contribuiu para o seu agravamento, ao último pudesse ser exigida toda a indemnização, restando-lhe a possibilidade de exercer o direito de regresso contra o primeiro.

Tudo ponderado, há que dizer que a tarefa de responsabilização não ficou facilitada. A qualificação da insolvência como culposa pressupõe sempre a causalidade (provada ou presumida) entre a conduta e a criação ou o agravamento da insolvência (a “*causalidade fundamentadora*” da responsabilidade civil)^{55/56}, mas esta não basta para responsabilizar os sujeitos afectados; deve ainda verificar-se a causalidade entre a conduta e os danos (a “*causalidade preenchadora*” da responsabilidade civil)⁵⁷.

Ora, enquanto antes a lei autorizava a que se reconduzisse, pelo menos de início, a indemnização ao montante dos créditos não satisfeitos⁵⁸, agora é

⁵⁵ Como se diz no Acórdão do STJ de 8.02.2022, Proc. 807/17.0T8STS-B.P1.S1 (Relator: RICARDO COSTA) “[p]ara termos facto causalmente contributivo para a insolvência (em aproveitamento da aplicação adaptada do art. 563.º do CC) é necessário que tenhamos facto (acção ou omissão) que conduza, imediata e/ou mediatamente, à criação e/ou ao agravamento da situação económico-financeira e/ou à criação ou agravamento de condições impeditivas do cumprimento de ou das obrigações vencidas, com a inerente repercussão negativa na satisfação do interesse dos credores ao pagamento dos seus créditos”.

⁵⁶ É preciso notar que, mesmo no que se refere ao n.º 2 do art. 186.º, se trata de normas de protecção que parecem bastar-se com a ocorrência de um risco de danos (a criação ou o agravamento da insolvência). Por isso HENRIQUE SOUSA ANTUNES (“Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, cit., pp. 138 e s.) considera que o carácter inilidível das presunções consagradas na norma não deve abranger o efeito da responsabilidade, no quadro do qual, para usar as palavras do autor, “a ameaça da lesão só é relevante com a sua materialização” e, portanto, é sempre necessário verificar-se o resultado (dano). Segundo o autor, será sempre permitido demonstrar que o dano é alheio ao seu comportamento.

⁵⁷ Em traços gerais, a causalidade fundamentadora é o nexo que liga o comportamento do sujeito à lesão do direito subjetivo ou do interesse e a causalidade preenchadora é o nexo entre a lesão do direito ou do interesse e os danos subsequentes. Sobre esta distinção, cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Haftungsbegründende Kausalität e haftungsausfüllende Kausalität [causalidade fundamentadora e causalidade preenchadora da responsabilidade]”, in: *Revista da Faculdade de Direito e de Ciência Política da Universidade Lusófona*, 2017, n.º 10, pp. 14 e s. (<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/6302>), ou “Haftungsbegründende Kausalität e haftungsausfüllende Kausalität: algumas especificações”, in: *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2022, pp. 192 e s. (<https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2022/haftungsbegrundende-kausalitat-e-haftungsausfullende-kausalitat-algumas-especificacoes-mafalda-miranda-barbosa/>).

⁵⁸ É verdade que a fixação da indemnização de acordo com o montante dos créditos não satisfeitos se deparava com alguns obstáculos, desde logo, o de não ser susceptível de fixação imediata. De facto, enquanto não estivessem concluídas certas fases processuais (a verificação de créditos, a apreensão de bens, as impugnações das resoluções em benefício da massa e, sobretudo, a liquidação do activo), não era possível determinar com exactidão o montante dos créditos não satisfeitos. Ainda assim, era preciso fixar os critérios a utilizar para a quantificação da indemnização. O problema era enfrentado na jurisprudência. Veja-se, por exemplo, como foi resolvido no Acórdão do TRG de 2.05.2019, Proc. 665/14.6TBEPS-E.G2 (Relatora: MARGARIDA SOUSA): “[s]endo impraticável, por força do próprio comportamento do afetado, determinar, pela positiva, quais os créditos não satisfeitos que lhe são imputáveis, na medida em que se desconheça, por conduta que lhe é imputável, em que situação económica, financeira e patrimonial se encontrava a empresa no momento em que o mesmo dela deixou de ser gerente, não pode estabelecer-se a diferença entre a dimensão dos créditos insuscetíveis de satisfação existentes na data em que a gerência terminou e a dimensão dos créditos não satisfeitos a verificar a final; Todavia, mesmo nessa hipótese, ponderando que “havendo mais de uma pessoa atingida pela

preciso apurar a diferença entre a situação que existe e a situação que existiria se a conduta ilícita não tivesse tido lugar – apurar, mais precisamente, o dano diferencial.

A posição dos credores e dos outros interessados na aquisição de um direito de indemnização seria ainda mais complicada não fosse, normalmente, estar em causa a violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios / normas de protecção no sentido do art. 483.º, n.º 1, do CC. Neste quadro será admissível, como se disse, presumir o nexo de causalidade entre a conduta e certos danos – os danos que sejam do tipo dos que as normas visam prevenir ou evitar. Nos casos restantes, não resta senão seguir as regras gerais.

Cumpra ao juiz discriminar, sobretudo, entre as condutas criadoras e as condutas agravadoras da situação de insolvência. Na prática, o dano causado pelas primeiras é susceptível de se aproximar do montante dos créditos não satisfeitos. Relativamente ao dano causado pelas segundas, esta proximidade nunca se verifica.

Cabe, por seu turno, aos sujeitos afectados adoptar uma conduta o mais activa possível, alegando e provando, se puderem, que a sua conduta *não causou os danos* ou *não causou todos os danos* invocados pelos credores. Entre as circunstâncias concitáveis para o efeito da eliminação da sua responsabilidade está a de a conduta ilícita ser indiferente para a produção do dano e entre as circunstâncias relevantes para o efeito da atenuação da sua responsabilidade está a de a conduta ilícita não ser uma causa exclusiva da produção do dano mas sim uma causa concorrente (com as condutas de outros sujeitos ou eventos fortuitos).

3.1.1. Confronto do regime português com o seu modelo: a *calificación del concurso* da *Ley Concursal*

A interpretação aqui propugnada sai reforçada com um argumento de Direito comparado, mais precisamente, com os resultados da análise do regime homólogo espanhol. Trata-se, como sabe, do regime-modelo ou inspirador do regime português, hoje contido nos arts. 441 e s. do *Texto Refundido da Ley Concursal*⁵⁹.

referida qualificação, a responsabilidade de cada uma delas também deve ser dimensionada em função da respetiva culpa, se houver elementos para tal” e considerando que, no caso concreto, não só há vários responsáveis, como a responsabilidade do afetado Recorrente é limitada no tempo, e que, no período ulterior àquele em que o mesmo foi gerente e pelo qual já não é responsável, afetação do património houve, que, de todo, não lhe pode ser imputada, fazendo um esforço no sentido de adequar ao máximo possível – com as limitações criadas pelo próprio afetado –, a indemnização que o mesmo deverá suportar em função das consequências do seu comportamento ilícito e da correspondente culpa (presumida), entende-se que, para efeito da determinação do montante da indemnização a suportar por este afetado, se deve descontar, no valor do saldo que se vier a apurar, o montante correspondente à dita afetação patrimonial”.

⁵⁹ Tanto quanto é possível perceber, a *Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal*, publicada no *Boletín Oficial del Estado* núm. 214, de 6.09.2022 (<https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/05/16/con>) e em vigor, na generalidade, a partir de 26.09.2022, não aportou alterações directas ao regime da responsabilidade por insolvência culposa.

Sinteticamente, registam-se duas fases no que respeita ao cálculo da obrigação de indemnização derivada da *calificación del concurso*.

Perante a versão inicial, a doutrina e a jurisprudência entendiam que o critério para a fixação da indemnização era independente do impacto da conduta sobre a criação ou o agravamento da insolvência, impondo-se a condenação dos sujeitos afectados única e exclusivamente como consequência da qualificação da insolvência como culposa.

Depois da alteração introduzida pelo *Real Decreto Ley 4/2014*, de 7 de Março, e a *Ley 17/2014*, de 30 de Setembro, no art. 172 *bis* 1 (hoje correspondente ao art. 456 do *TRLC*), a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que o critério para fixar a responsabilidade depende, precisamente, da contribuição dos sujeitos para a criação ou o agravamento de insolvência⁶⁰. Em fórmula de máxima, é possível dizer que, actualmente, “*la responsabilidad concursal no es un efecto automático de la calificación culpable*”.

De entre as normas que compõem e marcam a condenação na obrigação de indemnização destacam-se o art. 455 e o art. 456 do *TRLC*, cuja redacção é, na parte relevante, a seguinte:

Artigo 445 – Sentencia de calificación

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...)

5.º La condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados.

Artículo 446 – Condena a la cobertura del déficit

1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.

3. En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso⁶¹.

⁶⁰ Cfr., resumidamente, sobre esta evolução, CARLOS LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Calificación de la insolvencia en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones española y uruguaya”, in: *Revista de Direito da Insolvência*, 2020, n.º 4, pp. 107-108.

⁶¹ Diga-se, em abono da verdade, que o disposto em conjunto nas duas normas não tem ainda uma interpretação muito clara. Destaca-se o facto de o legislador espanhol ter recuperado o factor da “cobertura del déficit”, ainda que condicionado pela contribuição causal.

3.2. Os titulares do direito à indemnização

Os titulares do direito à indemnização são, naturalmente, os credores.

O art. 189.º, n.º 2, al. e), refere-se, genericamente, aos “*credores do devedor declarado insolvente*”.

Estão abrangidos, por excelência, os credores da insolvência. Sendo os credores da insolvência titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente com fundamento *anterior* à data da declaração de insolvência (cfr. art. 47.º, n.º 1), são eles os sujeitos mais susceptíveis de ser lesados pelos comportamentos em causa.

Mas, tendo em conta que, depois da alteração pela Lei n.º 9/2022, a indemnização não visa exactamente o pagamento dos créditos insatisfeitos, não se vê razão para excluir liminarmente os credores da massa⁶². Não obstante os créditos sobre a massa terem a sua origem no processo de insolvência⁶³, não pode afastar-se completamente a hipótese de os credores da massa sofrerem danos imputáveis a determinados tipo de actos – actos que, sendo embora praticados no decurso do processo de insolvência, agravem a insolvência⁶⁴.

⁶² Manifesta-se favor do englobamento dos créditos sobre a massa, sem mais explicitações, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO (“A responsabilidade dos Administradores de Sociedades Comerciais afetados pela qualificação da insolvência”, cit., pp. 65-66).

⁶³ Não existindo propriamente uma definição de créditos sobre a massa, adquire-se alguma noção do disposto no art. 51.º, n.º 1, preceito que apresenta uma enumeração não taxativa de dívidas da massa (“*além de outras como tal qualificadas neste Código*”) e das normas que regulam casos dispersos. Entre estes contam-se o direito da contraparte do insolvente à contraprestação no que exceda o valor do que seria apurado no caso de o administrador da insolvência ter recusado o cumprimento do contrato (cfr. art. 103.º, n.º 3), o direito da contraparte do insolvente à contraprestação em dívida no caso de o cumprimento da prestação ser imposto ao insolvente por contrato e não recusando o administrador esse cumprimento (cfr. art. 103.º, n.º 5), a remuneração e o reembolso das despesas do mandatário quando estas resultem da realização, por este, de actos necessários para evitar prejuízos previsíveis para a massa insolvente e até que o administrador da insolvência tome as devidas precauções (cfr. art. 110.º, n.º 3), a obrigação de restituição pela massa do valor correspondente ao objecto prestado por terceiro na medida do respectivo enriquecimento à data da declaração de insolvência (cfr. art. 126.º, n.º 5). A classificação como dívidas da massa assenta na existência de um nexo que, não sendo exactamente cronológico, é uma espécie de nexo lógico, genético ou causal com o processo de insolvência. Sendo previsíveis e naturais ao processo de insolvência, tendo por finalidade assegurar a sua abertura e o seu curso (como as resultantes das custas), ou sendo meramente eventuais (como as que derivam da actividade dos órgãos e, em particular, do exercício, pelo administrador da insolvência, das suas funções), a verdade é que todas são, no fundo, um efeito ou uma consequência do processo.

⁶⁴ Partindo de uma premissa diferente, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (Um Curso de Direito da Insolvência, cit., p. 588) entende que “[o]s credores com direito de indemnização são os credores do devedor que não viram os seus créditos (totalmente) satisfeitos”, integra[ndo]-se “aqui, sem dívida, os credores da insolvência”, mas que “*fará sentido aplicar o regime [da qualificação da insolvência na parte da obrigação de indemnizar] a créditos sobre a massa cujo fundamento é anterior à data da declaração de insolvência*”. O autor não diz que créditos poderiam ser estes últimos e não se vislumbra quais possam ser. Perscrutando o elenco do art. 51.º, n.º 1, verifica-se que o legislador teve o cuidado de excluir das dívidas da massa resultantes do cumprimento (compulsivo ou opcional) dos contratos em curso as dívidas que se reportem a período anterior à declaração de insolvência [cfr. art. 51.º, n.º 1, als. e) e f)], o que indicia que não serão concebíveis créditos sobre a massa com fundamento anterior à data de declaração de insolvência.

Imagine-se, por exemplo, que os administradores da sociedade continuam em funções (a administração da massa foi confiada ao devedor, nos termos dos arts. 224.º e s.) e que, por força do comportamento destes, o património social se reduz para níveis inferiores aos que se registavam à data da declaração de insolvência, causando, com isso, danos à generalidade dos credores. É justo que todos os credores atingidos sejam contemplados com o direito à indemnização, independentemente da sua classificação.

3.3. O pagamento da indemnização e a execução da sentença

Enquanto o processo de insolvência estiver em curso, o pagamento da indemnização deve, evidentemente, ser feito ao administrador da insolvência, passando o montante indemnizatório a integrar a massa insolvente e só depois ser distribuído aos e pelos credores^{65/66}.

Esclareça-se que o montante deve ser repartido sem atender à graduação dos créditos. Não sendo hoje, depois da alteração legislativa, como se viu, o montante dos créditos não satisfeitos o critério para o cálculo da indemnização, nem faria sentido discutir-se a solução⁶⁷.

Sempre que não exista pagamento voluntário e se torne necessário executar a sentença condenatória, surge o problema de saber a quem deve ser reconhecida a legitimidade para a execução.

⁶⁵ Cfr., na doutrina, por todos, antes da Lei n.º 9/2022, RUI PINTO DUARTE, "Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE", cit., p. 166, e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol", cit., pp. 106-107; depois da Lei n.º 9/2022, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 588-589, e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, cit., pp. 174-175. Cfr., para três exemplos na jurisprudência, o Acórdão do TRP de 22.10.2020, Proc. 72/18.1T8AVR-C.P1 (Relator: FREITAS VIEIRA), o Acórdão do TRG de 17.12.2019, Proc. 4912/17.4T8VNF-B.G1 (Relatora: MARGARIDA ALMEIDA FERNANDES), e o Acórdão do TRC de 16.12.2015, Proc. 1430/13.3TBFIG-C.C1 (Relatora: MARIA DOMINGAS SIMÕES).

⁶⁶ Na lei espanhola a regra é a mesma, admitindo-se embora que os credores se substituam ao administrador da insolvência no exercício do poder de acção em determinadas circunstâncias. Mais precisamente, no art. 461, 1, do TRLC diz-se o seguinte: "*[l]a legitimación para solicitar la ejecución de la condena o de las condenas que contenga la sentencia de calificación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento*". Em qualquer caso, os montantes obtidos devem integrar a massa, determinando-se no art. 461, 2, do TRLC que "*[t]odas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso*".

⁶⁷ Mas mesmo antes da alteração pela Lei n.º 9/2022, esta seria a solução consentânea com o disposto no art. 174.º, n.º 1, 2.ª parte, aplicável aos créditos garantidos e, por força do art. 175.º, n.º 2, extensível aos créditos privilegiados. Dispõe-se naquela norma: "*quanto [aos créditos garantidos] que não fiquem integralmente pagos e perante os quais o devedor responda com a generalidade do seu património, são os saldos respectivos incluídos entre os créditos comuns, em substituição dos saldos estimados, caso não se verifique coincidência entre eles*". Cfr., defendendo esta solução, o Acórdão do TRP de 11.05.2020, Proc. 1205/16.8T8AMT-B.P2 (Relator: MENDES COELHO), e, no sentido contrário, o Acórdão do (mesmo) TRP de 22.10.2020, Proc. 72/18.1T8AVR-C.P1 (Relator: FREITAS VIEIRA).

Não deve haver dúvidas quando o processo de insolvência está em curso: esta legitimidade cabe, em princípio, ao administrador da insolvência, em linha com o disposto no art. 82.º, n.º 3, al. b)⁶⁸. Cumpre, porém, destacar ou autonomizar a situação dos chamados “novos credores”.

Os novos credores são aqueles cujos créditos se constituem depois (e por causa) da violação do dever de apresentação à insolvência, portanto em resultado da violação das normas de protecção dos arts. 18.º e 19.º. O dano destes credores é, na realidade, distinto do dano que sofre a generalidade dos credores. Não obstante ser também um dano patrimonial puro, ele é um dano directo, que se produz sem a intermediação do património da sociedade (o património dos novos credores diminui, ainda que o património da sociedade não diminua)⁶⁹. O dano destes credores não se reconduz, em suma, à categoria dos “prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente” referida no art. 82.º, n.º 3, al. a). Sem prejuízo da faculdade que cabe a estes credores de, existindo sentença de qualificação da insolvência como culposa em virtude daquela violação, exigirem a sua parte da indemnização, eles têm, alternativamente, a possibilidade de exercer os seus direitos durante a pendência do processo de insolvência nos termos gerais⁷⁰, designadamente ao abrigo do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC)⁷¹.

O grande dilema acerca da legitimidade para a execução surge quando o processo de insolvência já foi encerrado no momento em que é instaurada a execução.

⁶⁸ Assim se decidiu no Acórdão do TRP de 26.01.2021, Proc. 1871/17.7T8VNG.1.P1 (Relator: JOÃO DIOGO RODRIGUES). Determina-se neste aresto a ilegitimidade da credora exequente para a propositura desta acção, uma vez que, nessa altura, ainda estava em curso o processo de insolvência e apesar de o processo ter sido encerrado depois, por insuficiência da massa insolvente para satisfação das custas do processo e das restantes dívidas da mesma massa. Explica-se que tanto a legitimidade como os demais pressupostos processuais devem ser aferidos com referência à data da propositura da acção; ora, nessa altura, a exequente não tinha o poder de dispor desta relação processual quem o tinha era o administrador da massa insolvente.

⁶⁹ Além disso, este dano não é indemnizado da mesma forma: enquanto a indemnização dos antigos credores deve atender ao interesse contratual *positivo* (deve reconstituir-se a situação que existiria se o contrato tivesse sido cumprido), a indemnização dos novos credores atende ao interesse contratual *negativo* (deve reconstituir-se a situação que existiria se o contrato não tivesse sido celebrado).

⁷⁰ Referindo-se a um outro caso em que se decidiu que o credor mantinha legitimidade para instaurar acções durante o processo, diz-se, entre outras coisas, no Acórdão do TRP de 23.09.2021, Proc. 81/20.0T8PVZ.P1 (Relator: ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA): “no caso entre os fundamentos da acção não se encontra qualquer acto de diminuição da massa insolvente (...). Esta situação não tem nada a ver com a escolhida para constituir a previsão da alínea b) do n.º 2 do artigo 82.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas porque da mesma não adveio qualquer diminuição do património integrante da massa insolvente”.

⁷¹ Cfr., neste sentido, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, cit., p. 699, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade dos administradores à crise da empresa societária e os interesses dos credores sociais”, in: *I Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 401 e s., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., pp. 184 e s., e CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 174-175 (nota 300).

A hipótese não é incomum. É possível que a sentença condenatória não seja proferida até à conclusão do processo de insolvência ou que o tenha sido mas as indemnizações não tenham sido voluntariamente pagas. Sempre que o processo de insolvência encerra prematuramente em relação ao que é típico – nos casos de encerramento por insuficiência da massa – é quase certo que se concretiza esta hipótese⁷².

Ora, se, por um lado, a indemnização visa compensar lesões sofridas pela generalidade dos credores e por isso deveria ser endereçada ao administrador da insolvência para que este a integrasse na massa insolvente, por outro lado, com o encerramento do processo de insolvência, o administrador da insolvência já não estará em funções [cfr. art. 233.º, n.º 1, al. b)] e terá mesmo deixado de existir massa insolvente.

A lei dispõe que, encerrado o processo, os credores podem exercer os seus direitos contra o devedor insolvente [cfr art. 233.º, n.º 1, als. c) e d)]. Mas esta regra permite, quando muito, resolver os casos em que o responsável é o devedor⁷³, não permite resolver a maioria dos casos, em que os responsáveis são pessoas diferentes do devedor.

Perante a cessação de funções do administrador da insolvência e a impossibilidade de alocação das indemnizações a um património especialmente vocacionado para concentrar e representar os interesses dos credores, não resta senão concluir que, a partir do momento em que o processo de insolvência é encerrado, os credores individualmente considerados (re)adquirem a legitimidade processual habitual e, em particular, o poder de executar o património dos responsáveis^{74/74}.

⁷² Como se sabe, este encerramento pode acontecer em dois momentos: logo na fase de declaração da insolvência, quando o juiz conclua que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente (cfr. art. 39.º, n.º 1), e numa fase mais adiantada, quando o administrador da insolvência constatare ou o juiz tenha conhecimento oficioso de que o património do devedor não é (comprovadamente) suficiente para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas da massa insolvente [cfr. art. 230.º, n.º 1, al. d), e art. 232.º, n.ºs 1 e 2]. Encerrado o processo por insuficiência da massa, nos casos em que tenha sido aberto incidente de qualificação da insolvência e se o mesmo ainda não estiver findo, este prossegue os seus termos como incidente limitado [cfr. art. 39.º, n.º 7, al. b), *in fine*, art. 191.º, n.º 1, e art. 232.º, n.º 5]. A tramitação do incidente limitado de qualificação de insolvência segue o regime dos arts. 188.º e 189.º, não obstante com inevitáveis adaptações (cfr. art. 191.º, n.º 1). Sobre a tramitação do incidente limitado de qualificação de insolvência cfr. ALEXANDRE DE SOUZA MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., pp. 601 e s.

⁷³ A possibilidade de os credores exercerem os seus direitos contra o devedor após o encerramento do processo de insolvência é o que permite dar algum sentido à obrigação de indemnização por insolvência culposa quando o único sujeito afectado é o devedor insolvente. Dificilmente os credores serão ressarcidos durante o processo de insolvência dado que o devedor não tem outros bens senão os que já integram a massa e, presumivelmente, não serão suficientes para satisfazer os créditos. Resta esperar o regresso de melhor fortuna, que, a acontecer, não será, com certeza, antes de decorrido um tempo considerável depois do encerramento do processo de insolvência.

⁷⁴ Como é sabido, durante o processo de insolvência os credores da insolvência ficam privados dos seus poderes habituais (cfr. art. 90.º) – ficam, designadamente, limitados no exercício do seu poder de acção executiva (cfr. art. 88.º, n.º 1). É a massa insolvente, enquanto património de afectação especial, que, polarizando os interesses dos credores (cfr. art. 46.º, n.º 1), deve agir, através do administrador da insolvência, para realização destes interesses.

Os credores podem, assim, instaurar acções executivas individuais – individuais de facto (os credores não agem, em regra, em conjunto⁷⁶) e individuais no plano dos efeitos jurídicos (não existe solidariedade activa)⁷⁷. Mas é preciso esclarecer como se processam estas execuções, designadamente quais são os pressupostos ou as condições da acção e, mais precisamente, o que deve ou pode funcionar como título executivo.

A sentença que condena os afectados no pagamento de uma indemnização (sentença condenatória) declara um direito que cabe à generalidade dos credores mas serve – deve servir – como título executivo para cada um, desempenhando a função de certificação ou documentação dos seus direitos individuais⁷⁸.

Mas o que sucede quando isso não se verifica? Pode a sentença condenatória ser complementada pela sentença de verificação e graduação de créditos? E, não existindo sentença de verificação e graduação de créditos (situação frequente quando o processo é encerrado por insuficiência da massa), será suficiente o credor apresentar qualquer outro título que comprove o seu crédito nos termos exigidos pelos arts. 703.º e s. do CPC?

A (escassa) jurisprudência conhecida que se tem pronunciado sobre a questão entende que ambas as hipóteses são admissíveis⁷⁹.

⁷⁵ Assim se decidiu no Acórdão do TRP de 27.01.2020, Proc. 650/14.8TYVNG.1.P1 (Relator: José Eusébio Almeida) num caso em que o processo de insolvência havia sido encerrado por insuficiência da massa antes de proferida a sentença de qualificação da insolvência como culposa e a correspondente condenação dos sujeitos afectados. Considerou-se, neste caso, inequívoco que a credora tinha legitimidade activa para executar o direito que lhe havia sido reconhecido na decisão do incidente de qualificação. Em comentário a esta decisão, deve apenas esclarecer-se que o argumento de que a massa deixa de existir com o encerramento não é exclusivo dos casos de encerramento por insuficiência da massa, ao contrário do que parece decorrer desta decisão. Veja-se ainda o Acórdão do TRC de 27.04.2017, Proc. 1288/15.8T8CBR.1.C1 (Relator: Jaime Carlos Ferreira), do qual também decorre, ainda que menos explicitamente, que, depois do encerramento do processo de insolvência, são os credores quem pode agir contra os responsáveis.

⁷⁶ Nem têm de agir pois não se trata de uma situação de litisconsórcio necessário.

⁷⁷ Distintamente, na lei espanhola, prevê-se que os credores actuem em regime de substituição do administrador da insolvência (cfr. art. 461, 1, do *TRLC*).

⁷⁸ Costuma dizer-se que o título executivo desempenha três funções: função documentadora ou de certificação, função de definição do fim da acção e função estabelecadora dos limites da execução.

⁷⁹ Veja-se o Acórdão do TRC de 17.11.2020, Proc. 3657/16.7T8VIS.1.C1 (Relatora: Maria Catarina Gonçalves), em cujo sumário pode ler-se: “I – A sentença proferida no âmbito de um incidente de qualificação da insolvência que condena os afectados pela qualificação da insolvência como culposa “...até às forças do respetivo património, o que inclui todos os seus bens suscetíveis de penhora, a indemnizarem os credores da insolvente no montante dos créditos não satisfeitos” – sem indicar expressamente esses credores e os créditos englobados nessa condenação – só constitui título executivo para o efeito de exigir a indemnização correspondente ao valor de determinado(s) crédito(s) quando conjugada ou complementada por outro título que ateste a existência e valor desse(s) crédito(s). II – Por regra, esse título corresponderá à sentença de verificação de créditos proferida no âmbito do processo de insolvência ou a eventual sentença que tenha sido proferida no âmbito de acção para verificação ulterior de créditos. III – Não existindo esses títulos – em virtude de o processo ter sido encerrado por força do disposto no art. 39.º do CIRE sem que houvesse lugar a reclamações e verificações de créditos – aquela sentença só constituirá título executivo se for conjugada ou complementada por qualquer outro título que ateste a existência e valor do crédito que se pretende exigir na execução. IV – Para esse efeito, não vale a sentença de declaração de insolvência ainda que nesta tenham sido julgados provados

A verdade é que nem mesmo a sentença de verificação e graduação de créditos parece assegurar as condições necessárias para a propositura da execução⁸⁰. Não correspondendo hoje, depois da alteração legislativa, e como se disse, o valor da indemnização, necessariamente, ao montante dos créditos não satisfeitos, a documentação destes créditos não é essencial ou sequer útil, pois não são estes os créditos que estão em causa na execução – não são estes os créditos exequendos.

É de toda a conveniência, pois – insiste-se –, que a sentença condenatória seja, a partir de agora, o mais completa e precisa possível, especificando a parte da indemnização que cabe a cada credor.

Confirmando a necessidade de uma sentença completa e precisa, capaz de propiciar ao juiz da execução uma visão, simultaneamente, global e discriminada da indemnização, pense-se que, no caso de o(s) património(s) do(s) afectado(s) não chegar(em) para o pagamento integral, o exequente deve receber proporcionalmente, em conformidade com o art. 604.º do CC, sob pena de os sucessivos exequentes nada receberem a final⁸¹.

NOTA FINAL

Revisitadas as principais questões da qualificação da insolvência e ponderadas as conclusões a que se chegou a propósito de cada uma, conclui-se que a disciplina continua a dar muito que pensar. Tendo sido pontuais as alterações da Lei n.º 9/2022 e poucos os esclarecimentos realmente úteis, está garantida a continuidade do debate sobre a quase totalidade das questões controversas – com a consequente animação da actividade desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência mas os inevitáveis prejuízos para a transparência e a estabilidade do Direito.

em função dos quais seria possível concluir pela existência do(s) crédito(s) que se pretende(m) exigir, uma vez que a decisão aí proferida – que se limitou a declarar a insolvência – não reconheceu esse(s) crédito(s) e o caso julgado que com ela se formou não inclui os factos que ali se julgaram provados para o efeito de deles se extraírem outras consequências (designadamente o reconhecimento dos créditos) além das contidas na decisão aí proferida e que se limitou à declaração da insolvência".

⁸⁰ Como se explicou antes, a sentença de verificação e graduação de créditos complementa a sentença de declaração de insolvência. Esta limita-se a declarar uma situação e a constituir o devedor em insolvente. Para que os credores venham a final a ser pagos, é necessário que uma outra sentença venha desempenhar a função de certificação. Cfr., sobre a natureza e função da sentença de declaração de insolvência e a natureza e função da sentença de verificação e graduação de créditos, CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., pp. 277 e s. e, mais resumidamente, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 126-129 e p. 292.

⁸¹ Quer isto dizer que se entende que na execução da sentença de qualificação da insolvência como culposa cumpre impedir que funcione a lógica do *prior in tempore potior in iure* e garantir – continuar a garantir, apesar de já não estar em curso o processo de insolvência – a observância do princípio *par conditio creditorum*.