

Novas questões na qualificação da insolvência

Centro de Estudos Judiciários
Lisboa, 30 de novembro de 2012

José Manuel Branco

(procurador da República no Tribunal de Comércio de Vila Nova de Gaia, mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade Católica-Porto)

*** Tópicos**

- I. Breve abordagem sociológica e estatística da qualificação da insolvência
- II. Contornos e previsão legal da qualificação na lei vigente (Decreto-Lei nº 53/2004 de 18/03, que aprovou o “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, com última alteração pela Lei 16/2012, de 20 de abril)
- III. Caracterização do incidente de qualificação
- IV. Pressupostos do incidente (breves referências)
- V. Legitimidade e tramitação do incidente
- VI. As consequências sancionatórias da qualificação da insolvência como culposa
- VII. Dos receios de inconstitucionalidade às previsíveis dificuldades concretas na aplicação do novo regime legal da qualificação da insolvência como culposa. Hipóteses práticas e sugestões de resolução.

*** Texto da intervenção**

O tema que me foi atribuído é tão vasto nas suas implicações que se mostra inviável tratá-lo no tempo alocado, como resulta da consideração de anterior ciclo formativo do CEJ – em janeiro de 2012 – ter atribuído uma tarde inteira ao tema da qualificação com duas intervenções, a cargo da Dr.^a Maria do Rosário Epifânio e do Dr. Rui Estrela de Oliveira, das quais consta muito do que aqui propositadamente vai faltar (questões relativas ao administrador de direito / administrador de facto e os diversos tipos deste, as presunções da insolvência como culposa e de culpa grave). Por outro lado entre os destinatários da presente formação estarão dois tipos de magistrados: os que têm a noção de que existe um diploma e um processo próprio para as “falências” a par de outros que trabalham há anos em tribunais e juízos de comércio. Poderei enganar uns, ou outros, mas não todos.

Assim vou começar por uma abordagem ligeira e genérica como introdução para os primeiros, procurando aliciá-los a concorrer aos inúmeros juízos de comércio que surgirão com o novo mapa

judiciário e depois abordar algumas questões pontuais mais candentes esperando que interessem aos segundos.

A questão da qualificação é por vezes introduzida visualmente pela ruína.



Uma unidade produtiva outrora exemplo de pujança empresarial é vista pelos administradores de insolvência mais ou menos como na figura se retrata. Por vezes falta mesmo a cadeira...

Muitas poderão ter sido as causas da ruína e nem todas relevarão para efeitos da responsabilização operada pelo incidente de qualificação da insolvência.

- Em 50% dos casos, as empresas não sobrevivem aos primeiros cinco anos de vida. No entanto, o seu desaparecimento não é incompatível com o dinamismo económico.
- A opinião pública associa muitas vezes a falência à fraude ou à incapacidade pessoal, mas a verdade é que só 4 a 6% das falências são fraudulentas. A maior parte das vezes, a falência é tão-só a consequência directa da renovação empresarial.

(Comunicação da Comissão, de 5 de Outubro de 2007, ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões in http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/110133_pt.htm#)

3

Aceitando a conclusão que as próprias instituições de cúpula da União Europeia retiram, no plano teórico, no sentido do carácter residual da “falência fraudulenta”, importa validá-la no plano da aplicação concreta do Direito, o que fizemos, por amostragem, resultando os dados seguintes.

A antecedente afirmação tem adesão prática?

- Um caso concreto - Tribunal do Comércio V. N. Gaia
- Ano: 2011
- Número de ações de insolvência iniciadas: 1.122
- Número de incidentes de qualificação decididos: 595
- Número de insolvências declaradas culposas: 62
- Percentagem de insolvências declaradas culposas:
10,42%

4

Estes números refletem ainda o anterior contexto de obrigatoriedade de abertura de incidente em toda e qualquer insolvência declarada por sentença transitada, o que explica o elevado peso das insolvências fortuitas. Será de conjecturar que a percentagem de insolvências declaradas culposas deveria aumentar, na medida em que uma das principais alterações da Lei 16/2012 consiste na eliminação do carácter obrigatório da abertura do incidente para toda e qualquer insolvência declarada.

Seguem-se esquemas resumo relativo aos contornos, previsão legal e caracterização do instituto jurídico que é o incidente de qualificação da insolvência.

Contornos e previsão legal da qualificação na lei vigente

- Figura introduzida no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei nº 53/2004 de 18/03, que aprovou o “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas” (CIRE).
- Objetivo: obter uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas.
- Título VIII do CIRE, dos artigos 185.º ao 191.º
- Outras referências: 11.º; 31.º, n.º 1, alínea i); 39.º, n.º 1; 83.º, n.º 3; 228.º, n.º 1, alínea c); 232.º, n.º 5; 233.º, n.º 1, alínea a) e n.º 6; 243.º, n.º 1, alínea c); 295.º, b); 303.º.

5

Caraterização do incidente de qualificação

- Consiste na averiguação das causas que conduziram à situação de insolvência, podendo ser extraídas consequências sancionatórias quando verificados os respetivos pressupostos.
- O seu objeto é o sancionamento cível e não uma verdadeira punição, sendo autónoma a responsabilidade penal (vide artigos 185.º e 297.º do CIRE)

6

Caraterização do incidente de qualificação

- Traduz verdadeira “responsabilidade específica” e autónoma à qual podem acrescer as duas outras formas de “responsabilidade genérica”, uma na ordem judiciária penal (crimes como o favorecimento de credores ou a insolvência dolosa) e outra na dependência de ação cível (vide 82.º, n.º 4 CIRE)

7

Caraterização do incidente de qualificação

- Como incidente, é um apenso à ação e como tal tramitado (132.º e 188.º, n.º 8);
- Com a alteração ao CIRE resultante da Lei 16/2012, de 20-04, passou a ter carácter facultativo (é aberto, optativamente, pelo juiz, por altura da declaração de insolvência ou quando considere oportuno após alegação do administrador da insolvência ou de algum interessado quanto ao carácter culposos);
- Tem natureza urgente (9.º, n.º 1).

8

Caraterização do incidente de qualificação

- Cabem duas decisões possíveis ao incidente: a qualificação da insolvência como...
- **Fortuita**
- **Culposa** (186.º, n.º 1).
- Da primeira não é extraída qualquer consequência para os membros dos órgãos estatutários da pessoa coletiva ou para a pessoa singular que seja declarada insolvente.

9

Nos termos do artigo 186.º, n.º 1 do CIRE, são requisitos da insolvência culposa:

- a) O facto inerente à atuação, por ação ou omissão, do devedor ou dos seus administradores, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência;
- b) A culpa qualificada (dolo ou culpa grave);
- c) E o nexo causal entre aquela atuação e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

Assim, a insolvência será julgada culposa ou fortuita em função do que segue.

Caraterização do incidente de qualificação

- A insolvência será qualificada como **culposa** quando no incidente sejam apurados factos imputáveis, a título de dolo ou culpa grave, a administradores de facto ou de direito e dos quais tenham resultado a criação da situação de insolvência ou o agravamento dos seus efeitos.
- A insolvência **fortuita** define-se “pela negativa”, sendo a que não se declare culposa.

10

Mais frequentemente a declaração de culpa partirá da comprovação do preenchimento de factos integradores de presunções legais, que a lei estrutura em dois patamares: as presunções absolutas (“*iuris et de iure*”) de culpa na génese ou agravamento da insolvência, previstas no n.º 2 do artigo 186.º e as presunções relativas quanto ao grau de culpa verificada, passíveis de demonstração em sentido inverso (n.º 3).

Existem, ainda pressupostos objetivos do incidente, as condições indispensáveis para a declaração da insolvência como culposa, que são as seguintes:

Pressupostos do incidente (âmbito objetivo)

- Uma situação de **insolvência judicialmente declarada por sentença transitada em julgado**.
- A inserção do facto culposo num **limite temporal**:
 - * Três anos anteriores ao início do processo que decretou a insolvência;
 - * Após a declaração de insolvência e até à data da elaboração do parecer a apresentar pelo administrador da insolvência no âmbito do incidente (186.º, n.º 2, alínea i);
 - * Quid juris se a atuação culposa for posterior?

11

A circunscrição temporal dos factos aos três anos anteriores ao início do processo de insolvência cedo se revela incorreta ou insuficiente. A primeira por via de se admitir que alguns dos factos relevantes para a qualificação da insolvência como culposa irão ocorrer forçosamente na vigência do processo e não anteriormente à sua instauração (veja-se a falta de colaboração como o A.I. nomeado) e a segunda colhe rápida demonstração numa hipótese prática. Imagine-se que por altura da realização do leilão para venda dos ativos da insolvente, o A.I. vai organizar lotes dos bens que apreendeu e dá pela falta de bens.

Se não for admitida a extensão aqui preconizada apenas caberá como meio de proteção da massa a escassa solução do artigo 82.º, n.º 4, alínea b) – “Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir:

b) As acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência”.

Ora se foi o gerente da devedora quem fez desaparecer os bens não é esta uma das atuações tipicamente aptas a qualificar a insolvência como culposa por via, não da criação do estado de insolvência, mas pelo agravamento das suas consequências para os credores?

Pressupostos do incidente (âmbito objetivo)

- Para efeitos da declaração da insolvência como culposa, bastaria concluir que um determinado devedor praticou ou omitiu, no limite temporal relevante, animado de dolo ou culpa grave, atos que criaram ou agravaram a situação de insolvência (186.º, n.º 1).
- Mas, para “facilitar” (?) a tarefa ao julgador a lei previu **presunções de culpa** (186.º, n.º 2) ou do grau desta como **grave** (186.º, n.º 3).

12

As presunções inilidíveis do n.º 2 aplicam-se ao devedor / administrador nos casos que se enunciam:

Presunções absolutas/inilidíveis

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

- a) Destruido, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou **em parte considerável**, o património do devedor;
- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de **negócios ruinosos** em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço **sensivelmente inferior** ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;
- e) Exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;

Presunções absolutas/inilidíveis

- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto;
- g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria **com grande probabilidade** a uma situação de insolvência;
- h) Incumprido **em termos substanciais** a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com **prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira** do devedor;
- i) Incumprido, **de forma reiterada**, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º

Esta norma consagra um sistema de imputação misto por via da definição de algumas causas puramente objetivas e de outras "semiobjetivas", cuja validação depende do preenchimento que seja feito, no decurso do incidente, de alguns conceitos indeterminados ("com grande probabilidade", "em termos substanciais", "em parte considerável").

No concreto poderá mesmo revelar-se difícil afastar determinadas práticas comerciais arreigadas do preenchimento – pelo menos formal – de uma das alíneas agora analisadas, sem que daí deva resultar a consideração do carácter culposos do comportamento para os efeitos próprios da qualificação. Tem-se em vista o modelo de negócio das "grandes superfícies", supermercados ou hipermercados que vendem ao consumidor final, dele recebendo o preço "a pronto pagamento" (quantas vezes bastante inferior ao da concorrência, no âmbito de certas promoções), em momento cronologicamente anterior àquele em que vão pagar as mercadorias já vendidas ao respetivo fornecedor, atitude idónea a integrar a alínea c), a relativa à compra de mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação.

Alegados e provados os factos pressupostos nas várias hipóteses normativas, a insolvência é tida, forçosamente, por culposa. Provados esses factos, também não se admite prova em contrário (artigo 350.º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil).

Importante parte da jurisprudência mas também da doutrina assume a consideração de que verificados alguns dos factos do n.º 2 do artigo 186.º o juiz terá que decidir "*necessariamente no sentido da qualificação da insolvência como culposa*" pois que a lei institui presunção inelutável "*quer da existência de culpa grave, quer do nexo de causalidade desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência, não admitindo a produção de prova em sentido contrário*" (vide Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, "Direito da insolvência", 2011, Almedina, p. 284).

Outros entendem que a existência de um nexo de causalidade entre os factos previstos na norma e a produção e/ou o agravamento da situação de insolvência será relevante unicamente para as

circunstâncias previstas nas alíneas h) e i), mas já não para as das alíneas a) a g).

Quanto a estas últimas o preenchimento dos conceitos abertos empregues na redação das diversas alíneas, por forma a garantir a coerência teleológica e substantiva do instituto, implica e pressupõe que ocorra forçoso nexo de causalidade, estando o nexo causal indissociado da compreensão do facto base da presunção. Concretizando e exemplificando: se o administrador destrói na totalidade o património do devedor, esse mesmo facto tem ínsito a criação ou agravamento do estado de insolvência.

Já quanto às circunstâncias atinentes à omissão de colaboração com o A.I. após a declaração de insolvência o que está em causa é um comportamento do visado que obsta a que se determine a sua contribuição e responsabilidade na produção ou no agravamento da situação de insolvência. Por isso dizem alguns, sob pena de excessivamente se cercear a possibilidade de defesa, deveria efetuar-se um juízo de causalidade entre essa falta de colaboração e o agravamento do estado de insolvência e, então, seria de provar que a falta de colaboração do administrador da insolvente para com o A.I. teve efetivo impacto nesse resultado desvalioso.

Assiste-se, assim, a uma sucessão de decisões jurisprudenciais que ora surpreendem pelo elevadíssimo grau de exigência, quase trazendo o conceito penal da presunção de inocência para o direito civil (vide Ac. Relação do Porto de 10-02-2011, proferido no Proc. 1283/07.0TJPRT-AG.P1, tendo por relator Freitas Vieira, publicado em www.dgsi.pt, que se resume na afirmação de que *"a mera alegação de alguma das situações descritas nos n.ºs 2 e 3 do art.º 186.º do CIRE não é suficiente para a qualificação da insolvência como culposa, exigindo-se, ainda, a alegação e prova do nexo de causalidade entre a atuação ali presumida e a situação da insolvência nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo"*) ora surpreendem pelo aparente arrojo da solução encontrada (vide Ac. Relação do Porto de 17-05-2011, proferido no Proc. 3678/08.3TBVFR-K.P2, tendo por relatora Anabela Dias da Silva, publicado em www.dgsi.pt, que aceita verificar-se *"nexo de causalidade entre a conduta dos administradores da sociedade e a situação de agravamento da situação de insolvência da empresa, com a venda da totalidade das suas ações a uma pessoa para eles desconhecida, que dissipou, em poucos meses, todo o património daquela sociedade, acontecimento que os apelantes, como qualquer pessoa medianamente diligente e sensata, colocada na sua posição, deveriam, no mínimo, ter representado como possível, tendo obtido ganho com tal venda, com manifesto prejuízo para a empresa e todos os seus credores"*).

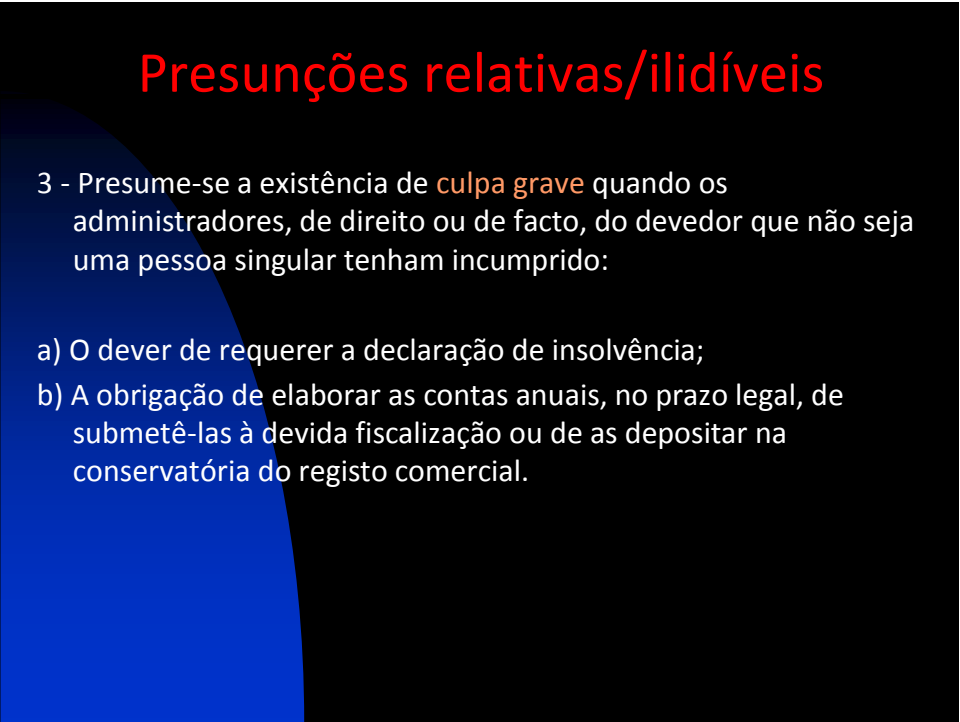
Por entre estas, difundem-se sentenças que se distinguem pela singela afirmação do que nos parece óbvio, o que não lhes tira relevância (vide Acórdão da Relação de Coimbra de 12-10-2010, proferido no Proc. 1404/08.6TBTN-V-F.C1, relatado por Manuela Fialho, que conclui que *"o conceito de insolvência culposa preenche-se mediante a prova dos requisitos enunciados no Artº 186º/1 do CIRE ou mediante a verificação das presunções a que se reportam os nº 2 e 3 do mesmo preceito. As circunstâncias enunciadas no nº 2 do Artº 186º do CIRE constituem presunções inilidíveis"*).

As assimetrias decisórias dos tribunais superiores têm impactado determinados A.I. que, nos respetivos pareceres, descrevem aturadamente factos constitutivos de algumas das alíneas do n.º 2 do artigo 186.º, mas que logo se aprestam a afirmar que, mesmo assim, não sabem se os factos descritos foram causais para a criação ou agravamento do estado de insolvência, pelo que, na dúvida quanto a se existirá o nexo causal que os tribunais superiores têm exigido, proferem parecer no sentido do carácter fortuito.

Alguns vêm mesmo referenciar expressamente o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, da presunção de inocência, para concluir pela natureza fortuita da insolvência.

Ainda quanto às presunções de culpa do n.º 2, deixa-se a nota da necessidade de compatibilização do teor da alínea i) relativa ao reiterado incumprimento dos deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer com a disposição do artigo 83.º, n.º 3, que concede ao juiz um princípio de livre apreciação dessa recusa, mormente para efeito da qualificação da insolvência como culposa.

Quanto às presunções ilidíveis do n.º 3 do artigo 186.º resumem-se ao incumprimento de duas circunstâncias que a seguir se referem:



Presunções relativas/ilidíveis

3 - Presume-se a existência de **culpa grave** quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:

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

As presunções constantes deste n.º 3 distinguem-se das anteriores não só porque permitem que o visado no incidente, apresentando prova em contrário, as afaste, mas também porque com o seu funcionamento apenas resulta demonstrado um dos pressupostos do n.º 1, a culpa grave.

Qualquer das duas alíneas acaba por ser meramente declarativa da potencial relevância, em sede da qualificação, do incumprimento de outras normas que já instituem as obrigações em causa, na circunstância, o artigo 18.º do CIRE, quanto à alínea a) e o artigo 65.º do Código das Sociedades Comerciais, quanto à alínea b).

No entanto, quanto à primeira situação, permanece necessário alegar e provar os demais factos tendentes a preencher todos os pressupostos constantes da norma do n.º 1, com exceção da culpa grave, se for alegado e provado que o visado no incidente incumpriu o dever de apresentar a sociedade à insolvência.

Quanto à segunda situação, não é patente que relação poderia existir, em termos de causalidade, entre o incumprimento de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de as submeter à devida fiscalização e de as depositar na conservatória do registo comercial competente e a criação ou o agravamento do

estado de insolvência. Quase poderia incorrer-se na tentação de extrair conclusão inversa: um credor avisado cuidará de consultar os competentes registos comerciais em relação ao seu devedor e, quando verifique que este não tem cumprido essas suas obrigações formais, estará em condições de negar crédito ou fornecimentos ou, se reunidos os demais pressupostos, poderá optar por peticionar a insolvência do devedor e até extrair daí um privilégio creditório (vide 98.º, n.º 1).

Deverá entender-se que a conduta tipificada na alínea, a ocorrer, poderá constituir um indício de convulsão ou deficiência organizativa na sociedade em causa, potenciadora de riscos à negociação com a mesma, mas dificilmente poderá compreender-se como causa da produção ou do agravamento do estado de insolvência.

Apesar de a generalidade da jurisprudência tender para a necessidade da invocação e prova do nexo causal nestes casos, pelo menos uma autora, Catarina Serra, defende o carácter de “presunções relativas de insolvência culposa” das circunstâncias do n.º 3, sem o que a mera consideração do carácter grave da culpa terá pouca utilidade, certamente por acabar por onerar intervenientes processuais, externos ao devedor, com o ónus da prova do nexo causal. Entende, ainda, que as duas últimas circunstâncias do n.º 2 deveriam acompanhar as do n.º 3.

A propósito dos formalismos inerentes à vida societária, por exemplo a contabilidade – e como se sabe por vezes há quatro: para os bancos, para os sócios, para o fisco e para o administrador – e em particular quanto à aprovação de contas e à IES os tribunais não se têm revelado particularmente preocupados, mas assim não sucede com a evolução legislativa. Ainda na passada 6ª feira foi publicada nova alteração ao Código do Registo Comercial, o DL 250/2012, que declara no preâmbulo que “*a aprovação de contas é um ato societário fundamental e o seu registo essencial à segurança do comércio jurídico. A situação financeira das sociedades é basilar para a economia, dela dependendo também, em grande parte, a saúde financeira do País. Não obstante, muitas são as entidades que, apesar de apresentarem a IES e cumprirem, assim, a obrigação fiscal, não declaram a aprovação de contas nem procedem ao pagamento da taxa de registo respetiva, ficando por cumprir a obrigação de registo da prestação de contas*”. Este incumprimento, diz-se ainda, “*origina um prejuízo com relevância nacional*” e “*nalguns casos, será propositadamente gerada pelas entidades que não pretendem ver as suas contas expostas para consulta de terceiros, impedindo assim que credores e outros interessados tenham acesso à informação relativa à situação financeira da empresa*”. Declara-se “*isto é prejudicial para a segurança do comércio jurídico e para o desenvolvimento da economia*”. E conclui-se “*o presente diploma visa criar nos representantes das sociedades a consciência da gravidade da omissão do registo da prestação de contas*”.

A escolha destes trechos quase dramáticos do novo diploma legal foi propositada para deixar um alerta quanto ao mau trato que os tribunais por vezes conferem ao que lhes parece (ou ao que nos parece?) acessório, pactuando implicitamente com a perpetuação de entidades empresariais ineficientes, sem real mais valia para a comunidade ou o tecido empresarial, parasitas que a ninguém pagam e a todos depauperam. Deixo pois este alerta, também na esteira do referido entendimento da Dra. Catarina Serra, se não estará na hora de os tribunais atentarem na omissão destes formalismos e de os considerar constitutivos de culpa grave mas também causais da insolvência, pois que a não ser assim nem credores, nem M.P. ou A.I. conseguirão em caso algum demonstrar ativamente o nexo causal.

Debatido o aspeto das presunções, procede-se a uma breve incursão na tramitação processual.

Tramitação do incidente (legitimidade ativa)

- Intervenientes forçosos no incidente: **administrador da insolvência** e **Ministério Público**.
- Intervenientes facultativos: **qualquer interessado** que alegue no sentido do carácter culposo da insolvência.
- Quem podem ser esses interessados?

16

A formulação legal empregue suscita dúvidas: dir-se-á que o conceito de “qualquer interessado” é mais amplo do que a formulação “qualquer credor”. Neste sentido será admissível a alegação por parte de um sócio ou de um gerente quanto ao carácter culposo da insolvência imputando os respetivos factos constitutivos, por exemplo, a um outro gerente. Fica a dúvida quanto a se o Ministério Público tem legitimidade para introduzir, por si, as alegações quanto ao carácter culposo, face à previsão expressa de prerrogativa nesse sentido do A.I., tenciono fazê-lo quando disso for caso, mas sentiria conforto na previsão expressa já que é consabido que “o M.P. não é interessado nem interesseiro”.

Quanto à legitimidade de um credor ou de qualquer outro interessado, insolvente incluído, para alegar no sentido da natureza fortuita da insolvência, será negada pela formulação restritiva da parte final do artigo 188.º, n.º 1, clara no sentido da exigência de alegação no sentido da culpabilidade.

Tramitação do incidente (legitim. passiva)

- Qualquer devedor passível de ser declarado insolvente (seja pessoa coletiva ou singular, património autónomo ou qualquer das demais realidades da previsão do artigo 2.º);
- Entre as pessoas singulares a afetar pela qualificação, constam:
 - ◆ Administrador de facto;
 - ◆ Administrador de direito;
 - ◆ TOC / ROC (novidade da Lei 16/2012).

17

No plano da legitimidade passiva distinguir-se-á a pessoa do devedor e a pessoa singular concretamente a afetar.

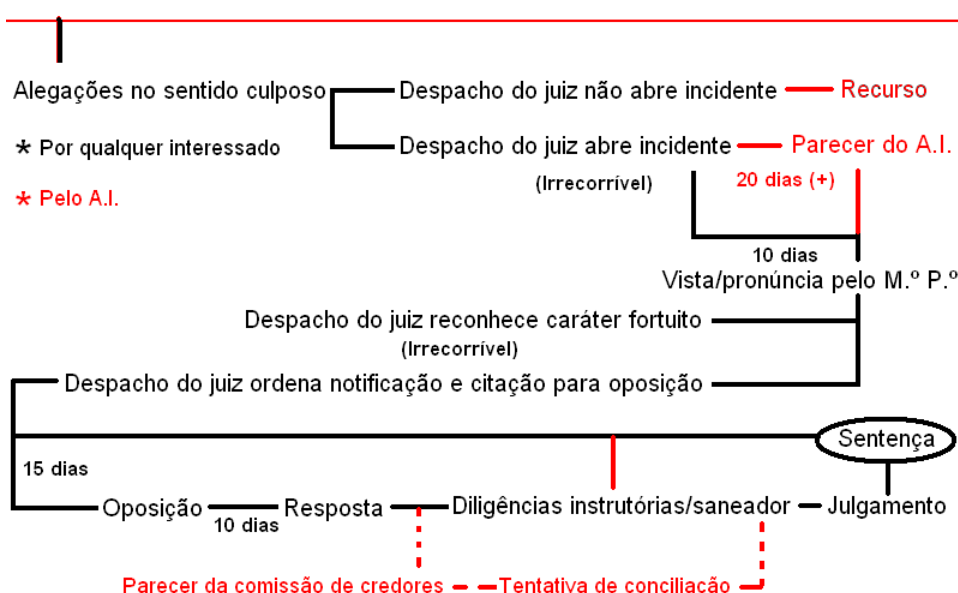
Cumpra também referir que a lei não distingue entre pessoas coletivas e singulares, no sentido de que a insolvência de uma pessoa singular poderá ser também ela objeto de decisão que a qualifique de culposa, nada mais natural quando exerça atividade empresarial em nome próprio, por identidade de razões.

O âmbito subjetivo dos destinatários da afetação inclui administradores de direito (relevando para o efeito os estatutos da sociedade) e os que o são apenas de facto. Falaremos adiante da coordenação com a responsabilidade dos TOC e ROC.

É timbre da ação de insolvência nos moldes presentemente regulados o encadeamento sequencial dos atos processuais, servindo uns para a contagem dos prazos para a prática dos subsequentes, com o que se potencia a previsibilidade e a celeridade de todo o processo, para não falar do alívio das secretarias judiciais, isentadas da prática de sucessivas notificações.

Conhecida a data designada para a realização da assembleia de apreciação do relatório resulta delimitada até aos quinze dias subsequentes a data limite para que qualquer interessado se pronuncie no sentido de dever ser declarada culposa a insolvência declarada, como resulta do esquema anexo, do qual consta, a tracejado, o *iter* processual polémico, pelos motivos que se explicitarão.

Início: Até 15 dias após: assembleia / decurso de 45 dias sobre declaração de insolvência



Concretizado o formalismo específico do incidente – com a apresentação das alegações no sentido culposo e a abertura do incidente, seguida dos pareceres dos intervenientes forçosos – os demais passos do processo são reenviados pelo n.º 7 do artigo 188.º para os artigos 132.º a 139.º do CIRE, alguns dos que regulam a tramitação da reclamação de créditos, deixando-se naquela norma a advertência quanto à necessidade de proceder às “*devidas adaptações*”.

Mas as previsões dos artigos 132.º a 135.º não parecem de todo aplicáveis ao incidente de qualificação, salvo quanto à pertença no mesmo e único apenso (132.º) de todas as alegações e pareceres relativos à qualificação, algo cuja evidência o senso comum e a praxis processual se encarregariam de impor.

Ou terá sido pretendida a inserção de um parecer da comissão de credores (135.º) sobre o teor da oposição pelos afetados? Não parece esta a solução pensada para o incidente.

E que dizer da tentativa de conciliação (136.º, n.º 1 e n.º 2)? Dirão alguns que a tentativa de conciliação não poderá realizar-se nos incidentes de qualificação de insolvência, pois, constituindo a transação, a celebrar entre as partes, o objetivo último da tentativa de conciliação a realizar no âmbito da reclamação de créditos, incidente para o qual a dita foi primeiramente pensada, já no incidente de qualificação faltam partes que possam conciliar-se (A.I. e M.P. são intervenientes forçosos e vinculados objetivamente, nos termos estatutários, à prossecução de interesses gerais e públicos) e nada haveria para transigir.

No incidente estão em causa interesses que se relacionam com o comportamento do devedor que são tutelados por normas de caráter imperativo. Tais interesses, se comprovadamente violados, fundamentarão a aplicação aos responsáveis de uma sanção civil específica, estando arredada do âmbito de disponibilidade das partes, cuja vontade é ineficaz.

Por outro lado, sempre se poderá aduzir que a tentativa de conciliação poderia servir ao afastamento do incidente de alguns factos acessórios em litígio, por exemplo, pela exclusão de algum interveniente acidentalmente trazido aos autos, quando se gerasse o consenso entre todos os

intervenientes, no sentido dessa exclusão. Tal ato permitiria a redução do esforço probatório nos demais trâmites do processo. Outra situação que tipicamente beneficiaria do momento prévio da conciliação reporta-se aqueles casos nos quais seja reportada a omissão de registos contabilísticos e de falta de colaboração com o A.I., na hipótese de na conciliação a devedora fazer presente toda a documentação em falta.

Independentemente da visão que se tenha sobre a pertinência ou alheamento da conciliação em relação ao incidente, será pacífico o entendimento de que se seguirá à mesma (ou, na sua falta, às respostas à oposição) a apresentação do processo ao juiz nos termos do artigo 136.º, n.º 3, para o despacho de saneamento do processo a proferir em moldes similares ao da ação cível declarativa comum, através da expressa remissão para os artigos 510.º e 511.º do Código de Processo Civil.

Poderá ser determinada, consoante a complexidade e o grau de oposição dos factos em apreço, a realização de diligências instrutórias prévias à audiência de julgamento (137.º), a título de exemplo, uma perícia contabilística ou financeira, tal como poderá ser organizada especificação e questionário, ou dispensada tal peça pela consideração da simplicidade dos factos controvertidos (vide 787.º, n.º 1 do CPC).

Haverá, porventura, lugar à indicação de meios de prova a produzir em audiência e deveria a mesma ser designada para os dez dias posteriores (138.º), o que a prática não tem seguido.

A audiência de julgamento seguirá os formalismos do processo declaratório sumário (139.º) e, apesar de a remissão das normas do incidente já não contemplar a referência ao artigo 140.º, seguir-se-á a prolação de sentença, dir-se-ia que também nos mesmos dez dias.

Nada obstará à separação do momento da leitura das respostas à matéria de facto e da sentença, nos moldes gerais.

Da decisão proferida cabe recurso para os tribunais superiores, também nos termos gerais.

Da sentença que qualifique a insolvência como culposa constará um âmbito objetivo – o enunciado dos concretos factos que traduzem um comportamento doloso ou animado de culpa grave, porventura constitutivo de alguma das presunções de culpa do número 2 ou de que a mesma culpa foi grave (n.º 3), tendo esses factos criado ou agravado a insolvência (186.º, n.º 1) – e um âmbito subjetivo: a menção das pessoas concretamente afetadas (189.º, n.º 2, alínea a).

Seguir-se-á o enunciado “punitivo”, tarefa facilitada para o julgador pela prévia tipificação das “sanções” aplicáveis, restando margem apenas para a fixação dos respetivos quantitativos. Como resulta do quadro infra alargou-se pela Lei 16/2012 o conjunto das consequências da declaração de uma insolvência como culposa.

As novas consequências sancionatórias da qualificação da insolvência como culposa

- Artigo 189.º
- 2 - Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve:
- a) Identificar as pessoas, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, afetadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa;
- b) Decretar a **inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros**, por um período de 2 a 10 anos;
- c) Declarar essas pessoas **inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa**;
- d) Determinar a **perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente** detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos;
- e) Condenar as pessoas afetadas a **indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos**, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.

19

As novas consequências sancionatórias da qualificação da insolvência como culposa

- e) Condenar as pessoas afetadas a **indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos**, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.
- Prevê forma de responsabilidade civil extracontratual, subjetiva, subsidiária, solidária, insolvencial, em moldes similares à previsão do artigo 483.º CC (facto voluntário, culposo, ilícito, causal, sendo o dano restrito ao “passivo a descoberto”)

20

Logo aqui se evidenciam as novas dificuldades em compaginar este regime com os cânones tradicionais: a pouco rigorosa expressão “até à força dos respetivos patrimónios” não está determinada, mas deverá coincidir com o teor do artigo 601.º do Código Civil (“*todos os bens do devedor suscetíveis de penhora*”).

Esta novel forma de responsabilização tem alguma adesão ao esquema clássico da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (do artigo 483.º do Código Civil) já que espelha os pressupostos desta: a existência de um facto, voluntário, culposo (qualificado por via de dolo ou de culpa grave, por vezes presumida, vide 186.º, n.º 3), dano, ilicitude (desrespeito de imposições legais dos

números 2 e 3 do artigo 186.º, traduzindo a génese do próprio resultado insolvência, comportamentos reprováveis e autênticos delitos de perigo abstrato) e nexos causal (a fixar – n.º 1 – ou presumido, nos casos do n.º 2 e eventualmente n.º 3).

O conteúdo da condenação, a indemnizar os credores pelos créditos não satisfeitos, pressupõe que não são reparados todos os danos que a insolvência possa ter provocado, mas apenas haverá lugar ao ressarcimento dos créditos reclamados e reconhecidos, aproveitando-se a graduação da ação e compreendendo-se a satisfação dos próprios créditos subordinados.

Todavia, esta responsabilização é subsidiária, mas apenas concretizável quando esgotada a massa no termo da liquidação.

Como última novidade de realce é prevista a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros durante período temporal a fixar na sentença.

O alcance desta inibição é particularmente vasto, abrangerá o mandato civil e o comercial com ou sem poderes de representação e não será passível de suprimento. Esta proibição não é extensível à administração de bens próprios, apenas de terceiros e promete situações limite que poderão determinar novas intervenções judiciais: tenha-se em vista o âmbito das responsabilidades parentais, para cujos efeitos poderá ser necessária a comunicação ao Tribunal de Família e Menores da afetação do progenitor, impedindo-o de gerir os bens dos seus filhos menores (vide 1913.º Código Civil).

Para lá do figurino genérico da tramitação do incidente, que aqui se deixou, questões concretas muito diversas e avulsas colocam-se na qualificação da insolvência, em particular nestes primeiros momentos subsequentes à entrada em vigor da Lei 16/2012. Deixaremos nota de algumas delas, com um primeiro esforço prospetivo de solução (que a jurisprudência a publicar, validará ou não).

Questões – como exercer esta nova forma de responsabilidade?

- A quem incumbe acionar os afetados pela qualificação – ao A.I. ou a qualquer credor com crédito não satisfeito?
- Qual o meio processual a empregar – ação declarativa autónoma, ou apensa, ou ação executiva?
- Sendo solidária a responsabilidade e não se fixando o respetivo grau de culpa, como exercer o direito de regresso?
- Inconstitucionalidade por falta de proporção entre culpa e responsabilidade?

21

Resulta do artigo 82.º, n.º 4 que, na pendência do processo de insolvência, o administrador da

insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir as ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros.

Isto não coincide um pouco com a previsão do artigo 189.º, n.º 2, alínea e)?

Questões – como exercer esta nova forma de responsabilidade?

- Como articular 82.º, n.º 4, alínea a) e 189.º, n.º 2, alínea e)?
- O apuro obtido no acionamento do património dos afetados é válido para a fixação da remuneração variável do A.I.?
- Sendo o incidente aberto na modalidade limitada, sem reclamações de créditos, como efetivar a responsabilidade dos afetados?

22

A consideração da pertença destas novas ações para ressarcimento dos credores no cerne da ação de insolvência pode eternizar o processo. Os novos custos da massa reduzem a satisfação na liquidação e aumentam os créditos a descoberto, para isso é preciso novo acionamento, com novos custos, que voltam a reduzir a massa e assim por diante. Por outro lado a elevação da remuneração do A.I. em função dos objetivos reduz constantemente a massa. E quando estará o processo em condições de avançar para rateio? Por tudo isto afigura-se que a cobrança dos créditos não satisfeitos não deverá incumbir ao A.I., mas sim ao credor interessado em beneficiar do juízo da insolvência como culposa, que lhe atribui um direito subjetivo a ser pago quanto à totalidade do crédito reclamado na insolvência, seja dentro desse processo (pela liquidação e rateio), seja por ação subsequente na qual invoque aquela condenação.

Questões– como articular a pluralidade de requeridos?

- “Não há litisconsórcio necessário entre os administradores, de direito ou de facto, da devedora no âmbito do incidente de qualificação da insolvência. O facto de, na sentença que declarou a insolvência, se ter considerado administrador da devedora uma determinada pessoa, fixando-lhe residência, não obsta a que, no seu parecer, para efeito de qualificação da insolvência, o administrador desta venha a identificar outras pessoas como devendo ser afectadas pela qualificação”.
- Ac. RP de 29-10-2009, divulgado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/cb2d4102ca69360c8025766c004f5730?OpenDocument>
- Mas será possível responsabilizar TOC/ROC com exclusão de algum administrador de facto ou de direito? São aplicáveis as presunções do n.º 2 e 3?

23

Outra descoordenação da lei assenta na diferença entre a abertura “formal” do incidente por despacho judicial e a prática quanto à existência física (ou do registo imaterial) de um novo apenso. Aqui é patente a descoordenação da solução legal com a realidade instituída: as alegações de um credor serão tipicamente apresentadas na plataforma “Citius” como destinando-se a abrir um apenso, o que significará que, pelo menos no plano estatístico, o incidente está aberto ou pendente, à revelia do despacho judicial que, se entender dever seguir termos, então implicará uma declaração de abertura meramente formal, pois que em rigor o incidente já estava formalmente registado como apenso.

Questões – articulação da abertura do incidente e estrutura física/imaterial do processo

- “Caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, **declara aberto o incidente de qualificação**, com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no artigo 187.º;” (artigo 36.º, n.º 1, alínea i).
- “Até 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório, o administrador da insolvência ou qualquer interessado pode alegar, fundamentadamente, por escrito, **em requerimento autuado por apenso**, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devem ser afectadas por tal qualificação, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno, **declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência**, nos 10 dias subsequentes.” (artigo 188.º, n.º 1).
- “Sempre que ocorra o encerramento do processo de insolvência **sem que tenha sido aberto** incidente de qualificação por aplicação do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 36.º, deve o juiz declarar expressamente na decisão prevista no artigo 230.º o carácter fortuito da insolvência” (artigo 233.º, n.º 6).
- Não será de autuar apenso só se o juiz declarar aberto o incidente?

24

A primeira hipótese não levanta dúvidas – o juiz decide a abertura do incidente por altura da declaração de insolvência, logo haverá lugar ao apenso respetivo. O fundamento legal para autonomização do apenso resulta da conjugação dos artigos 132.º e 188.º, n.º 8.

Na segunda hipótese é que das duas uma ou o apenso está mal iniciado se o juiz até entende não haver lugar ao incidente. Então, o que declara – encerrado o incidente ou apenso? E como vai qualificar a insolvência como fortuita?

Note-se, além do mais, a incoerência na terceira hipótese quanto ao encerramento sem abertura do incidente na sentença, caso no qual o juiz deverá proferir despacho de uma providência que não se formalizou nem foi peticionada, com o que haverá que conceder razão às conclusões aventadas pela ASJP (no texto referenciado na bibliografia) relativas à efetiva obrigatoriedade do incidente, que de facultativo apenas possui a autonomização – em apenso – dessa questão jurídica. As questões atinentes ao registo de processos e estatística imporiam que a lei tivesse sido mais precisa, o que falhou. Daí a proposta que se deixou na última linha do anterior slide.

Questões – como articular o encerramento da ação por insuficiência, na assembleia, e a continuidade do incidente?

- “Sempre que ocorra o encerramento do processo de insolvência sem que tenha sido aberto incidente de qualificação por aplicação do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 36.º, deve o juiz declarar expressamente na decisão prevista no artigo 230.º o carácter fortuito da insolvência” (233.º, n.º 6)
- “Até 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório, o administrador da insolvência ou qualquer interessado pode alegar, fundamentadamente, por escrito, em requerimento autuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa” (artigo 188.º, n.º 1)
- **Encerrar a ação logo ou aguardar por quinze dias?**

25

Tenho visto aguardar por 15 dias e, depois, surgir despacho judicial avulso declarando o carácter fortuito, mas este despacho, atípico é mais uma entorse que a lei poderia ter evitado.

Ainda quanto ao papel do juiz na abertura e decisão final do incidente pelo menos outras três questões se colocam.

Questões – papel do juiz na abertura do incidente

- Que sentido útil extrair da declaração formal do caráter fortuito da insolvência?
- O juiz implicado na abertura do incidente será um juiz “suspeito”?
- Impossibilidade de o juiz desencadear “oficiosamente” o incidente se não o fez por altura da sentença que decretou a insolvência, mesmo se aduzidos novos factos no relatório do A.I. ou na assembleia ²⁶

Uma crítica que tem sido dirigida à solução legal vigente reside na aparente impossibilidade de o juiz desencadear “oficiosamente” o incidente se não o tiver feito por altura da sentença que decretou a insolvência, mesmo que, por hipótese, sejam aduzidos novos factos em sede de relatório do A.I. ou na assembleia de credores. Não se vê por que motivo não possa ser assim. Na verdade, passa-se de um regime legal de pura oficiosidade em que, queiram ou não os intervenientes e julgador, cada insolvência é obrigatoriamente escrutinada no processo, para um modelo no qual apenas os indícios da ocorrência de factos culposos e determinantes desencadearão a atividade processual. Esta inflexão no paradigma tenderia a recentrar o juiz no seu papel de terceiro imparcial ao qual “as partes” levam as suas pretensões conflituantes. Como árbitro que se assumia pode, num primeiro momento, o da sentença que declara a insolvência, optar por introduzir a questão (36.º, n.º 1, alínea i), se dispuser de elementos para o efeito (sem dúvida os da petição inicial, da oposição ou testemunhos do julgamento). Caso abdique de o fazer, deixará na disponibilidade do A.I. ou de qualquer interessado o exercício do direito a que seja judicialmente apreciada a culpabilidade da insolvência.

Haverá possibilidade de o juiz empregar o conceito de oportunidade para abrir o incidente fora dos dois momentos previstos? Literalmente diria que não. Fica a dúvida, para a qual também o artigo 11.º poderá conceder algum apoio se for pretendida solução inversa.

Previsivelmente também poderá voltar a colocar-se a questão de não ser possível apreciar a qualificação se ultrapassados os prazos legais, ou seja, se funciona ou não a preclusão, agora que não é absolutamente obrigatória a instauração e tramitação do incidente.

Questões – haverá agora **caducidade do direito de alegar** quanto ao caráter culposo?

- “No incidente de qualificação da insolvência, atentos o seu carácter obrigatório e a sua finalidade de responsabilização, não funciona qualquer preclusão. O decurso do prazo previsto no n.º 2 do art.º 188.º do CIRE não preclui a possibilidade de o Administrador da Insolvência apresentar posteriormente o seu parecer, por se tratar de um prazo meramente ordenador” (versão inicial do CIRE).
- Ac. RP de 23-02-2012, divulgado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3854348ec4d7e050802579bb0040d44e?OpenDocument>
- **Será de manter esta posição?**

27

Na verdade o anterior argumento da obrigatoriedade do incidente arrasava qualquer ideia de invocar o mero atraso processual para se livrar do incidente. Será a mera virtualidade da responsabilização e inerente direito de ação um argumento suficiente para permitir a abertura do incidente fora do prazo? Repare-se que se acentuaram os interesses individuais até pelo relevar da satisfação dos credores à custa do património dos afetados. Sendo a alegação culposa agora uma faculdade e não um ónus (pelo menos quanto ao A.I.) não entrarão aqui as considerações relativas ao binómio liberdade/responsabilidade? Assim o interessado que seja credor se quiser alargar a sua garantia tem de alegar a tempo e horas e repare-se que mesmo assim não tem um direito potestativo a que venha a ser aberto o incidente pois que o juiz pode não o considerar oportuno.

Uma questão concreta colocada por email reporta-se à aplicação da lei no tempo.

Questões – são aplicáveis a processos instaurados anteriormente à vigência da Lei 16/2012 as novas consequências?

- **Artigo 12.º Código Civil**
(Aplicação das leis no tempo. Princípio geral)
- 1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que, lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.
2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

28

Importa considerar o teor da norma indicada com a declaração da tendencial vigência de uma norma apenas para o futuro. A jurisprudência dos tribunais superiores já se preocupou com a questão, anteriormente, com a chegada do CIRE, como exemplificam as decisões que se seguem.

Questões concretas – são aplicáveis a processos instaurados anteriormente à vigência da Lei 16/2012 as novas consequências?

- “Tendo o CIRE entrado em vigor em 15/9/2004, as presunções de culpa estabelecidas no seu art. 186º, devem aplicar-se apenas a factos praticados após a sua entrada em vigor ou a factos que, embora iniciados no regime anterior, se prolonguem para além dessa vigência” (Ac. RP de 25-05-2009, doc. RP200905252419/05.1TJVNFB-P1 in www.dgsi.pt)
- “Para efeitos do incidente de qualificação da insolvência, nomeadamente no âmbito da verificação das presunções previstas nos nºs 2 e 3 do art. 186º do CIRE, relevam os factos continuados e duradouros iniciados ainda no domínio de vigência do CPEREF, por força do nº1 e do nº2, última parte, do art. 12º do CC” (Ac. RP de 26-11-2009, doc. RP20091126138/09.9TBVCD-M.P1 in www.dgsi.pt).

29

Os acórdãos citados foram proferidos na transição do CPEREF para o CIRE. Agora o contexto é algo diverso, já existem há oito anos consequências punitivas da qualificação da insolvência como culposa. Só que a lei tem de ser previsível e cognoscível para os seus destinatários. Quando se altera o âmbito dos afetados de modo a abranger TOC e ROC não se concede a estes novos intervenientes a

possibilidade de se eximirem às novas consequências negativas se considerarmos quanto a eles factos ocorridos antes da entrada em vigor desta alteração ao CIRE. Dir-se-á, então, que na medida em que cria novos responsáveis pelas consequências jurídicas da insolvência culposa, consequências não previsíveis pelos destinatários em momento anterior à sua vigência, apenas será de considerar aplicável aos novos tipos de afetados todos os factos ocorridos após 20-05-2012 ou, mais não seja, continuados após essa data.

Quanto aos administradores de facto e de direito tendo em conta que já estavam sob a alçada da lei idênticas atuações e apenas as consequências divergem, parece-me defensável que lhes pudessem ser aplicadas as novas consequências, principalmente se os factos em apreço se iniciaram anteriormente a maio de 2012 e se prolongarem para lá da entrada em vigor da alteração, naquilo que é o repescar da solução que os acórdãos citados defenderam numa transição ainda mais radical como foi a do CPEREF para o CIRE.

Mais polémica, mas porventura não totalmente destituída de senso, será a hipótese da aplicação das novas consequências a administradores de facto ou de direito que tenham desenvolvido a totalidade da atuação culposa antes de maio de 2012 e que tenham em curso a apreciação judicial do incidente. Na verdade os factos base que fundam as presunções são os mesmos em qualquer dos casos, a conclusão decisória como fortuita ou culposa obedece aos mesmos parâmetros, apenas uma parte do conteúdo decisório se alterou, algumas das consequências são agora mais gravosas, mas como estamos na jurisdição cível não se colocam as mesmas questões do agravamento das penas por uma lei nova. Reconhecendo que esta proposta de solução não será por que não avançar nesse sentido? A título de exemplo, no âmbito do cível é comum existir alteração das consequências de incumprimento em sede de juros de mora civis ou comerciais, que poderão subir ou descer e ninguém tem vindo alegar que no momento em que celebrou o contrato a punição para o incumprimento era mais reduzida, por isso não se lhe aplicam as taxas posteriormente alteradas, por terem subido, ou que a ser assim não teria incumprido por ser muito penalizador o eventual aumento de taxa de juro entretanto ocorrido...

Derradeira questão reporta-se aos efeitos da morte da pessoa singular sobre o incidente.

Questões – a morte da pessoa singular requerida determina o termo do incidente?

- Existe um interesse autónomo, com potencial impacto patrimonial, na declaração de uma insolvência como culposa mesmo à falta de pessoa singular que pudesse ser inibida para o exercício do comércio, por ter falecido. Na falta dessa declaração, os herdeiros do agente causal da insolvência poderiam fazer valer eventuais créditos que o mesmo tivesse reclamado. Na inversa, se o incidente prosseguir termos, será determinada a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou a massa insolvente quanto à pessoa afetada (189.º, n.º 1, alínea d) e a herança poderá ser chamada a satisfazer o “passivo a descoberto”.
- Nesta hipótese deverá ocorrer habilitação dos herdeiros para os termos do incidente.

30

Por último deixo breve apanhado sobre algumas críticas que se tecem ao atual regime legal do incidente.

Críticas ao regime da qualificação da insolvência

- * Impõe ao A.I. e M.P. a prática de atos similares aos da investigação criminal, **sem atribuição de competências legais ou orgânicas específicas** ou de **prazo bastante**;
- * Ao contrário do que sucede no próprio requerimento da insolvência, do qual resulta um privilégio creditório a favor do credor que se adiante aos demais, **não há incentivo bastante à participação dos credores** no incidente;
- * **Estruturação do incidente em torno das presunções**, algo vagas e desconexas, misturando factos anteriores e posteriores à insolvência, em detrimento de um regime legal de responsabilidade objetiva ou com mais radical inversão do ónus da prova;
- * O **caráter facultativo** poderá subtrair ao escrutínio judicial o apuramento das causas de muitas insolvências;

31

Críticas ao regime da qualificação da insolvência

- * Poderá fomentar a **litigiosidade** por via das novas e gravosas consequências patrimoniais para os afetados;
- * Previsíveis dificuldades na **articulação da responsabilidade das novas categorias profissionais** passíveis de afetação (TOC, ROC), com a dos administradores;
- * Previsíveis dificuldades na articulação das formas processuais e no encadeamento temporal em ordem a exercer uma autêntica “**reversão**” sobre os afetados;
- * Consoante se considere a remuneração dos A.I. função da estrita liquidação ou do ressarcimento dos credores à custa dos afetados poderá vir a ser pior ou melhor o retorno da ação de insolvência.

32

Aqui chegados, não vos maço mais e passo a palavra ao ilustre moderador.

* Referências bibliográficas

I. Atualizada após a Lei 16/2012, de 20-04

Epifânio, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
Leitão, Luís M. T. de Menezes, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
Leitão, Luís M. T. de Menezes, Direito da Insolvência, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
Serra, Catarina, O Regime Português da Insolvência, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

II. Outras referências bibliográficas

Abreu, J. M. Coutinho, Curso de Direito Comercial, vol. I, 4ª edição (2003) e 7ª edição (2009), Almedina, Coimbra.
Duarte, Rui Pinto, Efeitos da Declaração de Insolvência quanto à Pessoa do Devedor, in: “Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, pp. 131-150.
Epifânio, Maria do Rosário, Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente e Outras Pessoas, in: “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 797-826.
Epifânio, Maria do Rosário, Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da

Insolvência e da Recuperação de Empresas, in: "Direito e Justiça", vol. XIX, tomo II, 2005, pp. 191-203.

Epifânio, Maria do Rosário, El Nuevo Derecho Concursal Portugués, in: "Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal", nº 2, 2005, La Ley, Madrid, pp. 385-393.

Epifânio, Maria do Rosário, O Incidente de Qualificação da Insolvência, in "Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches", vol. II, pp. 579- 603.

Epifânio, Maria do Rosário, Os Efeitos Substantivos da Falência, PUC, Porto, 2000.

Fernandes, Luís A. Carvalho, A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor, in: "Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência", 2005, pp. 81-104.

Fernandes, Luís A. Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008.

Frada, Manuel A. Carneiro, A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência, in: "Revista da Ordem dos Advogados", Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702.

Garau, Guillermo Alcover, Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal, in: "Derecho Concursal", dir. R. Garcia Villaverde/A. Alonso Ureba/J. Pulgar Ezquerra, Dilex, Madrid, 2003, pp. 487-503.

Garcia-Cruces, José António, La Calificación del Concurso, Editorial Aranzadi (Thomson Aranzadi), Navarra, 2004, pp. 35-63.

Leitão, Luís M. T. de Menezes, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

Leitão, Luís M. T. de Menezes, Direito da Insolvência, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

Oliveira, Rui Estrela, Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência, in: "O Direito", Ano 142º, 2010, V, pp. 931-987.

Madrid, Carlos Romero Sanz de, Derecho Concursal, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, 2005, pp. 267-278.

Martins, Luís M., Processo de Insolvência, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 345-364.

Parecer sobre o Anteprojeto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa – Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais da ASJP (GEOT/ASJP)

Parecer sobre o Anteprojeto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa – Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, consultável em http://www.smmp.pt/wp-content/parecer_sobre_cire.pdf;

Plazas, José Machado, El Concurso de Acreedores Culpable – Calificación y Responsabilidad Concursal, Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, 2006, pp. 85-174.

Serra, Catarina, O Novo Regime Português da Insolvência, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.