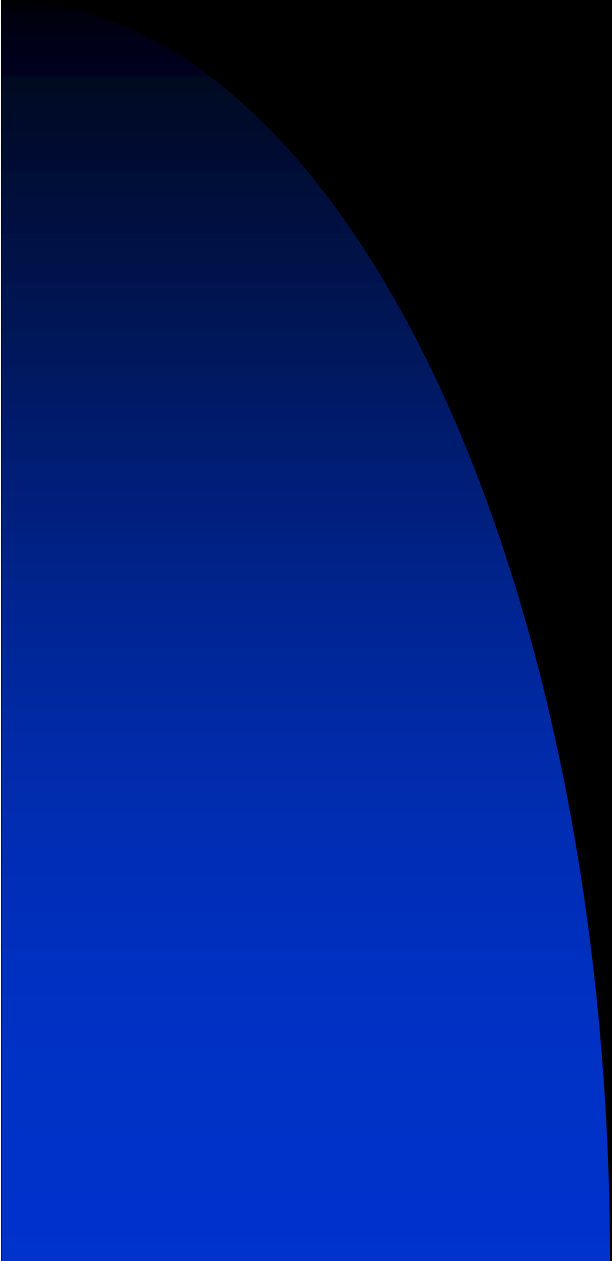




Qualificação da insolvência - novas questões

José Manuel Branco (P.R. no T. Comércio Vila Nova de Gaia)
Apresentação no Centro de Estudos Judiciários 2012-11-30



- 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/l10133_pt.htm#)

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%

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.

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)

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)

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 culposo);
- Tem natureza urgente (9.º, n.º 1).

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.

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.

Pressupostos do incidente (âmbito objetivo)

- Uma situação de **insolvência judicialmente declarada por sentença transitada em julgado**.
- A inserção do facto culposos 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?

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).

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) Destruído, 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”

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.

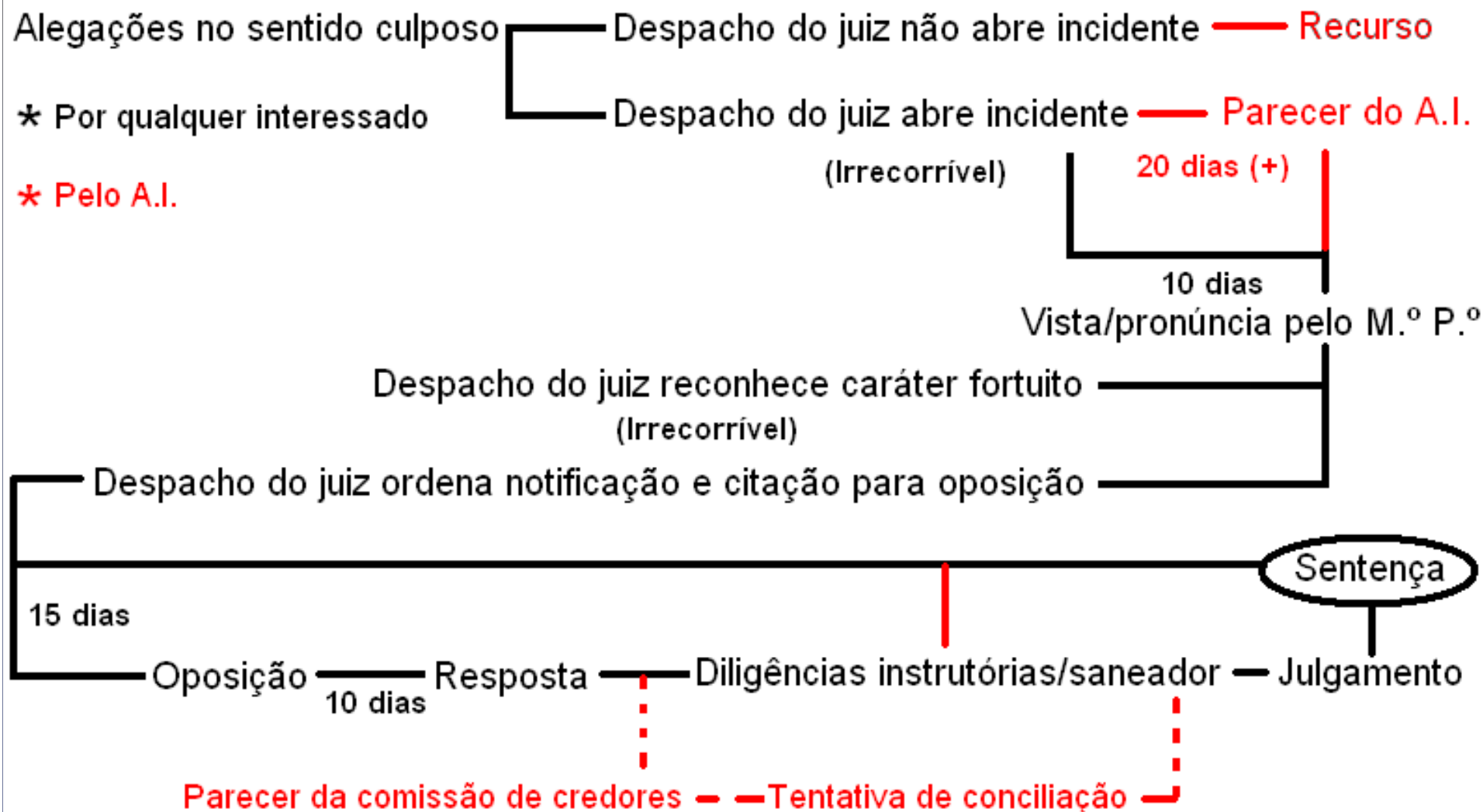
Tramitação do incidente (legitimidade ativa)

- 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?

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).

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



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.

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, culposos, ilícito, causal, sendo o dano restrito ao “passivo a descoberto”)

Questões – como exercitar 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 apenas, 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?

Questões – como exercitar 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?

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?

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 caráter 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 afetadas 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 caráter fortuito da insolvência” (artigo 233.º, n.º 6).
- **Não será de autuar apenso só se o juiz declarar aberto o incidente?**

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?

Questões – papel do juiz na abertura do incidente

- Que sentido útil extrair da declaração formal do carácter 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 de credores?

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 preclude 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?**

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.

Questões – 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-B.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).

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.

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;

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.

Qualificação da insolvência - novas questões

José Manuel Branco (P.R. no T. Comércio Vila Nova de Gaia)
Apresentação no Centro de Estudos Judiciários 2012-11-30
jose.m.branco@mpublico.org.pt