

Qualificação da insolvência

(Análise do instituto em paralelo com outros de tutela de credores e enquadramento no regime dos deveres dos administradores)

Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2014-01-17

José Manuel Branco (Procurador da República no T. Comércio de Vila Nova de Gaia)

Índice geral

I. Ressarcimento dos credores ao abrigo das normas gerais do Código Civil e do Código das Sociedades Comerciais (generalidades)

II. Ressarcimento dos credores ao abrigo das ações de responsabilidade do artigo 82.º, n.º 3, do CIRE (generalidades)

III. Instituição de consequências patrimoniais no incidente de qualificação da insolvência na versão da Lei 16/2012, de 20 de abril.

IV. O alargamento do círculo de afetados e a sobreposição de mecanismos em relação às ações do CSC e a outras formas de tutela

V. Apreciação crítica final

Bibliografia

Para lá das expressamente referenciadas no texto e notas, foram consultadas e serviram de referência geral, para o presente trabalho, as seguintes obras:

- Bruno Ferreira, “A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de corporate governance”, disponível online em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/C30Artigo1.pdf>, consultado em 2013-05-23
- Catarina Serra, “O Regime Português da Insolvência”, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012
- Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Curso de Direito Comercial”, Vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013
- Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), “Código das Sociedades Comerciais em comentário”, Vol. I, Almedina, 2010
- Luís A. Carvalho Fernandes, João Labareda, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008
- Luís M. T. de Menezes Leitão, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2012
- Luís M. T. de Menezes Leitão, “Direito da Insolvência”, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2012
- Manuel A. Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in ROA, Ano 66, Vol. II, 2006
- Maria Elisabete Gomes Ramos, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, 2005, disponível online em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/insolvencia.pdf, consultado em 2013-05-23
- Maria de Fátima Ribeiro, “A tutela dos credores da sociedade por quotas e a ‘desconsideração da personalidade jurídica’”, Almedina, Coimbra, 2012
- Maria de Fátima Ribeiro (coord.), outros, “Questões de tutela de credores e de sócios das sociedades comerciais”, Almedina, Coimbra, 2013
- Maria do Rosário Epifânio, “Manual de Direito da Insolvência”, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013
- Maria do Rosário Epifânio, “Os efeitos substantivos da falência”, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000

Qualificação da insolvência

(Análise do instituto em paralelo com outros de tutela de credores e enquadramento no regime dos deveres dos administradores) ⁽¹⁾

Uma primeira e mais ligeira abordagem à problemática da tutela dos credores em relação a sociedades comerciais apresenta como incontornáveis pontos de partida as tradicionais noções do **património do devedor como garantia geral das obrigações** ⁽²⁾ e do **capital social como salvaguarda** ⁽³⁾ dos credores de uma sociedade.

¹ Texto de apoio à alocução proferida em 17-01-2014 no Centro de Estudos Judiciários (Lisboa) no âmbito da ação de formação “Processo de Insolvência e Ações Conexas Vertentes Cível, Penal, Trabalho e Empresa”. Parte do presente texto baseia-se no relatório de aulas teóricas de mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios – módulo sociedades comerciais e responsabilidade dos sócios, apresentado na Universidade Católica do Porto sob o título “*Novo regime da insolvência culposa e ressarcimento dos credores: redundância ou inutilidade?*” (José Manuel Santos Branco © 2013). A opção por uma exposição abrangente quanto às formas de responsabilização (dentro e fora do processo de insolvência) e aos diversos sujeitos visados (para lá dos tradicionais administradores de facto ou de direito) resulta da inserção da presente conferência no âmbito das ações conexas à insolvência, daí a secundarização da abordagem aos mecanismos estritamente processuais do incidente, que têm vindo a ser abordados em anteriores ações de formação promovidas pelo CEJ.

² Estatui o artigo 601.º do Código Civil que “*pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios*”. De uma norma tão genérica extrai-se, em primeira linha, que o património do devedor (seja ele pessoa singular ou coletiva, com ou sem escopo lucrativo) constitui a garantia geral das obrigações e, em segunda linha, que questões atinentes à autonomia patrimonial podem restringir a efetiva tutela da obrigação, do que resultará a noção preliminar (que mais tarde se revelará ultrapassável em certos condicionalismos específicos do devedor que seja sociedade comercial), de que, salvo existência de garantias particulares, específicas ou pessoais, apenas o património do devedor responderá pelas suas obrigações e esse património - garantia geral porque a cobertura tutelar dos bens penhoráveis do devedor abrange a generalidade das obrigações do respetivo titular - pode ver-se solicitado de forma concursal (ou seja, concorrente) por diversos credores em identidade de posição, com o inerente acréscimo da possibilidade de não ressarcimento dos créditos de cada um, como resulta do disposto no artigo 604.º do CC.

³ Mais acertadamente seria primeira (ou primária), na medida em que o cumprimento do requisito do capital social mínimo é condição para a válida constituição da sociedade (vide artigos 9º, n.º 1, alínea j; 42.º, n.º 1, alínea b; 276.º, n.º 5 e 279.º, n.º 2, todos do CSC). Convenhamos que apontar o capital social como defesa última para os credores é uma afirmação propositadamente exagerada, como resultará da continuidade do texto. A breve trecho se concluirá que a sua relevância está próxima da que corresponde ao saldo do “caixa” na contabilidade: é quase sempre positivo, mas quase nunca está lá o dinheiro...

Tais garantias são genericamente escassas por motivos de ordem naturalística, sejam associados às regras da física (perecimento, desgaste ou deterioração) ou da economia (amortização, depreciação, desvalorização) ou jurídica (tipicamente a insuficiência de património perante o concurso de diversos credores).

Ainda com previsão no Código Civil surgem outros mecanismos genéricos que concedem algum apoio ao credor, podendo ele requerer a declaração de nulidade dos atos praticados pelo devedor (605.º), sub-rogar-se quanto aos direitos patrimoniais deste contra terceiros (606.º), impugnar atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito (610.º) e, na hipótese de se configurar justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito, pode requerer o arresto de bens do devedor (619.º). Se for particularmente providente, em ordem a alavancar a garantia do seu crédito, exigirá a prévia constituição em seu benefício de **garantias especiais** (623.º e ss.).

Uma outra forma lateral de ressarcimento de credores é tão contingente e rara na sua aplicação que apenas merece aqui breve referência: tem-se em vista a possibilidade de deduzir **pedido de indemnização civil enxertado na ação penal** (artigo 75.º do Código de Processo Penal) que aprecie algum dos “crimes contra direitos patrimoniais” constantes da previsão do Capítulo IV da parte especial do Código Penal, tipicamente entre os crimes de favorecimento de credores (229.º), de frustração de créditos (227.º-A) ou de insolvência dolosa (227.º). No limite também por esta via poderia materializar-se o ressarcimento do credor afetado pela insuficiência do património do devedor resultante de ato ilícito e culposo.

Quanto à idoneidade do capital social como garantia adequada à tutela dos credores, sérias reservas se suscitam na medida em que a atividade empresarial é genericamente regida pelo crédito, sendo excecional o emprego de capitais próprios para financiar a atividade comercial até ao momento em que a novel sociedade comercial alcance o “*break-even point*”⁽⁴⁾, pelo que o capital social é sistematicamente

Dando nota da irrelevância do capital social em ordem ao objetivo último da viabilidade económica de uma sociedade comercial, veja-se Maria de Fátima Ribeiro, “*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a ‘desconsideração da personalidade jurídica’*”, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 35 e seguintes.

⁴ Conceito económico e financeiro que designa o momento em que um agente económico alcança o ponto de equilíbrio entre receitas e despesas. A despeito de ter alcançado uma situação de “lucro zero”, por essa altura terão sido pagos os custos de oportunidade e concedido o retorno esperado ao capital

insuficiente para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos perante os credores e costuma esgotar-se com as despesas relativas à constituição e início do funcionamento da sociedade. Todavia, subsistem alguns resquícios legais que podem fundamentar a correlação da tutela de credores com a manutenção do capital social, de que são exemplos o artigo 96.º do CSC para a hipótese da **redução do capital social** quando existam situações de incumprimento para com credores; algumas restrições a operações de **cisão ou transformação** (123.º, n.º 1, alíneas a, b; 125.º; 131.º, n.º 1, alíneas a, b, do CSC); a eventual responsabilidade solidária dos sócios na sociedade por quotas por todas as entradas convencionadas ou aumento de capital, quando tenha sido excluído um sócio (197.º e 207.º) ou os limites à restituição das prestações suplementares ou à amortização de quotas (213.º e 236.º).

Da mera existência de inúmeras soluções pontuais que parecem dirigidas à salvaguarda do capital social ou à sua realização, ou da própria exigência de um capital mínimo “razoável” para uma sociedade anónima (276.º, n.º 5, do CSC) não pode extrair-se que a tutela legal conferida ao capital social esteja essencialmente pensada para a proteção dos credores, até porque o capital social não é uma caução ou depósito obrigatório que fique em reserva à espera das solicitações de credores (⁵).

São muitas mais as soluções legais que olham para o capital social como um mecanismo para regular as relações entre sócios (direitos de preferência, proporção de capital necessário para conceder legitimidade para certos atos, maiorias deliberativas, etc.) e será essa a principal razão de ser da necessidade de consignar um capital e fracioná-lo em quotas ou ações.

Quanto aos demais meios de proteção dos credores no âmbito da legislação societária centram-se nos mecanismos disponíveis para efetivar a responsabilidade civil dos fundadores, órgãos de administração e fiscalização da sociedade, constantes do capítulo VII do CSC (artigos 71.º e seguintes), *consoante o seu beneficiário*:

investido. Para uma introdução ao conceito veja-se R. Brealey, S. Myers, A. Marcus, E. Maynes, D. Mitra, “Fundamentals of Corporate Finance” Ed. McGraw-Hill, 2009, pp. 284).

⁵ Pelo contrário, quando realizado, uma vez entrado na caixa social, o capital começará logo a ser empregue em benefício ou ao serviço da sociedade, que não dos credores. A sociedade comercial, como o respetivo capital, não estão ao serviço dos credores, como resultará linearmente da norma contida no artigo 6.º do CSC.

responsabilidade perante a sociedade (71.º e 72.º), responsabilidade para com os credores sociais (78.º), responsabilidade para com os sócios e terceiros (79.º).

A distinção das diversas formas de responsabilização também poderá operar *consoante a pessoa do responsável*: o artigo 72.º, n.º 1, responsabiliza os administradores pela **atuação ilícita** consubstanciada na preterição dos deveres legais (específicos ou gerais ⁽⁶⁾) ou contratuais (“*estatutários*” será expressão mais adequada, por na sua abrangência permitir acrescer ao pacto social a demais regulamentação produzida no âmbito da vida societária). Para que seja **culposa** a atuação dos administradores deverá extravasar do critério da “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*” constante do artigo 64.º, n.º 1, alínea a), sendo certo que milita em desfavor dos mesmos a presunção de culpa da parte final do artigo 72.º, n.º 1. Os demais pressupostos que fundam a responsabilidade civil não contemplam especificidades, estando referenciados no mesmo artigo 72.º, n.º 1 (“*danos a esta causados por actos e omissões*”). Existe previsão de solidariedade dos fundadores, gerentes ou administradores, sem prejuízo do regresso, presumindo-se igualdade de culpas de cada um dos agentes (73.º).

Perante previsão aparentemente tão generosa pensar-se-ia que ser gerente ou administrador de sociedade comercial traduziria ocupação de alto risco, pois que seriam frequentes vezes chamados a desembolsar indemnizações. No entanto resulta de diversas normas e da prática quotidiana todo um contexto que converge para a efectiva desoneração, em termos já referenciados por alguma doutrina como “*baixa incidência da responsabilidade civil dos administradores*” ⁽⁷⁾.

⁶ A contenção dentro do objeto social (6.º, n.º 4); não distribuir aos sócios bens que não devam ser-lhes distribuídos (31.º a 33.º); convocar assembleia-geral para comunicar aos sócios a perda de metade do capital social (35.º); obrigação de não concorrer com a sociedade (254.º, 398.º, 428.º); promover realização das entradas diferidas (203.º, 285.º, 286.º); não aquisição pela sociedade de ações ou quotas próprias (316.º, 319.º, 323.º, 325.º, 220.º) e não executar deliberações nulas (412.º, 433.º) são alguns desses deveres específicos, que se situam a par do dever geral de cuidado e do dever geral de lealdade, ambos da previsão do artigo 64.º. Outro dever relevante será o de apresentação à insolvência, da previsão do artigo 18.º do CIRE, que melhor se referirá infra.

⁷ “Apesar do número elevado de *lawsuits* (em que se incluem as chamadas *class actions*) contra os *outside directors* nos Estados Unidos, os referidos administradores acabam por raramente ter de desembolsar dinheiro, situação para que contribuem diversos factores de que se destaca a aplicação da *business judgement rule* e a proliferação de cláusulas estatutárias que isentam os administradores de responsabilidade em determinadas situações; a existência de cláusulas de *indemnification* nos estatutos

Mas para lá dos administradores ou gerentes, o CSC dispõe uma panóplia de soluções em ordem a responsabilizar outros sujeitos que tenham atuado no âmbito ou em relação a uma sociedade comercial. Tem-se em vista as soluções constantes dos artigos 80.º a 84.º, para efectivar a responsabilidade de outras pessoas com funções de administração, dos membros de órgãos de fiscalização, dos revisores oficiais de contas, do sócio ou do sócio único.

II. Ressarcimento dos credores ao abrigo das ações de responsabilidade do artigo 82.º, n.º 3, do CIRE (generalidades)

Cumprido o dever de apresentação à insolvência pela sociedade comercial, quando verificados os respetivos pressupostos ⁽⁸⁾ ou requerida e consumada a declaração desse estado, o administrador da insolvência nomeado tem prerrogativas destinadas à recuperação de ativos para a massa insolvente, entre elas a faculdade de proceder à **resolução de negócios em benefício da massa** ⁽⁹⁾ ou, com maior relevância, pode instaurar **ações de responsabilidade** com fundamento no artigo 82.º, n.º 3, do CIRE. Também aqui os critérios e os princípios que se aplicam são os das ações do CSC. Estamos no domínio da “*responsabilidade societária*” e não da “*responsabilidade*

das sociedades, de acordo com as quais a sociedade se obriga a compensar os administradores pelas despesas, custos e outros montantes que tenham desembolsado em resultado da sua responsabilização no exercício das respectivas funções; a contratação de seguros de responsabilidade civil (*D&O insurance*); e outros factores que pressionam as partes a transigir (sem que os *outside directors* desembolsam qualquer montante) antes de realizado qualquer julgamento. Isto para além do facto de, em regra, as violações negligentes dos deveres de cuidado apenas gerarem responsabilidade perante situações de *gross negligence*” (Bruno Ferreira, “*A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de corporate governance*”, p. 13).

⁸ Artigo 18.º, n.º 1 com remissão para o 3.º, n.º 1, do CIRE. Deixa-se aqui a nota de que a exposição apenas se irá referir à incidência nas sociedades comerciais da ação de insolvência, processo especial de tramitação tendencialmente unitária que sofre poucas variações em função da entidade a declarar “falida”, agora “insolvente”, seja ela pessoa singular ou coletiva e, neste último caso, com ou sem escopo lucrativo. A questão da tutela de credores e da pluralidade de mecanismos de ressarcimento patrimonial apenas faz sentido em relação às pessoas coletivas, pois que apenas nestas se colocam os diversos cenários de chamamento de outros patrimónios que não o do devedor (ressalvados os casos clássicos da prestação de garantias pessoais).

⁹ Artigos 120.º e seguintes do CIRE, vigorando importantes limites temporais quanto a essa intervenção: apenas são elegíveis para efeitos de resolução os atos praticados no lapso temporal dos dois anos anteriores à instauração da ação de insolvência (há prazos ainda mais curtos em função de alguns tipos de atos, vide 121.º CIRE) e o administrador da insolvência após pode proceder à resolução dentro de seis meses sobre o conhecimento do facto e com o limite temporal de dois anos sobre a insolvência, sob pena de caducidade deste direito.

insolvential”⁽¹⁰⁾, configurando-se apenas três adaptações em relação ao que constituiria a típica aplicação dos artigos 71.º e seguintes do CSC: ao nível da **legitimidade ativa** exclusiva do administrador da insolvência, do **foro** (as ações correm por apenso à ação de insolvência) e do **beneficiário** (nem a sociedade devedora, nem os credores).

Tais ações (como as declarações de resolução) visam a reintegração da massa pelo que, apenas subsidiariamente poderão ressarcir os credores, em primeira linha por via dos privilégios creditórios que estes consigam fazer valer no rateio final, uma vez finda a liquidação.

Saliente-se que a circunscrição ao administrador da insolvência do exclusivo na promoção⁽¹¹⁾ das ações de responsabilização poderá ser alvo de crítica pelas dificuldades práticas que acarretará: a massa insolvente poderá ver-se sem disponibilidade para custear as taxas devidas ou os honorários de mandatário, o próprio administrador da insolvência não terá apetência inata para equacionar a possibilidade de desencadear esse tipo de procedimento, poderá não se gerar consenso entre os credores nesse sentido e a opacidade típica das organizações económicas poderá não tornar aparente quem devesse ser demandado para efeitos de responsabilização. Acresce a circunstância, não desprecienda, da álea natural em cada ação judicial.

III. Instituição de consequências patrimoniais no incidente de qualificação da insolvência na versão da Lei 16/2012, de 20 de abril

O incidente de qualificação da insolvência surgiu com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas aprovado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de Março. A sua criação foi animada da intenção declarada – no ponto 40.º do preâmbulo do referido

¹⁰ Ou concursal, ou concursual (Catarina Serra) ou falimentar (Maria do Rosário Epifânio). A terminologia não se tem fixado na doutrina, mercê, também, da ausência de terminologia expressa na lei. Estaremos perante um processo criativo um estrangeirismo (concursal) ou de um neologismo (insolvential) consoante se atenda ou não às influências da legislação estrangeira na criação do figurino legislativo nacional. A realidade, independentemente do nome que se lhe dê, é uma e reporta-se à novel possibilidade de operar a responsabilização patrimonial relativamente às pessoas cuja atuação culposa tenha criado ou agravado a situação de insolvência, possibilidade esta que a Lei 16/2012, de 20 de abril incluiu no clausulado do CIRE, como se referirá infra no capítulo III.

¹¹ Seja na instauração de novas ações, seja habilitando a massa insolvente nas que se encontrem em curso.

diploma – de obter “*uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas*”.

O regime concreto consta do Título VIII do CIRE, dos artigos 185.º a 191.º e, na sua versão inicial, a cada declaração judicial de insolvência correspondia uma pretensão judiciária obrigatória, enxertada e paralela à ação principal, na qual se cuidava de julgar os concretos responsáveis pela ocorrência da insolvência e, eventualmente, sancioná-los no enquadramento definido, uma “*responsabilidade específica*” e autónoma, paralela a duas outras formas de “*responsabilidade genérica*”, uma na ordem judiciária penal ⁽¹²⁾ e outra na dependência de ação cível (a do artigo 82.º, n.º 3, do CIRE, conforme referido no antecedente capítulo).

Admitia-se, mesmo na versão inicial do CIRE “*revestir o art. 186, em geral, relevância delitual ao abrigo da modalidade básica da responsabilidade por violação de normas de protecção*” ⁽¹³⁾, muito embora não houvesse norma específica que permitisse um ressarcimento direcionado aos credores, ao contrário do que vinha sucedendo nos últimos tempos de vigência do diploma que o antecederam, o CPEREF ⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾.

¹² Os crimes como o favorecimento de credores ou a insolvência dolosa estão previstos nos artigos 227.º e seguintes do Código Penal, sendo certo que a decisão do incidente não vincula eventual instância penal, como não produz efeitos para as ações de responsabilidade do artigo 82.º, n.º 3, do CIRE (artigo 185.º do CIRE).

¹³ Manuel A. Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in ROA, Ano 66, Vol. II, 2006.

¹⁴ O “Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência”, introduzido em 1993, sofreu importantes alterações pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro, entre elas a introdução de normas que visavam instituir a “*responsabilização solidária dos dirigentes*”. Afirmava-se, no respetivo preâmbulo que “*no plano da responsabilidade civil, instituem-se mecanismos de responsabilização solidária dos dirigentes das empresas que, por sua culposa actuação, tenham contribuído significativamente para a situação de insolvência daquelas, caso em que, com a falência da empresa, se declarará a falência dos responsáveis*”. Para o efeito, prescrevia o n.º 1, do artigo 126.º-A do CPEREF que “*no caso de falência de sociedade ou de pessoa colectiva, se para a situação de insolvência tiverem contribuído, de modo significativo, quaisquer actos praticados ao longo dos dois últimos anos anteriores à sentença por gerentes, administradores ou directores, ou por pessoas que simplesmente as tenham gerido, administrado ou dirigido de facto, o tribunal deve, se assim for requerido pelo Ministério Público ou por qualquer credor, declarar a responsabilidade solidária e ilimitada das referidas pessoas pelas dívidas da falida e condená-las no pagamento do respectivo passivo*”. Já o número 2 do mesmo artigo instituiu a previsão de alguns factos que se entendia “*que contribuíram em termos significativos para a*

A solução encontrada para o CIRE inspirava-se, pelo menos, em duas realidades contemporâneas à sua criação: a responsabilização solidária dos dirigentes introduzida no CPEREF em 1998 e na legislação espanhola cujo artigo 164.º da “Lei Concursal”⁽¹⁶⁾ dispunha que “*el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho*”, afinal uma formulação muito similar à do artigo 186.º, n.º 1, do CIRE.

Entre os contornos da versão inicial do CIRE denotava-se a circunscrição da legitimidade passiva do incidente aos administradores de facto ou de direito e a ausência de responsabilização patrimonial dos afetados.

Todavia, na sequência da alteração introduzida ao CIRE pela Lei 16/2012, de 20 de Abril, resultaram importantes modificações ao regime da qualificação da insolvência, desde a perda do seu carácter obrigatório⁽¹⁷⁾ até à consagração da possibilidade de

insolvência da sociedade ou da pessoa colectiva” e que possuem significativa identidade com as atuais alíneas do artigo 186.º, n.º 2, do CIRE.

Para uma abordagem sucinta sobre a figura poderá consultar-se Maria Luísa Monteiro Maciel Neiva, “*A Responsabilidade dos Administradores Societários no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*”, tese de mestrado datada de junho de 2011, apresentada na Universidade Católica do Porto, consultável online em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8306/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%202011%20-%20Maria%20Lu%C3%ADsa%20M.%20Maciel%20Neiva.pdf>, consultada em 2014-01-15, pp. 18 e seguintes ou, quanto aos contornos desta forma de exercício de uma “*responsabilidade falimentar*” em contraste com a “*responsabilidade societária*” do CSC, Maria do Rosário Epifânio, “*Os efeitos substantivos da falência*”, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, pp. 142 e seguintes.

¹⁵ Em anteprojeto o CIRE chegou a contar com a previsão da responsabilização patrimonial no que seria o clausulado das alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 171.º que atribuía ao juiz a possibilidade de condenar as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa a indemnizar os danos causados aos credores, fixando o respetivo montante e proporção (cfr. Carvalho Fernandes, CIRE Anotado, p. 623, nota 2).

¹⁶ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, publicada no Boletín Oficial del Estado de 10 de julio (consultável online em www.boe.es).

¹⁷ Na exposição de motivos da Proposta de Lei 39/XII apresentada à Assembleia da República consta que “*outra das novidades consiste na transformação do actual incidente de qualificação da insolvência de carácter obrigatório num incidente cuja tramitação só terá de ser iniciada nas situações em que haja indícios carreados para o processos de que a insolvência foi criada de forma culposa pelo devedor ou pelos seus administradores de direito ou de facto, quando se trate de pessoa colectiva (artigos 36.º, 39.º, 188.º, 232.º e 233.º)*”.

virem a ser afetados novos sujeitos até então alheados deste regime de responsabilização específica – revisores oficiais de contas e técnicos oficiais de contas – e, mais relevante ainda, a possibilidade de condenar os afetados pela qualificação da insolvência como culposa a satisfazer o “*passivo reclamado a descoberto*”. Para tal, o juiz irá “*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*” (nova alínea e, do artigo 189.º, n.º 2, do CIRE).

Logo aqui se evidenciam as dificuldades em compaginar este novo 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 susceptíveis de penhora*”) (¹⁸).

Esta novel forma de responsabilização tem adesão ao esquema clássico da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (vide 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, esta por vezes presumida, vide artigo 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 abstracto) e nexos causal (a fixar – n.º 1 – ou presumido, nos casos do n.º 2 e, para alguns autores (¹⁹), também 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, antes haverá lugar ao ressarcimento dos créditos reclamados e reconhecidos,

¹⁸ Como se fosse possível a responsabilidade extravasar do património do responsável... A presença desta expressão na norma é redundante, quando não inútil e ainda tem como limite adicional a impenhorabilidade definida nas normas do CPC. A doutrina critica-a, por esses fundamentos.

¹⁹ “*Quanto ao disposto no n.º 3, deve dizer-se que, sob pena de perder grande parte da sua utilidade, ele consagra não meras presunções (relativas) de culpa grave, como vinha defendendo grande parte da jurisprudência portuguesa, mas autênticas presunções (relativas) de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência)*” (Catarina Serra, “O regime português da insolvência”, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 141). Este entendimento teve eco jurisprudencial recente em, pelo menos, uma decisão da Relação de Coimbra, de 22-05-2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d1610ebc91a811ce80257a3e00385a75?OpenDocument>.

aproveitando a graduação da ação e compreendendo a satisfação dos próprios créditos subordinados.

Todavia, esta responsabilização é subsidiária, apenas podendo concretizar-se quando esgotada a massa no termo da liquidação.

Na sua leitura isolada a norma promete muito, mas as demais introduzem preocupantes limitações que poderão conduzir à sua secundarização ou mesmo irrelevância estatística.

Começemos pelo carácter facultativo do incidente ⁽²⁰⁾ e pela circunstância de o administrador da insolvência dispor de apenas cerca de 60 dias para se inteirar do historial da insolvente e apresentar um parecer que delimite, no lapso temporal relevante, concretos actos dolosos ou com culpa grave que tenham criado ou agravado a situação de insolvência, imputando-os a alguém. Mas, reunidos tais requisitos, poderá o juiz indeferir a abertura do incidente, por critérios de mera oportunidade (188.º, n.º 1, CIRE). Ultrapassadas estas barreiras, se o incidente dever continuar, ainda assim é ao credor que incumbirá a prova dos factos constitutivos da atuação dolosa ou animada de culpa grave relevante para efeitos da qualificação, mais não seja dos factos base a partir

²⁰ Num primeiro momento o juiz que elabora a sentença declarativa da insolvência *“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). Da formulação adotada extrai-se que ao juiz competirá uma de três atitudes: omitir qualquer referência ao incidente (se nada constar dos autos que indique a aplicabilidade do artigo 186.º), declarar *“tabelarmente”* não proceder à abertura do incidente por falta de elementos que apontem no sentido de ter sido culposa ou declarar aberto o incidente, parecendo que, nesta última hipótese, terá de se *“justificar”*, ou seja, fundamentar a decisão, indicando o que o leva a concluir pela possibilidade de ter sido culposa a insolvência. Esta possibilidade surge algo desalinhada e merece crítica por obrigar o julgador a um *“pré-juízo”* que poderá repercutir-se no desincentivo para a actividade probatória dos interessados ao abrigo do artigo 188.º, convictos como ficarão que *“este juiz”* já se pronunciou no sentido de existir culpa. Poderão mesmo suscitar-se suspeições quanto à pessoa desse juiz que, logo no início do processo, por vezes quando apenas *“ouviu”* uma das partes, admite antecipadamente poder decidir num determinado sentido. As hipóteses de abertura ulterior do incidente de qualificação constam do artigo 188.º, n.º 1, segundo o qual *“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”*. Tendo sido dispensada a realização de assembleia será tipicamente de 45 dias o prazo para a alegação (vide 36.º, n.º 4, do CIRE).

dos quais poderão operar as presunções legais do artigo 186.º, podendo o julgador exigir ou não, consoante o seu entendimento ⁽²¹⁾, prova do nexo causal entre o facto que serve de base à presunção e a criação do estado de insolvência ou o agravamento das respectivas consequências para o credor.

IV. O alargamento do círculo de afetados e a sobreposição de mecanismos em relação às ações do CSC e a outras formas de tutela

Porventura a maior novidade da alteração ao regime da qualificação da insolvência no CIRE ⁽²²⁾ terá sido o alargamento do círculo de afetados de modo a possibilitar a inclusão de outras entidades para lá dos já previstos administradores de facto ou de direito, na circunstância os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas ⁽²³⁾ ⁽²⁴⁾. Por acréscimo, os afetados podem ver graduada a respetiva culpa (o que relevará para a repartição “*interna*” das responsabilidades), mas isso não impede o carácter solidário da responsabilidade, conforme estatui o artigo 189.º, n.º 2, nas suas alíneas a) e e).

²¹ Como exemplos recentes de decisões de tribunais superiores que consideraram que o n.º 2 do art.186 do CIRE elenca diversas situações em que o legislador presume, de forma taxativa e inilidível que a insolvência é culposa, abrangendo a presunção não só a culpa, mas também a existência da causalidade entre a atuação e a criação ou o agravamento do estado de insolvência, vejam-se acórdãos da Relação de Coimbra de 11-12-2012, 06-11-2012 (disponíveis em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/fd990e0c4ad97fff80257af5005504f6?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e22b99d706413f6b80257ac9004d89fa?OpenDocument>). Como exemplos recentes da exigência de prova quanto ao nexo causal, poderá consultar-se algum dos acórdãos da Relação de Guimarães de 24-07-2012, da Relação do Porto de 05-06-2012, ou da Relação de Guimarães de 29-05-2012, ainda que reportados às circunstâncias do n.º 3 do artigo 186.º do CIRE (disponíveis, respetivamente, em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6917ce2856129f2680257a7c00523323?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/1890e6fa88b1617a80257a2a0051a3f3?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/616afe8f879d001880257a22004e3340?OpenDocument>).

²² Excluída a já referida responsabilização patrimonial, salvo para quem entenda que esta solução não passa do repescar do anterior regime de responsabilização do CPEREF, a que se aludiu supra em III.

²³ Sem grandes preocupações de rigor ou concretização dado o carácter breve destas notas, bastará delimitar as duas figuras pela afirmação de que “*ao técnico de contas compete a elaboração das declarações fiscais e ao ROC a sua revisão em ordem à certificação legal das contas*” (Joaquim Fernando da Cunha Guimarães, “*A ‘certificação das contas’ pelos TOC e ROC*”, p. 1, disponível online em http://www.infocontab.com.pt/download/TOC_e_ROC.pdf, consultado em 2014-01-15).

²⁴ Os revisores oficiais de contas também são passíveis de responsabilização pelas normas do CSC, como referido supra em I.

A forma algo desastrada como se consumou aquela inclusão abre o flanco a críticas e gera dúvidas quanto à viabilidade da aplicação prática desta solução legal.

A mais evidente dessas críticas assenta no óbvio desacerto entre o que consta do artigo 189.º, n.º 2, alínea a), impondo ao juiz na sentença que qualifique a insolvência como culposa que consigne quais as pessoas afectadas pela qualificação, de entre “*nomeadamente*”⁽²⁵⁾ administradores de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas e o artigo 186.º, que não sofreu qualquer alteração com a Lei 16/2012. Sucede que, a diversos trechos⁽²⁶⁾, este último artigo correlaciona expressamente os factos culposos com a actuação, apenas, de administradores de direito ou de facto. Temos então uma norma que até parecia dar carta-branca ao julgador para imputar a responsabilidade a quem quer que fosse (a menção “*nomeadamente*” quanto à indicação das pessoas a afetar faria crer na possibilidade de englobar, por exemplo, meros sócios, mesmo quando não passíveis de qualificação como administradores de facto), mas que terá de ser conjugada com uma outra que reduz a relevância dos factos constitutivos desta especial forma de responsabilidade aos que apenas os administradores de facto e de direito possam ter praticado ou omitido (quer por terem legitimidade formal ou poder efetivo para esses efeitos).

Poderiam ensaiar-se três vias para resolução desta incoerência no clausulado legal. A mais apriorística (e supomos que será a primeira a chegar ao foro) seria a da **negação da responsabilidade de outrem que não administradores de facto ou de direito**, por a lei ter “esquecido” o acerto no artigo 186.º apenas relevando expressamente os comportamentos daqueles intervenientes; uma segunda hipótese consistiria numa **interpretação “atualista”** desta última norma, concluindo que,

²⁵ A primeira das questões até reside no motivo do emprego do advérbio “*nomeadamente*”. Será que entre as pessoas suscetíveis de afetar pela qualificação existem outros agentes que não sejam os administradores, TOC e ROC? Estará a expressão pensada para englobar mandatários e procuradores que tenham exercido a gestão? Caberá aqui a atuação dolosa de um mero trabalhador que tenha provocado perdas consideráveis em relação à sociedade, provocando a situação de insolvência? A formulação ampla empregue até parece acautelar todas estas hipóteses, mas duvida-se que a prática determine uma aplicação extensiva da norma para lá dos agentes especificados.

²⁶ A começar com a menção do número 1, “*A insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto*” e a terminar com idênticas circunscrições nos números 2 (“*quando os seus administradores, de direito ou de facto*”) e 3 (“*quando os administradores, de direito ou de facto*”).

sempre que se verifiquem atos na esfera das atribuições dos referidos profissionais, que sejam ao mesmo tempo gravemente culposos ou dolosos e que tenham criado ou agravado a situação de insolvência, também eles serão de afetar (imagine-se a hipótese de o TOC assegurar, falsamente, ao gerente de uma sociedade por quotas que a escrituração contabilística da mesma está em perfeita ordem e este último, destituído de competências na área da contabilidade e gestão, não se aperceber das irregularidades até à ocorrência de uma inspeção tributária da qual venha a resultar a aplicação de coimas e liquidações oficiosas de impostos cuja exigência determina a insolvência da sociedade).

Porventura mais equilibrada será uma terceira via. Repare-se que, na sua generalidade, os factos colhidos para as diversas alíneas do n.º 2 do artigo 186.º apenas poderão ser praticados por quem possui poderes formais ou materiais reativamente à pessoa coletiva ou sociedade comercial.

Concretizando, numa manifestação de um poder de facto em relação a um património exposto, pode um pirómano destruir a totalidade ou parte considerável do património do devedor, determinando por via desta sua atuação dolosa a situação de insolvência. Todavia não é idónea à resolução do caso concreto a aplicação do regime de qualificação da insolvência, antes a responsabilização do agente nos termos gerais (a responsabilidade por factos ilícitos, dos artigos 483.º CC, ainda que exercitada por enxerto na ação penal que cuidasse do sancionamento dos crimes de dano ou de incêndio).

Também não podem um TOC ou um ROC outorgar licitamente em acto negocial pelo qual procurem dispor em proveito pessoal de bens de uma sociedade da qual sejam meros colaboradores (²⁷), na medida em que, agindo por essa forma, incorreriam em delitos contra o património (por exemplo, os dos artigos 203.º ou 205.º do Código Penal, furto ou abuso de confiança) ou na sanção correspondente à venda de coisa alheia (artigos 892.º e seguintes do CC), por falta de poderes de administração.

²⁷ A generalidade das circunstâncias factuais inscritas nas presunções do artigo 186.º, n.º 2, é de execução impossível por parte dos novos responsáveis, com a ressalva da existência de poderes especiais de representação, pois que não lhes assiste a capacidade, nas estritas qualidades de TOC ou ROC, para “comprar mercadorias a crédito” (alínea c), “prosseguir no seu interesse pessoal uma exploração deficitária” (alínea g) ou “incumprir de forma reiterada os deveres de apresentação” (alínea i), para dar apenas alguns exemplos.

Também se revela inviável que o administrador de uma sociedade anónima proceda, por si só e em substituição aos respetivos TOC e ROC, à inserção de registos contabilísticos, elaboração e apresentação de declarações fiscais ou certificação legal de contas, realidades que, presentemente, relevam do impossível (mercê da atual existência de declarações electrónicas que apenas aqueles profissionais podem produzir) ou constituiriam crime de falsificação.

A partir dos exemplos extremos que antecedem poderá extrapolar-se uma conclusão mais ampla que reporte o sancionamento da qualificação da insolvência à existência, por parte do agente a afetar, de poderes legalmente reconhecidos (por ter sido regularmente nomeado gerente ou por ter sido contratado para a prestação de serviços de contabilidade, sendo indicado à administração fiscal como TOC) ou de poderes materiais resultantes de um específico contexto (sócio dominante, “*shadow director*”, qualquer pessoa que, com ou sem ligação contratual à sociedade, exerça concreta influência nas decisões que nela são tomadas, promovendo ou realizando, sem oposição da administração, por vezes consistente num gerente simulado ou testa-de-ferro). Quando o agente a afetar tenha exercitado alguma das prerrogativas integrada no âmbito desses poderes legais, contratuais ou materiais, praticando atos adversos ao interesse da manutenção da solvência da sociedade, poderia então ser responsabilizado para efeitos do ressarcimento dos credores, o que sucederia, quanto às duas classes profissionais agora passíveis de responsabilização, na hipótese de **efetiva colaboração com administradores de facto ou de direito na prática de factos atentatórios à manutenção da solvabilidade da sociedade**.

Algumas das situações nas quais poderia relevar esse comportamento conjunto encontrar-se-iam nas hipóteses de o gerente de uma sociedade por quotas convencer o respectivo TOC a fazer constar dos registos contabilísticos a comprovação infundada de ter sido recebida pela sociedade contrapartida pecuniária pela suposta venda de um bem valioso que integrava o património da sociedade, mas que resultou ter sido ofertado a um familiar próximo do gerente (²⁸).

²⁸ O concurso dos dois comportamentos culposos do gerente e do técnico de contas poderia integrar as alíneas d) e h) do artigo 186.º, n.º 2, do CIRE e, por essa via, numa lógica da indispensabilidade do contributo de cada um dos agentes para o resultado final (que seria a ocultação contabilística da disposição ilícita de um ativo a título gratuito, em proveito pessoal de terceiros e óbvio prejuízo dos credores da insolvente), logra-se “salvar” a aplicabilidade da norma aos novos intervenientes, num

Sendo esta terceira via um ensaio para conferir algum sentido útil à norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea a), do CIRE, haverá que aguardar a chegada de casos concretos aos tribunais superiores para apurar até que ponto conseguem os mesmos fugir à patente incoerência no clausulado atualmente vigente quanto à “legitimidade passiva” para efeitos de qualificação.

No entanto, com ou sem validação judiciária desta possibilidade, o caráter “inovador” da responsabilização patrimonial também quanto aos novos sujeitos passivos deverá ser relativizado se atentarmos na possibilidade anteriormente existente de uma cuidadosa conjugação do regime do aludido artigo 82.º, n.º 3, do CIRE (vide capítulo II.) com as relevantes normas do CSC e do CC já permitir abranger os mesmos intervenientes que o novo figurino da qualificação tipifica. Na verdade, TOC ou ROC serão colaboradores da “empresa”, seja como profissionais liberais avençados, portanto titulares de um contrato de prestação de serviços seja - como sucede com os primeiros, ocasionalmente - titulares de um contrato de trabalho. Se integrarem o órgão de fiscalização do devedor serão abrangidos pela norma da alínea a), enquanto se forem contraparte em contrato de trabalho ou de prestação de serviços estarão sob a alçada das ações de indemnização que o administrador da insolvência entenda instaurar (alínea b), beneficiando da presunção de culpa típica da responsabilidade contratual, no segundo caso.

No que concerne aos revisores oficiais de contas eles são destinatários de uma norma de responsabilidade específica, a do artigo 82.º do CSC, que permite que respondam para com a sociedade, os sócios e os credores sociais. Por acréscimo, consta do respetivo estatuto (inserido no Decreto-Lei n.º 224/2008, de 20 de Novembro), um conjunto de deveres cuja violação sempre implicaria responsabilização em sede contratual ⁽²⁹⁾.

raciocínio que não deixa de ser similar ao conceito da comparticipação no direito penal e que volta a aproximar-nos da Ley Concursal que a propósito das pessoas a afetar na qualificação colhe o conceito de “cumplicidade”.

²⁹ Em sede de vínculo contratual, dispõe o artigo 53.º do aludido Decreto-Lei que “o revisor oficial de contas exerce as suas funções de revisão/auditoria às contas por força de disposições legais, estatutárias ou contratuais, mediante contrato de prestação de serviços, reduzido a escrito” enquanto o artigo 52.º estabelece vários direitos e deveres específicos, entre eles o de “elaborar documento de certificação legal das contas, numa das suas modalidades, ou declaração de impossibilidade de certificação legal”. A violação desses deveres institui o ROC em responsabilidade disciplinar (artigo 80.º).

Quanto aos técnicos oficiais de contas a Ordem e os estatutos respectivos ⁽³⁰⁾ impõem condicionantes cuja violação poderá determinar responsabilidade contratual, disciplinar ou penal, consoante as circunstâncias. Também nesta medida era viável responsabilizar estes profissionais por atuação ilícita e culposa, sem necessidade da expressa previsão insolvencial (muito embora apenas a sociedade comercial ou a massa insolvente pudessem ser beneficiários desta responsabilidade).

Nesta encruzilhada de variantes da responsabilidade, repesca-se parte do raciocínio sumariamente avançado quanto às possibilidades de responsabilização penal na medida em que os conceitos de autoria e cumplicidade constantes dos artigos 26.º e 27.º do CP dão ampla cobertura à potencialidade de condenação abrangente de outros sujeitos que não os meros gerentes ou administradores de direito. No limite também no foro penal poderia ser acionado o ressarcimento patrimonial dos credores da entidade declarada insolvente quando condenados agentes (gerentes, administradores, aqui se compreendendo de facto ou de direito, técnicos de contas e revisores oficiais de contas) pela prática de algum dos crimes dos artigos 227.º e seguintes do CP, se regularmente exercida a pretensão indemnizatória.

V. Apreciação crítica final:

A reformulação do regime da qualificação da insolvência operada pela Lei 16/2012, de 20 de abril, aparenta alargar as reais probabilidades de ressarcimento dos credores de sociedades comerciais, na medida em que extrai da comprovação de certos factos, cuja prática resultou animada de dolo ou culpa grave, a possibilidade de condenação solidária dos afetados a satisfazer os créditos que a liquidação no processo de insolvência não logre, resultará fortemente condicionada, em termos práticos.

Além de ficar, agora, na dependência de eventuais alegações de credor ou administrador da insolvência (mercê do novel caráter facultativo do incidente), produzidas estas, pode resultar indeferida pelo juiz, com base em critérios de

³⁰ O diploma relevante é o Decreto-Lei 310/2009, de 26 de Outubro. O respetivo artigo 52.º estabelece alguns deveres gerais relevantes para eventual responsabilização: *“os técnicos oficiais de contas apenas podem aceitar a prestação de serviços para os quais tenham capacidade profissional bastante, de modo a poderem executá-los de acordo com as normas legais e técnicas vigentes (...) apenas podem subscrever as declarações fiscais, as demonstrações financeiras e os seus anexos que resultem do exercício directo das suas funções, devendo fazer prova da sua qualidade, nos termos e condições definidos pela Ordem”*. A violação de deveres institui o TOC em responsabilidade disciplinar (artigos 59.º e seguintes).

oportunidade, a “abertura” (em rigor, continuidade) do incidente, inviabilizando-se a produção de prova e a condenação almejada.

Tal condenação está fortemente condicionada por via da opção legal por conceitos indeterminados cujo preenchimento será condição do funcionamento de presunções (“negócios ruinosos”, “preço sensivelmente inferior ao corrente” ou “irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor”) e pela típica opacidade das organizações, que irá dificultar sobremaneira a recolha de prova por parte dos credores que pretendam ressarcimento (porventura com a ressalva de trabalhadores da insolvente com exercício de funções das quais tenha resultado o contacto ocasional com documentação comprovativa de uma atuação culposa da administração).

Acresce a consideração de que, ao contrário do que sucedia com o anterior incidente de responsabilização solidária dos dirigentes (³¹), eventuais pretensões indemnizatórias contra os gerentes de facto ou de direito e demais responsáveis técnicos dependerão do prévio exercício do direito à alegação da insolvência como culposa nos restritos prazos já aludidos, pois que, se não for aberto o incidente de qualificação, não funcionará a responsabilização prevista.

Ainda no plano das limitações temporais, cumpre alertar para os termos imperfeitos da restrição da responsabilidade aos três anos antecedentes à instauração da ação de insolvência, a despeito da subsequente previsão legal de factos culposos que apenas poderão ocorrer em momento subsequente à declaração de insolvência (³²), ao

³¹ Dispunha o artigo 126.º-B, n.º 1, do CPREF que “no caso de responsabilidade civil dos fundadores, gerentes, administradores ou directores, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ou no caso de responsabilidade solidária decorrente do disposto no artigo anterior, pode o tribunal, **a todo o tempo**, e sem prejuízo do regular andamento do processo contra o devedor, uma vez verificados os pressupostos da responsabilidade, fixar prazo para os responsáveis satisfazerem o passivo conhecido da sociedade ou pessoa colectiva, a descoberto, à data da declaração da falência, ou apenas o montante do dano por eles causado, se for considerado inferior”.

³² Confronte-se o teor do artigo 186.º, n.º 1, (“nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”) com o do n.º 2, alínea i), que aponta para a falta de cumprimento dos deveres de apresentação e de colaboração “até à data do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º”. É de notar que o lapso temporal relevante até se alarga em relação ao anterior mecanismo da “responsabilização solidária dos dirigentes”, que apenas abrangia dois anos.

mesmo tempo que se deixam sem cobertura, pelo menos em sede de qualificação, factos dolosos de ocorrência posterior ⁽³³⁾.

Continuando no plano das limitações à efectivação prática dos direitos dos credores cumpre assinalar aqui o importante esforço a assegurar pelo credor que escolha a via da qualificação para se cobrar: poderá ter de impulsionar a acção de insolvência (o que implicará petição inicial e o suporte da taxa de justiça), terá de reclamar e ver reconhecidos créditos (128.º ou 146.º) alegar quanto ao carácter culposo e instaurar acção subsequente para efectivar o direito à indemnização (189.º, n.º 2, alínea e; n.º 4, com inerente petição inicial e nova taxa de justiça).

Também o conceito de responsabilização solidária de novos agentes que não teriam intervenção na efectiva gestão da sociedade (técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas) irá, previsivelmente, determinar questões em sede de constitucionalidade da norma ou dificuldades pragmáticas na sua aplicação.

Outras questões complexas para as quais a lei não concede resposta clara consistem em saber quem são os beneficiários da responsabilidade: a massa insolvente ⁽³⁴⁾ ou os credores que o peticionem expressamente? E quem impulsionaria a instância executiva correspondente a essa condenação, o administrador da insolvência ou os credores? Todos estes, em coligação, ou apenas os requerentes da providência? Empiricamente seria de concluir que o administrador da insolvência já não teria legitimidade para impulsionar acções subsequentes, por ter cessado a sua intervenção

³³ Imagine-se que, passado o momento legalmente disposto para apresentação de alegações quanto ao carácter culposo da insolvência (tenha ou não sido aberto o respetivo incidente de qualificação) o anterior gerente da sociedade comercial insolvente aproveita-se da circunstância de manter uma cópia da chave do estabelecimento e aí se desloca, durante a noite, retirando existências em valor significativo. Esta atuação já não vai poder ser apreciada em sede de incidente, restando o recurso, pelo administrador da insolvência, ao mecanismo do artigo 82.º, n.º 3, alínea b), por acréscimo a eventual participação criminal relativa ao descaminho (artigo 355.º, do Código Penal). No entanto atuações desta natureza são evidência clamorosa do agravamento da situação de insolvência pela retirada de parte importante do património do devedor, que caberiam na presunção do artigo 186.º, n.º 2, alínea a).

³⁴ Na senda da inspiração da “Ley Concursal” espanhola seria essa a solução. Todavia entende Maria do Rosário Epifânio que se a nossa lei não é tão clara nesse sentido, sendo de admitir que “os valores entrados serão depois distribuídos pelos credores cujos créditos tenham ficado por satisfazer, na medida dessa insatisfação e segundo a graduação fixada na sentença” (“Manual...”, p. 144).

com a prestação de contas e rateio final ⁽³⁵⁾ pelo que deveriam ser os credores a fazer valer esses direitos subjetivos, pela instauração da ação própria.

Do mesmo modo que a instituição de crimes contra o património por atos destinados a defraudar credores ou a provocar a insolvência ⁽³⁶⁾ não obstou a que persistissem situações de insolvência agravada pelo comportamento culposo dos administradores de facto ou direito das sociedades comerciais – como prova a abundante jurisprudência dos nossos tribunais em sede de qualificação da insolvência – parece prematuro afirmar que a mera ameaça consistente na possibilidade de obrigar judicialmente os afetados pela qualificação da insolvência a indemnizar os credores sociais seja idónea a extinguir a ocorrência de situações de gestão danosa.

Em jeito de conclusão, o novo regime da insolvência culposa poderá traduzir uma redundância na ótica do ressarcimento dos credores ⁽³⁷⁾, na medida em que estes pudessem lançar mão das ações do CSC, evitando a instância falimentar na qual inúmeros imponderáveis ⁽³⁸⁾ podem inviabilizar a adequada tutela dos seus direitos,

³⁵ Sem o que nenhum daqueles momentos se cristalizaria, necessárias que seriam sucessivas despesas a nível da contratação de serviços jurídicos, taxas de justiça ou solicitadores de execução, despesas essas que iriam reduzir o apuro, aumentando o “passivo a descoberto”, numa espiral infundável. Por outro lado o administrador da insolvência não representa os credores, mas sim a massa insolvente e não é esta, mas sim os credores, a destinatária literal da condenação proferida ao abrigo do artigo 189.º, n.º 2, alínea c), do CIRE. De resto no regime do CPEREF também seriam os credores (ou o Ministério Público) a requerer a fixação da responsabilidade.

³⁶ No capítulo dedicado aos “crimes contra direitos patrimoniais” tem o Código Penal previstos nos artigos 227.º a 229.º-A diversos “crimes insolvenciais” que se particularizam em insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores.

³⁷ Neste sentido pronuncia-se Maria do Rosário Epifânio (“Manual...”, p. 144), deixando a nota da duplicidade de regimes de responsabilidade - a insolvencial e a societária - que protegem simultaneamente os credores da sociedade comercial que venha a ser declarada insolvente, reconhecendo vantagem à primeira modalidade na facilitação da prova dos pressupostos da responsabilidade, na fixação dos danos indemnizáveis. Deixa pistas claras quanto aos casos que não podem ser resolvidos pela responsabilidade insolvencial e para os quais a responsabilidade societária confere resposta: “*casos em que os danos sofridos pelos credores são superiores ao passivo a descoberto (...) em que os actos praticados extravasam o limite temporal dos três anos, ou ainda na hipótese de os danos resultarem de uma actuação com culpa leve*”.

³⁸ Por esta expressão dá-se cobertura ao infundável rol de circunstâncias que fundam a álea de qualquer pleito judicial - para só nomear algumas, a falta de meios de prova adequados, a existência de uma particular aplicação do direito na sentença, a inabilidade do mandatário judicial que não observou prazo legal -, as específicas dificuldades da ação de insolvência - existência de garantias ou privilégios que posterguem a satisfação de determinado credor, as custas judiciais, a morosidade na liquidação, o

num contexto que é concorrencial (concurusal) e não em seu benefício exclusivo (³⁹). Nessa medida algumas atuações num âmbito mais convencional e tradicional, como o recurso ao arresto, à declaração de nulidade quanto a negócios simulados ou à impugnação pauliana, mantêm hoje validade e interesse.

Falhando os demais mecanismos civilísticos, societários ou penais, a responsabilização na sequência do incidente de qualificação da insolvência manterá a utilidade de ser porventura o último expediente a que poderá lançar mão o credor de uma sociedade comercial que não tenha sido lesto na obtenção para si próprio de garantias especiais e que se veja surpreendido com a instauração da ação de insolvência.

Por essa altura, poderá ser tardio ou insuficiente o ressarcimento potenciado por esta nova forma de responsabilização.

Quanto à responsabilização dos técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas prefigura-se que a jurisprudência poderá optar por uma aplicação restritiva desses casos de responsabilização, muito em função da aparente injustiça resultante do regime da solidariedade.

Para estas situações entendemos que manterá utilidade o emprego pelos credores ou administrador da insolvência dos mecanismos da responsabilidade contratual beneficiando da presunção na culpa para eventual ação sub-rogatória que reintegre a sociedade quanto ao dano perpetrado por estes seus colaboradores “forçosos” que são TOC e ROC.

decurso de prazos relevantes para a reintegração do património da devedora (120.º CIRE) - e as novas dificuldades do incidente de qualificação da insolvência (caráter facultativo, discricionariedade na respetiva abertura ou continuidade, coordenação entre os diversos afetados e a própria insolvência subsequente destes ou o desvio consumado do seu património por via de negócios simulados). Em jeito de nota deixa-se aqui a menção à possibilidade de considerar que a responsabilização dos afetados integra crédito insuscetível de exoneração em subsequente insolvência da pessoa singular afetada, por aplicação do disposto no artigo 245.º, n.º 2, alínea b), do CIRE.

³⁹ O próprio CIRE estimula a concorrência entre credores mediante a concessão de privilégio creditório ao requerente da insolvência (98.º) e a natureza urgente do procedimento (9.º) associada às dificuldades conhecidas à ação executiva (elevados preparos para o solicitador de execução, elevada pendência processual e o risco de perder a preferência na cobrança se vier a ocorrer instauração de insolvência no decurso da execução) propicia a utilização irrefletida da ação de insolvência (sem prejuízo da previsão de responsabilidade por pedido infundado, constante do artigo 22.º), muitas vezes como meio de pressão para compelir ao cumprimento.