



O INCIDENTE DE
QUALIFICAÇÃO DE INSOLVÊNCIA
E SEUS EFEITOS

ROSA MANUELA GOMES PEREIRA

PORTO, 2011

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

O INCIDENTE DE
QUALIFICAÇÃO DE INSOLVÊNCIA
E SEUS EFEITOS

ROSA MANUELA GOMES PEREIRA

PORTO, 2011

SIGLAS

ACE	Agrupamento Complementar de Empresas
AEIE	Agrupamento Europeu de Interesse Económico
Al	Alínea
Art	Artigo
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CF	Código das Falências de 1935
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CP	Código Penal
CRC	Código do Registo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto - Lei
LC	Ley Concursal
LTC	Lei do Tribunal Constitucional
MP	Ministério Público
TC	Tribunal Constitucional

APRESENTAÇÃO

Com a presente dissertação propomo-nos analisar o incidente de qualificação de insolvência por ser um instituto jurídico que, pela sua novidade e complexidade, suscita diversas dúvidas e controvérsia na doutrina e na jurisprudência portuguesa.

A dificuldade de aplicação prática das normas que regulam o incidente deriva, na maior parte dos casos, da transposição *ipsis verbis* das soluções legais consagradas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, com especial destaque para a Ley Concursal Espanhola. O parco esforço empregue no sentido de compreender a *ratio* e o contexto jurídico das normas transpostas levou a que o legislador nacional criasse soluções jurídicas ambíguas e, até, aparentemente, conflitantes com outros ramos do direito interno.

A instituição do incidente de qualificação surgiu no direito português, como, aliás, nos outros ordenamentos, por força da necessidade de responsabilizar os sujeitos jurídicos que originam ou contribuem para situações de insolvência, através da adopção de comportamentos dolosos ou com culpa grave, bem como da indispensabilidade de acautelar os interesses dos respectivos credores. Neste contexto, foi criado o incidente de qualificação: com a abertura do incidente procura-se determinar se a situação de insolvência derivou de um comportamento doloso (ou com culpa grave) do devedor e, em caso afirmativo, quais os efeitos pessoais e patrimoniais (desfavoráveis) que afectarão a sua esfera jurídica em virtude de tal qualificação. Para tal, é necessário que esses efeitos constem da sentença que qualifique a insolvência como culposa.

Porém, e à parte de outras questões processualmente relevantes, a aparente simplicidade na estatuição dos efeitos a produzir na esfera jurídica do devedor é meramente virtual. Na verdade, está longe de ser claro e pacífico que o elenco dos efeitos gerados pela qualificação da insolvência possa ser aplicado integralmente pelo tribunal. As dúvidas intensificam-se quando apreciamos a constitucionalidade de um efeito em específico: a inabilitação. A este propósito, tal como teremos a oportunidade de ver, pronunciou-se recentemente o Tribunal Constitucional.

Além do problema supra mencionado, a presente dissertação servirá para analisar ou, quanto mais não seja, reflectir sobre diversas questões que o actual regime de qualificação nos vem colocando, como por exemplo: como se pode, na prática, relacionar a intervenção do administrador da insolvência e do curador, que são ambos responsáveis pela administração e disposição do património do devedor insolvente e inabilitado? Serão, porventura, ineficazes os actos praticados pelo devedor/insolvente por força do art 81º, nº 6 do CIRE ou, pelo menos, anuláveis de acordo com a Lei civil (148º e 156º do CC)? A alínea d) do nº 2 do 189º do CIRE, relativa à perda de créditos, poderá ser entendida como uma sanção?

Num primeiro capítulo faremos uma análise geral da insolvência culposa, dos tipos de incidente e do âmbito de aplicação, tramitação e os efeitos. Os capítulos seguintes versarão sobre os efeitos que resultam da qualificação da insolvência como culposa, efeitos esses que cuidaremos de analisar autonomamente.

CAPÍTULO I - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

1. Introdução

O incidente de qualificação de insolvência é um instituto jurídico recente,¹ introduzido e regulado pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas,² fortemente inspirado na lei espanhola congénere, mais precisamente nos arts 163º a 175º da Ley Concursal³⁻⁴.

Tal como dispõe o art 185º, o incidente tem por finalidade a qualificação da insolvência como culposa ou como fortuita⁵, não tendo qualquer relevância para efeitos penais (mais concretamente para efeitos dos arts 227º a 229º-A do CP) ou para efeitos de apreciação da responsabilidade civil⁶⁻⁷.

¹ Neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2009, p. 254; e *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, vol. II, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008, p. 615.

² Aprovado pelo Decreto-lei nº 53/2004, de 18 de Março, sofreu sucessivas alterações, nomeadamente: D.L. nº 200/2004, de 18 de Agosto; D.L. nº 76-A/2006, de 29 de Março; D.L. nº 282/2007, de 7 de Agosto; D.L. nº 116/2008, de 4 de Julho; D.L. nº 185/2009, de 12 de Agosto (versão mais recente). Doravante, todos os preceitos citados no texto sem indicação da fonte são respeitantes ao CIRE, salvo se do contexto resultar o contrário.

³ A Ley Concursal Espanhola de 22/2003 de 9 de Julho, regula no título VI a “calificación del concurso”, o capítulo I refere-se aos arts.163º a 166º sobre as “Disposición generales”. Já o capítulo II “De la seccion de calificación” subdivide-se em duas secções. Destas cumpre destacar a secção I, mais concretamente os arts.167º a 173º “De la formación y tramitación”. Já o projecto da Lei Concursal dedicava o título VI composto, pelos arts.163º a 175º, à qualificação. Saliente-se que na Lei Espanhola a qualificação encontra correspondência nos códigos anteriores, mais precisamente nos códigos de comércio. Em tempos mais remotos a qualificação como insolvência fortuita exonerava por completo o devedor de toda a responsabilidade penal, contrariamente ao que acontecia se a insolvência fosse qualificada como culposa, a sanção penal era aplicada severamente. Para um estudo mais pormenorizado, GARAU, Guillermo Alcover, *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal*, in: “Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal,” Dirección de R. Garcia Villaverde-A. Alonso Ureba- J. Pulgar Ezquerro, Editorial Dilex, S. L. 2003, pp. 181-182 e JIMÉNEZ, Javier Wenceslao Ibáñez, *Presupuestos Subjetivo y Objetivo del Concurso: Algunas Consideraciones de Técnica y Política Legal*, Madrid, 2004, p. 24.

⁴ A este propósito, veja-se o Ponto 40 do preâmbulo do Diploma que aprovou o CIRE.

⁵ Esta qualificação tem as suas raízes no direito Espanhol, desde logo no projecto da LC, que estabelecia no art.163º, 2 que a qualificação pode ser fortuita ou culposa. O art.164º do projecto da LC definia a insolvência culposa, “cuando en la generación o agravación del estado de insolvência hubiera 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. Cfr. GARAU, Guillermo Alcover, *op. cit.*, p. 184.

⁶ Neste sentido, Rui Estrela de Oliveira descreve o incidente de qualificação de insolvência como o “...incidente processual típico obrigatório destinado ao julgamento e eventual punição, mediante sanções civis,

Neste contexto, a conduta do devedor insolvente, dos titulares de empresa⁸ e dos administradores de direito ou de facto, é o elemento relevante para a qualificação da insolvência como fortuita ou como culposa. Contudo, a apreciação de tal conduta tem que ter em conta dois factores: há que verificar se esta contribuiu ou agravou a situação de insolvência e se os actos danosos foram praticados com dolo ou com culpa grave. Assim, e apenas nestes casos, deverá a insolvência ser qualificada como culposa, implicando, consequentemente, uma série de efeitos para as pessoas afectadas (art 189º, nº 2).⁹

2. A insolvência culposa

O CIRE, no art 185º, nº 1, estabelece duas modalidades de insolvência: a culposa e a fortuita. Nos termos do art 186º, nº 1 do CIRE considera-se insolvência culposa¹⁰ aquela que foi criada ou agravada pelo devedor pessoa singular ou, tratando-se de uma pessoa colectiva,

dos responsáveis pela ocorrência de insolvências culposas.”, cfr. *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência in: “O Direito”, vol. V, ano 142, 2010, p. 933.*

⁷ Esta solução é marcadamente influenciada pelo direito espanhol. Neste sentido o art.163º 2 da LC, consagra que “El concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito”. Em boa verdade, apesar de a qualificação da insolvência como culposa não acarretar consequências penais para o devedor, acarreta efeitos civis, tais como: “inhabilitación”, “perdida de derechos patrimoniales” e “responsabilidad de administradores y liquidares frente a los acreedores”, Cfr. FERNÁNDEZ, Inés Fernández, *De La Calificación Del Concurso*, in Estudios Sistemáticos, Madrid, 2004, p. 258.

⁸ Neste sentido, Ac. Rel. Guimarães de 30 de Abril de 2009 (Raquel Rego), “Para o CIRE, “empresa” e “pessoa colectiva” são totalmente equiparáveis, pelo que por titular de empresa deve ser considerado o sócio da respectiva sociedade.”

⁹ É possível ler no Ponto 40 do Preambulo do Diploma que aprovou o CIRE: “Um objectivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas. É essa a finalidade do novo «incidente de qualificação da insolvência»”.

¹⁰ Cfr. Ac. Rel. de Coimbra, de 14 de Novembro de 2006 (Cardoso de Albuquerque), “A lei- art.º 186º, nº1, do CIRE- considera como culposa a insolvência quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência de actuação dolosa ou com culpa grave do devedor, ou dos administradores da sociedade (de direito ou de facto), nos três anos anteriores ao início do processo.” e Ac. Rel. Coimbra, de 19 de Janeiro de 2010 (Isaias Pádua), “O art.186º do CIRE define o conceito de insolvência culposa,...” e “Dessa noção geral resulta que são pressupostos do conceito de insolvência: 1) que tenha havido uma conduta do devedor ou dos seus administradores, de facto ou de direito; 2) que essa conduta tenha criado ou agravado a situação de insolvência; 3) que essa conduta tenha ocorrido nos três anos anteriores ao início do processo que conduziu à insolvência; 4) e que essa mesma conduta seja dolosa ou praticada com culpa grave.....” e ainda “mas também o nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência”.

pelos administradores de facto¹¹ ou de direito¹²⁻¹³ (art 6º do CIRE),¹⁴ quando a actuação seja dolosa ou com culpa grave¹⁵ e desde que tal conduta se tenha verificado nos três anos¹⁶ anteriores ao início do processo de insolvência¹⁷⁻¹⁸.

Saliente-se que tanto a jurisprudência¹⁹ como a doutrina (entre os quais Menezes Leitão²⁰ e Rui Estrela de Oliveira²¹), apontam como necessário, para se qualificar a

¹¹ A figura do administrador encontra-se nas diversas legislações, “dirigeant de fait” na França, “maître d affaire” na Belgica, “shadow director” na Inglaterra e “Hintermann” na Suíça. Com especial destaque sobretudo para a figura do administrador de facto, também conhecido por administrador oculto, sendo o seu papel dirigir e administrar “de facto” – vide ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 79, nota 113 e p. 593, nota 1157. Para Rui Estrela de Oliveira o administrador de facto é a pessoa que age como um administrador de direito mas, não possui tal qualidade, *op. cit.*, p. 966. Ainda a este propósito o Ac. da Rel. Guimarães de 23 de Fevereiro de 2010 (Espinheira Baltar), que entendeu que “É considerado gerente de facto aquele que, tendo renunciado à gerência, continua a exercer as mesmas funções.”

¹² Para Engrácia Antunes, “muitas vezes os administradores de direito (gerente, administrador ou director) são meros “testas-de-ferro” actuando por conta dos verdadeiros gestores”, *op. cit.*, p. 79.

¹³ Para Elisabete Ramos, os titulares dos órgãos de fiscalização ficam excluídos do âmbito de aplicação do art.186º, nº1 e 2 do CIRE, na medida em que este preceito apenas faz referência ao devedor e seus administradores. Neste caso, os órgãos de fiscalização apenas poderão ser responsabilizados através das acções previstas no art.82º, nº2, al. a), acções estas que podem ser de responsabilidade civil ou penal, *vide, Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores*, in: “Boletim da Faculdade Direito de Coimbra”, vol. LXXXIII, 2007, p. 485, nota 104.

¹⁴ A qualificação da insolvência pode afectar o devedor pessoa singular ou caso se trate de uma pessoa colectiva os administradores de direito ou de facto (art.6º, als. a) e b)), neste sentido, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 3ª edição Almedina, 2011, pp. 119-120.

¹⁵ Relativamente, ao dolo e à culpa entende, Rui Estrela de Oliveira que no conceito de dolo, cabe o dolo directo, necessário e eventual já quanto a culpa só pode atender-se a culpa grave para a qualificação de insolvência como culposa e nesta medida, devem ficar afastadas a culpa leve ou levíssima. A culpa grave, por vezes surge comparada à culpa grosseira ou à negligência grosseira, pois “pode ser definida como aquela com que agente que omite os deveres de cuidado que só uma pessoa especialmente descuidada, incauta e desleixada deixaria de respeitar”, *op. cit.*, p. 968; Para a distinção dos vários tipos de dolo, *vide*, COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª edição, Coimbra, 2007, pp. 582 e ss e ainda a este propósito, SERRA, Catarina, “Decoctor ergo fraudator” - *A Insolvência Culposa; (esclarecimento sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in: “Cadernos de Direito Privado”, nº21, Jan. – Mar., 2008, pp. 54 e ss.

¹⁶ Diferentemente o CPEREF, no art.126º-A, estabelecia que os actos tinham de ter sido praticados nos dois anos anteriores à sentença da falência.

¹⁷ A este propósito, Manuel A. Carneiro Frada entende que o período de três anos que a lei indica (art.186º, n.º1) não origina caducidade ou prescrição. Entende que se trata de “uma modelação temporal de situação de responsabilidade relevante”, *vide, A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência in: “Revista da Ordem dos Advogados”*, ano 66, Setembro, 2006, pp. 690 e ss.

¹⁸ Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina 2009, p. 269, e FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, Código 2008, pp. 610-611, OLIVEIRA, Rui Estrela, *op. cit.*, p. 934, SERRA, Catarina, *op. cit.*, p. 58 e ainda Ac. da Rel. Guimarães de 29 de Junho de 2010 (Rosa Tching).

¹⁹ Cfr. Ac. da Rel. Porto de 10 de Fevereiro de 2011 (Freitas Vieira), “A mera alegação de alguma das situações descritas nos nºs2 e 3 do art.186º do CIRE não é suficiente para a qualificação da insolvência como culposa, exigindo-se, ainda, alegação e prova do nexo de causalidade entre actuação ali presumida e a situação da insolvência nos termos do nº 1 do mesmo artigo” e Ac. da Rel. Guimarães de 12 de Março de 2009 (Manso Rainho),” ... a qualificação da insolvência como culposa exige, assim, uma relação de causalidade entre a

insolvência como culposa, o preenchimento do nexo de causalidade entre actuação dolosa (acção/omissão) ou com culpa grave do devedor/administrador (art 6º) e a situação de insolvência²²⁻²³.

O nº 1 do art 186º define o conceito de insolvência culposa. Porém, persistindo dúvidas, o nº 2 estabelece algumas situações em que a insolvência será sempre havida como culposa²⁴ (presunções inilidíveis/iuris et de iure)²⁵⁻²⁶. Além do mais, é sempre necessário que o devedor ou os administradores de facto ou de direito tenham praticado, nos três anos anteriores ao início do processo,²⁷ algum dos actos previstos nas alíneas a) a i) do nº 2 do 186º do CIRE.

Para Carvalho Fernandes,²⁸ as alíneas do nº 2 do art 186º podem dividir-se em três grupos: o primeiro consagra “actos que afectem, no todo ou em parte considerável, o património do devedor” (als. a) e c)); o segundo diz respeito aos “actos que, prejudicando a situação patrimonial, em simultâneo trazem benefícios para o administrador que os pratica ou para terceiros” (als. b), d), e), f) e g)) e um terceiro grupo que consagra o “incumprimento de certas obrigações legais” (als. h) e i)).

conduta (dolosa ou gravemente culposa) do devedor e a situação de insolvência,” isto é, “o devedor pode ter agido dolosamente ou com culpa grave, mas se em nada contribuiu para a criação ou agravamento da insolvência não pode esta ser qualificada de culposa”.

²⁰ LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 269.

²¹ OLIVEIRA, Rui Estrela, *op. cit.*, p. 968.

²² A este propósito, cfr. Ac. Rel. do Porto de 17 de Maio de 2011 (Anabela dias da Silva): “Verifica-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 acções a uma pessoa para eles desconhecida, que dissipou, em poucos meses, todo o património daquela sociedade...”.

²³ A Ley Concursal estabelece como fundamental a análise da conduta/comportamento do devedor insolvente para que se possa qualificar a insolvência como culposa ou como fortuita, *vide*, GARAU, Guillermo Alcover, *La Calificación del Concurso*, in “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”, Madrid, 2002, p. 241 e do mesmo, *op. cit.*, pp. 487-503.

²⁴ Na jurisprudência, *vide* Ac. Rel. de Guimarães de 11 de Janeiro de 2007 (Conceição Bucho).

²⁵ Como nos ensina Baptista Machado, as presunções iuris et de iure “são absolutas e irrefutáveis, não admitem prova em contrário, cfr- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19ª edição reimp., Coimbra, Almedina, 2011, p. 112.

²⁶ É fácil de notar que o art.186º do CIRE é mais uma das normas “decalgadas” da LC, mais precisamente do art164º que estabelece como necessário o dolo ou a culpa grave para que a insolvência seja considerada culposa.

²⁷ FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Código* 2008, p. 611, e ainda, LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, *Código* 2008, p. 175.

²⁸ Cfr. FERNANDES, Luís 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, = Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência “, Quid Juris, 2009, p. 95, nota 23.

Já para Rui Estrela Oliveira²⁹, o nº 2 do art 186º “consagra um sistema de imputação semi-objectivo, definindo causas puramente objectivas e causas semi-objectivas da insolvência culposa”. Ainda de acordo com o Autor, caso as várias alíneas do nº 2 se dêem por provadas, a insolvência tem de ser qualificada como culposa, não se admitindo prova em contrário (art 350º, nº 2 do CC).

Por sua vez, o nº 3 consagra presunções *iuris tantum*, isto é, presunções ilidíveis que podem ser afastadas mediante prova em contrário³⁰⁻³¹ (nos termos do nº 2 do art 350º do CC)³². Contudo, nestes casos, a insolvência só poderá ser qualificada como culposa se o nº 1 do art 186º estiver preenchido, ou seja, caso se verifique a culpa grave³³.

Seguindo a orientação dos Autores supra citados, Catarina Serra defende que a qualificação da insolvência como culposa necessita da verificação da existência de um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Porém, acrescenta esta Autora que haverá casos em que a presunção de culpa do art 186º, nº 3 do CIRE não será afastada com base no art 350º, nº 2 do CC.³⁴ Não o sendo, presume-se a culpa dos administradores de direito ou de facto (art 6º), nos casos em que o devedor não é pessoa singular, quando não tenham respeitado as als. a) e b) do nº 3, ou seja, não tenham cumprido com o dever de se apresentar à insolvência (arts 18º e 19º) e o dever de elaboração das contas anuais e conseqüente obrigação de submete-las aos formalismos legais (ex. 65º, nºs 1 e 5 do CSC).

²⁹ Cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela, *op.cit.*, p. 974.

³⁰ Veja-se Ac. Rel. Guimarães de 11 de Janeiro de 2007 (Conceição Bucho): “O ónus da prova da inexistência dos factos enumerados no nº 3 do citado art.186º recai sobre o insolvente.”

³¹ Neste sentido, LEITÃO, Luís Menezes, *op.cit.*, *Código* 2009, p. 270-271 e MACHADO, João Baptista, *op. cit.*, p. 112.

³² A Ley Concursal Espanhola também consagra presunções “*iuris et de iuri*” (absolutas) no art164.º, nº 2 e presunções “*iuris tantum*” (relativas) no art.165º.

³³ Assim, Ac. Rel. do Porto de 20 de Outubro de 2009 (Guerra Banha), “A presunção prevista no nº3 do art.186º do CIRE, apenas faz presumir a existência de culpa grave em relação à insolvência, mas é por si só insuficiente para qualificar a insolvência como culposa, porquanto, face aos requisitos exigidos pelo nº1 do mesmo artigo é ainda necessário demonstrar que o incumprimento que a lei presume gravemente culposo foi causa da criação ou de agravamento da situação de insolvência.”; Ac. Rel. Porto de 22 de Junho de 2010 (José Carvalho), “Aquela presunção desacompanhada da prova de factos que integrem o apontado nexo de causalidade é insuficiente para qualificar a insolvência como culposa” e Ac. Rel. Coimbra de 23 de Junho de 2009 (Gonçalves Ferreira).

³⁴ Cfr. SERRA, Catarina, *op. cit.*, p.65.

Caso a insolvência seja qualificada como culposa,³⁵ desencadeia os efeitos³⁶ previstos no art 189º, nº 2 als. b), c) e d) do CIRE³⁷⁻³⁸: “inabilitação das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos” (al. b), nº 2 do art 189º); “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” (al. c) do nº 2 do art 189º); “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” (al. d) do nº 2 do art 189.º). Estes efeitos são decretados na própria sentença de qualificação de insolvência como culposa³⁹.

Dessa sentença podem ainda resultar outros efeitos que se encontram dispersos⁴⁰ pelo CIRE, tais como: o fim da administração da massa insolvente⁴¹⁻⁴² pelo próprio devedor (art

³⁵ A qualificação da insolvência como culposa afecta as pessoas que directa ou indirectamente tenham contribuído para a situação de insolvência, isto é o devedor, os administradores, representantes de facto ou de direito e mesmo aqueles que de alguma forma intervieram no património do devedor – cfr. FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, Código 2008, p. 357.

³⁶ A doutrina entende que os efeitos que resultam da declaração de insolvência como culposa se qualificam como efeitos eventuais, ou seja, que dependem além da declaração de insolvência, nos termos do art.36º do CIRE, da verificação de certas condições previstas na lei – cfr. DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor*, in: “Themis”, 2005, p. 143; SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4ª edição reimp., Coimbra, Almedina, 2010, p. 121; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre o Insolvente e Outras Pessoas in: “Estudos de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita”*, vol.1, Coimbra Editora, 2010, pp.798-803 e *op. cit.*, pp. 74ss.

³⁷ O objectivo dos efeitos que resultam da qualificação de insolvência como culposa (art.189º, nº2 als. b), c) e d) do CIRE) é a responsabilização do devedor ou dos seus administradores de facto ou de direito. Funcionando como verdadeiras restrições à capacidade dos sujeitos afectados, neste sentido, MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 6.

³⁸ Note-se que al. a) do art.189º, nº2 não é de todo um efeito da qualificação da insolvência como culposa, embora respeite o conteúdo da sentença. Na verdade, rege o âmbito subjectivo dos efeitos porque o juiz, em qualquer processo, tem de identificar as partes afectadas.

³⁹ Os efeitos que resultam da qualificação da insolvência culposa só afectam as pessoas identificadas nos termos da al. a), nº2 do art.189º. Entre os administradores que contribuíram para criar e/ou agravar a situação de insolvência há que distinguir os que actuaram conscientemente (com dolo/negligencia grosseira) e aqueles que não contribuíram para a situação, *vide*, Ramos, Elisabete, *op. cit.*, pp. 485-486, nota 105.

⁴⁰ Para Luís Carvalho Fernandes, estes efeitos não se encontram consagrados no art.189º, nº2 do CIRE porque os efeitos que decorrem desse preceito “dependem da decisão judicial específica” e “ tendo, portanto, natureza substantiva” – *op. cit.*, pp. 247-275.

⁴¹ O conceito de massa insolvente encontra-se consagrado no art.46º do CIRE. Integra o conceito de massa insolvente todo o património do devedor (salvo disposição em contrário) à data da declaração de insolvência, bem como os bens ou direitos adquiridos durante o processo, incluindo bens apreendidos através de procedimentos cautelares especificados como é o caso do arresto (art.406º do CPC). Porém não integram o

228º, nº 1, al. c) do CIRE) e o indeferimento/cessação da exoneração do passivo restante (arts 238º, nº 1, als. b), e), f); 243º, nº 1, al. c) e 246º, nº 1 do CIRE)⁴³ -⁴⁴.

Em contrapartida, a insolvência fortuita⁴⁵ não se encontra definida na Lei. Dada a ausência de uma definição legal, poderá entender-se que a insolvência fortuita será toda aquela que não for considerada insolvência culposa nos termos do art 186º, nº 1 do CIRE⁴⁶.

3. Tipos de incidente

O incidente da qualificação da insolvência encontra-se regulado no título VIII, subdividido em capítulos I, II e III do CIRE, arts 185º a 191º. O incidente é aberto na sentença que declara a insolvência “*ex officio*”, nos termos do art 36º, al. i), independentemente do sujeito, mesmo nos casos de encerramento do processo por insuficiência da massa (denominado incidente limitado)⁴⁷.

conceito de massa insolvente os bens absolutamente impenhoráveis, podendo, no entanto, ser penhorados bens cuja impenhorabilidade não seja absoluta e desde que o insolvente os apresente nos termos do nº2, do art.46º do CIRE.

⁴² A massa insolvente destina-se à satisfação dos créditos dos credores da insolvência através da liquidação do património do devedor insolvente e da repartição do produto obtido pelos credores (cfr. art.1º do CIRE). No caso de a administração da massa insolvente se encontrar a cargo do próprio devedor, com a qualificação da insolvência como culposa, cessa a administração da massa nos termos do art.228º, nº1,al. c). Em consequência a administração da massa passa a ser da competência do administrador de insolvência, como dispõe o art.228º, nº2 do CIRE.

⁴³ Note-se que se a insolvência fosse qualificada como fortuita não implicava a perda dos privilégios da administração da massa insolvente pelo devedor e a possibilidade da exoneração do passivo restante.

⁴⁴ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual 2011*, p. 125.

⁴⁵ No conceito de insolvência fortuita cabem as actuações dos administradores que agiram com a diligência devida e mesmo assim não conseguiram evitar a situação de insolvência, mas também cabem actuações “com graus menos graves de negligência” e nesta medida não se lhes aplica as consequências da insolvência culposa - *vide* RAMOS, Elisabete, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual 2011*, pp. 118-119 e ainda OLIVEIRA, Rui Estrela, *op. cit.*, p. 934.

⁴⁷ Excepcionalmente, não será aberto um incidente, se o devedor insolvente tiver já sido como tal declarado em processo anterior, a não ser que se verifique alguma das circunstâncias do art.187.º, a saber: não ter sido aberto incidente de qualificação no processo anterior, em virtude de aprovação de plano de pagamentos; ou, caso tenha sido já declarado em processo anterior, a situação de insolvência não se manteve ininterruptamente. Cfr. RAMOS, Elisabete, *op. cit.*, p. 477 e EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual 2011*, p. 119. Segundo Menezes Leitão, tendo o incidente sido aberto em processo anterior e a insolvência qualificada, não poderá o assunto ser alvo de discussão em novo processo de insolvência por força do princípio “*non bis in idem*” – *op. cit.*, p. 272. Perfilham posição oposta Carvalho Fernandes e João Labareda, que entendem que na *ratio* do art.187.º encontra-se o princípio “*non bis in idem*” (proibição de dupla punição), mas admitem a abertura de um novo incidente com base em comportamentos (art.186º, nºs1, 2 e 3) do devedor

Na sentença declarativa da insolvência, o juiz fixa o carácter pleno ou limitado do incidente de qualificação (art 36º, al. i)⁴⁸. O incidente limitado reporta-se às situações em que existe insuficiência patrimonial do insolvente para satisfazer as suas dívidas da massa (art 51º do CIRE)⁴⁹ e é, em regra, aplicado apenas em dois casos previstos nos arts 39º, nº 1⁵⁰ e 232º, nº 5⁵¹⁻⁵².

A finalidade do incidente⁵³ consiste em verificar se a situação de insolvência ocorreu de forma fortuita ou se, em vez disso, se deveu à actuação dolosa, ou com culpa grave, do devedor⁵⁴. Note-se que a qualificação da insolvência não pode servir de base para eventuais acções de responsabilidade civil e penal no âmbito do art 82º, nºs 2 e 3 do CIRE⁵⁵. Sendo assim, as acções propostas nos termos do art 82º, nºs 2 e 3 são autónomas das acções que qualifiquem a insolvência como culposa, nos termos do art 185º e seguintes do CIRE⁵⁶. Rui Estrela de Oliveira⁵⁷ entende que o juiz, que julgue uma acção proposta nos termos do art. 82º, nºs 2 e 3, deve ser independente da decisão que qualificou a insolvência como culposa,

ou dos administradores de facto ou de direito, posteriores ao primeiro processo, que agravem a situação de insolvência – *op. cit.*, *Código* 2008, p. 614, nota 5.

⁴⁸ Vide EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual* 2011, pp.119-134-138, e ainda LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 272.

⁴⁹ Para Maria do Rosário Epifânio o incidente limitado pode convolar-se em incidente pleno, nos termos do art.39º, nº4 do CIRE e para esta Autora trata-se de uma “convolação necessária” mas, se o incidente é pleno, por força do art.232º, nº5 passa a limitado, passando a designar-se “convolação eventual”, *cf.* *op. cit.*, *Manual* 2011, pp. 139-140.

⁵⁰ Conforme o art.39º, nº1 do CIRE, quando o juiz, na sentença que declara a insolvência, verifica a insuficiência da massa, decreta logo que o incidente seja aberto como limitado.

⁵¹ Nos casos do art.232º, nº5 do CIRE o incidente é aberto como pleno podendo “convolar-se” em limitado, verificando-se insuficiência da massa, se o processo ainda não estiver encerrado.

⁵² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual* 2011, pp. 138-139 e OLIVEIRA, Rui Estrela, *op. cit.*, p. 948.

⁵³ O incidente de qualificação de insolvência corre por apenso e tem natureza urgente, como decorre do art.9º, nº1 do CIRE.

⁵⁴ *Cfr.* Ac. Rel. do Porto de 12 de Outubro de 2010 (Maria Cecília Agante), “No incidente de qualificação da insolvência o que se qualifica é o comportamento do devedor na produção ou agravamento do estado de insolvência, de modo que se averigúe se existe, à luz da teoria da causalidade adequada, um nexo de causalidade entre os factos por si cometidos ou omitidos e a situação de insolvência...”.

⁵⁵ A sentença que qualifica a insolvência como culposa ou fortuita não é vinculativa (para efeito das acções do art.82º, nºs2 e 3) e nesta medida não aprecia a responsabilidade penal ou civil dos administradores (*cf.* o nº40 do Preâmbulo do Decreto Lei nº 53/2004 de 18 de Março, CIRE), pese embora que podem sobrevir, por apenso ao processo de insolvência, este tipos de acções para apurar a responsabilidade dos administradores, neste sentido, FRADA, Manuel A. Carneiro, *op. cit.*, p. 670.

⁵⁶ Atente-se que por força do art.300º, nº1 do CIRE, os despachos de pronúncia ou não pronúncia das acções penais devem ser remetidos ao tribunal de insolvência competente, porque em boa verdade facilita o incidente de qualificação de insolvência que averiguar as causas da insolvência (culposa/fortuita).

⁵⁷ OLIVEIRA, Rui Estrela, *op. cit.*, p. 937.

não ficando este vinculado aos factos que levaram a tal decisão. Nas palavras do Autor, “o tribunal não pode estar sujeito aos factos dados como provados no incidente”.⁵⁸

3.1. O Incidente pleno

3.1.1. Âmbito de aplicação

Na sentença de declaração de insolvência é declarado aberto o incidente, por força do art 36º, al. i). Tal como tivemos oportunidade de referir, o incidente pleno é a regra, ficando o incidente limitado reservado às situações excepcionais previstas no art 191º, nº 1 do CIRE. Os trâmites do incidente pleno encontram-se presentes nos arts 188º e 189º do CIRE.

3.1.2. Tramitação

Aberto o incidente para averiguar se a insolvência é, ou não, culposa, qualquer interessado⁵⁹ -⁶⁰ pode alegar, por escrito, factos que considere relevantes para qualificação de insolvência como culposa, até quinze dias depois da realização da assembleia de apreciação do relatório (arts 188º, nº 1 e 156º do CIRE, respectivamente).

Seguidamente, e de acordo com o disposto no nº 2, do art 188º, o administrador de insolvência deve elaborar um parecer⁶¹, devidamente fundamentado e documentado, sobre

⁵⁸ Neste sentido, também Vieira da Cunha que entende que a decisão da qualificação da insolvência como culposa ou fortuita que resulte do incidente não faz caso julgado em processo penal, vide, *Apontamentos sobre a Tramitação do novo Processo de Insolvência in*: “Maia Jurídica”, Jan. - Jun., de 2005, ano III, nº1, pp. 27-28-29.

⁵⁹ Os interessados podem ser os credores e também outros legitimados no processo de insolvência (arts.18º e 20º, nº1), vide, FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, Código 2008, p. 616, nota 4 e *op. cit.*, *Colectânea*, p. 255, nota 11.

⁶⁰ Os interessados que requereram a qualificação da insolvência como culposa são notificados dos pareceres do MP e do administrador de insolvência, antes de ser proferida uma decisão, sob pena de serem violados princípios fundamentais, tais como o direito ao contraditório, ao acesso aos tribunais (art.20º, nº1 da CRP). Veja-se o Ac. da Rel. de Coimbra de 20 de Junho de 2006 (Hélder Almeida).

⁶¹ Do parecer deve constar a matéria de direito e de facto relevante para fundamentar a qualificação pela insolvência como culposa ou como fortuita. Para Carvalho Fernando e João Labareda o prazo (de 15 dias)

os factos que contribuíram para a situação de insolvência culposa, referindo ainda quais as pessoas que podem vir a ser afectadas pela qualificação.

Posteriormente, o processo é apresentado ao MP⁶², nos termos do art 188º, nº 3, para que este se pronuncie num prazo de 10 dias⁶³. Caso o administrador de insolvência e o MP concordem com a qualificação da insolvência como culposa, o juiz, ⁶⁴ ao abrigo do nº 4 do mesmo preceito, fica obrigado a proferir decisão no mesmo sentido, sendo esta irrecorrível. Note-se que este nº 4 é mais uma das normas decalcadas da Ley Concursal, mais precisamente do seu art 170º que consagra a “Tramitación de la sección”. Este artigo dispõe que “Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno”.

Tanto a doutrina espanhola⁶⁵ como a doutrina portuguesa têm criticado esta solução. Para Carvalho Fernandes e João Labareda, o juiz não se encontra, totalmente, vinculado aos pareceres do MP e do administrador de insolvência, pois, ao abrigo do princípio do inquisitório (art 11º do CIRE), o juiz pode fundamentar a sua decisão em factos que o MP e

para apresentação deste parecer inicia-se depois de esgotados os 15 dias de que os interessados dispõem para alegarem o que tiverem por conveniente (art.188º, nº1). Caso o prazo para apresentação do parecer não seja respeitado a jurisprudência tem entendido que não há lugar a prescrição, sendo possível a apresentação do parecer em momento posterior. – cfr, *op. cit.*, *Código* 2008, p. 617, nota 6 e Ac. Rel. Coimbra de 23 de Janeiro de 2008 (Falcão de Magalhães).

⁶² O MP age em conformidade com o interesse público, tal resulta dos arts.1º e 3º, nº 1 al. l) da Lei Orgânica nº 47/86 de 15 de Outubro (última actualização, Lei nº 9/2011, de 12 Abril).

⁶³ O art.188º, nº2 e 3 do CIRE corresponde ao art1.69º da LC, onde está estabelecida a possibilidade de prorrogação do prazo para o MP (Ministerio Fiscal) se pronunciar. A nossa lei não contempla tal solução, embora este prazo de 10 dias não seja suficiente para o MP apreciar a situação de qualificação de insolvência quanto as pessoas afectadas. Neste sentido, já existe jurisprudência que entende que o prazo não tem de ser respeitado e pode ser excedido; Ac. Rel. do Porto de 17 de Novembro de 2008 (Sousa Lameira), “A não observância do prazo fixado no art.188º nº3 do CIRE não implica qualquer “prescrição” da qualificação da insolvência dolosa.” e Ac. Rel. do Porto de 30 de Abril de 2009 (Canelas Brás)” ... não está o MP condicionado, no parecer que deve emitir no prazo de 10 dias....por isso que se não considere habilitado a pronunciar, não deve fazê-lo infundadamente, só para cumprir o prazo de 10 dias... e só depois ...”.

⁶⁴ Maria José Costeira entende que o papel do juiz se encontra desvalorizado porque o juiz fica vinculado à decisão do administrador de insolvência e à do MP. Isto é, ambos entendem que se trata de uma insolvência fortuita, não podendo o juiz decidir em sentido contrário mesmo que tenha factos que apontem que na verdade se trata de uma insolvência culposa, vide, *Novo Direito da Insolvência in*: “Revista Themis”, 2005, pp. 32 e Menezes Leitão entende que, “parece-nos, no entanto, questionável a solução do nº 4, uma vez que retira o poder jurisdicional ao tribunal, obrigando-o a seguir a posição conjunta com o Ministério Público”, cfr. *op. cit.*, *Código* 2009, p. 176.

⁶⁵ Cfr. GARCÍA-Cruces, José António, *Comentario de la Ley Concursal* (tomoII), org. Rojo/ Ángelo, Beltrán, Emilio, Thomson, 2004, pp. 2563 e ss.

o administrador da insolvência não atenderam. Para além disto, convém não olvidar que o nº 4 do art 188º deverá ser articulado com as presunções absolutas do nº 2 do art 186º. Nesta medida, se estiver em causa alguma das alíneas do nº 2 deste preceito, a insolvência tem necessariamente de ser qualificada como culposa, pois se, porventura, o administrador de insolvência e o Ministério Público não se pronunciarem nesse sentido, estarão a infringir a lei. Verificando-se tal ilegalidade caberá ao juiz apreciá-la⁶⁶.

Não existindo consenso do administrador de insolvência e do MP quanto à qualificação da insolvência como culposa/fortuita, o juiz manda notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que se considerem afectados pela qualificação, beneficiando estes de um prazo de 15 dias para se oporem (art 188º, nº 5)⁶⁷. Tanto o MP como o administrador ou mesmo qualquer interessado que não concorde com a oposição, podem responder num prazo de 10 dias (art 188º, nº 6).

Acrescente-se, por fim, que o CIRE não regula directamente a fase subsequente, seguindo-se, então, com as devidas adaptações, a tramitação dos arts 132º a 139º (por remissão do nº 7 do art 188º), que dará origem ao parecer da comissão de credores (art 135º), ao saneamento do processo (art 136º, nº 1 e 3), às diligências instrutórias (art 137º) e, por fim, audiência de julgamento (arts 138º e 139º).⁶⁸ Note-se que a sentença qualificadora da insolvência como culposa é susceptível de recursos nos termos do art 14º do CIRE.⁶⁹

⁶⁶ Seguindo o procedimento do nº5 do art.188º - cfr. FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Código* 2008, p. 619, nota 10.

⁶⁷ Para Rui Estrela de Oliveira, a falta de oposição dos afectados não significa confissão dos factos, pois o incidente deve prosseguir para prolação do saneador, realização da audiência de julgamento e consequentemente prolação da sentença. Cfr. *op. cit.*, p. 963.

⁶⁸ Como sabemos o incidente de qualificação corre por apenso ao processo. Atente-se que, por remissão do art.188º, nº7 para os arts.132º a 139º, as fases imediatas ao incidente regem-se pelos artigos da verificação de créditos (título V, capítulo I) com as devidas adaptações (art.132º). O lugar da consulta do processo (art.133º) deve ser na secretaria judicial. Não há lugar a tentativa de conciliação no incidente de qualificação dada a especialidade da matéria. Segundo Rui Estrela de Oliveira, não é possível conciliação nem transacção no incidente, vide, *op. cit.*, p. 964 e FERNANDES, Luís Carvalho, *op. cit.*, p. 91 e FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Código* 2008, p. 621, nota 16.

⁶⁹ Para um estudo mais aprofundado, EPIFÂNIO, Maria do Rosário *op. cit.*, *Manual* 2011, pp. 134-137, LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, pp. 272-274 e RAMOS, Elisabete, *op. cit.*, p. 478.

3.1.3. Efeitos

No incidente pleno, a qualificação da insolvência como culposa implica a produção dos efeitos previstos no art 189º, nº 2, als. b) a d). Como já referimos, estes efeitos comportam, para o insolvente, cumulativa ou autonomamente, a inabilitação por um período determinado entre 2 e 10 anos (al. b), do nº 2, do art 189º), a inibição para o exercício do comércio durante 2 a 10 anos e a proibição de desempenho de certos cargos em órgãos de sociedades comerciais (al. c), do nº 2, do art 189º), a perda de créditos sobre a insolvência e a condenação a restituir os mesmos caso tenham sido recebidos (al. d), do nº 2, do art 189º).

3.2. O incidente limitado

3.2.1. Âmbito de aplicação

O incidente limitado de qualificação da insolvência encontra-se regulado no art 191º do CIRE. Por força do nº 1 do art 191º percebe-se que ao incidente limitado também se aplicam as normas do incidente pleno (arts 188º e 189º com exceção da al. d) do nº 2 do art 189º). Contudo, o incidente limitado goza de um regime legal específico (arts 39º, nº 1 e 232º, nº 5) em virtude da insuficiência patrimonial do insolvente para satisfazer as dívidas da massa (art 51º do CIRE).

Nos termos do art 39º, nº 1⁷⁰, quando o *juiz* conclua, no decurso do processo, pela insuficiência da massa insolvente deve logo fazer constar da sentença, que declara a insolvência, que o incidente deve ser aberto como limitado⁷¹.

⁷⁰ Para Fátima Reis Silva, o art.39º “tem uma aplicação residual” porque o juiz, nesta fase, pode não possuir elementos bastantes para concluir sobre a insuficiência da massa para satisfazer as custas do processo e as respectivas dívidas da massa insolvente. Porém este entendimento surgiu antes da presunção legal de insuficiência da massa quando o património do devedor seja inferior a € 5.000. (art.39º, nº 9 do CIRE), vide, SILVA, Fátima Reis, *Algumas Questões Processuais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* - uma primeira abordagem, publicado in *Conhecer o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, IDET – Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas, nº2, Almedina, Coimbra, 2004, p. 69 e ainda, COSTEIRA, Maria José, *op. cit.*, p. 30.

⁷¹ Neste sentido, veja-se Ac. da Rel. Lisboa, de 19 de Fevereiro de 2009 (Maria Teresa Albuquerque).

Se o juiz não reunir elementos bastantes, deve o incidente seguir com carácter pleno.⁷²

O art 232º, nº 5 contempla os casos em que o incidente é aberto como pleno mas, no seu decurso, o *administrador da insolvência* verifica a insuficiência da massa e dá conhecimento desse facto ao juiz (nº 1 do art 232º) para que este dê início ao encerramento do procedimento. Assim, e não se encontrando findo, prosseguirá seus termos como incidente limitado.⁷³

3.2.2. Tramitação

Os trâmites do incidente limitado regem-se pelos arts 39º, 132º, 139º, 188º, 191º, nº 1, als. a) e b) e 232º, nº 2 do CIRE.

As soluções legais supra elencadas, resultam da remissão expressa do art 191º que se enquadra no Capítulo III do Título VIII do CIRE, respeitante ao incidente limitado de qualificação da insolvência. Por ser o único dispositivo legal que trata especificamente do incidente limitado, cuidaremos de analisar autonomamente as diversas alíneas.

Assim, no que respeita à al. a) do art 191º, nº 1 há, desde logo, que notar que este contempla dois prazos distintos: o primeiro estabelece quarenta e cinco dias para os interessados alegarem o que tiverem por conveniente para a qualificação da insolvência como culposa⁷⁴; o segundo consagra o prazo de quinze dias para a apresentação do parecer do administrador de insolvência⁷⁵. Relativamente à al. b) do art 191º do CIRE parece

⁷² O incidente limitado pode convolar-se em incidente pleno, nos termos do art.39º, nº4 do CIRE, para Maria do Rosário Epifânio este fenómeno designa-se por “convolação necessária”, - *op. cit.*, *Manual* 2011, p. 140.

⁷³ Para Maria do Rosário Epifânio o incidente pleno, com base no art.232.º, nº5 do CIRE pode converter-se em limitado. A esta transformação dá-se o nome de “convolação eventual”, - *op. cit.*, *Manual* 2011, p. 140.

⁷⁴ Luís Carvalho Fernandes e João Labareda entendem que este prazo de quarenta e cinco dias a contar da data da sentença, só diz respeito aos casos em que o incidente é logo declarado aberto como incidente limitado, - *op. cit.*, *Colectânea*, p. 260.

⁷⁵ A apresentação do parecer segue a tramitação do art.188º, nº2 (incidente pleno): a este propósito, veja-se o Ac. da Rel. do Porto de 29 de Outubro de 2009 (Filipe Carço), segundo o qual, “O administrador da insolvência deve emitir o parecer a que se refere os arts.188º, nº2 e 191º, nº1, ambos do CIRE, dentro dos prazos ali estipulados sempre que tal seja possível; mas, se o não fizer, mantém-se o dever de cumprimento no

necessário conjugá-la com o art 188.º, n.º 7 que, por sua vez, remete para o art 133º (exame das reclamações e dos documentos de escrituração do insolvente).⁷⁶ Mas tal remissão não parece revestir grande utilidade, na medida em que no incidente aberto como limitado, nos termos do art 39º, n.º 1, normalmente não se verifica a apreensão dos documentos do devedor (art 36º, al. g)), devendo os mesmos ser apresentados pelos próprios interessados ou pelo insolvente. Depois, por força da al. c) do n.º 1 do art 191º exclui-se a aplicação da al d) do art 189º ao incidente limitado.

Por fim, o n.º 2 do 191º, por remissão para o art 83º, consagra que tem de ser permitido ao administrador da insolvência o exame de todos os elementos de contabilidade do devedor para poder elaborar o seu parecer.

3.2.3. Efeitos

Da qualificação da insolvência como culposa derivam as consequências previstas no art 189º, n.º 2 do CIRE. Neste âmbito, entende o legislador que a insolvência culposa que resulte do incidente limitado acarreta as mesmas consequências do incidente pleno (os efeitos dos arts 189º, n.º 2 e 190º). Excepciona-se a al. d) do n.º 2 do art 189º do CIRE que não se aplica ao incidente limitado, como resulta do art 191º n.º 1 al. c) do CIRE.

Os efeitos são fixados na própria sentença que qualifica a insolvência como culposa, devendo o juiz estabelecer o respectivo prazo de duração. Quanto a este prazo, o CIRE não estabelece quais os critérios a ter em conta, devendo, apenas, atender-se ao grau de culpa do insolvente⁷⁷. As consequências judicialmente fixadas são exequíveis após o encerramento do processo e com o registo da sentença.

âmbito das suas competências, sem que haja caducidade ou prescrição, pois, que, desde logo, não está em causa o exercício de um direito”.

⁷⁶ Neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Colectânea*, p. 260.

⁷⁷ Neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho, *op. cit.*, pp. 102-103.

CAPÍTULO II – INABILITAÇÃO

1. Noções preliminares e direito comparado

A inabilitação é um dos efeitos que resulta da qualificação de insolvência como culposa. Além de novo, é o mais controverso e mais gravoso dos efeitos. Note-se que, anteriormente ao CIRE, nenhum outro diploma falimentar havia consagrado a inabilitação.⁷⁸ O art 189º, nº 2, al. b) do CIRE, que estatui a inabilitação, foi inspirado, uma vez mais, na Lei congénere Espanhola⁷⁹. Porém, o regime da inabilitação, no nosso ordenamento jurídico, ganhou contornos muito diferentes do direito espanhol, pois o legislador nacional limitou-se a copiar mal norma espanhola sem perceber o seu verdadeiro sentido⁸⁰. Na realidade, e contrariamente ao regime jurídico português, a “inhabilitación” da Ley Concursal só afecta as pessoas pelo “concurso culpable”⁸¹, limitando a sua capacidade quanto à administração de bens alheios⁸² e ainda a representação e administração de qualquer pessoa por um período que pode ir de 2 a 15 anos⁸³⁻⁸⁴.

⁷⁸ Para Catarina Serra a maior parte dos efeitos da qualificação de insolvência como culposa não são um produto original da reforma, mas sim “decalcados do CPEREF”. Para esta Autora, verdadeiramente novos serão apenas os efeitos da inabilitação (art.189º, nº2) e a perda de créditos sobre a insolvência/massa insolvente e respectiva condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses mesmos créditos (al. d) nº2 do preceito em causa). Entende ainda que os efeitos que resultam do art.189º, nº2 do CIRE são “sanções punitivas ou mesmo penas civis”, cfr. *op. cit.*, p. 59.

⁷⁹ O art.172,2,2º da Ley 22/2003 Concursal, estatui a “inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.”

⁸⁰ Neste sentido, DUARTE, Rui Pinto, *op. cit.*, 2005.

⁸¹ A este propósito, GARAU, Guilhermino Alcovar, *op. cit.*, pp. 487 e ss.

⁸² Recentemente foi elaborado um “Anteprojecto do Diploma que Altera o CIRE” onde se consagra, no art.189º, nº2, al. b), um regime de inabilitação, diferente do actual, que apenas visa “Decretar a inabilitação das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos”. Com esta alteração normativa, o legislador nacional pretende aproximar-se da solução legal consagrada na LC espanhola, onde a inabilitação não é extensível aos actos de disposição e administração do património pessoal do inabilitado.

⁸³ Segundo Borja de la Calle, o art.172, 2, 2º da Ley 22/2003 afasta-se dos diplomas anteriores que consagravam que a inabilitação também afectava a administração do património próprio do devedor, cfr, *Aspectos Civiles de la Calificación del Concurso, in Comentarios a la Ley Concursal*, coordenadores, Luís Fernández de la Gándara e Manuel Mª Sánchez, Álvarez, Colección Garrigues, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 696.

⁸⁴ Entre nós, para um estudo mais aprofundado do regime da inabilitação da Ley Espanhola, FERNANDES, Luís Carvalho, *op. cit.*, p. 104.

2. Regime jurídico

A inabilitação⁸⁵ é decretada na sentença que qualifica a insolvência como culposa e visa atingir as pessoas afectadas por tal qualificação⁸⁶. O período da inabilitação pode ir de dois a dez anos⁸⁷.

Rui Estrela de Oliveira, entende que a inabilitação consagrada no CIRE acarreta as mesmas consequências da incapacidade civil⁸⁸ regulada nos arts 152º a 156º do CC.

Para Coutinho de Abreu⁸⁹ e Rui Pinto Duarte⁹⁰ não se pode aplicar o regime civil aos devedores ou administradores que agravem conscientemente a situação de insolvência, porque os arts 152º a 156º do CC destinam-se a regular o interesse do próprio incapaz (“débil”), ao contrário da inabilitação prevista no CIRE, cujo principal objectivo é assegurar o interesse dos credores⁹¹. Salvagam, porém, a possibilidade de se recorrer, com as devidas adaptações e a título subsidiário, à lei processual civil (art 17º do CIRE).

O suprimento da inabilitação⁹² é efectuado através da nomeação judicial de um curador (que actua como assistente ou representante⁹³), conforme dispõe o art 190º, nº 1. No

⁸⁵ Nos termos do art.189º, nº3 do CIRE, a inabilitação é officiosamente registada pela secretaria e a eficácia da sentença (produção dos efeitos) só se verifica com o registo.

⁸⁶ Como decorre do art.189º, nº1, al. a), o juiz, na sentença, identifica as pessoas afectadas pela qualificação de insolvência como culposa. Na origem deste normativo está a Ley Espanhola, mais concretamente o art.172,2,1º da LC que estabelece, “La determinación de las personas afectadas por la calificación”. Observe-se que a LC refere, nesse mesmo preceito, a figura do cúmplice (2ª parte, “así como, en su caso, la de las declaradas cómplices.”), sendo entendido o cúmplice como aquele que com culpa grave ou dolo cooperou com o devedor (pessoa singular) para agravar a situação de insolvência. No caso de o devedor ser uma pessoa colectiva os cúmplices são os representantes legais da mesma (art.166º da LC).- Cfr. FERNÁNDEZ, Inés Fernández, *op. cit.*, p. 268.

⁸⁷ É ao juiz que cabe a tarefa de fixar o período de inabilitação. A lei não define os critérios a ter em conta, contudo é unânime que deverá atender-se à gravidade do comportamento e ao contributo das pessoas afectadas pela situação de insolvência para a criação da mesma. Assim, atendendo ao grau de culpa de cada pessoa afectada é possível que, no mesmo processo, coexistam diferentes prazos de inabilitação, vide, FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Código* 2008, pp. 624-625.

⁸⁸ Neste sentido, OLIVEIRA, Rui Estrela, *op. cit.*, pp. 984-987.

⁸⁹ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 132 e ss.

⁹⁰ Cfr. DUARTE, Rui Pinto, *op. cit.*, pp. 145-146.

⁹¹ Outra diferença reside no facto de na lei civil a incapacidade por inabilitação ser temporária (por exemplo, cfr. art.155º do CC) e depender de decisão judicial para a fazer cessar. No CIRE a inabilitação, apesar de ser também temporária, é definida por um período certo não sendo necessária decisão judicial para o levantamento de inabilitação, como acontece na lei civil.

⁹² A inabilitação abrange actos entre vivos (art.153º, nº1 do CC) e actos da administração de bens (art.154º do CC).

momento da nomeação do curador⁹⁴⁻⁹⁵, o juiz deve igualmente definir os respectivos poderes, uma vez que o art 190º não os especifica. Em todo o caso, no momento de concretização dessa tarefa, o juiz tem sempre que ter em conta as normas do CC (arts 153º e 154º⁹⁶) e actuar com a devida cautela de modo a não sobrepor os poderes do curador aos do administrador da insolvência.

Com efeito, havendo declaração de insolvência, o devedor insolvente fica impedido de dispor e de administrar os seus bens, de acordo com o art 81º, nº 1⁹⁷ do CIRE, ficando a administração a cargo do administrador da insolvência⁹⁸⁻⁹⁹. Mas a qualificação de insolvência como culposa implica como consequência a inabilitação e, naturalmente, que o juiz nomeie um curador. Então, como se pode na prática conjugar a intervenção destes dois responsáveis? E serão, porventura, ineficazes (art 81º, nº 6 do CIRE) ou anuláveis (148.º e 156.º do CC) os actos de disposição e administração dos bens integrantes da massa insolvente praticados, pelo inabilitado, sem a devida autorização?

A doutrina tem apontado soluções diversas. Para Maria do Rosário Epifânio¹⁰⁰ o problema só se verifica até ao encerramento do processo (art 233º, nº 1 al. a)) porque, com o encerramento, cessam os efeitos da declaração de insolvência, com a excepção dos que

⁹³ No caso de o curador actuar como representante do inabilitado, tutelando os seus interesses, é necessário que respeite os formalismos do art.154º, nº2 do CC, ou seja, a criação de órgãos de fiscalização para supervisionar comportamento do curador.

⁹⁴ Do art.190º, nºs1 e 2 resulta que a nomeação e a destituição do curador são tarefas do juiz que são registadas officiosamente nos termos do art.189º, nº3. O CIRE não nos indica quais os critérios a ter em conta quer quanto a nomeação, quer quanto à destituição. Assim, deve recorrer-se subsidiariamente às normas do CC, mais precisamente ao art.156º que nos remete para o regime das interdições (arts.1931º, 1933º, 1934º, 1948º e 1949º do CC.) - Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Código* 2008, p. 627-628, notas 4 e 5.

⁹⁵ Neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Colectânea* pp. 267-268.

⁹⁶ Sobre o regime das inabilitações civis, *vide*, FERNANDES, LUÍS, CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil* — 1ª edição, vol. I T.I, AAFDL, Lisboa, 1983, pp. 345-349.

⁹⁷ Excepcionalmente, a administração da massa insolvente pode ser confiada ao próprio insolvente se estiverem preenchidos os requisitos do art.224º do CIRE mas sempre sob a orientação do administrador de insolvência, nos termos do art.216º do CIRE.

⁹⁸ A Lei nº32/2004, de 22 de Julho consagra o estatuto do administrador de insolvência.

⁹⁹ O administrador de insolvência, em representação do insolvente, administra e dispõe dos bens que integram a massa insolvente desde o momento em que a sentença declara a insolvência (art.150º, nº1) até findar o processo, como dispõem o art.233º, nº1, al. b), para salvaguarda dos bens da massa e assegurar os interesses dos credores concursais. Nesta medida, o administrador actua sob a fiscalização do juiz (art.58º), com a colaboração e fiscalização da comissão de credores (arts.55º, nº1 e 68º, nº1), podendo ainda contar com a colaboração de técnicos, auxiliares e até do próprio devedor (art.83º, nº1, al. c)) como dispõe o art.55º, nº3 do CIRE. Porém, em caso algum poderá o administrador substabelecer tais poderes. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual* 2011, pp. 84-94.

¹⁰⁰ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual* 2011, pp. 128-129.

resultam da qualificação da insolvência como culposa de onde pode resultar uma das situações previstas no art 189º, nº 2 al. b) a d) do CIRE. Assim, entende a Autora que, enquanto o processo não terminar, o curador só pode actuar relativamente a bens que não integrem a massa insolvente¹⁰¹ e se o devedor praticar actos de administração ou disposição desses bens, sem autorização do curador, serão anuláveis nos termos da lei civil. Note-se que cabe ao administrador de insolvência actuar conforme o art 81º do CIRE, isto é, dispor e administrar os bens da massa insolvente¹⁰². Caso o insolvente pratique actos sobre os bens que integram a massa insolvente, sem a devida autorização, serão ineficazes¹⁰³ por força do art 81º, nº 6 do CIRE. Para Coutinho de Abreu¹⁰⁴ esta ineficácia é absoluta quando os actos¹⁰⁵ envolvam bens que componham a massa insolvente.

Catarina Serra entende que caso o devedor insolvente seja o inabilitado, por já se encontrar designado um administrador de insolvência deve esse mesmo ser nomeado curador. Caso não seja possível atribuir à mesma pessoa as funções de administrador de insolvência e curador, entende a Autora que a actuação do curador deve ser secundária, na medida em que a administração dos bens pertencentes à massa insolvente são da exclusiva competência do administrador de insolvência¹⁰⁶.

¹⁰¹ Neste sentido, também FERNANDES, Luís Carvalho, *op. cit.*, p. 102.

¹⁰² A administração da massa insolvente pelo administrador de insolvência não é afectada pela qualificação de insolvência como culposa, neste sentido, ABREU, J. M. Coutinho, *op. cit.*, pp. 132 e ss.

¹⁰³ O termo ineficácia, com os seus contornos actuais, surgiu por influência da Lei Alemã e veio substituir o termo utilizado no art.155º do CPREF “inoponibilidade”, neste sentido, SERRA, Catarina, *op. cit.*, *O Novo Regime Português da Insolvência*, p. 31. Já a Lei Espanhola não consagra o regime da ineficácia mas sim da anulabilidade actos de acordo com o art.40º,7. da Ley 22/2003 de 9 de Julio, para um estudo mais aprofundado, LAVIÑA, Jaime Mairata, *Los Efectos del Concurso en la Ley Concursal en la Ley Concursal*, in: “Derecho concursal — Estudio Sistemático de la Ley 22/2003, de 9 de Julio y de la Ley 8 /2003, para a La reforma Concursal,” Dilex, Madrid, 2003, p. 285.

¹⁰⁴ No CPREF mesmo estando em causa bens da massa falida a ineficácia era relativa, *vide*, ABREU, J. M. Coutinho, *Providências de Recuperação de Empresas e Falência (Apontamentos de Direito Português)*, in: “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. LXXIV, pp. 125-126.

¹⁰⁵ O acto em si é eficaz vinculando as partes, mas ineficaz em relação à massa insolvente como dispõe o nº6 do art.81º. Nesta medida, os bens da massa insolvente respondem por aquilo que foi prestado de acordo com as regras do enriquecimento sem causa nos termos dos arts.473º e ss do CC. Estes actos ineficazes podem converter-se em eficazes se, cumulativamente, se preencherem as al. a) e b) do nº6, do art.81º, ou seja, forem actos celebrados a título oneroso com terceiros de boa fé e praticados antes do registo da sentença que declara a insolvência (art.38º, nºs2 als. a), b), c), 3 e 8) e desde que não sejam actos relativos ao art.121º, isto é, actos que possam ser resolvidos em benefício da massa insolvente. Outra possibilidade de converter os actos ineficazes em eficazes é quando o processo encerra nos termos do art.233º, nº1 al a) e b) do CIRE, porque o encerramento dá “lugar ao levantamento dos efeitos de declaração de insolvência em relação ao insolvente e em relação aos credores da massa insolvente”.

¹⁰⁶ Cfr. SERRA, Catarina, *op. cit.*, *O Novo Regime Português da Insolvência*, pp. 121 e ss.

Perfilhando tese oposta, Luís Carvalho Fernandes entende não fazer sentido que a mesma pessoa detenha as funções de administrador de insolvência e de curador porque, estando em causa massas patrimoniais distintas, entende justificar-se a separação de tais entidades¹⁰⁷.

3. Inconstitucionalidade da al. b) do n.º 2 do art 189.º

A al. b) do n.º 2 do art 189º do CIRE gerou muita discussão na doutrina e na jurisprudência, até que o Tribunal Constitucional decretou a inconstitucionalidade¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ desta norma que impõe que “na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente”, com força obrigatória geral¹¹⁰. Entendeu que tal normativo violava a Constituição da República Portuguesa, mais concretamente os arts 18º, n.º 2 e 26º, n.º 1¹¹¹, pondo também em crise o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, a inabilitação prevista no CIRE consagra uma situação de incapacidade patrimonial de cumprir obrigações vencidas (art 3º do CIRE)¹¹². Desta feita, não faz sentido que o regime das incapacidades civis seja aplicado ao insolvente, na medida em que esse

¹⁰⁷ FERNANDES, Luís Carvalho, *op. cit.*, *Qualificação*, p. 101.

¹⁰⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º173/2009, de 2 de Abril de 2009, publicado, no Diário da República, IS., de 4 de Maio de 2009, pp. 2518-2523.

¹⁰⁹ Uma vez que tinham sido proferidas três decisões em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade material (Acórdão n.º 564/2007; decisão sumária n.º 615/2007 e decisão sumária n.º 85/2008) o MP requereu, ao abrigo dos arts.281º, n.º3 da CRP e do 82.º da LTC, junto do Tribunal Constitucional, a apreciação do art.189º, n.º2 al. b) do CIRE, mas apenas em relação ao segmento aplicativo da norma “que impõe que o juiz, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial decretada insolvente”, deixando de fora os restantes sujeitos passivos (art.186º, n.º2).

¹¹⁰ O art.282º da CRP refere que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional - Cfr, CANOTILHO, Jorge J. Gomes/MOREIRA, Vital “*Constituição da República Portuguesa Anotada*” 4ª edição, revista, Coimbra Editora, 2007, p. 174.

¹¹¹ O Acórdão n.º564/2007 e a decisão sumária n.º85/2008 apontam como causa da inconstitucionalidade do art.189º, n.º2, al. b) a violação dos arts.18º e 26º da CRP, diferentemente a decisão sumária n.º615/2007 decidiu julgar inconstitucional o art.189º, n.º2, al. b) “quando aplicado a administrador de sociedade comercial declarada insolvente”.

¹¹² A este propósito escreve Rui Pinto Duarte: “A inabilitação é, no nosso Direito, uma figura próxima da interdição, destinada a ser aplicada a pessoas diminuídas por uma debilidade – não tão grave quanto as que justificam a interdição, cujo fim é a protecção da pessoa a quem é aplicada. A inabilitação regulada no CIRE pouco tem a ver com esta figura da inabilitação regulada no Código Civil”, vide, *op. cit.*, p. 147.

regime tem como finalidade acautelar uma “incapacidade natural”, que gera uma série de incapacidades pessoais de gozo, de exercício e mesmo de agir. O instituto civilístico tem como objectivo preservar os interesses dos incapazes. Pelo contrário, o principal objectivo do CIRE não é acautelar os interesses do insolvente, mas sim assegurar os interesses dos credores, através de mecanismos próprios dos arts 81º e seguintes¹¹³.

O Tribunal Constitucional entendeu ainda que a inabilitação (art 189º, nº 1, al. b)) não contribui para a “defesa dos interesses gerais do tráfego”, mais concretamente para acautelar os interesses de futuros credores, na medida em que estes não poderão invocar a invalidade dos actos praticados pelo insolvente¹¹⁴.

Aliás, o TC entendeu que a norma do art 189º, nº 2, al. b) é desproporcional pois estabelece “uma restrição à capacidade civil do sujeito afectado” e considerou que tem “um alcance punitivo, traduzindo-se numa verdadeira pena para o comportamento ilícito e culposo do sujeito atingido”.

Apesar de decidir pela inconstitucionalidade com base nos argumentos supra descritos, há que atentar às diversas posições assumidas por três dos Relatores do TC, cujas declarações de voto se encontram anexas ao Acórdão: duas no sentido da inconstitucionalidade da norma do 189º, nº 2, al. b), comportando, porém, fundamentações diferentes da do Tribunal Constitucional e uma terceira declaração com voto vencido no sentido da constitucionalidade da norma em questão.

O relator Joaquim de Sousa Ribeiro¹¹⁵, no Acórdão em causa (AC. nº 173/2009, de 2 de Abril de 2009), considerou que o requerimento da declaração de inconstitucionalidade do art 189º, nº 2 al. b), apresentado pelo MP, não abrangia toda a extensão desta norma. O

¹¹³ Veja-se os Ac. Rel. Coimbra, de 28 de Outubro de 2008, (Artur Dias), “Esta inabilitação prevista no CIRE não visa a protecção e defesa do inabilitado, não se destina à defesa dos interesses dos credores e nada acrescenta à defesa da integridade da massa insolvente, além de que nada contribui para a defesa dos interesses gerais do tráfego comercial” e “Trata-se, portanto, de uma restrição à capacidade civil do insolvente que, tendo também presente a globalidade dos efeitos da insolvência e, em particular, a inibição para o exercício do comércio, tem de se considerar inadequada e excessiva, conduzindo à conclusão de que o art.189º, nº2, al b), do CIRE, está em desconformidade com o art.26º, nºs 1 e 4, conjugado com art.18º, nº2, ambos da Constituição da República Portuguesa.” e Ac. Rel. Porto de 23 de Março de 2009, (Gonçalves Ferreira), e Ac. Rel. Coimbra de 17 de Fevereiro de 2009 (Távora Vítor).

¹¹⁴ A possibilidade de arguir a invalidade de acto praticado pelo insolvente é uma das tarefas do curador, sobre as funções do curador, vide, HÖRSTER, Ewald Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português* (Teoria Geral do Direito Civil), 6.ª edição, reimp., Almedina, Coimbra/Porto, 2011, p.344.

¹¹⁵ Veja-se a sua declaração de voto, *in* Acórdão do Tribunal Constitucional nº173/2009, de 2 de Abril de 2009, publicado, no Diário da República, IS., de 4 de Maio de 2009, p. 2522.

relator entendeu não fazer sentido que a inconstitucionalidade se prendesse apenas com a inabilitação dos administradores das sociedades comerciais¹¹⁶ declaradas insolventes, considerando que o âmbito do requerimento deveria ter abrangido os restantes sujeitos passivos do art 186º, nº 2 do CIRE¹¹⁷.

Já para o relator João Cura Mariano¹¹⁸ o motivo que origina a qualificação da insolvência como culposa, e conseqüentemente a inabilitação, desencadeia-se pela conduta dolosa do administrador da sociedade insolvente. Desta feita, são “desadequadas” e “desnecessárias” as conseqüências da inabilitação na esfera pessoal do próprio administrador da sociedade, por não existirem razões para o privar de gerir o seu património pessoal. Assim sendo, o relator considera que a aplicação da inabilitação ao administrador, restringindo a sua capacidade civil (art 26º, nº1 da CRP), viola o princípio da proporcionalidade (art 18º CRP). No seu entendimento estes argumentos seriam suficientes para a declaração de inconstitucionalidade do art 189º, nº 2 al. b) do CIRE.

Posição oposta sustentou o relator Benjamin Rodrigues¹¹⁹ que entendeu que do instituto jurídico da inabilitação não resulta exclusivamente a satisfação dos interesses dos inabilitados, defendendo que aquele é atinente a assegurar a tutela jurídica e o tráfego comercial, fazendo questão de salientar alguns motivos assentes no Acórdão nº 564/2007, tais como: “...não poder deixar de reconhecer-se ao legislador - diversamente da administração... uma prerrogativa de avaliação...em casos destes, em princípio, o Tribunal não deve substituir uma sua avaliação da relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efectuada pelo legislador, ...”. Por estes motivos, não concorda com a inconstitucionalidade do art 189º, nº 2 al. b) do CIRE¹²⁰.

¹¹⁶ Para Coutinho de Abreu, a decisão do TC só afecta os administradores das sociedades, vide, *op. cit.*, p.136, nota 102.

¹¹⁷ Sobre esta temática, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual* 2011, pp. 129-130.

¹¹⁸ Veja-se a sua declaração de voto, *in* Acórdão do Tribunal Constitucional nº173/2009, de 2 de Abril de 2009, publicado, no Diário da República, IS., de 4 de Maio de 2009, p. 2522.

¹¹⁹ Veja-se o seu voto vencido, *in* Acórdão do Tribunal Constitucional nº173/2009, de 2 de Abril de 2009, publicado, no Diário da República, IS., de 4 de Maio de 2009, pp. 2522-2523.

¹²⁰ No mesmo sentido, veja-se o Ac. Rel de Guimarães de 11 de Janeiro de 2007 (Conceição Bucho) e o Ac. Rel. do Porto de 13 de Setembro de 2007 (José Ferraz), “As normas do art.189º, nº2, als. b) e c), do CIRE, quando estabelecem o dever de se decretar a inabilitação, bem como a inibição para o exercício do comércio e desempenho de determinados cargos, por determinado período (2 a 10 anos), das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência culposa, não são inconstitucionais.

Debatido o assunto, muito ficou por esclarecer. Assente, ficou que o Tribunal Constitucional (AC.nº173/2009) “declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do art 189º, nº 2, al. b) quando a sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a *inabilitação dos administradores* das sociedades comerciais” (itálico nosso).

Contudo, a inconstitucionalidade do preceito continua a ser alvo de viva controvérsia e, recentemente, o Tribunal Constitucional¹²¹ julgou também inconstitucional o art 189º, nº 2, al. b) “na medida em que impõem ao juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, que decrete a inabilitação da pessoa singular declarada insolvente”.¹²²

Esta inconstitucionalidade foi suscitada num caso concreto, mais precisamente no âmbito de uma decisão do Tribunal Judicial de Ponte de Lima que qualificou a insolvência como culposa. Cumprindo os trâmites legais, o juiz identificou a pessoa afectada de acordo com o art 189º, nº 2, al. a). Tratava-se de uma pessoa singular/comerciante em nome individual, em detrimento da qual decretou a inibição para o exercício do comércio e para ocupação de certos cargos por um período de 2 anos (art 189º, nº 2, al. c)). Contudo, o mesmo Tribunal recusou-se a aplicar a al. b), nº 2, do art 189º por a julgar inconstitucional e decidiu não decretar a inabilitação da pessoa em causa.

O MP veio a recorrer da decisão do Tribunal de Ponte de Lima. Tal recurso “consiste na apreciação da constitucionalidade da dimensão normativa contida na alínea b) do nº 2 do artigo 189º., na medida em que impõe ao juiz que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação da pessoa singular declarada insolvente,” isto é, “saber se o juízo de inconstitucionalidade deve valer também para aquelas situações em que, tal como no caso dos autos, se imponha a decretação da inabilitação da pessoa singular declarada insolvente”.

O entendimento do Tribunal Constitucional consistiu em declarar inconstitucional a al. b) do nº 2 do art 189º quando aplicada a pessoas singulares, fundamentando a sua decisão

¹²¹ Acórdão nº409/2011 do Tribunal Constitucional de 27 de Setembro, *In* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos20110409.html>.

¹²² A este propósito, veja-se o Ac. Rel. Porto de 15 de Julho de 2009 (Maria Catarina), “O art.189º, nº2, al. b) do CIRE é inconstitucional, não só nas situações directamente abrangidas pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral (em que o visado é o administrador de uma sociedade comercial declarada insolvente), mas também nas situações em que o sujeito visado é a pessoa singular que foi declarada insolvente.”

com recurso ao Acórdão nº 173/2009 (que considerou inconstitucional al. b) do nº 2 do art 189º com força obrigatória geral quando “na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decreta a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente”).

Na doutrina, Catarina Serra entende o art 189º, nº 2 al. b) como uma verdadeira “pena civil”¹²³ e sendo assim, a aplicação do regime da inabilitação com as consequências civis aplicado ao insolvente é desconforme, na medida em que afecta gravemente a sua capacidade civil e a esfera pessoal, gerando restrições excessivas.¹²⁴⁻¹²⁵ O próprio CIRE consagra mecanismos para punir o insolvente que culposamente contribuiu para a situação de insolvência, mais concretamente nas als. c) e d) do art 189º, nº 2: a inibição para o exercício do comércio bem como para a ocupação de cargos de titular de órgãos de sociedades comerciais, civis, associações, fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa (al c)) e a perda dos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente (al d))¹²⁶.

CAPÍTULO III - INIBIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO COMÉRCIO

1. Breve evolução histórica

A inibição resulta da sentença que declara a insolvência culposa. Não se trata de uma novidade, pois já existia no Código de Falências de 1935¹²⁷, nomeadamente no seu art 22,

¹²³ SERRA, Catarina, *op. cit.*, p. 71.

¹²⁴ Neste sentido vide, LEITÃO, *op. cit.*, p. 276.

¹²⁵ Por força do Ponto 40 do Preâmbulo do CIRE percebemos claramente, que o instituto da inabilitação surge no direito espanhol e é transposto para o direito português. Acontece que a inabilitação na lei espanhola apenas afecta a capacidade do inabilitado para administrar bens alheios e representar outras pessoas.

¹²⁶ A lei da insolvência oferece instrumentos idóneos para assegurar a necessária tutela dos interesses dos credores e a garantia geral da fluência do tráfego (nomeadamente pela medida definida na alínea c) do nº2 do art.189º do CIRE),...”- cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº173/2009, de 2 de Abril de 2009, publicado, no Diário da República, IS., de 4 de Maio de 2009, p. 2522.

¹²⁷ Note-se que já o Código Comercial de 1833 no art.29º apelava à inibição como meio para proibição do exercício do comércio. Entre 1833 e 1935 a proibição para o exercício do comércio não constou de outros diplomas e ficou esquecida. Sendo em 1935 que a questão volta a ser retomada, vide, SERRA

§1º¹²⁸ que estabelecia a inibição do falido para o exercício do comércio, no CPC de 1939 que transcreveu o preceito para o art 1158, §1º, e ainda no CPC de 1961, onde o art 1191º manteve a proibição do exercício do comércio. Mais tarde, em 1988, veio a ser criada uma comissão¹²⁹ que contribuiu para revolucionar as matérias falenciais. Por influência dessa comissão, foi criado o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falências¹³⁰, aprovado pelo Decreto-Lei nº 132/93, de 23 de Abril, que veio consagrar o regime da inibição/proibição legal para o exercício do comércio. Esta inibição resultava automaticamente da declaração de falência, independentemente do falido se tratar de pessoa singular ou pessoa colectiva¹³¹.

Em 1998 o CPEREF¹³² foi alvo de uma reestruturação que veio instituir a distinção dos casos de falência consoante o sujeito passivo (singular/colectiva). Se em causa estivesse uma pessoa singular, está era declarada imediatamente insolvente. Já se a situação de falência fosse causada por uma pessoa colectiva (gerentes, administradores, directores), o Tribunal ponderava o grau de culpa na criação de situação de falência, aplicando, se fosse caso disso, a inibição dos arts 126ºA, 126º B e 148º, nº 2 do CPEREF^{133 - 134}.

Catarina, *Efeitos da Declaração da Falência Sobre o Falido (após a alteração do DL nº315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)*, in: RDC, T. XLVII, nºs 274/276, 1998, p. 274.

¹²⁸ O art.22 §1.º do CF de 1935 decretava a inibição do falido para “o exercício do comércio, directamente ou por interposta pessoa, e bem assim para o desempenho das suas funções de gerente, director ou administrador de qualquer sociedade comercial ou civil.”

¹²⁹ Esta comissão elaborou um Diploma intercalar (D.L. nº10/90 de 5 de Janeiro), com o objectivo de completar o D.L. nº 177/86, mas foi com a proposta de Lei nº16/92, de 6 de Agosto que se viria a revolucionar as matérias falenciais, revogando-se, assim, as normas do CPC (1135º a 1325º), o D.L.n.º177/86, de 2 de Julho e o D.L. nº10/90, de 5 de Janeiro, surgindo o novo Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresas e de Falências, aprovado pelo D.L. nº132/93, de 23 de Abril.

¹³⁰ O regime da falência entre nós era limitado aos comerciantes até ao aparecimento do CPEREF, contrariamente ao que acontecia no sistema Alemão e Inglês em que a falência se aplicava a todos comerciantes ou não comerciantes, vide, SERRA, Catarina, *Falências Derivadas e Âmbito Subjectivo da Falência*, Coimbra Editora, 1999, pp. 39-76.

¹³¹ Neste sentido, ABREU, J. M. Coutinho, *op. cit.*, p.136.

¹³² O CPEREF foi alterado pelo D.L. nº 315/98, de 20 de Outubro.

¹³³ Por força do nº1 do art.148º do CPEREF (enumeração exemplificativa), a declaração de falência acarretava para os afectados a inibição para o exercício do comércio e a perda cargos em órgãos de sociedades, associações ou fundações privadas de actividade económica, empresas públicas ou cooperativa.

¹³⁴ A restrição para o exercício do comércio e para ocupação de certos cargos não era absoluta, sendo que era possível atribuir ao falido o exercício da actividade comercial e ocupação de certos cargos por força do nº3 do art148º do CEPEREF.

Longe desta distinção encontra-se, actualmente, o CIRE que determina que a inibição se aplica a “todos” (pessoas singulares/colectivas) desde que se verifique dolo ou culpa grave¹³⁵ na criação da situação de insolvência.

2. Regime jurídico

Do art 189º, nº 2, al. c) resulta o efeito de inibição¹³⁶ para o exercício de comércio por um período mínimo de 2 anos e máximo de 10 anos¹³⁷. Como salientamos, a lei não define quais os critérios a ter em conta para se apurar o período de inibição. Nesta medida, a doutrina¹³⁸ tem entendido que se deve atender ao grau de culpa e ao comportamento do próprio devedor.

Para Menezes Leitão¹³⁹ e Jorge Duarte Pinheiro¹⁴⁰ esta inibição não configura “uma incapacidade em sentido técnico”, pois entendem os Autores que se trata antes de uma “incompatibilidade” ou “restrição à capacidade” pela qualificação de insolvência como culposa. Também Coutinho de Abreu¹⁴¹ aponta no mesmo sentido: esta inibição não consiste numa incapacidade mas configura antes uma “incompatibilidade (absoluta) – impossibilidade legal do exercício do comércio”, ou seja, a pessoa afectada por tal inibição

¹³⁵ Neste sentido, SERRA, Catarina, *op. cit.*, *O Novo Regime Português da Insolvência*, p. 121.

¹³⁶ Respeitando a pessoas singulares, por força do art.189º, nº3 do CIRE, a inibição deve ser registada oficiosamente na Conservatória do Registo Civil nos termos do art.1º, nº1, al. n) do CRC. Será também registada oficiosamente na Conservatória do Registo Comercial, nos termos do art.9º, al. j) do CRC, quando se trate de comerciantes em nome individual.

¹³⁷ Atente-se que a inabilitação e a inibição são fixadas na sentença que qualifica a insolvência como culposa pelo juiz por um período temporário que tem como limite mínimo 2 anos e máximo 10 anos. Por força do nº3 do art.189º do CIRE inicia-se a contagem do período de inabilitação e inibição desde o trânsito da sentença ou do registo da mesma, a este propósito veja-se, o Ac. da Rel. Coimbra de 19 de Janeiro de 2010, (Isaiás Pádua), “Embora a lei não o diga expressamente, deve atender-se que o prazo de contagem da medida de inibição aplicada, à luz da al. c) do nº2 do citado art.189º, à pessoa afectada por aquela qualificação se inicia com a data do trânsito da sentença que a declarou, e mais concretamente com a data do seu registo na competente conservatória”.

¹³⁸ Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *op. cit.*, *Código 2008*, pp. 624-625-626, notas 8 e 9.

¹³⁹ Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 277.

¹⁴⁰ Cfr. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Efeitos Pessoais da Declaração de Insolvência* em Ruy de Albuquerque/António Menezes Cordeiro (org), “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Coimbra, Almedina, 2007, p. 214.

¹⁴¹ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho, *op. cit.*, p. 137.

fica impedida da prática de todo e qualquer exercício do comércio, por si ou por interposta pessoa.

Porém, Oliveira Ascensão entende que ao insolvente não está vedada a possibilidade de poder praticar actos de comércio isolados. Desta forma, pode entender-se que a inibição para o exercício do comércio apenas abarca o exercício do mesmo de forma profissional¹⁴².

3. Violação da inibição para o exercício do comércio

Como já analisámos, nos termos da Lei (art 189º, nº 2 al. c)), a sentença que declara a insolvência culposa pode decretar a inibição para o exercício do comércio por um período de 2 a 10 anos. Porém, a mesma Lei não aponta nenhuma sanção para o incumprimento desta imposição legal. Assim, poderá o inibido incumpridor adquirir a qualidade de comerciante? Na doutrina, o entendimento dominante aponta no sentido negativo¹⁴³. Há mesmo quem adiante soluções para a polémica, como é o caso de Maria do Rosário Epifânio¹⁴⁴, que entende que a solução se encontra no Direito Comercial. Para a Autora, o exercício do comércio não atribui a qualidade de comerciante. Cumpre, assim, notar que a inibição é um impedimento legal que resulta da declaração de insolvência culposa (fixado judicialmente por determinado período). Ao permitir-se a aquisição da qualidade de comerciante, viola-se a imposição legal.

No mesmo sentido, entende Coutinho de Abreu¹⁴⁵ que “não deve poder ostentar-se o título de comerciante e ter o correspondente estatuto quem está legalmente impedido”, justificando a sua posição com recurso à defesa das boas práticas comerciais¹⁴⁶.

¹⁴² Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, vol. I (Parte Geral), Lisboa, 1986/87, p. 195.

¹⁴³ ABREU, J. M. Coutinho, *op. cit.*, pp. 136-137, RAMOS, Elisabete, *op. cit.*, p. 489 e ainda EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual 2011*, p. 136.

¹⁴⁴ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *op. cit.*, *Manual 2011*, p. 133.

¹⁴⁵ Cfr. ABREU, J. M. Coutinho, *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁶ Relembre-se que esta discussão já agitava a doutrina nos anteriores diplomas. Veja-se a este propósito, ABREU, J. M. Coutinho, *op. cit.*, *Providências*, pp. 127-129 e SERRA, Catarina, *Efeitos da Declaração da Falência Sobre o Falido (após alteração do DL nº315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)*, in: *Scientia Iuridica*, T. XLVII, nºs 274/276, 1998, pp. 274-278.

Acrescente-se que a inibição pode também conduzir à proibição de ocupação de certos cargos para representação de órgãos de sociedades comerciais ou civis, associações, fundações privadas de actividade económica, empresas públicas e cooperativas.¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

CAPÍTULO IV - PERDA DOS CRÉDITOS

1. Noções preliminares e direito comparado

Este efeito é uma das novidades introduzidas pelo CIRE¹⁴⁹ e foi inspirado na Ley Concursal Espanhola, mais precisamente no art 172º, 2, 3.^{o150}, que dispõe: “Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

A crítica que gira em torno deste texto prende-se com a falta de critérios legais para determinar em que situações o pagamento é total ou parcial¹⁵¹, bem como com o facto de não estarem tipificados na LC os motivos para condenar os administradores. Como a norma foi copiada para a nossa Lei, o mesmo acontece no nosso ordenamento jurídico.

¹⁴⁷ A proibição de ocupação de certos cargos não constava do projecto (DL nº 132/93 de 23 de Abril) do CPEREF, mas Carvalho Fernandes e João Labareda defendiam tal solução, *vide*, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência Anotado*, 2ª edição, Quid juris, Lisboa, 1997, p. 374, nota 3.

¹⁴⁸ Para Maria do Rosário Epifânio, tanto o insolvente como os administradores do insolvente podem desempenhar o papel de accionistas, sócios de uma sociedade por quotas ou em comandita, desde que ao mesmo tempo não exerçam a função de membros de qualquer órgão de administração ou fiscalização – cfr. art. 414º-A, n.º1al. j) do CSC, *op. cit.*, *Manual* 2011 ,p. 134, nota 362. Para Catarina Serra o inibido pode ser membro de um (ACE) e de (AEIE), cfr, *op. cit.*, *O Novo Regime Português da Insolvência*, p.43.

¹⁴⁹ Semelhante à perda de créditos, o Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de Setembro) consagrava a “perda de direitos” com carácter punitivo (veja-se a este propósito os arts.204º, - perda total ou parcial da quota e 285º- perda das acções).

¹⁵⁰ Neste sentido, DUARTE, *op. cit.*, p. 147e GARAU, Guillermo, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵¹ Cfr. GARAU, Guillermo Alcover, *op. cit.*, p. 190.

Na doutrina, Rui Pinto Duarte¹⁵² entende que “Em qualquer caso de falência culposa, todas as “pessoas afectadas” por essa qualificação perderão os seus créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente qualquer que seja o grau da sua culpa, qualquer que seja o valor desses créditos, qualquer que seja a sua origem, qualquer que seja a época em que se constituíram! E no caso de terem recebido bens ou direitos em pagamento de créditos serão condenados à sua restituição, com igual desconsideração dos factores em causa”.

2.Regime jurídico

A perda dos créditos¹⁵³ é uma das consequências claramente desfavoráveis para o património dos afectados pela insolvência. Na sentença que qualifica a insolvência como culposa (art 189º, nº 2 al. d)¹⁵⁴) decreta a perda de créditos sobre a insolvência (art 47º do CIRE) ou sobre a massa insolvente (art 51º do CIRE)¹⁵⁵ e, consequentemente, a condenação das pessoas afectadas pela qualificação de insolvência como culposa, na restituição dos bens ou direitos recebidos em pagamento desses créditos.

Para Menezes Leitão,¹⁵⁶ “trata-se de uma situação de confisco-sanção, sendo retirados aos afectados pela qualificação, como penalização pela sua responsabilidade na insolvência”. Realmente, este efeito, tal como os outros, é uma forma de punir o insolvente, pois o insolvente contribuiu para a situação de insolvência. Neste âmbito, para o Autor, “caso já se tenha verificado o pagamento desses créditos” e ordenado na própria sentença a sua restituição, o administrador de insolvência não deve recorrer à resolução em benefício da massa insolvente nos termos dos arts 120º e seguintes do CIRE, cabendo apenas ao administrador de insolvência a cobrança de tais créditos.

¹⁵² Cfr. DUARTE, Rui Pinto, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵³ Relembre-se que este efeito (art.189º, nº2, al. d)) apenas deriva do incidente pleno que qualifica a insolvência como culposa ficando excluído do incidente limitado, aliás como resulta do art.191º, nº1, al. c).

¹⁵⁴ Este preceito do CIRE foi decalcado da Ley Concursal Espanhola do art.172º, nº2 e 3.

¹⁵⁵ Os créditos sobre a insolvência e sobre a massa insolvente (arts.47º e 51º do CIRE) ficam excluídos do pagamento aos credores nos termos do arts.172º e seguintes do CIRE- Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, p. 278.

¹⁵⁶ Cfr. LEITÃO, Luís Menezes, *op. cit.*, pp. 277-278.

Também Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁵⁷ entendem que a al. d), do n° 2 do art 189° comporta uma “sanção” para as pessoas afectadas pela qualificação de insolvência como culposa, na medida em que os seus comportamentos representam a causa directa da situação de insolvência. Deste prisma, não devem beneficiar dos créditos de que sejam titulares, sentenciando-se a sua perda ou a sua restituição.

¹⁵⁷ Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2006, p. 626, nota 10.

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO

A partir da sentença que declara o devedor insolvente é aberto oficiosamente o incidente de qualificação de insolvência, com carácter pleno ou carácter limitado. Em regra, o incidente de qualificação assumirá carácter pleno, pois o incidente limitado reporta-se apenas às situações em que existe insuficiência patrimonial do insolvente para satisfazer as dívidas da massa. O CIRE atribui relevância jurídica a esta insuficiência patrimonial nos arts 39º, nº 1 (insuficiência da massa insolvente) e 232º, nº 5 (encerramento por insuficiência da massa insolvente).

A finalidade subjacente à abertura do incidente é apurar a causa directa da situação de insolvência e, conseqüentemente, qualificá-la como culposa ou fortuita.

O CIRE estabelece pressupostos cumulativos para haver lugar à qualificação da insolvência como culposa: que a insolvência resulte de uma actuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos administradores, de direito ou de facto; que a conduta tenha sido praticada nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Contudo, a doutrina portuguesa acrescenta um pressuposto adicional. Para além dos já elencados, entende a doutrina dominante que se deve encontrar preenchido o nexo de causalidade entre o facto (a acção ou omissão dolosa ou com culpa grave) e o dano (a situação de insolvência).

Em auxílio do julgador, o CIRE estabeleceu uma série de presunções em que a insolvência será sempre havida como culposa (art 186º, nºs 2 e 3). Dentro deste elenco existem dois tipos de presunções, a saber: as presunções inilidíveis do nº 2 (presunções legais *iuris et de iure*) e as presunções ilidíveis do nº 3 (presunções legais *iuris tantum*).

Por outro lado, a lei é omissa relativamente à definição de insolvência fortuita. Assim, resta ao julgador qualificar como fortuita toda a insolvência que não puder ser qualificada como culposa nos termos do art 186º.

Qualificada a insolvência como culposa, pode vir a desencadear-se, para todos os afectados, uma série de efeitos pessoais e patrimoniais. De acordo com o disposto no art 189º, nº 2, a sentença que qualifica a insolvência declara a inabilitação das pessoas afectadas, pelo período de 2 a 10 anos (alínea b)), declara essas pessoas inibidas para o

exercício do comércio, por igual período, 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 (alínea c)) e, por fim, determina 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 (alínea d)).

Contudo, o cerne da questão reside na constitucionalidade da alínea b) do nº 2 art 189º. Desde cedo foi posta em causa a constitucionalidade da sanção de inabilitação, à luz dos arts 18º, nº 2 e 26º, nº 1 da CRP, quando aplicada aos administradores de sociedades insolventes, em consequência de uma sentença de qualificação da insolvência como culposa.

Actualmente, a jurisprudência e a doutrina questionam também a constitucionalidade do restante segmento aplicativo da norma, relativo aos outros sujeitos passivos (pessoas singulares). Nestes termos, tem sido reclamada a fiscalização concreta da constitucionalidade da norma na parte em que consagra a inabilitação das pessoas singulares (para administrar o património pessoal).

Consciente dos problemas jurídicos que a norma levanta, o legislador nacional elaborou, recentemente, um anteprojecto de revisão do CIRE que apresenta uma redacção bastante mais congruente e harmoniosa com o diploma que lhe serviu de inspiração, a Ley Concursal, onde se pode ler agora “Decretar a inabilitação das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos”.

BIBLIOGRAFIA*

- ABREU, Jorge M. Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 6ª edição (2006) e 7ª edição (2009), Almedina, Coimbra.
- ABREU, Jorge M. Coutinho, *Providências de Recuperação de Empresas e Falência (Apontamentos de Direito Português)*, in: “Boletim da Faculdade de Direito”, vol. LXXIV, pp. 107-129.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Comercial*, vol. I (Parte Geral), Lisboa, 1986/87.
- CALLE, Borja García-Alamán de la, *Aspectos Civiles de la Calificación del Concurso*, in *Comentarios a la Ley Concursal*, coordenadores, Luís Fernández de la Gândara e Manuel Mª Sánchez, Álvarez, Colección Garrigues, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- CANOTILHO, José J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, 4ª edição, revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência in: “O Direito”*, ano 137, 2005, pp. 465-506.
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, 2.ª edição, revista, Almedina, Coimbra, 2007
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª edição, Coimbra, 2007.
- COSTEIRA, Maria José, *Novo Direito da Insolvência in: “Revista Themis”*, 2005, pp. 25-42.
- CUNHA, José Manuel Vieira, *Apontamentos sobre a Tramitação do novo Processo de Insolvência in: “Maia Jurídica”*, Jan. - Jun., de 2005, ano III, n.º 1, pp. 1-32.

* A Jurisprudência foi consultada no site <http://www.dgsi.pt>.

- DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor* in: “Themis”, 2005, pp. 131-150.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência Sobre o Insolvente e Outras Pessoas* in: “Estudos de Homenagem ao Senhor Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita”, vol. I, Coimbra Editora, 2010, pp. 798-825.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Leis da Insolvência e da Recuperação das Empresas*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2005.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 2ª edição (2010) e 3ª edição (2011), Almedina, Coimbra.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, edição PUC, Porto, 2000.
- FERNÁNDEZ, Inés Fernández, *De La Calificación Del Concurso*, in “Estudios Sistemáticos”, Madrid, 2004, pp. 257-273.
- FERNANDES, Luís 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 = Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência”, Quid Juris, 2009.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Efeitos Substantivos da Declaração de Falência* in: DJ, vol IX, tomo 2, 1995, pp. 19-49.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na Evolução do Regime da Falência no Direito Português* in: “Revista de Direito e Estudos Sociais”, 1997, n.º 1-2-3 = “Estudos em Memória do Professor Doutor Marques dos Santos”, vol. I, pp. 1184-1221 = “Colectânea de Estudos da Insolvência”, Editora Quid Juris, Lisboa, 2009.
- FERNANDES, Luís, Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil* —1ª edição, vol. I T.I, AAFDL, Lisboa, 1983.
- FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008.

- FERNANDES, Luís Carvalho / LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência Anotado*, 2ª edição (1997), 3ª edição (1999), Quid Juris, Lisboa.
- FERNANDES, Luís Carvalho / LABAREDA, João, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris Editora, Lisboa, 2009.
- FRADA, Manuel A. Carneiro, *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência in: “Revista da Ordem dos Advogados”*, ano 66, Setembro, 2006, pp. 653-702.
- GARAU, Guillermo Alcover, *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal*, in: “Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal”, Dirección de R. Garcia Villaverde-A. Alonso Ureba- J. Pulgar Ezquerria, Editorial Dilex, S. L. 2003, pp. 487-503.
- GARAU, Guillermo Alcover, *La Calificación del Concurso*, in “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”, Madrid, 2002.
- GARCÍA-Cruces, José António, *Comentario de la Ley Concursal* (tomoII), org. Rojo/Ángelo, Beltrán, Emilio, Thomson, 2004.
- HÖRSTER, Ewald Heinrich, *A Parte Geral do Código Civil Português* (Teoria Geral do Direito Civil), 6.ª edição, reimp., Almedina, Coimbra/Porto, 2011.
- LAVIÑA, Jaime Mairata, *Los Efectos del Concurso en la Ley Concursal en la Ley Concursal*, in: “Derecho concursal — Estudio Sistemático de la Lei 22/2003, de 9 de Julio y de la Ley 8 /2003, para a La reforma Concursal”, Dilex, Madrid, 2003.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2ª edição (2005), 5ª edição (2009), Almedina, Coimbra.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2009.
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 14ª edição (2004) e 19ª edição (2011), reimp., Coimbra, Almedina.
- MARTINS, Luís M., *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, Texto da Lei, Notas Remissivas, Jurisprudência, Almedina, 2010.
- MARTINS, Luís M., *O Incidente de Qualificação da Culpa*, disponível em: www.insolvencia.pt/artigos/1920-a-insolvencia-e-o-incidente-de-qualificação-da-culpa.html.

- MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Rui Estrela, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência* in: “O Direito”, vol. V, ano 142, 2010, pp. 931-987.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *Efeitos Pessoais da Declaração de Insolvência* em Ruy de Albuquerque /António Menezes Cordeiro (org), “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 207-223.
- RAMOS, Elisabete, *Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores*, in: “Boletim da Faculdade Direito de Coimbra”, vol. LXXXIII, 2007, pp. 449-489.
- SERRA, Catarina, *Alguns Aspectos da Revisão do Regime da Falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro*, in: “Scientia Juridica”, T. XLVIII, n.ºs 277/279, 1999, pp. 183-206.
- SERRA, Catarina, *As Novas Tendências do Direito Português da Insolvência – Comentário ao Regime dos Efeitos da Insolvência Sobre o Devedor no Projecto do Código da Insolvência*, em António Cândido de Oliveira, “Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho”, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 203-228.
- SERRA, Catarina, “*Decoctor ergo fraudator*” - *A Insolvência Culposa; (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in: “Cadernos de Direito Privado”, n.º 21, Jan. – Mar., 2008, pp. 54-71.
- SERRA, Catarina, *Efeitos da Declaração da Falência Sobre o Falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)*, in: “Scientia Iuridica”, T. XLVII, n.ºs 274/276, 1998, pp. 267-313.
- SERRA, Catarina, *Falências Derivadas e Âmbito Subjectivo da Falência*, Coimbra Editora, 1999.
- SERRA, Catarina, *Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- SERRA, Catarina, *Insolvência e Registo Predial* (a propósito das alterações do DL n.º 116/2008, de 4/7), in: “Scidentia Ivridica”, Jan. - Mar., 2009, Tomo LVIII, n.º 317, pp.81-103.
- SERRA, Catarina, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Direito Registral*, in: Vários Autores, “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais”- “Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 2.ª edição (2007), 3ª edição (2009), 4ª edição (2010), reimp., Almedina, Coimbra.
- SILVA, Fátima Reis, *Algumas Questões Processuais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - uma primeira abordagem*, publicado in *Conhecer o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, IDET – Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Miscelâneas, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 51-80.

Índice

SIGLAS	3
APRESENTAÇÃO	4
CAPÍTULO I - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	6
1. Introdução	6
2. A insolvência culposa	7
3. Tipos de incidente	12
3.1. O Incidente pleno	14
3.1.1. Âmbito de aplicação	14
3.1.2. Tramitação	14
3.1.3. Efeitos	17
3.2. O incidente limitado	17
3.2.1. Âmbito de aplicação	17
3.2.2. Tramitação	18
3.2.3. Efeitos	19
CAPÍTULO II – INABILITAÇÃO	20
1. Noções preliminares e direito comparado	20
2. Regime jurídico	21
3. Inconstitucionalidade da al. b) do nº 2 do art 189.º	24
CAPÍTULO III - INIBIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO COMÉRCIO	28
1. Breve evolução histórica	28
2. Regime jurídico	30
3. Violação da inibição para o exercício do comércio	31
CAPÍTULO IV - PERDA DOS CRÉDITOS	32
1. Noções preliminares e direito comparado	32
2. Regime jurídico	33

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO.....	35
BIBLIOGRAFIA	37