

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Centro Regional do Porto

Escola de Direito

Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa

Da Falência

Punitiva à Insolvência Reconstitutiva

Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios

Autor:

José Manuel dos Santos Barquinha Branco

Orientadora:

Mestre Maria do Rosário Epifânio

*Em todos os tempos e por todos os lugares as leis sobre quebras
envelhecem cedo, sob o desgaste da malícia humana.*

(Pedro Macedo)

Lista de abreviaturas e siglas empregues

Ac / Acs	Acórdão / Acórdãos
AI	Administrador da insolvência
Al / Als	Alínea / Alíneas
Art / Arts	Artigo / Artigos
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cf	Confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
EIRL	Estabelecimento individual de responsabilidade limitada
FGS	Fundo de Garantia Salarial
L	Lei
LC	Ley Concursal
LGT	Lei Geral Tributária
MoU	Memorandum of Understanding
MP	Ministério Público
N	Nota

P	Página
Proc	Processo
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
ROC	Revisor oficial de contas
RP	Tribunal da Relação do Porto
SS	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TOC	Técnico oficial de contas
Vg	Verbi gratia / por exemplo
Vol.	Volume

Introdução

A qualificação da insolvência, instituto jurídico em vigor desde 15-09-2004, foi criada pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas¹ aprovado pelo DL 53/2004, de 18/3, com a intenção declarada² de obter “uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas”³. Ao contrário do que induz a antecedente afirmação, o legislador não assumiu uma solução *Deus ex machina* para atalhar ao drama⁴ da insolvência e das suas gravosas consequências patrimoniais para os credores. Inspirou-se em duas fontes contemporâneas à elaboração do CIRE, uma do direito constituído pátrio, outra de previsão similar de recente apresentação no direito espanhol.

Essas duas realidades não explicam a escolha desse objetivo programático, nem os fundamentos e consequências da qualificação da insolvência como culposa, a buscar na resposta do Direito ao fenómeno da falência⁵ a cada momento histórico. Um lastro evolutivo de séculos revelará as soluções encontradas para tutela dos credores⁶, na tensão entre as reações de punição e as de ressarcimento. Adivinha-se um caldo comum de soluções que o lento labor dos séculos desdobrou em sanções penais e reações civis, com refinamento acentuado da execução universal, em detrimento da execução singular comum, quase intocada. Seguiremos em busca das funções asseguradas pelo instituto da qualificação da insolvência, seus limites e natureza, quem deve temer a sua existência e que apoio concede aos credores na insolvência enquanto instrumento de responsabilização patrimonial.

¹ Diploma no presente texto referido como CIRE e a que se reporta cada norma citada, salvo indicação diversa.

² Mas não patente no plano das consequências concretas, por omissão “do direito dos credores concursais a exigir uma indemnização a outros sujeitos passivos para além do insolvente, quando impossibilitados de obter a satisfação integral dos seus créditos” (EPIFÂNIO, 2005, 202).

³ §40 do preâmbulo, cuja leitura pode induzir em erro quanto ao âmbito de aplicação da qualificação parecendo restringi-la a situações de gestão de entes coletivos quando o regime do incidente permite a afetação de pessoas corpóreas não titulares de atividade empresarial (vg Ac RE de 26-01-2012). São mais raros os casos de afetação de devedores meras pessoas singulares e as questões doutrinárias e práticas mais candentes são fruto da opacidade da empresa em relação aos credores e inerente dificuldade na perceção de quem formou a vontade que a pessoa coletiva exteriorizou. Ao longo do texto irá abordar-se a qualificação da insolvência na ótica da sociedade comercial devedora declarada insolvente colocando-se a questão de quem mais poderá ser responsável pelo dano do incumprimento tornado definitivo, questão que apenas faz sentido na hipótese de dissociação entre devedor e respetivo administrador (conceito que os arts 6º e 19º ampliam aos titulares do órgão social competente para a administração ou liquidação, não se cingindo à sociedade anónima).

⁴ Parte do drama é a desconstrução dos direitos individuais de ação que a insolvência implica, pelo chamamento do universo de credores a um processo no qual será reestruturada a forma do seu ressarcimento (FINCH, 2009, 9).

⁵ Do latim *fallere*, com o significado de faltar ou falhar (CASTRO, 2013, 29). Parecendo mero capricho a evolução semântica a cada nova reorganização das soluções legais e conscientes da variação de significados consoante o tempo e o lugar (CAEIRO, 1996, 85), assumimos o uso indiferenciado dos termos quebra, insolvência (o coevo) ou falência para designar um mesmo fenómeno, o da impossibilidade terminal no cumprimento das obrigações vencidas (3º/1).

⁶ “*The shape of modern corporate insolvency law is as much a product of past history and accidents of development as of design*” (FINCH, 2009, 9).

Capítulo 1: A figura da qualificação da insolvência

1.1 Evolução da resposta jurídica à falência

É milenar a associação do instituto da falência à punição, em moldes que hoje parecerão extremos. No primitivo direito romano a questão era sanada no plano da vingança privada, ficando o devedor à mercê da força e da represália que sobre ele estivesse em condições de exercer o credor. Em primeiro esforço de regulação a “Lei das XII Tábuas”⁷ tipificou como consequências para o incumprimento a reclusão do inadimplente, a sua escravatura e venda em benefício do credor e, numa hipótese extrema de concursabilidade⁸, um autêntico rateio *post mortem*, seccionando-se o devedor em função da proporção detida por cada credor.

A tutela judiciária de então assegurava um duplo propósito, processual (a execução por dívida para ressarcir o credor) e penal (previa punição corpórea, privação da liberdade ou da vida).⁹ Aparentava-se mais ao que hoje se chamaria de execução para prestação de facto¹⁰ do que à atual execução como mecanismo de apreensão do património para sua liquidação em benefício do credor.

Subsequentes evoluções pela *Lex Poetelia* e pela *Lex Julia* afastaram as nefastas consequências corporais revertendo agora sobre o património do devedor, a apreender – *missio in possessionem* – ou a apresentar – *cessio bonorum* – o ressarcimento dos credores¹¹. No intervalo entre aquelas leis nasceu para o direito a figura da execução patrimonial, a venda do património do insolvente (*bonorum venditio*) cuja sedimentação ao longo de séculos traduz antecedente comum à atual liquidação na execução universal (insolvência) e à execução singular, mesmo esta uma evolução e restrição subsequente face aos princípios do direito romano.¹²⁻¹³

⁷ Cerca de 450 a.C., momento que assinala a transição da justiça privada para a institucionalização, com apresentação do devedor a um magistrado (SERRA, 2009, 26).

⁸ CORDEIRO (2014, 221) e, com mais detalhe, MACEDO (1964, 21-26).

⁹ Mais do que prisão por dívidas ou castigo corporal pelo incumprimento, a solução encontrada reflete uma conceção da responsabilidade filiada na pessoalidade: era a própria pessoa do devedor a garantia das obrigações em vez da atual conexão ao património (MACEDO, 1964, 23). Em coerência ocorria transmissão da dívida aos herdeiros, a par do património da família.

¹⁰ Por recurso aos mecanismos de coerção o credor procurava obter o cumprimento por parte do devedor ou de outrem que remisse a dívida. Por essa altura não estava disponível uma conceitualização nem um procedimento dirigidos à execução patrimonial, sendo a execução pessoal (SERRA, 2009, 27).

¹¹ CORDEIRO (2014, 222).

¹² MACEDO (1964, 25) ilustra as inovações que permitem o salto da execução pessoal para a responsabilidade patrimonial: mecanismos como o síndico, a concordata de credores e a própria ação pauliana, avanços que

Na transição do medievo para a Idade Moderna, a ascensão das cidades Estado da atual Itália associa o fenómeno da falência ao exercício do comércio. A essencialidade do crédito vulgariza a atividade de prestamista e traz novos conceitos que se reinventam ao longo dos séculos: a *banca rotta*, quebra física da bancada no mercado operada pelos credores relativamente aos prestamistas incumpridores das suas responsabilidades financeiras é a evidência para o falido e para o público das consequências da falência. Perdura o aforismo romano *decoctor ergo fraudator* e prevê-se a punição criminal do autor da fraude¹⁴ e de quem o encubra. Depuram-se conceitos como a impugnação de atos prévios ao estado de falência presumidos prejudiciais, a publicidade ou a possibilidade de deduzir oposição.

Em suma, há cerca de 500 anos, bem antes dos movimentos codificadores dos séculos XIX e XX no continente europeu, já existiam os pilares do processo de insolvência tal qual se encontram na generalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais. A par intui-se a causalidade entre o desenvolvimento mercantil e o progresso da regulamentação da falência: às potências marítimas italianas do Renascimento seguiu-se a elevação a potências mundiais de países como França, Inglaterra e Holanda, pelo fomento da manufatura ou das relações comerciais com a expansão marítima, na origem de movimentos legislativos que cuidaram das consequências do incumprimento irreversível.¹⁵

Sob Napoleão, a promulgação em França da parte do *Code du Commerce* de 1807 relativa à falência¹⁶ revelou-se contraproducente pelo acentuar das consequências punitivas¹⁷.

CORDEIRO (2014, 223) entende ainda não permitirem alcançar o requinte de verdadeiro processo concursal quando em causa a repartição pelos credores do património de comerciante sobre-endividado.

¹³ SERRA (2009, 28) descreve em detalhe um procedimento já jurisdicionalizado, concursal, de deliberação coletiva, agora focado na liquidação patrimonial, podendo ocorrer sancionamento ou não, consoante a gravidade ou culpa do devedor.

¹⁴ Já sem a pena de morte (MACEDO, 1964, 27-28).

¹⁵ MACEDO (1964, 29-33) refere um primeiro estatuto de bancarrota na Inglaterra, sob Henrique VIII, uma Ordenança da cidade de Amesterdão de 1659 e a preocupação francófona na punição das bancarrotas fraudulentas, só tardiamente secundada com o cuidado civilístico do ressarcimento dos credores. Sob Luís XIV e Colbert acentua-se esta última vertente pela *Ordonnance* de 1673 que inclui sob o *Titre XI: Des faillites et banqueroute*, disposições que prefiguram soluções transversais aos processos falimentares contemporâneos: fixação da data da falência, ónus para o devedor de atestar dívidas e ativos, retorno à massa de bens transmitidos por fraude, soberania do coletivo de credores em função dos créditos, suprimento do consentimento, privilégios creditórios, liquidação do ativo, possibilidade de julgar fraudulenta a falência do devedor que não apresentasse a respetiva escrituração, passível de pena de morte, a par de sanções para colaboradores na dissipação de ativos (RICHARD, 2010, 1).

¹⁶ O Livro III, com epígrafe *Des faillites et des banqueroutes*, regula a falência comercial em contornos similares ao direito falimentar moderno (MACEDO, 1964, 32).

¹⁷ “Para evitar a sua condenação, o falido escondia a sua escrita e falseava os elementos entregues ao síndico. Como a declaração de falência importava a prisão, exigiam-se formalidades que o falido fazia demorar indefinidamente” (MACEDO, 1964, 32).

Em Portugal os diplomas clássicos – Ordenações – não conferiam especial detalhe à quebra. Previam sanção penal para a fraude e exculpação da falência fortuita¹⁸. Existia execução singular mas não concursabilidade, pelo que era crucial a pronta reação do credor perante o incumpridor. Na versão mais evoluída (Ordenações Filipinas) havia diferenciação em atenção à culpabilidade na quebra¹⁹. À subtração ilegítima de bens pelo devedor poderia corresponder pena de degredo ou morte.

O próximo salto qualitativo proveio do Código Comercial de 1833, preparado por Ferreira Borges à luz das codificações holandesa e francesa e das questões que a respetiva aplicação suscitara²⁰. Com extensiva regulamentação da quebra (para o comerciante impossibilitado de realizar os pagamentos devidos ou em fuga), obrigava o comerciante falido a apresentar-se à falência em 3 dias e a revelar a sua causa. A inibição de administração dos seus bens é suplantada pela curadoria e negócios recentes prejudiciais à massa podem ser anulados. A quebra seria qualificada e previa-se a punição de cúmplices. Na falta de apresentação do falido o tribunal inicia o processo oficiosamente ou a pedido de credor comercial. Este normativo não concitou os favores da comunidade jurídica cedo se iniciando movimentos para a sua alteração, operada em 1888 pelo denominado Código de Veiga Beirão. Elevou-se para 10 dias o prazo da apresentação obrigatória, sendo determinantes da falência a cessação de pagamentos ou a manifesta insuficiência do ativo²¹. O falido sofria interdição civil suprida pelo administrador e curador fiscal. De fugaz vigência, o diploma foi substituído pelo Código de Falências de 1899, seguidamente integrado no Código de Processo Comercial. Aqui se previam tribunais especializados para declarar a falência de quem cessava os seus pagamentos, abandonava o estabelecimento, fugia aos credores ou padecia de insuficiência de ativos para suportar obrigações vencidas. A par da apresentação do devedor ou do pedido de credor, também o Ministério Público tinha legitimidade ativa nos casos de fuga ou abandono do estabelecimento²². É imposta a obrigação de entrega da escrituração e o falido é interditado, agindo por si administrador nomeado pelo juiz. A instância desenvolvia-se em apensos consoante as necessidades concretas, um deles tendo por objeto a indicição do falido e a classificação da falência²³. Noutros apensos fixava-se a data da falência ou tramitava-se o

¹⁸ CORDEIRO (2014, 209).

¹⁹ A quebra poderia ser fraudulenta, culposa ou casual (MACEDO, 1964, 38).

²⁰ MACEDO (1964, 42).

²¹ *Idem*, 45.

²² Esta magistratura vê definida competência no acompanhamento e controlo dos processos de falência (MACEDO, 1964, 49), expressão de um interesse público cujo reconhecimento irá perdurar até ao presente (vide infra n 33).

²³ Vide supra n 19.

incidente para reabilitar o falido. Quando detetada atuação culposa, determinava-se a abertura de uma instância criminal autónoma.

A evolução seguinte, menos inovadora, foi executada em duplo momento pelo Código de Falências de 1935, transposto em 1939 para o corpo do Código de Processo Civil, com alguns aditamentos. A novidade substantiva mais notada é a partição entre os conceitos de falência e de insolvência, este reportado a quem não seja comerciante.

Por acaso ou por associação a um diploma com vocação de estabilidade como é o CPC, a disciplina falimentar consolidou-se por quase meio século, passando incólume por uma guerra mundial, uma guerra colonial e uma revolução na origem de uma Constituição da República empenhada em “abrir caminho para uma sociedade socialista”²⁴. A reformulação seguinte resultou do DL 177/86, de 2/7, merecedor de menção curta quanto a sua vigência, pois que logo substituído pelo Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, aprovado pelo DL 132/93, de 23/4.

Animado da intenção de “rever a antiquada legislação das falências, quase inteiramente desligada da sorte do devedor falido, à luz decantadora de uma época especialmente empenhada em garantir a sobrevivência dos empreendimentos rentáveis e em que é outra a dinâmica negocial exigida dos agentes económicos”²⁵, o novo diploma agrega duas formas processuais distintas, a falência e a recuperação de empresas, a primeira aplicável a pessoas singulares ou coletivas e a segunda passível de ser implementada através de meios legalmente definidos como concordata, acordo de credores, reestruturação financeira e gestão controlada. A recuperação traduz processo especial vedado ao devedor insolvente não titular de empresa (27º CPEREF) e admite-se a reabilitação do falido (238º-239º CPEREF).

A declaração de falência implica a inibição do falido para o exercício do comércio ou, no caso de sociedade, dos seus administradores, incluindo a titularidade de qualquer cargo em órgão de sociedade comercial ou em pessoas coletivas várias (148º CPEREF).

Em paralelo surgem tribunais especializados em Lisboa e Porto para as ações de falência e de recuperação de empresa e alteram-se as normas penais relativas aos crimes de insolvência.

²⁴ Preâmbulo da CRP.

²⁵ Preâmbulo do CPEREF.

1.2 Antecedentes próximos da qualificação da insolvência

1.2.1 No direito nacional

Infante de cinco anos por altura da aprovação do CIRE, a “responsabilização solidária dos dirigentes”²⁶⁻²⁷ estipulava que “no caso de falência de sociedade ou de pessoa coletiva, se para a situação de insolvência tiverem contribuído, de modo significativo, quaisquer atos praticados ao longo dos dois últimos anos anteriores à sentença por gerentes, administradores ou diretores, ou por pessoas que simplesmente as tenham gerido, administrado ou dirigido de facto, o tribunal deve, se assim for requerido pelo Ministério Público ou por qualquer credor, declarar a responsabilidade solidária e ilimitada das referidas pessoas pelas dívidas da falida e condená-las no pagamento do respetivo passivo” (art 126º-A/1 CPEREF).

Incorrendo no pecado de misturar provisões substantivas e adjetivas a norma instituía o que a doutrina designou de responsabilidade falimentar²⁸, tendo como sujeitos passivos um amplo espectro de destinatários, aí se incluindo a par dos responsáveis naturais – os gerentes ou administradores da pessoa coletiva – entes que apenas assumissem poderes de facto, uns e outros passíveis de condenação solidária e “ilimitada”²⁹ na satisfação do passivo da pessoa coletiva falida.

1.2.2 No direito comparado

A segunda fonte de inspiração encontrou-a o legislador nacional na *Ley Concursal*³⁰⁻³¹ que tem na *calificación del concurso*³² o recorte processual incidental cujo objeto é a apreciação da existência de atuação culposa na génese da insolvência.

²⁶ A denominação é da epígrafe do art 126º-A CPEREF, norma com escassa pronúncia jurisprudencial, ilustrada pelo Ac STJ de 03-02-2011 que entendeu inaplicável a responsabilidade no caso concreto.

²⁷ O DL 315/98, com início de vigência em 19-11-1998, aditou ao CPEREF os arts 126º-A a 126º-C, soluções inovadoras “que contribuíram para uma importantíssima alteração do regime falencial: o alargamento do âmbito dos responsáveis pela declaração de falência acompanhado da consagração de um conjunto de medidas tendentes à sua efetivação, que se traduzem num reforço da tutela dos credores concursais, a qual não se contenta com a mera responsabilidade patrimonial do falido e a privação do seu poder de disposição e de administração” (EPIFÂNIO, 2000, 142, n 3).

²⁸ *Idem*, 142.

²⁹ A responsabilidade sofre dupla limitação que exclui créditos de verificação omissa no processo de falência (vg créditos que o credor não tenha logrado reclamar tempestivamente) e a restringe à diferença entre o passivo considerado no processo e o apuro que resulte das operações de apreensão de bens e liquidação dos ativos.

³⁰ Aprovada pela L 22/2003, de 9 de *julio* e publicada no dia seguinte no diário oficial (BOE), entrou em vigor em 1/9/2004. O início de vigência quase simultânea da LC e do CIRE nos dois países teve como contraponto um período de *vacatio legis* bem mais dilatado da primeira.

Aberto oficiosamente por despacho do juiz quando o devedor obtenha com os credores acordo que determine perda de créditos superior a um terço, moratória excedente a três anos ou quando ocorra liquidação, o incidente é tramitado na sexta secção. Para esse apenso são transpostas as peças processuais relevantes (pedido de insolvência e sentença, documentação fornecida pelo devedor). São partes no incidente da LC os credores (sobre a insolvência ou a massa ou os que ainda não tenham exercido a pretensão creditícia), o devedor, o *Ministerio Fiscal*³³ e o *administrador concursal* (AI), incumbindo a este último apresentar parecer fundamentado e documentado com proposta de qualificação fortuita ou culposa, neste último caso com indicação das pessoas a afetar e dos que devam considerar-se *cómplices*³⁴.

A sentença de qualificação culposa nomeia as pessoas afetadas e as que sejam cúmplices e enuncia as consequências punitivas e ressarcitórias, compreendendo, quanto aos afetados, a inabilitação para administrar bens alheios ou representar outrem por 2 a 15 anos, perda de direitos e bens sobre a insolvência ou massa³⁵, indemnização por perdas e danos causados e cobertura do *déficit concursal*³⁶.

³¹ A doutrina é unânime na menção à colagem do legislador português ao espanhol (OLIVEIRA, 2010, 933; PEREIRA, 2011, 6). Este último inspirou-se, entre outros, na solução do art 126º-A do CPEREF (HERNANDO MENDÍVIL, 2013, 83).

³² Da previsão do art 163º ss LC.

³³ A figura equivalente ao MP em Espanha só intervém na secção 6ª do processo concursal, a da qualificação (VELA TORRES, 2005, 94; MIQUEL BERENGUER, 2012, 34). A importância do incidente para a *Fiscalia* revela-a a “*Instrucción 1/2013 sobre intervención del Fiscal en el proceso*” em aturado recorte do interesse público e social nesta prossecução, delimitação entre a esfera da qualificação e a intervenção penal e a posição dos magistrados no incidente. Entre nós rege o art 3º/11 da L 47/86, de 15/10. “Por esta norma que, sendo de competência, é também de legitimidade, o Ministério Público fica habilitado a intervir em qualquer processo que envolva interesse público. A menção dos processos de falência e de insolvência ilustra o tipo de acção em que, não existindo necessariamente pessoas que ao Ministério Público cumpra representar, se impõe a sua intervenção em homenagem a valores que podem circunscrever-se à segurança do comércio jurídico e à paz cívica. São, no fundo, razões paralelas às que justificam a criminalização da falência ou insolvência quando realizadas com fraude ou culpa” (RODRIGUES, 1999, 202). Com a atribuição de “intervir nos processos de falência e de insolvência e em todos os que envolvam interesse público”, que a doutrina brasileira lamenta faltar no Brasil (CASTRO, 2013, 198-201), o MP conduz acompanhamento transversal da acção e seus apensos muito além da mera reclamação de créditos em representação do Estado.

³⁴ Figura definida no art 166 da LC, inspirada no ordenamento penal mas diversa no seu conteúdo (HERNANDO MENDÍVIL, 2013, 59), permite a inserção no incidente de sujeitos que, *prima facie*, a ele não seriam chamados. Pela LC estes sujeitos não terão de satisfazer com os seus patrimónios o passivo a descoberto nem são inabilitados (MIQUEL BERENGUER, 2012, 114, 119). A atual previsão do incidente de qualificação no CIRE concederá menor amplitude por ter categorizado os sujeitos com legitimidade passiva no incidente em vez de se servir do conceito aberto cúmplice.

³⁵ Neste aspeto MIQUEL BERENGUER (2012, 120), dizendo-se minoritário, exige que algum interveniente peticione a inabilitação ou a perda, em vez de decorrer sempre de toda a sentença de qualificação culposa.

³⁶ Para a crítica do que diz redação infeliz das normas dos arts 172.2.3 e 172.3 (agora 172 bis) da LC, na medida da inclusão dos cúmplices na obrigação de devolver ativos à massa e indemnizar por perdas e danos, esta repetida no §3, vide MIQUEL BERENGUER (2012, 126). A distinção das consequências permite tramitação autónoma de pretensões indemnizatórias fundadas em ações de responsabilidade societária além do reclamado no concurso. A maioria na doutrina e jurisprudência defende a natureza punitiva da responsabilidade concursal na LC (GONZÁLEZ CABRERA, 2011, 360).

Nesta ocasião os demais ordenamentos jurídicos que nos são próximos não serviram de influência à figura da qualificação da insolvência, pois operam a responsabilização no âmbito do direito societário³⁷. O modelo espanhol foi adaptado na República Oriental do Uruguai, através da *Ley N° 18.387 (Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial)*, publicada em 3-11-2008³⁸. Contempla um incidente de qualificação da insolvência como fortuita ou culposa, esta com efeitos forçosos (inabilitação para administrar patrimônio próprio ou alheio, perda de direitos sobre a insolvência) e facultativos (condenação dos membros de órgãos de administração ou fiscalização a satisfazer o passivo deficitário no concurso e eventual prossecução penal)³⁹.

1.3 Enquadramento da qualificação da insolvência

Conhecendo duas soluções aptas a dissecar os motivos na gênese do estado de insolvência e a acionar o ressarcimento à custa de quem tivesse contribuído culposamente para tal situação, o legislador do CIRE renegou a previsão de responsabilização patrimonial solidária dos fatores da insolvência⁴⁰⁻⁴¹.

A versão inicial do art 189° apenas incumbia o juiz que se pronunciasse pelo caráter culposo da insolvência de decretar a inabilitação das pessoas afetadas⁴², de as inibir para o

³⁷ Os países de *common law* baseiam-se no reconhecimento judicial da extensão dos deveres fiduciários dos administradores para com os credores (VICENT CHULIÁ, 2006, 16) e convergem com o direito continental nas soluções. O Reino Unido evolui do *case law* para a codificação: o *Insolvency Act* de 1986 conjuga-se com o *Companies Act* de 2006 para estabelecer a possibilidade de o tribunal condenar o *director of the company* numa contribuição adequada para o patrimônio da empresa - secção 214 do primeiro diploma - nos casos de *wrongful trading*, aqueles em que o administrador omitiu as medidas necessárias a minimizar a perda dos credores da sociedade quando soube ou devia ter sabido da probabilidade de ocorrer a insolvência e liquidação (SLAUGHTER AND MAY, 2013, 7). A convergência assenta ainda no emprego da legislação societária para a responsabilização, *vg* Alemanha, França, Itália, sendo omissa a previsão de uma responsabilidade insolvencial. A natureza ressarcitória (França) ou sancionatória (Itália) é discutida de país para país (VICENT CHULIÁ, 2006, 16, n. 5).

³⁸ Na página oficial <http://www.parlamento.gub.uy>.

³⁹ RODRIGUEZ, 2010, 8-9.

⁴⁰ O típico fluxo e refluxo do processo legislativo nacional cria para cada avanço subsequente previsão de um recuo. A previsão no anteprojeto do CIRE da possibilidade de o juiz condenar as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa a indemnizar os danos causados aos credores, fixando o respetivo montante e proporção (FERNANDES, 2013, 623, n 2), se adotada, teria criado âmbito de responsabilidade patrimonial mais amplo do que a mera condenação a satisfazer o “passivo a descoberto” da LC, que veio a ser a opção legal por altura da revisão do CIRE (EPIFÂNIO, 2005, 202).

⁴¹ Assim se percebe a definição da qualificação da insolvência como “incidente processual típico obrigatório destinado ao julgamento e eventual punição, mediante sanções civis dos responsáveis pela ocorrência de insolvências culposas” (OLIVEIRA, 2010, 933). As alterações ao CIRE pela L 16/2012 descaracterizam dois dos traços daquela definição: a obrigatoriedade (eliminando-a) e o caráter punitivo (atenuando-o pela agregação do novo fim de reparação).

⁴² A fixar em período de 2 a 10 anos, solução de curta vigência temporal face à subsequente declaração de inconstitucionalidade pelo Ac TC 173/2009. A tradução literal do vocábulo “*inabilitación*” da LC criou confusão com a inabilitação enquanto afetação da capacidade prevista no art 152° CC. A declaração de inconstitucionalidade reporta-se apenas à aplicação a administrador de sociedade anónima insolvente, o que

exercício do comércio e a titularidade orgânica de cargos em sociedades e outros entes coletivos. A única consequência com algum efeito patrimonial consistia na declaração judicial de perda dos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a condenação a restituir o que tivesse sido recebido pelas pessoas afetadas.

Independentemente da decisão do incidente de qualificação, verificados requisitos suplementares, continuaram à disposição dos credores outros institutos jurídicos que asseguravam algum efeito patrimonial. Estão em causa situações pontuais relativas a créditos de natureza fiscal, passíveis de responsabilidade tributária subsidiária⁴³ ou, na eventualidade de pronunciamento criminal, a faculdade de enxertar um pedido cível na ação penal (art 75º CPP). Por último sempre seria possível o acionamento dos sócios, fundadores, administradores ou gerentes, de facto ou de direito, da sociedade comercial insolvente ao abrigo dos mecanismos gerais previstos no CSC, cabendo o exclusivo na promoção dessas ações, em benefício da própria devedora ou da generalidade dos credores da insolvência, ao administrador da insolvência respetivo (art 82º/2, na versão inicial, atual nº 3).

deixou a norma em vigor para os demais casos, “aberração” que apenas a L 16/2012 fez cessar (LEITÃO, 2013, 193). A assimilação da sanção civil à restrição à capacidade não seria tão descabida se constituísse fundamento único da insolvência culposa a dissipação do património da devedora, na medida da afinidade à prodigalidade enquanto índice da incapacidade de reger convenientemente o seu património. A procedência de ação de insolvência e uma decisão de afetação poderão colher-se como alguns dos factos integradores da causa de pedir em subseqüente petição de inabilitação, se preenchidos os demais requisitos do art 152º CC.

⁴³ Vulgo reversão, instituto previsto no art 22º ss da LGT (DL 398/98, de 17/12). FURTADO (2011, 12) alinhava como fundamentos desta forma de responsabilidade a necessidade de estimular o cumprimento voluntário das obrigações fiscais, a maximização da garantia (pela agregação de patrimónios dos responsáveis subsidiários) e uma vocação sancionatória, pelo que acumula funções preventiva e repressiva. O instituto permite a responsabilização subsidiária e solidária, por dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, intercedendo culpa de pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados, na insuficiência do património para a sua satisfação. Opera ainda quanto a dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega finde no período do exercício do cargo assumido pelos responsáveis subsidiários, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento. O alcance subjetivo da responsabilidade tributária subsidiária é amplo já que pode afetar membros dos órgãos de fiscalização e ROC nas pessoas coletivas em que existam, caso se demonstre que a violação dos deveres tributários destas resultou do incumprimento das suas funções de fiscalização, alcança o TOC desde que se demonstre a violação dos deveres de assunção de responsabilidade pela regularização técnica nas áreas contabilística e fiscal ou de assinatura de declarações fiscais, demonstrações financeiras e seus anexos (hipóteses previstas no art 24º ss LGT, com previsões específicas para casos particulares como titulares de EIRL, liquidatários de sociedade, gestores de bens ou direitos de não residentes). Em suma, o credor Estado dispõe de ampla margem para conformar o âmbito em que irá decorrer o seu próprio ressarcimento mercê das prerrogativas soberanas de que dispõe e da atribuição constitucional de manter e gerir um sistema fiscal (art 103º CRP). A posição da AT enquanto credora numa insolvência é de certo conforto nos casos em que, à falta de ressarcimento na liquidação, seja possível levar a bom porto a reversão. É este o mecanismo que invejarão os demais credores mas ao qual poderão aceder, em termos paralelos, através da qualificação da insolvência como culposa, por recurso às normas da responsabilidade civil societária ou pela via do pedido de indemnização civil enxertado na ação penal por crimes insolvenciais. Em qualquer destas soluções judiciais o típico palco do debate residirá na culpa ou sua ausência, tarefa porventura facilitada pelas presunções tipificadas no CIRE quanto à insolvência culposa. No âmbito da reversão a falta de prova da culpa, nos casos em que não interceda presunção, é vista como concedendo hipóteses de defesa perante a AT aos responsáveis tributários subsidiários (FERREIRA, 2012, 2).

Outra forma de tutela ao serviço dos denominados “credores fortes”⁴⁴ redonda na coresponsabilização dos gerentes ou administradores das sociedades comerciais mediante prévia negociação de garantias de natureza pessoal ou real como condição para conceder crédito. Tal proceder alheia-os às vicissitudes da instância insolvencial mas, quando onerado o património da devedora em privilégio daqueles, fragiliza a posição dos demais credores sonogando-lhes a garantia geral.

Em 2011 seguiam adiantados os trabalhos de revisão do CIRE quando, no âmbito das negociações para o resgate económico e financeiro da República Portuguesa, se reconheceu a necessidade de proceder a alterações legislativas pontuais quanto à insolvência⁴⁵⁻⁴⁶. Após debate público alargado, o Parlamento aprovou o texto final publicado em 20 de abril como Lei 16/2012.

Retirada a inicial obrigatoriedade da pronúncia jurisdicional em toda e qualquer insolvência declarada⁴⁷, a versão do CIRE resultante da publicação da L 16/2012 parece reconduzir a qualificação da insolvência à verdadeira natureza de incidente⁴⁸⁻⁴⁹ apenso à ação principal, na medida em que apenas ocorrerá a respetiva “abertura” num de dois momentos:

⁴⁴ A este conceito doutrina (ANTUNES, 2002, 137; PINTO, 2008, 837-861; DOMINGUES, 2004, 219; RIBEIRO, 2013, 185) e jurisprudência (Ac TC 284/07) têm contraposto o de “credores fracos” ou involuntários, credores eventuais, cujos créditos têm génese em conflitos de consumo, na relação de trabalho (no plano insolvencial relativizada à luz dos privilégios dos créditos laborais e da previsão de um mecanismo assistencial, o FGS) ou em eventos constitutivos de responsabilidade delitual, sendo os credores fortes aqueles que aceitam conceder crédito de modo voluntário ou profissional (máxime, instituições de crédito) e que, por isso mesmo, se encontram em posição de exigir aos devedores a prévia constituição de garantias idóneas. A distinção, corrente na doutrina italiana e francesa (DOMINGUES, 2004, 219, n 806), alastrou-se aos países lusófonos, do Brasil (MARQUES, 2010, 1) a Cabo Verde (“os credores fortes continuarão exigindo garantias suplementares ao negociarem com pequenos empresários, e os credores fracos remanescerão desprotegidos, tendo na desconsideração da personalidade jurídica sua única garantia contra a insolvência”, cf preâmbulo da Portaria 17/2013, de 14/3, publicada no Boletim Oficial da República de Cabo Verde).

⁴⁵ SERRA (2011, 193).

⁴⁶ No MoU (p 7 e 31) consta breve menção à necessidade de introdução de mecanismos para reestruturação de empresas, garantia de depósitos bancários e mais eficaz reabilitação de pessoas singulares e a sugestão de especialização nos tribunais de comércio de estruturas dedicadas à insolvência. O limite temporal da intervenção legislativa fixado para novembro de 2011 foi ultrapassado.

⁴⁷ Seja ela de pessoas coletivas ou singulares, com ou sem atividade económica. A Lei cedeu, em parte, à aspiração dos juízes no sentido da abolição do carácter obrigatório do incidente mas, segundo estes, apenas o apenso autónomo é facultativo e não a decisão sobre a qualificação (ASJP, 2011,9).

⁴⁸ “Questão incidental ou incidente é a questão surgida no decurso do processo, distinta da questão principal que dele era objeto, mas com ela relacionada. Em regra pressupõe que haja uma questão a resolver apresentada como acessória e secundária face ao objeto da ação ou do recurso, uma ocorrência anormal e com autonomia processual face ao processo principal (AMARAL, 2013, 157).

⁴⁹ Com a ressalva de que o encerramento da ação de insolvência sem que tenha sido aberto incidente de qualificação impõe ao juiz a expressa declaração do carácter fortuito da insolvência (art 230º e 233º/6). Esta solução repugna à natureza pura de um incidente (vide n 48) e ao princípio do pedido (3º/1 CPC) por obrigar a proferir, na generalidade dos processos, uma decisão não especificamente solicitada e sem intrínseco valor decisório: na prática decide-se um incidente sem o instaurar nem o instruir, por outro lado a insolvência fortuita não está definida nos arts 185º-186º (é, por defeito, a que não for culposa), pelo que a ausência de consequências jurídicas concretas na declaração fortuita deveria dispensar uma decisão quase tabelar.

na sentença de declaração de insolvência quando o juiz disponha de elementos que justifiquem a respetiva abertura (art 36º/1i) ou na sequência de parecer formulado por administrador da insolvência ou de alegações de qualquer interessado que concluem pela ocorrência de culpa na insolvência sempre que o juiz “considerar oportuna” a abertura do mesmo incidente⁵⁰ (art 188º/1).

O regime concreto consta dos arts 185º a 191º⁵¹ e tem por objeto o julgamento dos responsáveis pela ocorrência ou agravamento da insolvência e, sendo o caso, a respetiva sanção no enquadramento definido, uma “responsabilidade específica” e autónoma, paralela a duas outras formas de “responsabilidade genérica”, uma na ordem judiciária penal⁵² e outra na dependência de ação cível⁵³. A autonomização dessa responsabilidade insolvencial⁵⁴ é afirmada logo na primeira norma (art 185º) que estipula que a qualificação da insolvência como culposa não vincula⁵⁵ a decisão das causas penais ou das previstas no art 82º/3⁵⁶.

⁵⁰ Em rigor incidentes (OLIVEIRA, 2010, 933, EPIFÂNIO, 2005, 199), por se diferenciarem as modalidades plena e limitada, esta última para casos de insuficiência da massa em função do património em valor presumível inferior a € 5.000 (arts 36º/1i; 39º/1; 191º/1 e 232º/1 e 7). A distinção tem impacto ao nível da tramitação e dos efeitos da insolvência culposa (EPIFÂNIO, 2005, 199).

⁵¹ Outras normas sobre qualificação estão dispersas pelo CIRE. O regime legal mistura regulação adjetiva (o rito específico do incidente) e regulação substantiva (atinente aos pressupostos da qualificação como culposa e às consequências da declaração deste carácter).

⁵² Crimes como o favorecimento de credores ou a insolvência dolosa previstos no capítulo IV “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, art 227º ss CP.

⁵³ A exercer a exclusivo impulso do AI (art 82º/3).

⁵⁴ Um efeito eventual da declaração de insolvência (EPIFÂNIO, 2005, 197-199).

⁵⁵ A afirmação da separação das jurisdições insolvencial, civil e penal não logra cabal explicação. Entendeu-se aditar a autonomia das ações de responsabilidade à norma de teor similar da LC, segundo a qual “*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*” (art 163º/2 LC). Ora a solução espanhola resultava da necessidade de demarcação face ao regime legal anteriormente vigente (até 1995) que associava à “quebra” consequências punitivas quando o juiz procedesse à comunicação ao foro penal da qualificação civil, servindo o Código de Comércio para preencher a incompleta regulação punitiva ao tempo do Código Penal de 1973 (VELA TORRES, 2005, 90). Entre nós o mero plágio poderia interpretar-se como mais uma afirmação do princípio constitucional da presunção de inocência. A opção legal de extravasar dessa delimitação na transposição do artigo 168º do Anteprojeto do CIRE para o que veio a ser a redação final (FERNANDES, 2013, 716, n 3) cria um novo risco de proliferação de ações que, apreciando o mesmo complexo factual, decidam de forma diametralmente oposta, o que seria insólito na eventual incoerência de decisões em dois dos apensos à ação de insolvência (vide art 82º/6, CIRE, que obriga à anexação das ações de responsabilidade à ação de insolvência). Acresce outra dúvida de que a doutrina (FERNANDES, 2013, 716, n 4) dá nota parcial quando refere o teor do art 300º CIRE, relativo à remessa “ao tribunal da insolvência” dos atos decisórios proferidos no processo penal e que consiste em saber o que sucede na hipótese inversa, alvitando o Autor que a decisão penal vincula o juiz que viesse a apreciar a qualificação (FERNANDES, 2013, 1026, n 4), solução que não parece colher mas que, em qualquer dos casos, poderia revelar-se académica pela típica morosidade na investigação dos delitos económicos em contraste com a natureza urgente do incidente (9º CIRE). Em suma, a segunda parte do art 185º CIRE cria mais problemas do que os que resolve mas, a possuir utilidade, será a da proclamação da autonomia de cada instância decisória para apreciação de cada uma das três formas de responsabilização.

⁵⁶ O teor literal do art 185º ainda remete para as ações a que se reporta o art 82º/2 por evidente lapso na adaptação à mudança introduzida no nº 2, que viu conteúdo adicionado anteriormente ao parágrafo que referenciava as ações de responsabilidade e indemnização, deslocadas para o nº 3.

A alteração legal alargou a legitimidade passiva dos “administradores, de direito ou de facto” para “administradores de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas” (atual art 189º/2a) ocorrendo solidariedade entre todos os afetados (art 189º/2e) mas limitada aos créditos que a própria insolvência não satisfaça⁵⁷.

A revisão dos efeitos jurídicos sobre as pessoas dos afetados, operada no art 189º/2, elevou a quatro as consequências atuais da declaração da insolvência como culposa: a inibição dos afetados para administrarem patrimónios de terceiros por período de 2 a 10 anos; a respetiva inibição para o exercício do comércio por idêntico período e para ocupação de cargo

⁵⁷ A formulação da responsabilidade insolvencial adotada no CIRE parece cingir o montante indemnizatório aos créditos verificados e parece divergir da anterior responsabilização solidária e ilimitada de dirigentes pelas dívidas da falida, condenando-os no pagamento do respetivo passivo (art 126º-A CPEREF), esta aparentando maior amplitude face à condenação a indemnizar pelo montante dos créditos não satisfeitos uma vez operada a liquidação. Em sentido que parece inverso ao aqui propugnado, veja-se FERNANDES, 2013, 736, n 14, que refere não existir na presente solução limitação ao dano concreto nos casos em que seja “inferior ao do passivo não coberto pelas forças da massa”, o que o distinguiria da responsabilidade solidária de dirigentes que previa tal limite na norma do art 126º-B/1 *in fine*, CPEREF. Na mesma obra e local sugere-se que se deixou cair o termo “ilimitada”, substituindo-o por “até às forças dos respetivos patrimónios” para vincar que a responsabilidade não é quanto a todo o passivo do devedor. Parece-nos que já estava assegurada a limitação da responsabilidade ao passivo verificado na insolvência pelo emprego da expressão “no montante dos créditos não satisfeitos”. Se a interpretação das normas deve atender ao pensamento legislativo e à unidade do sistema jurídico (9º CC) terá de se concluir que a satisfação dos créditos sobre devedor declarado insolvente apenas pode ser exercida *par conditio creditorum* na ação de insolvência, se nesta tiverem sido reclamados e verificados, como resulta da conjugação de diversas normas do CIRE, com destaque para os arts 1º, 85º, 88º, 128º, 146º e 173º, este último inequívoco na afirmação de que “o pagamento dos créditos sobre a insolvência apenas contempla os que estiverem verificados por sentença transitada em julgado”. Do exposto resulta claro que, proferida sentença de verificação e graduação de créditos (140º) e caducado o prazo para verificação ulterior (146º), o requerido como afetado no incidente de qualificação da insolvência está em condições de computar o valor máximo no qual poderá ser condenado, somando os créditos trazidos ao processo por aquelas duas vias (os reclamados nos termos do art 128º ou reconhecidos espontaneamente pelo administrador da insolvência *ex vi* 129º, que constarão tipicamente do apenso de “reclamação de créditos” a par dos constantes dos apensos de “verificação ulterior de créditos”), a deduzir do que possa recuperar-se por via da liquidação. A responsabilidade poderá resultar circunscrita no seu *quantum* antes ainda de ocorrer a decisão do incidente de qualificação e mesmo quando tal não suceda por via de eventual delonga no apenso da reclamação de créditos (em função de litígio relativo à quantidade ou qualidade, ou seja, se existe privilégio ou subordinação), a limitação da responsabilidade aos créditos expressamente invocados na insolvência é uma garantia para o administrador receoso de vir a ser afetado e que, amiúde, estará em condições de elaborar um juízo de previsibilidade quanto ao passivo a satisfazer. Dito o que antecede, à falta de aplicação frequente do regime do art 126º-A CPEREF, não se localizou alguma tentativa de exercer judicialmente a responsabilização solidária dos dirigentes relativamente a créditos não reclamados em processo de falência para que pudesse concluir-se pela validação judicial desta possibilidade. Mas também seria anómala a limitação da condenação ao dano efetivamente causado pelo culpado se inferior ao passivo não coberto pela massa, tendo em conta que o dano indemnizável para efeitos da qualificação é o universo dos créditos não satisfeitos e que a responsabilidade é solidária, em caso de pluralidade de afetados. Admite-se que o Autor supra referido poderá ter tido em vista hipóteses nas quais resulte provada a dissipação de um bem quantificado num valor muito inferior ao do passivo reclamado, podendo equacionar-se se não deveria limitar-se a responsabilidade precisamente ao valor desse bem por ter sido a sua falta na massa a reduzir a capacidade de ressarcimento dos credores. Mas este limite importaria uma visão simplista e redutora da atividade empresarial. Tal como um estabelecimento comercial é mais do que a soma do equipamento com as existências, a mera subtração de um bem afeto à atividade empresarial pode ter efeitos multiplicativos que extravasem do seu valor contabilístico, pelo que carece de sentido condenar o afetado pela qualificação culposa a pagar aos credores o estrito valor do bem subtraído à massa.

em sociedade, associação, fundação, empresa pública ou cooperativa⁵⁸; a perda de créditos⁵⁹ sobre a insolvência ou a massa insolvente e a condenação a indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos.

Das quatro consequências tipificadas, as duas primeiras asseguram finalidades punitivas e securitárias e traduzem afetação da capacidade de exercício de direitos. A última é claramente ressarcitória na medida em que, à massa insolvente (enquanto património autónomo afeto à satisfação dos créditos atendíveis na insolvência) faz acrescer a expectativa de ressarcimento à custa dos patrimónios dos afetados, em moldes próximos aos da reversão fiscal⁶⁰. Esta nova consequência da qualificação da insolvência é a pedra de toque que permite afirmar a existência de uma responsabilidade patrimonial insolvencial por acréscimo e ao lado das duas outras tradicionais modalidades de responsabilização.

A terceira das consequências da qualificação revela natureza mista⁶¹, sancionatória (pela privação da vantagem que o afetado poderia invocar sobre a insolvência ou a massa ou obrigando-o a repor a que tivesse recebido em bens ou direitos) mas com efeito reflexo no reforço da massa, com a qual se dará pagamento mais substancial aos créditos reconhecidos.

⁵⁸ A formulação deste segmento da norma faz pensar que o impedimento para o exercício do comércio sofreria uma limitação temporal a fixar pelo juiz entre os mencionados 2 a 10 anos, enquanto a titularidade de cargo em sociedade ou outra estrutura organizativa seria perpétua. Todavia, não há orientações doutrinárias (SERRA, 2012, 140) ou jurisprudenciais que sustentem essa hipótese, pelo que a diferença na formulação terá resultado de redação descuidada da norma.

⁵⁹ Como penalização pela responsabilidade na insolvência opera um “confisco-sanção” que retira esses créditos aos afetados pela qualificação, o que dispensa o AI de resolver os negócios (120º ss) permitindo-lhe cobrar diretamente os créditos declarados perdidos (LEITÃO, 2013, 255). A nossa proposta é diversa: o carácter facultativo do incidente e a sua tramitação paralela ao apenso de liquidação poderá aconselhar à resolução em benefício da massa, sem o que o fim do prazo para o efeito e a improcedência da qualificação como culposa poderá lesar os interesses dos credores.

⁶⁰ Vide supra n 43. Tendo em conta a natureza urgente do incidente e a sua tramitação simplificada será de admitir a possibilidade de obter a condenação dos afetados a indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos em momento cronologicamente anterior ao termo da liquidação. A nosso ver tal condenação, ainda que transitada em julgado, terá a sua eficácia suspensa até ao termo das operações de liquidação e rateio, o momento no qual resulta definido qual o montante dos créditos não satisfeitos (o que revela, se não uma subsidiariedade jurídica dessa responsabilidade, pelo menos de facto, em relação à principal, da massa). A condenação a proferir é solidária entre todos os afetados.

⁶¹ A perda dos créditos detidos pelo afetado sobre a insolvência ou sobre a massa não traduz verdadeiro ressarcimento dos credores, antes menor oneração desse património, conferindo-lhe melhor margem para os satisfazer. A restituição do já recebido possui idêntico efeito colateral mas a sua motivação primária é a de retirar ao autor de atos culposos o benefício que à custa deles obteve, em suma, mais uma punição.

1.4 Finalidades da qualificação da insolvência

A propósito da qualificação da insolvência a doutrina nacional debate, sobretudo, o alcance das presunções de culpa do art 186º/2,3 e a relevância do nexo causal entre as circunstâncias de facto aí previstas e o deflagrar da situação de insolvência⁶².

Ao contrário do que sucede na doutrina espanhola, passa despercebida a discussão sobre a natureza da qualificação da insolvência, vista como essencialmente punitiva (vide supra n 41) na medida em que apenas visaria o apuramento dos culpados pela eclosão ou agravamento da insolvência e, confirmado o circunstancialismo justificativo da qualificação como culposa, a fixação das consequências sancionatórias de natureza civil, tipicamente a inibição para o exercício do comércio e a perda de direitos relativamente à insolvência ou à massa (vide art 189º/2 na versão inicial do CIRE), sem que os credores, enquanto lesados pelos factos ilícitos e culposos causais do estado de insolvência, pudessem aproveitar a condenação para obter uma indemnização pelos danos incorridos. Todavia, com a reformulação trazida pela L 16/2012 às consequências do decretamento da insolvência como culposa, está criado o cenário para que também a doutrina nacional se pronuncie pela natureza ressarcitória do instituto da qualificação da insolvência, desde logo por via da previsão da condenação judicial na indemnização pelo montante dos créditos não satisfeitos (atual art 189º/2e).

Impõe-se amenizar a colagem da qualificação da insolvência a mero instrumento punitivo próximo ao exercício retributivo da ação penal pelo Estado, sem o que a bem intencionada previsão de consequências indemnizatórias se mostrará inviabilizada na sua aplicação prática. Com efeito são várias as decisões dos tribunais superiores que parecem evidenciar qualificada exigência⁶³ para a validação dos tradicionais pressupostos da

⁶² Vide SERRA, 2012, 141. A jurisprudência segue a mesma linha de atuação, focando-se as decisões de tribunais superiores na resolução dessa questão. O próprio STJ, raramente chamado a pronunciar-se em virtude do específico regime de recursos constante do art 14º, também já cuidou da distinção entre os tipos de presunções, como se pode constatar no Ac de 6-10-2011.

⁶³ Numa aparente recolha inconsciente (por não estar verbalizada na fundamentação dos acórdãos) do princípio *in dubio pro reo* do ordenamento penal (nos antípodas das presunções de culpa próprias da responsabilidade contratual). Tal exigência na alegação e demonstração dos factos culposos e da respetiva causalidade inviabiliza a declaração de culpa na insolvência em situações que, para efeitos de outros institutos jurídicos do direito civil, implicariam indiscutível condenação (é comum a pronúncia pelo caráter fortuito pelos mais diversos motivos, vide Acs RC 28-05-2013, RL 1-10-2013 e infra n 90). Assim, a colagem do incidente de qualificação da insolvência às exigências probatórias típicas da reação penal, apesar da afirmação legal da independência de jurisdições (art 185º), poderá contribuir para o desinteresse de credores e AI no impulsionamento do incidente. Reconheça-se que, mau grado o caráter meramente civil das consequências da declaração de uma insolvência como culposa, há certa semelhança entre a consequência que é a inibição para o exercício do comércio e a medida de segurança penal não privativa da liberdade que é a interdição de atividades do art 100º CP, aplicável a “quem for condenado por crime cometido com grave abuso de profissão, comércio ou indústria que exerça, ou

responsabilização, a despeito da óbvia ilicitude da maioria dos comportamentos previstos nas alíneas do atual art 186º e das presunções de culpa e até de nexos causais aí vertidas. Idêntica exigência não se vislumbra em relação a ações judiciais fundadas em incumprimento singular, para o qual a lei comum é pouco exigente⁶⁴. E que dizer da aparente generosidade de inúmeras outras soluções legais que consagram a responsabilidade objetiva por factos de terceiro (500º CC), ou presunções de culpa em verdadeiras normas de proteção da coexistência em sociedade (492º-493º CC quanto a danos causados por obras, coisas, animais ou atividades), quando comparadas com a, de certa forma redundante, condenação a pagar os créditos reclamados?

O lastro histórico da falência⁶⁵ como instituto associado ao extermínio⁶⁶ do devedor ou, pelo menos, substancial desconsideração da sua personalidade, património ou interesses, conduz à reflexão sobre a figura da qualificação da insolvência como mais um instrumento ao serviço desse desígnio. Na sua versão inicial apenas se prefigurava a limitação da própria capacidade por via da inabilitação do afetado, impedido de exercer o comércio e assumir cargos diretivos em pessoas coletivas, nada de substancial se concedendo à sacrossanta missão da satisfação dos credores. A insolvência culposa refletia nos seus efeitos a filiação na tradicional natureza sancionatória da falência, cabendo a busca do ressarcimento a outros mecanismos disponíveis.⁶⁷

Mesmo na LC é apontada à qualificação da insolvência uma finalidade de proteção de interesses gerais (públicos) entre eles a segurança do comércio jurídico, a tutela da economia e a proteção do crédito (VELA TORRES, 2005, 90).

A responsabilização patrimonial subsidiária dos afetados, embora traduza claro progresso apto a conferir sequência aos interesses que regem o processo de insolvência – a

com grosseira violação dos deveres inerentes (...) quando, em face do facto praticado e da personalidade do agente, houver fundado receio de que possa vir a praticar outros factos da mesma espécie”.

⁶⁴ Para lá da presunção de culpa no incumprimento (798º-799º CC) tenha-se em vista os efeitos processuais da revelia (567º/1 CPC).

⁶⁵ “Apontando a linha da evolução da falência, podemos dizer que foi inicialmente um procedimento de carácter penal contra o devedor comerciante, mostrando-se secundário o concurso de credores” (MACEDO, 1964, 51).

⁶⁶ No plano ético (infamação) ou no plano físico (pena de morte). A ligação semântica não se perdeu ao longo dos séculos: a execução é o termo ainda hoje associado à pena de morte (vg a execução por injeção letal) mas é também o nome da ação subsequente ao incumprimento da condenação em processo declarativo. No presente mantém-se quanto às pessoas coletivas um efeito filiado no seu extermínio: a extinção da respetiva personalidade jurídica após rateio final no termo da liquidação (art 234º/3).

⁶⁷ Exigentes e na iniciativa do administrador da insolvência: a resolução de negócios em benefício da massa (art 120º ss) e as ações de responsabilidade do art 82º.

satisfação dos credores (art 1º/1) – não chega para alterar o paradigma do instituto da qualificação da insolvência, cuja matriz permanece punitiva.

Quanto à respetiva natureza optamos por considerar que a figura da qualificação da insolvência não se enquadra bem em qualquer dos mecanismos tradicionais, traduzindo uma criação *sui generis* que é própria do ainda pouco autonomizado direito falimentar e neste um seguro contributo de separação. A opção por uma terceira via quanto a tudo o que é novo é sempre atrativa, mas a reflexão quanto ao muito que congrega o instituto da qualificação da insolvência justifica em pleno a conclusão da impossibilidade de ser metida no mesmo saco dos demais institutos, havendo que concluir, um pouco à semelhança do que sucede para a reversão (FURTADO, 2011, 20), que estamos perante mais que casos de fiança geral com previsão legal ou de mera responsabilidade aquiliana. Assim, a qualificação da insolvência agrega o complexo de normas jurídicas, simultaneamente adjetivas e substantivas que, visando objetivos punitivos, ressarcitórios e cautelares, institui uma nova forma de responsabilização apenas passível de ser exercida em contexto de insolvência e que, muito embora parta de um ilícito contratual (violação de direitos de crédito não satisfeitos), colhe a essência da responsabilização aquiliana, mas com restrições e contornos que são peculiares, sobretudo no plano das sanções.

Será de retomar a orientação doutrinária reportada à última versão do CPEREF, concluindo que a declaração de insolvência como culposa institui uma específica forma de responsabilização, “falimentar” (vide supra 1.2.1) ou “insolvencial”? Fica a dúvida se a afirmação desta terceira via na responsabilização não será excessiva face ao contido das suas consequências, na medida em que o dano próprio da criação voluntária do evento insolvência não possui consequências indemnizatórias autónomas e a que existe visa obter um mesmo montante indemnizatório previamente fixado por recurso aos tradicionais mecanismos de responsabilidade contratual ou extracontratual⁶⁸. Sendo a vertente indemnizatória dessa responsabilização acessória e residual face ao mecanismo procedimental da liquidação, a única valia da insolvência culposa pode redundar no alargamento do número de patrimónios afetos ao ressarcimento dos credores sobre a insolvência.

⁶⁸ Na insolvência reclamam-se créditos resultantes de incumprimento contratual (vg fatura não paga do fornecimento à devedora) ou de eventos na alçada da responsabilidade aquiliana (vg indemnização fixada na sequência de acidente de viação com intervenção do veículo da devedora). O atentado à segurança do comércio jurídico que a falência fraudulenta traduz não é visto pela lei como traduzindo dano específico e autónomo a reparar (vg, com juro agravado, pelo contrário, embora não suspensa no regime do CIRE, a contagem de juros rebaixa-os a crédito subordinado - art 48º/b, f - o que minimiza as hipóteses da respetiva satisfação na liquidação).

Capítulo 2: Qualificação da insolvência na tutela de credores de uma sociedade comercial

2.1 Nótulas sobre outros instrumentos de tutela de credores

2.1.1 Tutela cível geral e formas processuais

Poderão coexistir antes ou em paralelo à instância de insolvência outras formas de tutela de credores de sociedade comercial mantendo alguma validade as tradicionais noções do património do devedor como garantia geral das obrigações e do capital social⁶⁹ como salvaguarda dos credores societários⁷⁰.

Estes instrumentos genéricos de tutela dos credores têm a sua utilidade num contexto de incumprimento pontual mas, por motivos de ordem naturalística ou jurídica⁷¹, tendem para a insuficiência à medida da multiplicação dos credores ou da elevação do passivo. *Pacta sunt servanda* é o aforismo que permanece regra no direito constituído (406º CC), sendo comum a atempada satisfação das dívidas. O incumprimento contratual é atalhado por via de interpelação extrajudicial ou de ação judicial declarativa. Apenas na insuficiência desses mecanismos será de desencadear ação executiva, primeira forma de apreensão e liquidação de

⁶⁹ A este propósito ABREU (2013, 446) separa património social e capital social. Este, segundo o Autor, traduz simples cifra, expressão numérica pouco mutável (à exceção das raras ocorrências de aumento ou redução do capital social) em confronto com o património social, em constante mutação à medida da participação da sociedade em relações jurídicas. Por isso património e capital poderão coincidir apenas acidentalmente na sua expressão pecuniária, *vg* no momento da constituição da sociedade. Enquanto o património é conatural a uma sociedade comercial, o conceito singular ou plural do que seja o capital social não é de fácil apreensão, por ser ao mesmo tempo acessório e essencial: não sendo elemento imprescindível à sociedade comercial ou ao respetivo pacto, é estruturante nas sociedades de capitais (DOMINGUES, 2004, 22-31). Por outro lado seria redutora a sua consideração como mera expressão contabilística em detrimento da sua valia técnico-jurídica, ainda que ambígua pelas duas significâncias cumulativas mas distintas: a vertente formal estável traduzida pela inserção no pacto social para efeitos do art 9º/1f CSC e a aceção real enquanto “massa de bens - não determinada qualitativamente - que é uma fracção ideal do património líquido e que se destina a cobrir o valor do capital social nominal, estando os sócios obrigados a conservar intacta tal quantidade de bens que apenas poderá ser afectada pelos azares e vicissitudes da actividade empresarial” (*idem*, 54).

⁷⁰ A garantia para credores sociais é para ABREU (2013, 447) uma das quatro funções desempenhadas pelo capital social, a par do financiamento da sociedade, da ordenação (relação entre sócios e sociedade) e da avaliação económico-financeira da sociedade. Essa garantia funciona no plano da intangibilidade do capital e das eventuais reservas indisponíveis, não no plano da garantia geral das obrigações do art 601º CC, motivo pelo qual não seria passível de penhora, por não responder, como tal, pelas dívidas da sociedade, ao contrário do decidido no Ac RL de 22-01-1992, que o mesmo Autor critica (ABREU, 2013, 446, n 11). Já DOMINGUES (2004, 199-264) atribui maior amplitude às funções do capital social, desdobrando-as na vertente externa, aí pontificando as de garantia, avaliação económica da empresa (aferição do lucro e sua distribuição) e socialização (atração do capital de investidores que não querem o domínio ou gestão da sociedade anónima) e na interna quanto à atribuição da qualidade de sócio, determinação da sua posição jurídica, estruturação do poder societário e função produção.

⁷¹ Mesmo sem atuações de vontade dirigidas à diminuição da garantia, o decurso do tempo pode catalisar a variação inversamente proporcional entre património e obrigação em função de variáveis exógenas como certos fenómenos do mundo da física (a perda ou perecimento da coisa) ou da economia tais como a amortização, a depreciação ou a desvalorização.

património do devedor, com importante expressão, de resto, no universo dos processos pendentes⁷². Existem outros mecanismos genéricos previstos no Código Civil que concedem algum apoio ao credor, podendo ele requerer a declaração de nulidade dos atos praticados pelo devedor (605º CC), sub-rogar-se quanto aos direitos patrimoniais deste contra terceiros (606º CC), impugnar atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito (610º CC) e, na hipótese de se configurar justo receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito, pode requerer o arresto de bens do devedor (619º CC). O credor forte⁷³ ou previdente exigirá prévia constituição em seu benefício de garantias especiais (623º ss) em ordem a obviar ao incumprimento.

No âmbito da apreensão do património numa ação executiva quanto a sociedade comercial, o capital social tipicamente não traduzirá garantia adequada à tutela dos credores, pois que terá sido empregue no giro social⁷⁴. Penhoráveis serão os ativos fixos tangíveis, os saldos bancários, os créditos sobre os clientes, só acidentalmente o capital social⁷⁵.

Para lá dos mecanismos comuns da tradicional responsabilidade contratual (com a presunção de culpa no incumprimento constante do art 498º CC) ou aquiliana (quando verificados os pressupostos do art 483º ss CC) outros existem no nosso ordenamento jurídico que podem ser convocados antes dos que traduzem a estrita responsabilidade insolvencial.

2.1.2 Tutela de credores no âmbito do Código das Sociedades Comerciais

No âmbito da legislação societária estão tipificados meios de proteção dos credores centrados no exercício da responsabilidade civil quanto aos fundadores, órgãos de administração e fiscalização da sociedade, constantes do capítulo VII do CSC (art 71º ss) e que se distinguem consoante o seu beneficiário: responsabilidade perante a sociedade (71º-72º

⁷² Estatística recente anota mais de um milhão de ações executivas pendentes a nível nacional, em contraste com pouco mais de quatro mil insolvências (DGPI, 2014, boletins 13 e 14, 1).

⁷³ Vide supra n 44.

⁷⁴ ABREU (2013, 446). O Autor não elabora, todavia, que da natureza fungível do dinheiro poderá resultar penhorada pecúnia correspondente ao que seria o capital social, transmutada em património, *vg* o saldo credor da conta bancária empregue pela sociedade para depósito dessa parcela de capital. A este propósito faz todo o sentido a definição doutrinal do capital social como garantia mediata, indireta ou de segundo grau (ROCHA, 1994, 79), garantia suplementar para os credores (DOMINGUES, 2004, 201).

⁷⁵ A relevância desse potencial ativo sofreu um duro golpe com a dispensa de capital social mínimo para a generalidade das sociedades por quotas (201º CSC).

CSC), responsabilidade para com os credores sociais (78°)⁷⁶, ou responsabilidade para com os sócios e terceiros (79°)⁷⁷.

O art 72°/1 responsabiliza os administradores pela atuação ilícita consubstanciada na preterição dos deveres legais específicos, gerais⁷⁸ ou estatutários (os inscritos no pacto social ou decorrentes da regulamentação produzida no âmbito da vida societária). Para que seja culposa a atuação dos administradores deverá extravasar do critério da “diligência de um gestor criterioso e ordenado” constante do art 64°/1a CSC, sendo certo que milita em desfavor dos mesmos a presunção de culpa da parte final do art 72°/1. Os demais pressupostos que fundam a responsabilidade civil não contemplam especificidades, na referência do mesmo art 72°/1 (“danos a esta causados por atos e omissões”). Estipula-se a solidariedade dos fundadores, gerentes ou administradores, sem prejuízo do regresso, presumindo-se igualdade de culpas de cada um dos agentes (73°).

Parecendo generosa, a previsão tem rara aplicabilidade jurisprudencial, ao ponto de um aparente risco elevado de responsabilização do gerente ou administrador de sociedade comercial redundar numa efetiva desoneração, em termos já referenciados na doutrina como “baixa incidência da responsabilidade civil dos administradores”⁷⁹.

Do CSC constam algumas soluções que visam efetivar a responsabilidade de outras pessoas que não administradores ou gerentes e que tenham atuado no âmbito ou em relação a

⁷⁶ Na generalidade das formas societárias e nas duas mais comuns (por quotas e anónimas) a regra é a da isenção de responsabilidade dos sócios quanto às dívidas da sociedade, pelas quais tendencialmente apenas o seu património responde (ABREU, 2013, 55 e art 197°/3 CSC), daí a necessidade da especificação dos pressupostos para que possa ser exercida a responsabilidade civil sobre os administradores ou sócios.

⁷⁷ Num caso de insolvência julgada fortuita o Ac RP 15-01-2013 condenou sócios de uma insolvente a indemnizar outro sócio, com base no artigo 79° CSC.

⁷⁸ Os deveres gerais de cuidado e de lealdade (64° CSC) são pontos de partida, mas outros resultarão de normas para proteção de credores alheias ao CSC, como sucede com o dever de apresentação à insolvência (18° CIRE).

⁷⁹ “Apesar do número elevado de *lawsuits* (em que se incluem as chamadas *class actions*) contra os *outside directors* nos Estados Unidos, os referidos administradores acabam por raramente ter de desembolsar dinheiro, situação para que contribuem diversos factores de que se destaca a aplicação da *business judgement rule* e a proliferação de cláusulas estatutárias que isentam os administradores de responsabilidade em determinadas situações; a existência de cláusulas de *indemnification* nos estatutos das sociedades, de acordo com as quais a sociedade se obriga a compensar os administradores pelas despesas, custos e outros montantes que tenham desembolsado em resultado da sua responsabilização no exercício das respectivas funções; a contratação de seguros de responsabilidade civil (*D&O insurance*); e outros factores que pressionam as partes a transigir (sem que os *outside directors* desembolsem qualquer montante) antes de realizado qualquer julgamento. Isto para além do facto de, em regra, as violações negligentes dos deveres de cuidado apenas gerarem responsabilidade perante situações de *gross negligence*” (FERREIRA, 2008, 13).

Existem algumas ocorrências de responsabilização de administradores societários localizáveis nas decisões dos tribunais superiores, de que é exemplo o Ac RP de 12-04-2012 no qual foi proferida condenação de um administrador de sociedade anónima a indemnizar esta última por violação dos seus deveres de cuidado e de lealdade na medida em que tinha ordenado o pagamento, a si próprio, de remuneração adicional, sem ter sido deliberada pela assembleia-geral de acionistas ou pela comissão de remunerações.

uma sociedade comercial, em funções de administração, como membros de órgãos de fiscalização, revisores oficiais de contas, sócios ou sócio único em posição de controlo (arts 80º-84º).

A atribuição de legitimidade ativa é igualmente generosa incluindo sócios minoritários, no condicionalismo do art 77º/1 CSC, ação social *ut singuli* que a doutrina defende como subsidiária em relação a uma eventual *ação ut universi*⁸⁰.

Alguns casos que não se enquadram na tipologia agora esboçada têm vindo a ser encaminhados para a solução da “desconsideração da personalidade jurídica”, criação doutrinal⁸¹ já validada pela jurisprudência⁸².

2.1.3 Tutela penal e reparação dos prejuízos incorridos pelos credores

Associados à resposta penal estão conceitos como os de prevenção geral e especial ou ressocialização, um ideário segundo o qual da mera existência da ameaça punitiva resultará um estímulo geral no sentido de inibir a prática delituosa. Os que se revelem imunes a tal estímulo serão objeto de uma resposta sancionatória cuja efetiva aplicação procurará reintegrar o infrator dentro dos parâmetros de normalidade comportamental da comunidade em que se insere e reforçará o primeiro estímulo. Por conseguinte a reação penal a um comportamento ilícito é alheia à tutela de credores, ainda que se cuide de criminalidade económica e financeira⁸³, tal como as consequências punitivas da insolvência culposa em nada contribuirão para o ressarcimento dos credores confrontados com uma insolvência.

⁸⁰ Para explanação da coordenação entre as duas formas da ação, veja-se RIBEIRO, 2011, 155.

⁸¹ Sobre a temática, veja-se OLIVEIRA, 2010, 932.

⁸² Invocam a desconsideração da personalidade jurídica ou “levantamento da personalidade coletiva” os Acs do STJ de 19-02-2013 e 28-11-2012 (ambos com a curiosidade da aplicação da figura no foro laboral); de 03-05-2012 e 10-01-2012. RIBEIRO (2012, 312 n 389 e 319) discorre sobre arestos que afirmando proceder à desconsideração apenas aplicaram outros institutos e conclui que só será de desconsiderar a personalidade do ente coletivo nos casos de mistura de patrimónios entre o daquele e o de outras entidades, como poderá ser um sócio. Fora destes casos os mecanismos da responsabilidade societária permitem reconstituir o património para efeitos da tutela dos credores (*idem*, 323).

⁸³ Na verdade o CP apresenta os crimes insolvenciais na sua parte especial, classificando-os como sendo contra o património pelo que, dogmaticamente, como tal deverão ser tratados (“uma espécie do género crimes patrimoniais”, CAEIRO, 1996, 15) e não como estritos crimes económico-financeiros, *vg* para efeitos do especial regime da L 5/2002, de 11/1, o que parece anómalo tendo em conta que a declaração de insolvência tende a deixar sem ressarcimento amplo número de credores e produz prejuízos tipicamente mais graves em qualidade e quantidade do que as comuns ocorrências constitutivas de outros crimes abrangidos pela dita lei (peculato, participação económica em negócio, contrabando). A inserção dos crimes insolvenciais naquele elenco legal, *vg* na presença de créditos fiscais ou de certo patamar mínimo de créditos frustrados, facilitaria a investigação destes crimes cuja taxa de sucesso, medida em condenações efetivas, é pouco significativa. Cremos que a potencialidade de afetação de um número indiscriminado de credores, muitos deles qualificados (entes públicos ou trabalhadores) e os reflexos do interesse público que ainda persistem no processo insolvencial poderiam

Todavia alguns dos mecanismos processuais penais estão dispostos para acautelar pretensões indemnizatórias, estruturalmente pedidos de indemnização civil, passíveis de tramitação conjunta no foro penal. Está em causa o regime dos arts 71º ss CPP, vigorando o princípio de adesão, segundo o qual o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respetivo (71º CPP) pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime (74º/1 CPP). Tramitados os autos a final, a decisão penal que conhecer do pedido civil, ainda que absolutória, constitui caso julgado nos termos em que a lei atribui eficácia de caso julgado às sentenças civis (84º CPP).

Aludimos à existência de crimes específicos reportados à insolvência, pelo que o tribunal que a decretou pode desencadear o mecanismo do art 297º CIRE e tal participação culminar na dedução de uma acusação para julgamento penal por algum dos crimes do art 227º ss CP. Qualquer credor pode valer-se das referidas normas para solicitar ressarcimento, o que será particularmente útil nos casos em que não tenha ocorrido incidente de qualificação, quando tenha sido julgado fortuito, quando sejam diversas as pessoas dos afetados e as dos arguidos ou na eventualidade de o mesmo credor não ter logrado exercer a sua pretensão ressarcitória em tempo útil na insolvência. Se formular pedido de indemnização civil tem como vantagem de contexto a redução do seu labor probatório pois que como parte civil incumbe-lhe mera alegação e prova do dano próprio e a sua eventual imputação aos factos da acusação, enquadramento factual que deverá ser demonstrado pelo MP como titular da ação penal.

2.2 Mecanismos de proteção de credores no âmbito do CIRE

Cumprido o dever de apresentação à insolvência pela sociedade comercial, quando verificados os respetivos pressupostos ou requerida e consumada a declaração dessa situação, o AI nomeado tem prerrogativas destinadas à recuperação de ativos, entre elas a faculdade de proceder à resolução de negócios em benefício da massa insolvente⁸⁴⁻⁸⁵ (120º ss) ou, com

justificar o estender, também a estes crimes, dos mecanismos da mesma lei para que “a recuperação de ativos se instale nas práticas judiciais como um objetivo tão importante como a atribuição da responsabilidade penal dos agentes do crime que gera proveitos económicos” (RODRIGUES, 2013, 59). Na previsão de mecanismos que reduzem o tradicional obstáculo do sigilo bancário, a par de um mecanismo embrionário de ataque ao “enriquecimento ilícito” (segundo o art 7º/1 da L 5/2002 “presume-se constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”) a lei referida seria instrumento útil nos casos de transmissão de ativos da insolvente para a esfera patrimonial dos respetivos administradores ou sócios.

⁸⁴ A este propósito a doutrina distingue duas variantes: resolução condicional (120º) e incondicional (121º), embora GRAVATO MORAIS dê nota do impróprio da distinção na medida em que as duas formas são condicionais,

maior relevância, pode prosseguir ou instaurar ações de responsabilidade com fundamento no art 82º/3, seguindo os critérios e os princípios próprios das ações do CSC, acabados de referir. Estamos ainda no domínio da “responsabilidade societária” e não da “responsabilidade insolvencial”, configurando-se apenas três adaptações em relação ao que constituiria a típica aplicação dos arts 71º ss CSC: ao nível da legitimidade ativa exclusiva do administrador da insolvência (ainda que sucessiva, ingressando na posição da sociedade na ação que esta tivesse instaurado previamente à declaração da sua insolvência), do foro (as ações correm por apenso à ação de insolvência) e do beneficiário (nem a sociedade devedora, nem os credores). Conforme salienta EPIFÂNIO (2011, 190) “a concentração na instância insolvencial da apreciação das atuações dos administradores societários perante a sociedade insolvente (...) é o corolário da perda de poder de disposição e de administração pelo insolvente (art 81º/1) e, perante os credores sociais, é a consequência direta da exclusividade da instância insolvencial para a reclamação dos créditos”.

Tais ações (como as declarações de resolução, estas alheias à temática da responsabilidade) visam a reintegração da massa, pelo que apenas reflexamente poderão ressarcir os credores, em primeira linha por via dos privilégios creditórios que estes consigam fazer valer no rateio final, após a liquidação. Esses procedimentos poderão ser pouco úteis se resultarem para a massa (51º) novas despesas para a sua tramitação, para lá de os seus limites se cingirem ao dano passível de ser demonstrado, denotando-se reais dificuldades pragmáticas no convencimento dos administradores da insolvência a embarcarem em pleitos desta natureza. Como é óbvio, em relação ao objetivo final que é a satisfação dos créditos reclamados, o emprego cumulativo ou sucessivo dos expedientes enunciados com a responsabilidade que venha a ser efetivada à custa da qualificação é indiferente⁸⁶⁻⁸⁷, mas já não o serão os esforços probatórios a desenvolver e o risco a arcar. Poderá revelar-se mais aliciante para o AI ingressar numa demanda preexistente contra o gerente ou administrador da sociedade subsequentemente declarada insolvente, na medida em que possa aproveitar o

a segunda menos exigente nos respetivos pressupostos (MORAIS, 2008, 43). Sobre a distinção pronuncia-se o Ac RC de 21-05-2013.

⁸⁵ MORAIS (2008, 47) usa a expressão reintegração da massa insolvente como finalidade da resolução.

⁸⁶ A similar conclusão chega a doutrina espanhola concluindo pela compatibilidade, na LC, mesmo ao nível das consequências, entre as sentenças de qualificação e as ações sociais e individuais de responsabilidade, sem prejuízo dos acertos processuais necessários à coexistência dos dois pleitos, porventura pela apensação da ação de responsabilidade ao concurso (MIQUEL BERENQUER, 2012, 141; HERNANDO MENDÍVIL, 2013, 309).

⁸⁷ Em sentido que nos parece divergir da posição apresentada pronuncia-se entre nós EPIFÂNIO (2013, 145) por via das vantagens na obtenção dos pressupostos da responsabilidade civil (presunções de culpa e delimitação do dano indemnizável indexado ao crédito reclamado), mas logo a seguir considera que “continua a fazer sentido” a propositura (ou continuidade, acrescentaríamos) de ações de responsabilidade societária em casos de mera negligência, fora do limite temporal da qualificação ou quando o dano exceda o que foi reclamado.

enunciado factual e a prova previamente preparadas, em melhor conhecimento de causa, pela sociedade ou pelos credores. Outrossim poderá ser mais útil continuar ou instaurar impugnação pauliana⁸⁸, com vista a fazer regressar ao património do devedor⁸⁹ um bem valioso ilicitamente transferido para terceiro, que esperar pela afetação de um culpado pela criação da situação de insolvência que não dispõe de património ou o possui já onerado.

2.3 A tutela de credores na insolvência declarada culposa

Assumindo os pressupostos de a liquidação no âmbito da insolvência não permitir arrecadar para a massa insolvente valor superior ao dos créditos verificados e de, por essa altura, estar gorada a possibilidade de os credores se ressarcirem à custa do património do devedor, por não terem logrado executá-lo em tempo útil, o benefício a colher da qualificação da insolvência como culposa cinge-se ao alargamento do número de patrimónios que irão responder pelo passivo, tantos quantos os afetados pela decisão.

As dificuldades a transpor pelos mesmos credores radicam na tradicional álea de uma demanda judicial - incluindo deficiências probatórias ou aplicações anómalas da lei - à qual acresce o especial condicionalismo do incidente.

O fim da obrigatoriedade do incidente reduz a probabilidade de vir a ocorrer a sua instauração e o escrutínio da culpabilidade: à inércia do sistema facilmente se adicionará o desinteresse generalizado dos credores, reforçado quando pressintam a fragilidade do património dos potenciais afetados. Num segundo momento, se algum interessado alegar ou o AI se pronunciar no sentido da culpabilidade, o esforço pode não surtir efeitos, se julgada inoportuna a respetiva apreciação.

⁸⁸ A não apensação aos autos de insolvência das ações de impugnação pauliana (127º em confronto com 85º) traduz desvio ao regime regra do CIRE. A despeito da preocupação expressa no art 127º que parece subordinar as iniciativas processuais dos credores às opções do AI, em linha com a solução das ações sociais de responsabilidade (82º), não parece excluída a possibilidade de os credores impugnarem atos que o AI não resolveu (FERNANDES, 2013, 543, n 2). Concordando com a prevalência da resolução sobre a impugnação pauliana para atacar atos que envolvam diminuição da garantia patrimonial e não sejam de natureza pessoal, vide BARRADAS (2012, 13-20). Sobre a redundância de soluções refletiu o Ac RE de 26-01-2012 (anterior à responsabilização patrimonial no CIRE) no qual se qualificou determinada insolvência como culposa pela doação de bens dos insolventes a uma filha, circunstancialismo que poderia ser atalhado quer pela resolução, quer pela impugnação. Sobre os delicados limites entre a resolução e a impugnação pauliana veja-se MORAIS, 2008, 44.

⁸⁹ Para benefício do credor que tenha instaurado a ação, tendo em conta o teor do art 127º/3 e a remissão para o art 616º CC (FERNANDES, 2013, 544, n 5), solução absurda na vigência da declaração de insolvência como alerta MARIA JOSÉ COSTEIRA (*apud* MORAIS, 2008, 207). Em vez de uma impugnação pauliana coletiva, em benefício da massa (MORAIS, 2008, 197), haverá lugar à impugnação pauliana singular a impulso de credor ou assalto à disposição patrimonial pela resolução, prevalecendo a opção do AI sobre a ação singular do credor (127º/1 e 2). Em sentido oposto, que nos parece mais adequado, decidiu o Ac STJ de 11-07-2013 que determinou o regresso do bem à massa e permitiu a *par conditio creditorum*.

No melhor cenário (para os credores) o conjunto de factos trazidos às alegações e pareceres determinarão a abertura do incidente de qualificação e a citação dos requeridos para eventual oposição. Na falta desta há quem defenda⁹⁰ ser inviável a decisão de preceito que caracterize a insolvência como culposa. Para os que perfilham tal entendimento haverá lugar a julgamento no qual os intervenientes, sem prejuízo do contraditório, terão de convencer o juiz quanto aos fundamentos de facto e de direito necessários à decisão naquele sentido.

Sendo os fundamentos circunscritos à violação das regras consignadas no art 189º/3, omissão do dever de apresentação à insolvência ou da prestação de contas, a exigência sistemática de prova quanto aonexo causal entre tal omissão e a criação ou agravamento da situação de insolvência erige-se em obstáculo de monta.

Dificuldades acrescidas surgem na hipótese de o requerido ser um administrador de facto⁹¹, tipicamente de mais difícil deteção para os intervenientes processuais, mais confortados com o princípio de prova da responsabilidade quanto aos inscritos no registo comercial como administradores.

Ultrapassado um possível recurso, transitada em julgado a decisão de qualificação da insolvência como culposa e definido o universo dos responsáveis, outro problema se levanta, a necessidade de impulsionar uma nova ação pela qual os credores executem a condenação na satisfação do passivo a descoberto. Embora a lei não especifique a concreta forma processual a seguir, tudo indica que a sentença de qualificação será aproveitável como título executivo.

⁹⁰ Pelo primado do inquisitório (Ac RP de 16-10-2012) ou acrescendo os princípios de presunção de inocência, direito de defesa e garantias processuais aplicáveis face ao carácter sancionador da qualificação culposa em Espanha (MIQUEL BERENGER, 2012, 104). Em opção diversa o Ac RE de 26-01-2012 validou decisão que prescindiu de julgamento num caso no qual os afetados invocaram na oposição factos no sentido do carácter fortuito da insolvência.

⁹¹ Seja isso o que for, pois que “continua patente a elevada necessidade de se consagrar uma definição legal de administrador de facto, que permitirá densificar o conceito e actuará em prol da segurança e certeza jurídicas” (NASCIMENTO, 2012, 40).

Capítulo 3: Apreciação crítica

O ordenamento jurídico possui respostas diferenciadas ao fenómeno do incumprimento quando redunde na falência e permite compatibilizar as fontes de responsabilização do CIRE com as de outras normas (CSC, LGT e CPP, quanto às ações de responsabilidade societária, reversão fiscal e pedido de indemnização civil enxertado na ação penal).

A qualificação da insolvência é um instituto recente introduzido em Portugal pelo CIRE como evolução de anteriores iniciativas legislativas que visavam a responsabilização de pessoas cuja atuação tivesse criado ou contribuído para agravar a situação de insolvência. A alteração resultante da L 16/2012 traduz uma verdadeira “versão 2.0” do instituto pela profunda reconfiguração de aspetos substantivos e adjetivos. O seu atual carácter facultativo recondu-lo ao paradigma tradicional do incidente processual.

A filiação estrutural deste instrumento na tradição punitiva da falência é a conclusão a extrair do nosso percurso. Contudo a exclusão temporária de agentes de factos culposos causais do estado de falência é sanção civil apta a alavancar a proteção do comércio jurídico. A par dessas funções (punição e prevenção) a valia deste instrumento como meio de tutela dos credores será relativizada, já que impõe proatividade ao credor que procure ressarcimento patrimonial por via da qualificação, seja para impulsionar o incidente, seja na instância subsequente a que deverá lançar mão e uma “pausa de fé”⁹². Melhor seria, em momento antecedente, ter previsto garantias especiais. Falhando estas e frustrando-se as diligências processuais que tenha impulsionado em momento prévio à declaração de insolvência, já na vigência desta, procedendo a qualificação como culposa, pode vir a ressarcir-se à custa do adicionamento de patrimónios suplementares, com o valor acrescentado da extensão do círculo de afetados a outros que não sejam administradores de facto ou de direito da devedora insolvente (TOC e ROC).

⁹² A coloquialidade pinta fiel retrato da posição do credor apanhado na teia da ação de insolvência: inibido de propor novas ações declarativas ou executivas quanto à devedora, terá de esperar que as já existentes (ações de responsabilidade societária) sejam prosseguidas sob o monopólio do AI. Se era exequente verá a respetiva instância suspensa, depois extinta e eventual apuro trazido para a massa e colocado ao dispor do coletivo de credores. Ainda que opte por alegar quanto à culpabilidade tal intervenção processual poderá não bastar à instauração do incidente de qualificação, agora facultativo. Na procedência deste será necessário reincidir e lançar nova instância sobre os patrimónios adicionais, esperando que estes não estejam já exauridos ou que os afetados não tenham procurado refúgio na insolvência pessoal. A previsível morosidade do incidente ocorrendo oposição ou recurso e o delicado equilíbrio entre os mecanismos processuais aludidos, cujos termos o credor apenas marginalmente poderá conformar, justificam a expressão. Outros autores, noutras latitudes como a Argentina, anotam o conflito entre morosidade e eficácia referindo que “*otras legislaciones son más exigentes que la local respecto a las responsabilidades por la insolvencia. El problema es establecer una normativa que pueda funcionar dentro de una cronología razonable*” (ESCANDELL, 2013, 15). Nesse país a quebra impõe inabilitação automática por um ano mas a responsabilidade dos administradores é a societária (*idem*).

Entendemos, todavia, que este mecanismo de responsabilização insolvencial, mesmo com o acréscimo da vertente patrimonial, não contrabalança o desvalor do artifício que traduz o limite de responsabilização de que tipicamente beneficiam os agentes económicos que optam pela via incorpórea: “a limitação da responsabilidade por parte dos sócios produz um efeito económico não negligenciável, qual seja o de transferir para terceiros uma parte do risco inerente à actividade empresarial”⁹³, a parte que exceda o capital social, sendo este a medida do risco e o limite das perdas a que os sócios aceitam submeter-se. “Em caso de falência da sociedade, os sócios perdem, em princípio, apenas o valor das suas entradas (...) no entanto, os credores da sociedade não conseguem receber (...) os seus créditos, o que significa que são eles, na exacta medida desse não recebimento, a suportar o risco da actividade empresarial da sociedade falida”⁹⁴.

O risco comercial, a dissociação entre os interesses da sociedade, dos administradores e dos sócios e o benefício para estes da separação de patrimónios são fatores que validam a adequação de uma solução de responsabilidade insolvencial objetiva ou com presuntivo carácter culposo. A consequência seria a da reversão subsidiária e solidária, *vg* nos casos em que na LC é aberto incidente⁹⁵. A solução propugnada não parece excessiva quando se atenta no rol de normas civilistas que olham com desconfiança para certas atividades humanas onerando quem nelas participe com mecanismos de responsabilidade civil que partem de presunções de culpa (491º ss CC) ou impõem obrigação objetiva de indemnizar (503º ss CC) concedendo, em paralelo, hipóteses de desoneração, sob certos pressupostos.

Excessiva é a atual imposição aos credores, AI e MP como *extranei* em relação à sociedade comercial devedora e insolvente de um ónus de averiguar⁹⁶, alegar⁹⁷ e provar factos

⁹³ DOMINGUES, 2004, 218.

⁹⁴ *Idem*, 219.

⁹⁵ Vide *supra* 1.2.2. A lei poderia isentar do incidente casos de apresentação aos credores, plano de recuperação aprovado com perda inferior a 1/3 dos créditos reconhecidos ou moratória inferior a 5 anos. Nos demais casos poderia complementar o paradigma do art 233º/6 com a obrigatoriedade do incidente, presumindo a responsabilidade objetiva dos responsáveis pelo ente coletivo e condenando-os a satisfazer o passivo a descoberto caso não produzissem prova excluindo a culpa ou o nexo causal. Na solução agora proposta assume-se a influência dos referidos mecanismos de reversão fiscal e desconsideração da personalidade jurídica, na medida do inaceitável *status quo* conhecido dos operadores judiciais: fecha uma empresa sem deixar rasto, abre outra com similar objeto social, os mesmos trabalhadores e equipamento, porventura formalmente adquirido a preço de mercado e com um gerente de conveniência, o que dificulta o ressarcimento dos credores. Noutro plano, recente acórdão do TC (201/2014) não viu óbice a que os administradores respondam solidariamente pelo pagamento da coima em contraordenação laboral aplicada a pessoa coletiva.

⁹⁶ Sem que a lei lhes atribua competências de investigação específicas, podendo ver opostos entraves de sigilo e reserva.

⁹⁷ Em irrisório prazo de 60 dias (arts 36º/4 e 188º/1).

que são próprios da vida desta. Vítimas no incidente da *nebel des krieges*⁹⁸ os intervenientes primeiramente referidos não beneficiam da vantagem que os requeridos no incidente possuem do seu lado, o conhecimento da organização, do negócio e dos motivos concretos do seu colapso ou a disponibilidade dos meios de prova (registos contabilísticos, contactos comerciais) que permitam infirmar com maior facilidade relativa as alegações de culpabilidade quando tenha ocorrido circunstância exculpante.

Desenvolvido esforço no impulso do incidente, se procedente, não é significativa a recompensa para os seus intervenientes: o AI não é beneficiado em termos remuneratórios, pois a satisfação dos créditos decorre da condenação no termo do incidente e não da liquidação⁹⁹, os credores não gozam de uma bonificação do respetivo crédito¹⁰⁰ e devem lançar novas instâncias judiciais (execução, impugnação pauliana) sem o contributo orientador dos órgãos da insolvência, assumindo os riscos subsequentes¹⁰¹, aí se incluindo o da própria insolvência dos afetados¹⁰²; o MP passa a dispor dos pressupostos para exercer a ação penal e o comércio jurídico ficará salvaguardado da intervenção formal dos afetados, pelo menos na vigência do período fixado na sentença de qualificação. Estas consequências reconduzem-se ao tradicional paradigma punitivo, possuindo ténue filiação ao objetivo primeiro e último do CIRE, a satisfação dos credores.

Em suma, sobra valia aos tradicionais meios de tutela dos credores, a exercer com preferência sobre a qualificação da insolvência como culposa, que não é solução infalível para a tutela do credor de uma sociedade comercial insolvente. Em casos contados poderá traduzir uma derradeira possibilidade de ressarcimento, tanto mais elevada quanto maior o número de

⁹⁸ A expressão névoa de guerra, do general prussiano Carl von Clausewitz, reporta fenómenos típicos da guerra como o caos no cumprimento das instruções superiores, a incerteza sobre os planos e reações do inimigo e a incapacidade de apreensão sensorial da totalidade do campo de batalha. Tem claro paralelo no pleito judicial no qual uma das partes conhece bem os factos que lhe são pessoais mas a que se lhe opõe tem dificuldades acrescidas na respetiva demonstração, estado de coisas que se acentua perante uma estruturação incorpórea como é a sociedade comercial, na qual os circuitos de imputação decisória e executiva podem não corresponder ao que se encontra publicitado no respetivo registo, sendo a realidade ocultada aos credores (vide supra n 3).

⁹⁹ Cf art 23º/2 da L 22/2013, de 26/2 e tabela anexa à Portaria 51/2005, de 20/1.

¹⁰⁰ Pelo contrário, com o despacho de encerramento da ação (arts 48º/b; 233º/1a; 234º/3) cessará a contagem de juros quanto aos créditos sobre a insolvência, que apenas “reinicia” (em rigor constitui-se um novo crédito, sobre novos sujeitos, pois que extinta a pessoa do devedor e os créditos sobre a insolvência) com a interpelação aos afetados para desembolsar o montante dos créditos não satisfeitos.

¹⁰¹ Não sendo autor na ação de insolvência declarada com insuficiência da massa, o credor que pretenda fazer valer o seu crédito corre risco de contestação, por não ter podido reclamá-lo.

¹⁰² A condenação pelo passivo a descoberto parece de integrar como dívida insuscetível de extinção pela exoneração do passivo das pessoas singulares insolventes face ao art 245º/2b, conclusão que se alvitra merecer aval da jurisprudência quando vier a pronunciar-se dentro de alguns anos.

afetados ou melhor o respetivo património, possibilidade que justifica a retoma de soluções de responsabilização patrimonial cuja vigência o CIRE suspendeu em 2004.

Bibliografia

I. Monografias

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial* (Volume II, reimpressão da 4.^a edição). Almedina, Coimbra, 2013.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais, *Direito Processual Civil* (11.^a edição). Almedina, Coimbra, 2013.
- ANTUNES, José Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*. Almedina, Coimbra, 2002.
- CAEIRO, Pedro, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, Coimbra, 1996.
- CASTRO, Carlos Alberto Farracha, *Manual de Recuperação de Empresas & Falência*. Juruá Editora, Curitiba, 2013.
- CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa "In Agendo"* (3.^a edição). Almedina, Coimbra, 2014.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social. Noção, Princípios e Funções* (2.^a edição). Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência* (5.^a edição). Almedina, Coimbra, 2013.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*. Publicações Universidade Católica, Lisboa, 2000.
- FERNANDES, Luís Carvalho / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado* (2.^a edição), Quid Juris? Lisboa, 2013.
- FINCH, Vanessa, *Corporate Insolvency Law* (2nd edition). Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HERNANDO MENDÍVIL, Javier, *Calificación del Concurso y Coexistencia de las Responsabilidades Concursal y Societária. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Bosch, Barcelona, 2013.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas - Anotado* (7.^a edição) Almedina, Coimbra, 2013.
- MACEDO, Pedro de Sousa, *Manual de Direito das Falências*. Volume I. Almedina, Coimbra, 1964.
- MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*. Almedina, Coimbra, 2008.
- MIQUEL BERENGUER, Juli, *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores. Concurso Fortuito – Concurso Culpable*. Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- PINTO, Alexandre Mota. *Capital Social e Tutela dos Credores Para Acabar de Vez Com o Capital Social Mínimo nas Sociedades por Quotas in: “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier” / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra [coord. António Joaquim de Matos Pinto Monteiro] Volume I*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”* (reimpressão). Almedina, Coimbra, 2012.
- RIBEIRO, Maria de Fátima [coord.], *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*. Almedina, Coimbra, 2013.
- ROCHA, Maria Victória Rodrigues Ferreira, *Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais*. Almedina, Coimbra, 1994.
- RODRIGUES, Carlos Reis / RODRIGUES, Hélio Rigor, *Recuperação de Ativos na Criminalidade Económico-financeira. Viagem pelas Idiossincrasias de um Regime de Perda de Bens em Expansão*. SMMP, Lisboa, 2013.
- RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Em Nome do Povo*. Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- SERRA, Catarina, *A Falência no Quadro da Tutela Jurisdicional dos Direitos de Crédito*. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência* (5.^a edição). Almedina, Coimbra, 2012.

II. Artigos em publicações periódicas

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* in “Direito e Justiça”, vol. XIX, tomo II, 2005.

GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada – *La Responsabilidad Concursal de los Administradores Sociales Ex Art. 172 Bis del Proyecto de Reforma de la Ley Concursal* in “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, n.º 15, ano 2011.

OLIVEIRA, Rui Estrela - *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência* in “O Direito”, vol. V, ano 142, 2010.

VELA TORRES, Pedro-José – *Tramitación Procesal de la Sección de Calificación del Concurso y Efectos de la Sentencia de Culpabilidad* in “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, n.º 3, ano 2005.

VICENT CHULIÁ, Francisco – *La Responsabilidad de los Administradores en el Concurso* in “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, n.º 4, ano 2006.

III. Artigos em publicações online

ASJP – Associação Sindical dos Juizes Portugueses - Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais – *Parecer. Anteprojecto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa*. Lisboa, dezembro de 2011. Disponível em linha em <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/12/Parecer-CIRE-Dezembro-de-2011.pdf>, consultado em 2013-12-11.

BARRADAS, Francisco Manuel Salvador - *A Resolução em Benefício da Massa Insolvente*. Porto, UCP, 2012. Disponível em linha em <http://hdl.handle.net/10400.14/11983>, consultado em 2014-03-27.

COMISSÃO EUROPEIA, BANCO CENTRAL EUROPEU, FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, REPÚBLICA PORTUGUESA – *Portugal: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality (3 May 2011, 13:40)*. Lisboa, 2011. Disponível em linha em http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorandotroika_04-05-2011.pdf, consultado em 2014-01-08.

DGPJ – Direção-Geral da Política da Justiça – *Estatísticas trimestrais sobre ações executivas cíveis (2007-2013). Destaque estatístico trimestral. 3.º Trimestre de 2013*. Lisboa, Boletim n.º 14, janeiro de 2014. Disponível em linha em <http://www.dgpj.mj.pt>, consultado em 2014-03-27.

DGPJ – Direção-Geral da Política da Justiça – *Estatísticas trimestrais sobre processos de falência, insolvência e recuperação de empresas e sobre processos especiais de revitalização (2007-2013). Destaque estatístico trimestral. 3.º Trimestre de 2013*. Lisboa, Boletim n.º 13, janeiro de 2014. Disponível em linha em <http://www.dgpj.mj.pt>, consultado em 2014-03-27.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Os Efeitos Processuais da Declaração de Insolvência* in “I Jornadas de Direito Processual Civil. Olhares Transmontanos”. 2011. Disponível em linha em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Livro_JornadasDPC.pdf, consultado em 2013-11-26.

ESCANDELL, José - *La Ley Concursal Argentina, Reformas y Tendências. Mundo Real vs Mundo Ideal* in “II Jornadas Sobre Régimen Concursal y Entes en Insolvencia”. 2013. Disponível em linha em <http://www.cpcelar.org.ar/uploads/userfiles/files/Escandell.pdf>, consultado em 2014-04-10.

FERREIRA, Bruno - *A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto Estratégias de Corporate Governance*. 2008. Disponível em linha em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/C30Artigo1.pdf>, consultado em 2014-03-04.

FERREIRA, Dulce Dinis - *Reversão Fiscal*. 2012. Disponível em linha em <http://www.mtfg.pt/uploads/DDF%20Reversao%20Fiscal.pdf>, consultado em 2014-02-12.

Fiscalia General de España – *Instrucción 1/2013 sobre intervención del Fiscal en el proceso concursal*. Madrid, 2013. Disponível em linha em <http://www.fiscal.es>, consultado em 2013-12-12.

FURTADO, Maria José Varela - *A Responsabilidade Subsidiária Tributária dos Gerentes e Administradores no Regime da LGT: a Sua Reversão*. 2011. Disponível em linha em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66021/2/5062.pdf>, consultado em 2013-12-16.

- MARQUES, Cláudia Lima - *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul*. 2010. Disponível em linha em <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/20100420/Peru-superendivida-5boafeNovo.doc>, consultado em 2014-01-08.
- NASCIMENTO, Pedro Alexandre Azevedo - *A Responsabilidade dos Gerentes e Administradores de Facto no CIRE*. Porto, UCP, 2012. Disponível em linha em <http://hdl.handle.net/10400.14/9727>, consultado em 2014-03-28.
- PEREIRA, Rosa Manuel Gomes - *O Incidente da Qualificação da Insolvência e os Seus Efeitos*. Porto, UCP, 2011. Disponível em linha em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9506>, consultado em 2014-02-12.
- RICHARD, Edouard - *Ordonnance de 1673, Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail*. Université de Rennes 1. 2010. Disponível em linha em <http://partages.univ-rennes1.fr/files/partages/Recherche/Recherche%20Droit/Laboratoires/CHD/Textes/Ordonnance1673.pdf>, consultado em 2014-02-12.
- RODRIGUEZ, Carlos López - *Calificación del Concurso in Curso de Derecho Comercial II*. Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay, 2010. Disponível em linha em <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseConcursal/Calificacion.html>, consultado em 2013-12-20.
- SERRA, Catarina - *Sobre a Projectada Reforma da Lei da Insolvência in “I Jornadas de Direito Processual Civil. Olhares Transmontanos”*. 2011. Disponível em linha em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Livro_JornadasDPC.pdf, consultado em 2013-11-26.
- SLAUGHTER AND MAY – *An Introduction to English Insolvency Law*. Londres, 2013. Disponível em linha em <http://www.slaughterandmay.com/media/251437/an-introduction-to-english-insolvency-law.pdf>, consultado em 2014-03-31.

IV. Jurisprudência referenciada*

Acórdão do Tribunal Constitucional 284/07, de 8-5-2007, publicado no Diário da República, 2.^a série de 27 de junho [página 14, nota 44].

Acórdão do Tribunal Constitucional 173/2009, de 2-04-2009, publicado no Diário da República, 1.^a série, de 4 de maio [página 12, nota 42].

Acórdão do Tribunal Constitucional 201/2014, de 3-03-2014, publicado no Diário da República, 2.^a série, de 7 de abril [página 30, nota 95].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3-02-2011. Processo 199-D/1999.P1.S1, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA [página 10, nota 26].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6-10-2011. Processo 46/07.8TBSVC-0.L1.S1, SERRA BAPTISTA [página 18, nota 62].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10-01-2012. Processo 434/1999.L1.S1, SALAZAR CASANOVA [página 24, nota 82].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-05-2012. Processo 2329/06.5TBVRL.P1.S1, ORLANDO AFONSO [página 24, nota 82].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-11-2012. Processo 229/08.3TTBGC.P1.S1, PINTO HESPANHOL [página 24, nota 82].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-02-2013. Processo 73/08.8TTBGC.P1.S1, PINTO HESPANHOL [página 24, nota 82].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-07-2013. Processo 283/09.0TBVFR-C.P1.S1, FONSECA RAMOS [página 27, nota 89].

Acórdão da Relação de Coimbra de 21-05-2013. Processo 928/11.2TBFIG-J.C2, FALCÃO DE MAGALHÃES [página 26, nota 84].

Acórdão da Relação de Coimbra de 28-05-2013. Processo 3257/11.8TJCBR-B.C1, ALBERTINA PEDROSO [página 18, nota 63].

Acórdão da Relação de Évora de 26-01-2012. Processo 3476/10.4TBFAR-B.E1, ANTÓNIO MANUEL RIBEIRO CARDOSO [página 5, nota 3; página 27, nota 88; página 28, nota 90].

Acórdão da Relação de Lisboa de 22-01-1992. Processo 0074404, CUNHA E SILVA [*página 21, nota 70*].

Acórdão da Relação de Lisboa de 01-10-2013. Processo 7/10.0TYLSB-C.L1-7, DINA MONTEIRO [*página 18, nota 63*].

Acórdão da Relação do Porto de 12-04-2012. Processo 9836/09.6TBMAI.P1, LEONEL SERÓDIO [*página 23, nota 79*].

Acórdão da Relação do Porto de 16-10-2012. Processo 248/08.0TYVNG-A.P1, RUI MOREIRA [*página 28, nota 90*].

Acórdão da Relação do Porto de 15-01-2013. Processo 548/06.3TBARC.P1, JOSÉ IGREJA MATOS [*página 23, nota 77*].

* Nota: entre parênteses retos indica-se a página e a nota da referência, no texto, à decisão jurisprudencial.

Índice

Lista de abreviaturas e siglas empregues.....	3
Introdução.....	5
Capítulo 1: A figura da qualificação da insolvência.....	6
1.1 Evolução da resposta jurídica à falência.....	6
1.2 Antecedentes próximos da qualificação da insolvência	10
1.2.1 No direito nacional	10
1.2.2 No direito comparado	10
1.3 Enquadramento da qualificação da insolvência.....	12
1.4 Finalidades da qualificação da insolvência	18
Capítulo 2: Qualificação da insolvência na tutela de credores de uma sociedade comercial.	21
2.1 Nótulas sobre outros instrumentos de tutela de credores.	21
2.1.1 Tutela cível geral e formas processuais.....	21
2.1.2 Tutela de credores no âmbito do Código das Sociedades Comerciais	22
2.1.3 Tutela penal e reparação dos prejuízos incorridos pelos credores.....	24
2.2 Mecanismos de proteção de credores no âmbito do CIRE.....	25
2.3 A tutela de credores na insolvência declarada culposa.....	27
Capítulo 3: Apreciação crítica.	29
Bibliografia.....	33
I - Monografias.....	33
II - Artigos em publicações periódicas.....	35
III - Artigos em publicações online.....	35
IV - Jurisprudência referenciada.....	38
Índice.....	40