



Universidade Católica Portuguesa

A Responsabilidade Penal nos Crimes Insolvenciais

Insolvência Dolosa

Insolvência Negligente

Ana Luísa Mota Miranda

Faculdade de Direito/Escola do Porto

2016

Universidade Católica Portuguesa

A Responsabilidade Penal nos Crimes Insolvenciais

Insolvência Dolosa

Insolvência Negligente

Ana Luísa Mota Miranda

Faculdade de Direito/Escola do Porto

2016

AGRADECIMENTOS

Este percurso não teria sido possível sem o contributo de algumas pessoas. É preciso reconhecer e demonstrar o meu mais sincero agradecimento.

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva pela sua honrosa orientação.

Desde sempre se mostrou disponível, dando sugestões que tornaram o trabalho mais enriquecedor.

À Professora Maria do Rosário Epifânio pois, sem o seu incentivo, nunca teria descoberto este tema que tanto me apaixonou.

Ao Sr. Procurador da República Manuel Branco pela cedência de alguma bibliografia.

À minha família e amigos por todas as palavras de incentivo.

Aqui terei de destacar os meus pais pelo constante apoio e confiança e ao meu namorado por toda a compreensão.

A todos, o meu muito obrigada.

RESUMO

Neste trabalho, sobre os crimes de insolvência dolosa e insolvência negligente, analisamos os seus elementos típicos, objetivo e subjetivo, bem como a existência de condições objetivas de punibilidade.

Tomamos posição em relação às diversas divergências doutrinárias.

A maior dificuldade foi a inexistência de aprofundada investigação na doutrina.

Esperamos, assim, que este trabalho possa contribuir para a interligação de duas áreas – insolvência e penal – interligação fundamental para a compreensão exata destes crimes.

ABSTRACT

In this paper about fraudulent and negligent insolvency crimes, we analyse typical objective and subjective elements as well as the existence of objective condition of punishability.

We take position about the several doctrinal divergences.

The major difficulty was the inexistence of a deep investigation on the more specialized doctrine.

We hope this paper may contribute for a fundamental connection of two areas – insolvency and penal – for the exact understanding of these two crimes.

Palavras-Chave: administrador; condição objetiva de punibilidade; declaração de insolvência; devedor; insolvência dolosa; insolvência negligente; recuperação; resultado típico; situação de insolvência.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS/ABREVIATURAS	4
INTRODUÇÃO.....	5
I. BEM JURÍDICO TUTELADO	5
II. CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA	7
II.i. Tipo Objetivo de Ilícito	7
A) Agentes do Crime.....	7
A.1. Pessoa Singular	7
A.2. Pessoa Coletiva	8
A.3. Herança Jacente.....	11
A.4. Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada.....	11
B) Modalidades de Ação.....	12
B.1. Condutas que provocam uma diminuição real do património	12
B.2. Condutas que provocam uma diminuição fictícia do património.....	12
B.2.1. Art. 227º, nº 1, al. b)	13
B.2.2. Art. 227º, nº 1, al. c)	14
B.3. Condutas que visam ocultar a real situação patrimonial do devedor.....	14
C) Resultado Típico ou Condição Objetiva de Punibilidade.....	16
II.ii. Tipo Subjetivo de Ilícito	18
II.iii. A Punibilidade	19
A) Condição Objetiva de Punibilidade.....	19
B) Trânsito em Julgado da Sentença.....	20
C) Prescrição do Procedimento Criminal	20
III. CRIME DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE.....	22
III.i. Tipo Objetivo de Ilícito	22
A) Agentes do Crime	22

B)	Modalidades de Ação.....	22
B.1.	Art. 228º, nº 1, al. a).....	23
B.1.1.	Condutas Típicas.....	23
B.1.2.	Resultado Típico	24
B.2.	Art. 228º, nº 1, al. b).....	25
B.2.1.	Evolução Legislativa	25
B.2.2.	Aplicabilidade desta alínea – A Querela Doutrinal.....	26
B.2.2.a.	Plano de Insolvência	28
B.2.2.b.	Processo Especial de Revitalização.....	29
B.2.2.c.	Dever de Apresentação à Insolvência.....	31
B.2.2.c.1.	Insolvência Atual	31
B.2.2.c.2.	Insolvência Iminente	33
B.2.2.d.	Síntese da al. b) do nº 1 do art. 228º.....	34
III.ii.	Tipo Subjetivo de Ilícito.....	35
III.iii.	Condição Objetiva de Punibilidade.....	37
IV.	LIGAÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PENAL	37
	CONCLUSÃO	38
	BIBLIOGRAFIA	39
	LISTA DE JURISPRUDÊNCIA.....	42

LISTA DE SIGLAS/ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
al.	alínea
apud	citado por
art.	artigo
Cf.	Confronte
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CP	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
EIRL	Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada
Ex	Exemplo
LOSJ	Lei da Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
nº	número
ob. cit.	obra citada
PER	Processo Especial de Revitalização
p.	página(s)
Proc.	Processo
Rel. Co.	Tribunal da Relação de Coimbra
Rel. Guim.	Tribunal da Relação de Guimarães
Rel. Lx.	Tribunal da Relação de Lisboa
Rel. Po.	Tribunal da Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
v.g.	<i>verbum gratia</i>
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

Analisa-se a responsabilidade penal no âmbito dos crimes de insolvência dolosa e negligente (art. 227º e 228º CP).

A responsabilidade penal é um dos efeitos eventuais¹ que pode ocorrer sobre o devedor e outras pessoas em consequência da declaração de insolvência, visando-se punir² o agente pela prática das condutas típicas.

Procede-se, primeiramente, à análise do bem-jurídico subjacente e, numa fase posterior, ao estudo daqueles tipos legais, analisando o tipo objetivo e subjetivo de ilícito e a sua punibilidade.

Pensamos que este pequeno trabalho assume relevância por, embora pouco estudado pela doutrina, ser cada vez mais atual, devido à crise económica que enfrentamos.

I. BEM JURÍDICO TUTELADO

Os crimes insolvenciais surgiram para punir os “comerciantes que causavam um prejuízo aos seus credores, quer através do levantamento (...) quer através da quebra (...) em virtude de uma situação de impotência económica (...) que impedia o quebrado de satisfazer os seus credores”.³

Começou-se, então, a questionar qual o bem jurídico tutelado.

Há quem⁴ defenda ser o património dos credores. A “ofensa ao património dos credores detém dignidade penal autónoma”⁵. É certo que, como refere Pedro Caeiro,⁶ “o direito

¹ “dependem da verificação pelo juiz, ou até (...) pelo administrador da insolvência (...) do preenchimento de um conjunto de requisitos previstos na lei” que se contrapõem aos efeitos automáticos que “se produzem em todo e qualquer processo de insolvência, pela mera prolação da sentença de declaração de insolvência” Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 82 e 83.

² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 115.

³ CAEIRO, Pedro, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 402.

⁴ CAEIRO, Pedro, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais: (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 191, 241 e 243 e *Comentário*, ob. cit., p. 404, 407 e 408; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 122; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 706; PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2014, p. 657; GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO, embora com uma expressão diferente, “a proteção da eventual massa insolvente” in *Código Penal Parte Geral e Especial com Notas e Comentários*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 1005; Ac. Rel. Co. de 2.10.2013, Proc. 253/05.8TAPMS.C1, in www.dgsi.pt.

⁵ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 404.

⁶ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 231.

penal não incrimina o simples incumprimento contratual, o qual deve encontrar remédio nos meios processuais civis”. Acrescenta que a necessidade de o direito penal intervir surge no “momento em que os meios civis são insuficientes” para remediar o incumprimento que origina uma lesão no património dos credores. Esta ofensa ocorre porque o devedor viola “o dever de manter um volume patrimonial suficiente para a completa satisfação dos credores”.

Outros⁷ consideram tratar-se de um bem supra-individual – o bom funcionamento da economia. Para estes, o património dos credores não é protegido pelas normas penais pois, quando o direito penal intervém, por força do princípio da subsidiariedade, há já lesões nesse património que não podem ser reparadas. Acresce que a proibição da prisão por dívidas⁸ (art. 16º CRP) impede que o bem tutelado seja o património dos credores⁹.

Outros¹⁰ ainda consideram que o bem tutelado é o património dos credores e o “interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial”¹¹.

Também alguma jurisprudência ao referir que se pretende “tutelar directamente o património dos credores ou então e para ser mais preciso o direito ao crédito por parte destes (...) Mas isto sem que se possa esquecer que através deste mesmo ilícito se pretende proteger, ainda que mediatamente, o correcto funcionamento da economia de mercado, como peça fundamental do sistema socioeconómico”.¹²

Parece-nos que o bem jurídico será essencialmente o património dos credores, embora se possa salvaguardar indiretamente o bom funcionamento da economia pois os devedores, ao praticarem condutas violadoras de princípios da boa-fé, da lealdade, da cooperação, da

⁷ PALMA, Maria Fernanda “nas situações de insolvência e de falência, a realidade tutelável nessa dimensão é a economia de crédito ou até a economia geral” em *Aspectos Penais da Insolvência e da Falência: Reformulação dos Tipos Incriminadores e Reforma Penal*, in: “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, Vol. 36, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 402; LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 343.

⁸ Esta proibição implica “a garantia de que ninguém será submetido a pena de prisão pelo mero incumprimento das suas obrigações contratuais ou extracontratuais” Cf. SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 57.

⁹ LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., p. 343; Ac. Rel. Lx. de 9.11.2010, Proc. 1699/09.8TBBNV-G.L1-7, in www.dgsi.pt.

¹⁰ CALDAS, Luís Filipe, diz “não ofenderão apenas o património dos credores mas (...) também o sistema económico ou o subsistema do crédito” em *A propósito do novo artigo 227º -A do Código Penal Português – “A Frustração de Créditos”*, in: “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, Ano 13, nº 4, Outubro - Dezembro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 535.

¹¹ OLIVEIRA, Rui Estrela, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in: “O Direito”, Ano 142, 2010, V, Almedina, Coimbra, p. 944 e 945.

¹² Cf. Ac. Rel. Po. de 17.10.2012, Proc. 833/03.6TAVFR.P2, in www.dgsi.pt; Ac. Rel. Lx. de 21.5.2015, Proc. 770/10.8TATVD.L1-9, in www.dgsi.pt.

verdade, e da boa informação¹³, põem em causa a relação entre devedor-credor, relação essencial à economia de mercado.¹⁴

II. CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

Este crime preenche-se quando o devedor, com intenção de prejudicar os credores, pratica uma das condutas tipificadas na lei (art. 227º CP). Vejamos os seus elementos.

II.i. Tipo Objetivo de Ilícito

A) Agentes do Crime

A.1. Pessoa Singular

Este crime, nos termos do nº 1, só pode ser praticado por “devedor cuja insolvência possa ser objecto de reconhecimento judicial”¹⁵; só o devedor insolvente¹⁶ pode praticar o crime, ou seja, o *devedor que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas* (art. 2º e 3º CIRE).

Trata-se, assim, de um “crime específico puro”.^{17 18}

O art. 227º, nº 2 permite, enquanto autor imediato, a punição do terceiro¹⁹ que pratique alguma das condutas típicas, com conhecimento do devedor ou em seu benefício. Terceiro será “todo aquele que é estranho à organização empresarial do devedor, não desempenhando aí as funções de sócio, de gerente ou administrador, de titular de qualquer

¹³ PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 660.

¹⁴ SOUSA, Susana Aires de, diz “o património constitui o bem jurídico diretamente protegido (...), ainda que, de forma mediata, a tutela deste bem individual reforce a confiança no sistema creditício e, com isso, no sistema económico” em *Os crimes insolvenciais*, in: “Revista de Direito da Insolvência”, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016, p. 48.

¹⁵ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 408.

¹⁶ Ac. Rel. Co. de 2.10.2013, cit., “só podem ser praticados por quem tenha insuficiência económica que não lhe permita solver as suas dívidas e possa levar a que seja declarada a sua insolvência.”

¹⁷ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 173.

¹⁸ Só pode ser cometido “por determinadas pessoas, às quais pertence uma certa qualidade ou sobre as quais recai um dever especial” Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 304. Como refere GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO “gira em torno de uma qualidade típica, a de «devedor»” in ob. cit., p. 1006.

¹⁹ É neste número um “crime comum” Cf. PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 657.

outro órgão social, de trabalhador²⁰ ou funcionário”²¹. O terceiro tem de atuar com conhecimento efetivo do devedor (estando-se perante uma situação de co-autoria, sendo o terceiro punido pelo n° 2 e o devedor punido, na forma omissiva, pelo n° 1 visto que tem um dever de garante – art. 10º, n° 2 CP) ou em benefício do devedor (o terceiro será o único autor)²².

A razão desta punição²³ deve-se ao facto de a maioria das condutas típicas poderem “ser praticadas, com êxito, por terceiros ao serviço da vontade do devedor”. Ora, se não existisse este preceito, seria fácil frustrar a proibição pois bastava que a iniciativa do crime fosse de um terceiro, para que este não fosse punido (não era devedor) e o devedor não seria também punido como autor imediato, salvo havendo instigação (art. 26º CP). Por outro lado, como a prova da comparticipação não é fácil²⁴, o terceiro podia ficar impune por não se preencher o art. 28º do Código Penal. Assim, considera-se justificada a punição dos terceiros²⁵, embora especialmente atenuada por haver “um menor desvalor da acção relativamente ao património dos credores”²⁶, pois o dever de manter um património solvente ou de cumprir as obrigações incumbe ao devedor²⁷ e a quem tem a responsabilidade pela sua gestão.

A.2. Pessoa Coletiva

As pessoas coletivas só respondem criminalmente pelos crimes elencados na lei (art. 11º, n° 2 CP). Nesse elenco não consta o crime de insolvência dolosa.

Assim, embora as pessoas coletivas possam ser objeto de declaração de insolvência (art. 2º, n° 1, al. a) CIRE), elas não podem ser agentes deste crime.

²⁰ Parece-nos que o trabalhador deve ser considerado terceiro pois se praticar uma conduta típica, com conhecimento ou em benefício do devedor, terá de ser punido como terceiro, sob pena de impunidade.

²¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 124.

²² LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, *Código Penal Anotado*, 2º Vol., Parte Especial, 3ª Edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 968; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 707.

²³ Cf. os argumentos referidos em CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 198 e 199.

²⁴ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 409 e 410.

²⁵ A título exemplificativo do preenchimento do conceito de terceiro refere-se Ac. Rel. Co de 24.3.1993, CJ, ano XVIII, 1993, tomo II, p. 58 “ sociedade (...) constitui a favor de Joaquim (...) hipoteca para garantia de um empréstimo deste àquela (...) sobre as suas instalações (...) nenhum dinheiro foi entregue à sociedade (...) pretendia-se (...) criar uma situação em que aquele se apresentava como credor da sociedade (...) vendeu ao Joaquim (...) as instalações objecto da hipoteca (...) Tal transacção não originou qualquer entrada de dinheiro” preenchendo o terceiro como autor imediato as al. a) e b) do art. 227º por remissão do n° 2.

²⁶ PALMA, Maria Fernanda, ob. cit., p. 412.

²⁷ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 410.

Porém, sendo a pessoa coletiva declarada insolvente, os titulares dos respetivos órgãos sociais²⁸ – gerentes, diretores, administradores – poderão responder criminalmente (art. 12º CP) se, atuando como titulares daquelas entidades, praticarem condutas incriminatórias, no exercício das suas funções²⁹, embora não sejam devedores (só a pessoa coletiva é devedora)^{30 31}.

O Código Penal, no art. 227º, nº 3, atribui relevo jurídico aos “administradores de facto”³², visando-se “censurar criminalmente os responsáveis por essas entidades pelo cometimento dos factos tipificados”.³³

Parece-nos, contudo, que tal nº 3 seria desnecessário porquanto se entende que o art. 12º do Código Penal abrange quer os administradores de direito quer os de facto³⁴. É certo que este preceito “parece exigir um título de representação, ainda que este título seja ineficaz”³⁵. Tem-se questionado, todavia, se “só deve valer para as hipóteses em que é

²⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 123; PALMA, Maria Fernanda, ob. cit., p. 410 e 411.

²⁹ Eles só não agirão como titulares do órgão se “a prática da conduta típica não se inclua, em abstracto, nos especiais poderes (jurídicos ou fácticos) que aquela titularidade lhe confere” Cf. CAIERO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 180. Assim, “deverá bastar que os comportamentos sejam praticados no exercício normal das funções dos agentes ou no âmbito dos seus poderes de representação e que eles não tenham agido no estrito interesse pessoal” Cf. PALMA, Maria Fernanda, ob. cit., p. 412; Não parece, por isso, exigível “que os actos sejam praticados no interesse do representado” Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 410.

³⁰ O art. 12º, nº 1º, al. a) do CP pretende “suprir (...) as lacunas de punibilidade que resultariam de o destinatário da norma incriminadora ser substituído na sua violação por um seu representante que não é imediato destinatário dela e que, consequentemente, ficaria impune, por lhe faltarem as condições pessoais (...). E por isso (...) pretende que a conduta descrita e praticada por um representante do destinatário da norma não fique impune, quando na perspectiva dos bens jurídicos tutelados há uma efectiva equivalência de condutas”. Daí que o advérbio “*mesmo*” signifique “que há responsabilidade por actuação em nome de outrem também nas hipóteses das alíneas a) e b)” Cf. SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, Lisboa, 2009, p. 285, 301 e 302; Também SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias”, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1023.

³¹ Ac. Rel. Co. de 24.3.1993, cit., p. 60 e 61 onde se refere que “O arguido (...) ao praticar os actos em causa como gerente da (...) sociedade (...) agia em representação e em nome desta e se algum ilícito penal é praticado a responsabilidade criminal recai sobre o gerente”; Ac. STJ de 22.9.1993, CJ – Acórdãos do STJ, Ano I, tomo III, 1993, p. 210.

³² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 124; COSTEIRA, Maria José, *A Insolvência de Pessoas Coletivas: Efeitos no Insolvente e na Pessoa dos Administradores*, in: “Julgar”, nº 18, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 173.

³³ LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 968.

³⁴ No sentido de equiparar a titularidade jurídica à titularidade de facto dos órgãos da pessoa coletiva encontra-se PALMA, Maria Fernanda, ob. cit., p. 412; SILVA, Germano Marques da, “Também o administrador de facto – ou seja, aquele que exerce efectivamente o poder de administrador da empresa, ainda que careça de legitimidade para tal, responde como se fora administrador de direito, por força do (...) art. 12º do CP” in *Direito*, ob. cit., p. 307; PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, “o nº 3 (...) assegurar a abrangência dos que «gerem de facto a sociedade, não sendo embora titulares dos seus órgãos de direcção nem de poderes de representação», mesmo no caso de se entender que o art. 12º só por si os não alcança” in ob. cit., p. 658; CAEIRO, Pedro “Na verdade, o art. 12º (...) não pretende responsabilizar aqueles que, não o sendo, se fazem passar por tal, mas sim os agentes que praticam as condutas proibidas enquanto titulares (...)” in *Comentário*, ob. cit., p. 411.

³⁵ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 311; “O título constitutivo da representação pode não ser eficaz, juridicamente válido; a ineficácia do título que tem, em todo o caso, de existir, não

ineficaz o acto jurídico, fonte dos poderes de representação, ou se deverá também aplicar-se a toda a representação de facto, mesmo quando não haja título”³⁶, ou seja, bastará “o exercício concreto de poderes e faculdades típicas do cargo ou função, com a aceitação mais ou menos tácita da sociedade, ou (...) se se deve exigir a existência dos pressupostos mínimos para integrar a qualificação de administrador ou representante de direito”.³⁷

À semelhança do que refere Germano Marques da Silva, um sujeito que, embora careça formalmente da qualificação de direito, mas que realize a ação típica afeta o bem jurídico de modo semelhante à atuação pelo sujeito idóneo.³⁸

Assim, o conceito de ineficácia deve ser interpretado “não no sentido da exigência de que haja sempre um acto de nomeação, ainda que ineficaz, mas no sentido de que a eficácia do acto de nomeação não é necessária.”³⁹ Por isso, aquele que “pratica efectivamente actos em nome da sociedade embora o acto fonte dos respectivos poderes não seja perfeito ou nem sequer exista segundo o direito privado”⁴⁰ – administrador de facto – como atua como se fosse efetivamente titular desse órgão social “não há razão substantiva, nem formal, para excluir a sua responsabilidade”.⁴¹

Tanto o administrador de direito como o administrador de facto responderiam, então, por força do art. 12º. Pedro Caeiro⁴² entende, porém, que, sem o número 3 do art. 227º, haveria uma “desigualdade” de tratamento entre os administradores de facto e de direito, porquanto o administrador de facto teria de caber no conceito de terceiro do nº 2 com pena atenuada, enquanto o administrador de direito caberia no nº 1 por aplicação do art. 12º. Todavia, tal argumentação não procede pois na noção de terceiro não cabe a de administrador mas sim a de alguém completamente estranho à pessoa coletiva. De qualquer modo, a inclusão deste nº 3 tem a vantagem de não permitir a inclusão dos administradores de facto na noção de terceiro, equiparando-os aos administradores de direito, se bem que, sem fundamento sério, puníveis com pena especialmente atenuada.

impede a aplicação do art. 12.º” Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: I – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982*, Editorial Verbo, Lisboa, 1987, p. 334.

³⁶ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 313.

³⁷ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 313.

³⁸ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 314.

³⁹ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 315.

⁴⁰ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 316.

⁴¹ SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade*, ob. cit., p. 319.

⁴² CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 412.

A.3. Herança Jacente

A herança jacente, património não titulado por um sujeito determinado⁴³, é suscetível de ser declarada insolvente (art. 2º, nº 1, b) CIRE). Todavia, não sendo o administrador da massa hereditária o destinatário da declaração de insolvência, para ele ser agente do crime, é necessário que atue em representação da herança jacente declarada insolvente (art. 12º CP).⁴⁴

A.4. Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada

Consiste num “património separado já que só ele responde por certa espécie de dívidas do seu titular, desde que este respeite, (...) o princípio da separação patrimonial”.⁴⁵ Deste modo, o devedor é o titular do EIRL, mas não pode ser declarado insolvente por força daquele princípio.⁴⁶ A declaração de insolvência tem apenas como destinatário o EIRL⁴⁷ (art. 2º, nº 1, g) CIRE). Assim, “o devedor e a entidade que é objecto do reconhecimento judicial da insolvência não coincidem”⁴⁸. Trata-se dos chamados casos de insolvência sem insolvente.

Mas, embora não seja alvo de declaração de insolvência, o devedor pode ser agente do crime pois há “um especial dever que ao devedor incumbe de manter, consoante os casos, um património solvente ou a capacidade de cumprir pontualmente – dever que também incumbe ao titular do EIRL, tanto no âmbito do seu património de afectação geral como no âmbito do seu património de afectação especial.”⁴⁹ Deste modo, o titular do EIRL pode “ser pessoalmente afetado pela insolvência do estabelecimento enquanto seu administrador, ainda quando não seja declarado, ele próprio, insolvente.”⁵⁰

⁴³ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 181.

⁴⁴ Ex: o herdeiro, que administra uma empresa que faz parte da massa, dissimulando os bens, causando, assim, prejuízo para os credores, tem de ser agente do crime pois o seu dever aproxima-se do dever do devedor insolvente. Cf. CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 183.

⁴⁵ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 185 a 187.

⁴⁶ PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 658.

⁴⁷ LEITÃO, Luís Menezes refere que no EIRL “não parece que a sua insolvência possa afectar automaticamente o seu titular” *in* ob. cit., p. 82.

⁴⁸ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 409.

⁴⁹ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 409.

⁵⁰ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 81.

B) Modalidades de Ação

Determinados os agentes do crime, analisar-se-á as modalidades de ação que o podem integrar, agrupando-as⁵¹ em: 1) condutas que provocam uma diminuição real do património; 2) condutas que provocam uma diminuição fictícia do património líquido; 3) condutas que visam ocultar uma situação de crise conhecida do devedor/ retardar a falência. Trata-se de um “crime de execução vinculada.”^{52 53}

B.1. Condutas que provocam uma diminuição real do património

Nestas, o “devedor deprecia realmente o valor do seu património”⁵⁴ através da destruição⁵⁵, danificação⁵⁶, inutilização⁵⁷ ou desaparecimento^{58 59} (art. 227º, nº 1, al. a) CP).

B.2. Condutas que provocam uma diminuição fictícia do património

Trata-se de condutas (al. b) e c) do nº 1) em que o “devedor simula uma situação de insolvência inexistente, assim se locupletando ocultamente, à custa dos créditos insatisfeitos, com os bens subtraídos à acção dos credores.”⁶⁰ A lei só incriminou as

⁵¹ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 195.

⁵² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 706.

⁵³ O “processo executivo tem que revestir alguma das modalidades descritas nas alíneas do nº 1” Cf. GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português anotado e comentado*, 18ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 834.

⁵⁴ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 412.

⁵⁵ O património deixa de “manter a sua individualidade anterior (...) quando acarrete a completa imprestabilidade da coisa” Cf. LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 799.

⁵⁶ O património “sem perder totalmente a sua integridade, sofre um estrago substancial com a consequente diminuição do seu valor económico ou da sua utilidade específica” Cf. LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 799.

⁵⁷ A coisa torna-se “mesmo que temporariamente, inadequada ao fim a que estava destinada, sem que perca a sua individualidade” Cf. LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 799.

⁵⁸ Significa dissipação Cf. LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 967. Ex: o arguido “levou todas as suas existências para a fábrica do outro arguido” com a intenção de “prosseguir a actividade (...) sob outro nome (...) dissipando o seu património” Cf. Ac. Rel. Po. de 17.10.2012, cit.

⁵⁹ LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS entendem que a prática de negócios simulados se integra na dissipação *in* ob. cit., p. 967. Diversamente e com razão, CAEIRO, Pedro considera que a simulação “não constitui uma diminuição real do património (...) mas sim uma diminuição fictícia” e que “fazer desaparecer” é não se descobrir o “paradeiro de bens que supostamente se deviam encontrar na titularidade do devedor” *in* *Sobre*, ob. cit., p. 195.

⁶⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 413.

diminuições fictícias do património e não o seu aumento, que apenas poderá relevar como instrumento para comprar mercadorias a crédito e retardar o reconhecimento da sua situação de insolvência⁶¹ (al. d) do nº 1).

B.2.1. Art. 227º, nº 1, al. b)

A diminuição fictícia do ativo pode ocorrer por várias manobras, embora algumas delas⁶² não afetem o ativo, mas somente originem um aumento artificial do passivo como a invocação de dívidas supostas, o reconhecimento de créditos fictícios e o incitamento de terceiros a apresentar créditos fictícios.

Deste modo, como refere Pedro Caeiro⁶³, a expressão “diminuir ficticiamente o seu ativo” terá de ser interpretada corretivamente no sentido de “diminuição fictícia do património líquido (...) através da diminuição fictícia do ativo (v.g. da dissimulação de coisas⁶⁴ (...), como através do agravamento fictício do passivo (v. g. da invocação de dívidas inexistentes)”.

Uma dessas condutas consiste no incitamento de terceiros para apresentar créditos fictícios. Em princípio, o incitamento é uma forma de instigação que, para ser punível, exige começo de execução (art. 26º CP). Neste caso, o terceiro será punido pelo nº 2 do art. 227º, enquanto o devedor é punido, não como instigador segundo as regras gerais, mas como autor imediato por esta alínea b) do nº 1.⁶⁵ Se não houver início de execução ou embora existindo não ocorra diminuição fictícia do património, o devedor apenas é punido a título de tentativa (art. 22º CP)⁶⁶. Esta solução deve-se ao facto de o incitamento já originar “um elevado perigo de ofensa para o bem jurídico protegido” pois o devedor não impede a “produção do perigo que só ele pode evitar”⁶⁷, já que é ele que goza do “poder de contestar ou de reconhecer os créditos falsos”⁶⁸. A consumação do crime não ocorre nem

⁶¹ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 413; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 707.

⁶² CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 414.

⁶³ *Sobre*, ob. cit., p. 197. Também ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 707.

⁶⁴ Quer “sonogando fisicamente os bens à ação dos credores”, quer “através da sua alienação simulada” Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 413.

⁶⁵ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 414.

⁶⁶ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 414 e *Sobre*, ob. cit., p. 200 e 202.

⁶⁷ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 415.

⁶⁸ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 201. Daí que um terceiro não possa responder como autor imediato pelo nº 1 por incitar terceiros a apresentar créditos fictícios visto não ser devedor. Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 420.

com o mero incitamento pelo devedor a terceiro nem com a mera apresentação dos créditos falsos, mas com a diminuição fictícia do património.⁶⁹

Outra conduta típica é a simulação da situação patrimonial inferior à realidade que pode ser feita por contabilidade inexata, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida⁷⁰. Todavia, a prática destas condutas não permite concluir, de imediato, que existe simulação tipicamente relevante⁷¹ pois pode não ocorrer diminuição fictícia do ativo.

B.2.2. Art. 227º, nº 1, al. c)

Também a criação ou agravação artificial de prejuízos ou redução dos lucros pode originar diminuição fictícia do património, que pode ocorrer com, v.g. a inserção de dados na contabilidade que não expressam os prejuízos e lucros reais⁷².

B.3. Condutas que visam ocultar a real situação patrimonial do devedor

Esta ocultação⁷³ ocorre através da compra de mercadorias a crédito com o fim de as vender/utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior (al. d) do nº 1). Não se exige que as mercadorias sejam efetivamente vendidas/usadas em pagamento. Basta essa intenção⁷⁴.

Anteriormente, a lei referia “*Para retardar a declaração de falência*”. O DL nº 48/95 de 15/3 suprimiu o termo “*declaração*”, passando a doutrina a questionar se a conduta tem de “retardar o reconhecimento judicial da insolvência ou (...) retardar a ocorrência efetiva da insolvência”⁷⁵.

⁶⁹ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 199.

⁷⁰ Isto é quando o sujeito tem o “dever legal de manter uma contabilidade organizada”. Porém, só haverá diminuição fictícia do património se a omissão do dever for usado como “meio fraudulento que permite ao devedor manifestar em juízo um património inferior ao real” pois é bastante difícil controlar os valores resultantes da atividade jurídico-económica sem essa contabilidade. Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 415 e *Sobre*, ob. cit., p. 203.

⁷¹ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 415.

⁷² CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 416.

⁷³ PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, entendem que o agente desta alínea, ao contrário das restantes que admitem comerciantes e não comerciantes, só pode ser o comerciante. Cf. ob. cit., p. 660; segundo nos parece, CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 418.

⁷⁴ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 416.

⁷⁵ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 417.

Para os primeiros⁷⁶, pressupõe-se já uma “situação de impossibilidade de cumprir as suas obrigações”⁷⁷ (insolvência), mantendo o devedor a atividade normal para evitar a revelação deste seu estado e a declaração⁷⁸. Deste modo, dever-se-á ler “Para retardar o reconhecimento judicial da insolvência”.

Para outros⁷⁹, não é necessário que exista situação de insolvência para que as condutas típicas sejam relevantes. Abrange as condutas que visem atrasar uma situação de insolvência que se pensa que poderá surgir por a conduta ser suscetível de lesar num futuro próximo o património dos credores. Deste modo, “retardar falência” devia ser interpretado como retardar a situação de insolvência.

Poder-se-á pensar que esta era a melhor interpretação até pelo facto de alguns autores exigirem um resultado típico. Porém, não nos parece. Primeiramente, não perfilhamos da tese que a situação de insolvência é resultado típico, conforme explanaremos a seguir. Depois, o termo falência, utilizado pelo legislador como mero lapso⁸⁰, deve ser interpretado com o sentido de insolvência. Assim sendo, “retardar falência” deve ser interpretado como retardar a declaração de insolvência, ou seja, o agente, que pode estar já insolvente ou estar apenas na sua iminência, atua com o intuito de atrasar essa declaração. Deste modo, ele pretende evitar que os credores conheçam a real situação patrimonial e, conseqüentemente, evitar a declaração de insolvência.

⁷⁶ ABUQUERQUE, Paulo Pinto de, refere que aquela expressão legal “corresponde efectivamente ao propósito de retardar a declaração de insolvência no contexto de uma situação de impotência económica já existente” *in* ob. cit., p. 708; PALMA, Maria Fernanda “as condutas típicas já pressupõem a situação de insolvência e a conduta incriminada corresponde, tão só, a condutas fraudulentas normalmente utilizadas para retardar a declaração de falência e que, geralmente, ainda agravam mais a situação de crise” *in* ob. cit., p. 409.

⁷⁷ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 205.

⁷⁸ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 205.

⁷⁹ Parece ser a posição de LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, quando referem “quando o agente conscientemente procura retardar a falência, que pensa irá ocorrer (...)” (sublinhado nosso) *in* ob. cit., p. 967; Parece também neste sentido PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, quando dizem que “o comerciante actua em desespero, sob a pressão de crise que não quer dar a conhecer mas que o vai asfixiando” *in* ob. cit., p. 660.

⁸⁰ Impôs-se a substituição do termo falência por insolvência pois hoje não existe, no processo de insolvência, o conceito de falência, como havia no CPEREF – “inviabilidade económica da empresa ou a irrecuperabilidade financeira” Cf. Preâmbulo do DL 53/2004, de 18/3, nº 7 e 50; CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 416.

C) Resultado Típico ou Condição Objetiva de Punibilidade

Não é pacífica na doutrina a existência de um resultado típico por força das sucessivas alterações legislativas.⁸¹

Face à atual redação, há quem⁸² defenda que se está perante duas condições objetivas de punibilidade⁸³: a situação de insolvência e a declaração judicial dessa situação.

Para outros⁸⁴, há apenas uma condição objetiva de punibilidade – o reconhecimento judicial de insolvência. A situação de insolvência (art. 3º CIRE), que ocorre quando as “dívida(s) pelo seu montante e pelo seu significado no âmbito do passivo do devedor seja(m) reveladora(s) da impossibilidade de cumprimento da generalidade das suas obrigações”⁸⁵, é o resultado típico. Esta divergência tem implicações práticas⁸⁶.

Pedro Caeiro refere que ao existirem duas condições se incriminam simples intenções⁸⁷, se põe em causa a livre disposição dos próprios bens, sem haver um perigo para o património dos credores⁸⁸. Por outro lado, refere que as condutas podem causar

⁸¹ A redação do CP de 1982: “*será punido, se vier a ser declarado em estado de falência*”. Com o DL 132/93 de 23/4 introduziu-se a atual redação “*é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente*” (sublinhado nosso).

⁸² LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., p. 343; BARREIROS, José António “situação de insolvência (...) Não se trata pois de um evento tipicamente relevante, antes de uma mera condição de punibilidade” in *Crimes Contra o Património*, Universidade Lusfada, Lisboa, 1996, p. 228; Ac. Rel. Lx. de 9.11.2010, cit., “Estamos, então, perante condições objectivas de punibilidade do agente (...) a punibilidade é limitada pelas duas condições objectivas”.

⁸³ São “elementos que a lei requer para a punibilidade da conduta, mas que são independentes da ilicitude e da culpabilidade da própria conduta (...) são (...) exteriores ao tipo, futuros ou concomitantes, mas incertos. São elementos suplementares do tipo, mas que não se incluem no mesmo” Cf. SILVA, Germano Marques da, *Direito*, ob. cit., p. 88.

⁸⁴ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 251 a 270; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 706 e 707.

⁸⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 22; FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA *Código*, ob. cit., p. 86.

⁸⁶ Ex: “o devedor tenta simular um estado de insolvência, v.g., requerendo a declaração de falência com base em um activo muito inferior ao real”. Acabou por ser descoberto, não declarando o tribunal a situação de insolvência por esta não existir. Mas observando a conduta do devedor (que será sempre impune por faltar o reconhecimento judicial) como deve ser valorada? Para quem entenda ser uma condição, a conduta do devedor consuma efetivamente a al. b) do nº 1 visto que o “agente, ao requerer a falência com base num balanço falso, levou até ao fim a diminuição fictícia do seu património”. Quem entenda que a situação de insolvência é elemento do tipo apenas se estará perante uma tentativa visto que o agente “não logrou obter o resultado que a lei presume como perigoso para o património dos credores” Cf. CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 268 e 269.

⁸⁷ O “devedor que, com a intenção de prejudicar os credores, destrói parte substancial do seu património” preenche efetivamente a al. a) do nº 1, mas sem se exigir a situação de insolvência cai-se na incriminação de “puras intenções” Cf. CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 260.

⁸⁸ O “devedor que, com intenção de prejudicar os seus credores, diminui ficticiamente o seu activo através da dissimulação de coisas” preenche a al. b) do nº 1 mas, sem se exigir a situação de insolvência, estes atos, que integram a sua faculdade de disposição dos seus próprios bens, não causam qualquer perigo para o património dos credores visto que a “diminuição patrimonial é apenas aparente” Cf. CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 260.

simultaneamente um dano e um perigo para o bem jurídico⁸⁹. Acresce que o perigo para os credores reside “justamente na situação de insolvabilidade do devedor”⁹⁰ e não na mera prática daquelas condutas que refletem a “violação de um dever de administração prudente do próprio património”⁹¹. Por fim, invoca três argumentos formais⁹²: um consistiria no facto de ser supérfluo dar o mesmo estatuto à situação de insolvência e à sua declaração pois “a declaração de insolvência supõe necessariamente a verificação do estado que a declara”; em segundo, o legislador não pode ter querido que o julgador penal averigue uma situação de insolvência já analisada pelo julgador civil; por último, considera curioso que o facto que dá nome aos crimes – insolvência – não se inclua no “juízo de ilicitude, nem tenha de ser abrangido pelo dolo”.

Daí que entenda que nas alíneas a), b) e c) do nº 1 se está perante um crime material⁹³ de execução vinculada, visto que, para a sua consumação, é necessário, mediante a prática das condutas típicas, a verificação da situação de impotência económica⁹⁴.

Em relação à alínea d) do nº 1, entende que a situação de insolvência não é resultado típico pois “a situação de crise já existe”⁹⁵ e, sendo “um dado de facto anterior às condutas proibidas”⁹⁶, não pode ela ser o resultado dessas condutas. Mas o devedor tem o dever de “não potenciar um perigo já existente, sob pena de (...) se tornar em um perigo criminalmente relevante”⁹⁷.

Não perfilhamos deste entendimento. Consideramos que o crime de insolvência dolosa não tem resultado típico, ou seja, as condutas não têm de causar necessariamente a situação de insolvência; não se exige qualquer nexo de causalidade entre as condutas típicas e a situação de insolvência. Esta é uma mera condição objetiva de punibilidade.

Em primeiro, esta tese não permite a incriminação de puras intenções; exige-se sempre a prática de um facto/conduta. Em segundo, o facto de se causar dano para o bem jurídico, onde apenas se exigia o perigo, não obsta ao preenchimento do crime, sob pena de se exigir o menos e não o mais. Em terceiro, o perigo para os credores reside já na prática de uma

⁸⁹ O “devedor que, com intenção de prejudicar o Estado enquanto credor de imposto, cria artificialmente prejuízos (...) ao apresentar a sua declaração fiscal” preenche a al. c) do nº1. Mas esta situação já cria um dano efetivo para o credor Estado, incompatível com o crime de mero perigo. Cf. CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 260.

⁹⁰ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 266.

⁹¹ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 266.

⁹² CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 259.

⁹³ “pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente” Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, ob. cit., p. 306.

⁹⁴ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 421.

⁹⁵ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 276.

⁹⁶ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 278.

⁹⁷ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 266.

conduta típica, com a intenção de os prejudicar. Este perigo é confirmado aquando da declaração de insolvência do devedor. Deste modo, concordamos com a afirmação de Pedro Caeiro⁹⁸ de que “não basta (...) que a conduta seja portadora, por si só de uma qualquer ilicitude, para estabelecer a legitimidade da sua punição”, pois fundamental é a intenção de prejudicar os credores, nunca sendo suficiente para a punição do crime a mera prática da conduta; exige-se a verificação da insolvência e a sua declaração.

Por fim, esta interpretação é apoiada pela evolução legislativa: por um lado, colocou-se a situação de insolvência no mesmo patamar da declaração de insolvência; por outro lado, no art. 325º, nº 2⁹⁹, do Código Penal de 1982, com alteração do DL nº 132/93 de 23/4, estabelecia-se, um “nexo de adequação entre as concretas condutas incriminadas e o resultado proibido”¹⁰⁰. Havia, portanto, casos onde se exigia o nexo de causalidade, com uma agravação da sanção penal, e outros (nº 1), onde esse nexo não era exigível. Ao ser revogado o nº 2¹⁰¹ e mantendo-se a redação do art. 325º equiparada no essencial ao art. 227º, ter-se-á de afirmar que estamos perante um crime de perigo, não se exigindo “o preenchimento do nexo de causalidade entre a conduta do devedor e a insolvência”¹⁰².

Assim, se o agente pratica a conduta típica, com a intenção de prejudicar os credores, mesmo que a situação de insolvência tenha sido causada por um facto alheio a essa conduta, verificar-se-á a consumação do crime, pois a lei não exige qualquer resultado típico.

II.ii. Tipo Subjetivo de Ilícito

Exige-se o dolo, sendo suficiente o dolo eventual¹⁰³. Não há punição a título de negligência (art. 13º e 14º CP).

No art. 227º exige-se o dolo na conduta típica.

Acresce a este dolo genérico, vários dolos específicos.

⁹⁸ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 265.

⁹⁹ “*Se a falência vier a ser declarada em consequência da prática de qualquer dos factos descritos no número anterior, o devedor é punido*” (sublinhado nosso).

¹⁰⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 422.

¹⁰¹ DL 53/2004 de 18/3.

¹⁰² Ac. STJ de 22.9.1993, cit., p. 213. PALMA, Maria Fernanda, entende que “as diversas alternativas de conduta típica exigirão sempre uma casuística aptidão para criar a situação de insolvência” *in* ob. cit., p. 408.

¹⁰³ Exceto na simulação da situação patrimonial. Cf. GARCIA, M. Míguez/ J. M. Castela RIO, ob. cit., p. 1007.

Um consiste na intenção de prejudicar patrimonialmente os credores¹⁰⁴. Não se exige a verificação efetiva do prejuízo, tratando-se, por isso, de um crime de perigo abstrato.¹⁰⁵ Ao exigir-se este dolo específico poder-se-á dizer que, em alguns casos, a intenção imediata do agente é a de se enriquecer e não a de prejudicar os credores, o que afastará o preenchimento do crime.¹⁰⁶ Porém, não nos parece correto este entendimento pois a intenção do agente é enriquecer, prejudicando os credores.

São também dolos específicos¹⁰⁷: a intenção de “retardar a falência” e a “intenção de vender ou dar em pagamento ao desbarato”¹⁰⁸ (al. d)) e ainda a “intenção de beneficiar o devedor”¹⁰⁹ (nº 2).

II.iii. A Punibilidade

A) Condição Objetiva de Punibilidade

Este crime contém como condições objetivas de punibilidade – a situação de insolvência e o seu reconhecimento judicial¹¹⁰.

A condição não é “elemento do crime, uma vez que não está relacionado com a vontade do agente, nem constitui qualidade deste”¹¹¹; não integra o “desvalor do facto nem (...) a culpa do agente, pelo que (...) não necessita de ser por ele representada.”¹¹²

Assim, para que haja punição, não basta a verificação da situação de insolvência; é necessário também a sua declaração.

¹⁰⁴ GONÇALVES, M. Maia, ob. cit., p. 834.

¹⁰⁵ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 423 e *Sobre*, ob. cit., p. 195; LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 965; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de “não exige a verificação de um prejuízo patrimonial real para o devedor, mas que o devedor tenha querido esse prejuízo” in ob. cit., p. 707.

¹⁰⁶ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 423.

¹⁰⁷ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 708.

¹⁰⁸ Não é necessário uma “efectiva revenda abaixo do preço corrente”. Mas é “imprescindível que a intenção de o fazer [leia-se vender por preço sensivelmente inferior] presida à compra das ditas mercadorias, pelo que, se lhe for posterior, o tipo subjectivo não se encontrará preenchido” Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 424; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 707.

¹⁰⁹ Não se exige “um efectivo benefício (patrimonial) para o devedor: basta que a conduta se guie por esse fim” Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 424.

¹¹⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 424; LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 968; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 707; GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO, ob. cit., p. 1007; Ac. STJ de 19.12.1996, CJ – Acórdãos do STJ, Ano IV, 1996, tomo III. p. 223; Ac. Rel. Po. de 17.10.2012, cit; Ac. Rel. Co. de 2.10.2013, cit.

¹¹¹ LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 968.

¹¹² CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 298.

Com efeito, embora o devedor possa praticar uma conduta típica em situação de insolvência, podem os credores abdicar do processo concursal por acordo com o devedor. Então, nada justifica a intervenção do direito penal (princípio da subsidiariedade), despoletando um conflito inexistente. Deste modo, é a falta de reconhecimento judicial da insolvência que “leva o legislador a presumir (...) a inexistência de uma ofensa digna de pena”^{113 114}. Logo, “perante a simples ocorrência da situação de insolvência não declarada judicialmente”¹¹⁵ não pode haver sanção penal.

Assim, só com a declaração judicial de insolvência é que há “a insatisfação dos credores”¹¹⁶ e, conseqüentemente, um “perigo penalmente relevante”.¹¹⁷

Tem sido entendido que entre as condutas típicas e a declaração de insolvência tem de haver uma “conexão histórica”^{118 119}.

B) Trânsito em Julgado da Sentença

A declaração judicial de insolvência tem de transitar em julgado. Havendo embargos ou recurso (art. 40º, 42º e 14º CIRE), ter-se-á de aguardar a decisão final pois só então há certeza da existência de uma “conflitualidade (...) entre o agente e os titulares do bem protegido”¹²⁰.

C) Prescrição do Procedimento Criminal

O prazo de prescrição do procedimento criminal é de 5 anos (art. 118º, nº 1. al. c) CP). Todavia, dúvidas surgem quanto ao início da contagem deste prazo.

¹¹³ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 425.

¹¹⁴ Como referem GARCIA, M. Míguez/ J. M. Castela RIO a condição “racionaliza a intervenção penal, se cumprem objectivos de política criminal essenciais para o bom funcionamento do sistema penal e se protegem os credores e o sistema económico dos possíveis efeitos nefastos de uma intervenção penal inoportuna” in ob. cit., p. 1007.

¹¹⁵ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 259.

¹¹⁶ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 425.

¹¹⁷ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 302.

¹¹⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 707.

¹¹⁹ GARCIA, M. Míguez/ J. M. Castela RIO, ob. cit., p. 1007; Ex da falta de conexão: um devedor que, simulando a impossibilidade de cumprir, deixa de pagar aos credores, causando uma situação de insolvência. Mais tarde, retoma os pagamentos. Porém, um incêndio acaba por destruir toda a sua empresa, acabando por ser declarado insolvente. Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 425.

¹²⁰ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 302.

Segundo uns¹²¹, como o reconhecimento judicial da situação de insolvência é uma condição objetiva de punibilidade, só com este é que se inicia o procedimento criminal. Baseiam esta interpretação no facto de o art. 120º, nº 1, al. a) considerar que a prescrição do procedimento criminal se suspende durante o tempo em que este não se possa iniciar por faltar sentença a proferir por tribunal não penal (sentença de declaração de insolvência).

Para outros¹²², o procedimento criminal inicia-se logo com o preenchimento dos elementos do tipo, suspendendo-se até à declaração judicial de insolvência. Posteriormente, havendo esta, cessa a causa de suspensão e o procedimento criminal interrompe-se (art. 298º CIRE), começando a correr novo prazo de prescrição (art. 121º, nº 2 CP).

Vejam os. O prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado (art. 119º, nº 1 CP). Ora, o crime de insolvência dolosa consuma-se com o preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos, nos quais não se insere a declaração judicial de insolvência que é uma mera condição objetiva de punibilidade. Daí que o prazo tenha o seu início na data da consumação do crime (art. 119º, nº 1 CP).¹²³

Todavia, este prazo suspende-se até que seja proferida sentença de declaração de insolvência (art. 120º, nº 1, al. a) CP).

Proferida esta, cessa a causa de suspensão, voltando o prazo a correr (art. 120º, nº 3 CP).

Porém, a declaração de insolvência interrompe o prazo de prescrição¹²⁴ (art. 298º CIRE), começando a correr novo prazo (art. 121º, nº 2 CP). Em termos práticos, o prazo só se inicia com a sentença que declara a insolvência, devendo ter-se em conta o art. 121º, nº 3 do Código Penal.

¹²¹ Ac. Rel. Co. de 2.10.2013, cit., “sem reconhecimento judicial da insolvência, o agente não pode ser perseguido pelo crime, e se não pode ser perseguido criminalmente, também não pode começar a correr o prazo prescricional antes da declaração de insolvência”; Ac. Rel. Co. de 16.11.2011, Proc. 785/07.3TACBR.C1, in www.dgsi.pt.

¹²² Ac. STJ de 19.12.1996, cit., “Admitindo que o prazo de prescrição tem de contar-se desde a data em que os factos se consumaram (...) o certo é que tal prazo se suspendeu até à referida data da sentença de declaração de falência, só com esta cessando essa suspensão”.

¹²³ Note-se que não se aplica o art. 119º, nº 4 do CP por a declaração judicial de insolvência não constituir qualquer “*resultado não compreendido no tipo de crime*”.

¹²⁴ Ac. STJ de 16.4.1997, Proc. 047514, in www.dgsi.pt.

III. CRIME DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE

Este crime encontra-se previsto no art. 228º do Código Penal.

III.i. Tipo Objetivo de Ilícito

A) Agentes do Crime

É agente do crime o devedor que pode ser declarado insolvente¹²⁵, dando-se aqui por reproduzido o que foi dito, no art. 227º, a propósito dos sujeitos.

Porém, as condutas típicas estabelecem limitações em relação aos seus agentes. Assim, exige-se como agente um devedor comerciante quando se refere “*grave negligência no exercício da sua actividade*” (nº 1, al. a))¹²⁶ e “*conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa*” (al. b)) (sublinhado nosso).

Também aqui se dá relevância aos administradores de facto¹²⁷ (art. 228º, nº 2 e 227º, nº 3 CP).

Refira-se ainda que não pode ser agente do crime um terceiro por falta de qualquer previsão legal.

B) Modalidades de Ação

As condutas típicas estão previstas nas al. a) e b) do nº 1 que, por serem heterogêneas, se analisam separadamente.

¹²⁵ É um crime específico puro. Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 126.

¹²⁶ É esta a interpretação a adotar pois se a intenção do legislador fosse alargar a punição a todos os devedores bastaria ter referido “quem, por grave negligência, criar um estado de insolvência” Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 436 e *Sobre*, ob. cit., p. 211.

¹²⁷ LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., p. 345.

B.1. Art. 228º, nº 1, al. a)

B.1.1. Condutas Típicas

Prevê-se diversas condutas com uma característica comum – conduzirem a um estado de insolvência.¹²⁸

Uma é a “grave incúria”¹²⁹ que consiste “na infracção de deveres mínimos de diligência de conservação do próprio património”^{130 131}.

Mas esta incúria, para ser típica, tem de ser grave, sob pena de o devedor se tornar “um verdadeiro funcionário ao serviço dos credores na gestão do próprio património”¹³² pois, é importante não esquecer que, embora tenha o dever, ele mantém a liberdade de gestão do seu património.

Outra é a “grave imprudência e as especulações ruinosas”.¹³³ A imprudência consiste “na infracção de deveres mínimos de ponderação na gestão do próprio património”¹³⁴. Tem de ser grave. Quanto aos devedores comerciantes podem surgir dificuldades na prática pois a sua atividade pressupõe a “assunção de riscos patrimoniais”^{135 136}. Deve-se recorrer ao

¹²⁸ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 209.

¹²⁹ Ex: devedor que deixa “avolumar juros em vez de os pagar tempestivamente” ou que “deixa os seus créditos caducar por pura inércia” Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710; CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 436.

¹³⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 436.

¹³¹ Consiste em “desleixo e a falta de diligência do devedor, que não cumpre o dever (...) de conservar o seu património em medida adequada ao pontual cumprimento das obrigações assumidas” Cf. PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 662 e 663.

¹³² CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 436.

¹³³ Ex: o devedor assume “riscos incalculáveis ou imponderadamente” Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710.

¹³⁴ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437.

¹³⁵ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437.

¹³⁶ LOURENÇO, Nuno Calaim, refere que “é economicamente desejável a tomada de decisões arriscadas. São estas (...) que mais frutificam o património social”. Porém, o art. 72º, nº 1 CSC consagra a “responsabilidade dos gestores para com a sociedade pelos danos a esta causados com preterição dos deveres legais e contratuais”. Mas, por força da atividade empresarial ser exercida “em cenários de incerteza e risco”, a lei introduziu em 2006, no art. 72, nº 2 CSC, a exclusão da responsabilidade dos gestores, por falta de culpa, se demonstrarem que o “acto de gestão foi praticado com o cuidado e com a diligência de um gestor criterioso e ordenado (art. 64º, nº 1)”. Consagrou-se, assim, a *business judgment rule*, ou seja, provando-se que a atuação foi “informada, racional e desinteressada”, a responsabilidade do gestor é excluída, embora se tenha revelado danosa aos interesses da sociedade. Assim, o “dever de boa administração traduz uma obrigação de meios e não de resultado” in *Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 29 a 34. Assim, esta regra “serve de válvula de escape a um sistema demasiado denso de deveres dos administradores” in CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 280. Também FRADA, Manuel Carneiro da, refere que o instituto é “um «porto seguro» para os administradores”, limitando-se somente “àquilo que o cumprimento do dever de cuidar do interesse social envolve autonomia e discricionariedade”, em *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in: “Nos 20 anos do Código das

conceito de “«exigências de uma administração económica regular»”¹³⁷, de modo a distinguir os riscos permitidos dos riscos proibidos, sendo nestes últimos que pode surgir a conduta típica. As especulações ruinosas são um tipo demonstrativo de operações imprudentes do património.

A “*prodigalidade e as despesas manifestamente exageradas*”¹³⁸ são outro exemplo de condutas típicas. Verifica-se quando há uma “desproporção entre o que o devedor tem e aquilo que gasta, nos antípodas de todo o espírito de poupança, à tripa-forra e a onerar in comportavelmente o activo e a colocar em perigo, assim, a capacidade de cumprir pontualmente os encargos do passivo”.¹³⁹ Trata-se de analisar o “comportamento do devedor através de critérios puramente quantitativos”¹⁴⁰.

Por fim, refira-se a “*grave negligência no exercício da actividade*”¹⁴¹ que só se aplica aos devedores comerciantes. Desta forma, pode-se concluir¹⁴² que a lei é mais exigente com os devedores comerciantes do que com os civis pois, em relação aos primeiros, tipifica condutas que, com negligência grave e no âmbito da atividade comercial, causem insolvência, enquanto para os segundos a lei exige condutas dolosas que traduzam incúria, imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas¹⁴³.

B.1.2. Resultado Típico

Estas condutas têm como resultado típico¹⁴⁴ – a situação de insolvência do devedor. Esta tem, assim, de resultar das condutas típicas, segundo as regras da causalidade adequada¹⁴⁵, o que não se exige no art. 227º.

Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 227 e 228.

¹³⁷ TIEDEMANN *apud* CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437.

¹³⁸ Ex: o devedor faz “liberalidades despropositadamente” ou “realiza gastos ou assume dívidas dificilmente comportáveis pelo seu activo” Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710; CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437.

¹³⁹ PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 663.

¹⁴⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437.

¹⁴¹ Traduz a “ligeireza, a falta de cuidado, a ausência de atenção com que se age no dia a dia e que põe em causa o equilíbrio dos negócios” Cf. LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 974.

¹⁴² CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437 e 438.

¹⁴³ Esta diferença de tratamento encontra-se justificada pois os devedores comerciais, que vivem do crédito, têm “um dever mais intenso de não causar a própria crise económica” Cf. CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 437; E ainda PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, “é (...) um triste exclusivo dos devedores comerciantes” que se deve ao facto de “o comerciante, por força, inclusive, da sua profissionalidade e da sua função social, se encontra sujeito a particulares deveres de cuidado, objectivo e subjectivo, na gestão dos seus negócios e na condução da sua actividade mercantil” *in* ob. cit., p. 663.

¹⁴⁴ É um crime de resultado. Cf. LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, ob. cit., p. 974.

B.2. Art. 228º, nº 1, al. b)

B.2.1. Evolução Legislativa

Nesta criminaliza-se a “omissão pura do cumprimento de um dever”¹⁴⁶.

Porém, inicialmente¹⁴⁷, incriminava-se, por um lado, a omissão de se apresentar à insolvência, que se tratava da criminalização da “infracção do dever de apresentação”¹⁴⁸, consagrado no art. 6º¹⁴⁹ do CPEREF e, por outro lado, a omissão de requerer providências de recuperação. Porém, Pedro Caeiro¹⁵⁰ criticava estas duas incriminações. A primeira, que não merece o nosso acordo¹⁵¹, pois tinha “reservas, em perspectiva político-criminal, à pura incriminação desse dever extra-penal”. A segunda, com que se acorda, pois considerava que o art. 5º¹⁵² do CPEREF, na versão do DL nº 132/93 de 23/4, apenas “conferia um direito à empresa insolvente”, não se podendo impor um dever penal, onde o direito civil apenas conferia uma mera faculdade.

Porém, a atual redação¹⁵³, criminaliza apenas a omissão de requerer em tempo uma providência de recuperação por parte de um “devedor não insolvente”¹⁵⁴ – já que o “conhecimento da situação de insolvência” foi substituído pelo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da empresa.

¹⁴⁵ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 209; BARREIROS, José António, ob. cit., p. 230.

¹⁴⁶ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 215.

¹⁴⁷ Antes do CP de 1982 punia-se a não apresentação à falência dentro do prazo previsto na lei concursal. O CP de 1982 não tipificava esta conduta. O DL 132/93 de 23/4 alterou o art. 326º, nº 2 do CP, passando a prever “*ou quando tendo conhecimento da situação de insolvência, não se apresentar à falência nem requerer qualquer providência de recuperação*” (sublinhado nosso). Com a revisão do CP de 1995, voltou-se a descriminalizar a conduta.

¹⁴⁸ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 439.

¹⁴⁹ A sua redação era “*Logo que falte ao cumprimento de uma das suas obrigações, nas circunstâncias descritas na al. a) do nº 1 do artigo 8º, deve a empresa, dentro dos 60 dias subsequentes, requerer a sua declaração de falência, salvo se, tendo razões bastantes para o fazer, optar pelo requerimento da providência de recuperação adequada*” (sublinhado nosso).

¹⁵⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 439 e 440.

¹⁵¹ Não se vê obstáculos à incriminação de um dever civil de interesse público.

¹⁵² A sua redação era “*A empresa insolvente ou em situação económica difícil que se considere economicamente viável e julgue superável a situação em que se encontra pode requerer em juízo a providência de recuperação adequada*” (sublinhado nosso).

¹⁵³ A Lei 65/98 de 2/9 introduziu, no art. 228º, nº 1, al. b), a versão atual “*Tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação*”.

¹⁵⁴ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 440.

B.2.2. Aplicabilidade desta alínea – A Querela Doutrinal

Não tem sido pacífica a aplicação desta norma.

Para alguns autores¹⁵⁵, com a entrada do CIRE, pelo DL nº 53/2004 de 18/3, o art. 228º, nº 1, al. b) perdeu a sua aplicabilidade por falta de objeto uma vez que, deixando de haver a dicotomia falência/recuperação, consideram que não há já no CIRE quaisquer providências de recuperação.

É certo que o CIRE estabeleceu um corte com o regime até então constante no CPEREF.

O CPEREF¹⁵⁶ distinguia claramente falência e recuperação, consagrando duas formas especiais¹⁵⁷ de processo: o processo de falência e o processo de recuperação da empresa. Esta dicotomia tutelava, como refere Maria do Rosário Epifânio¹⁵⁸, o “valor *empresa*” pois a sua extinção acarretaria “implicações gerais no tecido sócio-económico”.

O art. 1º do CPEREF¹⁵⁹ previa que “a falência da empresa insolvente depende da sua inviabilidade económica e da sua irrecuperabilidade financeira, pelo que, *a contrario*, o processo de recuperação destina-se, exclusivamente, à empresa insolvente susceptível de recuperação financeira e de viabilidade económica.”¹⁶⁰ Havia, assim, “o princípio da precedência ou primazia da recuperação da empresa sobre a sua falência”.¹⁶¹ Porém, era

¹⁵⁵ SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes*, ob. cit., p. 55; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, ob. cit., p. 710; PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 664; VASCONCELOS, Miguel Pestana de/ Pedro CAEIRO, *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, in: “Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito”, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 542.

¹⁵⁶ Aprovado pelo DL 132/93 de 23/4.

¹⁵⁷ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p. 20.

¹⁵⁸ *Os Efeitos*, ob. cit., p. 18. Também SERRA, Catarina, refere que foi “em nome dos interesses públicos do crescimento económico, da estabilidade no emprego e da harmonia social” que se estabeleceu mecanismos de recuperação da empresa in *O Regime Português da Insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 19.

¹⁵⁹ *1 - Toda a empresa em situação económica difícil ou em situação de insolvência pode ser objecto de uma medida ou de uma ou mais providências de recuperação ou ser declarada em regime de falência. 2 - Só deve ser decretada a falência da empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação financeira* (sublinhado nosso).

¹⁶⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos*, ob. cit., p. 33.

¹⁶¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, ob. cit., p. 33; FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência: Balanço e Perspectivas*, in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano XXXIX, Janeiro – Setembro, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1997, p. 8; JÚNIOR, E. Santos, *O plano de insolvência algumas notas*, in: “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 123 e 124.

necessário acautelar que as medidas de recuperação¹⁶² eram ajustadas “às exigências particulares de cada caso”¹⁶³, sob pena de agravar a situação de insolvência anterior¹⁶⁴.

Contudo, este regime era alvo de críticas¹⁶⁵, o que levou à revogação do CPEREF, com a entrada em vigor do CIRE.

O CIRE, em 2004, estabeleceu, no art. 1º, nº 1¹⁶⁶, como objetivo do processo de insolvência “a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores”¹⁶⁷, cabendo-lhes decidir qual a melhor forma de efetivar a sua garantia – património do devedor.¹⁶⁸ Deste modo, o CIRE¹⁶⁹ pôs fim “à duplicação de formas de processo especiais (...) existente no CPEREF”, unificando-os num “único processo de insolvência (...) baseada na liquidação do património do devedor e a atribuição aos credores da possibilidade de aprovarem um plano (...) quer provendo à realização da liquidação em moldes distintos, quer reestruturando a empresa”.¹⁷⁰

Daí que alguns autores defendam a não aplicabilidade desta al. b).

Porém, pode-se questionar a sua aplicabilidade.

É certo que houve uma supressão da dicotomia recuperação/falência, mas também é certo que a ideia de recuperação não foi totalmente suprimida do CIRE, ainda mais claramente depois das alterações da Lei nº 16/2012 de 20/4.¹⁷¹

Assim, o art. 1º, nº 1 na redação da Lei nº 16/2012, passou a estabelecer como objetivo principal a “*satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa (...)*”, tornando o “plano de

¹⁶² Sujeitas ao princípio da tipicidade. Cf. FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código*, ob. cit., p. 9; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos*, ob. cit., p. 39.

¹⁶³ FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código*, ob. cit., p. 9.

¹⁶⁴ FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código*, ob. cit., p. 9.

¹⁶⁵ Cf. FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código*, ob. cit., p. 13; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos*, ob. cit., p. 22 – Os credores pouco se empenhavam nas providências recuperatórias; errado diagnóstico da recuperabilidade e viabilidade da empresa; errada escolha das medidas de recuperação e o seu carácter típico e taxativo; recurso ao processo de recuperação como expediente dilatatório da declaração de falência; declaração tardia de falência.

¹⁶⁶ “*O processo de insolvência (...) tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente*” (sublinhado nosso).

¹⁶⁷ Cf. nº 3 do Preâmbulo do DL 53/2004 de 18/3.

¹⁶⁸ Cf. nº 3 do Preâmbulo do DL 53/2004 de 18/3.

¹⁶⁹ Cf. nº 5 e 7 do Preâmbulo do DL 53/2004 de 18/3.

¹⁷⁰ Também EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 297.

¹⁷¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, entende que “o legislador pretendeu modificar a filosofia subjacente ao diploma, claramente orientada para a liquidação do património em detrimento da recuperação da empresa, regressando assim ao «espírito» do CPEREF” em *O CIRE e a recuperação das sociedades comerciais em crise*, in: “Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB”, nº 1, Almedina e Abreu Advogados, Coimbra, 2013, p. 32.

insolvência (...) a regra”¹⁷². Só subsidiariamente se procederá à “*liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores*”.

Deste modo, hoje, o facto de se iniciar o processo de insolvência não é sinónimo de se iniciar o processo de falência do CPEREF porque, enquanto no primeiro, significa apenas a impossibilidade de a empresa cumprir as suas obrigações vencidas, no segundo significava que a empresa insolvente se mostrava economicamente inviável ou, não se considerava possível, em face das circunstâncias, a sua recuperação. Ora, atualmente, uma empresa pode iniciar o processo de insolvência, adotando um plano de insolvência, livremente fixado pelos credores, do qual poderão constar providências de recuperação.¹⁷³

Assim, assente que o CIRE ainda tem ideias de recuperação, vejamos quais os instrumentos que o demonstram, de modo a concluir se a omissão de algum deles pode levar ao preenchimento da al. b).

B.2.2.a. Plano de Insolvência

O plano de insolvência que contém providências de recuperação¹⁷⁴ designa-se de plano de recuperação (art. 192º, nº 3 CIRE). Trata-se do “único instrumento que pode ser utilizado para fins de recuperação de empresas insolventes”¹⁷⁵.

Todavia, Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁷⁶ entendem que, embora o plano de insolvência tenha um “espaço para a recuperação das empresas”, ele “não constitui (...) um instrumento de recuperação” pois é um “meio alternativo de remédio para a insolvência (...) não tendo, sequer, de se traduzir em providências de carácter recuperatório”. Daí que alguns autores¹⁷⁷ considerem que a ideia de recuperação para os devedores insolventes é mais “simbólica”¹⁷⁸ do que efetiva.

¹⁷² EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 297; FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 70.

¹⁷³ Cf. nº 7 e 9 do Preâmbulo do DL 53/2004 de 18/3.

¹⁷⁴ Embora sem o *numerus clausus* como no CPEREF, o CIRE indica algumas no art. 196º. Cf. SERRA, Catarina, ob. cit., p. 147. Porém, “nada impede que (...) [as] medidas previstas no CPEREF tenham um valor indicativo” Cf. JÚNIOR, E. Santos, ob. cit., p. 137.

¹⁷⁵ SERRA, Catarina, ob. cit., p. 22.

¹⁷⁶ ob. cit., p. 71. Também EPIFÂNIO, Maria do Rosário “Se a intenção do legislador era dar prioridade à recuperação, não o conseguiu: (...) porque (...) não há no Código normas a concretizar aquela intenção de prioridade *in Manual*, ob. cit., p. 16 e 297; SERRA, Catarina, ob. cit., p. 146.

¹⁷⁷ DOMINGUES, Paulo de Tarso, diz “não se poderá afirmar (...) para o devedor insolvente, um princípio de primazia da recuperação sobre a liquidação” *in* ob. cit., p. 33; SERRA, Catarina, ob. cit., p. 25.

¹⁷⁸ VASCONCELOS, Miguel Pestana de/ Pedro CAEIRO, ob. cit., p. 534.

O plano de insolvência pode ser requerido por vários agentes, nomeadamente pelo devedor (art. 193º CIRE). Porém, não há “qualquer dever de apresentação de um plano”¹⁷⁹.

Por isso, a sua não apresentação não preenche a al. b) do crime de insolvência negligente.

B.2.2.b. Processo Especial de Revitalização

O PER é outro instrumento de recuperação introduzido pela Lei nº 16/2012 de 20/4.¹⁸⁰

Foi criado para combater o “«desaparecimento de agentes económicos, visto que cada agente que desaparece representa um custo apreciável para a economia, contribuindo para o empobrecimento do tecido económico português»”.¹⁸¹

Não é “uma modalidade do processo de insolvência”¹⁸²; neste já existe uma situação de insolvência, enquanto o PER “dirige-se a evitá-la, assegurando a recuperação do devedor e, nessa medida, a satisfação, também, dos interesses dos seus credores”.¹⁸³

Assim, importa analisar os pressupostos do PER.

O pressuposto subjetivo caracteriza-se por o PER se aplicar a qualquer devedor¹⁸⁴ (art. 17º-A, nº 2 CIRE).

O pressuposto objetivo exige que o devedor, que se encontra numa situação económica difícil¹⁸⁵ ou numa situação de insolvência iminente, demonstre a possibilidade de ser ainda alvo de recuperação.^{186 187}

¹⁷⁹ Será apenas um ónus já que a sua apresentação tem relevo para efeitos do art. 224º, nº 2, al. b) e 228º, nº 1, al. e). Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 295; OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, *Limites da autonomia dos credores na recuperação da empresa insolvente*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 26.

¹⁸⁰ Cf. Ac. Rel. Guim. de 9.4.2015, Proc. 958/14.2TBGMR.G1, in www.dgsi.pt “dá prevalência à recuperação (...), privilegiando a sua manutenção no giro comercial”.

¹⁸¹ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei 39/XII de 30.12.2011 in www.parlamento.pt.

¹⁸² FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 137.

¹⁸³ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 137; CUNHA, Paulo Olavo, *A recuperação de sociedades no contexto do PER e da insolvência: âmbito e especificidades resultantes da situação de crise da empresa*, in: “Revista de Direito da Insolvência”, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016, p. 103.

¹⁸⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *O Processo Especial de Revitalização*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 15; CASANOVA, Nuno Salazar/ David Sequeira DINIS, *PER – O Processo Especial de Revitalização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 13. Diversamente, FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA “a ideia de recuperabilidade do devedor tem (...) sido ligada (...) à existência de uma empresa no seu património e, neste sentido, à sua qualidade de empresário”. Exigem, assim, que seja “devedor empresário” in ob. cit., p. 140.

¹⁸⁵ A sua definição no art. 17º-B é criticada por fazer “entrar substancialmente o definido na definição” e “pelo recurso ao adjetivo séria, introduz um requisito de graduação para a relevância das dificuldades exigíveis, cujos conteúdo (...) não são precisados nem esclarecidos” Cf. FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 142.

¹⁸⁶ Ser “possível ao devedor prosseguir a sua actividade num cenário de normalidade e viabilidade económica” Cf. CASANOVA, Nuno Salazar/ David Sequeira DINIS, ob. cit., p. 16.

Embora o conceito de insolvência iminente não esteja definido na lei, Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁸⁸ consideram que a “situação económica difícil, observada em sentido amplo, como (...) sucede neste art.º 17.º-B, consome a situação de insolvência iminente” pois esta “consubstancia uma situação de dificuldade económica especialmente agravada (...) que não só está prestes a acontecer como (...) sucederá com toda a probabilidade”.¹⁸⁹

O PER permite assim, como refere Paulo Olavo Cunha¹⁹⁰, que o devedor, numa situação de “pré-insolvência”, que preencha os requisitos referidos, juntamente com pelo menos um dos seus credores, possa fazer declaração escrita de modo a iniciarem negociações com o objetivo de feitura de um “plano de recuperação da empresa assistido e supervisionado pelo tribunal” (art. 17º-A e 17º-C CIRE).

Assim, pretende-se intervir na situação económica da empresa, assegurando-lhe “capacidade para satisfazer as obrigações remanescentes – bem como, (...) as que, de futuro, venha normalmente a contrair”¹⁹¹, prevenindo a declaração de insolvência¹⁹² e tornando-o “novamente saudável”¹⁹³.

Porém, embora seja clara a ideia de recuperação, a omissão de requerer o PER não integra o crime de insolvência negligente pois trata-se de uma mera faculdade do devedor e não de uma obrigação legal (art. 1º, nº 2; 17º-A, nº 2 e 17º-C, nº 1 CIRE).¹⁹⁴

¹⁸⁷ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA criticam o facto de esta demonstração ficar “a cargo do próprio devedor”, considerando que tal só se pode aceitar porque “por um lado, será sempre aos credores que, em definitivo, cabe decidir sobre a recuperação; por outro lado, uma eventual declaração imprópria do devedor fá-lo incorrer no regime do (...) art. 17.º-D, nº 11” *in ob. cit.*, p. 139.

¹⁸⁸ *ob. cit.*, p. 143.

¹⁸⁹ Também CASANOVA, Nuno Salazar/ David Sequeira DINIS entendem que “a situação económica difícil é a situação anterior à da insolvência iminente na qual o devedor, tendo embora um activo suficiente para fazer face às suas obrigações, não as pode cumprir sem para isso praticar actos (...) que ponham em causa a sua viabilidade económica” *in ob. cit.*, p. 24.

¹⁹⁰ *ob. cit.*, p. 103.

¹⁹¹ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, *ob. cit.*, p. 144.

¹⁹² FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, *ob. cit.*, p. 70.

¹⁹³ CASANOVA, Nuno Salazar/ David Sequeira DINIS, *ob. cit.*, p. 12.

¹⁹⁴ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, *ob. cit.*, p. 141; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *O Processo*, *ob. cit.*, p. 19.

B.2.2.c. Dever de Apresentação à Insolvência

B.2.2.c.1. Insolvência Atual

Questiona-se se a omissão do dever de apresentação à insolvência pode integrar a al. b) do art. 228º, nº 1.

O devedor tem o “direito de se apresentar à insolvência”¹⁹⁵. Mas, por vezes, este direito transforma-se num dever (art. 18º, nº 1 CIRE), para evitar, com o seu prolongamento, “mais inconvenientes e prejuízos.”¹⁹⁶

Este dever, sem “carácter universal”¹⁹⁷, existe para o devedor¹⁹⁸ que não seja pessoa singular não titular de uma empresa¹⁹⁹, à data da situação de insolvência (art. 18º, nº 2 CIRE).

Este dever tem de ser exercido dentro dos 30 dias²⁰⁰ seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência ou à data em que a devia conhecer²⁰¹, presumindo-se, quando o devedor é titular de uma empresa, o seu conhecimento corridos 3 meses a contar do incumprimento generalizado de alguma das obrigações referidas no art. 20º, nº 1, al. g).²⁰²

Cumprido este dever, é proferida sentença de declaração de insolvência, exceto se o pedido for manifestamente improcedente ou ocorrerem exceções dilatórias insupríveis, de conhecimento oficioso (art. 27º, nº 1 e art. 28º CIRE).²⁰³

Mas, se o devedor violar este seu dever decorrem várias consequências jurídicas²⁰⁴.

¹⁹⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 32.

¹⁹⁶ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 189.

¹⁹⁷ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 189.

¹⁹⁸ Recai “sobre as pessoas singulares titulares de empresas e os devedores que não sejam pessoas singulares. Quanto a estes últimos, não importa agora que sejam ou não titulares de empresas” Cf. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 55.

¹⁹⁹ Estes podem “tomar a iniciativa de se apresentar ou deixar a situação correr, sem que daí lhe advenham consequências de índole punitiva” Cf. FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 189.

²⁰⁰ A Lei 16/2012 encurtou o prazo de 60 para 30 dias. Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 33.

²⁰¹ Este prazo não é de caducidade e, quando violado, não preclui o dever de apresentação. Cf. FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 189; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 33; FERNANDES, Luís Carvalho, *Natureza do Prazo para o Insolvente Requerer a Falência*, in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano XXXIX, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1997, p. 263; Ac. Rel. Co. de 26.5.2009, Proc. 1526/09.6TBLRA.C1, in www.dgsi.pt. Contra, defendendo a caducidade Ac. STJ de 15.11.1995, Proc. 087318 in www.dgsi.pt.

²⁰² Trata-se de uma presunção inilidível. Cf. MARTINS, Alexandre de Soveral, ob. cit., p. 56.

²⁰³ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 188.

²⁰⁴ Ex: a presunção da existência de culpa grave na insolvência (art. 186º, nº 3, al. a)), a possível preclusão da possibilidade de concessão da exoneração do passivo restante (art. 238º, nº 1, al. d)). Cf. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 34.

Poder-se-á questionar se uma das consequências não poderá ser, como já fora, o preenchimento do tipo legal de insolvência negligente.

Em sentido afirmativo²⁰⁵, pode-se dizer que hoje, embora a lei não incrimine expressamente a omissão de apresentação à insolvência, o cumprimento deste dever não é sinónimo de se iniciar um processo de liquidação. Como vimos, no processo de insolvência também se pode prosseguir finalidades recuperatórias, levando a omissão daquele dever, à eventual omissão de adoção de medidas recuperatórias. Por outro lado, pode-se referir que se a lei incrimina um devedor com meras dificuldades por não adotar medidas de recuperação, ainda mais terá de incriminar um devedor insolvente por incumprir o seu dever de apresentação.

Porém, em sentido negativo, a maioria da doutrina²⁰⁶.

Por um lado, invoca-se o elemento histórico: foi intenção do legislador descriminalizar a omissão deste dever, uma vez que expressamente a eliminou do âmbito das incriminações pela Lei nº 65/98 de 2/9.²⁰⁷

Por outro, o direito penal proíbe a analogia, estando vinculado ao princípio da legalidade (art. 1º, nº 3 CP). E, como refere Pinto de Albuquerque²⁰⁸, a lei prevê “medida de recuperação” e não “omissão do dever de apresentação à insolvência”. Deste modo, aplicá-la à omissão daquele dever só é possível através de uma interpretação violadora da legalidade.

Acresce que a lei incrimina a omissão de requerer providências de recuperação por parte de um devedor em dificuldades económicas, e não em situação de insolvência. Porém, inexistente para os devedores a braços com meras dificuldades financeiras qualquer dever de apresentação, não podendo a sua não apresentação ser alvo de punição.

Portanto, parece-nos que a não apresentação à insolvência não poderá preencher esta al. b) por força do princípio da legalidade. Daí que Pestana de Vasconcelos e Pedro Caieiro²⁰⁹ refiram que “a não apresentação do devedor à insolvência (...) não tem hoje qualquer relevância jurídico-penal”.

²⁰⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 34. Sem se referirem expressamente à al. b): FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 188; LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., p. 129.

²⁰⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710; PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, ob. cit., p. 664; GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO, ob. cit., p. 1009; MARTINS, Alexandre de Soveral, ob. cit., p. 32 e 33.

²⁰⁷ FERNANDES, Luís Carvalho, *Natureza*, ob. cit., p. 263 e 264.

²⁰⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710.

²⁰⁹ ob. cit., p. 542.

B.2.2.c.2. Insolvência Iminente

Questiona-se se existe o dever de apresentação numa situação de insolvência iminente. Esta é equiparada, por lei, à insolvência atual (art. 3º, nº 4 CIRE), embora não se a defina e não se determine os termos da equiparação.

A doutrina tem-na definido como a “probabilidade de o devedor não cumprir as suas obrigações atuais, no momento em que se vençam (...) devendo concluir-se que a probabilidade de incumprimento é mais forte do que a sua não verificação”.²¹⁰ Há uma grande probabilidade de ocorrer proximamente a insolvência pois, através de um juízo de prognose, constata-se a “insuficiência do ativo líquido e disponível para satisfazer o passivo exigível”.²¹¹

Assim, será que a equiparação da situação de insolvência iminente à atual se estende ao dever de apresentação?

Carvalho Fernandes e João Labareda consideram que há um dever de apresentação do devedor nas situações de insolvência iminente²¹², pois “apesar de faltar ainda o incumprimento efetivo de obrigações, este se vislumbra já no horizonte”²¹³. Acrescentam que este argumento não é abalado com a introdução do PER, pois o devedor cumpre o seu dever de apresentação se desencadear, com o auxílio dos credores, o PER.²¹⁴

Para outros²¹⁵, não há esse dever de apresentação. A lei estabelece o prazo para requerer a insolvência a partir da data da ocorrência da situação de insolvência descrita no art. 3º, nº 1 (insolvência atual) e não a partir da ocorrência da situação de insolvência iminente (art. 3º, nº 4), levando a concluir que a insolvência relevante é apenas a atual²¹⁶. Acresce que, embora a equiparação entre as duas situações de insolvência nos pudesse levar a concluir que há equiparação total dos efeitos, a lei, no seu art. 18º, nº 1, ao remeter somente para o art. 3º, nº 1, retira todas as dúvidas.

²¹⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 26.

²¹¹ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 87; Ac. Rel. Lx. de 25.6.2009, Proc. 7214/08.3TMSNT.L1-8, in www.dgsi.pt.

²¹² FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 85.

²¹³ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 86.

²¹⁴ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 86.

²¹⁵ LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., p. 130; GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO, ob. cit., p. 1009; MARTINS, Alexandre de Soveral, ob. cit., p. 32 e 33; ALBUQUERQUE, Pedro de, diz que “se trata de mera faculdade (...) uma vez que se não está ainda diante de uma situação consumada e não será de excluir uma alteração da situação” em *A declaração da situação de insolvência*, in: “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 779.

²¹⁶ MARTINS, Alexandre de Soveral, ob. cit., p. 32.

Parece-nos ser esta última interpretação a mais correta pois, embora exista equiparação, a lei expressamente refere que apenas há dever de apresentação na situação de insolvência atual. Acresce que a lei apenas permite ao devedor que está numa situação de insolvência iminente se apresentar, de modo a “evitar que os credores exerçam qualquer tipo de poder de pressão na antecâmara da insolvência”.²¹⁷ Não o concede a mais nenhum outro dos legitimados. Assim, se, na insolvência iminente, existisse dever, ter-se-ia de conceder a outros legitimados a possibilidade de a requerer, no caso do devedor incumprir, tal como se prevê na insolvência atual (art. 20º CIRE).

Portanto, em caso de insolvência iminente, está-se perante uma mera faculdade do devedor de apresentação à insolvência, não podendo o seu incumprimento integrar o crime do art. 228º, nº 1, al. b) do Código Penal. E diga-se ainda que o devedor que tem dificuldades económicas e financeiras, como a lei penal exige, “pode não estar sequer numa situação de insolvência iminente”²¹⁸, mas mesmo que esteja não preencherá o crime pois inexistente o dever de apresentação.

B.2.2.d. Síntese da al. b) do nº 1 do art. 228º

Esta norma encontra-se em vigor pois o legislador não a revogou nem a pretendeu revogar.²¹⁹ Por outro lado, a ideia de recuperação, apesar de finda a dualidade de processos falência/recuperação, ainda se mantém, através do plano de insolvência e do PER.

Porém, encontra-se desprovida de objeto.

Em relação ao PER e ao plano de insolvência, que de forma direta exprimem a ideia de recuperação, não a podem preencher pois “não se compreende que alguém seja punido por não aproveitar uma faculdade cujo exercício se encontra, por definição, sujeito ao seu arbítrio”²²⁰. Admitir tal incriminação, torna a norma “de sentido incompreensível”²²¹.

Também a omissão do dever de apresentação não preenche esta norma por ter sido eliminada a sua previsão.

Assim, esta norma deve ser fortemente criticada. Como refere Pedro Caeiro²²², é inconstitucional devido à sua grande indeterminabilidade, quer no que diz respeito ao

²¹⁷ EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 27.

²¹⁸ COSTEIRA, Maria José, ob. cit., p. 173.

²¹⁹ E podia tê-lo feito quando alterou o CP, no crime de insolvência dolosa, com o DL 53/2004 de 18/3.

²²⁰ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 441.

²²¹ VASCONCELOS, Miguel Pestana de/ Pedro CAEIRO, ob. cit., p. 542.

²²² *Comentário*, ob. cit., p. 443.

conceito de dificuldades económicas e financeiras, quer quando se pretende determinar o conteúdo de “*requerer em tempo uma providência de recuperação*” (sublinhado nosso). Por outro lado, aplicando-se esta norma a devedores com meras dificuldades financeiras, não parece haver, no entender daquele autor, dignidade e necessidade que exijam uma intervenção do direito penal. Porém, entendemos que esta intervenção se justifica quando há situação de insolvência reconhecida judicialmente.

Parece-nos que se justificaria a sua alteração legislativa, com a incriminação expressa do dever de apresentação, de modo a conferir de novo sentido útil a esta norma.

III.ii. Tipo Subjetivo de Ilícito

A epígrafe “insolvência negligente” cria a ideia que apenas se tipifica condutas negligentes.

Porém, também se abrangem condutas dolosas,²²³ se bem que não se exija a intenção de prejudicar os credores, ao invés do art. 227º.

Vejamos: na al. a), quando se refere *prodigalidade, despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas*, está-se perante condutas dolosas.²²⁴

Também a *grave incúria ou imprudência* do devedor, por exemplo quando não cobra os seus créditos atempadamente, mas reconhece que são exigíveis e que da sua omissão pode resultar a sua insolvência, terá de ser dolosa²²⁵. Porém, pode o agente não proceder à cobrança por não saber que os créditos são exigíveis ou por considerar que a omissão não originará a sua insolvência²²⁶. Estar-se-á, então, perante conduta a integrar no conceito “grave negligência no exercício da sua atividade”. Só que, neste caso, só haverá punição se for devedor comerciante no exercício da atividade. Por outro lado, considerar estas condutas negligentes implicaria uma “duplicação de previsões”²²⁷.

Acresce que, a entender-se que só cabiam condutas negligentes, deixar-se-ia impune, por exemplo, a conduta do devedor que não cobra créditos para provocar a situação de

²²³ CAIERO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 444.

²²⁴ CAIERO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 210.

²²⁵ CAIERO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 210.

²²⁶ CAIERO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 210.

²²⁷ CAIERO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 211.

insolvência por atuar com dolo²²⁸. Seria punir o menos e não o mais, punia-se “condutas negligentes deixando impunes... as condutas dolosas homólogas”²²⁹.

Assim, na al. a) está-se perante condutas dolosas²³⁰. Porém, quando se refere “grave negligência no exercício da sua atividade”, está-se diante conduta negligente.²³¹

Em relação à al. b) também se punem atuações dolosas do agente, sendo que as “dificuldades económicas da empresa (...) devem ser conhecidas do agente, pelo que não é suficiente o dolo eventual”.²³²

Assim, segundo refere Pedro Caeiro²³³, há uma “coexistência de dois tipos dolosos na punição dos crimes falenciais”.

Daí que haja doutrina²³⁴ que critique a epígrafe “insolvência negligente”²³⁵ por não abranger somente condutas negligentes mas também dolosas.

Há, porém, quem²³⁶ entenda que nesta norma apenas se prevê condutas negligentes.

Germano Marques da Silva considera que pode haver dolo ou negligência, quer na prática das condutas, quer na criação do estado de insolvência.

Parece-nos que se incrimina condutas dolosas, exceto na previsão “grave negligência no exercício da sua atividade”. Embora na linguagem corrente alguns conceitos (imprudência, incúria) sejam mais associados à negligência, esta só é punida se expressamente prevista (art. 13º CP), o que não acontece, salvo para os comerciantes. Acresce que, se a intenção fosse punir condutas dolosas e negligentes para todo o devedor, bastaria retirar da lei “no exercício da sua atividade”.

²²⁸ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 211 e *Comentário*, ob. cit., p. 444. Não cabia no art. 227º (só abrange as condutas dolosas tipificadas) nem 228º (se só abrangesse condutas negligentes). Daí que, como refere PALMA, Maria Fernanda, se devam incluir no art. 228º “as condutas dolosas não subsumíveis no art. 227º, pois, de outro modo, conceber-se-ia uma lacuna de tipicidade que acarretaria a punição da negligência e a impunibilidade do dolo” in ob. cit., p. 409.

²²⁹ CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 211.

²³⁰ Exige-se pelo menos dolo eventual. Cf. CAEIRO, Pedro, *Sobre*, ob. cit., p. 210.

²³¹ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 445.

²³² CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 444.

²³³ CAEIRO, Pedro, *Comentário*, ob. cit., p. 444 e 445.

²³⁴ CAEIRO, Pedro “a tipificação das condutas descritas se mostra inequivocamente talhada para a forma do dolo eventual – o agente representa a possibilidade de a conduta vir a causar a insolvência e, não tendo embora a «intenção» de provocar esse evento conforma-se com a representação e leva a conduta por diante (...) dificilmente permitirá uma epígrafe diferente de «insolvência simples»” in *Sobre*, ob. cit., p. 212; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual*, ob. cit., p. 126; PALMA, Maria Fernanda, ob. cit., p. 409.

²³⁵ No CP de 1982, era “Falência por negligência” (art. 326º). Com a alteração do DL 132/93 de 23/4, designou-se “Falência não intencional”. Atualmente vigora a alteração da Lei 65/98 de 2/9 sob a designação “Insolvência Negligente”.

²³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710; LEITÃO, Luís Menezes, ob. cit., p. 345; GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO “O tipo subjetivo é de cariz exclusivamente negligente, bastando atentar na referência à grave incúria ou negligência e na circunstância de outro preceito contíguo se ocupar exclusivamente da forma dolosa” in ob. cit., p. 1010.

A criação do estado de insolvência (al. a)), pode ser dolosa ou negligente, pois o relevante é que a conduta o crie, quer seja querido quer não. Desta forma, não perfilhamos da crítica feita àquela epígrafe.

III.iii. Condição Objetiva de Punibilidade

Também este crime consagra como condição objetiva de punibilidade – a declaração judicial da insolvência.²³⁷

Todavia, enquanto na al. a), a situação de insolvência é resultado típico (é um efeito causado necessariamente pela conduta), na al. b) trata-se de uma condição objetiva de punibilidade, à semelhança do art. 227º.

IV. LIGAÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PENAL

O processo penal por estes crimes, sendo públicos, pode ser iniciado logo que o MP tome conhecimento dos factos.

Se esse conhecimento ocorrer durante o processo de insolvência, o juiz deve dar conhecimento ao MP (art. 36º, nº 1, al. h) CIRE).

Se a denúncia ocorrer no requerimento inicial, as testemunhas são ouvidas sobre a matéria criminal, na audiência de julgamento para a declaração de insolvência (art. 297º, nº 2 e nº 3 CIRE).

A instrução e o julgamento pelos crimes insolvenciais cabe ao tribunal que for o competente segundo as regras processuais penais e LOSJ.

Há, assim, a intenção de “autonomizar, quanto possível, o processamento da ação penal em matéria de insolvência”.²³⁸

²³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 710.

²³⁸ FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, ob. cit., p. 972. Também SOUSA, Susana Aires de, refere que, embora haja autonomia, permite-se “aproveitar para a fase de investigação penal os elementos recolhidos no processo de insolvência” Cf. *Os crimes*, ob. cit., p. 51 e 52.

CONCLUSÃO

Neste trabalho procurou-se compreender a construção dos crimes de insolvência dolosa e negligente.

Porém, tal construção nem sempre é a mais feliz, originando questões controvertidas que procurámos dar resposta.

O bem jurídico protegido é o património dos credores, embora indiretamente também se proteja o bom funcionamento da economia.

Em princípio, o agente do crime é o devedor insolvente. As pessoas coletivas não podem ser agentes do crime, mas apenas os seus administradores de direito ou de facto. Um terceiro, que atue com conhecimento ou em benefício do devedor, também pode cometer o crime do art. 227º.

No crime de insolvência dolosa, os agentes têm de praticar uma das condutas típicas com a intenção de prejudicar os credores.

A situação de insolvência e a sua declaração são condições objetivas de punibilidade.

No crime de insolvência negligente, na sua al. a), exige-se que a situação de insolvência, ao contrário do art. 227º, seja causada pelas condutas típicas (nexo de causalidade).

Trata-se de condutas dolosas, exceto na “grave negligência no exercício da atividade” que só pode ser praticada por devedor comerciante.

O estado de insolvência pode ser criado por dolo ou negligência.

A al. b) encontra-se em vigor, se bem que destituída de objeto. É certo que a ideia de recuperação ainda se mantém. Porém, a não adoção do PER, do plano de insolvência ou o não cumprimento do dever de apresentação não a preenchem. Assim, procurou-se, através da análise do CIRE e da sua evolução, descortinar quais os instrumentos de recuperação que podiam preencher este crime, interligando as duas áreas do saber.

Deste modo, justifica-se uma alteração legislativa no sentido de incriminar novamente a omissão do dever de apresentação à insolvência.

Refira-se que não foi objeto de análise a agravação prevista no art. 229º-A do Código Penal.

Portanto, a clarificação destes crimes é essencial para que os agentes tomem consciência do efeito nefasto que as suas condutas provocam quer para o património dos credores, quer para o regular funcionamento da economia.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- ALBUQUERQUE, Pedro de, *A declaração da situação de insolvência*, in: “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 773 a 793.
- BARREIROS, José António, *Crimes Contra o Património*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1996.
- CAEIRO, Pedro, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- CAEIRO, Pedro, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais: (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CALDAS, Luís Filipe, *A propósito do novo artigo 227º-A do Código Penal Português – “A Frustração de Créditos”*, in: “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, Ano 13, nº 4, Outubro - Dezembro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 489 a 552.
- CASANOVA, Nuno Salazar/ David Sequeira DINIS, *PER – O Processo Especial de Revitalização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- CORDEIRO, António Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- COSTEIRA, Maria José, *A Insolvência de Pessoas Coletivas: Efeitos no Insolvente e na Pessoa dos Administradores*, in: “Julgar”, nº 18, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 161 a 173.
- CUNHA, Paulo Olavo, *A recuperação de sociedades no contexto do PER e da insolvência: âmbito e especificidades resultantes da situação de crise da empresa*, in: “Revista de Direito da Insolvência”, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016, p. 99 a 119.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, *O CIRE e a recuperação das sociedades comerciais em crise*, in: “Coleção Estudos Instituto do Conhecimento AB”, nº 1, Almedina e Abreu Advogados, Coimbra, 2013, p. 31 a 53.

- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2014.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *O Processo Especial de Revitalização*, Almedina, Coimbra, 2015.
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os Efeitos Substantivos da Falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.
- FERNANDES, Luís Carvalho/ João LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Natureza do Prazo para o Insolvente Requerer a Falência*, in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano XXXIX, Janeiro- Setembro, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1997, p. 257 a 264.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência: Balanço e Perspectivas*, in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano XXXIX, Janeiro- Setembro, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1997, p. 5 a 21.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: Parte I – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982*, Editorial Verbo, Lisboa, 1987.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in: “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 207 a 248.
- GARCIA, M. Miguez/ J. M. Castela RIO, *Código Penal Parte Geral e Especial com Notas e Comentários*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português anotado e comentado*, 18º edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- JÚNIOR, E. Santos, *O plano de insolvência algumas notas*, in: “Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 121 a 141.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel/ Manuel Simas SANTOS, *Código Penal Anotado*, 2º Vol. Parte Especial, 3ª edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.
- LOURENÇO, Nuno Calaim, *Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, Coimbra, 2011.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015.

- PALMA, Maria Fernanda, *Aspectos Penais da Insolvência e da Falência: Reformulação dos Tipos Incriminadores e Reforma Penal*, in: “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa”, Vol. 36, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 401 a 415.
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de, *Limites da autonomia dos credores na recuperação da empresa insolvente*, Almedina, Coimbra, 2013.
- OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in: “O Direito”, Ano 142, 2010, V, Almedina, Coimbra, p. 931 a 987.
- PEREIRA, Victor de Sá/ Alexandre LAFAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado*, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2014.
- SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Tributário*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.
- SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, Lisboa, 2009.
- SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias”, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 1005- 1037.
- SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes insolvenciais*, in: “Revista de Direito da Insolvência”, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016, p. 45 a 55.
- VASCONCELOS, Miguel Pestana de/ Pedro CAEIRO, *As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, in: “Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito”, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 529 a 543.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

- Ac. Rel. Coimbra de 2.10.2013, Proc. 253/05.8TAPMS.C1, relatora Cacilda Sena, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. Rel. Coimbra de 16.11.2011, Proc. 785/07.3TACBR.C1, relator Luís Teixeira, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. Rel. Coimbra de 26.5.2009, Proc. 1526/09.6TBLRA.C1, relator Artur Dias, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. Rel. Coimbra de 24.3.1993, CJ, ano XVIII, 1993, tomo II, relator Manuel de Andrade Saraiva.

- Ac. Rel. Lisboa de 21.5.2015, Proc. 770/10.8TATVD.L1-9, relatora Maria do Carmo Ferreira, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. Rel. Lisboa de 9.11.2010, Proc. 1699/09.8TBBNV-G.L1-7, relator Luís Filipe Lameiras, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. Rel. Lisboa de 25.6.2009, Proc. 7214/08.3TMSNT.L1-8, relatora Carla Mendes, *in* www.dgsi.pt.

- Ac. Rel. Porto de 17.10.2012, Proc. 833/03.6TAVFR.P2, relator Joaquim Gomes, *in* www.dgsi.pt.

- Ac. STJ de 16.4.1997, Proc. 047514, relator Virgílio Oliveira, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. STJ de 19.12.1996, CJ – Acórdãos do STJ, Ano IV, 1996, tomo III, relator Sousa Guedes.
- Ac. STJ de 15.11.1995, Proc. 087318, relator Nascimento Costa, *in* www.dgsi.pt.
- Ac. STJ de 22.9.1993, CJ – Acórdãos do STJ, Ano I, tomo III, 1993, relator Ferreira Dias.

- Ac. Rel. Guimarães de 9.4.2015, Proc. 958/14.2TBGMR.G1, relator Fernando Fernandes Freitas, *in* www.dgsi.pt.