



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A INSOLVÊNCIA CULPOSA

CONFRONTO COM O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

Joana Filipa Pires Laranjeira

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A INSOLVÊNCIA CULPOSA

CONFRONTO COM O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

Joana Filipa Pires Laranjeira

Sob orientação do Professor Doutor Luís Correia Araújo

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

“ O que dá o verdadeiro sentido ao encontro é a busca, e é preciso andar muito para se alcançar o que está perto.”

José Saramago

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã, pelo apoio incondicional ao longo de toda a minha vida acadêmica e profissional.

Ao meu namorado e amigos, por todas as palavras de incentivo e paciência.

Ao Prof. Dr. Luís Correia Araújo, meu orientador, agradeço toda a disponibilidade e sugestões dadas durante a elaboração desta dissertação.

Resumo

De acordo com o disposto no ponto n.º 40 do preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de março, diploma que deu origem ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), em substituição do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF): “Um objetivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas. É essa a finalidade do novo instituto denominado Incidente de Qualificação da Insolvência”.

Sendo este um tema vasto e complexo, a presente dissertação procura então focar-se na responsabilidade por parte do devedor pela criação ou agravamento da situação de insolvência, procurando analisar os pressupostos da qualificação da insolvência como culposa e, por sua vez, quais as consequências e efeitos que advêm desta mesma qualificação.

Pese embora a qualificação da insolvência como culposa não seja de carácter vinculativo para efeitos da decisão em sede de processo penal, nomeadamente para que estejamos perante um crime de insolvência dolosa, reservamos um capítulo desta dissertação para uma análise da possível correlação entre estes dois institutos – o da qualificação da insolvência culposa, no âmbito do CIRE, e do crime de insolvência dolosa, no âmbito do direito penal.

Palavras-chave: Qualificação da Insolvência; Insolvência Culposa; CIRE; Insolvência Dolosa.

Abstract

Following the provisions of paragraph 40 of the preamble of Decree-Law n. ° 53/2004, of 18 March, which gave rise to the Insolvency and Business Recovery Code (CIRE), replacing the Code of Special Procedures for Company Recovery and Bankruptcy (CPEREF): "One objective of the reform introduced by this law is to achieve a greater and more effective accountability of company owners and directors of legal entities. That is the purpose of the new institute called the Insolvency Qualification Incident".

As this is a vast and complex topic, this dissertation seeks to focus on the debtor's responsibility for the creation or aggravation of the insolvency situation, seeking to analyze the assumptions of the classification of insolvency as culpable and, in turn, what are the consequences and effects that arise from this qualification.

Although the classification of insolvency as culpable is not required for the purposes of the decision in criminal proceedings, namely for the fact that we are facing a crime of intentional insolvency, we reserve a chapter of this Dissertation for an analysis of the possible correlation between these two institutes – the classification of culpable insolvency, within the scope of the CIRE, and the crime of intentional insolvency, within the scope of criminal law.

Keywords: Qualification Incident; Culpable Insolvency; CIRE; Intentional Insolvency.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	11
1. Noção e tramitação	11
2. Pressupostos da qualificação de insolvência como culposa	14
3. As presunções legais dos números 2 e 3 do art.º 186.º do CIRE.....	16
4. Os efeitos da insolvência culposa.....	19
CAPÍTULO II - O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA	26
1. Enquadramento legal e pressupostos do crime de insolvência dolosa.....	26
2. Investigação do crime de insolvência dolosa	31
CAPÍTULO III - CONFRONTO ENTRE AS DUAS FIGURAS – A INSOLVÊNCIA CULPOSA E O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA.....	34
CONCLUSÕES.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42
JURISPRUDÊNCIA.....	45

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. (Acórdão)

AI (Administrador da Insolvência)

al. (Alínea)

als. (Alíneas)

apud (citado por)

art. (Artigo)

arts. (Artigos)

CC (Código Civil)

Cfr. (Conforme)

CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)

COVID (Coronavirus disease)

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)

D.R. (Diário da República)

Ed. (Edição)

Ibidem (mesmo autor, mesma obra)

ie (isto é)

MP (Ministério Público)

n.º (Número)

n.ºs (Números)

OPC (Órgão de Polícia Criminal)

p./pp. (Página(s))

p. e p. (Previsto e punido)

Proc. (Processo)

Rel. (Relator)

STJ (Supremo Tribunal de Justiça)

TC (Tribunal Constitucional)

TRC (Tribunal da Relação de Coimbra)

TRE (Tribunal da Relação de Évora)

TRG (Tribunal da Relação de Guimarães)

TRP (Tribunal da Relação de Porto)

Vd. (Vide)

Vol. (Volume)

INTRODUÇÃO

A insolvência, mais que um instituto, é um verdadeiro mecanismo que nasce da necessidade de dar uma resposta jurídica a um problema de mercado: a incapacidade de um comerciante¹ fazer face às suas obrigações financeiras, colocando em prejuízo os seus credores².

A qualificação da insolvência como culposa é um processo jurídico, que pode, por vezes, ser complexo e que envolve um exame cuidadoso das ações que levaram à declaração de insolvência, das transações financeiras ocorridas e dos processos de tomada de decisão pelos seus responsáveis/administradores. Uma vez determinada, a insolvência culposa desencadeia consequências jurídicas para estes responsáveis.

Compreender o incidente de qualificação de insolvência na legislação portuguesa, nomeadamente quando qualificada como culposa, é essencial tanto para os credores como para os administradores de empresas.

É importante salientar que a insolvência em si não é inerentemente um ato culposo ou condenável. Pode ser o resultado de diversos fatores, como crises económicas, flutuações de mercado ou circunstâncias imprevistas, como observámos recentemente com o impacto da pandemia da COVID-19, com uma redução drástica no volume de negócios de muitas empresas³.

Sublinha-se, assim, a necessidade e importância de transparência, da boa gestão e da adoção de práticas éticas no panorama empresarial, com o objetivo de encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos credores e a proteção da economia, através da promoção do empreendedorismo justo e responsável.

Não obstante estarmos perante um tipo de responsabilidade específica, frequentemente denominada responsabilidade “insolvental”, não é possível, atenta a sua natureza, desassociá-la da responsabilidade civil, como o próprio CIRE prevê seu art. 17.º, respeitante à aplicação subsidiária do CC.

¹ Apesar de atualmente não ser necessário ter a qualidade de comerciante para ser declarado insolvente.

² O conceito de insolvência surge na legislação nacional em 2004, com a entrada em vigor do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante designado por CIRE).

³ RIBEIRO, M^a de Fátima, “A pandemia Covid-19 e o Direito da Insolvência”, 8/mai/2020. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/a-pandemia-covid-19-e-o-direito-da-insolvenca/>.

CAPÍTULO I - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

1. Noção e tramitação

O incidente de qualificação da insolvência, previsto e regulado no Título VIII, artigos 185.º e seguintes do CIRE, corre termos em paralelo com o processo principal de insolvência e é um instituto jurídico fortemente inspirado no ordenamento jurídico espanhol⁴, mais precisamente na Ley Concursal⁵, onde podia ler-se, no seu art. 163.º, “El concurso se calificará como fortuito o como culpable”. Ou seja, a insolvência só poderá assumir uma qualificação, ou corresponde a uma insolvência fortuita ou a uma insolvência culposa.

No entanto, cumpre referir que, só a insolvência culposa está definida no CIRE pelo art. 186.º, não se encontrando naquele diploma nenhuma previsão relativa à insolvência fortuita, pelo que só uma apreciação *a contrario* do art. 186.º do CIRE nos permite concluir que a insolvência é fortuita. Neste sentido, também Maria do Rosário Epifânio referiu: “Por isso a insolvência é fortuita quando não é culposa”⁶.

Assim, a insolvência será culposa quando resultar da atuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (art. 186.º n.º 1 do CIRE), sendo considerada fortuita nos restantes casos.

Antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, o incidente tinha carácter obrigatório, destinado ao julgamento e eventual punição, mediante sanções civis, dos responsáveis pela ocorrência de insolvências culposas⁷, sendo aberto oficiosamente, com a declaração de insolvência, em todos os processos de insolvência, exceto no caso de apresentação de um plano de pagamentos aos credores (art. 259.º, n.º

⁴ “É uma novidade introduzida no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas por influência do Direito Espanhol, mais precisamente, da *calificación del concurso*.” Cfr. SERRA, Catarina (2018) Lições de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 300.

⁵ Ley 22/2003, de 9 de julio, entrou em vigor a 1 de setembro de 2004 e teve a sua última alteração através do diploma *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*. O regime da qualificação encontra-se, atualmente, regulado entre os arts. 441.º e 464.º

⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8ª Ed, Coimbra, Almedina, p.154.

⁷ BRANCO, José Manuel (2022), “Alterações ao regime legal da qualificação da insolvência: da congestão à convulsão”, in I Bienal de Direito de Vila do Conde - O Direito da Insolvência à luz da reforma de 2022, Coord. Maria do Rosário Epifânio, Coimbra, Almedina, p. 149.

1, 2ª parte do CIRE). No entanto, foi-se observando uma banalização deste instituto, caindo numa teia burocrática e desvirtuando-se do seu verdadeiro objetivo, abrindo-se assim a possibilidade de, logo na sentença que declara a insolvência, o juiz determinar, a abertura do incidente, e, desta forma, poder-se-ia dar o caso de, ainda dentro desta fase processual, as partes procurarem fazer prova relativamente aos indícios para efeitos de qualificação de insolvência⁸.

Atualmente, este incidente já não possui carácter obrigatório, pelo que o juiz apenas declara aberto o incidente na sentença declaratória da insolvência quando disponha de elementos que justifiquem essa abertura (art. 36.º, n.º 1, alínea i) do CIRE), ou seja, o incidente só é aberto quando chegam ao conhecimento do juiz factos que justifiquem a sua abertura. Deverá então apresentar os fundamentos para tal decisão, o que se coaduna com o objetivo programático definido no DL 53/2004, de 18 de março, em vigor desde 15 de setembro de 2004: a intenção de obter uma “maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores das pessoas coletivas”⁹, que apenas terá lugar quando se indicarem factos que fundem uma alegação quanto ao carácter culposo, assim se inserindo no dever do juiz de administrar a justiça proferindo sentença.

Todavia, nada impede que a abertura do incidente ocorra posteriormente, uma vez que o AI ou qualquer interessado pode alegar, fundamentadamente, por escrito, em requerimento autuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa, no prazo perentório de 15 dias, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno¹⁰, declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, nos 10 dias subsequentes (art. 188.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE).

Depreende-se desde logo que, se o processo de insolvência for encerrado sem que tenha sido levantada a abertura do incidente de qualificação, a mesma terá carácter

⁸ Neste sentido, Maria José Costeira, alertando para a complexidade que a sentença poderá adquirir, obrigando o juiz a tomar uma posição, fundamentada, sobre uma questão que nada tem a ver com a declaração de insolvência e que só em momento posterior deve ser apreciada. COSTEIRA, Maria José (2012), “A insolvência de pessoas coletivas – efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, *in* Revista Julgar N.º 18, Coimbra, Coimbra Editora, p. 169.

⁹ Vd. ponto 40 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março – Lei n.º 39/ 2003, de 22 de Agosto, que aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

¹⁰ Entende Alexandre Soveral Martins que o juiz não deve apreciar o requerimento apenas de acordo com critérios de oportunidade. MARTINS, Alexandre Soveral (2015), *Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, p. 360.

fortuito, contudo, e nos termos do art. 233.º n.º 6 do CIRE, deve o juiz declará-lo expressamente na decisão de encerramento referida no art. 230.º daquele diploma.

Antes de uma análise dos pressupostos que levam a qualificar a insolvência como culposa, cumpre primeiramente perceber as razões que levaram à criação deste instituto.

O art. 186.º constitui uma norma de proteção dos interesses dos credores, cuja violação desencadeará responsabilidade civil pela insolvência, punindo os administradores que pratiquem atos que possam ser integrados na cláusula geral consagrada no seu n.º 1, ou, nas presunções previstas nas alíneas dos n.ºs 1 e 2¹¹.

Podemos então assumir que se observou a necessidade de criar um mecanismo que permitisse uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresas e dos seus responsáveis de direito e de facto, tratando-se, portanto, de um instituto de verdadeiro interesse e ordem públicos.

Importa ainda entender a classificação do incidente de qualificação de insolvência que poderá ser de carácter pleno ou limitado, nomeadamente pelas diferenças que podem ser observadas, quer ao nível da tramitação, quer pelos efeitos da insolvência culposa.

O incidente com carácter pleno constitui a regra e os trâmites deste decorrem dos arts. 36.º, alínea i), 188.º e 189.º do CIRE¹², como já exposto anteriormente.

O incidente pleno de qualificação pode ser aberto pelo juiz em dois momentos: na própria sentença que declara a insolvência, desde que o juiz disponha de elementos que justifiquem a sua abertura e desde que não tenha sido aprovado um plano de pagamentos (cfr. art. 259.º, n.º 1 do CIRE) ou se trate da hipótese contemplada no art. 187.º do CIRE. Ou ainda, posteriormente, mediante despacho judicial publicado no portal *Citius* na sequência de requerimento apresentado pelo administrador da insolvência ou por qualquer interessado na qualificação, nos termos do art. 188.º n.º 1 do CIRE.

¹¹ ARAÚJO, Luís Correia (2022) “A responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência da Sociedade Comercial : a qualificação da insolvência entre as vias para a responsabilização dos administradores”, Tese de Doutoramento em Direito, Coimbra, Almedina, p. 298.

¹² Os trâmites do incidente pleno decorrem dos artigos referidos e reconduzem-se, esquematicamente, aos seguintes momentos: abertura do incidente, alegações dos interessados, pareceres do Ministério Público e do administrador de insolvência e sentença. Cfr. LABAREDA, João e CARVALHO FERNANDES, Luís (2011), “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, *in* Coletânea de Estudos sobre a Insolvência, Reimpressão, Lisboa, Quis Juris, p. 255.

Por sua vez, e nos termos do art. 191.º do CIRE, o incidente limitado é aplicável apenas em dois casos, um deles previsto no art. 39.º, n.º 1 e outro no art. 232.º, n.º 5, nomeadamente: nos casos em que o juiz, no momento da prolação da sentença, conclui que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente, e que não está garantida a sua satisfação por outra via (cfr. art. 39.º, n.º 1 o CIRE); e nos casos em que o processo de insolvência encerra por insuficiência da massa insolvente, após conclusão pelo AI, de que os bens que integram a massa insolvente não são suficientes para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas daquela (cfr. art. 232.º, n.º 5 do CIRE).

Destarte, se no art. 39.º, n.º 1 do CIRE o incidente é imediatamente aberto como limitado, por outro lado, nos termos do art. 232.º, n.º 5 do mesmo diploma o incidente que foi aberto como pleno poderá ser convertido em limitado, dependendo do momento em que o administrador da insolvência se apercebe dessa insuficiência.

O incidente limitado distingue-se ainda do pleno nos seus efeitos, pelo facto de o Tribunal não declarar a perda de créditos nem ordenar a restituição de bens às pessoas afetadas pela qualificação, ao contrário do previsto no art. 189.º, n.º 2 do CIRE.

Por fim, da sentença que qualifique a insolvência como culposa pode caber recurso nos termos gerais do art. 14.º do CIRE, tendo legitimidade para tal todas as pessoas afetadas pela qualificação.

Por sua vez, ainda no que respeita ao incidente pleno de qualificação de insolvência, se tanto o AI como o MP propuserem a insolvência como fortuita, o juiz pode proferir de imediato decisão nesse sentido, decisão esta que é irrecorrível (cfr. art. 188.º, n.º8 do CIRE)¹³.

2. Pressupostos da qualificação de insolvência como culposa

Como já referido anteriormente, o CIRE não define a insolvência fortuita, ocupando-se apenas da definição legal de insolvência culposa.

Esta definição consta do n.º 1 do art. 186.º CIRE e depende da verificação de pressupostos cumulativos indispensáveis para a sua qualificação.

¹³ SERRA, Catarina (2018), Lições de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p.303.

Neste sentido, tendo presente o disposto no mencionado preceito, para que a qualificação da insolvência seja culposa importa, desde logo, que tenha havido uma conduta do devedor ou dos seus administradores, de facto ou de direito, que, cumulativamente:

- tenha criado ou agravado a situação de insolvência;
- tenha ocorrido nos três anos anteriores ao início do processo;
- seja dolosa ou praticada com culpa grave.

Da norma referida retiramos que, tanto o devedor (quando seja pessoa singular) como os administradores de facto ou de direito (de pessoas coletivas ou pessoa singular incapaz¹⁴), integram o âmbito subjetivo do incidente de qualificação de insolvência.

Para Coutinho de Abreu, serão administradores de facto todos aqueles que “sem título bastante, exercem, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito na sociedade”¹⁵.

Cabe agora analisar cada um dos requisitos. Desde logo, exige-se uma atuação do devedor ou dos seus administradores, sejam de direito ou de facto, atuação essa que poderá caracterizar-se por ser uma ação ou por uma omissão. Podemos então estar perante uma ação positiva ou uma omissão, um *facere* ou pelo contrário, um *non facere*.

Por sua vez, essa atuação deverá ser dolosa ou praticada com culpa grave, não podendo, portanto, ser aqui considerada a culpa leve.

É ainda necessário que exista nexos causal entre a ação ou omissão do devedor ou do administrador e a criação ou agravamento do estado de insolvência.

Por fim, a atuação que conduz à qualificação da insolvência como culposa deverá ser observada dentro de um certo lapso de tempo, isto é, deverá ter ocorrido nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Rui Estrela Oliveira refere ainda que, a forma lata como está redigido o n.º 1 do art. 186.º do CIRE “permite aí incluir, na sua definição, o dever legal geral de cuidado

¹⁴ Cfr. art. 6.º e 19.º do CIRE.

¹⁵ ABREU, Jorge M. Coutinho de (2010), Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 101.

que está previsto no art. 64.º do CSC”¹⁶ ¹⁷ e, desta forma, deverá o juiz afastar a existência de culpa, assim como de culpa grave, se resultar demonstrado que o administrador atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, nos termos do artigo 72.º n.º2 do CSC, excluindo-se assim a existência de responsabilidade de membros da administração para com a sociedade¹⁸.

3. As presunções legais dos números 2 e 3 do art.º 186.º do CIRE

O legislador estabeleceu ainda um rol de presunções, especificamente elaboradas a pensar no devedor pessoa coletiva: presunções de carácter *iuris et de jure* e presunções *iuris tantum*¹⁹, cuja verificação resulta na qualificação da insolvência como culposa.

Apesar de o conceito “presunção” não parecer levantar grandes dúvidas, o legislador teve em atenção defini-lo no art. 349.º do CC: “Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”. Assim, com as presunções não se pretende criar uma situação meramente fictícia, mas sim promover a aplicação do direito a uma situação de facto que, com grande probabilidade, se poderá observar²⁰.

Na expressão de José Engrácia Antunes²¹, o sentido fundamental destas presunções legais foi o de "favorecer a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos" e, desta forma, facilitar e garantir uma maior eficácia no momento de decidir e responsabilizar os administradores pelas condutas que originaram ou agravaram a situação de insolvência.

¹⁶ OLIVEIRA, Rui Estrela de, “O Incidente de Qualificação de Insolvência”, 31/jan/2012, in Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <https://educast.fccn.pt/>.

¹⁷ Cfr. CORDEIRO, António Menezes (2006), “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, Vol.II, disponível em <https://portal.oa.pt/>.

¹⁸ Este artigo transpõe para o ordenamento jurídico português uma regra comumente conhecida por “*business judgment rule*” oriunda da jurisprudência norte-americana, da qual resulta que a responsabilidade do administrador ou gerente é excluída se provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

¹⁹ As presunções legais são *iuris et de jure*, quando não admitem prova em contrário e *iuris tantum*, quando podem ser afastadas por prova que se lhes oponha.

²⁰ ARAÚJO, Luís Correia (2022), “A responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência da Sociedade Comercial : a qualificação da insolvência entre as vias para a responsabilização dos administradores”, Tese de Doutoramento em Direito, Coimbra, Almedina, p. 355.

²¹ ANTUNES, José Engrácia (2017), “O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação de Insolvência”, in Revista de Direito da Insolvência N.º 1, Coimbra, Almedina, p. 81.

Neste sentido, no art. 186.º, n.º 2 do CIRE podemos encontrar um catálogo de atos ou omissões que, genericamente, resultam no empobrecimento do património do devedor ou no incumprimento de determinadas obrigações legais, os quais, quando levados a cabo pelos administradores de direito ou de facto do devedor, conduzem a uma presunção absoluta de insolvência culposa.

Conforme Maria do Rosário Epifânio e replicando a classificação apresentada por Carvalho Fernandes²², as alíneas do art. 186.º, n.º 2 podem ser agrupadas em três categorias fundamentais:

- Os atos que afetam, no todo ou em parte considerável, o património do devedor (aqui incluem-se as alíneas de a) e c));
- Os atos que, prejudicando a situação patrimonial, em simultâneo trazem benefícios para o administrador e para quem os pratica ou para terceiros (nestes atos as alíneas b), d), e), f) e g));
- O incumprimento de determinadas obrigações legais (alíneas h) e i)).

Desta forma, e demonstrados os comportamentos acima descritos, o juiz presumirá a existência de insolvência culposa. Todas estas hipóteses, desde que provadas, consubstanciam uma situação de insolvência culposa, não admitindo prova em contrário.

Para Luís Menezes Leitão, esta presunção destina-se quer à existência de culpa grave, quer ao nexo de causalidade desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência, não admitindo prova em contrário²³.

No entanto, a doutrina tem levantado algumas questões relativamente ao alcance desta norma, pois, existindo considerações no sentido de que, da análise das diversas alíneas presentes no n.º 2 do art. 186º do CIRE, não resulta, nem é notória, a existência de um nexo de causalidade entre as condutas ilícitas e a causa ou agravamento de uma situação de insolvência²⁴, como refere, nomeadamente Catarina Serra²⁵. Na opinião da

²² FERNANDES, Luís Carvalho *apud* EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra, p. 157.

²³ LEITÃO, Luís Menezes (2022), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 246.

²⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 159.

²⁵ SERRA, Catarina (2018), Lições de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 301.

autora, as alíneas a) a g) correspondem, indiscutivelmente, a presunções absolutas de insolvência culposa, o que não se verifica relativamente às alíneas h) e i), nas quais não é assim tão evidente o nexo de causalidade entre aqueles comportamentos e a criação ou o agravamento da situação de insolvência²⁶.

Por sua vez, Rui Estrela Oliveira parte do pressuposto de que não basta praticar qualquer uma das condutas elencadas no art. 186.º, n.º 2 para se presumir a culpa grave ou dolo²⁷. Para este, é também necessário que se prove o nexo de causalidade, pelo menos, quando se trata das alíneas a) a g), por considerar aqui patentes conceitos mais amplos.

O n.º 3 do mesmo preceito contém uma presunção *iuris tantum* de culpa grave do devedor, pelo que: presume-se unicamente a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:

a) o dever de requerer a declaração de insolvência;

b) a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial.

Ao contrário do n.º 2 do artigo 186.º, onde expressamente se estatui que a insolvência se considera sempre culposa verificados os factos ali elencados, no n.º 3 nada se estabelece nesse sentido, devendo, por isso, prevalecer o disposto no artigo 350.º, n.º 2 do CC²⁸, entendendo-se assim aquelas presunções como relativas.

O advérbio “unicamente” foi recentemente introduzido pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, e tal acréscimo adveio de uma necessidade de o legislador tomar uma posição face às diferentes considerações e jurisprudência que esta norma produzia²⁹.

Da anterior redação levantava-se a dúvida, que fica agora precluída, se esta presunção seria apenas relativa à culpa grave ou se também se presumiria a observação de insolvência culposa.

²⁶ Em sentido contrário, vd. Ac. do TRG de 12-01-2017, Rel. José Cravo.

²⁷ OLIVEIRA, Rui Estrela de, “O Incidente de Qualificação de Insolvência”, 31/jan/2012, in Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <https://educast.fcjn.pt/>.

²⁸ “As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir.”

²⁹ BRANCO, José Manuel (2022), “Alterações ao regime legal da qualificação da insolvência: da congestão à convulsão”, in I Bienal de Direito de Vila do Conde - O Direito da Insolvência à luz da reforma de 2022, Coord. Maria do Rosário Epifânio, Almedina, p. 155.

Para a maioria da doutrina e jurisprudência, as presunções previstas no n.º 3 eram apenas respeitantes à atuação do devedor, pelo que seria ainda “necessário provar que tal atuação com culpa grave (presumida) criou ou agravou a situação de insolvência”.³⁰

É também este o entendimento que resulta do AC. do STJ de 28-09-2022³¹, do qual resulta que, antes da alteração operada pela Lei 9/2022 de 11 de Janeiro, para a declaração de insolvência como culposa recorrendo ao art. 186.º n.º 3 importava não só alegar a conduta culposa do agente, conforme previsto nas als. a) e b), mas também alegar e comprovar o nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de criação ou agravamento da situação de insolvência, como impõe o n.º 1 do mesmo artigo.

Desta forma, as presunções previstas no n.º 3 deste artigo, distinguem-se das do n.º 2, não só porque permitem que o visado apresente prova em contrário, mas também porque delas apenas resulta demonstrado um dos pressupostos previsto no n.º 1: a culpa grave.

Catarina Serra entende que uma presunção que apenas preveja culpa grave de pouco servirá, se não se conseguirem provar os restantes requisitos de insolvência culposa, revelando-se difícil conseguir comprovar o nexo de causalidade entre o incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência ou o incumprimento da obrigação de elaboração das contas anuais no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória de registo comercial³².

4. Os efeitos da insolvência culposa

A qualificação da insolvência como culposa determina que se observem um conjunto de efeitos substantivos de natureza pessoal e patrimonial na esfera jurídica das pessoas afetadas.

Por sua vez, os efeitos previstos no art. 189.º do CIRE só se desencadeiam quando estamos perante uma insolvência culposa. São efeitos denominados por efeitos eventuais, na medida em que a sua verificação não está apenas dependente de sentença judicial declarativa da insolvência do devedor, mas também da verificação de outras

³⁰ MARTINS, Alexandre Soveral (2015), Um Curso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 380.

³¹ Ac. do STJ de 28/09/2022, Rel. Ana Resende.

³² SERRA, Catarina (2022), “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”- As Alterações do CIRE introduzidas pela lei 9/2022, de 11/01, *in* JULGAR, N.º 48, Coimbra, Almedina, pp. 20 e 21.

condições, designadamente do preenchimento dos pressupostos do n.º 1 do art. 186.º do mesmo diploma.

Neste sentido, tendo o juiz proferido sentença judicial declarando a natureza culposa da insolvência, decorrem do n.º 2 do artigo 189.º os seguintes efeitos desta qualificação:

- a) Identificar as pessoas afetadas pela qualificação;
- b) Decretar inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos;
- c) Declarar a inibição destas mesmas pessoas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa;
- d) Determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos;
- e) Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respeitantes patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.

Estes efeitos produzem-se sempre, estejamos no âmbito do incidente de carácter pleno ou limitado, com exceção do efeito previsto na alínea d) do n.º 2 do art.189.º, que, nos termos do art. 191.º, n.º 1, al. c), *a contrario*, não é aplicável no âmbito do incidente de carácter limitado.

Cabe-nos agora fazer uma análise de cada um desses efeitos.

Relativamente à alínea a), aquando da elaboração da sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz deve identificar as pessoas afetadas pela qualificação.

É de entendimento geral que esta alínea *per si* não prevê qualquer efeito, tratando-se apenas de uma condição que deverá ser observada aquando da sentença qualificativa.

Trata-se de uma norma, fruto da alteração legal de 2012, que difere da versão anterior pelo facto de se ter tomado consciência de que a insolvência envolvia, além do

devedor e dos seus credores, outros sujeitos e outros interesses, mercedores de igual valorização.

No que respeita à alínea b) - “Decretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos” - este efeito foi introduzido pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que, por questões de inconstitucionalidade³³, veio substituir a redação anterior, que decretava a inabilitação das pessoas afetadas por um período de 2 a 10 anos.

As pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa perdem assim a possibilidade de administrar qualquer património de terceiros, incluindo-se aqui a administração de bens próprios do cônjuge, bem como a administração de bens de menores.

Este efeito apresenta-se, por um lado, com uma natureza preventiva, na medida em que protege terceiros de atuações por parte do sujeito afetado que possam ser prejudiciais, e, por outro lado, com uma natureza sancionatória, uma vez que estes efeitos só se verificam em casos de dolo ou culpa grave do agente³⁴.

A inibição de administração do património de terceiros abrange igualmente as faculdades atribuídas por contrato, como acontece com os mandatos comerciais (cfr. art. 1170.º do CC), por imposição legal, e, no caso da administração dos bens dos filhos, no âmbito das responsabilidades parentais (cfr. arts. 1878.º e 1881.º do CC) e, ainda, por nomeação judicial, como acontece com a tutela (cfr. arts. 1927.º e ss. do CC) e a administração de bens (cfr. art. 1922.º do CC).

Neste sentido, é aqui levantada uma questão relativamente à utilidade e necessidade desta disposição legal, uma vez que, e na opinião de Catarina Serra, o legislador deveria ter optado por uma sanção que desempenhasse na sua integra as

³³ Vd. Ac. do TC 173/2009, de 2 de abril, Rel. Joaquim de Sousa Ribeiro, publicado no D.R I Série, de 4 de Maio de 2009, pp. 2518-2523: veio declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 189.º n.º 2 al. b) do CIRE, mas fê-lo apenas no caso da sua aplicação a administrador de sociedade declarada insolvente, tendo assim a norma ficado em vigor para as restantes situações.

³⁴ Também Maria do Rosário Epifânio considera que esta inibição apresenta uma dupla faceta, de carácter preventivo e sancionatório pois por um lado, “destina-se a proteger terceiros que poderiam ver os seus patrimónios prejudicados pela atuação de pessoa que não oferece a confiança necessária; por outro lado, tem um carácter repressivo, pois não se aplica às hipóteses de culpa leve”. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 164.

funções preventiva e sancionatória das sanções civis, produzindo, desta forma, um efeito inibidor e repressivo dos comportamentos previstos³⁵.

No que concerne à duração da inibição, o CIRE fixa um limite mínimo e máximo, cabendo a fixação da duração concreta ao juiz, tendo em conta critérios e vicissitudes inerentes à situação de insolvência, nomeadamente a existência de dolo ou culpa grave, a responsabilidade na criação ou no agravar da situação de insolvência, e as consequências que advieram da atuação, bem como a sua gravidade³⁶.

Outra das sanções previstas para as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa consta da alínea c), prevendo-se uma inibição para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa.

Também aqui, deve o juiz fixar a duração dessa inibição, durante um período de 2 a 10 anos e, analogamente à inibição para a administração de patrimónios alheios, a duração não assenta em critérios orientadores previstos na lei, mas sim em vários aspetos respeitantes à atuação em causa. No entanto, nada obriga a que a duração da inibição do exercício do comércio seja idêntica à que venha a ser fixada para administrar património alheio.

De salientar que, nesta previsão, o legislador pretendeu demonstrar preocupação com a segurança do comércio e do tráfico jurídico em geral, impedindo que quem contribuiu para a situação de insolvência ou seu agravamento pratique atos de comércio, seja direta ou indiretamente, realizados em nome próprio ou em nome de outrem³⁷, procurando-se assim proteger a atividade mercantil.

Uma vez mais, parece-nos estar aqui em causa uma proibição ampla de qualquer forma e exercício de comércio, pois o único critério orientador de apreciação deste efeito é o grau de culpa do afetado.

³⁵ SERRA, Catarina, “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência”, in Revista Julgar, N.º 18, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 183. Disponível em: <http://julgar.pt/>.

³⁶ MARTINS, Alexandre Soveral (2015), Um Curso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 385.

³⁷ Também assim, o Ac. do TRE de 13/07/2017, Rel. Tomé de Carvalho: “A proibição em causa prevalece quer o comércio se realize diretamente pelo inibido, quer indiretamente ou por interposta pessoa, em nome próprio ou em nome alheio, e cinge-se ao exercício profissional do comércio, permitindo-se, assim, a prática de atos isolados ou esporádicos de comércio”.

Destarte, poderá aqui ser levantada a questão de saber se essa inibição poderá colidir com direitos fundamentais de liberdade de trabalho, na dimensão de liberdade da escolha do género de trabalho, e da liberdade de iniciativa económica privada (cf. art. 47.º n.º 1, 58.º n.º 1 e 61.º n.º 1 da CRP).

É entendimento da jurisprudência constitucional que, nem a liberdade de escolha da profissão, nem a liberdade de iniciativa privada são direitos absolutos, estando sujeitos, no seu exercício, às restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à própria capacidade dos interessados ou ao interesse geral³⁸.

A sanção a aplicar em caso de violação desta imposição não vem regulada no CIRE, pelo que devemos recorrer à solução facultada pelo Direito Comercial, nomeadamente a privação de aquisição da qualidade de comerciante, ficando o afetado privado das vantagens e sujeito às desvantagens que lhe são associadas³⁹.

A inibição para o exercício do comércio, assim como a inibição para a administração de patrimónios alheios, deverá ser registada na conservatória de registo civil, assim como na conservatória do registo comercial, na hipótese de o afetado se tratar de comerciante em nome individual. (cfr. o disposto no art. 189.º, n.º 3 do CIRE e, igualmente, no conteúdo do art. 1920.º-B, al. d) do CC).

Outro dos efeitos encontra-se previsto na alínea d) e estabelece que a sentença que qualifique a insolvência como culposa decreta a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência, que sejam detidos pelos sujeitos afetados pela qualificação, e a condenação desses sujeitos na restituição dos bens ou direitos já recebidos no pagamento desses créditos.

Este efeito é visto como tendo uma dupla natureza: sancionatória, por um lado, pois priva os afetados pela insolvência de receberem os créditos de que sejam titulares e, caso já os tenham recebido, estão obrigados à sua restituição; e, por outro, reconstrutiva, ao restituir à massa insolvente estes bens, protegendo assim os direitos dos credores.

Por último, e nos termos da alínea e) do art. 189.º, cuja redação foi também recentemente alterada pela Lei 9/2022 de 11 de Janeiro, na sentença de qualificação, as

³⁸ Vd. Ac. do TRG de 14-09-2017, Rel. Maria Purificação Carvalho.

³⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, p.168.

peças afetadas pela qualificação da insolvência como culposa devem ser condenadas “a indenizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária entre todos os afetados”.

Tal como destaca Catarina Serra, a alteração reconduz-se, essencialmente a: onde se dizia “no montante dos créditos não satisfeitos” podemos ler agora “até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos”⁴⁰.

Também na vigência do CPEREF, no seu artigo 126.º-A, era possível responsabilizar os administradores pelas dívidas da pessoa coletiva insolvente.

A responsabilidade aqui descrita é de natureza solidária, na medida em que todos os afetados pela qualificação respondem, solidariamente, pelo pagamento do montante fixado, e a sua responsabilidade pode afetar todo o seu património, pelo que, na hipótese de existir mais do que uma pessoa afetada, o pagamento da indemnização pode ser exigido de qualquer uma delas, nos termos do art. 519.º do CC. Tem igualmente um carácter subsidiário, uma vez que está sujeita a uma condição suspensiva, *ie*, as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa somente são acionadas quando a massa insolvente, no termo da liquidação, se mostre insuficiente para a satisfação integral dos créditos dos credores sociais.

A obrigação de indenizar deve constar da sentença que qualifica a insolvência como culposa, cabendo ao juiz, apenas, a apreciação dos pressupostos da insolvência culposa.⁴¹

Num último apontamento relativamente a esta alínea, no que diz respeito à expressão “considerando as forças dos respetivos patrimónios”, sublinha-se que o legislador quis aqui excluir a possibilidade de os afetados pela qualificação serem declarados insolventes por não conseguirem cumprir esta obrigação na sua totalidade.⁴²

Acrescenta o n.º 4 do art. 189.º que, ao ser aplicado o disposto na alínea e) do n.º 2, “o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em

⁴⁰ SERRA, Catarina (2022)- “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, As Alterações do CIRE introduzidas pela lei 9/2022, de 11/01, *in* JULGAR, N.º 48, Almedina, p. 23.

⁴¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 170.

⁴² LEITÃO, Luís Menezes (2022), Código da Insolvência e da recuperação de Empresas, Anotado, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina, p.253.

virtude de o Tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença”.

Cumpra aqui esclarecer que esta indemnização se circunscreve aos credores da insolvência que sejam titulares de créditos de fundamento anterior à data da declaração de insolvência (cfr. art. 173.º do CIRE), deixando de fora os credores da massa⁴³.

Na fixação do montante indemnizatório, o juiz deve atender ao grau de culpa, isto é, à atuação do afetado pela qualificação, bem como ao nexo de causalidade entre essa mesma conduta e os prejuízos causados aos credores, respondendo assim apenas na medida em que o prejuízo possa ser atribuído ao ato ou atos determinantes dessa culpa.

No entanto, o legislador define um limite indemnizatório máximo, não podendo ultrapassar a barreira dos créditos não satisfeitos, ainda que o grau de culpa nos possa parecer de tal forma acentuado que justifique uma indemnização reforçada⁴⁴.

Com a alteração legislativa resulta agora, inequívoco, que o montante dos créditos não satisfeitos é o montante máximo da indemnização⁴⁵.

Relativamente ao tipo de responsabilidade prevista neste artigo, José Manuel Branco levanta a questão sobre se declaração de insolvência como culposa institui uma forma de responsabilização falimentar ou insolvencial⁴⁶.

Seguindo o entendimento adotado por Maria do Rosário Epifânio⁴⁷, trata-se de uma responsabilidade insolvencial, que se caracteriza pela prossecução de uma tripla finalidade: o ressarcimento dos credores pelo prejuízo decorrente da insatisfação dos respetivos créditos em sede de processo de insolvência; o sancionamento das atuações, com culpa qualificada, que contribuíram para a criação ou o agravamento da situação de insolvência; e a prevenção, nas vertentes geral e especial, destas atuações.

⁴³ Neste sentido, MARTINS, Alexandre Soveral (2015), Um Curso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, p. 388.

⁴⁴ Vd. Ac. do TRP de 19-05-2020, Rel. Viera e Cunha.

⁴⁵ SERRA, Catarina (2022)- “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, As Alterações do CIRE introduzidas pela lei 9/2022, de 11/01, *in* JULGAR, N.º 48, Coimbra, Almedina p. 26.

⁴⁶ BRANCO, José Manuel (2015), Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da falência punitiva à insolvência reconstitutiva), Coimbra, Almedina, p. 45.

⁴⁷ EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 167.

Por sua vez, Adelaide Menezes Leitão defende que a responsabilidade prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) constitui uma “sanção por comportamentos dolosos ou com culpa grave dos administradores, correspondendo, nesse sentido, à previsão do art. 818.º do CC ,na parte em que se refere aos atos com prejuízo para o credor”⁴⁸, considerando que tal indemnização funciona como uma fiança legal.

No entanto, não se esgotam aqui os efeitos da qualificação da insolvência como culposa, pois, para além dos que tivemos oportunidade de analisar neste capítulo, surgem outros que se produzem automaticamente e sem ser necessária declaração de sentença, nomeadamente: o efeito previsto no art. 228.º, n.º1 alínea c), relativo ao término da administração da massa insolvente pelo devedor, caso seja afetada pela qualificação de insolvência como culposa a própria pessoa singular titular da empresa; ou ainda o efeito previsto no art. 243.º n.º1 c), no que concerne à cessação antecipada do procedimento de exoneração do passivo restante, quando a decisão do incidente de qualificação tiver concluído pela existência de culpa do devedor.

A exoneração do passivo é revogada, nos termos do art. 246.º n.º 1, quando se verifique qualquer uma das situações previstas na alínea b) e seguintes do n.º 1 do art. 238.º, ou quando tenha o devedor violado dolosamente as suas obrigações durante o período de cessão e, por algum desses motivos, tenha prejudicado de forma relevante a satisfação dos credores.

CAPÍTULO II - O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

1. Enquadramento legal e pressupostos do crime de insolvência dolosa

No Código Penal, designadamente no seu Capítulo IV do Título II do Livro II, podemos encontrar consagrados os crimes contra direitos patrimoniais, que visam a tutela da confiança nas relações comerciais e a punibilidade de determinados comportamentos a título de dolo, ou negligência, praticados pelo devedor, que tenham contribuído para a situação de prejuízo dos seus credores.

⁴⁸ LEITÃO, Adelaide Menezes (2013), “Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril”, *in* I Congresso de Direito da Insolvência, Coord. Catarina Serra, Coimbra, Almedina, pp. 279 e 280.

No Direito italiano, a doutrina majoritária defende que os crimes insolvenciais se destinam à proteção dos interesses patrimoniais dos credores, no entanto esta opinião não é unânime, uma vez que há quem considere que a tutela penal vai muito para além da proteção da esfera do credor, reportando-se ao bom funcionamento do sistema económico.

Neste sentido, defende Maria Fernanda Palma que o direito penal não permite obter os efeitos reparadores semelhantes ao direito civil, uma vez que a tutela penal já não irá ressarcir os credores⁴⁹.

Luís Menezes Leitão alerta para o facto de as punições relativas aos crimes insolvenciais não terem como fim a proteção dos direitos patrimoniais dos credores, atenta a proibição da aplicação das sanções penais por dívidas, mas tão só a prevenção das atuações lesivas da economia⁵⁰.

De facto, o direito penal e o direito civil assumem funções distintas, até porque a indemnização é vista como uma forma de reação e proteção dos interesses dos particulares, tendo por medida o dano. Por sua vez, a pena visa a proteção de um bem jurídico, tendo em conta os interesses da sociedade.

Da análise do disposto no art. 227.º, à primeira vista pode-nos parecer que a principal preocupação do legislador foi a defesa e salvaguarda do património dos credores, sendo este o principal bem jurídico a proteger, até pelo elemento subjetivo do tipo manifesto: a “intenção de prejudicar o credor”.

Pedro Pais de Vasconcelos, ao refletir sobre certos atos que levam ao esvaziamento patrimonial e que prejudicam os seus credores, refere que, tanto a qualificação da insolvência como culposa, como o crime por insolvência dolosa são meios que a lei disponibiliza aos credores para proteger o seu crédito, concretizando que, quando observado este ato de esvaziamento do património, “pode e deve ser qualificado como contrário à Ordem Pública, porque colide com a intencionalidade legal e com o fundamento de vários preceitos legais imperativos que impõem uma armadura de defesa do credor contra os atos de esvaziamento e dissipação do

⁴⁹ PALMA, Maria Fernanda (1995), “Aspetos 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, Coimbra Editora, p. 402.

⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2018), O Direito da Insolvência, 8.ª Ed, Coimbra, Almedina, p. 407.

património do devedor, que defendem o direito real geral de garantia do credor sobre o património do devedor”⁵¹.

Para que a tutela penal possa atuar, não basta que o devedor esteja numa situação de insolvência, sendo necessário o reconhecimento judicial da mesma, encontrando-se desta forma verificada a condição objetiva de punibilidade, pelo que, sem declaração judicial de insolvência, proferida por Tribunal não penal, não poderá ser instaurado procedimento criminal contra o agente e, por sua vez, não poderá ser deduzida acusação contra o devedor⁵².

Assim, e se no âmbito do processo de insolvência resultarem indícios suficientes da prática dos crimes previstos nos artigos 227.º a 229.º-A do CP, cabe ao juiz a obrigação de “dar conhecimento dos mesmos ao Ministério Público, para efeitos do exercício da ação penal” nos termos do art. 297.º n.º 1 do CIRE.

Dentro desta categoria, no Código Penal, podemos então encontrar os chamados crimes falimentares ou falenciais⁵³, como a insolvência dolosa (art. 227.º), a frustração de créditos (art. 227.º- A), a insolvência negligente (art. 228.º) e o favorecimento de credores (art. 229.º).

No presente capítulo iremos, porém, dedicar a nossa atenção exclusivamente ao crime de insolvência dolosa, numa análise das condutas geradoras de situação de insolvência suscetíveis de desencadear responsabilidade criminal.

A declaração de insolvência é mera condição para que quem tenha feito desaparecer tais bens possa ser punido criminalmente, mas não integra o comportamento proibido.⁵⁴

Assim, para que estejamos perante um crime de insolvência dolosa, é necessário que o devedor, com intenção de prejudicar os seus credores, tenha praticado algum dos seguintes atos:

⁵¹ VASCONCELOS, Pedro Pais (2022), “Ordem Pública, Bons Costumes e Validade” *in* A Revista do Supremo Tribunal de Justiça, Revista N.º 2, Ed. julho a dezembro de 2022, p. 30 e 31. Disponível em <https://arevista.stj.pt>.

⁵² Neste sentido, o Ac. do TRC de 02-10-2013, Rel. Cacilda Sena, refere que “Tanto na atual como na antiga redação do DL 48/95, de 15 de Março, sem reconhecimento judicial de insolvência o agente não pode ser perseguido pelo crime de insolvência dolosa.”

⁵³ CAEIRO, Pedro (1999), Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, p. 402.

⁵⁴ Veja-se, neste sentido, o Ac. do TRE de 26-02-2013, Rel. Maria Isabel Duarte.

- i. Destruído, danificado, inutilizado ou feito desaparecer parte do seu património;
- ii. Diminuído ficticiamente o seu ativo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexata, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida;
- iii. Criado ou agravado artificialmente prejuízos ou reduzido lucros; ou
- iv. Para retardar falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente.

Pese embora o artigo contemple diferentes condutas que, quando adotadas pelo devedor, são consideradas merecedoras de atenção por contemplarem um ilícito típico, todas visam produzir o mesmo efeito: a diminuição efetiva do seu património, prejudicando deste modo os seus credores.

O tipo objetivo de ilícito consiste na prática de atos que levam ao decréscimo do património do devedor, seja real ou fictício.

Como pode ler-se no Acórdão do TRC de 20 de abril de 2019⁵⁵, relativamente às sucessivas alterações legislativas que este preceito tem vindo a observar, refere que “O tipo de crime de insolvência dolosa, hoje previsto no artigo 227.º do CP, deixou de exigir que a actuação do devedor seja causa directa e necessária da situação posterior de declaração de insolvência, bastando apenas a ocorrência de uma das actuações descritas no n.º 1 do referido preceito legal, realizada com a intenção de prejudicar os credores”.

Da análise das condutas referidas nos pontos i) a iii), podemos considerar que estas se traduzem em condutas passíveis de integrar um crime de dano e de resultado, em que a sua consumação resulta na criação do estado de insolvência. O resultado típico do crime de insolvência dolosa é, precisamente este, o da criação da situação de

⁵⁵ Ac. do TRC de 20-04-2019, Rel. Alcina da Costa Ribeiro.

insolvência. Por sua vez, no que respeita ao disposto no ponto iv), trata-se de uma conduta que incorpora um crime de perigo abstrato e de mera atividade⁵⁶.

Na opinião de Maria Fernanda Palma, “a atuação no interesse do devedor é, sobretudo, concebível, nas hipóteses previstas neste artigo, como manifestação de uma atuação enganadora dos credores com a qual a pessoa coletiva aproveitará.⁵⁷” Ao contrário das condutas previstas nos artigos 228.º e 229.º, relativas aos crimes de insolvência negligente e de favorecimento de credores, onde, da leitura dos artigos não resulta clara e evidentemente que o autor aja no intuito de beneficiar o seu património.

Quanto ao agente do crime, e uma vez que o art. 227.º, n.º 1 do CP se refere exclusivamente ao devedor, poderão levantar-se questões relativa ao seu âmbito de aplicação, uma vez que, embora as pessoas coletivas possam ser objeto de declaração de insolvência (art. 2.º, n.º 1, al. a) CIRE), não podem ser agentes deste crime.

A resposta pode ser encontrada no art. 12.º do CP, pois embora seja a pessoa coletiva a declarada insolvente e considerada a verdadeira devedora, os titulares dos respetivos órgãos sociais, como gerentes, diretores e administradores, poderão responder penalmente se, atuando como titulares daquelas entidades, praticarem as condutas incriminatórias acima descritas, no exercício das suas funções, repercutindo-se na pessoa física a qualidade de devedor⁵⁸.

Adicionalmente, o n.º 2 do art. 227.º prevê a hipótese de uma destas condutas ser adotada por um terceiro com conhecimento do devedor ou em benefício deste, sendo o mesmo punido como autor imediato, embora beneficiando, conforme os casos, de uma atenuação da pena.

Relativamente ao conceito de terceiros, Maria do Rosário Epifânio afirma que será terceiro “todo aquele que é estranho à organização empresarial do devedor, não desempenhando aí as funções de sócio, de gerente ou administrador, titular de qualquer outro órgão social, de trabalhador ou de funcionário”⁵⁹.

⁵⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2008), Comentário ao Código Penal, Lisboa, 3.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 975.

⁵⁷ PALMA, Maria Fernanda (1995), “Aspetos 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, Coimbra Editora, p. 412.

⁵⁸ LEITÃO, Adelaide Menezes (2017), Direito da insolvência, Lisboa, AAFDL Editora, p. 237.

⁵⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 149.

De salientar ainda que, por força do n.º 3 do mesmo preceito, e sem prejuízo do que se encontra estatuído no já referido art. 12.º do CP, é também considerado agente aquele que tenha exercido a gestão de facto ou direção efetiva de pessoa coletiva, sociedade ou associação de facto, e tenha praticado um dos factos elencados no n.º 1 do art. 227.º.

Relativamente ao tipo subjetivo, o art. 227.º exige que se verifique dolo em qualquer modalidade na conduta típica, não existindo lugar a punição a título de negligência neste tipo de crime. Porém, da análise da conduta referida no ponto ii), verificamos que não é possível a verificação de dolo eventual, quando está em causa uma conduta de simulação de situação patrimonial⁶⁰.

No que respeita à pena aplicável, com a alteração ao Código Penal por via do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, o artigo 227.º viu aumentado o limite máximo da pena de prisão de três para cinco anos e fixado o limite máximo da pena de multa, fixado em 600 dias.

2. Investigação do crime de insolvência dolosa

Primeiramente, é importante destacar que a investigação do crime de insolvência dolosa é da competência reservada da Polícia Judiciária, nos termos da alínea d) do n.º 3 do art.º 7º da Lei 49/ 2008, de 27 de agosto (Lei de Organização de Investigação Criminal):

“É ainda da competência reservada⁶¹ da Polícia Judiciária a investigação dos seguintes crimes, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte: d) Insolvência dolosa e administração danosa”.

A insolvência dolosa é um crime de natureza pública, pelo que não depende de queixa para que seja desencadeado o respetivo processo criminal. O Ministério Público, após conhecimento de notícia de crime, deverá proceder à abertura de um inquérito tendo em vista averiguar a existência de crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, bem como recolher prova.

⁶⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2008), Comentário ao Código Penal, 3.ª Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 976.

⁶¹ Sublinhado nosso.

Porém, como já foi referido anteriormente, se no âmbito do processo de insolvência resultarem indícios suficientes da prática dos crimes previstos nos artigos 227.º a 229.º-A do CP, o juiz tem a obrigação de dar conhecimento destes ao Ministério Público, nos termos do art. 36.º, n.º 1, al. h) do CIRE.

Assim, cabe ao Ministério Público proceder à investigação dos factos e, caso não assumam autonomamente a instrução do processo, remeter os autos à Polícia Judiciária para realização das diligências de investigação, enquanto OPC dotado de competência reservada para o efeito.

De salientar que o prazo de prescrição do crime de insolvência dolosa é de dez anos (Cf. art. 118.º, n.º 1, al. b) do CP). No entanto, não é pacífico o entendimento relativamente ao início da contagem deste prazo, uma vez que, para uns, o prazo só se inicia com o reconhecimento judicial da situação de insolvência⁶²⁶³, por outro lado, há quem entenda que o procedimento criminal se inicia com o preenchimento dos elementos do tipo, suspendendo-se até à declaração judicial da insolvência.

Retomando a análise da investigação do crime de insolvência dolosa, foram solicitados dados referentes ao número de inquéritos de crime de insolvência dolosa que deram entrada para investigação na Polícia Judiciária entre os anos de 2018 e 2023 e, por sua vez, quantos inquéritos saíram com proposta de acusação ou de arquivamento junto do MP⁶⁴.

Insolvência Dolosa			
Ano	Inquéritos entrados	Saído para acusar	Saído para arquivo
2018	286	164	147
2019	243	139	95
2020	244	133	77
2021	220	157	79
2022	151	163	88

⁶² Esta interpretação baseia-se no facto de o art. 120.º, n.º 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 de declaração de insolvência.

⁶³ Neste sentido o Ac. do TRC de 02-10-2013, Rel. Cacilda Sena.

⁶⁴ Salientamos que, face à pendência processual, por vezes elevada, que se verifica, tanto nos serviços do MP, como no OPC em causa, e o tempo necessário que exige uma escrupulosa investigação, poderão observar-se variações no número de inquéritos saídos para acusar ou para arquivo, relativamente àqueles que entraram, atentando ainda ao prazo de prescrição já referido.

2023	128	122	93
Total	1272	878	579

Tabela 1- Dados relativos ao número de inquéritos de insolvência dolosa, fornecidos pela Unidade de Informação Criminal da Polícia Judiciária

Pelo exposto, entre o ano de 2018 e o ano 2023 deram entrada 1272 inquéritos de insolvência dolosa para investigação na Polícia Judiciária, observando-se um decréscimo acentuado no número de inquéritos entrados, comparando o ano de 2018 com o ano de 2023, com uma redução de mais de 50%.

Procurámos então encontrar uma resposta relativamente ao decréscimo do número de inquéritos que deram entrada entre os anos de 2018 e 2023, e se existe alguma relação percentual entre o número de insolvências decretadas para o mesmo período.

Da análise do Relatório do Gabinete de Estratégia e Estudos (GEE) - Painel de Demografia, Insolvências e Revitalização de Empresas, referente ao 3.º semestre de 2023⁶⁵ resulta de igual forma, um evidente decréscimo do número de insolvências decretadas a empresas ao longo dos últimos cinco anos, com uma redução acentuada quando comparado o ano de 2018 com o ano de 2023:

Ano	Insolvências decretadas
2018	2736
2019	2186
2020	2229
2021	1966
2022	1632
2023	1440
Total	12 189

Tabela 2 - Número de insolvências decretadas a empresas por ano, dados retirados do Painel de Demografia, Insolvências e Revitalização de Empresas do Gabinete de Estratégia e Estudos

⁶⁵ O Painel de Demografia, Insolvências e Revitalização de Empresas é uma infografia publicada trimestralmente, com indicadores de constituição e dissolução de empresas, insolvências decretadas por tribunais judiciais de 1.ª instância e processos PER, numa perspetiva trimestral e anual e pode ser consultado em: <https://www.gee.gov.pt/>

Alertamos para o facto de o período compreendido entre 2018 e 2023 ter sido marcado por um cenário pandémico que afetou grande parte dos setores de atividade a nível mundial e que levou à criação de medidas excecionais e temporárias de apoio às empresas, como a Lei n.º 4-A, de 6 de Abril de 2020, já revogada, que estabeleceu a suspensão do prazo de apresentação do devedor à insolvência, previsto no n.º 1 do artigo 18.º do CIRE,⁶⁶ o que, conseqüentemente levou a uma diminuição do número de insolvências decretadas.

Desta forma, a suspensão deste prazo evitou que fossem aplicados os efeitos decorrentes da qualificação da insolvência, em resultado desse incumprimento e, naturalmente, seria de prever que também assim o número de inquéritos de insolvência dolosa observasse uma diminuição, pois, estando o prazo de apresentação do devedor à insolvência suspenso, também ficaria condicionada a verificação da condição objetiva de punibilidade, o reconhecimento judicial de insolvência.

Se recorrermos a uma comparação direta entre o número de insolvências decretadas e o número de inquéritos insolvência dolosa que deram entrada na Polícia Judiciária para investigação, percebemos que de cerca de 10% das insolvências decretadas resultaram indícios da prática de um crime de insolvência dolosa.

Todavia, relativamente ao número de insolvências qualificadas como culposas, não foi possível obter dados que nos permitissem correlacionar o número de insolvências decretadas com quantas destas efetivamente foram qualificadas como culposas.

CAPÍTULO III - CONFRONTO ENTRE AS DUAS FIGURAS – A INSOLVÊNCIA CULPOSA E O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

Concluída uma análise individual à figura da insolvência culposa no âmbito do CIRE e ao crime de insolvência dolosa previsto no CP, torna-se agora essencial fazer uma análise comparativa destes dois regimes.

⁶⁶ O prazo para o devedor se apresentar à insolvência é de trinta dias após o conhecimento da situação de insolvência.

Como já pudemos observar, o regime da insolvência culposa contempla um regime sancionatório próprio⁶⁷ e autónomo da tutela penal. A autonomização dessa responsabilidade é afirmada, desde logo, no art. 185.º do CIRE, que estipula que a qualificação da insolvência como culposa não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais⁶⁸.

Confirma esta autonomia o disposto no art. 300.º do CIRE, segundo o qual deve ser remetida ao tribunal da insolvência certidão do despacho de pronúncia ou de não pronúncia, de acusação e de não acusação, da sentença e dos acórdãos proferidos no processo penal.

Como sublinha Luís Menezes Leitão, naturalmente o juiz da insolvência não tem competência para o seu julgamento, razão pela qual deve dar conta do conhecimento dos factos que indiciem a prática de qualquer um dos crimes previstos nos artigos 227.º a 229.º do CP ao Ministério Público⁶⁹.

Pelo que, ainda que no âmbito do processo de insolvência, esta venha a ser qualificada como culposa, o tribunal competente para decidir as causas penais pode não concluir pela prática de um crime de insolvência dolosa.

Da leitura do Acórdão do TRC datado de 24 de maio de 2017, resulta que, “não é necessário que a insolvência haja sido qualificada como culposa para que o procedimento criminal, relativamente ao crime previsto no artigo 227.º do CP, possa ser tramitado. De igual forma, ainda que a insolvência tenha sido qualificada como culposa, nada obsta à prolação, pelo MP, no fim do inquérito, de despacho de arquivamento; por fim, a designação da insolvência de fortuita não impede a dedução de acusação”.

Não descurando o já aqui citado ponto 40 do preâmbulo do diploma legal que aprovou o CIRE, que revela que a finalidade do incidente de qualificação da insolvência reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares das

⁶⁷ Como salienta José Manuel Branco: “Assim, a qualificação da insolvência deverá ser referenciada como o instituto que agrega o complexo de normas legais, simultaneamente adjetivas e substantivas que, visando objetivos punitivos, ressarcitórios e cautelares, institui uma nova forma de responsabilização apenas passível de ser exercida em contexto de insolvência e que, muito embora parta de um típico ilícito contratual (da violação de direitos de crédito não satisfeitos), colhe a essência da responsabilização aquiliana (pelos pressupostos a que recorre), mas com restrições e contornos que são peculiares, sobretudo no plano das sanções.”, BRANCO, José Manuel (2015), Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da falência punitiva à insolvência reconstrutiva), Coimbra, Almedina, p. 45.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁹ LEITÃO, Luís Menezes (2022), Código da Insolvência e da recuperação de Empresas, Anotado, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 253.

empresas e dos administradores de pessoas coletivas, e, bem sabendo que no âmbito do CIRE estamos perante sanções civis, enquanto no art. 227.º do CP estamos perante sanções de pena de prisão ou, em alternativa, de multa, corroboramos a opinião de Adelaide Menezes Leitão⁷⁰, ao manifestar que as finalidades que se cumprem com a incriminação penal coincidem com os objetivos alcançados com a qualificação da insolvência como culposa⁷¹.

Desta forma, parece-nos um claro contrassenso que, não tendo sido observados os requisitos necessários para que a insolvência fosse qualificada como culposa, possa posteriormente ser levantada a questão da existência de indícios suficientes de que o devedor é afinal suspeito de ter praticado condutas passíveis de integrarem a prática de um crime de insolvência dolosa p. e p. pelo art. 227.º do CP.

Abraçamos o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque⁷², considerando que é necessário que no âmbito do processo de insolvência, esta não tenha sido qualificada como fortuita. Só desta forma se considera preenchida uma condição de procedibilidade. Por outras palavras, só será relevante para efeitos do disposto no artigo 227º do CP, a declaração de insolvência em que se apurou, exclusivamente, a prática pelo agente dos atos típicos previstos no n.º 2 do art. 186.º do CIRE.

Também assim, tal como anteriormente exposto, não tendo sido observadas condutas passíveis de integrar uma prática considerada relevante em sede de insolvência culposa, não nos parece que estas sejam posteriormente relevantes em sede penal, ainda que estes institutos gozem de autonomia absoluta.

Da análise dos comportamentos tipificados em sede penal, evidente a semelhança com aqueles que encontramos previstos em sede de insolvência culposa, pese embora existam pequenas diferenças que passamos a analisar.

⁷⁰ LEITÃO, Adelaide Menezes (2017), Direito da insolvência, Lisboa, AAFDL Editora, p. 238.

⁷¹ No mesmo sentido pode ler-se no Ac. do STJ de 22-06-2021, Rel. António Barateiro Martins: “não perdendo o juiz de vista, na fixação das indemnizações, que a responsabilidade consagrada no art. 189.º, n.º 2, al. e), do CIRE (sobre as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa) tem uma função/cariz misto, ou seja, sem prejuízo da sua função/cariz ressarcitório, tem também uma dimensão punitiva ou sancionatória (da pessoa afetada/culpada na insolvência), pelo que a observância do princípio da proporcionalidade não exige que a indemnização a impor tenha que ser avaliada como justa, razoável e proporcionada, mas sim e apenas, num controlo mais lasso, que a indemnização a impor não seja avaliada como excessiva, desproporcionada e desrazoável”.

⁷² Vd. Ac. do TRC de 24-05-2017, Rel. Jorge França e Ac. do TRG de 12-04-2021, Rel. Fátima Furtado.

Para tal, recorremos a uma comparação do previsto no art. 186.º do CIRE com as alíneas do n.º 1 do art. 227.º do CP, procurando assim encontrar correspondência entre as condutas adotadas pelo devedor nos diferentes regimes:

ART. 186º CIRE

1. A insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, **dolosa ou com culpa grave**⁷³, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

2. Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham:

a) **Destruído, danificado, inutilizado, ocultado**, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;

b) **Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzidos lucros**, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;

c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;

h) Incumprido em termos substanciais **a obrigação de manter contabilidade organizada**, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla

ART. 227º CP

1. O devedor que com **intenção** de prejudicar os credores.

a) **Destruir, danificar, inutilizar ou fazer desaparecer** parte do seu património.

c) **Criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros**;

b) Diminuir ficticiamente o seu ativo, dissimulando coisas ou animais, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexata, falso balanço, destruição ou

⁷³ Negrito nosso.

contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor	ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida;
g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência ;	d) Para retardar falência , comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente

Desde logo, verificamos que, para que estejamos perante um crime de insolvência dolosa, é necessário que o agente tenha atuado com dolo, bastando, por sua vez, que se verifique a existência de culpa grave no regime de insolvência culposa, apesar de também aqui se prever a existência de dolo. Facilmente se entende a exigência do legislador no que concerne à tutela penal.

Assim, o dolo é um elemento comum em ambas as figuras, embora não exigível no âmbito da insolvência culposa, admitindo-se, porém, em todos os seus tipos, seja este direto, necessário ou eventual.

Como já referimos anteriormente, no âmbito do crime de insolvência dolosa ressalva-se a figura do dolo eventual, por não se coadunar com a figura de simulação de situação patrimonial.

Percorrendo todas as alíneas de ambos os regimes, podemos perceber que parte das condutas presentes na insolvência culposa encontram correspondência no crime de insolvência dolosa, embora nem sempre com as mesmas exigências.

Retomando a questão relativa à existência de condições de punibilidade e procedibilidade relativamente ao crime de insolvência dolosa, se, em sede de procedimento de insolvência, não foram colhidos indícios suficientes para que seja considerada culposa, amparamo-nos de João Labareda e Carvalho Fernandes⁷⁴, “na eventualidade, porventura rara, de ser proferida sentença condenatória que identifique a prática, pelo devedor, de qualquer dos atos a que se reporta o artigo 186.º, antes de estar proferida a decisão do incidente de qualificação da insolvência, esta não pode deixar de

⁷⁴ LABAREDA, João e CARVALHO FERNANDES, Luís (2009), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, 2.ª Ed., Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, p. 908.

a ter em conta e conformar-se com ela, apesar do silêncio do artigo 185.º sobre a questão”.

Não pretendemos contestar a indiscutibilidade da existência um princípio de autonomia entre a decisão a proferir no âmbito do incidente de qualificação de insolvência e a decisão a proferir nas ações penais.

Como já referido anteriormente, o crime de insolvência dolosa depende, tão só, de uma condição objetiva de punibilidade - a situação de insolvência com reconhecimento judicial - o que significa que sem esse reconhecimento não pode iniciar-se o procedimento criminal, ou seja, o legislador não previu, nem deu relevância à classificação que foi atribuída à insolvência.

No entanto, não podemos deixar de referir que, na própria sentença de declaração de insolvência, o Juiz “ordena a entrega ao Ministério Público, para os devidos efeitos, dos elementos que indiciem a prática de infração penal” (art.º 36, n.º1, al. h do CIRE).

Também neste sentido, a intenção do legislador, ao prever, no art. 297.º do CIRE, que, logo que haja conhecimento de factos que indiciem a prática de qualquer dos crimes previstos e punidos no art. 227.º a 229.º do CP, deve ser dado conhecimento ao Ministério Público, para efeitos do exercício da ação penal, admitindo-se até que as testemunhas sejam ouvidas sobre esses mesmos factos na audiência de julgamento para a declaração de insolvência.

Em sentido inverso, está também prevista a obrigação de as decisões proferidas em processo penal sobre crimes insolvências serem remetidas ao Tribunal competente para julgar o processo de insolvência, como prevê o art. 300.º do CIRE⁷⁵.

Da apreciação deste último artigo, atentamos à intenção do legislador insolvencial atribuir um determinado valor probatório à decisão proferida nas ações penais.

Face ao exposto, estando em causa uma conduta tipificada em alguma das alíneas do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, nomeadamente naquelas que encontram correspondência direta com as alíneas do art. 227º do CP, e verificando-se a existência de dolo por parte do agente, além da obrigatoriedade de comunicação dos factos ao MP, previsto no art. 297.º, consideramos que deverá proceder-se automaticamente à abertura de inquérito e à consequente investigação, de forma a perceber se os comportamentos e condutas

⁷⁵ LEITÃO, Luís Menezes (2022), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 337.

adotadas pelo agente, consubstanciam efetivamente a prática do crime de insolvência dolosa.

Porém, e na esteira da opinião de Estrela de Oliveira⁷⁶, não podemos descartar o princípio da livre apreciação de prova, pelo que os factos dados por não provados nos incidentes nunca poderiam ser dados por provados ou por não provados, automaticamente, no processo penal, mas, tendo o juiz do processo de insolvência qualificado a insolvência como culposa, deverá agora o MP apreciar da existência ou não de indícios suficientes da prática de um crime de insolvência dolosa.

Mas nada impede que, por outro lado, ainda que a insolvência tenha sido qualificada como fortuita, o agente venha a ser condenado em sede penal.

CONCLUSÕES

Chegados ao final desta exposição, cabe-nos tecer alguns comentários relativamente ao tema aqui apresentado.

O instituto de qualificação de insolvência, apesar de já não ser de carácter obrigatório, assume-se como um mecanismo essencial de tutela da segurança do comércio jurídico-económico através da prevenção de condutas prejudiciais às empresas, assim como procura responsabilizar certos comportamentos passíveis de produzir ou agravar a situação de insolvência.

Desta forma, em primeiro lugar, procurámos analisar o incidente de qualificação de insolvência e a sua tramitação legal. De seguida, apreciamos os seus pressupostos, onde dedicámos especial atenção às presunções legais que integram o incidente de qualificação da insolvência como culposa e onde o legislador tem procurado responder às diferentes interpretações de conceitos, por vezes indeterminados, previstos no art. 186.º n.ºs 2 e 3 do CIRE.

Seguidamente, expusemos os diversos efeitos que advêm desta qualificação, procurando perceber as reais consequências aplicadas ao agente responsável pela situação ou agravamento da insolvência.

⁷⁶ OLIVEIRA, Rui Estrela de (2010), “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR N.º 11, p. 205. Disponível em: <http://julgar.pt>

Na busca da responsabilização do agente, encontrá-mos correspondência entre grande parte dos atos suscetíveis de qualificar a insolvência como culposa e os comportamentos tipificados no crime de insolvência dolosa, previsto no art.º 227.º do CP.

Desta forma, após uma análise individual destas figuras, propusemo-nos a realizar uma apreciação comparativa, sem nunca olvidar o imperativo de autonomia que separa estes dois institutos.

Porém, não pudemos ignorar que certas condutas previstas no n.º 2 do art.º 186º quando praticadas com dolo, constituem um comportamento passível de ser considerado crime e com correspondência direta no nosso Código Penal. Também não pudemos desconsiderar a intenção do legislador ao prever no art.º 297.º do CIRE que seja dado conhecimento ao Ministério Público dos factos que indiciem a prática dos crimes insolvenciais.

Por conseguinte, não consideramos linear e manifesto que a qualificação da insolvência como culposa não releve para efeitos penais quando confrontada com o crime de insolvência dolosa. Quando analisados, estes dois institutos completam-se, procurando responsabilizar quem, imiscuindo-se do cumprimento das suas obrigações e adotando determinadas condutas, lesou o património dos credores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge M. Coutinho de (2010), *Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades*, 2.^a Ed., Coimbra, Almedina, Coimbra.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2008), *Comentário ao Código Penal*, 3.^a Ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008.

ANTUNES, José Engrácia (2017), “O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação de Insolvência”, *in* *Revista de Direito da Insolvência* N.º 1, Coimbra, Almedina.

ARAÚJO, Luís Correia (2022), *A responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência da Sociedade Comercial : a qualificação da insolvência entre as vias para a responsabilização dos administradores*, Tese de Doutoramento em Direito, Coimbra, Almedina, 2022.

BRANCO, José Manuel (2022), “Alterações ao regime legal da qualificação da insolvência: da congestão à convulsão”, *in* *I Bienal de Direito de Vila do Conde – O Direito da Insolvência à luz da reforma de 2022*, Coord. Maria do Rosário Epifânio, Coimbra, Almedina.

BRANCO, José Manuel (2015), *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da falência punitiva à insolvência reconstrutiva)*, Coimbra, Almedina.

CAEIRO, Pedro (1999), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora.

CORDEIRO, António Menezes (2006), “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, Vol.II. Disponível em: <https://portal.oa.pt/>

COSTEIRA, Maria José (2012), “A Insolvência de Pessoas Coletivas – efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, *in* Revista Julgar N.º 18, Coimbra Editora, Coimbra.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022), Manual de Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Coimbra, Almedina.

LABAREDA, João e CARVALHO FERNANDES, Luís (2011), “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, *in* Coletânea de Estudos sobre a Insolvência, Reimpressão, Quis Juris Sociedade Editora.

LABAREDA, João e CARVALHO FERNANDES, Luís (2009), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, 2.ª Ed., Lisboa, Quid Juris Sociedade Editor.

LEITÃO, Adelaide Menezes (2017), Direito da insolvência, Lisboa, AAFDL Editora.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2022) , Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado, 12.ª Ed., Coimbra, Almedina.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2018), O Direito da Insolvência, 8.ª Ed., Almedina, Coimbra.

MARTINS, Alexandre Soveral (2015), Um Curso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina.

OLIVEIRA, Rui Estrela de (2012), “O Incidente de Qualificação de Insolvência”, 31/jan/2012, in Centro de Estudos Judiciários. Vídeo disponível em: <https://educast.fccn.pt/>.

OLIVEIRA, Rui Estrela de (2010), “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in JULGAR N.º 11. Disponível em: <https://julgar.pt/>.

PALMA, Maria Fernanda (1995), “Aspetos 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, Coimbra Editora.

PEREIRA, Fernando Silva (2021), “INSOLVÊNCIA CULPOSA E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES”, in Revista do Tribunal de Contas N.º2. Disponível em: <https://revista.tcontas.pt/>.

RIBEIRO, M^a de Fátima (2020), “A pandemia Covid-19 e o Direito da Insolvência”, 8/mai/2020. Disponível em: <https://observador.pt/opiniao/a-pandemia-covid-19-e-o-direito-da-insolvencia/>.

SERRA, Catarina (2018), Lições de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina.

SERRA, Catarina, “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência”, in Revista Julgar, N.º 18, Coimbra Editora, 2012.

SERRA, Catarina (2022), “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, in As Alterações do CIRE introduzidas pela lei 9/2022, de 11/01, JULGAR, N.º 48, 2022.

VASCONCELOS, Pedro Pais (2022), “*Ordem Pública, Bons Costumes e Validade*” in A Revista do Supremo Tribunal de Justiça, Revista N.º 2, Ed. julho a dezembro de 2022. Disponível em: <https://arevista.stj.pt>.

JURISPRUDÊNCIA⁷⁷

Acórdão do TRG de 12-01-2017 (José Cravo).

Acórdão do STJ de 28-09-2022 (Ana Resende).

Acórdão do TC 173/2009, de 2-04-2009 (Joaquim de Sousa Ribeiro).

Acórdão do TRE de 13-07-2017 (Tomé de Carvalho).

Acórdão do TRG de 14-09-2017 (Maria Purificação Carvalho).

Acórdão do TRP de 19-05-2020 (Viera e Cunha).

Acórdão do TRC de 02-10-2013 (Cacilda Sena).

Acórdão do TRE de 26-02-2013 (Maria Isabel Duarte).

Acórdão do TRC de 20-04-2019 (Alcina da Costa Ribeiro).

Acórdão do STJ de 22-06-2021 (António Barateiro Martins).

Acórdão do TRC de 24-05-2017 (Jorge França).

Acórdão do TRG de 12-04-2021 (Fátima Furtado).

⁷⁷ A jurisprudência referenciada encontra-se disponível em www.dgsi.pt e www.tribunalconstitucional.pt.