

**A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA:
EVOLUÇÃO RELATIVA AOS EFEITOS
DA INSOLVÊNCIA CULPOSA**

Tânia Marisa Barbosa Cunha

11/2021

Tânia Marisa Barbosa Cunha. A QUALIFICAÇÃO DA
INSOLVÊNCIA:EVOLUÇÃO RELATIVA AOS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA
CULPOSA

**A QUALIFICAÇÃO DA
INSOLVÊNCIA: EVOLUÇÃO
RELATIVA AOS EFEITOS DA
INSOLVÊNCIA CULPOSA**

Tânia Marisa Barbosa Cunha

11/2021

A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA: EVOLUÇÃO RELATIVA AOS EFEITOS DA INSOLVÊNCIA CULPOSA

Tânia Marisa Barbosa Cunha

Orientadora: Professora Doutora Maria João Machado

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Maria João Machado, minha orientadora, pelo acompanhamento ao longo deste percurso, pela disponibilidade e cuidado que dedicou a esta orientação e por todas as palavras de encorajamento.

Aos oficiais de justiça do Tribunal de Amarante, pela disponibilização dos dados solicitados.

Aos funcionários das bibliotecas a que recorri pela simpatia com que me auxiliaram nas pesquisas realizadas.

Aos amigos que contribuíram para a elaboração deste projeto, pelos conselhos e todo o apoio.

Aos meus pais, por tudo.

RESUMO

De acordo com o Ponto 40 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, diploma responsável pela aprovação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante designado de CIRE), a finalidade do incidente de qualificação da insolvência prende-se com a “*maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas*”. Assim sendo, tendo por fundamento o interesse público, o legislador consagrou um regime que permite, primeiramente, prevenir as condutas culposas/dolosas dessas entidades e, simultaneamente, reprimi-las, aplicando-lhes efeitos de natureza civil.

O presente projeto avançado pretende, desta forma, dar a conhecer a evolução do instituto da qualificação da insolvência, seus incidentes e, em especial, os efeitos decorrentes da insolvência culposa dadas as implicações que os mesmos provocam na esfera jurídica e patrimonial do devedor insolvente e dos seus administradores em resultado dessa qualificação. Nesse sentido, observamos, com base em dados estatísticos, as repercussões que o fim da obrigatoriedade de abertura do incidente de qualificação provocou neste contexto, a tramitação dos incidentes de qualificação e determinamos objetiva e subjetivamente o âmbito da insolvência culposa através dos requisitos que são exigidos, bem como as presunções previstas no art. 186.º do CIRE.

A par disso, este estudo procura efetuar um levantamento das diversas problemáticas associadas ao incidente de qualificação, observando as posições doutrinárias, jurisprudenciais e, sempre que possível, o regime da *Ley Concursal* espanhola, refletindo sobre as mesmas e procurando dar-lhes solução.

Palavras-Chave: incidente de qualificação da insolvência, insolvência culposa, responsabilidade dos devedores e seus administradores.

ABSTRACT

According to Point 40 of the Preamble of Decree-Law nº 53/2004 of March 18, the diploma responsible for approving the Portuguese Insolvency Code (henceforth referred to as CIRE), the purpose of the insolvency qualifying incident concerns the “greater and more effective accountability of company owners and administrators of corporate persons”. Therefore, based on public interest, the legislator established a regime that allows to prevent the negligent/ willful conduct of these entities and simultaneously repress them, applying effects of a civil nature to them.

This advanced project intends thus to make known the evolution of the institute of qualification of insolvency, its incidents and the effects arising from the negligent insolvency given the implications that they cause in the legal and patrimonial sphere of the insolvent debtor and its administrators as a result of this qualification. In this sense, based on statistical data, we observe the repercussions that the end of the mandatory opening of the qualification incident caused in this context, the processing of qualification incidents and the objectively and subjectively determination of the scope of wrongful insolvency through the requirements that are required as well as the presumptions provided for in the art. 186.º of the CIRE.

In addition, this study seeks to carry out a survey of the diverse problems associated with the qualification incident observing the doctrinal and jurisprudential positions and, whenever possible, the Spanish Tender Law regime reflecting on them and seeking to find a solution for them.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cit.	Citado
Coord.	Coordenação
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRCivil	Código do Registo Civil
CRCom.	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Dir.	Direção
n.º/n.ºs	Número/Números
p./pp.	Página/ Páginas
Ss.	Seguintes
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
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

ÍNDICE

RESUMO	5
ABSTRACT	6
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
ÍNDICE	8
ÍNDICE DE TABELAS	10
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	11
INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	16
1. Situação de insolvência	16
2. Incidente de qualificação da insolvência.....	17
3. A qualificação da insolvência culposa e a COVID-19.....	26
4. Modalidades do incidente de qualificação	27
4.1. Incidente pleno.....	27
4.2. Incidente limitado	34
CAPÍTULO II - A INSOLVÊNCIA CULPOSA	37
1. Noção e presunções do art. 186.º do CIRE.....	37
CAPÍTULO III - EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA.....	42
1. Da inabilitação à inibição para administrar patrimónios de terceiros	48
2. Da inibição para o exercício do comércio bem como da ocupação de cargos em órgãos de pessoas coletivas	54
3. Da perda de créditos e da condenação à restituição dos já recebidos	57
4. Da responsabilidade solidária à indemnização pelos créditos não satisfeitos..	58
4.1. Responsabilidade solidária ao abrigo do CPEREF	58
4.2. Condenação em indemnização pelos créditos não satisfeitos no CIRE..	62
5. Término da administração da massa insolvente pelo devedor pessoa singular titular da empresa	74

6. Preclusão da exoneração do passivo restante	76
CONCLUSÕES	77
BIBLIOGRAFIA E WEBGRAFIA	83
JURISPRUDÊNCIA	89

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1- Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2016	19
Tabela 2 - Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2017	20
Tabela 3- Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2018	20
Tabela 4 - Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2019	20
Tabela 5 - Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2020	22
Tabela 6 - Cômputo de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas	22

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Cômputo de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação abertos e número de insolvências culposas	23
Gráfico 2 - Percentagem de incidentes de qualificação abertos relativamente aos processos de insolvência.....	23
Gráfico 3 - Percentagem de insolvências culposas comparativamente com os incidentes de qualificação abertos.....	24

INTRODUÇÃO

O estado de insolvência pode ter origem em diversas causas e, muitas vezes, surge em consequência de atuações, diretas ou indiretas, dos próprios devedores e/ou administradores, devendo, neste caso, a lei sujeitá-los, não a medidas de natureza penal, mas a determinados efeitos jurídicos de carácter civil. A gravidade desses efeitos justifica o estudo do instituto de qualificação, dadas as muitas problemáticas que (ainda) se levantam, tanto na doutrina como na jurisprudência, em torno deste incidente, volvidos cerca de dezassete anos desde da sua instituição no CIRE, em 2004.

Desse modo, o objetivo principal do nosso projeto avançado é observar a evolução da figura de qualificação desde a entrada em vigor do CIRE até às mais recentes alterações legislativas, principalmente no que concerne aos efeitos da insolvência culposa. Com esse intuito, atenderemos às (diferentes) posições doutrinárias e jurisprudenciais, refletindo sobre as mesmas e analisando, sempre que possível, o regime da *Ley Concursal* espanhola, onde o legislador português assumidamente se inspirou.

O incidente de qualificação, na versão original do Código, era aberto aquando da declaração de insolvência, o que significa que, em todos os processos de insolvência, o juiz teria de apurar se a insolvência resultou de comportamentos do devedor e/ou dos seus administradores, ou se, pelo contrário, adveio de outras causas. Fortemente criticado pela doutrina por se tratar de uma solução contrária à natureza de incidente, o legislador abandonou essa obrigatoriedade, exigindo que a abertura do incidente dependa da apresentação de factos concretos que, com grande probabilidade, permitam aferir o carácter culposos da insolvência. Com o nosso projeto avançado, pretendemos explorar as repercussões que o fim dessa obrigatoriedade veio provocar no processo de insolvência, apresentando e analisando os dados disponibilizados pelo Tribunal da Comarca do Porto Este – Juízo do Comércio de Amarante, nos anos compreendidos entre 2016 e 2020, inclusive, com vista ao apuramento da relevância e pertinência de abertura do incidente de qualificação.

Face à atual situação pandémica e tendo em conta que os prazos judiciais foram suspensos em consequência da pandemia, é indispensável fazer um breve apontamento sobre a mesma para percebermos os possíveis impactos que a COVID-19 provocou no funcionamento dos tribunais e, em especial, no incidente de qualificação.

O incidente de qualificação pode assumir a modalidade de incidente pleno ou de incidente limitado. Esquemáticamente no Código, essas modalidades encontram-se divididas, pelo que procuraremos expor as circunstâncias em que se verifica uma e outra modalidade, bem como enumerar as diferenças existentes entre ambas no que respeita à tramitação e aos efeitos. No que concerne ao incidente pleno, pode questionar-se o seguinte: O que se entende por “*qualquer interessado*” para efeitos de apresentação de requerimento que permita a abertura do incidente? De que forma se conta o prazo previsto no art. 188.º, n.º 1 do CIRE e quais as razões da sua existência? De que forma se conta o prazo de vinte dias para o administrador da insolvência apresentar o parecer a que alude o art. 188.º, n.º 3 do CIRE? Estará o administrador de insolvência obrigado à emissão desse parecer e quais as consequências perante o incumprimento? Qual a atual solução perante a coincidência de pareceres do administrador de insolvência e do Ministério Público que considerem a insolvência fortuita?

Em resultado da abertura do incidente, a insolvência poderá ser qualificada de culposa ou fortuita. A lei insolvencial define, expressamente, que a insolvência é culposa quando tenha sido criada ou agravada em resultado de comportamento doloso ou com culpa grave praticado pelo devedor ou pelos seus administradores nos três anos anteriores ao processo de insolvência. A este respeito, serão analisados, separadamente, no presente trabalho, os requisitos que, cumulativamente, determinam a existência de uma insolvência culposa e, paralelamente, devido à discussão doutrinal e jurisprudencial envolta nesse âmbito, abordaremos também as presunções de insolvência culposa previstas no art. 186.º do CIRE, subdivididas nos seus n.ºs 2 e 3.

A sentença que decreta a insolvência culposa deve, em primeiro lugar, identificar as entidades afetadas por essa qualificação. Segundo o art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE devem ser identificados, “*nomeadamente*” os administradores, de direito e de facto, os Técnicos Oficiais de Contas e os Revisores Oficiais de Contas. Mas será este um preceito fechado ou o advérbio “*nomeadamente*” assume alguma relevância? Embora não o preveja, o devedor pode ser afetado pela qualificação? O afetado pela qualificação terá de ser obrigatoriamente uma pessoa singular ou admite-se que seja uma pessoa coletiva?

Após determinar quem são as pessoas responsáveis pela qualificação e com vista a evitar a prática de atos causadores ou agravantes da insolvência, assim como proteger os credores sociais, o juiz, na sentença de qualificação, deve enumerar os efeitos que lhes são aplicáveis, sendo eles: a inibição para administração de bens de terceiros, a inibição para o

exercício do comércio, bem como a ocupação de cargos nos órgãos sociais das pessoas coletivas, a perda de direitos sobre a insolvência ou sobre a massa, ou a sua restituição caso já tenham sido recebidos, a condenação em indemnização no montante dos créditos não satisfeitos, o término da administração da massa insolvente pelo devedor insolvente e, por fim, a preclusão da exoneração do passivo restante.

Relativamente à primeira consequência – inibição para administração de patrimónios de terceiros-, tendo em vista à sua melhor compreensão, cumpre-nos abordar o anterior regime da inabilitação, fortemente criticado na doutrina e declarado inconstitucional, e, ainda, o estudo da “*inhabilitación*” regulada na *Ley Concursal*. Apesar de substituída, a atual inibição não conseguiu terminar com todas as questões em torno deste instituto. Nesse sentido, pretende-se responder, por exemplo, se é adequada ao fim pretendido ou se é uma mera repetição do preceituado no art. 81.º do CIRE. Além disso, uma vez que a Lei não as regula, tentaremos encontrar as possíveis consequências aplicáveis ao inibido perante a prática de atos de administração e disposição.

No que respeita à inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de certos cargos nos órgãos sociais das pessoas coletivas, propomo-nos, essencialmente, identificar os atos de comércio abrangidos pela alínea c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, explorar a natureza jurídica destes efeitos, bem como os critérios que o juiz deve ter em consideração na fixação do prazo dos mesmos.

O juiz ordena, ainda, que os afetados pela qualificação perca(m) o(s) crédito(s) sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e, caso já os tenham recebido, a sua restituição. Este efeito verifica-se, somente, no âmbito do incidente pleno, de acordo com o art. 191.º, n.º 1, al. c) *a contrario* do CIRE. Assim sendo, para além de analisar a natureza desta consequência, pretendemos entender a razão pela qual este efeito não existe no incidente limitado.

Em resultado da alteração legislativa produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, o juiz condena o(s) afetado(s) pela qualificação a indemnizarem os credores no valor dos créditos não satisfeitos até ao limite das forças dos respetivos patrimónios. Embora o legislador se vanglorie no Ponto 40 do Preâmbulo, esta indemnização não constitui uma novidade na legislação insolvencial, razão pela qual abordaremos o anterior regime regulado nos arts. 126.º-A a 126.º-C do Código dos Processos Especial de Recuperação de Empresas e de Falência (de agora em diante designado de CPEREF) e, também, enunciaremos o regime da “*responsabilidade concursal*” previsto na *Ley Concursal* espanhola, tendo em vista a compreensão de algumas questões levantadas neste contexto. De todas essas questões

destacamos as seguintes: A condenação em indemnização verifica-se mesmo que não existam dívidas por satisfazer? Qual o valor indemnizatório a que o afetado será condenado e qual o seu destino? Deve atender-se aos créditos não satisfeitos como dispõe a alínea e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE ou, por sua vez, deve fixar-se de acordo com os prejuízos causados tal como consta no n.º 4 do mesmo preceito? O grau de culpa na prática de atos causadores ou agravantes da situação de insolvência relevará para a fixação do valor indemnizatório? Qual o significado da expressão “*até as forças dos respetivos patrimónios*”?

Por último, após estudarmos os efeitos elencados taxativamente no art. 189.º, n.º 2 do CIRE, analisaremos também duas consequências que se produzem *ipso iure*, ou seja, sem necessidade de estarem previstos na sentença de qualificação, sendo elas: o término da administração da massa insolvente pelo devedor (art. 228.º do CIRE) e a preclusão da exoneração do passivo restante (arts. 238.º, n.º 1 e 243.º, n.º 1, al. c), ambos do CIRE).

CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Situação de insolvência

A abertura do incidente de qualificação só ocorre após ter sido declarada a insolvência de uma das entidades previstas no art. 2.º do CIRE. Entende-se por insolvência a situação de incumprimento das obrigações vencidas (art. 3.º, n.º 1 do CIRE), o que significa que, em termos gerais, a situação de insolvência verifica-se a partir do momento em que o devedor não tem recursos para cumprir atempada e pontualmente com as dívidas¹ que já se venceram².

Para além deste critério geral, o art. 3.º do CIRE prevê, ainda, a insolvência de entes especiais e a insolvência iminente. No primeiro caso, e tal como o próprio nome indica, trata-se de um conceito especial de insolvência que apenas se aplica às pessoas coletivas ou patrimónios autónomos por cujas dívidas não responda pessoal e ilimitadamente nenhuma pessoa singular, caso em que a insolvência se verifica perante a superioridade manifesta do passivo face ao ativo, segundo as regras contabilísticas aplicáveis. Por outro lado, a lei equipara a situação de insolvência atual à insolvência iminente quando a apresentação resulte da iniciativa do devedor. Apesar desta equiparação, a Lei não nos esclarece quanto a este conceito, nem tão pouco apresenta factos que, verificados num futuro próximo, determinariam a existência de insolvência apurada nos termos gerais, o que leva a doutrina³ e a jurisprudência⁴ a responder a esta questão com base em juízos de probabilidade.

¹ Apesar de se associar a insolvência a várias dívidas e de valor elevado, ela também existe perante o incumprimento de uma única dívida desde que o seu montante seja indiciador da impossibilidade de cumprir com as demais obrigações. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 26-28.

² O que a doutrina caracteriza como sendo “*critério de solvabilidade*”, segundo o qual a situação de insolvência é influenciada pela inexistência de recursos necessários ao cumprimento das dívidas vencidas (e não as vincendas) e não pela negação da existência da dívida. Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral – *Um curso de direito da insolvência*, Vol. 1, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 61-64.

³ Para Alexandre Soveral Martins, “(S)erá preciso averiguar qual a probabilidade de o devedor não pagar as obrigações vencidas e obrigações atuais não vencidas no momento em que se vencerem. Se for previsível que isto venha a acontecer, há insolvência iminente”. Cfr. *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), pp. 70-78. Por sua vez, Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões, em anotação ao art. 3.º, n.º 4 do CIRE, consideram que a insolvência “[é] iminente quando alguma daquelas situações está próxima, devendo essa proximidade ser avaliada tendo em conta a probabilidade de vir a ocorrer”, acrescentando que a apresentação à insolvência não constitui um dever, mas uma faculdade por parte do devedor. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 24-25. No mesmo sentido, LEITÃO, Luís Menezes - *Código Da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 11ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 57. Contrariamente, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2015, pp. 87-88.

⁴ Segundo o Acórdão do TRC, de 03/12/2019, Relatora Maria João Areias (Processo n.º 5418/19.2T8CBR.C1), a insolvência iminente refere-se “(...) necessariamente de um estado anterior à insolvência (...), em que é possível prever/antever que o estará impossibilitado de cumprir as suas obrigações num futuro próximo, designadamente quando se vencerem estas obrigações”.

Para além destes critérios, o art. 20.º, n.º 1 do CIRE prevê um conjunto de indícios que verificados podem conduzir a uma situação de insolvência. Trata-se, desta forma, de presunções que devem ser complementadas com o art. 3.º do CIRE de maneira a que a insolvência seja requerida por quem for legalmente responsável pela dívida, por qualquer credor e pelo Ministério Público.

2. Incidente de qualificação da insolvência

A disciplina dos incidentes de qualificação de insolvência, regulada no título VIII, entre os arts. 185.º a 191.º do CIRE, foi introduzida no Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março⁵ com o intuito de responsabilizar todos aqueles que contribuíram para a criação ou agravamento da situação de insolvência, conferindo, dessa forma, aos credores mais um instrumento de proteção, a par das normas penais e societárias já existentes.

Esta não é uma novidade no âmbito da lei insolvencial. Os antecessores do atual Código já haviam regulamentado sobre esta matéria, desde logo, no art. 126.º-A do CPEREF⁶, que previa uma responsabilidade solidária e ilimitada - conhecida como “*responsabilidade falimentar*”⁷ -, daqueles que contribuíram para a insolvência, condenando-os no pagamento do passivo. Porém, não existia o incidente de qualificação. Por isso, e conforme afirma expressamente o Preâmbulo, o legislador nacional procurou inspiração na *Ley Concursal* espanhola⁸, na parte referente ao instituto da “*calificación del concurso*”, tendo instituído no CIRE um título composto por um conjunto de normas substantivas e processuais relativas ao incidente de qualificação. O objetivo, segundo o Ponto 40 do Preâmbulo, é sancionar e responsabilizar todos aqueles que, com dolo ou culpa grave, provocaram a insolvência ou a agravaram.

⁵ Diploma responsável pela aprovação do CIRE.

⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, atualmente revogado pelo diploma que aprovou o CIRE.

⁷ BRANCO, José Manuel - *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da Falência Punitiva à Insolvência Reconstitutiva)*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 24-25.

⁸ Aprovada pela *Ley 22/2003*, de 9 de julho e entrou em vigor a 1 de setembro de 2004. A referida legislação sofreu diversas alterações desde da sua entrada em vigor, todavia, destaca-se a mais recente alteração através do *Real Decreto Administrativo 1/2020*, de 5 de maio. A publicação deste novo texto consolidado não impõe regras novas, mas altera a redação da Lei tendo em vista regularizar, esclarecer e harmonizar as reformas da *Ley Concursal*. Apesar disso, este novo texto consolidado comportou alterações a propósito da “*responsabilidad concursal*”, nomeadamente em relação ao conceito de “*défice concursal*” e ao âmbito subjetivo da qualificação (a figura dos “*apoderados generales*” foi substituída pela de “*directores generales*”). Face a esta recente alteração, o regime da qualificação da insolvência encontra-se, atualmente, regulado entre os arts. 441.º a 464.º do Texto Refundido da *Ley Concursal*. Cfr. GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel - Dos cuestiones sobre calificación concursal a la luz del nuevo texto refundido: el déficit patrimonial y los directores generales como personas afectadas; *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 89, 2020 [consultado a 19/08/2021]. Disponível em: <https://www.uria.com/es/publicaciones/>

Originariamente, o incidente de qualificação assumia um carácter obrigatório, sendo, portanto, aberto em todos os processos de insolvência, o que determinava que existissem tantos incidentes de qualificação quantos processos de insolvência⁹. Esta obrigatoriedade foi amplamente criticada pela doutrina, tendo levado o legislador a promover uma alteração legislativa ao art. 36.º do CIRE pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril¹⁰. Desse modo, atualmente, o incidente apenas é aberto na sentença de declaração de insolvência se o juiz possuir elementos que o justifiquem (art. 36.º, n.º 1, al. i) do CIRE). Contudo, o facto de o juiz não determinar a abertura do incidente na sentença que declara a insolvência, não impede que a questão seja apreciada posteriormente mediante requerimento de um qualquer interessado ou do próprio administrador da insolvência nos termos do art. 188.º do CIRE. Queremos com isto referir que a abertura do incidente de qualificação pode partir da iniciativa de várias entidades com legitimidade para o efeito, como, por exemplo, os credores do insolvente ou o administrador judicial, todavia continua a competir ao juiz decidir sobre a pertinência da abertura do incidente desde que para tal existam motivos justificativos¹¹.

A pertinência da abertura do incidente assume particular relevância na medida em que a situação de insolvência não se deve somente às condutas culposas dos devedores insolventes e/ou dos seus administradores ou gestores, podendo resultar de diversos fatores. Por esse motivo, andou bem o legislador em pôr fim à obrigatoriedade de abertura do incidente de qualificação visto que não faz qualquer sentido proceder à abertura de um incidente que tem em vista determinar a culpabilidade dos gerentes ou administradores na criação ou agravamento da situação de insolvência quando não existem, pelo menos, quaisquer indícios.

Terminada a exigência de abertura do incidente de qualificação em todos os processos de insolvência, os seus números diminuiriam necessariamente. Para efeitos

⁹ Exceto se for apresentado um plano de pagamentos (cfr. art. 259.º, n.º 1 do CIRE).

¹⁰ José Manuel Branco refere que o fim da obrigatoriedade de abertura do incidente veio demonstrar a “*verdadeira natureza*” do mesmo, pois, como sabemos, um incidente é algo estranho ao processo principal, apresentando-se como uma questão acessória daquele, mas de necessária resolução para o desfecho do processo. Contudo, o Autor questiona a atual natureza facultativa do incidente, visto que a abertura do incidente na sentença de qualificação ou posteriormente nos termos do art. 188.º do CIRE está dependente da prova de verificação de factos concretos indiciadores de insolvência culposa, porém, no encerramento do processo, caso não tenha sido aberto o incidente, continuamos a depender de decisão judicial que determine a qualificação da insolvência como fortuita (cfr. art. 233.º, n.º 6 do CIRE). Segundo José Manuel Branco esta solução é contra a natureza do incidente uma vez que está a decidir-se sobre uma questão que não foi devidamente suscitada, colocando em causa o princípio da instrução. Cfr. *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa...* (cit), pp. 32-33 e, ainda, *Qualificação da insolvência (evolução da figura)*. *Revista do Direito da Insolvência*, n.º 0, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 21-22.

¹¹ MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 494.

comparativos, apresentamos, de seguida, alguns dados disponibilizados pelo Tribunal da Comarca do Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante, relativos aos anos compreendidos entre 2016 a 2020. Note-se que os números apresentados se encontram especificados em relação aos quatro juízos existentes no mencionado Tribunal. Apesar do Juízo 4 ter sido criado apenas no ano de 2019, foram-lhe atribuídos processos que pertenciam a outros Juízos, pelo que apresentamos os dados conforme a distribuição realizada pelo Tribunal. Além disso, é importante salientar que o número de insolvências culposas foi contabilizado independentemente do ano em que o incidente foi decidido, o que significa que os números da quarta coluna das tabelas seguintes dizem respeito aos incidentes de qualificação abertos no ano em causa, cuja qualificação não foi decidida necessariamente no mesmo ano.

Tabela 1- Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2016

Juízo de Comércio	Processos de Insolvência Entrados	Incidentes de qualificação de insolvência entrados	Número de Insolvências Culposas
Juízo 1	217	18	12
Juízo 2	191	17	9
Juízo 3	214	33	10
Juízo 4	182	21	15
Total	804	89	46

Fonte: Tribunal da Comarca Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante

Tabela 2 - Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2017

Juízo de Comércio	Processos de Insolvência Entrados	Incidentes de qualificação de insolvência entrados	Número de Insolvências Culposas
Juízo 1	198	10	6
Juízo 2	194	13	8
Juízo 3	187	19	9
Juízo 4	193	6	2
Total	772	48	25

Fonte: Tribunal da Comarca Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante

Tabela 3- Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2018

Juízo de Comércio	Processos de Insolvência Entrados	Incidentes de qualificação de insolvência entrados	Número de Insolvências Culposas
Juízo 1	161	18	9
Juízo 2	162	10	9
Juízo 3	166	14	9
Juízo 4	172	12	7
Total	661	54	34

Fonte: Tribunal da Comarca Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante

Tabela 4 - Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2019

Juízo de Comércio	Processos de Insolvência Entrados	Incidentes de qualificação de insolvência entrados	Número de Insolvências Culposas
Juízo 1	192	17	11
Juízo 2	187	7	4
Juízo 3	188	14	10
Juízo 4	176	12	9
Total	743	50	34

Fonte: Tribunal da Comarca Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante

Tabela 5 - Número de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas em 2020

Juízo de Comércio	Processos de Insolvência Entrados	Incidentes de qualificação de insolvência entrados	Número de Insolvências Culposas
Juízo 1	166	15	14
Juízo 2	164	11	6
Juízo 3	152	5	3
Juízo 4	165	9	7
Total	647	40	30

Fonte: Tribunal da Comarca Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante

Tabela 6 - Cômputo de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação e número de insolvências culposas

Ano	Processos de insolvência	Incidentes de qualificação	Insolvências Culposas
2016	804	59	46
2017	772	48	25
2018	661	54	34
2019	743	50	34
2020	661	41	30
Total	3641	252	169

Fonte: Tribunal da Comarca Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante

Gráfico 1 - Cômputo de processos de insolvência entrados, número de incidentes de qualificação abertos e número de insolvências culposas

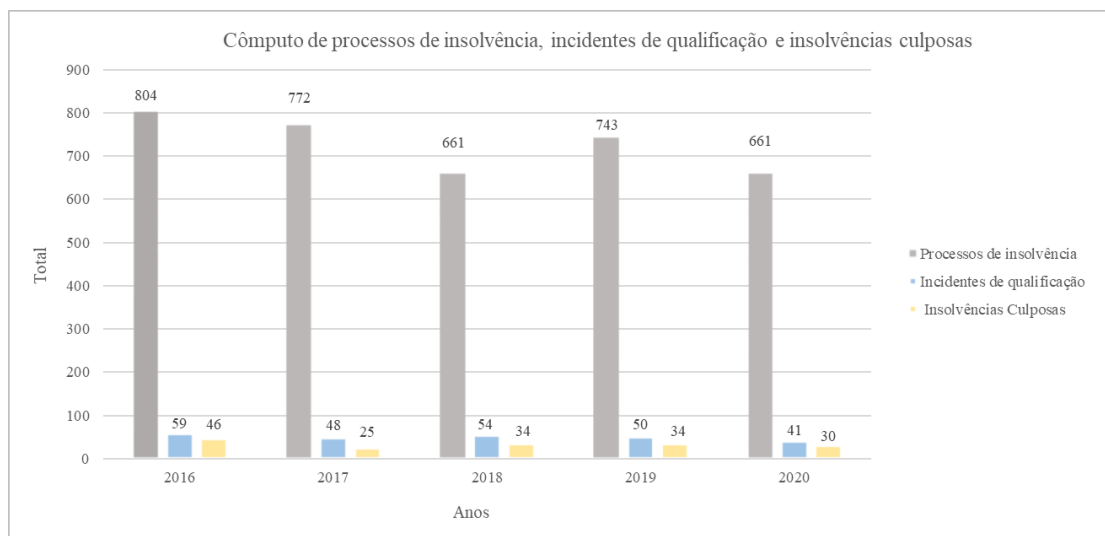


Gráfico 2 - Percentagem de incidentes de qualificação abertos relativamente aos processos de insolvência

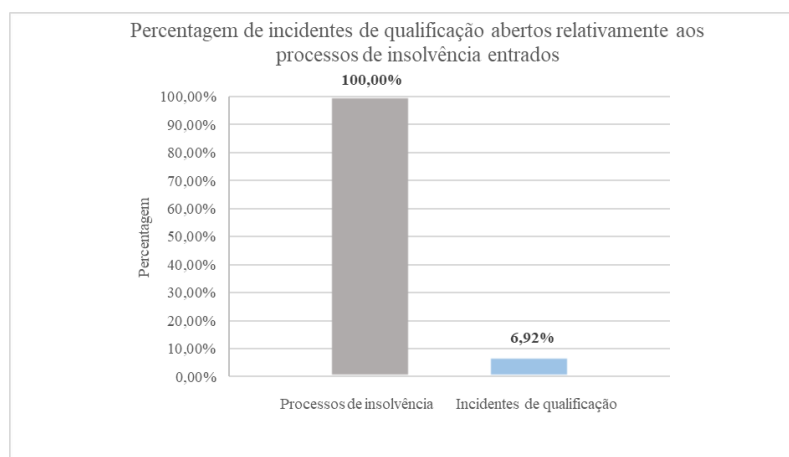
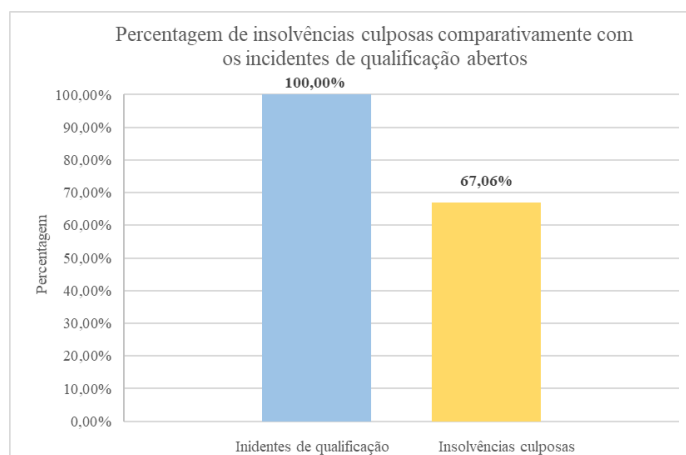


Gráfico 3 - Percentagem de insolvências culposas comparativamente com os incidentes de qualificação abertos



Com base nos dados apresentados, verificamos que os números dos incidentes de qualificação abertos e os números de insolvências culposas ficam muito aquém dos números referentes aos processos de insolvência que deram entrada naquele tribunal ao longo daquele período de tempo. Os baixos números de incidentes de qualificação abertos no momento de prolação da sentença de declaração de insolvência e dos posteriores despachos de abertura do incidente e, conseqüentemente, o baixo número de insolvências culposas justifica-se pela complexidade de produção de prova, isto é, apesar do auxílio das previsões do art. 186.º, n.º 2 e 3 do CIRE de situações de insolvência culposa, muitos credores ou outros interessados legitimados na qualificação não conseguem provar que os devedores insolventes e/ou administradores praticaram efetivamente aqueles factos ou que os seus comportamentos originaram ou agravaram a situação de insolvência.

Além da dificuldade na produção de prova, o baixo número de insolvências culposas fundamenta-se na existência de outras causas de insolvência. A diversidade de causas de insolvência deve ser observada tendo em conta o tipo de pessoa, se coletiva ou singular. Segundo um estudo realizado sobre as causas de insolvência de pequenas e médias empresas (que predominam em Portugal), a situação de insolvência é influenciada pelos seguintes fatores: a falta de conhecimentos, competência e experiência em gestão, a dimensão e juventude da empresa, o rápido crescimento sem controlo, o colapso de parcerias, as alterações na comunidade local, a incapacidade de expandir para novos mercados, a concorrência e a localização, a mudança das necessidades de mercado, o

insucesso relacionado com causas familiares e de saúde e as causas financeiras¹². No que respeita às pessoas singulares, José Manuel Branco, ainda que sem rigor jurídico, utiliza a expressão “5D” para enumerar as cinco causas frequentes que combinadas podem determinar a situação de insolvência: desemprego, divórcio, doença, decesso e desastre¹³. Mais recentemente, mesmo com todos os apoios sociais disponibilizados pelo Estado, a pandemia da COVID-19 associou-se a estas causas da insolvência¹⁴.

Ainda que os dados apresentados sejam respeitantes à Comarca do Porto Este e não existam estudos realizados a nível nacional sobre o número de incidentes de qualificação e o número de insolvências culposas, acreditamos que os valores são muito baixos comparados com os processos de insolvência existentes, concluindo assim que, antes da alteração legislativa de 2012, o incidente de qualificação era, muitas vezes, completamente desnecessário, provocando ainda maior morosidade ao processo de insolvência.

O incidente de qualificação, tal como os demais incidentes, corre por apenso ao processo principal, de acordo com o art. 132.º do CIRE, por remição expressa do art. 188.º, n.º 8 do CIRE e tem carácter urgente (art. 9.º, n.º 1 do CIRE), servindo para determinar se a insolvência é fortuita ou culposa (art. 185.º do CIRE).

A decisão do incidente de qualificação da insolvência, de acordo com o art. 185.º do CIRE, não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais nem das ações previstas no n.º 3 do art. 82.º do CIRE. Daqui resulta a autonomia destas decisões relativamente ao sentido do incidente, o que significa que os tribunais competentes para tramitar tais ações podem ter em conta a factualidade apresentada no processo de insolvência, no entanto atribuir à insolvência uma qualificação distinta da fixada nestes incidentes¹⁵. Todavia, não deixemos de ter em conta o art. 300.º do CIRE, que impõe que se remeta 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*”. Deste preceito parece advir que o sentido do incidente de qualificação é influenciado pelo que ficou decidido no âmbito do processo penal, aproveitando-se os factos considerados provados.

¹² CARDOSO, Mariana - *Causas da insolvência das pequenas e médias empresas: a perceção dos empresários dos concelhos de Castelo Branco e da Covilhã*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2018. Dissertação de Mestrado em Empreendedorismo e Criação de Empresas, pp. 11-20. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/>

¹³ BRANCO, José Manuel - Qualificação da insolvência... (cit.), p. 18, nota 16.

¹⁴ VICENTE, Isabel - Insolvências a nível mundial vão aumentar em 2021. Em Portugal estima-se um aumento de 19%, *Jornal Expresso* (31/03/2021) [consultado em 30/08/2021]. Disponível em: <https://expresso.pt/economia/>

¹⁵ Neste sentido, vide FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado...* (cit), p. 678. Para mais desenvolvimentos, cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela de - Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência. *Revista Julgar*, n.º 11, 2010, pp. 204-208. Disponível em: <http://julgar.pt/>

O art. 187.º do CIRE refere-nos que se a insolvência de certa entidade já tiver sido declarada em processo anterior, o incidente só pode ser aberto se não o foi por ter sido aprovado um plano de pagamentos aos credores. Caso já tenha sido aberto o incidente em processo anterior, só pode ser aberto novamente no processo atual caso se prove que a “*situação de insolvência não se manteve ininterruptamente desde da declaração da insolvência anterior*”¹⁶. O legislador entende, assim, que não há motivos para se voltar à questão do incidente se a insolvência se manteve. Na mesma linha de pensamento, considera que, tendo sido aprovado um plano de pagamentos, não foi aberto incidente (art. 259.º, n.º 1 do CIRE), razão pela qual já faz sentido se abri-lo neste novo processo¹⁷.

3. A qualificação da insolvência culposa e a COVID-19

A pandemia da COVID-19, doença provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2, teve influência em vários setores na sociedade, entre os quais os setores judicial e público. Assim, tendo em conta a situação epidemiológica, impõe-se fazer uma breve referência às repercussões que o confinamento em consequência decretado acarretou para o normal funcionamento dos tribunais e, em especial, para o incidente de qualificação da insolvência¹⁸.

Vejam os. O art. 7.º, n.º 6, al. a) da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, na redação dada pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril, determinou a suspensão do prazo para o devedor se apresentar à insolvência previsto no art. 18.º do CIRE¹⁹. Esta medida teve implicações no incidente de qualificação uma vez que a não apresentação à insolvência, juntamente com os demais requisitos referidos no art. 186.º, n.º 1 do CIRE, determina a qualificação da insolvência como culposa (art. 186.º, n.º 3, al. a) do CIRE). Por isso, a suspensão deste prazo evitou que ao devedor insolvente e aos administradores fossem aplicados os efeitos decorrentes da qualificação da insolvência, em resultado desse incumprimento.

Na primavera de 2020, com a melhoria da situação pandémica e as medidas de desconfinamento, a suspensão do prazo foi revogada pela Lei n.º 16/2020, de 29 de maio, contudo, com o agravamento da pandemia, em meados de janeiro de 2021, justificou-se uma nova suspensão dos prazos judiciais como havia sido determinado na fase inicial da pandemia. Acontece que, apesar de ter sido imediatamente anunciada pelo Governo, a

¹⁶ Art. 187.º do CIRE.

¹⁷ MARTINS, Alexandre Soveral – *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 495.

¹⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima - A pandemia Covid-19 e o Direito da Insolvência. *Observador* (08/05/2020). [consultado em 15/01/2021]. Disponível em: <https://observador.pt/>

¹⁹ Em regra, o prazo para o devedor se apresentar à insolvência é de trinta dias após o conhecimento da situação de insolvência (cfr. art. 18.º do CIRE).

medida só veio a ser publicada em diploma legal dias mais tarde, pela Lei n.º 4-B/2021, de 1 de fevereiro²⁰. O diploma em causa procedeu, assim, à nona alteração à Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março e no seu art. 6.º-B estabeleceu a nova suspensão das diligências e dos prazos judiciais, entre eles a suspensão do prazo para o devedor se apresentar à insolvência (art. 6.º-B, n.º 6, al. a)).

Sucedem que, entretanto, por força da Lei n.º 13-B/2021, 5 de abril, cessou a suspensão da generalidade dos prazos judiciais, com vista à retoma progressiva do normal funcionamento dos tribunais, surgindo um regime excecional e transitório atualmente em vigor²¹. O referido diploma legal, no seu art. 6.º, procede à revogação do art. 6.º-B da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março e adita o art. 6.º-E à mesma Lei. Desse modo, segundo o art. 6.º-E, n.º 7, al. a) da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, aditado pela Lei n.º 13-B/2021, 5 de abril, o prazo para o devedor se apresentar à insolvência mantém-se suspenso durante o decurso do prazo de vigência do regime excecional e transitório.

4. Modalidades do incidente de qualificação

O incidente de qualificação pode revestir duas diferentes modalidades: o incidente pleno e o incidente limitado. A lei revelou-se de tal forma preocupada em regular autonomamente estas duas modalidades que até as diferenciou em capítulos distintos, apesar de, como veremos, as diferenças não serem muitas e de se aplicarem ao incidente limitado, na falta de disposição em contrário, as normas relativas ao incidente pleno. Ainda assim, é importante analisar com mais detalhe cada um dos dois incidentes, principalmente no que concerne ao campo de aplicação, à tramitação e aos efeitos.

4.1. Incidente pleno

A alteração produzida ao art. 36.º, n.º 1, al. i) do CIRE pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, estabelece que o juiz apenas determina a abertura do incidente se existirem no processo elementos que o justifiquem, sendo que a lei nada menciona sobre estes elementos. Maria do Rosário Epifânio defende que devem constar do processo “*indícios suficientemente fortes*” para considerar que aquela insolvência é culposa²². Quer isto dizer que, caso existam

²⁰ Todavia, o legislador fez retroagir os efeitos a 22 de janeiro de 2021. Sobre o funcionamento da justiça enquanto a medida não foi aprovada, *vide* SIMÕES, Sónia - Tribunais Prazos estão ou não suspensos? Advogados pedem lei com urgência. *Observador* (24/01/2021). [consultado em 20/06/ 2021]. Disponível em: <https://observador.pt/>

²¹ COVID-19: Cessação da suspensão generalizada dos prazos processuais e procedimentais. *Garrigues* (05/04/2021). [consultado em 20/06/2021]. Disponível em: <https://www.garrigues.com/>

²² EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 173. No mesmo sentido, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 255.

no processo de insolvência, factos que com grande probabilidade determinam a insolvência culposa, o juiz deve através de despacho decretar a abertura do incidente²³. E, no caso contrário, qual deve ser a posição do juiz? A questão coloca-se uma vez que a referência ao incidente de qualificação se encontra entre os elementos que devem constar da sentença de declaração de insolvência. A ser assim, perante a falta de tais elementos justificativos, o juiz, pura e simplesmente, nada diz acerca do incidente? Sobre esta questão, Maria do Rosário Epifânio entende que o juiz não deve fazer qualquer referência ao incidente de qualificação, não carecendo sequer de justificar a sua decisão²⁴. José Manuel Branco acompanha essa posição, defendendo que o juiz, na sentença que decreta a insolvência, pode tomar uma de três posições: primeiro, nada referir sobre o mesmo; segundo, declarar não abrir o incidente ou, terceiro, declarar aberto o incidente, tendo de, neste último caso, fundamentar a sua decisão²⁵.

Não obstante, caso o juiz não determine a abertura do incidente logo na prolação da sentença de insolvência, o art. 188.º, n.º 1 do CIRE permite a ulterior abertura mediante requerimento (autuado por apenso) do administrador da insolvência ou de qualquer interessado²⁶, devendo estes alegar os factos que sustentem a insolvência culposa²⁷ e, ainda, as pessoas que devam ser afetadas pela qualificação.

Sobre o conceito de “*qualquer interessado*”, o legislador também não se pronunciou. Por sua vez, a doutrina admite que não se limita aos meros credores do insolvente, mas a todos os titulares de um interesse legítimo na causa ou, por outras palavras, todos aqueles que tenham legitimidade para requerer a declaração de insolvência ao abrigo do art. 20.º do CIRE²⁸.

²³ Criticável por COSTEIRA, Maria José - A insolvência de pessoas coletivas: efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores, *Revista Julgar*, n.º 18, 2012, p. 169.

²⁴ Segundo a Autora, da norma parece resultar que somente perante a abertura do incidente são exigidos fundamentos demonstrativos dessa decisão, todavia, esta solução pode ser vista como um entrave à abertura do incidente uma vez que deixa ao livre arbítrio do juiz tamanha decisão. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 174.

²⁵ BRANCO, José Manuel - Qualificação da insolvência... (cit.), p. 24.

²⁶ Ou, oficiosamente pelo juiz, caso não o tenha feito na sentença de declaração de insolvência. Em defesa desta tese, cfr. MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 499, FERNANDES, Carvalho Luís e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), pp. 687-688 e BRANCO, José Manuel - Qualificação da Insolvência... (cit.), p. 36, nota 39. Contrariamente, EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 174.

²⁷ Segundo Rui Estrela de Oliveira, os factos relevantes para efeitos de qualificação da insolvência devem ser alegados com grau de concretização adequado ao exercício do direito de contraditar. Cfr. *Uma Brevíssima Incurião ...* (cit.), p. 215.

²⁸ Rui Estrela de Oliveira considera como titulares de um interesse legítimo todos aqueles que se viram “*afetados juridicamente pela declaração da situação de insolvência, desde que essa afetação não tenha sido negada por decisão judicial*”. Assim, ao ser-lhe conferido este estatuto, o interessado passa a assumir a posição

O requerimento escrito deve ser apresentado até quinze dias após a assembleia de apreciação do relatório, ou, existindo dispensa da mesma, o prazo conta-se a partir do quadragésimo quinto dia após a declaração de insolvência (cfr. art. 36.º, n.º 4 do CIRE). Acerca deste prazo, a Ordem dos Advogados mostrou-se bastante crítica no seu Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII, responsável pela alteração ao CIRE, sugerindo o fim de um período temporal para efeitos de apresentação do requerimento, dado que, em certos casos, não é possível reunir os elementos e a documentação necessária à sua instrução durante esse prazo. Isto significa que a Ordem dos Advogados defende a possibilidade de apresentação do requerimento depois de terminado o prazo referido no art. 188.º, n.º 1 do CIRE, quando se invoque e prove novos factos, factos esses de que não se tinha conhecimento dentro daquele prazo²⁹. A adoção da solução sugerida pela Ordem dos Advogados impediria que certas insolvências fossem consideradas fortuitas devido à intempestividade da apresentação do requerimento, quando, na verdade, são culposas. Assim sendo, podem perguntar-se quais as razões que impedem a apresentação do requerimento depois do término do prazo a que alude o art. 188.º, n.º 1 do CIRE. Por um lado, porque estamos perante um processo de carácter urgente, devendo, por isso, ser decidido num prazo relativamente curto. Por outro lado, entendemos que o estabelecimento de um prazo se deve a uma questão de estabilidade do incidente, o que significa que a limitação temporal tem em vista que o interessado em suscitar o incidente esteja atento ao desenrolar do processo, obrigando-o ao conhecimento do exato momento em que pode intervir.

Mediante a apresentação do requerimento, o juiz, se o entender oportuno, declara aberto o incidente nos dez dias seguintes, sendo esse despacho irrecorrível³⁰ e publicado no

de parte processual, devendo cumprir todos os pressupostos processuais relativos às partes, como seja a legitimidade e a capacidade processual, bem como o patrocínio judiciário, tendo em conta o preceituado no art. 17.º do CIRE. Cfr. Uma Brevíssima Incursão ... (cit.), pp. 216-217. No mesmo sentido, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 687 e MARTINS, Alexandre Soveral, *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 498, nota 14. Com maior amplitude, José Manuel Branco considera poder ser interessado “*um sócio não administrador da sociedade comercial insolvente (...), o proprietário confinante de imóvel transmitido ilicitamente pouco antes da insolvência (...), o próprio Ministério Público, não em vestes de representação orgânica do Estado, mas sim em contexto da intervenção acessória que lhe defere o respetivo Estatuto*”. Cfr. “Dos Suspeitos do costume aos culpados improváveis” (Algumas considerações sobre os intervenientes no âmbito do incidente de qualificação da insolvência), *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 2, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 48-51.

²⁹ Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII, responsável pelo Anteprojeto de Alteração ao CIRE, p. 8.

³⁰ Conforme afirmam Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões a “*(...) irrecorribilidade se refere à decisão de abertura do incidente, mas não à sentença que qualificar a insolvência como culposa, a qual é suscetível de recurso nos termos gerais (...)*”. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 520.

CITIUS (art. 188.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE). Se o juiz optar por não declarar aberto o incidente, o despacho é recorrível nos termos gerais³¹.

Após o juiz determinar a abertura do incidente, compete ao administrador da insolvência, quando não seja este a requerer a sua abertura, apresentar um parecer “*devidamente fundamentado e documentado*”, no prazo de vinte dias³², propondo a qualificação da insolvência como fortuita ou culposa e, no último caso, identificar as pessoas que possam ser afetadas pela qualificação. O n.º 3 do art. 188.º do CIRE não refere a partir de que momento se contam estes vinte dias para o administrador da insolvência apresentar o referido parecer, todavia, a resposta passará necessariamente pela forma como foi aberto o incidente. Tendo o mesmo sido aberto na sentença que decreta a insolvência, o prazo conta-se a partir da declaração da mesma³³. Se, porém, o incidente é aberto ao abrigo do n.º 1 do art. 188.º do CIRE, o prazo conta-se depois do juiz declarar aberto o incidente e não depois de apresentadas as alegações pelos interessados³⁴. A opção pela primeira solução é a única que pode valer. Do próprio preceito resulta que o administrador de insolvência só apresenta o seu parecer depois de declarado aberto o incidente. Ora, apresentar o parecer sem saber se o incidente será aberto pode relevar-se desnecessário, bem como conduzir a alguma incerteza quanto às regras de contagem de prazos quando sejam apresentadas alegações por vários interessados em dias diferentes.

O parecer do administrador da insolvência é apresentado quer o incidente seja aberto por iniciativa do juiz ou suscitado pelos interessados, todavia, neste último caso, o

³¹ MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 499.

³² O prazo para apresentação deste parecer sofreu uma alteração em resultado da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. Antes da alteração legislativa o prazo era de quinze dias, tendo o legislador alargado por mais cinco dias comparativamente com o anterior regime, podendo ainda ser fixado prazo superior se existir necessidade. O Conselho Superior de Magistratura considerou desnecessário este alargamento. Nas suas palavras: “[S]eria mais congruente com o espírito da celeridade, manter o prazo actualmente previsto, mas admitindo-se a possibilidade da sua prorrogação, por despacho judicial e na sequência de requerimento fundamentado do administrador de insolvência, podendo ou não fixar-se um limite máximo do período de prorrogação. Dessa forma ficaria salvaguardada a especificidade concreta dos processos mais complexos, sem dilação dos prazos “normais” de tramitação para os restantes processos”. Cfr. Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII, responsável pelo Anteprojeto de Alteração ao CIRE, pp. 4-5

³³ Seguimos a posição de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, na medida em que, a tramitação do incidente, sendo aberto logo no momento da prolação da sentença, deve seguir os seus termos a partir do preceituado nos n.ºs 3 e ss. do art. 188.º do CIRE. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 687. Diversamente, Alexandre Soveral Martins entende que o prazo deverá começar a contar a partir da data em que o administrador da insolvência se considerar notificado da nomeação, tendo em conta o art. 54.º do CIRE. Cfr. *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 501.

³⁴ FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor. Revista Themis - O Novo Regime Português Da Insolvência. Lisboa: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Edição Especial, 2005, p. 89. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Rui Estrela de - Uma Brevíssima Incursão ... (cit.), p. 217 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 501.

administrador da insolvência deve pronunciar-se também sobre os factos invocados pelos mesmos, articulando-os com as presunções previstas no art. 186.º do CIRE se for esse o sentido da qualificação³⁵. Mas, constituirá este parecer uma obrigatoriedade para o administrador da insolvência? O Conselho Superior de Magistratura, na Proposta de Lei n.º 39/XII, responsável pelo Anteprojeto de Alteração ao CIRE, propôs que se regulasse(m) a(s) consequência(s) perante a falta de apresentação do parecer, dando a entender que defende a obrigatoriedade de apresentação³⁶. Apesar disso, a versão final não acolheu a sugestão do Conselho Superior de Magistratura, razão pela qual a maioria da doutrina e jurisprudência defende que o administrador de insolvência é um colaborador no processo de insolvência e, por esse motivo, deve ser convidado a apresentar o parecer num prazo adicional depois de ultrapassado o prazo fixado para o efeito³⁷.

Apresentado o parecer do administrador de insolvência e as alegações dos interessados, se for o caso, os mesmos seguem para “*vista*” do Ministério Público, nos termos do art. 188.º, n.º 4 do CIRE. O Ministério Público tem, necessariamente, de se pronunciar, no prazo de dez dias, sobre os factos alegados, os fundamentos invocados, os documentos apresentados, bem como as eventuais pessoas afetadas pela qualificação. No final, deve apresentar a sua proposta de qualificação, dada a atribuição que lhe compete por força do art. 4.º, n.º 1, al. m) do Estatuto do Ministério Público^{38/39}.

No caso de os pareceres do Ministério Público e do administrador da insolvência serem coincidentes no sentido de qualificar a insolvência como fortuita, o juiz pode proferir

³⁵ FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência... (cit.), pp. 88 e 89.

³⁶ Parecer do Conselho Superior de Magistratura sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII, responsável pelo Anteprojeto de Alteração ao CIRE, p. 5.

³⁷ Neste sentido, *vide*, por exemplo, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 689 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 500. Também na jurisprudência, *vide*, por exemplo, o Acórdão do TRP, de 29/10/2009, Relator Filipe Carço (Processo n.º 10/07.7TYVNG-B.P). José Manuel Branco, a propósito da intervenção do juiz e do administrador da insolvência no âmbito do incidente de qualificação, refere que *se “traduz um verdadeiro dever funcional cuja omissão permite desencadear consequências disciplinares e, no caso do administrador da insolvência, fundar a respetiva destituição”*. Cfr. “Dos Suspeitos do costume aos culpados improváveis”... (cit.), pp. 52-53. Rui Estrela de Oliveira, em que, para além de não ver motivos justificativos que permitam conferir prazo adicional para o administrador apresentar o seu parecer, entende que esse expediente poderia atrasar o processo num incidente que é tido como urgente. Assim sendo, por esta ordem de razão, a não apresentação do parecer implica que se considere que o administrador de insolvência propõe que a insolvência seja qualificada como fortuita. Cfr. Uma Brevíssima Incursão... (cit.), pp. 218-222.

³⁸ FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência... (cit.), p. 90. No mesmo sentido, Rui Estrela de Oliveira defende que a não apresentação do parecer do Ministério Público, dado o interesse que o mesmo visa proteger, determina a responsabilidade funcional do magistrado. Cfr. Uma Brevíssima Incursão... (cit.), pp. 223-224.

³⁹ O Novo Estatuto do Ministério Público aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, alterada pela Lei n.º 2/2020, de 31/03, revogou o anterior Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro.

imediatamente decisão nesse sentido, sendo a mesma insuscetível de recurso, tal como estabelece o art. 188.º, n.º 5 do CIRE. O legislador acolheu, assim, as duras críticas ao anterior regime⁴⁰, o que significa que, sendo os pareceres coincidentes em qualificar a insolvência como fortuita, o juiz não está vinculado a esses entendimentos. Ao não decidir sobre o carácter fortuito da insolvência, o juiz deve ordenar a notificação do devedor e a citação das pessoas que possam ser afetadas pela qualificação para que, querendo, se oponham no prazo de quinze dias a contar das notificações e das citações, dando, assim, cumprimento ao princípio do contraditório (art. art. 188.º, n.º 6 do CIRE). Tanto a notificação como as citações necessitam de ser acompanhadas das cópias dos pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, bem como dos demais documentos instrutórios.

Se, porventura, forem apresentadas oposições pelo devedor e pelos possíveis afetados, o administrador da insolvência, o Ministério Público ou qualquer interessado podem responder à oposição no prazo de dez dias depois de terminado o prazo concedido para apresentação da oposição, tal como prevê o art. 188.º, n.º 7 do CIRE⁴¹. Pelo contrário,

⁴⁰ Da anterior letra da lei resultava expressamente que, perante a coincidência de pareceres do Ministério Público e do administrador da insolvência no sentido da qualificação da insolvência como fortuita, o juiz tinha necessariamente de decidir nesse sentido. A doutrina insurgiu-se, desde logo, contra esta solução. Segundo Luís Carvalho Fernandes e João Labareda esta medida tinha como propósitos o favorecimento do insolvente e a redução da relevância atribuída às alegações dos interessados que invocassem factos para qualificar a insolvência como culposa. Dessa forma, para os Autores, caso se verificassem factos que permitissem concluir pelo carácter culposos da insolvência, o juiz, enquanto “*garante da legalidade*”, tinha de “*declarar a ilegalidade dos pareceres, desconsiderando as posições do administrador e do Ministério Público*”, ordenando o seguimento dos restantes trâmites do processo. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Vol. II (Art.ºs 185.º a 304.º), Lisboa: Quid Juris?, 2005, pp. 22-23. No mesmo sentido, Catarina Serra defende que se devem considerar os pareceres ilegais e “*que o juiz não lhes deve obediência*”. Cfr. *O Novo Regime Português da Insolvência Uma introdução*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, p. 96. Com maior desenvolvimento, Rui Estrela de Oliveira sugeria uma interpretação restritiva do normativo, considerando que o legislador “*disse mais do que aquilo que queria dizer*”. O referido Autor justifica este entendimento em três fundamentos. Em primeiro lugar, pois se tratava de uma solução contrária à corrente processual de incidente, ou seja, por um lado, alargou-se o conceito de interessados permitindo-lhes a alegação de todos os factos que considerassem pertinentes para o processo e para o desfecho do incidente e, por outro lado, impedia que o juiz se pronunciasse sobre os mesmos. Em segundo lugar, a solução era contrária ao princípio do inquisitório previsto no art. 11.º do CIRE, que prevê que o juiz deve tomar a sua decisão de acordo com os factos alegados pelas partes. Em terceiro lugar, a obrigatoriedade de seguir o entendimento do Ministério Público e do administrador da insolvência não considerava um princípio estruturante do direito processual civil: o princípio constitucional do conteúdo da decisão regulado no art. 664.º do CPC de 1995. Considerando estes fundamentos, Rui Estrela de Oliveira defendia que o preceito apenas se devia aplicar em três situações: quando não forem apresentadas alegações pelos interessados, quando os pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público forem coincidentes no sentido do carácter fortuito da insolvência com fundamento na inexistência de factos subsumíveis aos pressupostos da qualificação e quando no processo não existam factos que possam indiciar a responsabilidade de determinada pessoa na situação de insolvência. Cfr. *Uma Brevíssima Incursão...* (cit.), pp. 224-227.

⁴¹ Tanto as oposições como as respostas devem ser autuadas num único apenso. Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho— *A qualificação da Insolvência...* (cit.), p. 91.

não sendo apresentadas oposições pelos afetados, não se podem considerar confessados os factos⁴².

Após as respostas às oposições dos afetados pela qualificação, nada mais se regulamenta quanto à tramitação do incidente pleno, razão pela qual o n.º 8 do art. 188.º do CIRE remete expressamente para as disposições contidas nos arts. 132.º a 139.º do CIRE que regulam o incidente de verificação de créditos, aqui aplicáveis com as devidas adaptações⁴³.

Terminada toda a tramitação inerente ao incidente de qualificação é proferida a decisão (art. 189.º, n.º 1 do CIRE). A lei não esclarece qual o prazo em que a mesma deve ser proferida, contudo, afastamos, desde logo, o prazo de dez dias referido no art. 140.º do CIRE, uma vez que se trata de um preceito que não está incluído no leque de normas que se aplicam subsidiariamente ao incidente (cfr. art. 188.º, n.º 8 do CIRE). Dessa forma, tal como Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, defendemos que a sentença deve ser proferida no prazo de trinta dias aplicável ao processo civil, previsto no art. 607.º do CPC⁴⁴.

A sentença deve, então, qualificar a insolvência como culposa ou fortuita, devendo, na primeira situação, identificar as pessoas afetadas pela qualificação, fixando o grau de culpa perante uma pluralidade de afetados⁴⁵. Ainda relativamente ao conteúdo da sentença, da mesma devem constar os efeitos da qualificação. Como se referiu, sendo declarada fortuita, os efeitos não são mais dos que os que já decorrem da mera declaração de insolvência regulados nos arts. 81.º e ss. do CIRE. Todavia, perante a qualificação culposa da insolvência, o juiz deve enumerar cada um dos efeitos previstos no art. 189.º, n.º 2 do CIRE e os demais regulados no Código.

⁴² Assim OLIVEIRA, Rui Estrela de - Uma Brevíssima Incursão... (cit.), pp. 227-228 e PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 524.

⁴³ Para mais desenvolvimentos, vide FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...*(cit.), pp. 691-692, OLIVEIRA, Rui Estrela de - Uma Brevíssima Incursão...(cit.), pp. 228-229 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), pp. 505-508.

⁴⁴ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...*(cit.), p. 694.

⁴⁵ A referência - “sendo o caso, o respetivo grau de culpa”- prevista na al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, não pretende afastar da insolvência culposa o dolo ou culpa grave na criação ou agravamento da situação de insolvência, uma vez que o art. 189.º do CIRE se encontra intimamente ligado ao art. 186.º do CIRE. O legislador quis com isto referir que o juiz carece unicamente de fixar o grau de culpa perante a existência de diversos afetados pela qualificação.

Também no que respeita à sentença de qualificação, apesar da lei não o prever expressamente, a que determinar a insolvência culposa é suscetível de recurso, aplicando-se as regras gerais do art. 14.º do CIRE⁴⁶.

4.2. Incidente limitado

O incidente limitado tem lugar somente nas duas situações identificadas no art. 191.º, n.º 1 do CIRE. Nestes casos, o incidente segue uma tramitação distinta devido à insuficiência da massa insolvente, que não permite o cumprimento das suas próprias dívidas nem custas do processo. No caso do art. 39.º, n.º 1 do CIRE, o juiz verifica logo na sentença de declaração de insolvência essa insuficiência de património e, caso proceda à abertura do incidente⁴⁷, declara-o com carácter limitado. Na situação prevista no art. 232.º, n.º 5 do CIRE, o processo de insolvência corre os seus trâmites, mas é encerrado por falta de património do devedor. Esse encerramento não determina a cessação do incidente - caso este tenha sido aberto e esteja em curso-, prosseguindo os seus termos com carácter limitado.

A atribuição de determinado carácter ao incidente não implica que o mesmo permaneça desse modo ao longo de todo o processo de insolvência. De facto, o incidente originariamente pleno pode torna-se limitado por insuficiência de bens do devedor. Ademais, o inverso também é admitido, o que significa que o incidente inicialmente limitado pode ser convertido em pleno, nos casos em que os interessados requeiram o complemento da sentença ao abrigo do art. 39.º, n.º 2 al. a) do CIRE desde que, obviamente, estejam verificados todos os requisitos necessários para o efeito, nomeadamente o depósito à ordem do tribunal do montante fixado pelo juiz ou de caução desse valor para garantia das custas e das dívidas.

Por indicação expressa do art. 191.º, n.º 1 do CIRE, a tramitação do incidente limitado segue o regime do incidente pleno, sendo-lhe aplicáveis os arts. 188.º e 189.º do CIRE com as devidas adaptações. Vejamos, de seguidas, essas adaptações.

De acordo com o art. 191.º, n.º 1, al. a) do CIRE, o prazo atribuído ao administrador da insolvência ou a qualquer interessado para alegar o que entender por conveniente para a qualificação da insolvência como culposa é de quarenta e cinco dias após a data da sentença

⁴⁶ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 526. No mesmo sentido, LEITÃO, Luís Menezes - *Direito da Insolvência*, 10ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 292 e EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 179.

⁴⁷ Mais uma vez, o juiz só determina a abertura do incidente de qualificação se existirem no processo elementos que o justifiquem (cfr. art. 39.º, n.º 1 do CIRE).

que decreta a insolvência. Em face das alterações produzidas a esta alínea, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, parece resultar que independentemente da situação que determine o incidente limitado, o prazo conta-se sempre a partir da data da declaração da insolvência e não após a data da decisão de encerramento do processo, como acontecia quando em causa estivesse o art. 232.º, n.º 5 do CIRE.

Também o prazo para o administrador da insolvência apresentar o seu parecer (no caso de não ser ele a propor a qualificação da insolvência culposa ao abrigo do art. 188.º, n.º 1 do CIRE) é diferente comparando com o regime do incidente pleno. No âmbito do incidente limitado, o administrador da insolvência dispõe apenas de quinze dias para apresentar o seu parecer, ao invés da solução prevista no incidente pleno cujo o prazo é de vinte dias, por força da alteração legislativa produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril (cfr. art. 188.º, n.º 3 do CIRE). Não se percebe porque é que o legislador não alterou também o prazo no âmbito do incidente limitado.

No que respeita aos documentos de escrituração e de contabilidade do insolvente, visto que não há lugar a apreensão dos mesmos, cabe ao devedor insolvente (e não ao administrador da insolvência, como acontece nos demais casos) patentear os respetivos elementos de contabilidade de forma a serem examinados pelos interessados (art. 191.º, n.º 1, al. b) do CIRE). Quanto ao local onde devem ser patenteados, por não se aplicar o art. 133.º do CIRE, Luís Carvalho Fernandes considera que o devem ser no local onde eles habitualmente se encontrem⁴⁸. Além do mais, embora não exista apreensão dos elementos de contabilidade como acabado de mencionar, o devedor insolvente deve facultar o acesso aos mesmos ao administrador da insolvência por forma a que consiga elaborar o seu parecer. Em causa está o cumprimento do dever de colaboração regulado no art. 83.º do CIRE. A observância deste dever resulta do art. 191.º, n.º 2 do CIRE e justifica-se, pois, o encerramento do processo impõe a cessação dos efeitos resultantes da sentença de declaração da insolvência (cfr. art. 233.º, n.º 1 al. a) do CIRE).

As diferenças entre o incidente pleno e limitado também são pouco expressivas quanto aos efeitos. Na prática, segundo o art. 191.º, n.º 1, al. c) do CIRE, somente é excluído o efeito previsto na al. d) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, ou seja, a perda dos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa, ou, caso já tenham sido pagos, a sua restituição. Luís Carvalho Fernandes entende que esta exclusão impede que o efeito se concretize dada a

⁴⁸ FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência... (cit.), p. 93, nota 20.

insuficiência de património na massa insolvente⁴⁹. Por sua vez, Maria Rosário Epifânio defende que o efeito produzido pela al. d) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE é vantajoso para os credores, na medida em que a perda dos créditos ou a sua restituição reforça a posição dos mesmos. Enveredamos por esta última tese, uma vez que permite aos credores serem pagos com valores a que não teriam acesso caso não fosse qualificada a insolvência como culposa⁵⁰.

⁴⁹ FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência... (cit.), p. 93.

⁵⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 181, nota 547.

CAPÍTULO II - A INSOLVÊNCIA CULPOSA

1. Noção e presunções do art. 186.º do CIRE

Como verificámos anteriormente, o incidente de qualificação da insolvência vai determinar se a insolvência é culposa ou fortuita. A lei insolvencial não se preocupou com a insolvência fortuita, não tendo sequer apresentado um conceito sobre a mesma, dado que a sua qualificação não acarreta quaisquer efeitos para além dos que já decorrem da própria declaração de insolvência⁵¹. Por esse motivo, a doutrina tem entendido que a insolvência fortuita é toda aquela que não seja culposa⁵².

No ordenamento jurídico vizinho, o legislador espanhol também não se preocupou em explicitar as situações em que o “*concurso*” se deve definir como fortuito, aplicando-se, assim, o mesmo critério: “*en todos los casos en los que no corresponda la calificación culpable, el concurso se debe calificar como fortuito*”⁵³.

A insolvência é qualificada como culposa quando tiver sido criada ou agravada em resultado de comportamento doloso ou com culpa grave praticado pelo devedor ou pelos administradores do mesmo nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Este conceito geral, retirado expressamente do n.º 1 do art. 186.º do CIRE, pressupõe a verificação, cumulativa, dos seguintes requisitos para que a insolvência assumira este carácter culposo.

Em primeiro lugar, torna-se essencial que determinados sujeitos, mediante factos concretos, atuem no sentido de criar a insolvência ou, estando já criada, causar o agravamento da mesma. Esta atuação⁵⁴ é, então, praticada pelo próprio devedor ou pelos

⁵¹ Em traços gerais, com a declaração de insolvência, o insolvente perde a possibilidade de praticar atos de disposição e administração dos bens que integram a massa insolvente (passando os mesmos para o administrador de insolvência), contudo, mantém a legitimidade e a capacidade para realizar quaisquer negócios relativos aos bens que não integram a massa insolvente (art. 81.º e ss. do CIRE).

⁵² Entre outros, *vide* EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 149 e FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência... (cit.), p. 94. Para Maria Elisabete Ramos a qualificação da insolvência como fortuita acontece nas situações em que os administradores foram diligentes, mas confrontaram-se com a situação de insolvência, bem como nos casos em que os administradores atuam com graus menos graves de negligência. Cfr. Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos Administradores. *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 83, 2007, p. 482. Disponível em: <https://home.heinonline.org/>. Alerta-se, ainda, que a qualificação da insolvência como fortuita não obsta que os administradores sejam responsabilizados fora do processo de insolvência. Cfr. DUARTE, Rui Pinto – Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE. *III Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra: Almedina, 2015, p. 166.

⁵³ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E.– Calificación de la insolvencia en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones española y uruguaya. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 4, Coimbra: Almedina, 2020, p. 99. No mesmo sentido, *vide* RAMOS MONTESA, Ángel - Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Comentarios, jurisprudência aplicable y formularios, Espanha, Barcelona: Editorial Bosch, 2004, pp. 699-700.

⁵⁴ A atuação pode traduzir-se através de comportamentos positivos ou negativos. Os comportamentos positivos implicam que se adotem deveres de cuidado e zelo para se evitar um risco de insolvência e, por sua vez, os

administradores⁵⁵ de direito ou de facto. Consideram-se administradores de facto aqueles que desempenham funções de gestão e administração numa entidade sem que para tal tenham legitimidade, ou seja, são sujeitos que atuam sem título legal, os que atuam após o título ter sido extinto ou estar caduco, ou os que atuam com base num título nulo ou declarado anulado⁵⁶. O legislador sentiu especial preocupação em demonstrar que a atuação destes administradores de facto, também pode ser causadora, ou agravar, a situação financeira de uma entidade que vem a ser declarada insolvente. O objetivo é claro: imputar as responsabilidades aos verdadeiros causadores da situação de insolvência, colocando-os em paridade com os administradores de direito e aplicando-lhes o mesmo tratamento jurídico independentemente da natureza da administração⁵⁷.

O segundo requisito a observar para que a insolvência seja qualificada como culposa é que o comportamento seja praticado com culpa grave ou dolo⁵⁸, o que nos leva a crer que o legislador pretendeu afastar expressamente a culpa leve.

comportamentos negativos, ou omissões, importam que não se pratiquem atos que possam causar ou agravar a situação de insolvência. Cfr. FIDALGO, Ana – *A responsabilidade dos Administradores Societários no Processo de Insolvência: Em especial o Incidente de Qualificação de Insolvência*. Leiria: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Instituto Politécnico de Leiria, 2017. Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa, p. 52, SERRA, Catarina – “Decoctor ergo fraudator”? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) (Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07). Cadernos de Direito Privado, n.º 21. Braga: CEJUR, 2008, p. 60 e OLIVEIRA, Nuno Pinto – A responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa; *I Colóquio de direito da insolvência de Santo Tirso* (coord. Catarina Serra), Almedina, 2015, p. 197.

⁵⁵ Nos termos do art. 6.º do CIRE, entende-se por administradores, se o devedor não for uma pessoa singular, todos aqueles “a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa”; se for uma pessoa singular, são administradores “os representantes legais e os mandatários com poderes gerais”. Acresce que, para estes efeitos, são tidos como administradores, não só aqueles que ainda o são ao tempo da sentença de qualificação como também os administradores que já não o são.

⁵⁶ COSTA, Ricardo – O administrador de facto e o artigo 80.º do CSC, *Congresso “E depois do código das sociedades comerciais em comentário”*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 199-200. Disponível em: <https://www.ricardo-costa.com>. Nas palavras de Maria do Rosário Epifânio, “(...) o conceito de “administrador de facto” ou “oculto” é também aí utilizado com o objetivo precípuo de abranger no âmbito da responsabilização os verdadeiros autores materiais do processo decisional conducente à insolvência empresarial, para lá dos meros “testas-de-ferro” formais da administração empresarial, evitando assim a ilusão dos comandos legais”. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 150. Por sua vez, na jurisprudência, o Acórdão do TRP, de 19/11/2020, Relator Freitas Vieira (Processo n.º 65/12.2TYVNG-H.P1), considera que “a existência de administradores de facto pressupõe a prática de atos próprios da administração – v.g. os constantes do art.º 406.º do CSC - com a autonomia que caracteriza a atuação dos administradores das sociedades, por alguém que não tendo sido legalmente nomeado para exercer essas funções ou que tendo-o sido deixou entretanto de o ser”. Segundo este Acórdão, o requerido havia sido administrador da sociedade, tendo deixado esse cargo, todavia, continuou a comportar-se como tal, através da contratação de funcionários e da negociação com a banca e com os credores. Para mais desenvolvimentos sobre esta figura vide COSTA, Ricardo - *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2016.

⁵⁷ Segundo Carneiro da Frada, “[E]sta extensão da imputação é suscetível de abranger sócios que exerçam na realidade, pela influência e domínio que têm na realidade, pela influência e domínio que têm na sociedade, tal administração”. Cfr. A responsabilidade dos administradores na insolvência, *Revista Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. II, 2006, Disponível em: <https://portal.oa.pt/>

⁵⁸ O conceito de dolo provém do art. 253.º, n.º 1 do CC. Segundo este, existe intenção em induzir ou manter em erro o autor da declaração. Segundo Maria Elisabete Ramos haverá dolo quando o administrador da insolvência “conhece a situação da sociedade e assume condutas que mostram que quer ou se conforma com

Em terceiro lugar, a insolvência será culposa se existir um nexo de causalidade entre o comportamento do devedor ou dos seus administradores e a criação ou o agravamento da situação de insolvência. A atuação em si, que não tenha como resultado a situação de insolvência ou o seu agravamento, não assume qualquer relevância para a determinação da insolvência culposa.

Por último, salienta-se que apenas são tidos em consideração os atos praticados nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁵⁹. António Carneiro da Frada defende que o prazo de três anos, de conhecimento officioso do juiz, não é um prazo de prescrição ou de caducidade, mas, antes, um período durante o qual a responsabilidade do devedor ou dos administradores é relevante para efeitos de qualificação⁶⁰.

Para além do conceito geral de insolvência, enumerou-se um conjunto de condutas indiciadoras de insolvência culposa nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE. Embora contenham conceitos indeterminados e de difícil compreensão, os factos previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE visam favorecer “*a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos*”⁶¹. Mas será realmente assim?

Sobre estas presunções, entre a doutrina e jurisprudência, muito se tem debatido, isto porque o legislador separou estes comportamentos em dois grupos distintos, aos quais a doutrina maioritária classifica como presunções “*iuris et de iure*” de insolvência culposa no n.º 2 e presunções “*iuris tanto*” no n.º 3.

Deste modo, acompanhamos a doutrina e jurisprudência maioritária, defendendo que as situações previstas no n.º 2 do art. 186.º CIRE⁶² quando verificadas determinam que a insolvência é *sempre* culposa, não admitindo prova em contrário. Segundo a mesma tese, nestas situações, não existe necessidade em demonstrar o nexo causal entre a conduta e a origem /agravamento da insolvência⁶³. Salienta-se, uma vez mais, que só são tidas em

a insolvência ou o seu agravamento”. Além disso, uma vez que a lei nada se refere quanto ao tipo de dolo (direto, necessário ou eventual) admite-se que qualquer um deles é relevante para o incidente de qualificação. Cfr. Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos Administradores... (cit.), p. 479

⁵⁹ O legislador não acolheu a previsão do art. 169.º do Anteprojeto do CIRE em que a contagem do prazo era feita desde a declaração de insolvência.

⁶⁰ FRADA, António Carneiro – A responsabilidade dos administradores na insolvência... (cit.).

⁶¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência*... (cit.), p. 151.

⁶² Com exceção da última alínea, correspondem às situações elencadas no art. 126.º-A do CPEREF.

⁶³ Neste sentido, EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência*... (cit.), pp. 151-179; FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas ...* (cit.), pp. 237-238. Na jurisprudência, por exemplo, cfr. Acórdão do TRG, de 18/10/2018, Relator Maria Luísa Ramos (Processo n.º 880/15.5T8GMR-A.G1), Acórdão do TRE, de 10/10/2019, Relator Albertina Pedroso (Processo n.º 167/16.6T8STR-C.E1) e Acórdão do TRP, de 15/06/2015, Relator Manuel Domingos Fernandes (Processo n.º 2888/13.6TBVFR-E.P1). De acordo com o Acórdão do TRP, de 14/07/2020, Relator Jorge Seabra (Processo n.º 1338/17.3T8STS-A.P1), “[N]este contexto [a propósito da situação de insolvência

consideração as condutas ocorridas nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, com exceção da conduta elencada na al. i) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE dado que o incumprimento desses deveres releva até à data da elaboração do parecer a que alude o art. 188.º, n.º 2 do CIRE⁶⁴. Todavia, em sentido diverso, Rui Estrela de Oliveira, após analisar cada uma das alíneas elencadas no n.º 2 do art. 186.º CIRE, considera que se devem subdividir em “*causas semi-objetivas*”, as que se encontram entre as als. a) e g), casos estes que determinam a culpabilidade na insolvência apenas quando se verifique onexo causal entre o comportamento/omissão e a situação de insolvência previsto no n.º 1 do mesmo preceito (o Autor não dispensa o nexo causal dado que em causa estão expressões genéricas e indeterminadas devendo, por isso, ser analisadas caso a caso), e as causas “*puramente objetivas de insolvência culposa*”, as que se encontram entre as als. h) e i), na medida em que aquele comportamento determina por si só a culpabilidade na criação ou agravamento da situação de insolvência, não sendo, portanto, necessária a prova do nexo de causalidade entre a conduta e criação ou agravamento da situação de insolvência⁶⁵. Embora em sentido diverso, Catarina Serra sustenta a mesma divisão entre as alíneas deste n.º 2 do 186.º do CIRE. Segundo esta Autora, as situações enumeradas nas alíneas a) a g), enquanto factos a que “*frequentemente se deve a insolvência*”, permitem justificar a existência de nexode causalidade atribuído ao referido normativo, diferentemente das situações das alíneas h) e i) que, apesar de censuráveis, não permitem demonstrar convincentemente que a insolvência teve origem ou se agravou em consequência das mesmas, uma vez que são factos que não as permitem provar⁶⁶.

culposa], não deixando o legislador de ter presente os fins prosseguidos através do incidente de qualificação da insolvência (censura das condutas que originaram e agravaram a insolvência e respectiva responsabilização do devedor e dos administradores de facto e de direito) e as reconhecidas dificuldades ao nível da prova do carácter doloso ou gravemente negligente da conduta e da relação de causalidade entre essa conduta e a criação ou agravamento da insolvência, consagra o CIRE um conjunto tipificado e taxativo de factos-índice que envolvem, segundo as regras da experiência e do curso normal das coisas, efeitos particularmente negativos para o património do insolvente, susceptíveis de gerar ou de agravar a situação de insolvência. Desta forma, no n.º 2 do artigo 186º consagra-se um conjunto de factos-índice de cuja verificação resulta, em termos iniludíveis, a prova da culpa (dolo ou culpa grave) e do nexo causal entre os mesmos e o surgimento/agravamento da situação de insolvência”.

⁶⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 152 e DUARTE, Nuno Pinto Duarte - *Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE...* (cit.), p. 163.

⁶⁵ Em relação às als. h) e i) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, Rui Estrela de Oliveira refere que “*estamos aqui perante sanções quase directas: deve ser sancionado quem impediu que se desenvolvesse uma normal discussão factual sobre os pressupostos da insolvência culposa. Destarte, e para fazer funcionar as presunções, apenas deve ser alegada e provada a literal factualidade com virtualidade para preencher a hipótese normativa das alíneas, não sendo necessário invocar qualquer facto para preencher os pressupostos de insolvência culposa constantes da noção geral do n.º 1, designadamente, o nexode causalidade entre tais comportamentos e a produção e/ou agravamento da situação de insolvência*”. Cfr. Uma Brevíssima Incursão... (cit.), pp. 237-243.

⁶⁶ SERRA, Catarina - “Decoctor ergo fraudator”?... (cit.), pp. 65-66.

Por sua vez, António Carneiro da Frada entende que as situações do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, apesar de algumas reservas em relação a determinadas alíneas (como é o caso da al. d) e h)), correspondem a presunções de causalidade entre a violação ilícita de deveres de conduta e fidelidade do devedor ou dos seus administradores e a situação de insolvência⁶⁷.

Para além da natureza das presunções, a doutrina também diverge em relação ao carácter taxativo ou exemplificativo da enumeração do n.º 2 do art. 186.º do CIRE. Na defesa do primeiro encontramos nomes como Luís Carvalho Fernandes, João Labareda⁶⁸ e António Carneiro da Frada⁶⁹, diferentemente do entendimento de Catarina Serra⁷⁰.

No que concerne à natureza das presunções do n.º 3 do art. 186.º do CIRE, mais dúvidas se levantam. Por um lado, há Autores que defendem que se tratam (apenas) de presunções relativas de culpa grave dos administradores (de direito ou de facto), o que significa que se presume só um dos requisitos para que a insolvência seja declarada como culposa: a culpa grave. Os defensores deste entendimento apoiam-se na falta do advérbio *sempre* no proémio do n.º 3, o que significa que a verificação das situações do n.º 3 não dispensa a prova dos demais requisitos, incluindo o nexos de causalidade entre a atuação e a criação ou agravamento da situação de insolvência⁷¹. Contrariamente, Autores como Catarina Serra consideram que, “*sob pena de perder grande parte da sua utilidade*”, as situações do n.º 3 se tratam de verdadeiras presunções de insolvência culposa⁷². Atendendo à leitura literal do preceito, consideramos que os comportamentos elencados no n.º 3 do art. 186.º do CIRE se tratam apenas de presunções de culpa grave e não de insolvência culposa.

⁶⁷ FRADA, António Carneiro - A responsabilidade dos administradores na insolvência... (cit.).

⁶⁸ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 680.

⁶⁹ FRADA, António Carneiro - A responsabilidade dos administradores na insolvência... (cit.).

⁷⁰ Segundo Catarina Serra, “[N]aturalmente, a enumeração não é exaustiva – nenhuma o é quando combinada com uma cláusula geral -, podendo outros (factos dar origem àquela consequência (...))”. Cfr. “Decoctor ergo fraudator”?... (cit.), p. 68.

⁷¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de direito da insolvência...* (cit.), pp. 151-179, OLIVEIRA, Rui Estrela de - *Uma Brevíssima Incursão ...* (cit.), pp. 243-245, LEITÃO, Luís Menezes - *Código Da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), pp. 237-238. Na jurisprudência, vide, por exemplo, Acórdão TRG, de 12/07/2017, Relator Falcão Magalhães (Processo n.º 370/14.3TJCBR-A.C1).

⁷² SERRA, Catarina - *Lições de Direito da Insolvência*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2021, p. 301. Também na jurisprudência este entendimento ganha adeptos, por exemplo, no Acórdão do TRC, de 22/05/2012, Relator Barateiro Martins (Processo n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1).

CAPÍTULO III - EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

A qualificação da insolvência como culposa acarreta a produção de um conjunto de efeitos “*substantivos de natureza estritamente civil*”⁷³. Por outras palavras, aos afetados pela qualificação da insolvência culposa são aplicadas consequências de carácter preventivo e sancionatório tendo em vista obstar a prática de atos responsáveis pela criação ou agravamento da situação de insolvência⁷⁴. Estes efeitos encontram-se elencados, maioritariamente, no n.º 2 do art. 189.º do CIRE - com a exceção da al. a) do referido preceito que se limita a identificar os responsáveis pela criação ou agravamento da insolvência e fixar o respetivo grau de culpa -, estando outros regulados dispersamente no Código⁷⁵. As consequências reguladas no n.º 2 do art. 189.º do CIRE são automáticas e cumulativas, não podendo o juiz deixar de as aplicar na sentença de qualificação da insolvência culposa⁷⁶.

A referenciada al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE diz respeito ao conteúdo da sentença, ou seja, antes de preceituar os efeitos, a sentença de qualificação deve identificar as entidades a quem esses se aplicam, designadamente os administradores, de direito ou de facto, os Técnicos Oficiais de Contas (TOC’s)⁷⁷ e os Revisores Oficiais de Contas (ROC’s).

A referência aos afetados pela qualificação, prevista na al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, distingue-se, claramente, do art. 186.º, n.º 1 do CIRE. No último preceito atende-

⁷³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 179.

⁷⁴ Nas palavras de António Carneiro da Frada “(...) o incidente de qualificação da insolvência como culposa e as situações que o fundamentam são inspirados na necessidade de protecção de interesses alheios. As consequências de índole não ressarcitória que a lei expressamente associou a essa qualificação não visam apenas a prevenção de condutas danosas futuras por parte dos administradores atingidos. Na verdade, ao predispor-se sanções civis de natureza pessoal ocorrendo certas condutas censuráveis dos administradores, é com certeza de concordarem que o estabelecimento dessas sanções pelo legislador visava sempre dissuadir os administradores de determinados comportamentos lesivos de terceiros (...)”. Cfr. A responsabilidade dos administradores na insolvência... (cit.).

⁷⁵ Segundo Luís Carvalho Fernandes “[A] a razão que explica o facto destes efeitos [os referidos nos arts. 228.º, n.º 1 al. c), 238.º, n.º 1 al. e), 243.º, n.º 1 al. c), todos do CIRE] não constarem da enumeração do art. 189.º reside, por certo, em decorrerem, ipso iure, de factos que revelam na qualificação da insolvência como culposa, enquanto os contidos nas alíneas do n.º 2 do art. 189.º dependem da decisão judicial específica relativa a essa qualificação”. Cfr. A qualificação da insolvência... (cit), p. 96

⁷⁶ Cfr. Acórdão do TC n.º 280/2015, de 20/05/2015, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (referente ao processo n.º 1025/2014). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. Os Acórdãos do TRG, 28/03/2019, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1) e do TRP, de 15/01/2019, Relator Márcia Portela (Processo n.º 273/14.1T8VNG-A.P2) seguiram o mesmo entendimento. Segundo aquele Tribunal da Relação do Porto, o juiz não pode escolher o efeito mais apropriado tendo em conta a situação concreta, isto porque cada um dos efeitos visa satisfazer interesses distintos (dos credores, de terceiros e do tráfego comercial).

⁷⁷ Cuja designação atual é Contabilistas Certificados em consequência da alteração do Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 452/99, de 5 de novembro, pela Lei n.º 139/2015, de 07 de setembro, passando a ser Estatuto dos Contabilistas Certificados.

se às atuações, com dolo ou culpa grave, do devedor e dos administradores para efeitos de qualificação da insolvência como culposa, enquanto que o art. 189.º do CIRE exemplifica algumas entidades que podem ser afetadas pela qualificação para além daqueles que contribuíram para a insolvência ou para o seu agravamento.

Sobre esta problemática colocam-se algumas questões uma vez que o art. 186.º, n.º 1 do CIRE permaneceu inalterado após a entrada em vigor da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, diferentemente do que se verificou relativamente ao art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE, em que o legislador, de uma norma genérica passou para uma previsão específica de sujeitos afetados, apesar de se tratar de uma enumeração exemplificativa⁷⁸(tal como deriva expressamente do advérbio “*nomeadamente*”), cujo objetivo centrava-se no alargamento do âmbito subjetivo de afetados pela qualificação.

Assim, apoiados neste carácter não taxativo, podemos concluir que o próprio devedor poderá ser afetado pela qualificação embora o legislador não o tenha incluído no aludido art. 189.º, n.º 2 al. a) do CIRE. Diversa interpretação poderia colocar em causa a “*ratius legis*” do instituto jurídico da qualificação, pois, como oportunamente se mencionou, o incidente de qualificação tem em vista apurar se a insolvência é culposa ou fortuita, e apurada a culpabilidade da mesma, a determinação daqueles que contribuíram para a sua criação ou agravamento, responsabilizando-os para com os credores por tais condutas ou omissões^{79/80}.

⁷⁸ Ainda assim, não é qualquer pessoa que pode ser considerada como afetada pela qualificação. De acordo com o Acórdão do TRE, de 23/04/2020, Relator Francisco Matos (Processo n.º 1810/18.8STR-D.E1), a “(...) *afetação visa abranger-se todos aqueles que no âmbito da organização social do devedor venham a ser identificados como os autores do processo de decisão que conduziu à insolvência*”, estando, portanto, “[E]xcluídos do núcleo de pessoas suscetíveis de serem afetados pela insolvência culposa do devedor (...) todos aqueles que não concorreram para a formação da vontade do devedor praticando ou omitindo atos que determinaram a insolvência, seja porque eram de todo estranhos aos seus órgãos sociais, seja porque pertencendo a eles agiram de acordo com a diligência que lhes era exigível”. Segundo esta decisão, devem ser afetados pela qualificação aos autores dos atos prejudiciais ao invés dos beneficiários dos mesmos. No sentido de que o art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE na redação da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, tem como objetivo o alargamento do âmbito subjetivo de sujeitos afetados pela qualificação *vide* Acórdão do TRP, de 14/07/2021, Relator Jorge Seabra (Processo n.º 1338/17.3T8STS-A.P1).

⁷⁹ Segundo José Engrácia Antunes, “(...) *seria decerto bizarro que, declarada judicialmente a insolvência do devedor e comprovado que esta foi criada ou agravada em consequência da sua exclusiva atuação dolosa ou com culpa grave, a insolvência fosse qualificada como culposa mas não subsistisse alguém afetado por tal qualificação*”. Cfr. As pessoas coletivas na insolvência culposa. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 30. Porto: ISCAP-IPP, 2018, p. 76. Disponível em: <https://parc.ipp.pt/>. No mesmo sentido, MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 519-520. No entanto, este último Autor defende que “*o devedor não é necessária e automaticamente afetado pela qualificação da insolvência como culposa. (...) Basta pensar que uma pessoa singular pode também ter administradores e que só esses administradores devam ser afetados pela qualificação referida*”.

⁸⁰ No âmbito da *Ley Concursal* espanhola a afetação do próprio devedor também é discutida. Nas palavras de María Díaz Gómez e Carlos Miguélez del Río, “(...) *nosotros pensamos que si bien es cierto que en el concurso pueden declararse como personas afectadas otras distintas del deudor, éste es el primer afectado por su propia declaración de concurso*”. Cfr. La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011.

Pelo exposto, entendemos que o devedor *pessoa física* pode e deve ser afetado pela qualificação da insolvência. Por outro lado, dúvidas se colocaram relativamente ao devedor *pessoa coletiva*. Sobre esta problemática, Alexandre Soveral Martins rejeita a possibilidade dos devedores *peçoas coletivas* serem afetados pela qualificação, na medida em que estes atuam através de *peçoas físicas* e, como tal, deverão ser essas as afetadas pela qualificação da insolvência. Este Autor fundamenta-se na obrigatoriedade de proceder ao registo civil (para as pessoas singulares) e comercial (para os comerciantes em nome individual) das inibições previstas no art. 189.º, n.º 2 do CIRE, sendo que o mesmo não se aplica para às pessoas coletivas⁸¹. De outra parte, José Engrácia Antunes defende que nada permite justificar a exclusão das pessoas coletivas do leque de afetados pela qualificação. Na sua argumentação, o Autor percorre os elementos gerais da interpretação da lei, mais concretamente os arts. 186.º, n.º 1 e 189.º, n.º 2, al. a), ambos do CIRE, defendendo que o legislador não exige que o administrador do devedor insolvente se trate de pessoa singular nem impede que o mesmo seja uma pessoa coletiva. Da mesma forma, no art. 6.º do CIRE (noção de administradores), o legislador não se refere à sua natureza, não se devendo adotar aqui (na lei insolvencial) interpretação distinta da lei societária prevista no art. 390.º, n.º 4 do CSC, ao ser admitido que uma pessoa coletiva seja designada e eleita como titular do órgão de administração. Relativamente à história da Lei, como é consabido, o incidente de qualificação da insolvência inspirou-se na *Ley Concursal* espanhola que não parece afastar as pessoas coletivas do leque de pessoas que podem ser afetados pela qualificação (cfr. art. 455., 2.1º do Texto Refundido da *Ley Concursal*, correspondente ao anterior art. 172., 2.1º da *Ley Concursal*). No que respeita ao espírito da Lei, conforme referimos anteriormente, o objetivo do legislador é de responsabilizar todos os que contribuíram ou agravaram a situação de insolvência de forma dolosa ou com culpa grave. Desse modo, apesar do legislador ter enumerado algumas entidades que podem ser afetadas pela qualificação, como se disse, a enumeração é meramente exemplificativa. Além disso, a identificação dos contabilistas certificados e dos ROC's assume uma especial relevância na defesa da afetação de pessoas coletivas, na medida em que “*estes se encontram frequentemente organizados sob a forma coletiva ou societária*” e, como tal, a limitação às pessoas singulares “*teria como*

Pecunia, n.º 14, 2012, p. 157. Em sentido diverso, vide GARAU ALCOVER, Guillermo – Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal in Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal (dir. R. Garcia Villaverde, A. Alonso Ureba e J. Pulgar Ezquerria), Editorial Dilex, 2003, pp.494-495.

⁸¹ Cfr. *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 520-521 e Insolvência Culposa e “responsabilidade civil” dos afetados, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 2, 2020, pp. 328-329. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/>

resultado inevitável excluir do perímetro da sentença qualificativa da insolvência culposa (...), ficando confinada a sua aplicação aos profissionais individuais da contabilidade”. Por último, no que concerne ao sistema da Lei, em nenhum efeito regulado nas alíneas do n.º 2 do 189.º do CIRE se demonstra que os mesmos só têm aplicação às pessoas singulares⁸².

Ainda quanto aos afetados pela qualificação da insolvência, discute-se também na doutrina se as atuações/ omissões dos contabilistas certificados e dos ROC’s relevam para a qualificação da insolvência culposa tendo em conta a atual redação do art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE. Por um lado, Alexandre Soveral Martins considera que a insolvência é culposa quando tenha sido criada ou agravada em consequência da atuação ou omissão do devedor e dos seus administradores, pelo que, por si só, as atuações dos contabilistas certificados e dos ROC’s não importam necessariamente a qualificação de insolvência culposa. Assim, quanto a estes, não se verificam as presunções previstas no art. 186.º, n.º 2 e 3 do CIRE, o que significa que o dolo e a culpa grave devem ser comprovados por outros meios tendo em conta os três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁸³. Diferentemente, Maria do Rosário Epifânio e Jorge Coutinho de Abreu defendem que o art. 186.º, n.º 1 do CIRE deve ser interpretado tendo em conta a alteração produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril ao art. 189.º do CIRE, o que implica que as atuações dos contabilistas certificados e dos ROC’s sejam relevantes para efeitos de determinação de insolvência culposa⁸⁴.

No que respeita aos administradores de direito e de facto, ambos podem ser identificados na sentença de qualificação, o que significa que a identificação do administrador de facto não impede que também seja identificado o administrador de direito e vice-versa⁸⁵. Ainda quanto aos administradores é relevante mencionar que a qualificação da insolvência como culposa não implica necessariamente a sua afetação como “*pessoas afetadas*”, pelo que esta identificação deve ser feita tendo em conta a conduta individual de cada um⁸⁶.

Face ao exposto, consideramos que a sentença de qualificação da insolvência deve identificar os responsáveis pela criação ou agravamento da situação de insolvência, mesmo que não estejam previstos na alínea a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE. A afetação do devedor

⁸² ANTUNES, José Engrácia - As pessoas coletivas na insolvência culposa... (cit.), pp. 81-92.

⁸³ Cfr. *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 518-524 e Insolvência Culposa e “responsabilidade civil” dos afetados... (cit.), pp. 329-330. No mesmo sentido, RESENDE, Patrícia - Qualificação de insolvência. *O Informador Fiscal* (09/07/2021). <https://www.informador.pt/> [Consultado em 20/07/2021]

⁸⁴ Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 151 e ABREU, Jorge Coutinho – *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 12ª edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 143.

⁸⁵ MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 524.

⁸⁶ Nesse sentido, vide DUARTE, Rui Pinto - Responsabilidade dos administradores... (cit.), p. 168.

e dos seus administradores não levanta quaisquer dúvidas tendo em consideração a razão de ser do incidente, enquanto que a dos contabilistas certificados e dos ROC's se justifica, pois são entidades com deveres específicos, designadamente de deteção, informação e alerta sobre o estado económico em que se encontra o devedor insolvente, pelo que, o incumprimento desses mesmos deveres conjugado com um comportamento doloso ou com culpa grave, implica a sua afetação.

No âmbito da “*calificación del concurso*”, de acordo com o art. 172.2.1º da *Ley Concursal*, na sentença de qualificação de insolvência, o juiz deve identificar as pessoas afetadas pela qualificação, assim como os seus cúmplices. O alcance subjetivo deste preceito foi tema das diversas reformas legislativas ocorridas desde o texto original da *Ley*. Inicialmente, o legislador não enumerava as entidades nem identificava as razões pelas quais seriam afetadas. À vista disto, defendia-se que seriam apenas afetados os administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, e os representantes legais das pessoas singulares declaradas insolventes⁸⁷. Mais tarde, com a reforma operada pela *Ley 38/2011*, o legislador passou a prever, expressamente, que, tratando-se de pessoas coletivas, seriam afetados pela qualificação “(...) *los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso*”. Consagraram-se, então, novas entidades, como é o caso dos procuradores gerais, como já havia sido alertado pela doutrina⁸⁸. Posteriormente, com o *Real Decreto Ley 4/2014*, incluiu-se no leque de afetados “(...) *los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165(...)*”. Isto significa que, no caso das sociedades de capital, os sócios que, sem motivo justificativo, tenham impedido a realização de operações de financiamento e, conseqüentemente, tenham lesado os direitos dos credores, podem ser afetados pela qualificação em função do grau de contribuição na formação da maioria que é necessária para rejeitar os respetivos acordos. Verificando-se estas situações, os sócios poderão ser condenados em indemnização pelos danos e até mesmo pelo “*défice concursal*” na medida em que o seu comportamento tenha contribuído para a criação ou agravamento da situação de insolvência. Desse modo, a condenação dos sócios consiste numa responsabilidade por

⁸⁷ GARAU ALCOVER, Guillermo – Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal in Derecho Concursal ... (cit.), pp.496.

⁸⁸ Entre eles, vide GARAU ALCOVER, Guillermo – Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal... (cit.), pp.497.

omissão, no sentido em que incumpriram com o dever de colaboração impedindo a formação de acordos de financiamento. Atualmente, fruto do *Real Decreto Administrativo* 1/2020, o art. 455.,2.1º do Texto Refundido da *Ley Concursal* prevê que, quando se trate de pessoas coletivas, são afetados pela qualificação as pessoas que tenham ocupado os órgãos de gestão da pessoa declarada insolvente, isto é, os administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, os diretores gerais e aqueles que tinham essas condições nos dois anos anteriores à data da declaração de insolvência. Comparando com o regime revogado, os sócios deixam de ser entidades afetadas e a figura dos “*apoderadores gerais*” foi substituída pela dos “*directores gerais*”. Segundo Manuel García-Villarrubia, a modificação é bastante positiva, na medida em que o conceito de “*apoderadores gerais*” foi, desde logo, alvo de críticas na doutrina e na jurisprudência espanhola. Para a doutrina, o conceito devia ser interpretado restritivamente, no sentido em que os “*apoderadores gerais*” seriam somente pessoas afetadas pela qualificação caso tivessem poderes de direção análogos aos de administrador e perante a prática de atos que pudessem desencadear a situação de insolvência⁸⁹.

No que respeita aos cúmplices, apesar de declaradamente se ter inspirado na *Ley Concursal*, o legislador português não acolheu esta figura, embora assuma uma grande relevância, pois, em muitas situações, a insolvência pode ser resultado da colaboração de pessoas estranhas ao devedor, o que justifica que também lhes sejam impostas as consequências decorrentes da qualificação da insolvência. De acordo com o art. 445. do Texto Refundido da *Ley Concursal*, correspondente ao anterior art. 166. da *Ley Concursal*, os cúmplices são terceiros que, com dolo ou culpa grave, tenham colaborado com o devedor ou seus representantes, em qualquer ato de criação ou agravamento da situação de insolvência⁹⁰. Esta cooperação realiza-se mediante um comportamento ativo de criação ou agravamento da situação de insolvência, na medida em que o comportamento por omissão

⁸⁹ Nas palavras de Manuel García-Villarrubia, “[A]hora, en el TRLC ya no se habla de “*apoderados generales*”, sino de “*directores generales*”, lo que supone una clara restricción o limitación del ámbito subjetivo de la calificación en línea con las posiciones que se venían manteniendo en la doctrina y la práctica judicial. Se trata sin duda de una previsión “despenalizadora”, en la medida en que supone un alivio del régimen de calificación, de cuyo ámbito subjetivo quedan excluidos como posibles personas afectadas los simples “*apoderados generales*” que no sean “*directores generales*””. Cfr. Dos cuestiones sobre calificación concursal a la luz del nuevo texto refundido: el déficit patrimonial y los directores generales como personas afectadas; *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 89, 2020 Disponível em: <https://www.uria.com/es/publicaciones/>

⁹⁰ DÍAZ GÓMEZ, María Angustias e MIGUÉLEZ DEL RÍO, Carlos – La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011... (cit.), p. 155. Disponível em: <http://revpubli.unileon.es/>

se verifica nas circunstâncias em que determinados sujeitos estão obrigados ao cumprimento de certos deveres⁹¹.

Os efeitos da insolvência culposa assumem um carácter eventual, pois não se verificam em todos os processos de insolvência, e de natureza patrimonial, o que significa que respeitam ao património dos afetados pela qualificação⁹².

1. Da inabilitação à inibição para administrar patrimónios de terceiros

O efeito previsto na al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE resulta de uma inovação legislativa, já que não tem qualquer correspondência com as normas contidas no CPEREF. Tendo em conta o ponto 40 do Preâmbulo do CIRE, o regime da qualificação da insolvência foi fortemente inspirado na *Ley Concursal* espanhola, o que levou a que daí fossem transpostos alguns conceitos, concretamente o regime da inabilitação, que no nosso ordenamento jurídico não tem a mesma interpretação, o que conduziu a fortes críticas e ao seu abandono em favor da atual inibição.

No ordenamento jurídico espanhol, o processo de insolvência – “*el concurso*” - apresenta uma tramitação processual distinta da prevista no CIRE. Uma das diferenças reside no facto de o devedor insolvente manter os poderes de administração e de disposição dos bens da massa insolvente. Quer isto dizer que, diferentemente do nosso ordenamento jurídico, a privação dos poderes de administração e disposição dos bens que integram a massa insolvente não resulta necessariamente da declaração da insolvência (“*declaración del concurso*”), justificando-se, então, a privação desses poderes através da “*inhabilitación*” em consequência da “*calificación del concurso*”⁹³.

A “*inhabilitación*” não se reduz a uma incapacidade jurídica, mas a uma limitação temporal das faculdades de gestão das pessoas afetadas pela qualificação⁹⁴ de bens de

⁹¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando – *Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales*. Manual de Derecho Concursal (dirección: Juana Pulgar Ezquerro), Madrid, Espanha: Wolters Kluwer, 2017, p. 393.

⁹² FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência... (cit.), p. 96.

⁹³ Segundo o art. 172.2.º da *Ley Concursal*, atualmente o art. 455.2.2º do Texto Refundido da *Ley Concursal*, pela redação dada pelo *Real Decreto Administrativo* 1/2020, de 5 de maio, “[L]a sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 2.º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período (...)”.

⁹⁴ Atendendo ao teor literal do preceito – “(...) las personas afectadas por la calificación(...)” - podia pensar-se excluir o próprio devedor ou até mesmo os cúmplices do leque de entidades a quem se aplica este efeito, todavia, a doutrina entendeu que o devedor deveria ser incluído neste âmbito. Cfr. RAMOS MONTESA, Ángel - *Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Comentarios, jurisprudência aplicable y formularios...* (cit.), pp. 744-745.

terceiros que tem início após a sentença de qualificação de insolvência⁹⁵. Portanto, é considerada uma consequência de carácter civil tendo em vista a proibição do exercício de atividades empresariais durante um determinado período de tempo. Esta consequência resulta automaticamente da sentença de qualificação da insolvência como culposa e tem uma duração entre dois a quinze anos⁹⁶. No que respeita ao concreto prazo da “*inhabilitación*”, a *Ley Concursal* estabelece que o juiz não deve fixá-lo de forma arbitrária, carecendo de atender à gravidade dos factos praticados pelo inabilitado e ao dano causado aos credores. Com a reforma de 2011, pela *Ley 38/2011*, o legislador determinou que se deve atender ainda à possível existência de outras sentenças de qualificação da insolvência que também o consideraram inabilitado.

Outra das diferenças do nosso regime em comparação com o ordenamento jurídico vizinho consiste em, excecionalmente, caso seja aprovado acordo, o afetado poder continuar a administrar a sociedade insolvente mediante autorização da sentença de qualificação se houver necessidade de prosseguir com a atividade inerente à aprovação de acordo. Em decorrência do *Real Decreto Administrativo 1/2020*, de 5 de maio, esta autorização é válida pelo período de tempo que for necessário ao cumprimento do acordo ou por período inferior (cfr. art. 455.2.2º do Texto Refundido da *Ley Concursal*).

Face à solução espanhola, na versão originária do CIRE, sendo a insolvência qualificada como culposa, o juiz decretava⁹⁷ a inabilitação das pessoas afetadas durante um período de tempo de dois a dez anos, ficando estas impossibilitadas de praticar atos de disposição e de administração dos seus bens, exceto se o fizessem mediante autorização de um curador (um curador para cada um dos inabilitados, caso fossem vários). A nomeação do(s) curador(es) competia ao juiz, bem como a fixação dos poderes que lhe(s) seriam cometidos após audição dos interessados (cfr. art. 190.º do CIRE⁹⁸)⁹⁹.

⁹⁵ DÍAZ GÓMEZ, María Angustias e MIGUÉLEZ DEL RÍO, Carlos – La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011... (cit.), pp. 157-158. Disponível em: <http://revpubli.unileon.es/>

⁹⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando – *Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales...* (cit.), p. 400.

⁹⁷ Em defesa de que a inabilitação carece de ser expressamente declarada pelo juiz na sentença de qualificação “(...) pois é uma faculdade que tem de ser judicialmente ponderada, não sendo, portanto, um efeito automático da qualificação da insolvência (...)” vide Acórdão do TRP, de 05/01/2009, Relator Pinto Ferreira (Processo n.º 0856826).

⁹⁸ O art. 190.º do CIRE encontra-se, atualmente, revogado por força da Lei n.º 16/2012, de 20 abril. Na versão originária, o referido preceito previa a nomeação do curador por forma a suprir a incapacidade do afetado.

⁹⁹ Sobre a figura do curador, sua nomeação e poderes vide FERNANDES, Luís Carvalho - A qualificação da Insolvência... (cit.), pp. 98-99. Sobre a amplitude dos poderes do curador, Rui Estrela de Oliveira defende que os atos de disposição entre vivos devem ser sempre transmitidos ao curador, “*sob pena de o dever imposto ao juiz não passar de uma declaração formal, de intenção não concretizada*”. Cfr. Uma Brevíssima Incursão... (cit.), p. 246. De entre as várias questões que se colocavam em torno desta figura, destaca-se, obviamente, a harmonização deste com o administrador de insolvência, nas situações em que o inabilitado era o próprio

Todavia, a utilização do conceito de inabilitação rapidamente levantou fortes críticas, visto que, no ordenamento jurídico português, se traduz numa incapacidade de exercício de direitos com o propósito de proteger os interesses do próprio incapaz, regulada entre os arts. 152.º e 157.º do CC na redação anterior à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto¹⁰⁰. Além do mais, uma vez que a Lei se limitou a prever a inabilitação como consequência da insolvência culposa, não tendo mencionado nada mais sobre este instituto, a doutrina¹⁰¹ sustentava a aplicação do regime civil da inabilitação ao efeito do art. 189.º, n.º 2 al. b) do CIRE. Não obstante, entre estes regimes existiam algumas particularidades. Em primeiro lugar, como atrás mencionado, a lei civil visa defender os interesses do incapaz, enquanto que a lei insolvencial tem em vista defender os interesses dos credores. Outra característica prende-se com o carácter temporário da incapacidade dado que a inabilitação civil apenas terminava com o levantamento da mesma por decisão judicial, enquanto que a inabilitação do art. 189.º, n.º 2, al. b) do CIRE terminava automaticamente uma vez decorrido o prazo fixado na sentença que determina a insolvência culposa¹⁰².

Efetivamente, não se percebe a necessidade de aplicar um regime civil que visa diminuir a capacidade de exercício do agente por força de alguma anomalia natural ao regime insolvencial e apenas nos casos em que a insolvência seja qualificada como culposa, quando essa finalidade já se encontra assegurada em outras disposições legais, designadamente no art. 81.º, n.º 1 do CIRE na parte referente à privação dos poderes de administração e de disposição dos bens que integram a massa insolvente quando o inabilitado é o insolvente. Como tal, em boa verdade, sendo o próprio insolvente o afetado pela qualificação, a consequência prevista no art. 189.º, n.º 2, al. b) do CIRE (previamente à Lei n.º 16/2012, de 20 de abril) não era muito diferente daquela que já lhe havia sido imputada em consequência da declaração de insolvência. Por outro lado, quando o afetado pela qualificação não é o próprio devedor, são frequentes os casos em que os afetados pela qualificação atuam por conta do devedor insolvente, pelo que não faz sentido limitar a capacidade de administração

insolvente e o administrador de insolvência já tinha assumido as funções de representação do insolvente. A doutrina divergia no sentido de as funções serem exercidas pela mesma entidade ou por entidades distintas.

¹⁰⁰ Em consequência da mencionada Lei, os arts. 152.º a 157.º do CC foram substituídos pelo regime do maior acompanhado. Na versão anterior, o art. 152.º do CC considerava como inabilitados, entre outros, aqueles que por prodigalidade se mostrem incapazes de reger o seu património através da prática habitual de atos de dissipação do património.

¹⁰¹ Entre eles, OLIVEIRA, Rui Estrela de - Uma Brevíssima Incursão... (cit.), p. 246 e CARVALHO, Luís Fernandes - A qualificação da Insolvência... (cit.), p. 97. Segundo este último Autor, "(...) é de admitir que os pontos omissos do regime da inabilitação decorrentes da insolvência culposa sejam integrados por recurso às referidas normas da lei civil, em tudo quanto se ajuste ao regime particular do instituto da insolvência".

¹⁰² FERNANDES, Luís Carvalho - A qualificação da Insolvência... (cit.), pp. 97-98.

e disposição dos seus bens próprios quando o mesmo atuou por conta do devedor insolvente, lesando o património deste e não o seu próprio património¹⁰³.

A jurisprudência acompanhou a crítica acerca deste art. 189.º, n.º 2, al. b) do CIRE, dando origem a várias declarações de inconstitucionalidade¹⁰⁴. Em virtude disso, o Ministério Público requereu a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma em apreço, declaração que veio a ser proferida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009¹⁰⁵, por violação dos arts. 26.º e 18.º, n.º 2, ambos da CRP, no entanto, a decisão incidiu somente sobre a inconstitucionalidade da inabilitação do administrador de sociedade comercial declarada insolvente não abrangendo os demais afetados pela qualificação da insolvência como culposa. Em harmonia com o referido Acórdão, o regime da inabilitação não justifica o carácter excecional conferido às incapacidades, pois, conforme já referido anteriormente, não protege os interesses do próprio incapaz, assim como não permite efetivar a proteção dos credores pela mesma já decorrer de outros preceitos como, por exemplo, o art. 81.º do CIRE, representando, antes, “*uma verdadeira pena para o comportamento ilícito e culposos do sujeito atingido*”. Tudo isto permitiu concluir tratar-se de uma consequência “*inadequada e excessiva*”.

Não obstante o valor atribuído à sentença de declaração de inconstitucionalidade, rapidamente se criticou a disparidade de tratamento entre os sujeitos afetados, no sentido de o incluir às demais pessoas singulares¹⁰⁶. Por essa razão, posteriormente, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 409/2011¹⁰⁷ veio declarar a inconstitucionalidade da norma contida no art. 189.º, n.º 2, al. b) do CIRE, por violação dos mesmos preceitos, na medida

¹⁰³ OLIVEIRA, Rui Estrela - Uma Brevíssima Incursão... (cit.), p. 248.

¹⁰⁴ Vide, por exemplo, o Acórdão do TC n.º 564/2007, de 13/11/2007, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro (referente ao Processo n.º 230/07). Disponível em <https://dre.pt/home/> e o Acórdão do TC de n.º 570/2008, de 26/11/2006, Relator Conselheiro Vítor Gomes (referente ao Processo n.º 217/08). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. Criticando o preceito em análise, vide o Acórdão do TRC, de 24/03/2009, Relator Gonçalves Ferreira (Processo n.º 1421/06.0TB AVR – H.C1).

¹⁰⁵ Acórdão de 02/04/2009, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro (referente ao Processo n.º 777/08). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

¹⁰⁶ De acordo com o referido Acórdão, nas várias decisões proferidas sobre esta matéria “*não há coincidência total na identificação das pessoas sujeitas à aplicação da medida de inabilitação*”. Assim, por força do princípio do pedido, a limitação da inconstitucionalidade aos administradores da sociedade comercial declarada insolvente resulta do pedido formulado pelo requerente. Desde logo, na sua declaração de voto, Joaquim de Sousa Ribeiro considera a limitação às entidades descritas no Acórdão desnecessária, alegando “*que o pedido poderia ter ido mais longe, facultando uma decisão de âmbito subjectivo não circunscrito a esses sujeitos, antes coincidente com o universo dos afetados (...)*”. Na crítica à disparidade de tratamento, vide, ainda, o Acórdão do TRP, de 15/07/2009, Relatora Maria Catarina (Processo n.º 7462/07.3TBVNG-B.P1) e FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 695.

¹⁰⁷ Acórdão de 27/05/2011, Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral (referente ao Processo n.º 592/2010). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>;

em que impõe ao juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o decretamento da inabilitação da pessoa singular declarada insolvente.

Sucedo que, por força da entrada em vigor da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, o regime da inabilitação acabou por ser substituído pela inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros (atual art. 189.º, n.º 2, al. b) do CIRE). A administração de património de terceiros abrange as faculdades atribuídas por contrato, como acontece com os mandatos comerciais¹⁰⁸, por imposição legal através da administração dos bens dos filhos no âmbito das responsabilidades parentais (art. 1878.º e 1881.º do CC) e, ainda, por nomeação judicial, como acontece com a tutela (arts. 1927.º e ss. do CC) e a administração de bens (art. 1922.º do CC)¹⁰⁹. Por outro lado, excluem-se as relações de trabalho subordinado¹¹⁰.

No que respeita ao período de tempo aplicável à inibição, manteve-se o prazo vigente a propósito da inabilitação, ou seja, o efeito dura entre dois a dez anos. De acordo com Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, a contagem deste prazo deve iniciar-se com o registo do trânsito em julgado da sentença que qualifica a insolvência como culposa (afastando, assim, a hipótese do prazo se iniciar com encerramento do processo de insolvência)¹¹¹. Quanto aos critérios aplicáveis na fixação do período de tempo de inibição, pela omissão do legislador¹¹², a doutrina e a jurisprudência¹¹³ têm defendido que se deve ter em conta a natureza dos atos que qualificam a insolvência culposa e o grau de culpa na prática dos atos que levaram à insolvência ou ao seu agravamento.

¹⁰⁸ Para Maria do Rosário Epifânio os contratos de mandato caducam em consequência do art. 1174.º do CC. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 158-159. Em igual sentido, BRANCO, José Manuel, *Qualificação da Insolvência...* (cit.), p. 24.

¹⁰⁹ LEITÃO, Luís Menezes - *Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 294-295.

¹¹⁰ MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 524-525.

¹¹¹ Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), pp. 695-696

¹¹² Ao contrário do legislador espanhol. Na versão originária da *Ley Concursal*, dada pela Ley 22/2003, de 9 de julho, podia ler-se no seu art. 172.2.º que o juiz devia atender “*a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos*”. Atualmente, por força da alteração produzida pelo *Real Decreto Administrativo 1/2020*, de 5 de maio, do art. 455.2.º do Texto Refundido da *Ley Concursal* pode ler-se “[L]a duración del periodo de inhabilitación se fijará por el juez atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado a la masa activa, así como a la existencia de otras sentencias de calificación del concurso como culpable en los que la misma persona ya hubiera sido inhabilitada”.

¹¹³ Na doutrina, vide, entre outros, FERNANDES, Luís Carvalho - *A qualificação da Insolvência...* (cit.), p. 102, nota 34 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 525. Na jurisprudência, cfr. por exemplo, o Acórdão TRC, de 02/06/2015, Relatora Maria Inês Moura (Processo n.º 528/12.0TBCLD-C.C1), o Acórdão TRP, de 08/10/2021, Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 1751/11.0T2AVR-F.P1), o Acórdão do TRG, de 29/03/2012, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1) e de 24/09/2020, Relator Conceição Sampaio (Processo n.º 8502/17.3T8VNF-A.G1) e o Acórdão do TC n.º 280/2015, de 20/05/2015, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (referente ao processo n.º 1025/2014). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

Apesar da alteração decorrente da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, onde se substituiu a inabilitação pela inibição, o atual regime continua sem responder a todas as questões, devido à falta de regulamentação, motivando a consideração da sua (des)necessidade tendo em conta a disciplina do art. 81.º do CIRE.

Primeiramente, deve referir-se que a medida tem carácter preventivo, visando a tutela de terceiros contra a má gestão e administração daquele que, com dolo ou culpa grave, contribuiu para a criação ou agravamento da situação de insolvência. A par disso, a consequência representa um meio de repreensão das condutas do afetado pela qualificação, no sentido de evitar a repetição dos comportamentos relevantes para efeitos da qualificação. Dessa forma, tendo em conta o interesse público, pretende-se sancionar a pessoa afetada impedindo-a de praticar atos de administração do património de terceiros durante um período fixado pelo juiz¹¹⁴.

Todavia, para Catarina Serra, as funções preventivas e sancionatórias pretendidas com o art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE não foram alcançadas com a mera substituição do instituto¹¹⁵, tendo-se revelado de “*escassíssima utilidade*”. Como tal, segundo a Autora, sendo o afetado o próprio insolvente, o mesmo já está impedido de administrar os bens de determinados terceiros tendo em conta as normas civis relativamente à administração de bens de menores e dos interditos e inabilitados (cfr. arts. 139.º, 156.º, 1933.º, n.º 2 e 1970.º do CC¹¹⁶). No mesmo sentido, quando o afetado pela qualificação atua enquanto administrador do devedor insolvente, também se encontra impedido de praticar atos de administração e disposição tendo em consideração o art. 81.º do CIRE, bem como os efeitos decorrentes do art. 189.º, n.º 2, al. c) do CIRE, isto é, a prática de atos de comércio e a inibição para ocupar cargos nos órgãos sociais de pessoas coletivas. Isto quer dizer que, este propósito já se encontra protegido com base noutras normas do Código.

¹¹⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 159. A doutrina espanhola fundamenta-se nos mesmos motivos. Segundo Carlos E. López Rodríguez “[L]a doctrina califica la inhabilitación para administrar bienes ajenos como una prohibición que encontraría su fundamento en la incapacidad demostrada en la gestión del propio patrimonio y en la necesidad de proteger a los titulares de aquellos patrimonios de una posible administración descuidada”. Cfr. Calificación de la insolvencia en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones española y uruguaya... (cit.), p. 101

¹¹⁵ Refere Catarina Serra, “*se é verdade que a inabilitação em sentido próprio (...) não era adequada ao intuito de sancionar condutas, nem por isso bastava substituí-la por outra qualquer que pudesse sê-lo. Deveria ter-se escolhido uma que fosse útil e eficaz, isto é, capaz de desempenhar plenamente as funções preventiva e sancionatória (...). Ora, não é certo que a inibição para a administração de bens alheios tenha tal aptidão*”. Cfr. Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei 16/2012 ao Código da Insolvência, *Revista Julgar*, n.º 18, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 183. Disponível em: <http://julgar.pt/>

¹¹⁶ Na redação anterior à Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto.

Portanto, do ponto de vista desta Autora, a solução para “*aumentar o relevo prático da nova inibição*” seria “*reduzir o alcance da regra da privação dos poderes de administração e disposição dos bens ou, por outras palavras, tornar mais habituais os casos de administração da massa pelo devedor (...)*”¹¹⁷. A ser assim, quando o afetado pela qualificação não está impedido da prática de atos de administração e disposição no momento da declaração da insolvência, o efeito referido do art. 189.º, n.º 2, al. b) CIRE pode ter alguma utilidade.

A Lei não responde também ao que acontece ao inibido caso pratique atos de administração e disposição. Haverá alguma consequência aplicável? A verdade é que a Lei nada diz a este respeito. Maria do Rosário Epifânio defende que deverá observar-se sempre o caso em concreto. Assim, no caso dos contratos de mandato, a consequência deve ser encontrada nas normais civis ou comerciais, consoante o caso; no caso das responsabilidades parentais e da inibição da administração dos bens dos filhos, a consequência deve ser encontrada nas normas de Direito da Família¹¹⁸. Já Luís Carvalho Fernandes (a respeito da inabilitação) defende a ineficácia dos atos, nos termos do art. 81.º, n.º 6 do CIRE¹¹⁹.

Nos termos do art. 189.º, n.º 3 do CIRE, a inibição para administrar bens de terceiros é oficiosamente registada na Conservatória do Registo Civil ou na Conservatória do Registo Comercial, caso o afetado seja empresário em nome individual. O pedido de registo é realizado com base na comunicação eletrónica ou telemática da secretaria, acompanhada de extrato da sentença. Decorridos cinco anos após o fim da inibição, o averbamento deve ser eliminado através a elaboração de um novo, de acordo com o art. 81.º-A, n.º 1, al. c) do CRCivil¹²⁰.

2. Da inibição para o exercício do comércio bem como da ocupação de cargos em órgãos de pessoas coletivas

Na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz deve também declarar o(s) afetado(s) pela qualificação inibido(s) do exercício do comércio, assim como para a ocupação de cargos nos órgãos das sociedades comerciais ou civis, associações ou fundações privadas de atividade económica, empresas públicas ou cooperativas durante um período de dois a dez anos (art. 189.º, n.º 2, al. c) do CIRE). Esta alínea c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE

¹¹⁷ SERRA, Catarina - Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei 16/2012...(cit.), pp 182-186.

¹¹⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 160.

¹¹⁹ FERNANDES, Luís Carvalho - A qualificação da insolvência... (cit), p. 100.

¹²⁰ Luís Menezes Leitão defende a aplicação deste preceito à inibição apesar da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril não o ter adaptado à nova consequência. Cfr. *Direito da Insolvência...* (cit.), p. 295.

agrega, em bom rigor, duas consequências distintas. Por um lado, a inibição para o exercício do comércio e, por outro lado, a impossibilidade de ocupar certos cargos nos órgãos sociais das pessoas coletivas. Estes efeitos não constituem uma inovação do atual Código, já que encontram correspondência com o art. 148.º do CPEREF (sob a epígrafe “*consequências imediatas da declaração*”) que, por sua vez, tem antecedentes nas normas insolvenciais reguladas no anterior Código de Processo Civil, designadamente no art. 1191.º.

Quanto à primeira consequência - inibição para o exercício do comércio-, o legislador expôs a preocupação com a segurança do comércio e do tráfico jurídico em geral, no sentido em que quem contribuiu para a situação de insolvência não deve ser merecedor de continuar a praticar atos de comércio durante um certo período de tempo¹²¹. Mas que atos são estes? Serão todos ou apenas alguns deles? Novamente, a lei peca pela insuficiência, não especificando quais os atos abrangidos pela norma em apreço. Nesse sentido, Maria do Rosário Epifânio defende que o preceito se circunscreve ao exercício do comércio, direta ou indiretamente, realizado em nome próprio ou em nome alheio, bem como os atos praticados enquanto comércio profissional, não se devendo proibir a prática de atos isolados ou esporádicos¹²².

A respeito do prazo da inibição, mais uma vez, o legislador não esclarece os critérios a ter em conta na sua fixação, contudo, a doutrina defende aplicar-se os mesmos relativamente à inibição de administração de patrimónios alheios¹²³. Isto não quer dizer, porém, que o prazo fixado seja igual ao prazo da inibição de administração de património de terceiros¹²⁴. Acresce que, a prática destes atos após o decretamento da inibição e durante a

¹²¹ Nas palavras de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, “(R)evela-se aqui uma atitude de desconfiança quanto à atuação, na área económica, em relação a quem, pelo seu comportamento, com dolo ou culpa grave, de algum modo, contribui para a insolvência”. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 695. Do mesmo modo, o Acórdão do TRP, de 08/10/2015, Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 1751/11.0T2AVR-F.P1) descreve que “[O] fundamento material da inibição do insolvente que incorreu em insolvência culposa parece ser a defesa geral da credibilidade do comércio, servindo para afastar do comércio os agentes que incorreram em comportamentos censuráveis e cuja actividade pode gerar a desconfiança nos demais agentes e perturbar a actividade comercial. O interesse público do normal funcionamento da economia e do mercado concorrencial justifica, com efeito, a rejeição de comportamentos que além de serem lesivos dos direitos particulares dos credores, são igualmente prejudiciais para a sã concorrência e para o normal funcionamento do mercado. Daí que o fim último da inibição não seja sancionar o insolvente, mas estabelecer um período de tempo que possa ser dissuasor de comportamentos idênticos, seja do insolvente seja dos demais agentes que ficam prevenidos para as consequências de uma actuação similar”.

¹²² EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 161.

¹²³ IDEM, pp. 160-162. Maria do Rosário Epifânio alerta ainda que, diferentemente do regime previsto no art. 148.º, n.º 3 do CPEREF, a inibição não pode ser levantada antes de extinto o prazo determinado na sentença.

¹²⁴ MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), pp. 525-526.

mesma não determina qualquer consequência prevista no Código, no entanto, ao afetado pela qualificação pode-lhe ser vedada a aquisição da qualidade de comerciante¹²⁵.

A natureza jurídica é outro dos assuntos discutidos pela doutrina acerca desta inibição para a prática do comércio. Para Luís Menezes Leitão e Jorge Coutinho de Abreu não se trata de uma incapacidade para o exercício do comércio, pois os afetados pela qualificação mantêm a sua capacidade para praticar atos negociais, mas antes de uma incompatibilidade absoluta em resultado da qualificação da insolvência como culposa¹²⁶.

Outra questão colocada em torno desta inibição prende-se com a sua eventual inconstitucionalidade por em causa estarem direitos fundamentais, tais como a liberdade de escolha de profissão ou de género de trabalho (art. 47.º da CRP), direito ao trabalho (art. 58.º da CRP) e a liberdade de iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP). Acontece que, diferentemente do regime da inabilitação, a al. c) do art. 189.º, n.º 2 do CIRE, de que consta a inibição para o exercício do comércio, não veio a ser considerada inconstitucional¹²⁷.

A alínea c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE contempla também a proibição para a ocupação de cargos dos órgãos sociais das pessoas coletivas, tais como sociedades comerciais e civis, associações ou fundações privadas de atividade económica, empresas públicas¹²⁸ ou cooperativas¹²⁹. Mas, diferentemente da primeira parte do preceito, não é prevista uma duração temporal. Pergunta-se, então, se se aplica o período de dois a dez anos ou se estaremos perante um efeito de carácter *ad aeternum*? Adotamos a primeira solução, o que significa que somos da opinião que se deve aplicar a barreira temporal de dois a dez

¹²⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 163 e ABREU, Jorge Coutinho – *Curso de Direito Comercial...* (cit.), p. 131.

¹²⁶ LEITÃO, Luís Menezes - *Direito da Insolvência...* (cit.), p. 295 e ABREU, Jorge Coutinho – *Curso de Direito Comercial...* (cit.), p. 131.

¹²⁷ Comparando os dois regimes e a respetiva constitucionalidade, *vide* Acórdão do TRP, de 15/06/2015, Relator Manuel Domingos Fernandes (Processo n.º 2888/13.6TBVFR-E.P1). Acerca da al. c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, o Acórdão do TRC, de 05/02/2021, Relatora Maria José Guerra (Processo n.º 380/09.2TB AVR-B.C1), concluiu que “[N]ão há, assim, a mínima razão para estigmatizar a norma contida no art.º 189 n.º 2 c) do CIRE com o valor negativo da inconstitucionalidade”. Ainda a propósito do art. 148.º do CPREF, o Acórdão do TC n.º 414/02, de 10/10/2002, Relator Conselheiro Artur Maurício (relativo ao Processo n.º 39/02) negou a inconstitucionalidade do preceito.

¹²⁸ De acordo com Jorge Coutinho de Abreu, empresa pública deve abranger também as sociedades. Assim como as associações privadas de atividades económicas compreende os Agrupamentos Complementares de Empresas (ACE) e os Agrupamentos Europeus de Interesse Económico (AEIE). Cfr. *Curso de Direito Comercial...* (cit.), p. 143.

¹²⁹ Apesar disso, Maria do Rosário Epifânio defende que esta proibição não impede, porém, que os afetados sejam acionistas nas sociedades anónimas, nem sócios de sociedade comercial por quotas e em comandita. Mas tem dúvidas quanto às sociedades em nome coletivo e em comandita. A Autora defende que os insolventes apenas podem ser sócios quando as entradas são realizadas por indústria (nada tem de dispor para além do seu trabalho) e quando a participação visa apenas “a obtenção dos proventos necessários à sua subsistência”. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 162, nota 493.

anos, apesar de a Lei não o prever expressamente. Além disso, não conhecemos motivos que justifiquem a adoção do segundo entendimento, cuja defesa poderia levantar questões relacionadas com a inconstitucionalidade da medida¹³⁰.

Nos termos do art. 189.º, n.º 3 do CIRE, a inibição para a prática de atos de comércio e para a ocupação de certos cargos encontra-se sujeita a registo civil ou comercial, consoante o caso. Portanto, a inibição para o exercício do comércio é registada na Conservatória do Registo Civil nos termos do art. 1.º, n.º 1, al. n) do CRCivil e a inibição para o exercício do comércio enquanto comerciante em nome individual é registada na Conservatória do Registo Comercial nos termos do art. 9.º, al. j) do CRCom..

3. Da perda de créditos e da condenação à restituição dos já recebidos

O art. 189.º, n.º 2, al. d) do CIRE estabelece que o juiz, na sentença de qualificação, deve determinar a perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e, na hipótese de já terem recebido os bens ou direitos, a sua restituição¹³¹.

Inspirado na *Ley Concursal* espanhola e sem correspondência com anteriores normas insolvenciais portuguesas, o efeito previsto na al. d) do n.º 2 do art. 189.º CIRE revela uma dupla natureza pois, primeiramente, tem um claro objetivo sancionatório, na medida em que priva os afetados pela qualificação de receber os créditos, de qualquer natureza, de que sejam titulares sobre a insolvência (art. 47.º do CIRE¹³²) ou sobre a massa insolvente (art. 51.º do CIRE) e ordena a restituição dos bens ou direitos já recebidos a favor da massa¹³³. Além disso, assume uma natureza reconstitutiva através do reforço da massa com as quantias restituídas pelos afetados, tutelando os interesses dos credores^{134/135}.

¹³⁰ Assim como, BRANCO, José Manuel - *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa...* (cit.), p. 36, nota 66 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de direito da insolvência...* (cit.), p. 527.

¹³¹ Para Catarina Serra, “*tendo a situação de insolvência sido criada ou agravada pela sua atuação* [sujeito afetado pela qualificação], *é razoável que ele não possa conservar inalterada a sua situação e devem decair os seus direitos em favor daqueles que a sua atuação prejudicou*”. Cfr. *Lições Direito da Insolvência...* (cit.), p. 160.

¹³² A título de exemplo, vide Acórdão do TRP, de 24/09/2020, Relator Carlos Gil (Processo n.º 844/17.4T8VNG-B.P1).

¹³³ No que respeita ao limite temporal para a obrigação de restituição, perante a omissão da lei, tem-se atendido ao prazo de três anos anteriores ao início processo de insolvência (cfr. art. 186.º do CIRE), vide ALVES, Patrícia - *A qualificação da insolvência: incidente e efeitos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito, p. 55, PILAR, Fernando - *O incidente de qualificação da insolvência*. Porto: Universidade Portucalense, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito, p. 48, nota 87 e COSTEIRA, Maria José – *A insolvência de pessoas coletivas...*(cit.), p. 172.

¹³⁴ Neste sentido, BRANCO, José Manuel - *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa...*(cit.), p. 37 e ALVES, Patrícia - *A qualificação da insolvência: incidente e efeitos...*(cit.), pp. 54-55.

¹³⁵ Tendo em consideração esta dupla natureza, este efeito foi, na sua maioria, bem acolhido na doutrina, com exceção de Rui Pinto Duarte que se manifesta contra o regime. Segundo este Autor, “[E]m qualquer caso de

Relativamente à natureza sancionatória, nas palavras de Luís Menezes Leitão, verifica-se uma situação de “*confisco-sanção*” visto que permite ao administrador da insolvência proceder à cobrança dos créditos da massa sem necessidade de recorrer à figura da resolução de negócios prevista nos arts. 120.º e ss. do CIRE¹³⁶.

Relembre-se que, conforme prevê o art. 191.º, n.º 1, al. c) do CIRE, trata-se de um efeito que somente se verifica no âmbito do incidente pleno de qualificação da insolvência. Luís Carvalho Fernandes e João Labareda entendem não se aplicar ao incidente limitado uma vez que estão em causa situações de encerramento do processo por insuficiência da massa (cfr. arts. 39.º, n.º 1 e 232.º, n.º 5, ambos do CIRE)¹³⁷, o que não nos parece uma justificação plausível. Para além de considerarmos que, dada a insuficiência de património, este efeito pode revelar-se vantajoso para os credores, acompanhamos, também, a posição defendida por Maria do Rosário Epifânio. A referida Autora justifica-se na situação identificada no art. 232.º do CIRE. Imagine-se que o processo de insolvência encerra por falta de património e o incidente já havia terminado. Fará sentido aplicar-se aqui o art. 191.º, n.º 1, al. c) do CIRE? Assim, nesta situação, quando o processo de insolvência terminar e o incidente de qualificação tramitado sob a forma plena estiver concluído, “*o efeito do art. 189.º, n.º 2, al. d), mantém-se intocado*”¹³⁸.

4. Da responsabilidade solidária à indemnização pelos créditos não satisfeitos

4.1. Responsabilidade solidária ao abrigo do CPEREF

Como referido anteriormente, o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril, não continha disposições acerca do incidente de qualificação tal como consta no CIRE. Porém, a responsabilização daqueles que praticaram atos que estiveram na origem ou no agravamento da situação de insolvência não é uma realidade nova na legislação portuguesa.

falência culposa, todas as “pessoas afetadas” por essa qualificação perderão todos os seus créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente qualquer que seja a sua origem, qualquer que seja a época em que se constituíram! E no caso de terem recebido bens ou direitos em pagamento de créditos serão condenados à sua restituição, com igual desconsideração dos fatores em causa”. Cfr. Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor, Themis - O Novo Regime Português Da Insolvência, Lisboa: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Direito*, Edição Especial, 2005, p. 147. Neste seguimento, vide PRATA, Ana CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 531.

¹³⁶ Cfr. *Direito da Insolvência...* (cit.), p. 296. Por sua vez, José Manuel Branco continua a defender a resolução em benefício da massa dado que o incidente assume, atualmente, um carácter facultativo e evita que a sua impropriedade prejudique os direitos dos credores. Cfr. *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa...* (cit.), p. 36, nota 67.

¹³⁷ *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 701.

¹³⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 181, nota 547. Em igual sentido, cfr. MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 527.

Em 1998, por força da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 abril, aditaram-se ao referido Código três importantes preceitos (arts. 126.º-A a 126.º-C do CPEREF) referentes à responsabilização dos dirigentes quando os mesmos tenham praticado atos que contribuíram de forma significativa para a insolvência da sociedade ou da pessoa coletiva¹³⁹.

A referenciada responsabilidade encontrava-se dependente dos requisitos previstos no art. 126.º-A do CPEREF, a saber:

- A ocorrência da falência da sociedade ou da pessoa coletiva dever-se à prática de certos atos praticados pelos gerentes, administradores ou dirigentes ou quaisquer outras pessoas que tenham gerido a sociedade sem possuírem título para o efeito;
- Que os atos tenham contribuído “*de modo significativo*” para a situação de insolvência da sociedade ou da pessoa coletiva;
- Que esses atos tenham sido praticados nos dois anos anteriores à sentença que decreta a insolvência;
- Que a responsabilidade pelas dívidas da falida seja requerida pelo Ministério Público ou qualquer credor.

Vejamos, de seguida, cada um dos requisitos.

Em primeiro lugar, devemos atender ao âmbito subjetivo da responsabilidade, ou seja, quem podia ser afetado pela responsabilidade a que alude o art. 126.º-A do CPEREF. A lei não limitou a atuação dos gerentes e administradores da insolvente para efeitos de responsabilização, prevendo que sejam consideradas para este efeito todas as pessoas que tenham gerido a sociedade ou a pessoa coletiva, isto é, todos os que tenham tomado importantes decisões para a sociedade embora não constassem como administradores da mesma.

No art. 126.º-A, n.º 2 do CPEREF, tendo em vista esclarecer o conceito “*de modo significativo*”, o legislador prevê um conjunto de situações pelas quais se presume a criação da situação de insolvência. No entendimento de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, o preceito contém uma enumeração exaustiva de factos que comportam a situação de insolvência, mas não descartam a existência de outros para além dos que constam no

¹³⁹ O Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 abril refere claramente este objetivo. Nele pode ler-se: “(...) no plano da responsabilidade civil, instituem-se mecanismos de responsabilização solidária dos dirigentes das empresas que, por sua culposa actuação, tenham contribuído significativamente para a situação de insolvência daquelas, caso em que, com a falência da empresa, se declarará a falência dos responsáveis”.

artigo¹⁴⁰. Apesar do leque de situações descritas no artigo, só são relevantes os factos praticados dois anos antes da sentença que tenha declarado a falência. Estamos, portanto, perante um requisito temporal.

A afetação dos gerentes, administradores e dirigentes depende, ainda, de declaração judicial, requerida pelo Ministério Público ou por qualquer credor. Quanto à competência do tribunal para declarar a responsabilidade e condenar os seus responsáveis, da lei não resulta qualquer indicação pelo que se depreende que se trata do tribunal onde corre o processo de falência¹⁴¹.

Finalmente, a responsabilidade é subsidiária, dado que existe unicamente se o património da sociedade ou pessoa coletiva não for suficiente para cumprir com as suas obrigações perante os credores, e solidária pois é repartida por todos os que tenham praticado os atos tendentes à situação de insolvência. Além disso, a responsabilidade é limitada na medida em que se restringe ao passivo a descoberto ou ao dano causado aos credores, caso este seja inferior.

Mas será efetivamente uma responsabilidade limitada tendo em conta o prescrito no art. 126.º-A, n.º 1 do CPEREF? De facto, o referido preceito prevê que “(...) o tribunal deve (...) declarar a responsabilidade solidária e ilimitada das referidas pessoas pelas dívidas da falida e condená-las no pagamento do respetivo passivo”. Para Luís Carvalho Fernandes e João Labareda verifica-se uma “*manifesta divergência*” entre o art. 126.º-A, n.º 1 do CPEREF e o art. 126.º-B, n.º 1 do CPEREF, visto que do primeiro normativo resulta expressamente que se trata de uma responsabilidade “*ilimitada*”, enquanto que do segundo preceito se constata que o juiz deve fixar o valor da responsabilidade entre o passivo a descoberto, determinado à data da declaração da falência, ou o dano causado nos casos que este seja considerado inferior. Os mesmos Autores consideram tratar-se de uma “*desatenção do legislador*” ao apelidar a responsabilidade de “*ilimitada*”¹⁴² quando o normativo

¹⁴⁰ Estes Autores defendem também que os factos descritos no n.º 2 do art. 126.º A do CPEREF se tratam de presunções que admitem prova em contrário, ou seja, prova de que aqueles atos não contribuíram necessariamente para a situação de insolvência. Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João -, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência Anotado*, 3ª edição, Lisboa: Quid Juris?, 1999, p. 348. No mesmo sentido decidiu o Acórdão do STJ, de 03/02/2011, Relatora Maria dos Prazeres Beleza (Processo n.º 199-D/1999.P1.S1). Para este tribunal, podem ser tidos em conta outros factos para além dos descritos no artigo, contudo, para o efeito é necessário fazer a prova do nexo de causalidade entre o facto e a criação da insolvência.

¹⁴¹ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado...*(cit.), p. 349.

¹⁴² IDEM, p. 349.

seguinte a restringe, no entanto, acreditamos que não existe uma verdadeira desatenção porque o legislador terá querido referir-se ao alcance da responsabilidade dos dirigentes da sociedade ou da pessoa coletiva, uma vez que estes respondem com todo o seu património, e não ao valor global pelo qual são condenados.

O art. 126.º-B do CPEREF¹⁴³ dedica-se à tramitação processual da responsabilidade a que alude o artigo precedente. Em traços gerais, o tribunal pode “*a todo o tempo, e sem prejuízo do regular andamento do processo de falência contra o devedor*”¹⁴⁴ fixar um prazo de forma a que os responsáveis entreguem o valor pelo qual foram condenados. Conforme referido anteriormente, o valor pode ser um de dois: o passivo a descoberto, determinado à data da declaração da falência, ou o valor do dano causado, se este último for inferior. O passivo a descoberto corresponde ao montante que a sociedade comercial ou pessoa coletiva não consegue satisfazer à custa do seu património. Ora, o artigo ordena que se determine o passivo a descoberto à data da declaração da falência, contudo, tal como Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, não nos parece a melhor solução uma vez que somente na fase de liquidação, depois de deduzido o ativo da sociedade, é que é possível determinar qual o valor que compete aos responsáveis indemnizar. Por sua vez, o dano causado representa o valor do dano produzido na esfera jurídica dos credores.

No entanto, nos termos do n.º 2 do art. 126.º-B do CPEREF, a determinação desta responsabilidade dependia de apresentação de requerimento escrito que enumerasse factos concretos e respetivos meios de prova, sendo posteriormente autuado por apenso ao processo de falência. Uma vez apresentado o requerimento, competia ao juiz verificar se não existia motivo algum que determinasse o indeferimento do mesmo. Caso não existisse, procedia-se às citações dos responsáveis para que, querendo, apresentassem as suas oposições no prazo de vinte dias (art. 126.º-B, n.º 3 do CPEREF). Perante a apresentação de oposições, as mesmas seriam decididas no prazo de dez dias (art. 126.º-B do CPEREF). Porém, não existindo oposições, a lei manda aplicar as disposições relativas à revelia previstas nos arts. 483.º a 485.º do anterior CPC¹⁴⁵. Sendo apresentadas oposições, o juiz devia julgar as

¹⁴³ Note-se que o referido normativo também regula a responsabilidade prevista no art. 78.º do CSC quando em causa estejam atos praticados por fundadores, gerentes, administradores ou diretoras das sociedades comerciais. O legislador aplicava, então, o mesmo regime a situações diversas. Criticando, firmemente, esta solução, cfr. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado...* (cit.), p. 351.

¹⁴⁴ Art. 126.º-B do CPEREF.

¹⁴⁵ Código Processo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro.

questões no prazo de dez dias, exceto se a decisão dependesse de produção de prova (art. 126.º-B, n.º 5 do CPEREF).

Apesar de a lei não indicar qualquer prazo para os responsáveis procederem ao depósito do valor pelo qual foram condenados, o art. 126.º-C do CPEREF prevê que o desrespeito desse prazo permite declarar a falência conjunta do devedor e dos responsáveis. Todavia, a declaração não é automática, o que significa que opera mediante requerimento, deduzido por apenso, do Ministério Público ou de qualquer credor¹⁴⁶.

4.2. Condenação em indemnização pelos créditos não satisfeitos no CIRE

O regime da responsabilidade falimentar foi de breve duração, pois, em 2004, o regime insolvencial passou a ser regulado pelo CIRE. Porém, o “novo” Código, na versão originária, não previu disposições semelhantes às encontradas no CPEREF, tendo regulado o incidente de qualificação desprovido de qualquer norma relacionada com a responsabilização dos titulares de empresas e dos administradores de pessoas coletivas nas situações em que tenham contribuído para a criação ou agravamento da situação de insolvência¹⁴⁷. Por esse motivo, a forma de responsabilizar essas entidades passava por recorrer às normas previstas do CSC e ao art. 82.º, n.º 2 do CIRE¹⁴⁸, onde, neste último, era conferida ao administrador de insolvência a legitimidade para propor e fazer seguir as ações referidas em cada uma das alíneas do preceito¹⁴⁹.

A responsabilidade insolvencial, como a conhecemos hoje, resultou, mais tarde, da alteração ao CIRE produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que aditou ao n.º 2 do art. 189.º do CIRE mais um efeito decorrente da qualificação da insolvência culposa¹⁵⁰. Esta

¹⁴⁶ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado...* (cit.), p. 351.

¹⁴⁷ Ao contrário do Anteprojecto no seu art. 171.º, n.º 2, al. f). A falta de regulamentação nesta matéria foi, desde logo, criticada pela doutrina. Entre eles, *vide* EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2005, pp. 12-13. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/> e FRADA, António Carneiro – *A responsabilidade dos administradores na insolvência...* (cit.).

¹⁴⁸ Atualmente, o mesmo conteúdo encontra-se previsto no n.º 3 do art. 82.º do CIRE por força da alteração produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

¹⁴⁹ O administrador da insolvência detinha a “*legitimidade extraordinária e exclusiva*” para propor as referidas ações, “*litigando em nome próprio e assumindo a veste processual de autor da ação intentada contra os administradores da sociedade, embora não sendo o titular do interesse da obtenção da indemnização*”. Cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes - *Direito da Insolvência*, Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 200-201.

¹⁵⁰ Maria do Rosário Epifânio nomina este dever de indemnização como uma responsabilidade insolvencial extracontratual subjetiva, na medida em que se verificam os requisitos previstos no art. 483.º do CC para uma responsabilidade extracontratual: o facto voluntário (facto esse que originou a insolvência ou que a criou), a culpa (apenas a culpa grave ou dolo, por aplicação do art. 186.º, n.º 1 do CIRE), o dolo (ao não terem sido

alteração rapidamente foi vista como um retorno às soluções previstas no CPEREF (ainda que em moldes distintos) e uma reaproximação ao regime da *Ley Concursal* espanhola, tendo em vista o cumprimento do objetivo descrito no Ponto 40 do Preâmbulo.

Acontece que o próprio regime da “*responsabilidad concursal*” sempre gerou (e gera) diversos problemas interpretativos, levando a várias reformas legislativas e decisões judiciais por parte dos tribunais espanhóis. No texto original da *Ley Concursal*, dispunha o art. 172.3 que “[S]i la sección de calificación hubiera sido formada o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”. Por outras palavras, os afetados pela qualificação poderiam ser responsabilizados pelos montantes que os credores não receberam após a liquidação da massa insolvente. Contudo, para o efeito, a considerada responsabilidade sancionatória¹⁵¹, carecia da verificação de três requisitos: a declaração de insolvência, a qualificação da insolvência como culposa e o facto de a “*sección*” de qualificação ter sido aberta ou reaberta em consequência da liquidação¹⁵². Apesar disso, o regime era limitado e padecia de algumas objeções, designadamente, não se tipificavam as causas e as razões que levavam o juiz a condenar os afetados pela qualificação, não existiam critérios que permitissem concluir quando o pagamento dos créditos deveria ser total ou parcial, nada se referia quanto ao carácter da obrigação (seria solidária?) e não encontrava no normativo qualquer coordenação com outros regimes, nomeadamente a *Ley de Sociedades Anonimas* e a *Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada*¹⁵³.

satisfeitos todos os créditos), a ilicitude (pois são atuações contrárias às disposições legais que visam proteger os interesses alheios) e por último, o nexo de causalidade (entre a atuação e a criação ou agravamento da situação de insolvência). Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 164-165.

¹⁵¹ A natureza jurídica da “*responsabilidad concursal*” é um dos temas com grande discussão no ordenamento jurídico espanhol. Por um lado, defende-se que a responsabilidade assume uma natureza indemnizatória, cujo objetivo é ressarcir os credores pelos danos que lhes foram causados. Por outro lado, a responsabilidade é tida como uma sanção que é aplicada aqueles que criaram ou agravaram a situação de insolvência tendo como fundamento a tutela dos credores.

¹⁵² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis – La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital. *Comentarios a La Ley Concursal* (coord. Luis Fernández de La Gándara e Manuel Álvarez), Madrid, Espanha: Garrigues Pons, 2004, p. 711.

¹⁵³ GARAU ALCOVER, Guillermo – *Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal in Derecho Concursal...*(cit.), pp. 502-503.

Posteriormente, com a reforma de 2011, foi aditado o art. 172. *bis* à *Ley Concursal*, passando a prever-se que “[C]uando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit”. Com esta alteração, o legislador estabeleceu que, quando a “sección” de qualificação tenha sido aberta ou reaberta, o juiz pode condenar os afetados pela qualificação pela totalidade ou parte do défice, na medida em que a conduta do afetado tenha contribuído para a criação ou agravamento da insolvência culposa. Sendo que, perante uma pluralidade de afetados, a sentença de qualificação deve especificar a concreta quantia que devia ser satisfeita por cada um deles de acordo com a participação nos factos que tenham determinado a situação de insolvência (e não a qualificação da insolvência como culposa). Assim sendo, o legislador espanhol estabeleceu que o afetado pela qualificação é responsável pelo dano que tiver causado, exigindo-se, portanto, um nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano¹⁵⁴. Como tal, o juiz devia determinar a quantia global que deve cobrir o “défice concursal” e, posteriormente, individualizar a quantia que deve ser paga por cada um dos afetados, atendendo ao grau de culpa.

Atualmente, por força do *Real Decreto Administrativo* 1/2020, o art. 456. do Texto Refundido da *Ley Concursal* prevê que “[C]uando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia”. As diferenças comparativamente com o regime anterior consistem, essencialmente, na alteração do âmbito subjetivo da responsabilidade, na medida em que a figura dos “apoderados generales” foi substituída pela de “directores

¹⁵⁴ Segundo Maria de Fátima Ribeiro, a condenação pelo “défice concursal” encontra-se dependente da especificação do grau de participação de cada um dos afetados nos factos que tenham determinado a qualificação da insolvência, o que implica que o juiz estabeleça o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Cfr. Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol. *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, Vol. 15, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 88-91.

generales”, na definição expressa do conceito de “*défice consural*” (cfr. 456.2 do Texto Refundido da *Ley Concursal*) e, ainda, no facto de o juiz poder condenar os afetados pela qualificação com ou sem carácter solidário.

Dispõe a alínea e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE que as pessoas afetadas pela qualificação devem indemnizar os credores do devedor insolvente no montante dos créditos não satisfeitos até às forças dos respetivos patrimónios. Para além de ser um efeito ressarcitório, uma vez que se trata de mais um meio de tutela dos credores, a indemnização assume uma importante função sancionatória dado que responsabiliza aqueles que, com culpa ou dolo, estiveram na origem ou agravamento da situação de insolvência¹⁵⁵ e, ainda, uma função preventiva na medida em que impulsiona os possíveis afetados pela qualificação a cumprirem com as suas funções com o zelo e a diligência necessária¹⁵⁶. Dado o carácter exemplificativo, a condenação abrange, então, todos os considerados afetados pela qualificação ao abrigo da al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, ou seja, além dos administradores de direito e de facto, contabilistas certificados e revisores oficiais de contas, todos os que efetivamente tenham contribuído para a situação de insolvência ou para o seu agravamento. Todavia, para o efeito, torna-se necessário que se verifiquem os requisitos da insolvência culposa previstos no art. 186.º do CIRE, isto é, que a atuação, dolosa ou com culpa grave, praticada nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, tenha criado ou agravado a situação de insolvência¹⁵⁷.

No que respeita ao montante indemnizatório, é relevante apontar algumas considerações em relação ao previsto na al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE. Em primeiro lugar, verifica-se uma importante diferença em relação ao regime previsto no CPEREF. O antecessor do CIRE, conforme referimos anteriormente, fixava o valor da responsabilidade entre o passivo a descoberto, determinado à data da declaração da falência, e o dano causado, conforme o que fosse inferior. Esta solução não foi, desde logo, acolhida no Anteprojeto do CIRE nem na primeira versão do diploma que o aprovou. Quer isto dizer que, pela leitura literal do preceito, diferentemente do art. 171.º do Anteprojeto, o montante indemnizatório não é calculado tendo em conta os danos e os prejuízos que os credores hajam sofrido, mas os créditos não satisfeitos.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima - Responsabilidade dos administradores pela insolvência... (cit.), pp. 97-99.

¹⁵⁶ MARTINS, Alexandre Soveral - *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 329. Em igual sentido, vide Acórdão do TRP, de 11/03/2021. Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 918/13.0TYVNG-D.P1).

¹⁵⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima - Responsabilidade dos administradores pela insolvência... (cit.), p. 105.

Consideram-se créditos não satisfeitos aqueles que no processo de insolvência foram reclamados, reconhecidos e graduados¹⁵⁸, mas que não puderam ser pagos à custa da massa insolvente, tornando-se, assim, responsabilidade subsidiária dos afetados pela qualificação. Não obstante, a responsabilidade não respeita a todos os créditos, limitando-se aos créditos sobre a insolvência (classificados como créditos comuns, garantidos e subordinados, nos termos do art. 47.º, n.º 4 do CIRE) que a massa insolvente não conseguiu satisfazer. Desse modo, partilhamos o entendimento de Alexandre Soveral Martins quando afasta do montante indemnizatório os créditos da massa insolvente, porque, embora possam não ser integralmente pagos, resultam de um fundamento posterior à data da declaração da insolvência¹⁵⁹. Em Espanha, após a reforma operada pela *Ley 38/2011 à Ley Concursal* espanhola, entende-se que os afetados pela qualificação devem ser condenados por todos os créditos não satisfeitos (“*concurrais*” e sobre a massa)¹⁶⁰.

Apesar da insolvência culposa, se não existirem dívidas por satisfazer, os afetados pela qualificação não serão responsabilizados¹⁶¹. Para além dessa, outra situação em que não se verifica a responsabilidade insolvencial ocorre quando o único afetado pela qualificação é o próprio devedor insolvente, porque, nestes casos, somente o seu património é responsável, não havendo, portanto, outras formas de ressarcir os credores¹⁶².

Por seu turno, o n.º 4 do mesmo preceito elenca duas situações distintas, cuja interpretação pode revelar-se complexa tendo em consideração o preceituado na al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE. Na primeira hipótese, quando o juiz está em condições de fixar o valor das indemnizações devidas, deve fazê-lo logo na sentença de qualificação da insolvência. Na segunda hipótese, nos casos em que não é possível ao tribunal, no momento

¹⁵⁸ Sob pena de violar o princípio do pedido e do princípio da igualdade de tratamento dos credores no processo de insolvência. Neste sentido, *vide* LEITÃO, Adelaide Menezes - *Direito da Insolvência...* (cit.), p. 207 e, CARVALHO, Liliana – Responsabilidade dos administradores perante os credores resultante da qualificação da insolvência como culposa. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, 2013, pp. 886-887. Disponível em: <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/>

¹⁵⁹ Atente-se, contudo, que nem todas as dívidas da massa são posteriores à declaração da insolvência (cfr. 51.º do CIRE). Cfr. MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 529. Com diversa interpretação, EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 167, nota 508 e CARVALHO, Liliana - *Responsabilidade dos administradores...* (cit.), p. 887.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima - *Responsabilidade dos administradores pela insolvência...* (cit.), p. 91

¹⁶¹ Por esse motivo, Maria do Rosário Epifânio considera que a responsabilidade está dependente de condição suspensiva. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 165

¹⁶² Catarina Serra alerta que o instituto da responsabilidade insolvencial defronta-se com algumas debilidades tendo em conta a realidade prática. Nas palavras da Autora, mesmo que existam outros afetados pela qualificação além do próprio insolvente, é frequente que esses frustram as expectativas dos credores ao “*esvaziarem antecipadamente os seus patrimónios para inviabilizar o cumprimento da obrigação da indemnização*”. Cfr. *Lições de Direito da Insolvência...*(cit.), p. 163.

da prolação da sentença de qualificação da insolvência, fixar o valor das indemnizações devidas, em virtude de não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, o juiz deve enumerar os critérios para a sua quantificação, a efetuar na fase de liquidação. A utilidade do normativo pode justificar-se, por exemplo, nas situações em que não se tenha terminado a liquidação da massa insolvente, pelo que não se conhece efetivamente quais os créditos que ainda faltam ser satisfeitos¹⁶³. Todavia, nesta matéria, verifica-se uma incongruência, na medida em que a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE falamos em “*créditos não satisfeitos*” ao passo que o n.º 4 do mesmo preceito prevê “*montante dos prejuízos sofridos*”. A dificuldade está, então, em apurar qual o valor que cabe ao afetado indemnizar, se os créditos não satisfeitos ou se o valor correspondente aos prejuízos causados aos credores, uma vez que o valor indemnizável não pode ser diferente se calculado em momentos ou fases processuais distintas.

Esta questão é problemática pois a diferença entre esses valores pode revelar-se completamente díspar, na medida em que o valor resultante da diferença entre o ativo e o passivo que, sendo negativo, constitui o montante dos créditos não satisfeitos, não corresponde necessariamente (e, geralmente, não é) ao valor dos prejuízos causados aos credores, o que significa que o valor dos prejuízos pode ser (muito) inferior ou (muito) superior ao montante dos créditos não satisfeitos.

Apesar disso, uma parte da doutrina sustenta uma espécie de presunção de que o valor dos prejuízos coincide com o valor dos créditos não satisfeitos, o que pressupõe que se dê prevalência à solução prevista na al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE na determinação do valor da indemnização. Em defesa desta tese encontramos Adelaide Menezes Leitão. Esta Autora considera que se deve “*encontrar um mínimo denominador comum destas expressões que parece apontar para os créditos não satisfeitos, apontando para uma responsabilidade pelo deficit patrimonial semelhante à congénere espanhola*”¹⁶⁴. Esta posição parece ser acompanhada por Alexandre Soveral Martins¹⁶⁵ e Catarina Serra. Segundo a última Autora, existe uma “*evidente desconformidade*” entre os regimes, pois “*o legislador ter-se-á, seguramente, esquecido de adaptar o n.º 4 à redação final que deu à norma da al. e) do n.º 2, tendo mantido o texto que resultava dos textos preparatórios*”. Por esse motivo, esta Autora entende que se deve dar prevalência ao preceituado na al. e) do n.º 2 do art. 189.º do

¹⁶³ MARTINS, Alexandre Soveral – *Um curso de Direito da Insolvência...*(cit.), p. 531.

¹⁶⁴ Cfr. *Direito da Insolvência...* (cit.), p. 204 e *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. I Congresso Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 279.

¹⁶⁵ MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de Direito da Insolvência...*(cit.), p. 531.

CIRE, pelo que ao ler-se no n.º 4 prejuízos causados deveria ler-se créditos não satisfeitos^{166/167}.

Em igual sentido, embora com fundamentos distintos, encontramos Nuno Pinto Oliveira que entende que a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE corresponde à “regra” e que o n.º 4 do mesmo preceito deve ser visto com a “exceção”. Assim, deve ser dada a possibilidade de o sujeito afetado alegar e provar que não há uma relação de condicionalidade entre a sua atuação e o dano, nos casos em que considere que não causou dano ou que o dano causado é inferior ao montante dos créditos não satisfeitos. Portanto, se nada alegar, o juiz deve condenar o afetado ao cumprimento da al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, isto é, no montante dos créditos não satisfeitos. Se, porventura, alegar e provar que não existiu dano ou o dano é inferior, deve atender-se ao n.º 4 do art. 189.º do CIRE, sendo que os afetados pela qualificação apenas devem ser condenados na proporção em que o seu comportamento contribuiu para a situação ou agravamento da situação de insolvência¹⁶⁸.

Ainda acerca da conjugação entre a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE e o n.º 4 do mesmo normativo, Maria de Fátima Ribeiro encontra três “sentidos úteis” ao n.º 4 do art. 189.º do CIRE. A primeira interpretação passa por aplicar o n.º 4 às circunstâncias em que os danos causados aos credores se revelam manifestamente superiores ao montante dos créditos não satisfeitos. Assim, nestes casos, os afetados serão responsabilizados pelo montante do prejuízo causado. Na segunda interpretação, a Autora alerta para a competência do juiz na determinação do valor indemnizatório de cada um dos afetados. Por outras palavras, cabe ao juiz determinar o valor por que cada afetado será responsabilizado e, não sendo possível determiná-lo concretamente, deve fixar os critérios a ter em conta, designadamente os respetivos graus de culpa. Por fim, a terceira interpretação consiste em

¹⁶⁶ SERRA, Catarina – *Lições de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 161-162. No mesmo sentido, entende Carina Alves de Magalhães, sugerindo a eliminação da solução prevista no n.º 4 do art. 189.º do CIRE. Cfr. *Incidente de qualificação da insolvência. Uma visão geral*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/>

¹⁶⁷ Estas teses são afastadas por Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões. Para estes Autores, “[N]ão vemos a desconformidade “evidente”, nem razão para privilegiar uma das normas relativamente à outra, pois elas são complementares, o que, desde logo, resulta da remissão do n.º 4 para o n.º 2-e)”. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 534.

¹⁶⁸ A responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa... (cit.), pp. 245-246 e *Responsabilidade civil dos administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 220-222. Com o mesmo entendimento, vide ALVES, Patrícia - ALVES, Patrícia - *A qualificação da insolvência: incidente e efeitos..* (cit.), p. 58, nota 160.

determinar o valor indemnizatório, na sentença de qualificação da insolvência, considerando os critérios de verificação e graduação de créditos¹⁶⁹.

Os entendimentos elencados apontam para que a indemnização devida pelos afetados seja fixada, em princípio, pelo valor dos créditos não satisfeitos¹⁷⁰. Ora, considerando esta solução, os afetados pela qualificação serão condenados pela diferença entre o passivo do devedor insolvente e o ativo que a massa insolvente dispõe, o que faz que, em bom rigor, o afetado seja responsável não pela insolvência culposa, mas pelo montante resultante da própria situação de insolvência à luz dos critérios de determinação previstos no art. 3.º do CIRE.

Por sua vez, na jurisprudência constata-se que enveredar pelo critério dos montantes não satisfeitos na determinação do *quantum* indemnizatório pode colocar em causa o princípio constitucional da proporcionalidade e da proibição do excesso. Aliás, o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 280/2015, de 20/05/2015, concluiu que, na defesa deste princípio, o tribunal deve atender ao “*grau de ilicitude e culpa manifestado nos factos determinantes dessa qualificação legal*”¹⁷¹. Mesmo sem lhe ser atribuída força obrigatória geral, essa decisão acabou por ser acolhida pelos tribunais superiores que consideram que, na determinação do valor da indemnização, deve ser sempre analisado o caso em concreto, atendendo ao grau de culpa do afetado e ao prejuízo causado aos credores do devedor insolvente¹⁷². O mesmo é defendido por Luís Carvalho Fernandes e João Labareda. Na sua argumentação, os Autores acordam que, à primeira vista, em termos objetivos, os critérios a que alude n.º 4 do art. 189.º do CIRE devem ser interpretados pela diferença entre o valor global do passivo e do ativo, mas a solução reconduziria a uma desnecessidade do normativo dado que o mesmo já resulta da al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE. Desta forma, deve atribuir-se ao juiz o poder-dever de fixar as indemnizações atendendo às situações concretas, designadamente ao grau de culpa dos afetados pela qualificação¹⁷³ e à proporção do

¹⁶⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima - Responsabilidade dos administradores na insolvência... (cit.), pp. 100-102.

¹⁷⁰ Na jurisprudência, *vide* Acórdão do TRC, de 23/09/2014, Relator Fernando Monteiro (Processo n.º 4/13.3TBSEI-L.C1), Acórdão do TRP, de 13/01/2015, Relator Anabela Dias da Silva (Processo n.º 376/12.7TYVNG-A.P1) e Acórdão do TRG, de 23/11/2017, Relator Ana Cristina Duarte (Processo n.º 1512/15.7T8CHV-C.G1).

¹⁷¹ Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (referente ao processo n.º 1025/2014). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

¹⁷² Cfr, designadamente, os Acórdãos do TRP, de 14/07/2020, Relator Jorge Seabra (Processo n.º 1338/17.3T8STS-A.P1), de 19/05/2020, Relatora Alexandra Pelayo (Processo n.º 976/19.4T8AMT-C.P1) e de 15/01/2019, Relator Márcia Portela (Processo n.º 273/14.1T8VNG-A.P2).

¹⁷³ Para Luís Carvalho Fernandes e João Labareda o grau de culpa é um critério relevante na determinação do valor indemnizatório a ser pago por cada um dos afetados pela qualificação. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 698. Questionam os Autores: “[I]magine-se, então, que, em determinado

comportamento destes e de terceiros na criação ou agravamento da situação de insolvência¹⁷⁴.

De facto, não considerar o fator grau de culpa do afetado pela qualificação pode levantar situações completamente desproporcionais e desequilibradas, como por exemplo, um gerente “*responder com toda a sua massa patrimonial, com todos os seus bens, por créditos sobre uma sociedade insolvente que podem atingir milhões de euros, apenas por se ter apropriado de um bem a ela pertencente no valor de cinco ou seis mil euros*”¹⁷⁵.

Assim, para evitar tais situações, somos da opinião que, a al. e) do n.º 2 e o n.º 4 do art. 189.º do CIRE devem ser complementares, o que significa que, na determinação do valor da indemnização a ser paga aos credores, o juiz deve atender ao grau de culpa, isto é, à atuação do sujeito afetado pela qualificação e à sua gravidade, bem como o nexos de causalidade entre essa mesma conduta e os prejuízos causados aos credores, apreciando e ponderando a situação em concreto. Este entendimento justificado, primordialmente, no princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, afasta a tese de que o grau de culpa a que alude a al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE deve ter relevância apenas no plano interno.

Sendo assim, na especificação do valor indemnizatório, pode concluir-se que o prejuízo causado aos credores pode ser inferior ou superior aos créditos não satisfeitos. Caso se constate que o valor dos prejuízos é manifestamente superior, o valor da indemnização deve ser o valor dos créditos não satisfeitos, ou seja, a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE assume-se como uma limitação ao valor da responsabilidade. Ao invés, caso se verifique que

processo, a sentença considera um administrador da sociedade insolvente culpado apenas na realização da venda ruínosa de um certo imóvel. Terá ele, ainda assim, de responder por todo o passivo a descoberto, mesmo quando este ultrapasse (largamente!) o prejuízo causado aos credores com o ato determinante da culpa?”. No mesmo sentido, vide DUARTE, Rui Pinto - Responsabilidade dos administradores... (cit.), pp.165-166, EPIFÂNIO, Maria do Rosário - Manual de Direito da Insolvência... (cit.), p. 165 e CARVALHO, Liliana – Responsabilidade dos administradores perante os credores... (cit.), p. 886. Por sua vez, Nuno Pinto Oliveira atribui apenas relevância ao fator proporção, desconsiderando o grau de culpa do agente. Cfr. A responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa... (cit.), pp. 245-246 e Responsabilidade civil dos administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência... (cit.), p. 220-222. Já Alexandre Soveral Martins atribui ao grau de culpa relevância apenas no plano interno. Cfr. Um curso de Direito da Insolvência... (cit.), pp. 534-535.

¹⁷⁴ Assim, por exemplo, se a atuação dos credores estiver na origem ou a criação da insolvência, tal situação deve “*ser levada em conta na mensuração da responsabilidade e o saldo descontado, por assim dizer, no valor exigível aos culpados*”. Cfr. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas... (cit.), pp. 697-698.

¹⁷⁵ Acórdão do TRG, 28/03/2019, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1).

o valor dos prejuízos é inferior, o valor da indemnização deve corresponder efetivamente a esses prejuízos, aproximando-se, assim, do regime previsto no CPEREF¹⁷⁶.

Neste sentido pronunciaram-se alguns tribunais superiores. No Acórdão do TRL, de 27/04/2021, Relatora Isabel Fonseca (Processo n.º 540/19.8T8VFX-C.L1-1) pode ler-se o seguinte: “[E]sta interpretação da norma, que se até ao seu sentido literal, apontando para uma solução em que a medida da indemnização é indexada, grosso modo, ao valor do passivo reconhecido e não satisfeito (créditos sobre a insolvência e sobre a massa), não inviabiliza que, em determinadas circunstâncias e verificado determinado condicionalismo, o intérprete/aplicador do direito possa concluir que, no caso concreto, se justifica restringir ou aproximar a responsabilidade indemnizatória da entidade afetada pela insolvência culposa ao prejuízo a que efetivamente deu causa, com a sua atuação e em função da sua culpa com apelo ao princípio da proporcionalidade”. Em igual sentido, decidiu o TRC, no acórdão de 16/12/2015, Relatora Maria Domingas Simões (Processo n.º 1430/13.3TBFIG-C.C1), onde se lê “[N]ão nos diz a lei quais os critérios de fixação, mas o montante a indemnizar terá necessariamente como limite a observar, por um lado, o valor dos créditos não satisfeitos e, por outro, o do património pessoal dos responsáveis”. Também, o acórdão do TRP, de 11/03/2021, Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 918/13.0TYVNG-D.P1), refere que “[N]a interpretação que se nos afigura mais conforme ao texto da lei, à natureza da responsabilidade ali prevista e ao princípio da proporcionalidade, a responsabilidade dos administradores não corresponde necessariamente ao montante dos créditos que as forças da massa insolvente não permitirão satisfazer. Esse é apenas o limite da obrigação de indemnizar: os credores não poderão exigir do afectado pela qualificação uma indemnização superior à parte do valor do crédito reclamado e verificado na insolvência que não seja satisfeito pelo produto da massa”¹⁷⁷.

Sendo vários os afetados pela qualificação, a responsabilidade é, ainda, solidária entre eles¹⁷⁸. Assim sendo, os credores da indemnização podem exigir o montante desta a

¹⁷⁶ A este propósito, Maria do Rosário Epifânio refere “[E]sta responsabilidade é limitada, pois abrange apenas o “passivo a descoberto” e não os danos causados aos credores. Isto significa, desde logo, que, ao abrigo deste artigo, o montante da indemnização não poderá ser superior. E se o dano causado for inferior? A lei (ao contrário do art. 126.º-B, n.º 1, do CPEREF, que expressamente preceituava a condenação dos responsáveis para satisfazerem o passivo a descoberto ou apenas o montante do dano por eles causado, se fosse considerado inferior) não é muito clara”. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...*(cit.), p. 166,

¹⁷⁷ No mesmo sentido, vide, entre outros, o Acórdão do TRG, de 28/03/2019, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1) e o Acórdão do TRP, de 29/06/2017, Relator Filipe Carço (Processo n.º 2603/15.0T8STS-A.P1).

¹⁷⁸ O carácter solidário expressamente previsto no preceito é criticado pela doutrina. Segundo Fábio da Silva Veiga, “[N]o nosso entender, o presente preceito representa um risco à diligente atividade da administração

qualquer um dos afetados pela qualificação, sendo que o que cumprir a obrigação goza do direito de regresso contra os demais (art. 519.º, n.º 1 do CC).

Os afetados pela qualificação apenas serão responsabilizados “*até as forças dos respetivos patrimónios*”¹⁷⁹. Mas, o que quererá, afinal, significar esta expressão? Aplicar-se-á o regime geral previsto no art. 601.º do CC e todo o património do afetado suscetível de penhora será utilizado para pagar aos credores? A expressão não é clara, contudo, a generalidade da doutrina sustenta este entendimento¹⁸⁰. Por seu turno, para Luís Menezes Leitão, a lei pretende assegurar que os afetados pela qualificação não possam ser declarados insolventes por não conseguirem cumprir integralmente com a obrigação indemnizatória¹⁸¹.

Diversamente do previsto no art. 126.º-B, n.º 2 do CPEREF, a obrigação de indemnizar não carece de pedido formulado nesse sentido, decorrendo diretamente da lei, e deve constar expressamente da sentença de qualificação uma vez verificados os requisitos da insolvência culposa (cfr. art. 186.º do CIRE). Trata-se, portanto, de um efeito com carácter obrigatório e automático da sentença de qualificação, o que significa que os tribunais não podem deixar de condenar os afetados pela qualificação da insolvência justificando que, apesar da insolvência culposa, os factos praticados por aqueles não resultaram de qualquer atuação ilícita e culposa e, conseqüentemente, não provocaram quaisquer prejuízos para os credores¹⁸². Assim sendo, ao juiz não é concedida qualquer discricionariedade na

societária, colocando alguns membros do órgão de administração na esteira da responsabilização sem a devida coerência nos factos que deram causa.” Cfr. *Responsabilidade dos administradores de sociedades, Especial referência aos pressupostos da insolvência*, Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi, 2021, p. 211.

¹⁷⁹ A expressão escolhida obteve diversas críticas, desde logo, pela Ordem dos Advogados no seu Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII/1ª, emitido em 07/12/2011, p. 8. Pode ler-se no referido Parecer que a expressão “(...) não é juridicamente rigorosa, nem se compreende com clareza o seu alcance, pelo que deverá ser substituída”.

¹⁸⁰ Nomeadamente, EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 166, LEITÃO, Adelaide Menezes - *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores...* (cit.), p. 281, BRANCO, José Manuel - *Qualificação da insolvência...* (cit.), pp. 22-23, DUARTE, Rui Pinto - *Responsabilidade dos administradores...* (cit.), p. 165 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 528-529 e *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores...* (cit.), p. 330. Na jurisprudência, a expressão é criticada no Acórdão do TRP, de 29/06/2017, Relator Filipe Caróço (Processo n.º 2603/15.0T8STS-A.P1), onde pode ler-se: “[A] referência às forças do seu património é excessiva e desnecessária porque jamais os obrigados podem responder para além dos limites do seu património”.

¹⁸¹ Segundo o referido Autor, “[N]ão se devem admitir assim novos processos de insolvência contra os afetados em virtude de não poderem cumprir com a obrigação de indemnização aos credores em que foram condenados”. Cfr. LEITÃO, Luís Menezes - *Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 296-297. Com a mesma interpretação, RIBEIRO, Maria de Fátima - *Responsabilidade dos administradores pela insolvência...* (cit.), p. 102.

¹⁸² Cfr. Acórdão do TRP, de 19/11/2020, Relator Freitas Vieira (Processo n.º 65/12.2TYVNG-H.P1). De acordo com este Acórdão, a condenação em indemnização deve verificar-se a partir do momento em que a insolvência seja qualificada como culposa e, em regra, pelo montante dos créditos não satisfeitos, contudo, excecionalmente, o valor pode ser diminuído, “*mas nunca eliminado*”. No sentido em que o a condenação

condenação em indemnização. A solução portuguesa diverge do que se verifica no art. 456. do Texto Refundido da *Ley Concursal*, correspondente ao anterior art. 172. *bis* da *Ley Concursal* espanhola, uma vez que no ordenamento jurídico vizinho o juiz tem o poder discricionário de condenar as pessoas afetadas pela qualificação pelo “*deficit*” da insolvência¹⁸³. Para além disso, a referida condenação encontra-se dependente de uma “*justificación añadida*”. Tal significa que se devem verificar dois pressupostos, um de natureza objetiva, ou seja, a necessidade de um “estado da insolvência” e um de natureza subjetiva, que implica que o “estado de insolvência” se deveu a condutas culposas praticadas pelos administradores do devedor insolvente (para este último, devem atender-se às presunções de culpabilidade previstas no arts. 164. e 165., correspondentes aos atuais arts. 443. e 444. do Texto Refundido da *Ley Concursal*)¹⁸⁴.

Acresce que, embora da lei nada resulte sobre o destino do montante indemnizatório, a doutrina defende que o mesmo deve ser integrado na massa insolvente, caso o processo de insolvência ainda se encontre pendente, para, posteriormente, ser repartido pelos credores cujos créditos ainda se encontrem por satisfazer segundo a sentença de graduação e verificação de créditos¹⁸⁵. Solução diversa, isto é, o pagamento individualmente a cada credor como da lei parece resultar poderia colocar em causa o princípio “*par conditio creditorum*”¹⁸⁶. Em Espanha, discutia-se a mesma questão acerca do destino da indemnização. Na versão originária, o art. 172.3 da *Ley Concursal* considerava que as quantias deveriam ser pagas diretamente aos credores (“*a pagar a los acreedores*

prevista na al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE “*constitui um imperativo do tribunal*”, vide FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado...* (cit.), p. 697.

¹⁸³ Apesar do juiz espanhol gozar de um amplo poder discricionário, caso se verifiquem todos os requisitos da “*responsabilidade concursal*”, os afetados devem ser devidamente responsabilizados sob pena de se considerar um benefício indireto para o devedor e, conseqüentemente, um prejuízo para os credores. Cfr. DÍAZ GÓMEZ, María Angustias e MIGUÉLEZ DEL RÍO, Carlos – La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011... (cit.), p. 159. Disponível em: <http://revpubli.unileon.es/>

¹⁸⁴ Neste sentido, cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima - *Responsabilidade dos administradores na insolvência...* (cit.), p. 90, nota 67; VEIGA, Fábio Silva – *Responsabilidade dos administradores de sociedades, Especial referência aos pressupostos da insolvência...* (cit.), pp. 224-225 e FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis – La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital. *Comentarios a La Ley...* (cit.), pp. 712-713.

¹⁸⁵ EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 167; CARVALHO, Liliana – Responsabilidade dos administradores perante os credores ... (cit.), p. 887. RIBEIRO, Maria de Fátima - *Responsabilidade dos administradores na insolvência...* (cit.), pp. 106-107. Em sentido oposto, Rui Pinto Duarte considera que o pagamento deve ser feito ao administrador da insolvência ou diretamente aos credores dependendo do estado do processo e do grau de determinação dos créditos. Cfr. Responsabilidade dos administradores... (cit.), pp. 165-166,

¹⁸⁶ MARTINS, Alexandre Soveral - *Insolvência culposa e “responsabilidade civil” dos afetados...* (cit.), p. 332. Assim, também, o Acórdão do TRC, de 16/12/2015, Relator Maria Domingas Simões (Processo n.º 1430/13.3TBFIG-C.C1).

concursoales”). A reforma de 2011 foi o ponto de viragem, prevendo expressamente que as quantias sejam integradas na massa insolvente e, posteriormente, distribuídas pelos credores¹⁸⁷. A solução ainda se mantém presentemente, apesar das alterações legislativas promovidas pelo *Real Decreto Administrativo* 1/2020, de 5 de maio (cfr. arts. 455. e 456. do Texto Refundido da *Ley Concursal*).

5. Término da administração da massa insolvente pelo devedor pessoa singular titular da empresa

Com a declaração de insolvência produzem-se um conjunto de efeitos, entre os quais a privação do devedor insolvente praticar atos de administração e disposição dos bens que integram a massa insolvente (cfr. art. 46.º do CIRE), ficando esses no domínio do administrador da insolvência (art. 81.º, n.º 1 e 4 do CIRE). Apesar disso, “*quando se reconheça que a sua aptidão empresarial não é prejudicada pela situação de insolvência, a qual pode até resultar de factores exógenos à empresa*” e, simultaneamente, exista “*a convicção de que a recuperação da empresa nas suas mãos permitirá uma melhor satisfação dos créditos do que a sua sujeição ao regime comum de liquidação*”¹⁸⁸, a lei permite, quando da massa insolvente faça parte uma empresa (art. 223.º do CIRE)¹⁸⁹, que o devedor insolvente mantenha os poderes de administração¹⁹⁰ dos bens integrantes na massa insolvente, desde que, para isso, estejam verificados, cumulativamente, os seguintes pressupostos¹⁹¹. Em primeiro lugar, o devedor deve manifestar a intenção em manter os poderes de administração dos bens da massa (art. 224.º, n.º 1, al. a) do CIRE). O pedido poderá ser formulado logo na petição inicial caso tenha sido ele o requerente da declaração de insolvência, ou na oposição à insolvência, ou no prazo que lhe for atribuído para o efeito, no caso de ter sido outro o requerente. Posteriormente, conforme dispõe o art. 36.º, n.º 1, al. e) do CIRE, competirá ao juiz, na sentença de declaração da insolvência, determinar que a

¹⁸⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima - Responsabilidade dos administradores na insolvência... (cit.), pp. 94.

¹⁸⁸ Ponto 32 do Preâmbulo do CIRE.

¹⁸⁹ Neste âmbito, não se incluem as pequenas empresas (arts. 249.º e ss. do CIRE). Acresce que não está em causa a qualidade do devedor, podendo tratar-se de uma pessoa singular ou coletiva, desde que seja titular de uma empresa. Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 811.

¹⁹⁰ Quer isto dizer que, embora declarada a insolvência, o devedor continua a praticar atos de gestão e atos de administração extraordinária, ficando, no entanto, privado dos atos de disposição (art. 81.º, n.º 1 do CIRE) e dos atos de liquidação (art. 225.º do CIRE). Cfr. LEITÃO, Luís Menezes – *Direito da Insolvência...* (cit.), p. 315 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 436.

¹⁹¹ Cfr. FERNANDES, Luís Carvalho - A qualificação da insolvência... (cit.), pp. 81-104, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...*(cit.), pp. 811-814, EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 309-313, LEITÃO, Luís Menezes – *Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 315-317 e MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 436-440.

administração da massa ficará a cargo do próprio devedor. Para além disso, poderão ser os próprios credores a deliberarem nesse sentido na assembleia de apreciação do relatório ou na assembleia que a preceda (art. 224.º, n. 2 do CIRE).

A administração dos bens da massa a cargo do devedor carece, ainda, que este tenha apresentado plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa, ou se comprometa a fazê-lo no prazo de trinta dias após a sentença de declaração de insolvência (art. 224.º, n.º 1, al. b) do CIRE), bem como não existam “razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores” (art. 224.º, n.º 1, al. c) do CIRE)¹⁹².

Por último, a concessão dos poderes de administração dos bens da massa ao devedor precisa que o requerente da insolvência (caso não seja o próprio devedor) dê o seu acordo (art. 224.º, n.º 1, al. d) do CIRE), o que significa que, antes de proferir decisão, o juiz deve ouvir previamente o requerente da insolvência.

Apesar das reconhecidas vantagens em manter os poderes de administração na esfera jurídica do devedor¹⁹³, o art. 228.º do CIRE enumera as situações que determinam o termo dessa mesma administração. Nesta análise importa, obviamente, a alínea c) do n.º 1 desse preceito, que estabelece que o juiz coloca termo à administração da massa pelo devedor quando a pessoa singular titular da empresa for afetada pela qualificação da insolvência como culposa. Dessa forma, cessando a administração da massa pelo devedor, seguir-se-á o prescrito no art. 228.º, n.º 2 do CIRE, ou seja, o juiz determina imediatamente a apreensão dos bens, de acordo com o art. 149.º do CIRE, e o processo de insolvência prossegue nos termos gerais, o que por outras palavras, significa que o administrador da insolvência assume os seus poderes segundo o art. 81.º do CIRE.

Ressalve-se, por fim, que o termo da administração da massa pelo devedor é um efeito não especificado no leque de consequências pessoais e patrimoniais previstas no art.

¹⁹² Nas palavras de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, o juiz deve efetuar uma avaliação caso a caso, considerando, designadamente, o comportamento do devedor, quer no processo, quer nas fases anteriores à sua instauração. Cfr. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 813.

¹⁹³ Segundo Alexandre Soveral Martins “(...) aproveitam-se as experiências, as informações e os contactos do devedor (ou dos membros dos seus órgãos, sendo o caso) em processos de insolvência que até podem ter sido o resultado de circunstâncias que o devedor não podia controlar”. Cfr. *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), pp. 433-434. No mesmo sentido, Maria do Rosário Epifânio refere que “(...) é do maior interesse para a própria massa que o devedor permaneça à frente da empresa (pois é a pessoa que melhor a conhece e que acompanhou de perto a situação de crise)”. Cfr. *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 309

189.º, n.º 2 do CIRE, cuja produção ocorre sem necessidade de qualquer declaração judicial¹⁹⁴.

6. Preclusão da exoneração do passivo restante

A par do efeito previsto no art. 228.º, n.º 1, al. c) do CIRE, a qualificação da insolvência como culposa desencadeia também a produção “*ipso iure*” de outro efeito: a preclusão da exoneração do passivo restante. A exoneração do passivo restante consiste num mecanismo que permite ao devedor, pessoa singular, libertar-se das dívidas que não cumpriu devidamente no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao seu encerramento (art. 235.º do CIRE). Para o efeito, não se deve verificar nenhuma das situações de indeferimento liminar previstas no art. 238.º, n.º 1 do CIRE. Algumas dessas previsões, concretamente a alínea e) desse preceito, podem assumir especial relevância para o incidente de qualificação visto que a existência de indícios de culpa grave na criação ou agravamento da situação de insolvência determina de imediato o indeferimento liminar da concessão da exoneração do passivo restante, o que significa que não se inicia o período da cessão¹⁹⁵. Além disso, nas situações em que está a decorrer o período da cessão, nos termos do art. 243.º, n.º 1, al. c) do CIRE, “*o juiz deve recusar a exoneração do passivo restante*”, a requerimento de algum credor ou do administrador da insolvência, se a “*decisão do incidente de qualificação da insolvência tiver concluído pela existência de culpa na criação ou agravamento da situação de insolvência*”.

Nestes casos, o juiz impede que os devedores insolventes beneficiem de um mecanismo que lhes permite a extinção das suas dívidas, impossibilitando-lhes a oportunidade de começar do zero (“*fresh start*”) e nega-lhes a sua reabilitação económica, objetivos da exoneração do passivo restante.

¹⁹⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 158 e FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas...* (cit.), p. 694.

¹⁹⁵ Note-se, porém, que o indeferimento liminar tem lugar se existirem indícios que “*com toda a probabilidade*” determinam a existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência (art. 238.º, n.º 1, al. e) do CIRE). Quer isto dizer que, da leitura do preceito, não parece resultar que o indeferimento liminar está dependente de decisão prévia de insolvência culposa. Nesse sentido, MARTINS, Alexandre Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência...* (cit.), p. 536.

CONCLUSÕES

Após a análise do incidente de qualificação da insolvência e chegados ao final desta investigação, procura-se, agora, identificar as principais conclusões assim como responder às problemáticas formuladas no início.

- I. O instituto do incidente de qualificação da insolvência, composto por normas substantivas e processuais, tem como finalidade primordial apurar se a situação de insolvência ou o seu agravamento se verificou pela prática de atos dolosos ou com culpa grave, sancionando e responsabilizando todos aqueles que atuaram nesse sentido. No entanto, em consequência da alteração legislativa produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, este incidente assume, atualmente, carácter facultativo, o que significa que o juiz apenas determina a sua abertura se existirem motivos justificativos, nos termos do art. 36.º, n.º 1, al. i) do CIRE, ou, mais tarde, de acordo com o art. 188.º, n.º 1 do CIRE.

Esta solução fez com que os números de abertura do incidente de qualificação e, conseqüentemente, as insolvências culposas diminuíssem necessariamente. Para demonstrar esta realidade e uma vez que não existem estudos realizados a nível nacional, foram apresentados dados estatísticos disponibilizados pelo Tribunal da Comarca do Porto Este – Juízo de Comércio de Amarante, dos anos compreendidos entre 2016 e 2020, inclusive. Esses dados permitem constatar que os números dos incidentes de qualificação abertos e os números de insolvências culposas ficam muito aquém dos números referentes aos processos de insolvência que deram entrada naquele tribunal ao longo daquele período de tempo. As justificações encontradas prendem-se com a complexidade de produção de prova, mesmo com o auxílio das presunções de insolvência culposa previstas no art. 186.º do CIRE, bem como a existência de outras causas de insolvência.

Desse modo, considerando a análise dos referidos números, podemos concluir que, antes da alteração legislativa de 2012, o incidente de qualificação era, muitas vezes, completamente desnecessário, provocando morosidade ao processo de insolvência e, portanto, consideramos que andou bem o legislador em pôr fim à obrigatoriedade de abertura do incidente de qualificação visto que não faz qualquer sentido proceder à abertura de um incidente que tem como propósito determinar a culpabilidade dos gerentes ou administradores na criação

ou agravamento da situação de insolvência quando não existem, pelo menos, quaisquer indícios.

II. Como sabemos, a COVID-19 teve influência em vários setores na sociedade. No que respeita ao incidente de qualificação, a atual situação epidemiológica, determinou, entre as medidas imediatas de controlo da pandemia, a suspensão dos prazos processuais, entre os quais o prazo para o devedor se apresentar à insolvência (cfr. art. 18.º do CIRE). Entre avanços e recuos, vigora, neste momento, um regime excecional e transitório, o que significa que, por força da Lei n.º 13-B/2021, 5 de abril, cessou a suspensão da generalidade dos prazos, mantendo-se, porém, suspenso o prazo para o devedor se apresentar à insolvência. Esta medida revelou-se de grande importância, na medida em que evitou que a não apresentação à insolvência nos prazos conferidos por lei determinasse inevitavelmente a insolvência culposa.

III. O incidente de qualificação pode revestir a modalidade de incidente pleno ou incidente limitado. O incidente pleno verifica-se na generalidade das circunstâncias, exceto naquelas em que é limitado. Naquele, o incidente pode ser aberto logo no momento da prolação da sentença que decreta a insolvência, ou, mais tarde, por iniciativa de “*qualquer interessado*”, ou seja, pelos titulares de um interesse legítimo, como sejam os credores e todos os que tenham legitimidade para requerer a declaração de insolvência. Entre as várias questões levantadas neste ponto, tentamos esclarecer quais os critérios a ter em consideração na contagem dos prazos, tanto de apresentação do requerimento a que alude o art. 188.º, n.º 1 do CIRE, como para o administrador da insolvência apresentar o parecer a que refere o art. 188.º, n.º 3 do CIRE. Entendemos também que tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público estão obrigados a pronunciar-se sobre a insolvência e o seu carácter fortuito ou culposo. Como tal, perante a falta de apresentação do parecer do administrador da insolvência, no prazo que lhe é concedido para o efeito, o mesmo é convidado a pronunciar-se num prazo adicional.

Atualmente, em seguimento da alteração produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, perante a coincidência dos pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público, que defendam que a insolvência é fortuita, o juiz não está vinculado a esses entendimentos, devendo, quando assim o entender, ordenar a notificação do devedor e a citação dos possíveis afetados pela qualificação, para

que, querendo, se possam opor. No caso do incidente limitado, tal como prevê o art. 191.º do CIRE, o incidente seguirá uma tramitação diferente visto que a massa insolvente não consegue sequer cumprir com as suas próprias dívidas (cfr. art. 39.º, n.º 1 e art. 232.º, n.º 5, ambos do CIRE). Nessas duas situações, o regime é próximo do mencionado no incidente pleno, no entanto, contempla as seguintes adaptações: primeira, o prazo para o administrador da insolvência ou qualquer interessado alegar o que considere pertinente é de quarenta e cinco dias; segunda, o prazo para o administrador da insolvência apresentar o seu parecer é de quinze dias; terceira, os documentos de escrituração e de contabilidade são patenteados pelo próprio devedor insolvente e, por fim, a quarta adaptação prende-se com o facto de não se verificar neste âmbito o efeito previsto na al. d) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, isto é, não ocorre a perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa, ou, tendo já sido pagos, a sua restituição. Acreditamos, porém, que este efeito poderia ser vantajoso para os credores uma vez que reforça a sua posição, ao serem pagos com valores a que não teriam acesso se a insolvência não fosse qualificada de culposa.

- IV. Terminada a tramitação inerente ao incidente de qualificação deve ser proferida sentença que qualifique a insolvência como culposa ou fortuita. Diz-se culposa a insolvência que tenha sido criada ou agravada em consequência de comportamento, doloso ou com culpa grave, praticado pelo devedor insolvente ou pelos seus administradores nos três anos anteriores ao processo de insolvência. Para além de se referir especificamente às atuações dos administradores de direito, o legislador teve a especial atenção em prever que a insolvência também será culposa em resultado de atos praticados pelos administradores de facto. Embora a lei portuguesa não tenha previsto um conceito sobre esta figura, a previsão do art. 186.º, n.º 1 do CIRE pretende imputar as responsabilidades aos verdadeiros causadores da insolvência que, muitas vezes, atuam sem possuírem qualquer título legal que os legitime.
- Outra matéria que levanta sérios problemas interpretativos reside nas presunções de insolvência culposa previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE, uma vez que abarcam conceitos indeterminados e de difícil compreensão. No que concerne às presunções referidas no n.º 2 do art. 186.º do CIRE, acompanhamos a doutrina e jurisprudência maioritária, defendendo que, nestas situações, a

insolvência é *sempre* culposa, não admitindo prova em contrário, nem necessidade de demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta e a criação ou o agravamento da situação de insolvência. Por sua vez, relativamente às presunções do n.º 3 do art. 186.º do CIRE, consideramos que se tratam (apenas) de presunções relativas de culpa grave dos administradores, o que significa que se presume somente um dos requisitos para que a insolvência seja declarada como culposa: a culpa grave.

- V. Perante a qualificação da insolvência culposa, o juiz deve identificar as pessoas afetadas pela mesma, fixando o grau de culpa em caso de pluralidade de afetados, e os respetivos efeitos com o intuito de prevenir e sancionar os comportamentos responsáveis pela situação de insolvência ou o seu agravamento. Segundo o art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE, devem ser identificados na sentença de qualificação, nomeadamente os administradores, os Contabilistas Certificados e os Revisores Oficiais de Contas. Consideramos, contudo, que a enumeração elencada no preceito não é taxativa, podendo o juiz declarar afetado o próprio devedor insolvente, seja ele pessoa singular ou coletiva, dado a própria “*ratius legis*” do instituto jurídico da qualificação. Assim sendo, concluímos que, na sentença de qualificação, o juiz tem a árdua tarefa de identificar todos os que sejam responsáveis pela qualificação, mesmo que não estejam enumerados no leque de afetados regulado na al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE.
- VI. Entre os efeitos da insolvência culposa encontramos a inibição para administrar patrimónios de terceiros (art. 189.º, n.º 2, al. b) do CIRE). Esta consequência é prova viva de que o legislador português transpôs da *Ley Concursal* espanhola algumas expressões sem ter o cuidado de analisar se no nosso ordenamento jurídico tinham a mesma interpretação. Assim, à luz do anterior regime, os afetados pela qualificação ficavam impedidos de praticar atos de administração e disposição, durante um período de tempo de dois a dez anos, exceto se o fizessem mediante autorização de um curador. Acontece que o instituto da inabilitação levantou, desde logo, bastantes críticas, tanto doutrinárias como jurisprudenciais, dado que, no âmbito civil, se traduz numa incapacidade de exercício de direitos com o intuito de proteger os interesses do próprio incapaz. O regime acabou, então, por ser declarado inconstitucional, no que respeita aos administradores de sociedade comercial, por força do Acórdão do Tribunal

Constitucional n.º 173/2009, por violação dos arts. 26.º e 18.º, n.º 2, ambos da CRP e, no que concerne aos demais afetados pela qualificação (onde se incluem as pessoas singulares), pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 409/2011, por violação dos mesmos preceitos.

Após as decisões de inconstitucionalidade, a inabilitação deu lugar à inibição para administrar patrimónios de terceiros, onde os afetados pela qualificação estão impedidos, pelo mesmo período de tempo, de praticarem atos de administração de bens de terceiros. Sucede que, apesar da alteração produzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, o atual regime continua sem a devida regulamentação e, portanto, sem responder às questões que são levantadas a este respeito, motivando a consideração da sua (des)necessidade. Isto significa que, em bom rigor, quando o afetado pela qualificação atua enquanto administrador do devedor insolvente, já se encontra impedido de praticar atos de administração e disposição conforme resulta do art. 81.º do CIRE.

- VII. A alínea c) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE agrega, em bom rigor, duas consequências distintas: por um lado, a inibição para o exercício do comércio e, por outro lado, a impossibilidade de ocupar certos cargos nos órgãos sociais das pessoas coletivas. Quanto à inibição para o exercício do comércio, o legislador quis demonstrar a 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, direta ou indiretamente, realizados em nome próprio ou em nome alheio, ou atos praticados enquanto comércio profissional. Esta inibição não constitui uma incapacidade para o exercício do comércio, mas uma incompatibilidade absoluta em resultado da qualificação da insolvência como culposa.

Relativamente à proibição para a ocupação de cargos dos órgãos sociais das pessoas coletivas, sublinhamos que tem a mesma duração temporal da inibição para a prática de atos de comércio, ou seja, de dois a dez anos, sob pena de se questionar a (in)constitucionalidade da medida.

- VIII. Por fim, na sentença de qualificação da insolvência, o juiz deve condenar o(s) afetado(s) pela qualificação a indemnizarem os credores até ao limite das forças dos respetivos patrimónios. Este efeito não constava na versão original do Código, razão pela qual louvamos o seu aditamento em resultado da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, todavia, acreditamos que o legislador deveria ser mais

esclarecedor quanto aos critérios a ter em conta na fixação do montante indemnizatório, dadas as divergências resultantes do art. 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE e do n.º 4 do mesmo preceito e na demonstração das situações em que a mesma se verifica. Assim sendo, embora seja considerada insolvência culposa, não existe responsabilidade insolvencial se não houverem dívidas por satisfazer, nem quando o único afetado pela qualificação é o próprio devedor insolvente, porque, nestes casos, somente o seu património é responsável, não havendo, portanto, outras formas de ressarcir os credores.

Em relação à incongruência existente entre a al. e) do n.º 2 e o n.º 4 do art. 189.º do CIRE, somos da opinião que os normativos devem ser complementares, ou seja, na determinação do valor da indemnização a ser paga aos credores, o juiz, tendo em conta o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, deve atender ao grau de culpa, isto é, à atuação do sujeito afetado pela qualificação e à sua gravidade, bem como o nexo de causalidade entre essa mesma conduta e os prejuízos causados aos credores, apreciando e ponderando a situação em concreto. Nesse seguimento, pode concluir-se que o prejuízo causado aos credores pode ser inferior ou superior aos créditos não satisfeitos. Como tal, constatando-se que o valor dos prejuízos é manifestamente superior àquele, o valor da indemnização deve ser o montante dos créditos não satisfeitos, o que significa que a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE assume-se como uma limitação ao valor da responsabilidade. Pelo contrário, verificando-se que o valor dos prejuízos é inferior, a indemnização deve corresponder efetivamente a esses prejuízos.

BIBLIOGRAFIA E WEBGRAFIA

ABREU, Jorge Coutinho – *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 12ª edição, Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978 972 40 8019 2

ALVES, Patrícia - *A qualificação da insolvência: incidente e efeitos*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/>

ANTUNES, Henrique Sousa - Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa, *V Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra: Almedina, 2019, pp. 135-168. ISBN 978 972 40 8256 1

ANTUNES, José Engrácia - As pessoas coletivas na insolvência culposa. *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 30. Porto: ISCAP-IPP, 2018, pp. 69-97. Disponível em <https://recipp.ipp.pt/>

_____ - O âmbito subjetivo do incidente de qualificação da insolvência, *Revista do Direito da Insolvência*, n.º 1, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 77-105. Depósito legal 412261/16

BRANCO, José Manuel – “Dos suspeitos do costume aos culpados improváveis”. (Algumas considerações sobre os intervenientes no âmbito do incidente de qualificação da insolvência), *Revista do Direito da Insolvência*, n.º 2, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 39-59. Depósito legal 412261/16

_____ - Qualificação da insolvência (evolução da figura), *Revista do Direito da Insolvência*, n.º 0, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 13-43. Depósito legal 412261/16

BRANCO, José Manuel – *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da Falência Punitiva à Insolvência Reconstitutiva)*. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978 972 40 5876 4

CARDOSO, Mariana - *Causas da insolvência das pequenas e médias empresas: a perceção dos empresários dos concelhos de Castelo Branco e da Covilhã*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2018. Dissertação de Mestrado em Empreendedorismo e Criação de Empresas, Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/>

CARVALHO, Liliana – Responsabilidade dos administradores perante os credores resultante da qualificação da insolvência como culposa. *Revista de Direito das Sociedades*, n.º 4, 2013, pp. 875-890. Disponível em: <http://www.revistadedireitodassociedades.pt/>

COSTA, Ricardo – O administrador de facto e o artigo 80.º do CSC, *Congresso “E depois do código das sociedades comerciais em comentário”*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 199-254. Disponível em: <https://www.ricardo-costa.com>

_____ - *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978 972 40 5534 3

COSTEIRA, Maria José - A insolvência de pessoas coletivas: efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores, *Revista Julgar*, n.º 18, 2012, pp. 161-173. Disponível em: <http://julgar.pt/>

COVID-19: Cessaçãõ da suspensãõ generalizada dos prazos processuais e procedimentais. *Garrigues* (05/04/2021). [consultado em 20/06/2021]. Disponível em: <https://www.garrigues.com/>

DÍAZ GÓMEZ, María Angustias e MIGUÉLEZ DEL RIO, Carlos – La calificación del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011. *Pecunia*, n.º 14, 2012, pp. 145-168. Disponível em: <http://revpubli.unileon.es/>

DUARTE, Rui Pinto - Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor, Themis - O Novo Regime Português Da Insolvência, Lisboa: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Direito, Edição Especial*, 2005, pp. 131 - 150. ISBN 972 40 2622 1

_____ – Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE. *III Congresso de Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra: Almedina, 2015, pp. 151-173. ISBN 978 972 40 6335 5.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/>

_____ – *Manual de Direito da Insolvência*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978 972 40 7791 8

FERNANDES, Luís Carvalho – A qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor. Themis - O Novo Regime Português Da Insolvência. Lisboa: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Edição Especial*, 2005, pp. 81-104. ISBN 972 40 2622 1

FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978 972 724 713 4

_____ – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Vol. II (Art.ºs 185.º a 304.º), Lisboa: Quid Juris?, 2005. ISBN 972 724 274 X.

_____ – *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência Anotado*, 3ª edição, Lisboa: Quid Juris?, 1999. ISBN 972 724 062 3

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis – La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital. *Comentarios a La Ley Concursal* (coord. Luis Fernández de La Gándara e Manuel Álvarez), Madrid, Espanha: Garrigues Pons, 2004. ISBN 84 9768 118 5.

FIDALGO, Ana – *A responsabilidade dos Administradores Societários no Processo de Insolvência: Em especial o Incidente de Qualificação de Insolvência*. Leiria: Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Instituto Politécnico de Leiria, 2017. Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa. Disponível em: <https://iconline.iplleiria.pt/>

FRADA, António Carneiro – A responsabilidade dos administradores na insolvência, *Revista Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. II, 2006, Disponível em: <https://portal.oa.pt/>

GARAU ALCOVER, Guillermo – Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal *in Derecho Concursal Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal* (dir. R. Garcia Villaverde, A. Alonso Ureba e J. Pulgar Ezquerro), Editorial Dilex, 2003, pp.491-503.

GARCÍA-VILLARRUBIA, Manuel - Dos cuestiones sobre calificación concursal a la luz del nuevo texto refundido: el déficit patrimonial y los directores generales como personas afectadas; *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 89, 2020 Disponível em: <https://www.uria.com/es/publicaciones/>

LEITÃO, Adelaide Menezes - Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. *I Congresso Direito da Insolvência* (coord. Catarina Serra), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 269-283. ISBN 978 972 40 5067 6

_____ - *Direito da Insolvência*, Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978 972 629 114 5

LEITÃO, Luís Menezes - *Código Da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 11ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978 972 40 9151 8

_____ - *Direito da Insolvência*, 10ª edição, Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978 972 40 9018 4

LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. – Calificación de la insolvencia en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones española y uruguaya. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 4, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 76-112. ISBN 978 00 4838 151 4

MAGALHÃES, Carina - *Incidente de qualificação da insolvência. Uma visão geral*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/>

MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando – *Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales*. Manual de Derecho Concursal (dirección: Juana Pulgar Ezquerro), Madrid, Espanha: Wolters Kluwer, 2017, pp. 379- 403. ISBN 978 84 9020 640 9

MARTINS, Alexandre de Soveral - Insolvência culposa e “responsabilidade civil” dos afetados. *Revista Direito da Responsabilidade*, ano 2, 2020, pp. 327-333. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/>

_____ – *Um curso de direito da insolvência*, Vol. 1, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978 972 40 9193 8.

_____ – *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Coimbra: Almedina, 2020. ISBN 978 972 40 8537 1.

OLIVEIRA, Nuno Pinto – Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa, *I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso* (coord Catarina Serra). Coimbra: Almedina, 2015, pp. 195-256. ISBN 978 972 40 5824 5.

_____ – *Responsabilidade civil dos administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978 972 32 2334 7

_____ – *Responsabilidade civil dos administradores Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015. ISBN 978 972 32 2334 7

OLIVEIRA, Rui Estrela de - Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência. *Revista Julgar*, n.º 11, 2010, pp. 199-249. Disponível em: <http://julgar.pt/>

PILAR, Fernando – *O incidente de qualificação da insolvência*. Porto: Universidade Portucalense, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt/>

PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES Rui - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978 972 40 5293 9.

RAMOS MONTESA, Ángel - Nueva Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, Comentarios, jurisprudência aplicable y formulários, Espanha, Barcelona: Editorial Bosch, 2004. ISBN 84-9790-013-8

RAMOS, Maria Elisabete – Insolvência da Sociedade e Efetivação da Responsabilidade Civil dos Administradores. *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 83, 2007, pp. 449-489. Disponível em: <https://home.heinonline.org/>

RESENDE, Patrícia - Qualificação de insolvência. *O Informador Fiscal*, (09/07/2021) [consultado em 20/07/2021]. Disponível em <https://www.informador.pt/>

RIBEIRO, Maria de Fátima - A pandemia Covid-19 e o Direito da Insolvência. *Observador* (08/05/2020). [consultado em 15 de janeiro 2021]. Disponível em: <https://observador.pt/>

_____ – Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol. *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, Vol. 15, Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-146-47-2586-9.

SERRA, Catarina – “Decoctor ergo fraudator”? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) (Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07). *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21. Braga: CEJUR, 2008, pp. 54-71. ISSN 1645 7242

_____ – *Lições de Direito da Insolvência*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 978 972 40 9143 3

_____ – *O Novo Regime Português da Insolvência Uma introdução*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978 972 40 3600 7.

_____ - Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei 16/2012 ao Código da Insolvência, *Revista Julgar*, n.º 18, 2012, pp 175 - 201. Disponível em: <http://julgar.pt/>

SIMÕES, Sónia - Tribunais Prazos estão ou não suspensos? Advogados pedem lei com urgência. *Observador* (24/01/2021). [Consultado em 20/06/ 2021]. Disponível em: <https://observador.pt/>

VEIGA, Fábio da Silva– *Responsabilidade dos administradores de sociedades, Especial referência aos pressupostos da insolvência*, Navarra, Espanha: Editorial Aranzadi, 2021. ISBN 978 84 1345 829 8

VICENTE, Isabel - Insolvências a nível mundial vão aumentar em 2021. Em Portugal estima-se um aumento de 19%, *Jornal Expresso* (31/03/2021). Disponível em: <https://expresso.pt/economia/>

JURISPRUDÊNCIA¹⁹⁶

Tribunal Constitucional:

- Acórdão do TC n.º 280/2015, de 20/05/2015, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha (Processo n.º 1025/2014). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>;
- Acórdão do TC n.º 409/2011, de 27/05/2011, Relatora Conselheira Maria Lúcia Amaral (Processo n.º 592/2010). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>;
- Acórdão do TC n.º 173/2009, de 02/04/2009, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro (Processo n.º 777/08). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>;
- Acórdão do TC n.º 564/2007, de 13/11/2007, Relator Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro (Processo n.º 230/07). Disponível em <https://dre.pt/home/>;
- Acórdão do TC de n.º 570/2008, de 26/11/2006, Relator Conselheiro Vítor Gomes (Processo n.º 217/08). Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>;
- Acórdão do TC n.º 414/02, de 10/10/2002, Relator Conselheiro Artur Maurício (Processo n.º 39/02). Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>;

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Acórdão do TRC, de 05/02/2021, Relatora Maria José Guerra (Processo n.º 380/09.2TB AVR-B.C1).
- Acórdão do TRC de 03/12/2019, Relatora Maria João Areias (Processo n.º 5418/19.2T8 CBR.C1);
- Acórdão do TRC, no acórdão de 16/12/2015, Relatora Maria Domingas Simões (Processo n.º 1430/13.3TB FIG-C.C1);
- Acórdão TRC, de 02/06/2015, Relatora Maria Inês Moura (Processo n.º 528/12.0TB CLD-C.C1);
- Acórdão do TRC, de 23/09/2014, Relator Fernando Monteiro (Processo n.º 4/13.3TB SEI-L.C1);
- Acórdão do TRC, de 23/09/2014, Relator Fernando Monteiro (Processo n.º 4/13.3TB SEI-L.C1);

¹⁹⁶ Na falta de disposição em contrário, a jurisprudência referenciada encontra-se disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

- Acórdão do TRC, de 22/05/2012, Relator Barateiro Martins (Processo n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1);
- Acórdão do TRC, de 24/03/2009, Relator Gonçalves Ferreira (Processo n.º 1421/06.0TBAVR – H.C1);

Tribunal da Relação de Évora:

- Acórdão do TRE, de 23/04/2020, Relator Francisco Matos (Processo n.º 1810/18.8STR-D.E1).
- Acórdão do TRE, de 10/10/2019, Relator Albertina Pedroso (Processo n.º 167/16.6T8STR-C.E1);

Tribunal da Relação de Guimarães:

- Acórdão do TRG, de 24/09/2020, Relator Conceição Sampaio (Processo n.º 8502/17.3T8VNF-A.G1);
- Acórdão do TRG, de 28/03/2019, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1);
- Acórdãos do TRG, 28/03/2019, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1) .
- Acórdão do TRG, de 18/10/2018, Relator Maria Luísa Ramos (Processo n.º 880/15.5T8GMR-A.G1);
- Acórdão do TRG, de 23/11/2017, Relator Ana Cristina Duarte (Processo n.º 1512/15.7T8CHV-C.G1);
- Acórdão TRG, de 12/07/2017, Relator Falcão Magalhães (Processo n.º 370/14.3TJCBR-A.C1);
- Acórdão do TRG, de 29/03/2012, Relator Raquel Batista Tavares (Processo n.º 1266/17.2T8GMR-B.G1);

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Acórdão do TRL, de 27/04/2021, Relatora Isabel Fonseca (Processo n.º 540/19.8T8VFX-C.L1-1).

Tribunal da Relação do Porto:

- Acórdão do TRP, de 08/10/2021, Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 1751/11.0T2AVR-F.P1);
- Acórdão do TRP, de 14/07/2021, Relator Jorge Seabra (Processo n.º 1338/17.3T8STS-A.P1);

- Acórdão do TRP, de 11/03/2021, Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 918/13.0TYVNG-D.P1);
- Acórdão do TRP, de 19/11/2020, Relator Freitas Vieira (Processo n.º 65/12.2TYVNG-H.P1);
- Acórdão do TRP, de 24/09/2020, Relator Carlos Gil (Processo n.º 844/17.4T8VNG-B.P1);
- Acórdão do TRP, de 14/07/2020, Relator Jorge Seabra (Processo n.º 1338/17.3T8STS-A.P1);
- Acórdão do TRP, de 19/05/2020, Relatora Alexandra Pelayo (Processo n.º 976/19.4T8AMT-C.P1);
- Acórdão do TRP, de 15/01/2019, Relator Márcia Portela (Processo n.º 273/14.1T8VNG-A.P2);
- Acórdão do TRP, de 29/06/2017, Relator Filipe Carço (Processo n.º 2603/15.0T8STS-A.P1);
- Acórdão do TRP, de 08/10/2015, Relator Aristides Rodrigues de Almeida (Processo n.º 1751/11.0T2AVR-F.P1);
- Acórdão do TRP, de 15/06/2015, Relator Manuel Domingos Fernandes (Processo n.º 2888/13.6TBVFR-E.P1);
- Acórdão do TRP, de 13/01/2015, Relator Anabela Dias da Silva (Processo n.º 376/12.7TYVNG-A.P1);
- Acórdão do TRP, de 15/07/2009, Relatora Maria Catarina (Processo n.º 7462/07.3TBVNG-B.P1);
- Acórdão do TRP, de 05/01/2009, Relator Pinto Ferreira (Processo n.º 0856826).
- Acórdão do TRP, de 23/01/2008, Relator Falcão de Magalhães (Processo n.º 10/07.7TYVNG-B.P);

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão do STJ, de 03/02/2011, Relatora Maria dos Prazeres Beleza (Processo n.º 199-D/1999.P1.S1).