



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Uma incursão pelo regime legal da insolvência culposa

À luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

Hanna Sacoor

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito, no âmbito do Mestrado em Direito Empresarial, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob a orientação da Exma. Senhora Dra. Maria do Rosário Epifânio.

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Lisboa, agosto de 2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Uma incursão pelo regime legal da insolvência culposa

À luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

Hanna Sacoor

*À minha mãe, pelo exemplo que foi, e papel - de mãe e pai
- que desempenha;*

*À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Maria
do Rosário Epifânio, pela disponibilidade, ajuda, e por ter
sido uma verdadeira inspiração;*

*Aos meus familiares, por toda a motivação, e por nunca me
deixarem cruzar os braços;*

*Ao meu amor, e a todos os que fazem parte do meu dia-a-
dia, pelo carinho, paciência, e por terem compreendido a
minha ausência.*

Lista de abreviaturas, siglas e acrónimos

Ac. (Acórdão)

AI (Administrador da Insolvência)

al. (Alínea)

als. (Alíneas)

art. (Artigo)

arts. (Artigos)

CC (Código Civil)

CCom. (Código Comercial)

CEJ (Centro de Estudos Judiciários)

cfr. (conforme)

CGOA (Conselho Geral da Ordem dos Advogados)

CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)

coord. (coordenação)

CPEREF (Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência)

CPC (Código de Processo Civil)

CRP (Constituição da República Portuguesa)

CSC (Código das Sociedades Comerciais)

DL (Decreto-Lei)

i.e. (isto é)

MP (Ministério Público)

nº (Número)

págs. (Páginas)

p.e. (Por exemplo)

Proc. (Processo)

ROC's (Revisores Oficiais de Contas)

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 de Porto)

RESUMO

A alteração levada a cabo pela mais recente Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, surgiu da necessidade de estabelecer medidas de apoio e agilização no âmbito dos processos de reestruturação de empresas e dos acordos de pagamento, transpondo, para tal, a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, e alterando, entres outros, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Em consequência, o instituto do incidente da qualificação da insolvência foi uma das temáticas de entre as várias que foram objeto daquela alteração legislativa, e que nos despertou particular interesse.

A presente dissertação tem o objetivo de contribuir para a compreensão do “novo regime” que foi instituído naquela matéria, e, simultaneamente, perceber que efeitos e respetivos impactos diversos poderão advir e resultar daquelas alterações.

O interesse na presente temática assenta na fundamentalidade da qualificação da insolvência para o interesse público, por tutelar a segurança jurídica do comércio jurídico-económico através da prevenção de condutas prejudiciais às empresas, e da reprovação de comportamentos dolosos capazes de gerar insolvências, ou de, pelo menos, agravá-las.

De modo a alcançar aquele objetivo, abordamos o instituto da qualificação da insolvência a três níveis: regime processual, regime substantivo, e efeitos.

A conclusão que retiramos das mais recentes alterações, revela um sentimento ambíguo, de clarificação, mas também de confusão.

De todo o modo, temos de ter presente que a evolução do Direito é uma consequência da própria evolução das sociedades, e até do próprio ser humano. Com efeito, acreditamos que a intenção do legislador com a aprovação da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, tenha sido motivada pelas melhores intenções de preenchimento de lacunas, e clarificação de questões que há muito vinham a ser debatidas na doutrina. No entanto, o ser humano não é perfeito, nem o próprio legislador. E, tendo em conta esse facto, apesar de algumas questões ainda terem ficado em aberto, acreditamos que o legislador, futuramente, fará melhores escolhas, pelas quais ficaremos a aguardar.

Palavras-chave: Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro; incidente; qualificação da insolvência; tramitação; âmbito objetivo; âmbito subjetivo; efeitos da insolvência culposa; responsabilidade insolvencial.

ABSTRACT

The amendment made by the most recent Law 9/2022, of 11 January, arose from the need to establish support and streamlining measures in the context of company restructuring processes and payment agreements, transposing Directive (EU) 2019/1023, of the European Parliament and of the Council, of 20 June 2019, and amending, among others, the Insolvency and Corporate Recovery Code. As a result, the institute of the insolvency qualification incident was one of the topics among the several that were object of that legislative amendment, and that aroused our particular interest.

The present dissertation aims to contribute to the understanding of the "new regime" which was instituted on this matter, and, simultaneously, to understand what effects and different impacts may arise from those changes.

The interest in this topic is based on the fundamentality of the qualification of insolvency for the public interest, as it protects the legal security of legal-economic commerce through the prevention of conducts which are harmful to companies, and the reproving of wilful behaviour capable of generating insolvencies, or at least of aggravating them.

In order to achieve that goal, we approach the institute of insolvency qualification at three levels: procedural regime, substantive regime and effects.

The conclusion we draw from the most recent changes reveals an ambiguous feeling, of clarification, but also of confusion.

In any case, we must bear in mind that the evolution of Law is a consequence of the evolution of societies and even of the human being itself. In fact, we believe that the legislator's intention with the approval of Law no. 9/2022, of 11 January, was motivated by the best intentions of filling gaps, and clarifying issues that had long been debated in the doctrine. However, human beings are not perfect, nor is the legislator himself. And, taking this fact into account, although some issues were still left open, we believe that in the future the legislator will make better choices, for which we will be waiting.

Keywords: Law 9/2022, 11 January; incident; qualification of insolvency; procedure; objective scope; subjective scope; effects of culpable insolvency; insolvency liability

ÍNDICE

I. Introdução.....	9
II. Do incidente de qualificação da insolvência	9
1. Da caracterização do instituto.....	10
2. Do processamento do incidente.....	12
2.1. De caráter pleno	13
2.1.1. A abertura do incidente.....	13
2.1.2. O parecer do Administrador da Insolvência.....	16
2.1.3. O parecer do Ministério Público.....	18
2.1.4. As oposições e as respostas	20
2.1.5. A tramitação ulterior.....	21
2.2. De caráter limitado	23
2.2.1. Âmbito de aplicação	23
2.2.2. Tramitação	24
III. O âmbito objetivo e subjetivo da insolvência culposa	26
1. O âmbito subjetivo	27
2. O âmbito objetivo	31
2.1. Presunções inilidíveis (de insolvência culposa).....	31
2.2. Presunções ilidíveis (de culpa grave).....	34
IV. Dos efeitos da insolvência culposa.....	36
1. A inibição para a administração de patrimónios de terceiros.....	37
2. A inibição para o exercício do comércio e para ocupação de cargos específicos	39
3. A perda de determinados créditos e obrigação de restituir determinados bens ou	
créditos.....	41
4. A obrigação de indemnizar os credores.....	42
V. Conclusões	47
BIBLIOGRAFIA	49
JURISPRUDÊNCIA.....	53

I. Introdução

Nos últimos anos, Portugal, assim como tantos outros países, viu-se afetado gravemente por uma série de crises económico-financeiras que impulsionaram o aumento do número de processos de insolvência que se encontram pendentes nos nossos tribunais.

Mas, apesar de todas as causas fortuitas que podem contribuir para uma situação de insolvência, a verdade é que, por vezes, ela pode ter origem em certos comportamentos de determinados sujeitos.

Neste âmbito, o incidente de qualificação da insolvência, releva-se de especial importância, precisamente por permitir uma análise desses comportamentos, responsabilizando, conseqüentemente, aqueles que se revelem responsáveis.

A propósito, a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, veio introduzir pequenas, mas essenciais, alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de empresas (CIRE), no âmbito daquele incidente. Com efeito, revela-se pertinente percorrer todo o regime, quer processual, quer substantivo, deste incidente, dando enfoque às novidades introduzidas, de forma a medir o seu impacto.

Começaremos por fazer uma breve caracterização do incidente, percorrendo, de seguida, toda a tramitação do incidente, com análise de cada fase processual. Nesta fase, o destaque é atribuído à possibilidade de prorrogação do prazo atribuído quer ao AI, quer a qualquer interessado, para requerer a abertura ulterior do incidente.

De seguida, será também analisado o regime substantivo do incidente, onde a grande novidade assenta na clarificação de uma questão, que há muito dividia a doutrina: a presunção, atualmente consagrada de forma expressa como única, de culpa grave do devedor, nas situações elencados nas alíneas a) e b) do n.º 3 do art.186.º do CIRE ¹.

Finalmente, a nossa incursão terminará com a abordagem dos efeitos advindos da qualificação da insolvência como culposa, realçando uma alteração, considerada inútil aos olhos de muitos, introduzida na alínea e) do n.º 2 do art.189.º, onde se pôde verificar uma mera troca de expressões, possivelmente direcionadas a uma eventual clarificação da lei.

II. Do incidente de qualificação da insolvência

¹ Daqui em diante, todos os artigos mencionados se referem ao CIRE, salvo indicação contrária expressa.

1. Da caracterização do instituto

O incidente de qualificação da insolvência surgiu na ordem jurídica portuguesa em 2004, por via do DL n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o atual CIRE².

Desde logo, o legislador, no Ponto 40 do preâmbulo do referido DL, faz questão de nos elucidar sobre as motivações da consagração de um tal instituto, que assentam no objetivo de instituir uma “maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas”.

Fruto da necessidade de obstar à prática de comportamentos prejudiciais, dolosos, ou culposos, por parte das empresas e dos seus respetivos administradores, como meio para alcançar aquele fim, o *modus operandi* deste instituto começa por apurar e analisar toda a factualidade que conduziu à situação de insolvência.

O seu atual regime encontra-se previsto nos arts.185.º e ss., não obstante várias outras disposições do Código regularem esta matéria, como teremos oportunidade de ver.

Inicialmente, o art.185.º esclarece-nos que a insolvência pode ser qualificada como uma de duas categorias previstas na lei: ou culposa, ou fortuita.

Destarte o facto de uma insolvência poder ser qualificada como qualquer uma de ambas as categorias, note-se, porém, que a qualificação da insolvência, para efeitos do art.185.º, releva apenas para efeitos do CIRE, “e mesmo assim, não plenamente”, como evidencia LUÍS A. CARVALHO FERNANDES. Significa isto que, tanto do ponto de vista positivo, como do negativo, as ações penais, assim como aquelas a que o n.º 3 do artigo 82.º se reporta, não são obrigadas a ter em conta a qualificação da insolvência³⁻⁴.

² Com as alterações introduzidas pelos DL n.º 200/2004, de 18 de agosto e n.º 79/2017, de 30 de junho, e pelas Leis n.º 16/2012, de 20 de abril e 09/2022, de 11 de janeiro, ao regime do incidente de qualificação de insolvência.

³ Ainda assim, o art.300.º, n.º 1, obriga a que seja remetido ao tribunal da insolvência o despacho de pronúncia ou de não pronúncia, de acusação e de não acusação, da sentença e dos acórdãos proferidos no processo penal. Neste âmbito, de acordo com Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, uma vez proferida a sentença de qualificação da insolvência, esta terá obrigatoriamente de ter em conta qualquer uma das decisões elencadas no n.º 1 do art.300.º (FERNANDES e LABAREDA (2015), 974). A propósito, somos do entendimento de que a remessa ordenada pelo art.300.º deve ser tida em conta, não de uma perspetiva de consideração obrigatória, mas talvez como elemento de prova, com o seu respetivo valor inerente.

⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a interpretação desta “autonomia” das ações penais e das referidas no art.82.º, n.º 3, veja-se OLIVEIRA (2010), 204-213.

Com efeito, o objetivo de acalçar uma “maior e mais eficaz responsabilização” dos responsáveis pela situação de insolvência, conjugado com a necessidade de “evitar insolvências fraudulentas ou dolosas”, revelam, respetivamente, as faces sancionatória (ou repressiva)⁵ e preventiva (ou cautelar)⁶, deste instituto. Será esta responsabilização, específica⁷ e autónoma⁸, que permitirá assegurar o objetivo último do processo de insolvência: a tutela dos interesses dos credores.

De modo a facilitar – ou não⁹ – o trabalho do intérprete-julgador na qualificação da insolvência, no art.186.º encontramos uma definição de insolvência culposa, e dois tipos de presunções, às quais se recorre para apurar se se está perante uma insolvência culposa.

Quanto à definição da insolvência fortuita, a lei nada nos diz. Ainda assim, perante este cenário, e com recurso a um exercício de interpretação *a contrario*, só nos resta concluir serem fortuitas todas as insolvências que não sejam culposas, à luz dos arts.185.º e 186.º¹⁰⁻¹¹, e até aquelas em que, apesar de preencherem alguns dos pressupostos da insolvência culposa, foram criadas ou agravadas com culpa leve ou levíssima¹², i.e., sem o dolo ou culpa grave que a lei exige.

⁵ “(...)Destinadas a proteger os interesses dos credores insolvenciais mediante a responsabilização patrimonial dos sujeitos que criaram ou contribuíram culposamente para a situação de insolvência do devedor (“maxime”, a perda de créditos sobre o devedor insolvente e o dever de indemnização dos respetivos credores)” (ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 71-72).

⁶ “(...)Destinadas a proteger essencialmente os interesses gerais da segurança do tráfico jurídico e económico mediante o saneamento da vida empresarial de agentes comprovadamente indesejáveis (“maxime”, as inibições para a administração de patrimónios alheios e para o exercício do comércio)” (ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 71).

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre este tipo de responsabilização, veja-se BRANCO (2015), 42-46.

⁸ (BRANCO (2012), 7:16)

⁹ No seio da doutrina, as opiniões sobre os efeitos práticos do art.186.º são diversos. Há quem entenda que o conteúdo do art.186.º vem assegurar uma “eficiência da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências” (FRADA (2006), ponto 11), favorecendo, simultaneamente, “a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos” (EPIFÂNIO (2019), 151). Para (OLIVEIRA (2010), 237), para além de estarmos perante presunções que facilitam a prova de um dos pressupostos da insolvência culposa, estamos também perante presunções que facilitam o próprio sentido e decisão da causa. Com entendimento divergente, autores como José Manuel Branco defendem que, apesar da intenção do legislador ter ido nesse sentido, o que se verifica, na prática, é uma dificuldade acrescida na interpretação e aplicação das presunções constantes daquela norma (BRANCO (2012), 15:20).

¹⁰ (EPIFÂNIO (2019), 149)

¹¹ A propósito, veja-se o caso do Ac. do TRP de 21.03.2022, Proc. n.º 195/21.OT8AMT-A.P1, onde a situação de insolvência em apreço foi qualificada como fortuita, pelo facto de a factualidade provada não ter permitido concluir que se encontrava cabalmente preenchida alguma das hipóteses de presunção de insolvência culposa (art.186.º, n.º 2).

¹² “A culpa será levíssima quando o agente tenha omitido os deveres de cuidado que só uma pessoa excepcionalmente diligente e prudente teria observado; será leve quando o agente deixar de observar os deveres de cuidado que uma pessoa normalmente diligente teria adotado” (OLIVEIRA (2010), 232 (63)).

2. Do processamento do incidente

Processualmente, o incidente de qualificação da insolvência corre por apenso ao processo de insolvência (art.132.º, *ex vi* do art.188.º, n.º 11), e é igualmente abrangido pelo seu carácter urgente (art.9.º, n.º1).

Dispõe o art.36.º, n.º 1, al. i), que, uma vez verificados os elementos necessários e justificada a sua abertura, o juiz declara aberto o incidente de qualificação da insolvência, com carácter pleno ou limitado¹³, devendo igualmente fundamentar a sua decisão¹⁴.

Poder-se-á dizer, *a contrario*, que caso não se preencha a hipótese daquele artigo, o juiz não está em condições de declarar a abertura do incidente. Por conseguinte, em nome do princípio da economia processual e do respeito pela tramitação urgente dos processos¹⁵, bastará que, na decisão de encerramento do processo (art.230.º), declare o seu carácter fortuito, sem qualquer ónus de fundamentação (cfr. art.233, nº 6).

A propósito do conceito dos “elementos” referidos na dita disposição, tal como destaca MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, a lei nada nos diz. Ainda assim, é adequado dizer que pode estar em causa a existência de indícios suficientemente fortes de uma insolvência culposa¹⁶, como p.e. a evidente violação do dever de apresentação à insolvência (art.186.º, n.º 3, al. a))¹⁷.

Note-se aqui um carácter eventual¹⁸, que até 2012¹⁹ não existia, sendo a abertura deste incidente, na altura, obrigatória e oficiosa, aquando da declaração da insolvência²⁰.

¹³ Tal configura uma exceção à norma do processo civil, que prevê que o impulso processual para resolução do litígio deve ser feito pela parte interessada – e não pelo juiz, como, no caso, se trata, que obriga a que as partes sejam “arrastadas” para o incidente (OLIVEIRA (2010), 213).

¹⁴ Acerca da necessidade de fundamentação da decisão de abertura do incidente, Maria do Rosário Epifânio entende que tal poderá ser um ónus demasiado excessivo para o juiz, que não deve assumir o papel de impulsionador processual, podendo até vir a ser um desincentivo à atividade provatória dos interessados (EPIFÂNIO (2019), 174).

¹⁵ (FREITAS (2012), 177-195)

¹⁶ (EPIFÂNIO (2019), 173)

¹⁷ (*Idem* (2013), 3:35)

¹⁸ Sobre este “novo” carácter eventual, BRANCO (2015), 32 e 60-61, é da opinião de que, apesar de ter reconduzido a qualificação da insolvência à verdadeira essência de incidente processual, poderá, em todo o caso, resultar numa redução das suas probabilidades de instauração, e consequente escrutínio da culpabilidade. Na mesma senda, Maria do Rosário Epifânio entende que aqui se impõe “um pré juízo que pode ser excessivamente oneroso para o juiz, e que poderá constituir um desincentivo à atividade provatória dos interessados, prevista no art.188.º” (EPIFÂNIO (2013), 4:30).

¹⁹ Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

²⁰ “A abertura do incidente nos casos em que a insolvência é manifestamente fortuita (as hipóteses dos “3D” nas pessoas singulares – desemprego, doença, divórcio) tem ocupado injustificadamente os tribunais” (EPIFÂNIO (2019), 173)

Evidenciamos, contudo, que em regra, e em nome do princípio *non bis in idem*, se a insolvência do devedor já tiver sido declarada no passado, sem se ter aberto este incidente, o facto de a insolvência não ter sido declarada culposa é um facto impeditivo de uma eventual e futura qualificação da insolvência nesse sentido – o que faz todo o sentido, uma vez que a possibilidade de discussão deste assunto já se encontra precludida, por não ter sido discutida no decurso do primeiro processo²¹.

Por sua vez, e com atenção à exceção prevista na alínea i) do n.º 1 do art.36.º, já não fará igual sentido o caso em que a não qualificação da insolvência se tenha devido à aprovação de um plano de pagamentos aos credores, ou caso fique provado que a situação de insolvência sofreu interrupções desde a data da sentença de declaração anterior (art.187.º), não tendo sido contínua durante esse período. Ao estarmos perante uma nova situação de insolvência, possivelmente²² com novas razões e fundamentos, compreende-se que assim seja, de modo a evitar que o devedor ou outros sujeitos afetados sejam punidos duas vezes, quanto a um mesmo comportamento²³.

Nestes termos, de modo a perceber como se tramita este incidente em cada uma das suas modalidades, percorreremos todos os passos, analisando-os individualmente. Para tal, a este propósito, atenderemos à mais recente alteração ao CIRE, feita pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que entrou em vigor no dia 11 de abril de 2022, fazendo, sempre que possível, um paralelismo entre as redações, nova a antiga.

2.1.De carácter pleno

2.1.1. A abertura do incidente

A abertura do incidente pleno de qualificação pode ser feita oficiosamente, nos termos do art.36.º, n.º 1, al. i), como já aqui referimos, ou ainda nos termos do art.188.º, n.º 1, ulteriormente²⁴.

²¹ (MENEZES LEITÃO (2021), 290)

²² Mas não necessariamente.

²³ (PRATA, CARVALHO e SIMÕES (2013), 516)

²⁴ A propósito da abertura deste incidente, questiona-se na doutrina se será possível a sua abertura oficiosa, já depois de declarada a insolvência sem abertura daquele, e no caso de nenhum dos interessados a requerer, nos termos do art.188.º. Em resposta, Alexandre de Soveral Martins entende que, à partida, nada se retira do art.188.º, n.º 1 que proíba o juiz de abrir o incidente ulteriormente, atendendo ao facto de que, na maioria das vezes, só mais tarde, com o desenrolar do processo, é que se reúnem os elementos que, por vezes, acabam por justificar a abertura do incidente. Assim, se tal possibilidade existia num momento tão precoce,

Neste caso, a lei exige o cumprimento de dois requisitos: um subjetivo, e um temporal.

Quanto ao requisito subjetivo, exige-se que sejam o administrador da insolvência, ou ainda qualquer interessado²⁵ a impulsionar a abertura do incidente. Para tal, devem alegar e fundamentar²⁶ a sua pretensão, em requerimento escrito, autuado por apenso, expondo os factos e as razões pelas quais consideram o comportamento do devedor (ou dos seus administradores de direito ou de facto) doloso relativamente à situação de insolvência gerada²⁷ e quais serão as pessoas passíveis de serem afetadas.

Os factos a que o n.º 1 do art.188.º alude, devem ser alegados de forma adequada, i.e., devidamente concretizada, de modo a permitir o correto exercício do contraditório pelos visados pelo incidente. Não o sendo, admite-se que o juiz, perante a falta de concretização e densificação de tais factos, possa convidar a parte interessada a suprir tal deficiência, por via de um despacho de aperfeiçoamento²⁸, sob pena daqueles não se poderem considerar relevantes para a boa decisão da causa – i.e., para a qualificação da insolvência como culposa (arts.5.º, 590.º, n.º 2, al. b) e n.º 4 do CPC, *ex vi* do art.17.º, n.º 1 do CIRE)²⁹.

Por sua vez, o requisito obriga a que o requerimento em causa seja apresentado dentro do prazo de 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório³⁰,

como aquando da prolação da sentença de declaração, por maioria de razão, também existirá, num momento mais avançado (SOVERAL MARTINS (2021), 499).

²⁵ Maria do Rosário Epifânio considera incluídos neste leque de sujeitos, os respetivos legitimados a requerer a declaração de insolvência, previstos no art.20.º, n.º 1 (EPIFÂNIO (2019), 174 (528)). Adicionalmente, critica o facto de, aparentemente, o juiz não ser um dos sujeitos que poderá desencadear a abertura ulterior do incidente (EPIFÂNIO (2013), 5:41). Já Alexandre de Soveral Martins afirma existir a possibilidade de aferição do interesse a partir das consequências da qualificação da insolvência como culposa e afirma terem também, os credores da massa, legitimidade para apresentar o requerimento do n.º 1 do art.188.º (SOVERAL MARTINS (2021), 498). José Manuel Branco também defende este entendimento (BRANCO (2016), 26). Com uma visão mais ampla, Rui Estrela de Oliveira, que entende que os interessados serão todos aqueles que demonstrarem serem titulares de um interesse legítimo (OLIVEIRA (2010), 216-217).

²⁶ Para tal fundamentação, poderá ser útil o inventário, a lista provisória de credores, e o relatório dos arts.153.º a 155.º, elaborados pelo administrador da insolvência, assim como a análise efetuada pela contabilidade.

²⁷ Tais factos e razões devem subsumir-se a alguma(s) das presunções de insolvência culposa do n.º 2 do art.186.º.

²⁸ A prolação deste despacho em nada contraria o CIRE, e justifica-se precisamente pela necessidade de dar cumprimento ao princípio do contraditório (art.3.º do CPC).

²⁹ (OLIVEIRA (2010), 215)

³⁰ Poder-se-á questionar ainda se será possível a apresentação do requerimento do n.º 1 do art.188.º, antes da assembleia de apreciação do relatório, ou mesmo durante o decurso da mesma. A propósito, Alexandre de Soveral Martins afirma que nada na lei permite concluir o contrário (SOVERAL MARTINS (2021), 499 (16)).

ou após o 45º dia posterior à prolação da sentença, caso aquela não tenha lugar, nos termos do art.36.º, n.º 4.

Durante muitos anos, a natureza, perentória ou meramente ordenadora, deste prazo, foi tema de debate³¹.

Não obstante os diversos entendimentos antagónicos que circundaram a questão, a nova redação do art.188.^{o32} não só confirma a sua perentoriedade (n.º 1)³³, como vai mais além. De modo a acautelar as situações em que só se tem conhecimento dos factos relevantes para a qualificação da insolvência depois de decorrido o prazo previsto no n.º 1 do art.188.^{o34}, o legislador encontrou uma nova solução, aparentemente conciliadora de ambos os interesses.

Em consequência da alteração levada a cabo pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, o atual art.188.º conta com três novos números, cujo conteúdo trata de alguns aspetos atinentes ao prazo de 15 dias, previsto no n.º1.

Começando pelo novo n.º 2, este vem permitir a prorrogação do prazo “quando sejam necessárias informações que não possam ser obtidas nesse período, mediante requerimento fundamentado do administrador da insolvência ou de qualquer interessado”, não se prevendo, porém, a suspensão do prazo em curso.

Tendo em conta o atual carácter expressamente perentório daquele prazo, que se justifica, e bem, por razões de proteção jurídica e dos eventuais sujeitos afetados, o legislador veio “temperar” esta rigidez³⁵, através da previsão de uma possibilidade de alargamento do prazo de 15 dias.

Adicionalmente, seguindo ainda o raciocínio do n.º 2, o novo n.º 3 introduz uma limitação fulcral, ao evidenciar que aquela prorrogação não poderá, “em caso algum, exceder os seis meses após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de

³¹ Como explicou o TRL, “para uns, o prazo previsto no n.º1 do art. 188º, com vista a que o administrador da insolvência ou qualquer interessado requeira o que tiver por conveniente para efeito de qualificação da insolvência como culposa é meramente ordenador ou regulador, não podendo ser considerado perentório. Para outros, colocando o enfoque nas alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012 de 20/04, trata-se de um prazo de iniciativa processual, quando o incidente de qualificação de insolvência ainda não foi determinado oficiosamente pelo tribunal na sentença que decretou a insolvência, pelo que deve ser considerado um prazo perentório”. (Cfr. Ac. do TRL de 15.10.2019, Proc. n.º 6313/17.5T8SNT-C.L1).

³² Introduzida pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

³³ “...Justificada por razões de segurança jurídica e de proteção dos potenciais afetados...” (EPIFÂNIO (2022), “Manual de...”, 178).

³⁴ No passado, o próprio CGOA chegou a manifestar-se sobre esta questão, tendo sugerido que a hipótese de o incidente ser aberto em momento posterior deveria ser consagrada na lei (Cfr. Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII/1, págs. 3 e 8).

³⁵ (EPIFÂNIO (2022), “As Medidas ...”, 81)

dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º”.

Neste âmbito, cumpre esclarecer que o referido limite de seis meses³⁶ parece restringir o prazo de apresentação do requerimento a que respeita o n.º 1 do art.188.º, ao invés do próprio tempo da prorrogação, como a redação da disposição nos poderia levar, erroneamente, a concluir³⁷.

Na sequência destas disposições, uma vez apresentado o requerimento, consagra o (também) novo n.º 4 que o juiz poderá tomar a sua decisão, sem possibilidade de recurso, dentro do prazo de 24 horas, ficando a secretaria encarregue de notificar imediatamente ao requerente o despacho proferido, publicitando a decisão através de publicação na Área de Serviços Digitais dos Tribunais.

A propósito, não podemos deixar de destacar a rapidez que a lei impõe à tomada de decisão por parte do juiz. “Ultra-rápida”, nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO. Com efeito, é imperioso que os tribunais estejam preparados para responder com prontidão aos requerimentos de prorrogação, em conformidade com os novos ditames do art.188.º, atenta a impossibilidade de suspensão do prazo em curso, nos termos do n.º 2³⁸.

2.1.2. O parecer do Administrador da Insolvência

De modo a desencadear a abertura do incidente de qualificação, o AI (assim como qualquer outro interessado) dispõe da via do n.º 1 do art.188.º, como já vimos.

Caso não faça uso desta faculdade, dispõe o n.º 6 do mesmo artigo que, uma vez declarado aberto o incidente, aquele beneficiará do prazo de 20 dias (salvo prazo maior fixado pelo juiz) para apresentar parecer³⁹ sobre os factos relevantes.

Ainda que a lei não seja explícita, entende-se que aquele prazo de 20 dias deve ser contado a partir da data da publicação do despacho – irrecorrível - que declara a abertura do incidente no Citius – art.188.º, n.º 5 – se assim tiver sido⁴⁰.

³⁶ O cômputo do prazo de 6 meses deve ser realizado nos termos da al. c) do art.279.º do CPC.

³⁷ (EPIFÂNIO (2022), “As Medidas ...”, 82)

³⁸ (*Ibidem*)

³⁹ Sobre a utilização do termo “parecer”, veja-se OLIVEIRA (2010), 222 (47), que entende que o momento mais adequado para a sua emissão remete ao lapso temporal entre a resposta à matéria de facto e a prolação da sentença de qualificação. E o mesmo se diga a propósito do parecer do MP (BRANCO (2012), 39:15).

⁴⁰ (SOVERAL MARTINS (2021), 501)

Já no caso de o incidente ter sido aberto na sentença, como explica MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, o prazo deve iniciar a sua contagem a partir do término do prazo de 15 dias após a assembleia de apreciação do relatório, dando assim oportunidade aos interessados para se pronunciarem⁴¹.

Tal como a natureza do prazo do n.º 1 do art.188.º, também a do prazo previsto no n.º 6 foi debatida na doutrina⁴².

A opção por um ou outro entendimento reflete-se, naturalmente, nas consequências da apresentação extemporânea deste parecer: sendo perentório, não será admissível, mas sendo ordenador, tal problema já não se colocará, ainda que, tal como destacam LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, tal admissibilidade possa fundamentar uma justa causa de destituição do AI⁴³, devida pela violação do seu dever funcional de apresentação do parecer em causa⁴⁴.

No que respeita à omissão deste parecer, há também que retirar as devidas consequências. A propósito, seguimos de perto o entendimento de RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, que explica que, para além de servir, igualmente, de fundamento à destituição do AI, “a inexistência do parecer do administrador deve ser equiparada à hipótese de o administrador ter apresentado um parecer e ter proposto a qualificação da insolvência como fortuita “, salvaguardando, assim, o carácter urgente do incidente de qualificação, que deverá prosseguir os seus termos, sem se verificar qualquer tipo de suspensão⁴⁵.

Adicionalmente, lei exige ainda que o parecer contenha os “factos relevantes”, e seja “devidamente fundamentado⁴⁶ e documentado⁴⁷”. Exige-se, portanto, que inclua a

⁴¹ (EPIFÂNIO (2013), 9:25)

⁴² A favor do entendimento de que o prazo do n.º 6 é meramente ordenador, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão afirma existir a possibilidade de o juiz poder instar o administrador a apresentar o parecer (MENEZES LEITÃO (2017), 239). Na mesma linha de pensamento, Maria do Rosário Epifânio entende que este prazo pode até vir a ser alargado, oficiosamente, ou a pedido do próprio AI, ainda que o legislador nada disponha acerca do assunto (EPIFÂNIO (2019), 175, e (2013), 9:05). Contra este entendimento, Rui Estrela de Oliveira não vislumbra qualquer possibilidade de apresentação tardia do parecer, e fundamenta a sua posição na natureza urgente do incidente, no nível de diligência e responsabilidade que o cargo de administrador da insolvência implica, e na própria estrutura do incidente de qualificação da insolvência (OLIVEIRA (2010), 218-219).

⁴³ (FERNANDES e LABAREDA (2015), 689)

⁴⁴ A propósito deste dever, veja-se os Acs. do TRP de 29.10.2009, Proc. n.º 10/07.7TYVNG-B.P1, e de 14.03.2017, Proc. n.º 2037/14.3T8VNG-E.P1, e do STJ de 13.07.2017, Proc. n.º 2037/14.3T8VNG-E.P1.S2.

⁴⁵ (OLIVEIRA (2010), 221-222)

⁴⁶ Cfr. os casos dos Acs. do TRP de 06.12.2011, Proc. n.º 1556/09.8TBAMT-W.P1, e de 02.07.2009, Proc. n.º 95/06.3TYVNG-E.P1.

⁴⁷ Estas exigências mantêm-se independentemente de o administrador propor a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita.

matéria de direito e de facto⁴⁸⁻⁴⁹, devidamente concretizada, com base na qual o AI propôs aquela qualificação da insolvência.

Contrariamente às alegações do interessado, aqui não se vislumbra qualquer margem de manobra para que o juiz possa convidar o AI a aperfeiçoar o seu parecer⁵⁰.

Este parecer deve terminar com uma proposta do AI, no sentido de qualificar a insolvência. Sendo qualificada como culposa, para além de dispor de uma oportunidade para se pronunciar sobre os efeitos da qualificação, aquele deve também indicar as pessoas que, no seu entender, devem ser afetadas.

Por tudo o que *supra* se expõe, certo é que a figura do AI é uma ferramenta bastante útil para o juiz, aquando da prolação da sentença de qualificação, na medida em que, para a aplicação das alíneas d) e e) do n.º 2 do art.189.º, o juiz necessitará do auxílio daquele – que terá oportunidade de se pronunciar por via do n.º 6 do art.188.º, aqui analisado.

2.1.3. O parecer do Ministério Público

Nos termos do art.188.º, n.º 7, o parecer do AI⁵¹ e as alegações presentes no requerimento apresentado (a existir), vão com vista ao MP, para que este se pronuncie, dentro do prazo de 10 dias.

Apesar da redação do artigo, não significa isto que aquele se deva limitar a dar o seu visto, devendo ainda, para além disso, pronunciar-se sobre ambos os documentos⁵², e fundamentar a respetiva pronúncia⁵³.

⁴⁸ Relembremo-nos que, aqui, para além de poderem ser alegados quaisquer factos revelados durante o processo, também o poderão ser quaisquer outros que dele não emanem de início, em conformidade com o art.11.º.

⁴⁹ Note-se que, no caso de a abertura do incidente ter sido desencadeada por algum interessado por via do requerimento previsto no n.º 1 do art.188.º, o AI, aquando da elaboração do seu parecer, deverá ter em conta tais alegações, apreciando os factos aí invocados, e outros de que tenha conhecimento (MENEZES LEITÃO (2021), 291, (398)).

⁵⁰ Isto, atendendo (1) ao carácter urgente do incidente, que não se pode coadunar com este tipo de convites, (2) ao tempo em que o administrador já se encontrará em funções nesse momento, visto que, nessa altura, o mesmo já disporá de todas as informações para tomar uma decisão de forma diligente, e (3) ao papel de especial importância que o AI desempenha, e do qual se exige um elevado nível de responsabilidade aquando do exercício das suas funções (OLIVEIRA (2010), 219 e 223).

⁵¹ Ressalve-se que o MP não está, de qualquer modo, obrigado a ir ao encontro da posição do AI.

⁵² Quer quanto ao requerimento do n.º 1 do art.188.º, quer quanto ao parecer do AI, deve o MP manifestar-se quanto às alegações que motivam a qualificação da insolvência como culposa e quanto ao leque de pessoas indicadas para serem afetadas pela eventual qualificação nesse sentido.

⁵³ Ainda que a lei nada diga, entende-se que esta pronúncia deve traduzir-se numa proposta sobre a qualificação da insolvência. E, de acordo com a jurisprudência, perante a omissão de tal proposta, deverá o

Tal como o AI, também o MP deve pronunciar-se no âmbito factual de forma precisa e bem fundamentada, de modo a possibilitar o correto exercício do contraditório da parte contrária. Contudo, atendendo à sua função de garante do interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial, faz sentido que, em caso de deficiência ou falta de concretização, o seu parecer possa ser objeto do pedido de aperfeiçoamento por parte do juiz, tal como o requerimento de qualquer interessado (art.188.º, n.º 1), sob pena de a matéria factual e de direito não poder ser considerada relevante para a boa decisão da causa⁵⁴.

Na eventualidade de se verificar uma espécie de “dupla conforme”⁵⁵ entre o parecer do AI e a pronúncia do MP, que entenda que a insolvência teve um carácter fortuito, indica o art.188.º, n.º 8 que o juiz poderá⁵⁶ imediatamente proferir decisão no mesmo sentido – decisão esta que será insuscetível de recurso⁵⁷.

A propósito da extemporaneidade deste parecer, também o MP está investido de um dever de acrescida importância. Com efeito, uma eventual violação deste dever, devida pela ausência do seu parecer, ou pela sua apresentação não atempada, obriga a que o MP incorra numa responsabilidade funcional, sendo que, em caso de omissão, a

MP ser instado, pelo Tribunal (ao abrigo dos seus poderes), a completar o seu parecer (EPIFÂNIO, 177 (535)).

⁵⁴ (OLIVEIRA (2010), 223)

⁵⁵ Não significa isto que ambos os pareceres não possam divergir em diversos pontos, nomeadamente quanto aos factos que fundamentam a qualificação, ou quanto às pessoas que devem ser afetadas, caso seja culposa. Significa, sim, que o aspeto relevante para a verificação da referida “dupla conforme” refere-se apenas à qualificação da insolvência como culposa ou fortuita (FERNANDES (2005), 90).

⁵⁶ Evidenciamos tratar-se aqui, atualmente (desde a alteração levada a cabo pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril) de uma mera faculdade, e não de uma imposição legal, como, aliás, reflete o art.188.º, n.º 9. Isto porque, na redação anterior do n.º 4 do art.188.º, o juiz encontrava-se obrigado a decidir em conformidade com os pareceres do AI e do MP - que, a qualificarem a insolvência como fortuita, poderiam fazer com que não fossem consideradas culposas situações de insolvências subsumíveis a alguma das alíneas dos n.º 2 e 3 do art.186.º (EPIFÂNIO (2019), 178 (539)), numa clara violação do princípio do inquisitório (art.11º). Na jurisprudência, veja-se os Acs. do TRL de 26.04.2012, Proc. n.º 2160/10.3TJLSB-B.L1-2, do TRE de 05.07.2012, Proc. n.º 1488/10.7TBSLV-E.E1, do TRG de 05.02.2013, Proc. n.º 7476/10.6TBBERG-E.G1 e de 24.07.2012, Proc. n.º 299/10.4TBPTL-A.G1, e do TRP de 25.10.2007, Proc. n.º 0733856.

⁵⁷ Parece-nos que esta opção pela insusceptibilidade de recurso revela uma “confirmação”, quiçá, demasiado precipitada da lei. Quer o parecer do AI, quer o parecer do MP, são suscetíveis de conterem erros ou meras irregularidades, que a lei, ao prever a irrecorribilidade em caso de uma decisão ir ao encontro da outra, parece ignorar. “Suponha-se, por exemplo, que não foram atendidos factos que, por força da presunção inilidível do n.º 2 do art.186.º, impõem a qualificação da insolvência como culposa” (FERNANDES (2005), 90). Também o CGOA chegou a criticar esta impossibilidade de recurso (Cfr. Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII/1, pág. 7). De qualquer modo, tratando-se de uma faculdade, caberá ao juiz, ao abrigo do seu poder jurisdicional, conferido pelo art.202.º da CRP, verificar o conteúdo dos pareceres, e apenas proferir sentença no mesmo sentido, caso o seu entender vá, de igual modo, ao encontro de ambos os pareceres, zelando assim pela boa aplicação da justiça. Atendendo ao facto de a decisão ser, ela própria, irrecorrível, nestes casos, há que haver um grau de diligência acima do normal.

consequência será a mesma da omissão do parecer do AI, concluindo-se pela insolvência fortuita⁵⁸.

2.1.4. As oposições e as respostas

No seguimento do n.º 8 do art.188.º, poderá dar-se o caso de o juiz ainda não estar totalmente convicto da qualificação proposta por ambos – AI e MP. Neste caso, demanda o n.º 9 que o juiz mande notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que em seu entender devam ser afetados pela qualificação da insolvência como culposa, para que se oponham, se assim o quiserem, no prazo de 15 dias.

De modo a garantir que a oposição desses sujeitos é feita de forma consciente e informada do conteúdo de ambos os pareceres, a lei obriga que tais documentos lhes sejam disponibilizados, juntamente com as respetivas notificações e citações.

Estamos perante uma situação que, no pior dos cenários, poderá ter graves implicações para a vida dos sujeitos afetados, atendendo aos efeitos consideravelmente gravosos, previstos na lei (art.189.º). Com efeito, a dedução da respetiva oposição será, será sempre aconselhável, para que tais sujeitos tenham oportunidade de se pronunciar sobre tais efeitos⁵⁹.

Devemos, contudo, realçar que, para que os sujeitos deduzam a sua oposição, conscientes dos factos que lhes são imputados, o juiz deve também expor os fundamentos através dos quais entende que tais sujeitos devem ser afetados pela qualificação da insolvência como culposa. Podemos até eventualmente afirmar que se trata de um verdadeiro dever a que o juiz está obrigado, sob pena de violação quer do princípio da fundamentação das decisões (art.154.º do CPC e 205.º, n.º 1, da CRP)⁶⁰, quer do próprio exercício do contraditório (art.3.º, n.º 3, do CPC, e 32.º, n.º 2, da CRP⁶¹). É que, não estando o juiz obrigado a concordar e ir no mesmo sentido dos pareceres do AI e do MP, é imperioso que os sujeitos saibam as razões e os fundamentos pelos quais estão a ser indicadas como eventuais responsáveis daquela situação de insolvência.

⁵⁸ (OLIVEIRA (2010), 223).

⁵⁹ (SOVERAL MARTINS (2021), 504)

⁶⁰ Para mais desenvolvimentos sobre o art.154.º do CPC, veja-se FREITAS e ALEXANDRE (2021), 329-330, e RODRIGUES (2019), 92-93.

⁶¹ Apesar de estar previsto no âmbito do processo penal, é extensível a todas as outras formas de processo, por paridade de razões.

Esgotado o prazo de 15 dias, previsto no n.º 9 do art.188.º, para serem deduzidas as oposições, inicia-se a contagem de um outro, desta vez de 10 dias, para que o AI, o MP e os sujeitos interessados com posição contrária à que foi apresentada nas oposições deduzidas, possam ter a sua oportunidade de resposta, em conformidade com o n.º 10.

Deixamos a nota de que, caso nenhuma oposição seja deduzida, entendemos que os factos não se devem considerar confessados⁶², nos termos da alínea c) do art.568.º do CPC (*ex vi* do art.17.º, n.º 1 do CIRE) tendo em conta que os efeitos suscetíveis de recaírem sobre os sujeitos visados não estão dependentes da vontade destes⁶³. Nestes termos, perante a ausência de oposição, deve o incidente prosseguir os seus trâmites normais.

2.1.5. A tramitação ulterior

Uma vez utilizadas as faculdades de oposição e de resposta, o prosseguimento do incidente fica sujeito aos arts.132.º e 139.º (*ex vi* do art.188.º, n.º 11), referentes à reclamação e verificação de créditos, que devem ser aplicados com as “devidas adaptações”.

Quanto ao alcance desta remissão, parece-nos que apenas produz efeitos relativamente às referidas oposições e respostas, excluindo do seu âmbito os pareceres do AI e do MP⁶⁴. Somos da opinião de que essa limitação não se adequa ao propósito da remissão, que deveria ser adaptada, de modo a incluir os pareceres do AI e do MP.

Para além disso, uma análise ao art.133.º reflete precisamente a necessidade de ambos os pareceres referidos, assim como o requerimento exigido pelo n.º 1 do art.188.º, deverem ser patenteados na secretaria do tribunal, dentro do prazo previsto para as oposições e respostas⁶⁵.

⁶² Contrariamente ao que acontece do Processo Civil (art.567.º, n.º 1, do CPC).

⁶³ Nas palavras de Rui Estrela de Oliveira, “estamos perante uma relação jurídica controvertida de carácter indisponível” (OLIVEIRA (2010), 227). Numa posição contrária, veja-se BRANCO (2012), 39:46, que, apesar de assim entender, também reconhece que se trata de uma posição discutível.

⁶⁴ “O regime é discutível. Desde logo, porque não surge previsto, por força da remissão, o uso da palavra pelo administrador da insolvência e pelo Ministério Público se responderam” (SOVERAL MARTINS (2021), 508).

⁶⁵ O despacho do juiz, que ordena as notificações e as citações (art.188.º, n.º 9), deve igualmente ordenar que assim o seja, visto que aquelas – notificações e citações – devem ser sempre remetidas juntamente com aqueles documentos – os pareceres do AI e do MP (FERNANDES e LABAREDA (2015), 690).

De seguida, a adaptação a fazer do art.134.º obriga a que, juntamente com as oposições e respostas, devam também ser fornecidos todos os meios de prova disponíveis, incluindo o rol de testemunhas, conforme prevê o n.º 2 do art.25.º (*ex vi* do art.134.º, n.º 1), que faz uma remissão expressa para os limites do art.511.º do CPC. E assim o determina o próprio art.293.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* do art.17.º, n.º 1 do CIRE.

As oposições e respostas poderão ser posteriormente apresentados em papel, ou por via eletrónica. No primeiro caso, deverão fazer-se acompanhar de dois duplicados e dos respetivos documentos que os acompanham. No segundo caso, a própria secretaria poderá obter e extraí-los oficiosamente, destinando-se um ao arquivo do tribunal, e o outro à própria secretaria, de modo a que os interessados possam os consultar (art.134.º, n.º 2), devendo aí ser mantida durante todo o decurso do prazo para as oposições e respostas (art.134.º, n.º 5)⁶⁶.

Uma vez esgotado o prazo, iniciar-se-á a contagem do prazo de 10 dias para a emissão do parecer da comissão de credores (135.º) sobre as oposições⁶⁷. Junto o parecer, ou decorrido o prazo para apresentação do parecer, segue-se o saneamento do processo, por via da adaptação da disposição do n.º 3 do art.136.⁶⁸, que remete para os arts.595.º e 596.º do CPC.

Em consonância com o art.137.º, se o juiz assim o entender, poderá ordenar a realização de diligências probatórias, dentro do prazo de 20 dias a contar da data do despacho, de modo a que estejam concluídas antes da audiência de discussão e julgamento.

Assim, uma vez produzidas estas provas, que aproveitarão a todos, independentemente de quem as produza, ou, pelo menos, esgotado o prazo de 20 dias para a produção das mesmas, será marcada a audiência de discussão e julgamento.

No que a esta última respeita, a sua realização deve ser marcada para um dos 10 dias posteriores à data em que se esgota o prazo para produção das provas, cfr. o art.138.º.

⁶⁶ Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda pugnam pela não aplicação dos n.º 3 e 4 do art.134.º (FERNANDES e LABAREDA (2015), 692).

⁶⁷ Rui Estrela de Oliveira entende que o art.135.º não tem aplicabilidade no âmbito do incidente de qualificação da insolvência, e explica que “admitir a apresentação de mais um parecer no incidente, para além de tornar menos célere um incidente que se quis urgente, representa uma duplicação de intervenções processuais” (OLIVEIRA (2010), 228).

⁶⁸ Sobre a aplicação das normas que regulam a tentativa de conciliação e a graduação de créditos, a doutrina diverge. Autores como SOVERAL MARTINS (2021), 507, FERNANDES e LABAREDA (2015), 692, OLIVEIRA (2010), 228, e BRANCO (2016), 26 (26), e (2012), 40:40, entendem que as normas não são aplicáveis, ainda que este último confesse que talvez faça sentido uma conciliação no âmbito das matérias probatórias e controvertidas. Contrariamente, veja-se MENEZES LEITÃO (2012), 291-292, e SERRA (2021), 304.

Já quanto ao decurso da mesma, o art.139.º impõe a observância dos termos estabelecidos para o processo comum, com algumas especificidades. Desde logo, a alínea a) consagra a possibilidade de o AI e a comissão de credores serem ouvidos, sempre que tal se mostre necessário, e o juiz assim o determine⁶⁹. De seguida, a alínea b) estipula que a produção de prova deverá seguir a ordem pela qual as oposições tiverem sido apresentadas. E finalmente, a alínea c) obriga à observância de uma certa ordem para o uso da palavra durante a discussão, preferindo os advogados dos opositores da qualificação da insolvência como culposa, que se deverão pronunciar em primeiro lugar, em detrimento dos advogados dos sujeitos que responderam às oposições, que ficam em segundo lugar, não existindo a possibilidade de réplica, em nenhum caso.

Uma vez concluída esta tramitação, será proferida a sentença de qualificação da insolvência.

2.2.De carácter limitado

2.2.1. Âmbito de aplicação

O incidente com carácter limitado encontra-se previsto e regulado no art.191.º.

O âmbito de aplicação desta modalidade é consideravelmente restrito, estando apenas previsto relativamente a duas situações: sempre que o tribunal verificar, com elevado grau de probabilidade, que o património do insolvente não é suficiente para satisfazer todas as previsíveis dívidas da massa e da própria insolvência aquando da prolação da sentença de declaração da insolvência (art.39.º, n.º 1⁷⁰), ou mais tarde, caso em que caberá ao AI dar conhecimento desse facto ao juiz, para que este encerre o processo, e, caso já tenha aberto o incidente, para que decrete prosseguimento do incidente como limitado (art.232.º, n.º 5⁷¹).

⁶⁹ Aqui, ainda que a alínea não o consagre expressamente, entendemos ser adequado atribuir também esta faculdade ao MP, que deve, tal como os restantes, ter oportunidade de se pronunciar (SOVERAL MARTINS (2021), 508).

⁷⁰ Atente-se, porém, ao n.º 8 do art.39.º: o disposto no n.º 1 da mesma norma não terá aplicação nos casos em que o devedor, sendo pessoa singular, tenha requerido a exoneração do passivo restante, numa fase prévia relativamente à prolação da sentença de declaração da insolvência.

⁷¹ Atente-se, também, ao n.º 6 do art.232.º: o disposto no n.º 5 da norma não terá aplicação, nos casos em que o devedor beneficie do diferimento do pagamento das custas, nos termos do n.º 1 do artigo 248.º, durante a vigência do benefício – diferimento este que pode ser concedido quando esteja em causa a apresentação de um pedido de exoneração do passivo restante, que por sua vez, apenas pode ser apresentado por pessoas singulares.

Apesar de aquelas duas situações terem em comum a insuficiência da massa insolvente⁷², importa destacar algumas diferenças, que se retiram do art.191.º.

Em primeiro lugar, quanto ao momento da verificação da insuficiência. Enquanto que, no âmbito do art.39.º, n.º 1, será o juiz a verificar a insuficiência da massa, no âmbito do art.232.º, n.º 5, será o mesmo, oficiosamente, ou o administrador da insolvência, a verificar tal insuficiência, em momento posterior ao da sentença.

Em segundo lugar, a propósito da modalidade em que o incidente é declarado aberto. Ora, se no caso do art.39.º, n.º 1 o incidente é imediatamente declarado aberto na sentença, poderá ser *ab initio* de carácter limitado; contrariamente, o caso do art.232.º, n.º 5 já poderá implicar uma convolação – de incidente pleno, para eventualmente incidente limitado – conforme o momento em que é verificada a insuficiência⁷³.

2.2.2. Tramitação

Nos termos do CIRE, a tramitação do incidente de carácter limitado observa o disposto para o incidente de carácter pleno, com “as devidas adaptações”. Assim, são aplicáveis neste âmbito os arts.39.º, 188.º, 189.º, 191.º, 232.º, e 132.º a 139.º.

Mais uma vez, relembramos que, tal como no incidente pleno, o juiz não está obrigado a declarar a abertura do incidente, devendo apenas fazê-lo quando entender que já dispõe dos elementos que justifiquem a abertura do incidente com carácter limitado (art.36.º, n.º 1, al. i)), devendo o mesmo seguir o regime dos arts.188.º e 189.º (*ex vi* do art.191.º, n.º 1).

A primeira adaptação a ser feita respeita à aplicação do n.º 1 do art.188.º. Tendo em conta que não existe assembleia de apreciação do relatório⁷⁴, os interessados que queiram alegar algum aspeto que ajude a qualificar a insolvência como culposa, devem fazê-lo dentro do prazo de 45 dias, contados a partir da data da sentença que declarou a

⁷² A propósito da interpretação que deve ser dada a esta “insuficiência”, o n.º 9 do art.39.º, e o n.º 7 do art.232.º, estabelecem uma presunção de insuficiência da massa sempre que o património em causa seja inferior a 5000 euros.

⁷³ “Podendo até acontecer que o incidente já estivesse findo” (EPIFÂNIO (2019), 180).

⁷⁴ Ou, pelo menos, a sentença de declaração de insolvência (art.39.º, n.º 1) não designa data para a sua realização.

insolvência⁷⁵, tendo o AI o dever de, quando aplicável, apresentar o seu parecer dentro dos 15 dias posteriores (art.191.º, n.º1, al. a)).

Destaca-se, aqui, uma adaptação de ambos os prazos. O prazo de 15 dias (art.188.º, n.º 1) é, aqui, alargado para 45 dias. Por sua vez, o prazo de apresentação do parecer por parte do AI é reduzido, de 20 (art.188.º, n.º 6) para 15 dias (art.191.º, n.º 1, al. a)).

Este regime terá, naturalmente, algumas implicações na pessoa do devedor insolvente⁷⁶.

Em primeiro lugar, ficará obrigado a disponibilizar os seus documentos de escrituração, patenteados, neste caso, por si próprio, aos interessados, a fim de poderem ser examinados (art.191.º, n.º 1, al. b)).

Significa isto que, contrariamente ao que sucede no âmbito do incidente pleno⁷⁷, no incidente de carácter limitado será o próprio insolvente o responsável por patentear aquela documentação.

Em segundo lugar, fica também sujeito aos deveres de apresentação e colaboração que constam do art.83.º, na medida do necessário, de a modo a que o AI possa elaborar o seu parecer (art.191.º, n.º 2)⁷⁸.

De notar ainda que, mesmo que os credores do devedor insolvente sejam afetados por uma eventual qualificação da insolvência como culposa, a sentença não poderá determinar a perda dos créditos dos mesmos sobre a insolvência, tal como consta da alínea c) do n.º 1 do art.191.º (em contradição com o disposto na al. d) do n.º 2 do art.189.º)⁷⁹.

⁷⁵ A possibilidade de aquele prazo de 45 dias ser contado a partir da decisão do juiz que encerrou o processo de insolvência que se encontrava prevista no art.232.º já não existe, devido à alteração ao CIRE introduzida pelo DL n.º 79/2017, de 30 de junho.

⁷⁶ (MENEZES LEITÃO (2021), 293)

⁷⁷ Relembremo-nos que o art.133.º (*ex vi* do art.188.º, n.º 11) faz recair sobre o administrador da insolvência a obrigação de patentear os documentos, nomeadamente os de escrituração.

⁷⁸ Isto poder-se-á dever, no entendimento de Alexandre Soveral de Martins, ao facto de as alíneas a) e b) do n.º 1 do art.233.º ordenarem a cessação quer dos efeitos advindos da sentença de declaração da insolvência, quer das atribuições do administrador da insolvência, respetivamente, nos casos em que o processo foi encerrado por insuficiência da massa (SOVERAL MARTINS (2021), 544).

⁷⁹ Acerca da *ratio* desta adaptação, a doutrina diverge. Alguns autores, designadamente Luís A. Carvalho Fernandes, entendem que o regime da al. c) do n.º 1 do art.191.º, se justifica pela impossibilidade da verificação da al. d) do n.º 2 do art.189.º, devido à insuficiência da massa (FERNANDES (2005), 93). Não concordamos com esta perspetiva. De facto, o entendimento mais acertado parece ser o defendido por Maria do Rosário Epifânio (EPIFÂNIO (2019), 181, (547)) e suportado por Alexandre Soveral de Martins (SOVERAL MARTINS (2021), 543), que justifica esta adaptação na não abertura da fase de liquidação e verificação do passivo, no caso do art.39.º, n.º 1 - em que o incidente é limitado deste o início -, e na disciplina do art.233.º, no caso do art.232.º, n.º 5 - em que o incidente começou como pleno e foi, entretanto, convalidado em limitado. Ainda assim, a primeira acresceta que o efeito produzido pela insuficiência da massa até pode, eventualmente, vir a ser vantajoso para os credores, na medida em que poderá reforçar as suas posições. “Por isso, se a massa for insuficiente e o processo encerrar, mas o administrador só se aperceber de tal facto muito tarde (e o incidente pleno já estiver concluído), apesar da insuficiência da massa, o efeito do art.189.º, n.º 2, al. d), mantém-se intocado”.

III. O âmbito objetivo e subjetivo da insolvência culposa

Como já referimos, o art.185.º determina que a insolvência pode ser qualificada como fortuita ou culposa. Apesar de a lei não estabelecer critérios para a qualificação de uma insolvência como culposa, fá-lo, porém, quanto à sua qualificação como culposa.

No n.º 1 do art.186.º, o legislador fornece-nos uma definição de insolvência culposa, que respeita aos casos em que a situação de insolvência foi “criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”. Tal leva-nos a concluir que todas as situações que não se subsumam a esta definição, deverão ser qualificadas como situações de insolvência fortuita.

Tal significa que a insolvência será sempre culposa quando qualquer administrador, de facto ou de direito, do devedor pessoa coletiva, incumpra, quer os seus deveres⁸⁰ (designadamente o seu dever de lealdade⁸¹), quer as normas legais⁸², ou tenha ainda uma atuação grosseiramente negligente – e, por isso, com culpa grave - ou dolosa, que prejudique ou empobreça o património do devedor, dentro da moldura temporal prevista (dentro dos 3 anos anteriores à declaração da insolvência)⁸³.

Ao analisarmos tal definição, não podemos deixar de notar o seu carácter genérico, capaz de abranger um número incontável de situações.

De modo a colmatar essa falha, e a fornecer uma maior determinação do conceito de insolvência culposa, o legislador deu-se ainda ao trabalho de prever, nos n.º 2 e 3 do art.186.º, um conjunto de presunções, especificamente pensados para os devedores pessoas coletivas. No entanto, o n.º 4 da mesma disposição promove o alargamento do seu âmbito aos devedores pessoas singulares, de modo a que os n.º 2 e 3 lhes possam ser aplicados, ainda que com “as devidas adaptações”⁸⁴.

⁸⁰ Que podem ser concretizados pelo intérprete-julgador a partir do elenco de alíneas da norma em causa.

⁸¹ *Ex vi* do art.64.º, n.º 1, al. b) do CSC. Exemplos da violação deste dever encontram-se previstos nas alíneas e), f) e g) do n.º 2 do art.186.º (FRADA (2006), ponto 9).

⁸² Estas normas legais traduzem-se num conjunto de regras, consagradas no próprio CIRE, destinadas à proteção dos interesses alheios, designadamente de credores.

⁸³ Verifica-se uma única exceção a esta regra, prevista na alínea i) daquele n.º 2, que remete para momentos posteriores ao início do processo de insolvência. A propósito, veja-se o Ac. do TRE de 28.04.2022, Proc. n.º 814/19.8T8OLH-C.E1.

⁸⁴ Não podemos deixar de destacar esta opção do legislador. De facto, apesar de o n.º 1 do art.186.º ser aplicável a qualquer credor, os n.º 2 e 3 promovem a exclusão dos devedores pessoas singulares. Deste modo, o que o n.º 4 promove é possibilidade de aplicação casuística, ainda que por via indireta, daquelas

1. O âmbito subjetivo

Para além de nos dar uma definição genérica de insolvência culposa, o n.º 1 do art.186.º também revela o alcance do seu âmbito subjetivo, que inclui não só o devedor (art. 2º) como também os seus administradores de direito ou de facto (art.6.º⁸⁵).

No que respeita ao devedor pessoa singular, não temos dúvidas em afirmar a sua suscetibilidade de afetação⁸⁶. De facto, poderíamos questionar a redação dos n.º 2 e 3 do art.186.º, por se referirem apenas a “devedores que não sejam pessoas singulares”. No entanto, o problema fica resolvido por via do n.º 4 do mesmo artigo, que promove um alargamento da aplicação dessas disposições aos devedores que sejam pessoas singulares.

Por sua vez, a possibilidade de afetação do devedor pessoa coletiva já parece ser discutível.

A propósito, alguma doutrina entende que, por não se tratar de uma pessoa física, não existe um sujeito que possa ser responsabilizado por aquele comportamento, e, por

presunções a estes credores. Na jurisprudência, veja-se o Ac. do TRL de 08.11.2011, Proc. n.º 465/10.2TBLNH-C.L1-7.

as disposições analisadas, para além de serem fácil e diretamente aplicáveis ao devedor pessoa singular (à exceção da al. e) do n.º 2 do art.186.º), fazem, também, todo o sentido. Uma vez que as presunções funcionam de igual forma, não faria grande sentido estar a criar outro regime para a situação específica da insolvência do devedor pessoa singular, e muito menos deixar de lhe aplicar um tal regime, visto que este é também passível de ser culpabilizado pela sua atuação (negligente ou dolosa) perante a situação de insolvência gerada (MENEZES LEITÃO (2021), 290).

Ainda assim, é importante referir que, não estando obrigado a apresentar-se à insolvência, a omissão ou retardamento na apresentação do devedor pessoal singular não implica necessariamente a qualificação da insolvência como culposa, ainda que possa originar um agravamento da situação económica do insolvente⁸⁵ Da análise ao art.6.º poderíamos ficar com a perceção de que o seu conceito, para efeitos do CIRE, apenas abrange a figura do administrador de direito. Tal poderia colidir com as normas do CIRE referentes à qualificação da insolvência, cujo âmbito subjetivo abrange expressamente aqueles sujeitos. Com efeito, cremos que a norma requer uma interpretação extensiva, de modo a alargar a letra da lei, e a abranger, também, os administradores de facto. Estes sujeitos não poderiam deixar de ser tidos em conta. Como explica Maria do Rosário Epifânio, a inclusão da figura do administrador de facto no âmbito subjetivo do incidente de qualificação visa a responsabilização dos “verdadeiros autores materiais das decisões e comportamentos que levaram à situação de insolvência instalada, para além dos meros “testas-de-ferro” formais” (EPIFÂNIO (2019), 150). A propósito da administração de facto, veja-se ENGRÁCIA ANTUNES (2002), 79 e 593. Na jurisprudência, veja-se a explicação do Ac. do TRP de 06.09.2021, Proc. n.º 908/12.0TYVNG-A.P1.

⁸⁶ Por estar em causa uma pessoa física, e atendendo, nomeadamente, quer ao carácter exemplificativo da alínea a) do n.º 2 do art.189.º, quer à redação da alínea c) do n.º 1 do art.228.º (que se reporta ao termo da administração da massa insolvente pelo devedor, designadamente quando a própria pessoa singular, titular da empresa, é afetada), é evidente que a própria pessoa física do devedor poderá ser o sujeito que criou ou agravou a situação de insolvência (EPIFÂNIO (2019), 149). Deixamos, porém, a ressalva de que este devedor nem sempre é obrigatória e automaticamente afetado pela qualificação da insolvência como culposa: tal como as pessoas coletivas, as pessoas singulares podem, também, ter administradores (art.6.º, n.º 1, al. b)), que por sua vez podem ser afetados, sozinhos, pela qualificação (SOVERAL MARTINS (2021), 519-520).

isso, afetado pela qualificação. Tal argumento sustenta-se no facto de as pessoas coletivas desenvolverem a sua atividade através de pessoas físicas- os seus administradores de direito ou de facto (art.6.º, n.º 1, al. a)) - estes, sim, passíveis de serem afetadas⁸⁷. Mas, como veremos, este argumento não é capaz de sustentar, sozinho, a impossibilidade de imputação dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa ao devedor pessoa coletiva.

Somo da opinião de que, nos casos de declaração de insolvência de pessoas coletivas, por ser frequente a opção pela sua dissolução (art.141.º, n.º 1, al. e) do CSC), e inevitavelmente a sua extinção (art.160.º, n.º 2, do CSC), os efeitos práticos que resultam da aplicação das inibições previstas no art.189.º, n.º 2, als. b) e c)⁸⁸ ficam completamente inviabilizados.

Adicionalmente, se atentarmos, à redação do n.º 3 do art.189.º, a obrigatoriedade de registo, na conservatória do registo comercial, da inibição para a administração de patrimónios de terceiros e para o exercício do comércio, apenas existe “quando a pessoa afetada for comerciante em nome individual”, excluindo do seu âmbito de aplicação eventuais sociedades comerciais devedoras⁸⁹.

Assim, tais sociedades comerciais, por tais motivos, não são, salvo melhor opinião, afetadas pelos efeitos da qualificação da insolvência como culposa⁹⁰.

⁸⁷ De acordo com ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 88 (44), “este argumento incorre numa “*petitio principii*”, já que dá à partida como assente aquilo que importa precisamente demonstrar. Que as pessoas coletivas, enquanto “*corpus mysticum*”, atuam sempre e em último termo através de pessoas físicas (integrantes dos seus órgãos internos, responsáveis pela formação da vontade coletiva, e externos, que a representam no tráfico jurídico), é desnecessário encarecer: mas daí não se retira, nem lógica, nem legalmente (cf. arts. 163, 165, 500, 800/1, 998 do Código Civil, art. 6/5 do Código das Sociedades Comerciais), que os atos praticados pelos representantes orgânicos não sejam imputáveis, em primeira linha, à própria pessoa coletiva”.

⁸⁸ ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 90 (49) rebate este argumento, evidenciando a possibilidade de homologação de um plano de insolvência que preveja a continuidade de exploração da sociedade (art.234.º, n.º 1), permitindo que os efeitos da qualificação da insolvência alcancem o seu efeito prático, na sua perspetiva, sobre a sociedade.

⁸⁹ ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 89 (48) considera que a expressão em causa apenas se compreende num cenário em que outros tipos de pessoas afetadas podem também ser admitidas, sob pena de redundância da redação legal.

⁹⁰ No mesmo sentido, SOVERAL MARTINS (2021), 520, e EPIFÂNIO (2019), 149. Cremos ser este o melhor entendimento. Se assim não fosse, estaríamos a dar aso a situações injustas, em que as pessoas coletivas seriam afetadas quando, p.e., o comportamento causador ou agravador da situação de insolvência foi praticado por apenas um administrador, sem o conhecimento dos restantes. Porque deveria a própria sociedade comercial ficar inibida de administrar patrimónios alheios, ou até de exercer o próprio comércio, quando o titular da atuação prejudicial foi o administrador X, este sim passível de ser responsabilizado? Em sentido contrário, e admitindo a possibilidade de afetação dos devedores pessoas coletivas, com base nos critérios e elementos gerais de interpretação da lei fixados no art.9.º do CC, ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 81-97.

Por tudo o que *supra* se expõe, revela-se, contudo, adequado, esclarecer que, não obstante o devedor pessoa coletiva não poder ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa, outras pessoas coletivas poderão sê-lo, nomeadamente os seus administradores, de direito e de facto.

Da análise das redações dos arts.186.º, n.º 1, e 189.º, n.º 2, al. a), é possível concluir que a intenção do legislador não foi, de todo, proibir a existência de administradores que sejam pessoas coletivas, muito menos proibir a sua desresponsabilização. Deste modo, perante a ausência de um tratamento legal distintivo entre administradores, pessoas singulares e coletivas, a melhor solução parece ser a de considerar ambos incluídos no âmbito subjetivo do incidente de qualificação da insolvência⁹¹⁻⁹², de modo a garantir um dos maiores objetivos do processo de insolvência: a proteção dos credores sociais.

Acreditamos que a diferença entre a suscetibilidade de afetação de devedores ou administradores, pessoas coletivas, reside, em primeiro lugar, no facto de o legislador não estabelecer nenhuma diferenciação entre pessoas singulares e coletivas, em todo o regime, a propósito destes últimos - o que não se poderá dizer a propósito daquele primeiro (veja-se o regime do 186.º, em que as presunções dos n.º 2 e 3 apenas funcionam relativamente ao devedor pessoa singular de forma indireta); e em segundo lugar, como já aqui referido, no facto de os devedores pessoas coletivas, por serem os próprios insolventes, já sofrerem as devidas consequências que o CSC lhe imputa, e que os impedem de “continuar a existir” para que lhes sejam aplicados quaisquer efeitos – o que, novamente, não fará sentido no caso dos administradores pessoas coletivas, que, por não serem, eles próprios, os insolventes, serão suscetíveis de virem a ser afetados pelos efeitos da qualificação⁹³.

⁹¹ (ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 83)

⁹² “Deve ainda ser salientado que a *ratio legis* do incidente de qualificação não concorre em favor de uma interpretação restritiva das disposições legais dos arts. 186.º e 189.º do CIRE no sentido de estabelecer diferenciações em função da natureza (singular ou coletiva) da personalidade jurídica dos sujeitos afetados pela sentença qualificativa ou de confinar o seu âmbito de aplicação apenas a uma certa classe desses sujeitos (indivíduos) – bem pelo contrário” (*Ibidem*, 85).

⁹³ A título de exemplo, suponha-se que um devedor e um administrador, ambos pessoas coletivas, são declarados como responsáveis pela criação da insolvência do devedor. Uma vez declarado insolvente, este entrará em liquidação, para que se possa proceder ao rateio final, e pagamento dos credores. Ao administrador, nada lhe acontecerá no âmbito do processo de insolvência. Com efeito, nesta situação, aquele administrador será o único que poderá ser afetado pela qualificação, ficando, consequentemente, inibido de administrar o património de terceiros ou de exercer o comércio ou certos cargos, com perda da titularidade de créditos sobre a insolvência daquele devedor, e sendo também condenado na restituição dos bens ou direitos que já tinham recebido, ou ainda a indemnizar os credores do devedor (art.189.º, n.º 2, als. b) a e)) – efeitos que só fazem sentido quando aplicados a outro sujeito, que não o próprio devedor pessoa coletiva.

Lembre-mo-nos também que, a serem eventualmente afetados, o facto de aqueles não desempenharem o cargo aquando da qualificação da insolvência não serve de fundamento para afastar a sua responsabilização. O n.º 1 do art.186.º obriga a que assim o seja, quanto a todos aqueles que desempenharam tais funções nos 3 anos anteriores⁹⁴.

Para além do devedor e respetivos administradores, o legislador, na al. a) n.º 2 do art.189.º, determina que a sentença deve identificar as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência, “nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas” e o seu respetivo grau de culpa.

A propósito da clara incompatibilidade entre a dita norma e o âmbito subjetivo delimitado pelo n.º 1 do art.186.º, autoras como MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO e CATARINA SERRA evidenciam o facto de a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, ter levado a cabo a ampliação do âmbito subjetivo dos efeitos da insolvência culposa (189.º, n.º 2, al.a)), mas ter-se esquecido de proceder à adaptação da cláusula geral da insolvência culposa (art.186.º, n.º 1).

Nada sendo dito a respeito da imputação da insolvência culposa à atuação de outros sujeitos como contabilistas certificados⁹⁵ ou ROC’s (que apenas são previstos no art.189.º, n.º 2, al. a)), a sugestão de uma interpretação “corretiva”, como sugere a primeira autora⁹⁶, e “atualista”, como sugere a segunda⁹⁷, e com a qual concordamos, daquela cláusula geral, colmata a falta de harmonização entre aquelas disposições⁹⁸⁻⁹⁹.

⁹⁴ “Não está em jogo um prazo de prescrição ou de caducidade de determinado direito. Há é uma modelação temporal da situação de responsabilidade relevante. Ela não carece de ser invocada, sendo, como todo o direito objectivo, de conhecimento officioso” (FRADA (2006), ponto 8).

⁹⁵ Os contabilistas certificados são, atualmente, os antigos técnicos oficiais de contas, devido à alteração feita pela Lei n.º 139/2015, de 7 de setembro.

⁹⁶ (EPIFÂNIO (2013), 19:01)

⁹⁷ (SERRA (2021), 153-154)

⁹⁸ Maria do Rosário Epifânio considera que “o art.186.º deverá ser interpretado em harmonia com o disposto no art.189.º, n.º 2, al. a)” (EPIFÂNIO (2019), 151). Na mesma senda, Catarina Serra explica que se deve presumir que a intenção do legislador foi a de que o regime abrangesse outros sujeitos além do devedor e dos seus administradores de modo que as suas atuações sejam também, por si só, fundamento para qualificação da insolvência como culposa (SERRA (2021), 154). Já José de Engrácia Antunes, chega mesmo a considerar “inaceitável” uma “interpretação ab-rogatória da lei”, que exclua tais sujeitos da suscetibilidade de afetação, com fundamento na sua irrelevância para o âmbito dos n.º 2 e 3 do art.186.º (ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 77). Com opinião diversa, veja-se SOVERAL MARTINS (2021), 518-523, que, ao lamentar a redação descuidada da lei, explica que, para que a insolvência seja culposa, será sempre necessária uma certa atuação do devedor ou respetivos administradores (de direito ou de facto), não obstante a possibilidade de tais contabilistas certificados ou ROC’s poderem também ser afetados pela qualificação, por terem criado ou agravado a situação de insolvência ao desempenharem, simultaneamente, o papel de administradores de facto ou até se, não assumindo o papel quer de devedores, quer de administradores, colaboraram com estes, no entanto, na criação ou agravamento da situação de insolvência, através de qualquer uma das atuações dos n.º 2 ou 3 do art.186.º.

⁹⁹ Para além da interpretação atualista sugerida no âmbito da cláusula geral do n.º 1 do art.186.º, também a redação da al. a) do n.º 2 do art.189.º se encontra desatualizada, tendo em conta a alteração feita pela Lei

Através de um argumento de maioria de razão, ao fazermos a inclusão dos administradores pessoas coletivas, estamos também a sugerir que contabilistas certificados e ROC's, que estejam organizados sob a forma coletiva ou em sociedade¹⁰⁰, possam ser também tidos em conta para esse efeito, ficando igualmente sujeitos à baliza temporal dos 3 anos anteriores.

Deste modo, chegamos à inevitável conclusão de que as pessoas suscetíveis de serem afetadas pela qualificação da insolvência são o devedor pessoa singular (*ex vi* do n.º 4 do art.186.º), os administradores, de direito ou de facto, do devedor (pessoa singular ou pessoa coletiva), e ainda os contabilistas certificados os ROC's, que criaram ou agravaram a situação de insolvência através de um comportamento doloso, ou com culpa grave.

No âmbito do incidente em análise, poder-se-iam questionar ainda quais serão os tipos de dolo abrangidos, e se mais nenhum tipo de culpa releva para este efeito. Quanto ao dolo, incluem-se as situações de dolo direto, necessário ou eventual¹⁰¹. Já quanto à culpa grave, esta incluirá situações de culpa ou negligência grosseira, que só uma pessoa excepcionalmente descuidada cometeria, com exclusão das situações de culpa leve e levíssima¹⁰².

2. O âmbito objetivo

2.1.Presunções inilidíveis (de insolvência culposa)

O art.186.º, n.º 2, consagra um elenco de presunções de insolvência culposa, nas suas alíneas a) a i). Estas presunções são, por força do art.350.º do CC, absolutas ou *juris et de jure*¹⁰³, e encontram-se consagradas de forma taxativa¹⁰⁴. São elas:

n.º 139/2015, de 7 de setembro, que transformou a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas na Ordem dos Contabilistas Certificados.

¹⁰⁰ Arts. 116.º e ss. do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (Lei n.º 140/2015, de 7 de setembro) e arts. 115.º e ss. do Estatuto dos Contabilistas Certificados (Lei n.º 139/2015, de 7 de setembro).

¹⁰¹ (OLIVEIRA (2010), 232). Para mais desenvolvimento acerca do dolo no âmbito do incidente de qualificação da insolvência, veja-se RAMOS (2007), 479-480, e (2005), 23-24.

¹⁰² Vide nota 12. Sobre o conceito de "culpa grave", veja-se RAMOS (2007), 480-481. E para mais desenvolvimentos sobre as modalidades de culpa, veja-se COSTA (1994), 488-489.

¹⁰³ "As presunções legais são *juris et de jure*, quando não admitem prova em contrário" (cfr. Ac. do STJ de 03.03.1991, Proc. n.º 002663).

¹⁰⁴ Sobre a taxatividade dos n.º 2 e 3 do art.186.º, veja-se FRADA (2006), ponto 8. Na jurisprudência, veja-se o Ac. do TRE de 30.10.2008, Proc. n.º 2323/08-2.

- a) A dissipação do património do devedor¹⁰⁵;
- b) A criação ou agravação artificial de passivos ou a redução dos lucros, causando “a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas”;
- c) A compra de mercadorias a crédito, com revenda por preço inferior ao corrente antes de satisfeita a obrigação¹⁰⁶;
- d) A disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros¹⁰⁷;
- e) A exploração, eventualmente a coberto da personalidade coletiva da empresa, da sua atividade, em proveito pessoal ou de terceiros, e em prejuízo da mesma;
- f) A utilização do crédito ou dos bens do devedor em sentido contrário aos interesses deste, de modo a favorecer outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto;
- g) A prossecução de uma exploração deficitária em proveito pessoal ou de terceiro, “não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”;
- h) O incumprimento substancial da obrigação de manter uma contabilidade organizada, a manutenção de contabilidade fictícia ou de uma dupla contabilidade¹⁰⁸;
- i) O incumprimento dos deveres de apresentação e colaboração previstos no art.83.º, até à data da elaboração do parecer referido no n.º 6 do art.188.º, de forma reiterada^{109_110_111}.

Consequentemente, somos da opinião de que também é possível encontrar outra presunção *juris et de jure* na mesma disposição, que faz presumir a existência de um nex

¹⁰⁵ A título de exemplo, veja-se o caso do Ac. do TRG de 12.05.2022, Proc. n.º 4208/19.7T8STB-C.E1, que determina o preenchimento de várias alíneas do n.º 2 do art.186.º, nomeadamente as alíneas a), b), d), g) e h).

¹⁰⁶ A propósito desta alínea, FRADA (2006), ponto 9, considera ser uma solução desproporcionada e excessiva por parte do legislador, pelo facto de se tratar de uma presunção inilidível de culpa, mas, por outro lado, também admite que tal excessividade acaba por ser atenuada pelo seu efeito dissuasor e preventivo de condutas que o legislador considerou reprováveis. De forma crítica, BRANCO (2012), 20:40, chega mesmo a “brincar” que a situação desta alínea é uma prática corrente e comum dos supermercados, referindo “ainda bem que não são declarados insolventes, porque, se não, já se presumia seguramente a sua culpa”.

¹⁰⁷ A título de exemplo, veja-se o caso do Ac. do TRP de 21.02.2019, Proc. n.º 1733/15.2T8STS-B.P1.

¹⁰⁸ A título de exemplo, veja-se o caso do Ac. do TRG de 09.07.2020, Proc. n.º 2622/19.7T8VNF-B.G1.

¹⁰⁹ A título de exemplo, veja-se o caso do Ac. do TRP de 08.09.2020, Proc. n.º 624/19.2T8BJA-A.P1, que determina o preenchimento de várias alíneas do n.º 2 do art.186.º, entre elas as alíneas h) e i).

¹¹⁰ Tenhamos em atenção o facto de que, fora das situações previstas na alínea i), e em conformidade com o art.83.º, n.º 3, a recusa de prestação de informação e colaboração é livremente apreciada pelo juiz, designadamente para o efeito que aqui nos ocupa – a qualificação da insolvência como culposa.

¹¹¹ Esta alínea foi alvo da alteração levada a cabo pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro. Contudo, a alteração da sua redação traduziu-se apenas na adaptação da numeração do artigo a que a disposição alude (art.188.º).

de causalidade entre a situação de insolvência e o comportamento verificado – presunção esta que, da mesma forma, não poderá ser ilidida com a produção de prova em contrário¹¹².

Deste modo, no caso de se verificar alguma destas presunções, a insolvência será obrigatoriamente qualificada como culposa¹¹³, operando de forma automática¹¹⁴.

Nestes termos, a única forma de o agente não ser afetado, e a insolvência não ser qualificada como culposa, será a prova, pelo afetado, de que não praticou o comportamento censurável, visto que a lei não lhe permite que prove que tal comportamento não criou ou agravou a situação de insolvência¹¹⁵.

A propósito do estudo destas presunções, revela-se útil o destaque de duas análises.

¹¹² Esta questão é debatida quer na doutrina, quer na jurisprudência, onde se discute se a disposição apenas faz presumir a culpa, ou se também presume o nexo de causalidade entre o comportamento tipificado e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Em sentido afirmativo veja-se MENEZES LEITÃO (2021), 288, e (2017), 235, aparentemente EPIFÂNIO (2019), 154-155, e SOVERAL MARTINS (2021), 512-513. Na jurisprudência, veja-se os Acs. do TRC de 05.02.2013, Proc. n.º 380/09.2TB AVR-B.C1, e de 05.12.2012, Proc. n.º 1567/10.0TBVIS-C.C1. A propósito, Catarina Serra aproveita ainda para fazer uma distinção entre presunções absolutas de insolvência culposa, e ficções legais. Para tal, enquadra naquele primeiro grupo as alíneas a) a g), colocando de parte as alíneas h) e i), que se enquadram no segundo, pelo motivo de não assegurarem a existência de um dos pressupostos exigidos pelo n.º 1 - o nexo de causalidade entre o facto e a situação de insolvência -, sendo esse o motivo pelo qual a autora sugere que, numa futura alteração legislativa, talvez fosse uma boa opção remeter ambas as alíneas para o n.º 3 (SERRA (2021), 301-302).

¹¹³ Acerca desta obrigatoriedade, há que ter em conta que, apesar do facto de eventuais fatores externos fortuitos poderem ter contribuído para uma situação de insolvência, a insolvência será, ainda assim, qualificada como culposa, se se encontrar verificada qualquer uma das alíneas do n.º 2 do art.186.º. Veja-se, na jurisprudência, os casos dos Acs.do TRP de 27.02.2014, Proc. n.º 1595/10.6TBAMT-A.P2, de 18.12.2013, Proc. n.º 41/10.0TYVNG-D.P1, e de 04.06.2012, Proc. n.º 3063/10.7TBVFR-B.P1; do TRC de 10.07.2013, Proc. n.º 555/09.4TBPBL-A.C1, de 21.01.2014, Proc. n.º 174/12.8TJC BR-C1, e de 14.01.2014, Proc. n.º 785/11.9TBLRA-A.C1 ; do TRG de 05.06.2014, Proc. n.º 1243/12.80TBGMR-D.G1, de 20.02.2014, Proc. n.º 5100/10.6TBBRG.G1, e de 01.10.2013, Proc. n.º 2127/12.7TBGMR-D.G1; do TRE de 08.05.2014, Proc. n.º 915/11.0TBENT-IE1, e de 05.07.2012, Proc. n.º 1488/10.7TBSLV-E.E1; e do TRL de 12.03.2013, Proc. n.º 1043/11.4TBVFX-A.L1-7.

¹¹⁴ (ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 74)

¹¹⁵ A propósito, Henrique Sousa Antunes explica que as presunções do n.º 2 do art.186.º apesar de inilidíveis em relação à qualificação da insolvência como culposa, são, por sua vez, ilidíveis, quanto à imputação do dano ao agente (SOUSA ANTUNES (2019), 138 e ss. e 165). No mesmo sentido, EPIFÂNIO (2022), “Manual de...”, 160. Por sua vez, Manuel A. Carneiro da Frada interpreta, em parte, este n.º 2, como uma “positivação concretizadora de situações em que o dolo desencadeia a responsabilidade independentemente da natureza do interesse atingido” (FRADA (2006), ponto 6). O mesmo autor aproveita ainda para referir que “a culpa presume-se, não havendo lugar a prova em contrário e estando precludida a alegação e demonstração de alguma causa de desculpação” (FRADA (2006), ponto 8). Nestes termos, a situação só assim não será, no caso de não ter sido o agente a praticar o ato, e este consiga prová-lo. No nosso entender, faz todo o sentido que assim o seja. Ainda assim, há quem tenha entendimento diverso. Para Alexandre de Soveral Martins, as presunções do n.º 2 dizem apenas respeito à pessoa do devedor, e, por esse motivo, no caso de serem os administradores a praticar o facto previsto em alguma das alíneas da norma, haverá ainda que recorrer a outros meios (que não a presunção legal), para provar que estes atuaram com dolo ou culpa grave, e ainda estabelecer o nexo causal (SOVERAL MARTINS (2021), 521).

A primeira análise é a feita por LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, que agrupa estas presunções em 3 categorias diferentes: situações que afetam, no todo ou em parte, o património do devedor (als. a) e c)), situações que, para além de afetarem o património do devedor, beneficiam, simultaneamente, os sujeitos que os praticam e/ou terceiros (als. b), d), e), f), e g)), e situações de incumprimento de obrigações legais (als. h) e i))¹¹⁶.

A segunda, é a concretizada por MANUEL A CARNEIRO FRADA, que chama a atenção para o facto de que a relação entre os deveres a que os administradores estão adstritos e a situação de insolvência existente, nem sempre tem uma correspondência direta.

Em certos casos, está em causa o sancionamento de comportamentos que, quando adotados, levam, normal e previsivelmente, a uma situação de insolvência (p.e. as als. a) ou g)); em outros casos, temos comportamentos que, apesar de não resultarem diretamente numa situação de insolvência, dependendo, muitas vezes, de fatores fortuitos para tal, a intenção do legislador foi no sentido de os querer reprovar (p.e. as als. d) ou f), onde pode haver concurso entre a culpa e o acaso); e ainda estão consagrados alguns casos de responsabilidade por omissões, cujos, por si só, também não resultam na situação da insolvência (p.e. as als. h) ou i))¹¹⁷.

2.2.Presunções ilidíveis (de culpa grave)

No n.º 3 do art.186.º encontramos um novo elenco, por sua vez, mais restrito, de presunções. O dever de requerer a declaração de insolvência (al. a))¹¹⁸ e a obrigação de elaborar as contas anuais, dentro do prazo legal, e de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial (al. b)), são tidos pelo n.º 3 como presunções relativas ou *iuris tantum*¹¹⁹, de culpa grave dos administradores do devedor pessoa coletiva, e até mesmo do próprio devedor pessoal singular (*ex vi* do n.º 4).

Contrariamente às presunções do n.º 2, cuja natureza é mais pacífica, as presunções do n.º 3 provocavam, na sua redação anterior, uma maior discordância no que respeita, não propriamente à sua natureza, mas quanto ao próprio objeto das presunções:

¹¹⁶ (FERNANDES (2005), 95). Em suporte desta categorização, veja-se EPIFÂNIO (2019), 152-153.

¹¹⁷ (FRADA (2006), ponto 9). A propósito desta análise, o autor adverte ainda que prescindir do nexo causal do n.º 1

¹¹⁸ *Ex vi* do art.18.º, n.º 1.

¹¹⁹ “As presunções legais são (...) *iuris tantum*, quando podem ser afastadas por prova que se lhes oponha”(cfr. Ac. do STJ de 03.03.1991, Proc. n.º 002663).

fazem presumir a culpa grave dos administradores ou a própria insolvência culposa (ainda que relativamente)¹²⁰.

Felizmente, a nova redação da disposição, implementada pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, acabou com quaisquer dúvidas que pudessem existir.

Para os mais atentos, verifica-se a presença de uma única nova palavra na sua redação: “presume-se **unicamente** a existência de culpa grave”. Desta atualização legislativa, retira-se a intenção do legislador em clarificar a única finalidade daquelas presunções, sendo elas relativas, única e exclusivamente, à culpa grave do devedor.

Tratando-se de presunções relativas, e que, por isso, admitem a sua prova em contrário e respetiva elisão, existe a possibilidade de demonstrar que a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas não se deveu a culpa dos administradores¹²¹, ou que, ainda que tenha havido culpa, esta deve ser considerada leve ou levíssima¹²².

Há que ter em conta, porém, que, ao presumir, unicamente, a culpa grave, esta disposição não estabelece o nexo de causalidade, entre a culpa do administrador e a criação ou agravamento da situação de insolvência (como sucede como o elenco de presunções do n.º 2).

Como tal, caso não sejam ilididas as presunções do n.º 3, caberá ainda à parte que invoca os factos constantes destas presunções recorrer ao n.º 1 do art.186.º, para

¹²⁰ Antes da entrada em vigor da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, Catarina Serra sugeria que fossem extraídas do n.º 3 presunções (relativas) de insolvência culposa, ao invés de presunções (também relativas) de culpa grave, como a doutrina e a jurisprudência vinham, até então, entendendo. A autora, recorrendo ao caso da alínea a), explicava que a sua eventual violação nunca poderia ser considerada como causa criadora da situação de insolvência – porque já existente –, ainda que pudesse ser causa do seu agravamento (SERRA, 302). Em suporte deste entendimento, veja-se o Ac. do TRP de 10.02.2011, Proc. n.º 1283/07.0TJPRT-AG.P1, do TRC de 22.05.2012, Proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, e do TRL de 14.12.2010, Proc. n.º 46/07.8TBSVC-O.L1-7. Contudo, atendendo à nova redação da lei, se antes tínhamos dúvidas acerca da possibilidade defendida por Catarina Serra, atualmente não nos custa afastar um tal entendimento, visto que a intenção de legislador, claramente, não foi essa, optando, por sua vez, por evidenciar que as alíneas do n.º 3 estabelecem apenas uma única presunção: a de culpa grave. A favor deste entendimento, veja-se os Acs. do TRL de 18.04.2013, Proc. n.º 1027/10.0TYLSB-A.L1-2, e o do TRP de 05.06.2012, Proc. n.º 363/10.0TYVNG-A.P1.

¹²¹ Na jurisprudência, veja-se o Ac. do TRP de 07.03.2022, Proc. n.º 2381/19.3T8VNG-B.P1. A título exemplificativo, perante uma situação de incumprimento do dever de requerer da insolvência (al. a)) ou do dever de depósito das contas sociais (al. b)), bastará a prova de que a situação de insolvência gerada não se deveu a esses comportamentos, mas sim por outras razões que não lhes são imputáveis – aos administradores –, tais como uma eventual insolvência dos principais devedores, ou até uma situação de impedimento gerada por causas naturais, diga-se, a própria pandemia Covid-19, que durante vários meses impediu a laboração entre os anos de 2020 e 2021, com graves consequências para a produtividade e economia de muitas empresas.

¹²² Vide nota 12.

estabelecer a causalidade, de modo a que a insolvência seja qualificada como culposa, com a respetiva afetação do administrador responsável¹²³.

IV. Dos efeitos da insolvência culposa

A tramitação do incidente de qualificação culmina com a prolação da sentença (art.189.º, n.º 1)¹²⁴.

A sentença que qualifica a insolvência como culposa, para além de conter certas disposições e elementos, como a identificação das pessoas a afetar pela qualificação e a fixação do seu respetivo grau de culpa¹²⁵, deve também prever uma série de efeitos que se repercutirão nas pessoas afetadas pela qualificação (art.189º, n.º 2).

Os efeitos da qualificação da insolvência culposa encontram-se atualmente previstos no n.º 2 do art.189.º.

Estes efeitos, por não serem necessários aquando da declaração de insolvência do devedor, são qualificados como eventuais, i.e., sendo apenas aplicáveis no caso de a sua insolvência vir a ser qualificada como culposa. São eles:

- Inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos (art.189.º, n.º2, al. b));

¹²³ Na Doutrina: MENEZES LEITÃO (2021), 289, FERNANDES (2005), 94, MARTINS (2013), 404, EPIFÂNIO (2019), 156, SOVERAL MARTINS (2021), 517.

¹²⁴ Também aqui há que ter em conta que o juiz poderá decidir com base em factos não alegados pelas partes, em conformidade com o princípio do inquisitório (11.º), tendo, em qualquer caso, de ser assegurado o contraditório (MENEZES LEITÃO (2021), 292). Atente-se, porém, ao Ac. do TRP de 22.03.2021, Proc. n.º 338/13.7TYVNG-A.P1, na parte em que refere que “o referido princípio quando confere ao juiz a faculdade de fundar a sua decisão em factos não alegados pelas partes, ou quando lhe permite proceder oficiosamente à realização e recolha de provas, não conduz a que o juiz tenha que se substituir às partes, no que se refere à alegação da factualidade essencial, integradora quer da causa de pedir quer de eventuais exceções em sede de oposição, ou no que se refere à recolha de prova pela qual as partes não curaram de diligenciar-visando tal princípio obstar a que razões meramente formais impeçam a realização dos direitos materiais”.

¹²⁵ No que respeita à fixação de um grau de culpa de cada uma das eventuais pessoas afetadas, Catarina Serra considera ser esta uma medida “passível de apreciação positiva”. De facto, a doutrina portuguesa já tinha destacado a necessidade de se ter em conta o grau de culpabilidade dos sujeitos, adotando-o como critério para determinar, no caso concreto, a duração de alguns dos efeitos, nomeadamente o de inibição para a administração de patrimónios de terceiros, e inibição para o exercício do comércio. Esta apreciação positiva destaca-se também no âmbito da alínea e) do art.189.º, n.º 2. Basta associarmos a responsabilidade que agora recai sobre as pessoas afetadas à determinação do grau de culpa previsto na alínea a), para chegarmos à conclusão de que essa fixação graduará, consequentemente, a responsabilidade de cada sujeito afetado, facilitando também a igual repartição interna da responsabilidade, porque solidária, em caso de pluralidade de responsáveis. (art.497.º, n.º 2 CC) (SERRA (2021), 154). Atente-se, porém, que na eventualidade de existir apenas uma pessoa afetada pela qualificação, já não haverá necessidade de se proceder a uma tal fixação e conseqüente graduação de culpa (ainda que se continue a exigir a apreciação e o relevo da existência de dolo ou culpa grave).

- Inibição para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa (art.189.º, n.º2, al. c));
- Perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos (art.189.º, n.º2, al. d));
- Condenação das pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente **até** ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, **considerando** as forças dos respetivos patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária entre todos os afetados (art.189.º, n.º2, al. e))¹²⁶.

Como aqui veremos, a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, movida por intenções de clarificação processual, levou a cabo uma alteração da redação deste último efeito da qualificação da insolvência, mas que, infelizmente, não surtiu o grande efeito que se desejava.

Mas antes de procedermos à análise individual de cada um daqueles efeitos, deixamos apenas a nota de que estes produzirão, sempre, os seus efeitos, estejamos nós no âmbito do incidente de carácter pleno ou limitado, com exceção do efeito previsto na alínea d) do n.º 2 do art.189.º, que, nos termos do art.191.º, n.º 1, al. c), *a contrario*, não é aplicável no âmbito do incidente de carácter limitado¹²⁷.

1. A inibição para a administração de patrimónios de terceiros

O primeiro efeito, previsto naquela alínea b), começa por prever a perda da possibilidade de administração de bens de terceiros, uma vez qualificada a insolvência como culposa. A opção do legislador por consagrar este efeito como uma “inibição”, ao

¹²⁶ Negrito nosso, para efeitos de realce das alterações provocadas pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

¹²⁷ (ENGRÁCIA ANTUNES (2018), 81 (29))

invés de uma “inabilitação”, para além de fazer todo o sentido, foi bastante benéfica para o regime¹²⁸.

A lei estabelece ainda uma duração mínima e máxima para a produção dos efeitos desta inibição, que pode ir de 2 a 10 anos, e cuja determinação concreta fica a cargo do juiz, aquando da prolação da sentença¹²⁹. Por sua vez, o n.º 3 do art.189.º obriga ainda a que a presente inibição seja registada na conservatória do registo civil – ou comercial, no caso de alguma das pessoas afetadas se tratar de um comerciante em nome individual – por via de uma comunicação eletrónica ou telemática da secretaria do tribunal, que será sempre acompanhada do extrato da sentença¹³⁰.

Inicialmente, este efeito tem uma natureza mista: por um lado preventiva, na medida em que protege terceiros de atuações prejudiciais do sujeito afetado¹³¹, e por outro, sancionatória, se nos lembrarmos que estes efeitos só serão produzidos nos casos de dolo ou culpa grave do agente¹³².

Embora seja essa a vontade do legislador, o CIRE não determina o alcance deste efeito. No entanto, a Doutrina entende que este efeito é suscetível de incidir sobre todo ou apenas parte do património do terceiro, se concretiza independentemente do meio pelo qual o sujeito ficou incumbido da administração desse património: contratos¹³³ – como é o caso dos mandatos civil (arts.1157.º e ss. CC) ou comercial (arts.231.º e ss. CCom), com ou sem representação¹³⁴ -, imposição legal - como p.e. no caso de administração do

¹²⁸ A anterior redação desta alínea, vigente até à alteração introduzida no CIRE pela Lei n.º 16/2012 de 20 de abril, estabelecia uma “inabilitação das pessoas afetadas”, o que remetia para o regime da inabilitação, previsto nos antigos arts.152.º a 154.º do CC, vigentes até à publicação da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto. Tal redação levantou, na altura, várias questões relacionadas com a sua (in)constitucionalidade. A propósito, veja-se os Acs. do TC n.º 564/2007, de 13 de novembro, Proc. n.º 230/07, n.º 173/2009, de 2 de abril, Proc. n.º 777/08, n.º 578/2011, de 29 de novembro, Proc. n.º 615/11, e n.º 409/2011, de 14 de setembro, Proc. n.º 592/11. Três anos depois, a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril decidiu eliminar a opção por esse termo do nosso ordenamento jurídico, dando lugar a uma nova redação, cujo destaque é a substituição da palavra “inabilitação” por “inibição”. Como refere Maria do Rosário Epifânio, a opção pelo termo “inibição” foi positiva, e proporcionou uma rutura total com o regime anterior (EPIFÂNIO (2019), 158 (479)).

¹²⁹ O juiz, aquando da determinação da duração concreta, deve atender a alguns aspetos, tais como a existência de dolo ou culpa grave, se a atuação foi singular ou coletiva, quais as suas consequências e gravidade, se criou ou agravou a situação de insolvência, e a existência (ou não) de autonomia do comportamento (p.e. derivada da ocupação de certo cargo) (SOVERAL MARTINS (2021), 525).

¹³⁰ De acordo com o CGOA, todos os registos deveriam ser efetuados na Conservatória do Registo Comercial ((Cfr. Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII/1, pág. 8).

¹³¹ Numa perspetiva mais ampla, FRADA (2006), ponto 7, explica que “as consequências de índole não ressarcitória (...) não visam apenas a prevenção de condutas danosas futuras (...). Na verdade, ao predispor-se sanções civis de natureza pessoal, o estabelecimento dessas sanções pelo legislador visava sempre dissuadir os administradores de determinados comportamentos lesivos de terceiros”.

¹³² Com exclusão das hipóteses de culpa leve e levíssima (EPIFÂNIO (2019), 159).

¹³³ *Ibidem*, a propósito dos contratos em curso.

¹³⁴ (*Ibidem*, 158)

património dos filhos menores (arts.1878.º, n.º 1, e 1881.º CC)¹³⁵ - ou até nomeação judicial - como é o caso do cargo de tutor (art.1927.º e ss. CC) e administrador de bens (art.1922.º CC)¹³⁶.

No que respeita às sanções devidas pelo incumprimento deste efeito, o CIRE é, de igual modo, omissivo. Nestes termos, ficará a resposta dependente de cada caso concreto.

Na Doutrina, alguns autores acreditam ser este artigo infeliz na execução da sua função preventiva e pedagógica – funções clássicas de uma sanção¹³⁷ - consubstanciando uma medida inútil, porque desprovida de objeto¹³⁸. Sem falar do facto de que o efeito que se pretende alcançar já se encontra consagrado noutras disposições legislativas: no caso de o insolvente ser uma pessoa coletiva, o sujeito afetado é o seu administrador, e o problema encontra-se resolvido pela conjugação dos arts.81.º e 189.º, n.º 2, al. c); já no caso de se tratar de uma pessoa singular, a situação fica acautelada através dos arts.139.º, 156.º, 1933.º, n.º 2 (*a contrario*) e 1970.º, al. a) do CC.

2. A inibição para o exercício do comércio e para ocupação de cargos específicos

Prevista na alínea c) do n.º 2 do art.189º, a inibição para o exercício do comércio é consagrada como outro dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa, cuja moldura temporal é novamente estabelecida entre 2 e 10 anos¹³⁹⁻¹⁴⁰. Esta inibição acarreta consigo um outro efeito: uma proibição de ocupação de cargos que impliquem a titularidade de órgãos de sociedades comerciais¹⁴¹ ou civis, associações ou fundações privadas de atividades económicas, empresas públicas ou cooperativas. E, tal como já descrito anteriormente a propósito da alínea b), também este efeito se encontra sujeito a

¹³⁵ A propósito das responsabilidades parentais, veja-se VARELA e LIMA (2010), 329 e ss.

¹³⁶ (MENEZES LEITÃO (2021), 295)

¹³⁷ (COSTEIRA (2012), 171)

¹³⁸ (SERRA (2021), 156)

¹³⁹ Da leitura da lei não se depreende qualquer proibição de que a duração do efeito da alínea c) seja a mesma da estabelecida no âmbito da alínea b). O mesmo se pode dizer a propósito da aplicabilidade da moldura temporal - de 2 a 10 anos - à proibição de ocupação de cargos, prevista na mesma alínea c), que entende-se que deve ser aplicada por analogia (SOVERAL MARTINS (2021), 527), por não ter, claramente, um carácter *ad aeternum*.

¹⁴⁰ A propósito da determinação da duração concreta, *vide* nota 126.

¹⁴¹ A respeito, subscrevemos a posição de Maria do Rosário Epifânio, que entende que esta proibição não implica que o insolvente e os seus administradores não possam ser sócios de uma sociedade anónima, por quotas, ou em comandita (se comanditários), desde que não ocupem cargos de órgãos de administração e fiscalização; porém, tratando-se de sociedades em nome coletivo ou em comandita (em que aqueles sejam comanditados), a proibição possivelmente já terá aplicação, tendo em conta que nestes últimos dois casos, os sócios podem ter uma participação pessoal direta na exploração social (EPIFÂNIO (2019), 162 (493)).

registo officioso na conservatória do registo civil ou comercial, nos termos do art.189.º, n.º 3.

A *ratio* desta inibição assenta na necessidade de “defesa geral da credibilidade do comércio e dos cargos vedados”, que precisa de ser assegurada, de modo a manter a sua integridade, nomeadamente através da proibição de ocupação dos mesmos, por pessoas consideradas, legalmente, responsáveis por situações graves, como é uma situação de insolvência¹⁴².

Devido a este propósito, também a natureza desta inibição revela os seus objetivos de prevenção, relacionados, designadamente, com o interesse públicos que lhe subjaz, e de sanção, por representar uma punibilidade ao afetar a capacidade de exercício de direitos.

Este efeito, já conhecido em Portugal desde a vigência CPEREF, relembra o antigo art.148.º desse diploma, ainda que tenha sofrido uma grande alteração devido ao facto de ter sido introduzido no regime da qualificação da insolvência, verificando-se a (diga-se, desde já, necessária) exclusão da diferenciação que era feita entre pessoas coletivas e singulares¹⁴³.

Tendo em conta que estamos perante uma proibição legal de exercício do comércio, tenha-se em conta que “comércio” para efeitos desta inibição deve ser entendido como aquele que é exercido de forma profissional, com exclusão do ocasional (ou de prática isolada), e ainda que exercido direta ou indiretamente, em nome próprio ou alheio¹⁴⁴.

LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO faz, no âmbito deste efeito, uma distinção entre incapacidade (em sentido técnico) e incompatibilidade, sendo esta última a que, no seu entender, melhor traduz o efeito em análise, enquanto resultado do estado

¹⁴² (MENEZES LEITÃO (2021), 295)

¹⁴³ Na altura, o artigo tratava de fazer um paralelo com os casos de declaração de falência, entre pessoas singulares e sociedades ou pessoas coletivas. No primeiro caso, este efeito tinha-se como necessário e automático, assim que fosse declarada uma situação de falência – ainda que se verificassem algumas exceções, em que a inibição poderia ser levantada (cfr. art.238.º, n.º 1, al. d) do CPEREF), ou os afetados poderiam eventualmente ser autorizados a ocupar tais cargos vedados (cfr. art.148.º, n.º 3, do CPEREF). Contudo, já assim não era no segundo caso: em primeiro lugar, o efeito não poderia ser considerado necessário, porque dependente da contribuição dos respetivos gerentes, administradores e diretores para a situação de falência (*vide* art.148.º, n.º 2, e arts.126.º -A e 126.º -B do CPEREF); e em segundo lugar, também não poderia ser automático, na medida em que carecia de uma sentença judicial que determinasse a sua aplicação (SERRA (2021), 157). Atualmente, o CIRE acabou com esta distinção, tendo esta inibição passado a aplicar-se a todos os considerados responsáveis pela situação de insolvência, sem possibilidade de ser levantada antes do termo do prazo fixado na sentença - não obstante a doutrina entender ser necessário, no momento dessa fixação, que o juiz tenha em conta a gravidade do comportamento e a efetiva contribuição de cada sujeito para a situação de insolvência. (EPIFÂNIO (2019), 161).

¹⁴⁴ (EPIFÂNIO (2019), 161, SOVERAL MARTINS (2021), 526)

de insolvência culposa¹⁴⁵. Isto porque, para além do facto das incapacidades serem fruto de uma diminuição das capacidades naturais dos sujeitos afetados, a sua declaração também visa a proteção do próprio sujeito – o que, *in casu*, não se verifica, vista a necessidade de tutela dos interesses dos credores, própria do processo insolvencial¹⁴⁶.

Apesar de tudo, na opinião de CATARINA SERRA, “este é um regime mais eficiente, porque o efeito produz-se apenas quando se justifica - consegue-se a isenção automática dos sujeitos sem culpa - e mais justo, porque o efeito justifica-se sempre que existe culpa do sujeito”¹⁴⁷. Assim, finalmente podemos verificar uma ligação entre o regime do efeito e a função punitiva que a doutrina sempre lhe atribuiu.

No que respeita às consequências da violação desta inibição/proibição, mais uma vez o CIRE não nos fornece qualquer tipo de resposta, que deverá ser remetida, neste caso, para o direito comercial¹⁴⁸.

3. A perda de determinados créditos e obrigação de restituir determinados bens ou créditos

De seguida, a alínea d) do n.º 2 do art.189.º consagra um efeito nascido juntamente com o CIRE, e sem qualquer norma antecedente (sequer) parecida¹⁴⁹.

Vem, portanto, determinar que a sentença de qualificação deverá decretar ainda a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência (art.47.º) ou sobre a massa insolvente (art.51.º), detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação, e/ou a condenação do sujeito afetado na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento dos mesmos¹⁵⁰.

Diferentemente da natureza dos efeitos que analisámos até agora, para além de sancionatória, a natureza deste efeito tem também uma vertente reconstitutiva, devida na

¹⁴⁵ (MENEZES LEITÃO (2021), 295. No mesmo sentido, veja-se ABREU (2012), 136-137.

¹⁴⁶ O que faz relembrar a questão da antiga inabilitação (*vide* nota 125).

¹⁴⁷ (SERRA (2021), 158)

¹⁴⁸ Nomeadamente, para o âmbito da privação de aquisição da qualidade de comerciante, que faz com que o sujeito afetado fique sujeito às desvantagens que lhe são associadas (ASCENSÃO (1955), 649). No mesmo sentido, veja-se EPIFÂNIO (2019), 163.

¹⁴⁹ (SERRA (2012), 80)

¹⁵⁰ Este efeito é suscetível de afetar tanto obrigações ainda não cumpridas, como obrigações já extintas, porque cumpridas. “No primeiro caso, os direitos do devedor contra a massa extinguem-se simplesmente; no segundo caso, considera-se que o devedor recebeu uma prestação em virtude de uma causa que deixou de existir, extinguindo-se a posteriori o direito à prestação já recebida e ficando o devedor obrigado a restituir o que recebeu (há como que uma “restituição da prestação por posterior desaparecimento da causa”, como se prevê no art.473.º, n.º 2, do CC)” (*Idem* (2021), 159).

medida em que, uma vez determinada a perda daqueles créditos e reconstituídos aqueles bens, a massa será reforçada, quer seja através de montantes monetários ou bens móveis ou imóveis, beneficiando assim de substancialidades adicionais, relevantes para o posterior pagamento dos créditos reconhecidos¹⁵¹.

Com efeito, deverá o juiz, na sentença de qualificação, decretar a perda dos créditos ou causa, ou, se já estiverem pagos, decretar a obrigação de restituição dos bens ou direitos recebidos em virtude daqueles¹⁵².

Como explica LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, trata-se de uma situação de “confisco-sanção”, onde as pessoas afetadas pela qualificação veem os seus créditos “perdidos” devido à sua responsabilidade na criação ou agravamento da situação de insolvência¹⁵³. Perante esta situação, tais créditos serão consequentemente excluídos do pagamento que o administrador da insolvência deveria efetuar, nos termos e para os efeitos dos arts.172.º e ss.¹⁵⁴.

Já para Catarina Serra, estamos perante um dos instrumentos que melhor se coaduna com punição do sujeito afetado pela qualificação, por proporcionar um efeito razoável na esfera jurídica deste: uma vez culpado, o sujeito deve ver os seus direitos decaídos em benefício daqueles cujo comportamento prejudicou¹⁵⁵.

4. A obrigação de indemnizar os credores

O último efeito previsto para os casos de insolvência culposa sofreu, recentemente, uma alteração, levada a cabo pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro.

Este efeito, estabelece que os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência são condenados no pagamento de uma indemnização aos credores do devedor declarado

¹⁵¹ (BRANCO (2015), 37). Mas tenhamos atenção: “A perda dos créditos detidos pelo afetado sobre a insolvência ou sobre a massa não traduz um verdadeiro ressarcimento dos credores, antes menor oneração desse património, conferindo-lhe melhor margem para os satisfazer” (BRANCO (2015), 37 (69)).

¹⁵² Atente-se, porém, que este efeito só tem aplicabilidade no caso de incidente pleno de qualificação. Tendo em conta que o incidente limitado apenas tem lugar nos casos em que o processo é encerrado por insuficiência da massa, em conformidade com os arts.39.º, n.º 1, e 232.º, n.º 5, torna-se intuitivo que o efeito em causa não tenha aqui aplicação.

¹⁵³ Estes créditos podem ser sobre a insolvência (art.47.º) ou sobre a massa (art.51.º).

¹⁵⁴ (MENEZES LEITÃO (2021), 296). Isto facilita o papel do administrador da insolvência, na medida em que este não se vê obrigado a recorrer à resolução em benefício da massa (arts.120.º e ss.), sendo apenas necessário proceder à cobrança – direta - destes créditos (EPIFÂNIO (2019), 179-180).

¹⁵⁵ (SERRA (2021), 160)

insolvente¹⁵⁶, que pode ir até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, e sendo a responsabilidade solidária entre todos os afetados (art.189.º, n.º 2, al. e))¹⁵⁷;

A nova redação do artigo consagra, portanto, duas pequenas alterações. Em primeiro lugar, foi alterada a expressão “no montante dos créditos não satisfeitos” para “até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos”. Em segundo lugar, a expressão “até às forças dos respetivos patrimónios” deu lugar à nova formulação “considerando as forças dos respetivos patrimónios”¹⁵⁸.

A propósito da sua antiga redação, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO dizia ser duvidoso como se deveria entendê-la, por parecer cair numa redundância. Se relembrarmos o objeto de uma execução - todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, nos termos do art.817.º CC e 735.º, n.º 1, CPC, salvo as exceções previstas no art.818.º CC e 735.º, n.º 2, CPC – verificamos ser evidente que a indemnização a que respeita a alínea e) do n.º 2 do art.189.º está sempre limitada ao património dos respetivos sujeitos afetados pela qualificação da insolvência¹⁵⁹.

Ainda assim, apesar da ideia que transparece à primeira vista, o autor explica que a intenção do legislador, na antiga redação, parecia ir no sentido de querer afastar a possibilidade de os afetados pela qualificação se poderem “esquivar” ao pagamento de uma eventual indemnização, através de uma declaração de insolvência, devida pela impossibilidade de cumprimento integral da obrigação. Assim, ao prever o pagamento de uma indemnização “até à força dos respetivos patrimónios”, o legislador parecia querer evitar esta situação, reduzindo a mesma aos seus patrimónios existentes¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Fazendo uma distinção entre credores da insolvência (e, por isso, com créditos anteriores à sentença de declaração da insolvência) e credores da massa (e, por isso, com créditos posteriores àquela), Alexandre de Soveral Martins entende que só aqueles primeiros poderão beneficiar da obrigação de indemnizar da alínea e), devido a esse fundamento temporal (SOVERAL MARTINS (2021), 529). Em sentido contrário, Maria do Rosário Epifânio defende que todos os credores poderão beneficiar daquela, na medida da sua insatisfação, quer sejam titulares de créditos sobre a massa ou sobre a insolvência, e de acordo com as respetivas graduações – podendo estar em causa créditos garantidos, privilegiados, comuns ou subordinados (EPIFÂNIO (2019), 167 (508)).

¹⁵⁷ A título de exemplo, veja-se os casos dos Acs. do TRP de 23.03.2021, Proc. n.º 1879/20.5T8OAZ-B.P1, de 13.04.2021, Proc. n.º 252/20.0T8AMT-A.P1, e de 21.04.2022, Proc. n.º 3668/18.8T8STS-B.P1.

¹⁵⁸ Já em 2011 o CGOA tinha manifestado a necessidade de alteração desta expressão ao referir que “a expressão “até à força dos respetivos patrimónios” não é juridicamente rigorosa, nem se compreende com clareza o seu alcance, pelo que deverá ser substituída” (Cfr. Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII/1, pág. 8).

¹⁵⁹ (MENEZES LEITÃO (2021), 296, EPIFÂNIO (2019), 166)

¹⁶⁰ Esta explicação pressupõe, claramente, um entendimento, defendido por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, que vai no sentido de não se deverem ser admitidos novos processos de insolvência contra os afetados, pelo facto de não conseguirem cumprir a obrigação de indemnizar os credores (MENEZES LEITÃO (2021), 296-297).

Por sua vez, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS entende que, o que o legislador pretendeu foi “tornar claro que todos os bens do património de cada afetado respondem”¹⁶¹. E na mesma senda, JOSÉ MANUEL BRANCO refere que a expressão em causa se relaciona diretamente com o art.601.º do CC, limitando a responsabilidade do devedor apenas aos bens suscetíveis de penhora¹⁶².

Perante estas dúvidas que circulavam no seio da doutrina, a nova redação poderia ter tido um papel importante na clarificação da norma. Mas, apesar da boa intenção do legislador, não nos parece que a alteração tenha provocado o efeito apaziguador pretendido¹⁶³.

Quanto à primeira alteração, parece-nos que veio conceder aos tribunais a faculdade de fixarem um valor indemnizatório inferior ao montante dos créditos não satisfeitos, não havendo, agora, na lei, nada que pareça indicar que aqueles valores devem, necessariamente, ser os mesmos.

Já quanto à segunda alteração, não nos parece que tenha clarificado, de qualquer forma, a redação anterior. Nem sequer se percebe qual a razão da troca de expressões, de “até às forças” para “considerando as forças”, porque desprovida de qualquer utilidade.

Como evidencia MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, ainda continuam a existir dúvidas acerca deste efeito: será que o legislador pretendia esclarecer e/ou reforçar que apenas o património do devedor responde, confirmando ou replicando o disposto no art.601.º do CC? Ou será que pretendia afastar a responsabilidade dos sócios da sociedade afetada?¹⁶⁴

Adicionalmente, continuamos sem saber se os créditos em causa podem ser tanto sobre a insolvência como sobre a massa¹⁶⁵.

Perante o silêncio do legislador, questiona-se também se o pagamento deve ser feito diretamente aos credores, ou se, de forma indireta, por intermédio da massa insolvente¹⁶⁶.

¹⁶¹ (SOVERAL MARTINS (2021), 528)

¹⁶² (BRANCO (2016), 22-23))

¹⁶³ (EPIFÂNIO (2022), “As Medidas...”, 85)

¹⁶⁴ (*Ibidem*)

¹⁶⁵ A propósito, subscrevemos a opinião de EPIFÂNIO (2022), “A Responsabilidade...”, 68, que entende que o quantum indemnizatório corresponde aos créditos sobre a insolvência que se verifiquem na pendência do processo, e aos créditos sobre a massa que não foram satisfeitos durante o mesmo (para mais desenvolvimentos, *vide* págs.69 a 74). No mesmo sentido, veja-se DUARTE (2015), 172, BRANCO (2015), 38, BRANCO (2016), 23, MENEZES LEITÃO (2021), 296. Contrariamente, e considerando tratar-se de uma responsabilidade patrimonial, devida por dívidas e não pela existência de prejuízos, veja-se LEITÃO (2013), 270.

¹⁶⁶ De modo a salvaguardar o princípio de igualdade e da própria graduação de créditos, entendemos que, de facto, na pendência do processo de insolvência, o pagamento deva ser feito, previamente, à massa, e só depois ser utilizado para proceder ao pagamento, individual, de cada credor. Contudo, no caso de o processo

E, finalmente, também persistem dúvidas atinentes à problemática da exigência de um nexo causal entre o comportamento doloso do sujeito obrigado a indemnizar, e o respetivo montante do passivo a descoberto que ele deverá indemnizar, devidas pela ausência de um critério densificador desse *quantum*¹⁶⁷.

Esta situação, deve-se ao facto de o n.º 4 do art.189.º, na sequência do disposto na al. e) do n.º 2, atribuir ao juiz a faculdade de determinar os critérios de fixação do *quantum* indemnizatório, a efetuar em liquidação de sentença, quando tal não seja imediatamente possível aquando da sua prolação, nomeadamente pela falta de elementos que permitam calcular o “montante dos prejuízos sofridos” (o que parece sugerir a existência de uma correlação direta entre o valor indemnizável e os prejuízos sofridos¹⁶⁸), ao mesmo tempo em que a alínea e) obriga a que o tribunal fixe o montante indemnizatório no “montante dos créditos não satisfeitos”¹⁶⁹.

Deste modo, ainda que a disposição da alínea e) tenha ficado, globalmente, mais perceptível, continua, contudo, sem resolver as questões de fundo que elencámos, pelo que, numa futura alteração legislativa, sugere-se que a redação da alínea seja totalmente reformulada, de modo a concretizar o objetivo inicial da alteração levada a cabo pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro: a clarificação da norma. Talvez até fosse interessante a substituição daquela expressão, por uma que expressamente determinasse tratar-se de uma responsabilidade pessoal e solidária (obrigando a que os afetados sejam um espécie de “fiadores forçosos”¹⁷⁰).

A propósito da sua concretização e real alcance, CATARINA SERRA também critica alguns aspetos deste efeito. A propósito, é destacado quer o facto de frequentemente não existir forma de ressarcir os credores, em resultado de o próprio devedor insolvente ser,

já ter sido encerrado, já fará sentido que as quantias sejam pagas diretamente aos credores. Na doutrina, veja-se os argumentos elencados por EPIFÂNIO (2022), “Manual de...”, 174-175, SOVERAL MARTINS (2022), 588-589, e DUARTE (2015), 166, com o apoio de CARVALHO (2013), 887. Adicionalmente, na jurisprudência, veja-se também o Ac. do TRP de 27.01.2020, Proc. n.º 650/14.8TYVNG.1.P1, que entendeu que, uma vez encerrado o processo, os credores perdem a legitimidade para executar o património dos afetados.

¹⁶⁷ EPIFÂNIO (2022), “As Medidas...”, 85)

¹⁶⁸ No entanto, a jurisprudência dominante vai no sentido oposto, por entender que o n.º 4 deixa uma porta aberta, para que o juiz possa condenar o sujeito afetado a pagar um montante inferior ao que a al. e) possivelmente pretendia. A propósito, veja-se o Ac. do TRP de 12.07.2021, Proc. n.º 1388/19.5T8AMT-C.P2.

¹⁶⁹ A propósito, Adelaide Leitão explica que as expressões “montante de prejuízos sofridos” e “montante de créditos não satisfeitos” parecem ter alcances diferentes, tendo em conta que esta última parece deixar mais claro que apenas estarão em causa créditos reconhecidos ou reclamados. Até porque, se assim não fosse, estaríamos perante uma violação do princípio da igualdade de credores (LEITÃO (2013), 280-281). Deste modo, em caso de desarmonia entre ambas as normas, deve sempre dar-se prevalência à alínea e) (SERRA (2012), 82).

¹⁷⁰ (BRANCO (2015), 42-43)

muitas vezes, o único afetado pela qualificação da insolvência como culposa, assim como o facto de existir grande dificuldade nesse ressarcimento, ainda que existam mais pessoas afetadas pela qualificação- e consequentemente outros patrimónios -, em virtude de também não ser nenhuma novidade a adoção de um comportamento, por parte dos afetados, de dissipação do património¹⁷¹.

No entanto, há também que reconhecer as virtudes deste efeito.

Apesar de tudo, este parece ser o efeito mais adequado às finalidades do processo de insolvência, nomeadamente, à tutela dos credores. Para além disso, o princípio da economia processual é aqui, também, patente, na medida em que aqueles ficam dispensados de recorrer ao CSC para promover a responsabilização dos administradores - fazendo com que tudo se passe na sentença de qualificação da insolvência, ao invés de numa ação autónoma no âmbito do art.82.º, n.º 3, al. b).

Não se tratando de uma responsabilidade societária, civil, ou sequer penal, entendemos que esta obrigação faz com que o sujeito afetado incorra numa responsabilidade insolvencial¹⁷², cuja natureza se subdivide em três vertentes: uma vertente sancionatória dos comportamentos que contribuíram para a criação ou agravamento da insolvência, uma ressarcitória dos prejuízos causados aos credores¹⁷³, e uma preventiva deste tipo de atuações.

Para além da sua natureza tripartida, esta responsabilidade é também caracterizada pela sua subsidiariedade, solidariedade, e pela sua ilimitação¹⁷⁴.

É subsidiária na medida em que só existe direito a indemnização se os ativos forem insuficientes para a cobertura do passivo.

É solidária porque a lei assim o impõe (art.189.º, n.º 2, al. e), parte final), para a eventualidade de se verificar uma pluralidade de sujeitos afetados, sendo repartida entre todos, em função do seu grau de culpa.

E é ilimitada, por duas razões: pelo facto da obrigação de indemnizar abranger todos os créditos, independentemente de terem sido constituídos antes ou depois da

¹⁷¹ (SERRA (2021), 163)

¹⁷² As vantagens da previsão de uma responsabilidade insolvencial traduzem-se na facilidade da prova, quer na averiguação dos pressupostos da responsabilidade civil, quer em matéria de danos indemnizáveis (EPIFÂNIO (2019), 167).

¹⁷³ Na medida em que faz crescer à massa uma expectativa de ressarcimento à custa do património dos sujeitos afetados. Tal como interpreta José Manuel Branco, “em moldes próximos aos da reversão fiscal” (BRANCO (2015), 37).

¹⁷⁴ (EPIFÂNIO (2022), “A Responsabilidade...”, 65)

atuação¹⁷⁵, e pelo facto de a universalidade do património do devedor responder pelo passivo a descoberto.

V. Conclusões

Para finalizar a presente exposição, cumpre-nos ainda tecer alguns comentários sobre os principais temas que foram objeto da presente dissertação.

Primeiramente, a propósito das novidades introduzidas no âmbito da tramitação do incidente, a consagração expressa do carácter perentório do prazo veio apaziguar a doutrina e a jurisprudência, e finalmente preencher a lacuna que há muito era discutida. Mas, tendo em conta todas as condicionantes que podem surgir durante a tramitação de um incidente, andou igualmente bem, o legislador, ao “temperar” aquela rigidez, com a consagração de um prazo adicional, para aqueles casos em que sejam necessárias informações relevantes, e que, por motivos fortuitos, não podem ser obtidas durante aquele prazo. Ainda que estejamos no âmbito de um processo urgente, há que acautelar certos tipos de situações, com vista à melhor decisão possível quanto à qualificação da insolvência. Estando em causa efeitos gravosos para os afetados, revela-se imperativa a implementação de normas que atestem a segurança jurídica, evitando que decisões injustas ou precipitadas sejam tomadas – como foi o caso.

Já a propósito das novidades introduzidas nos pressupostos da qualificação da insolvência como culposa, para além do ajuste levado a cabo na redação da alínea i) do n.º 2 do art.186.º, também o esclarecimento consagrado no n.º 3 da mesma norma merece especial atenção. Entendemos que, por não se tratarem de situações que levam necessariamente à criação ou agravamento da situação de insolvência, de facto, não devem ser consideradas presunções de insolvência culposa. A serem, imporiam sobre os propostos afetados um ónus da prova demasiado oneroso, e que não se justifica, pela estrita razão que enunciámos. Com efeito, a consagração expressa do carácter único da presunção de insolvência culposa é, também, de se louvar.

¹⁷⁵ Sendo, portanto, indemnizáveis, (1) quer os créditos sobre a massa, quer os créditos sobre a insolvência que tenham sido reconhecidos na pendência do processo, (2) aqueles créditos que tenham sido constituídos ou vencidos antes da janela temporal dos 3 anos que precedeu o início do processo de insolvência (veja-se o Ac. do STJ de 27.10.2020, Proc. n.º 814/13.1TYVNG-A.P1.S1), e (3) ainda os créditos constituídos ou vencidos antes da entrada em vigor da Lei n.º 16/2020, de 20 de abril (no mesmo sentido, veja-se o Ac. do STJ de 13.07.2021, Proc. n.º 18591/16.2T8LSB-D.L1.S1, e em sentido contrário, o Ac. do TRE de 30.01.2020, Proc. n.º 445/14.9T8STR-H.E1).

O mesmo já não se poderá dizer a propósito da alteração levada a cabo no âmbito dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa. Apesar das virtudes do efeito que elencámos no ponto 4 do Capítulo IV, globalmente, a alteração da sua redação serviu apenas para “dificultar a vida” ao intérprete-julgador, devido à confusão que gera, e à quantidade de questões que deixa em aberto¹⁷⁶.

Assim, apesar de o regime ter ficado, por um lado, mais claro, ficou também mais confuso, por outro.

De qualquer modo, acreditamos que a evolução da sociedade e da legislação que a rege continuará a ter desenvolvimentos nesta matéria, que trarão respostas às questões que surgiram com a presente alteração legislativa que analisámos, assim como tantas outras que futuramente surgirão.

¹⁷⁶ SOVERAL MARTINS (2022), 585 e 586, enuncia uma série de questões que a redação deixou em aberto: “Se a condenação deve ter lugar «até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos», daí podem resultar condenações em valores diferentes para cada um dos afetados? E essas condenações em valores diferentes têm relevo externo (perante os credores com créditos não satisfeitos)? Ou os afetados são todos condenados no pagamento de uma única indemnização? E qual a importância dos patrimónios de cada obrigado solidário? A que consequências conduz a necessidade de se *considerarem as forças* de cada património? O facto de o património de cada obrigado não ter a mesma força do que dos que pertencem aos restantes obrigados leva a um nivelamento por baixo quanto a todos os obrigados? Será possível que um dos afetados seja condenado a pagar 1000 porque o seu património era muito «forte» e outro dos afetados seja condenado a pagar 200 porque é titular de um património mais «fraco»? Se o primeiro não paga, como responde o segundo, responsável solidário?”.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Curso de Direito Comercial”, Volume I, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

ANTUNES, Henrique Sousa, “Natureza e funções da responsabilidade civil por insolvência culposa”, *V Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2019, págs.135 a 168.

ANTUNES, José Engrácia, “As pessoas coletivas na insolvência culposa”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº 30”, Porto, 2018, págs.69 a 97.

ANTUNES, José Engrácia, “Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária)”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócios do Falido”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, Lisboa, 1995.

BRANCO, José Manuel, “Novas questões na qualificação da insolvência”, formato vídeo, *Seminário sobre a Insolvência*, CEJ, Lisboa, 2012.

Disponível em: <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1e0e4ovk11/desktop.mp4?locale=pt>

BRANCO, José Manuel, “Qualificação da insolvência - evolução da figura”, *Revista de Direito da Insolvência*, nº 0, Almedina, Coimbra, 2016.

BRANCO, José Manuel, “Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa - da falência punitiva à insolvência reconstitutiva”, Almedina, Coimbra, 2015.

CARVALHO, Liliana Maria Pinto, “Responsabilidade dos administradores perante os credores resultante da qualificação da insolvência como culposa”, *Revista de Direito das Sociedades*, V, Lisboa, 2013, págs. 875 a 890.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, “Direito das Obrigações”, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1994.

COSTEIRA, Maria José, “A insolvência de pessoas coletivas. Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, *Revista Julgar*, nº 18, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

DUARTE, Rui Pinto, “Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE”, *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “A Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Comerciais Afetados pela Qualificação da Insolvência”, *Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça – Comércio, Sociedades e Insolvências*, 2ª edição, CEJ, Lisboa, 2022, págs. 63 a 79.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual”, Conferência: *O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho*, Lisboa, 2022, págs. 80 a 88.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “Manual de Direito da Insolvência”, 7ª edição (2019); 8ª edição, Almedina, Coimbra (2022).

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, “O incidente de qualificação da insolvência”, formato vídeo, *Insolvência e consequências da sua declaração*, CEJ, Lisboa, 2013.

Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=4>

FERNANDES, Luís A. Carvalho, “A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor”, *Revista Themis*, Edição Especial, Novo Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2005.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, e **LABAREDA**, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, 3ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2015.

FRADA, Manuel A. Carneiro, “A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Volume II, Lisboa, 2006.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-responsabilidade-dos-administradores-na-insolvencia/>

FREITAS, José Lebre de, “Introdução ao Direito Processual Civil”, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

FREITAS, José Lebre de, e **ALEXANDRE**, Isabel, “Código de Processo Civil Anotado - Volume 1.º”, 4ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2021.

LEITÃO, Adelaide, “Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei 16/2012”, *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, págs. 269 a 283.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Direito da Insolvência”, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

MARTINS, Alexandre de Soveral, “Um Curso de Direito da Insolvência”, Volume I, 3ª edição revista e atualizada (2021); 4ª edição, Almedina, Coimbra (2022).

MARTINS, Luís, “Processo de Insolvência – Anotado e Comentado”, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, *Revista Julgar*, n.º 11, Coimbra, 2010, págs. 199 a 249.

Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 39/XII/1, emitido a 07.12.2011.

Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36647>

PRATA, Ana, **CARVALHO**, Jorge Morais, **SIMÕES**, Rui, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado”, Almedina, Coimbra, 2013.

RAMOS, Maria Elisabete, “Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume 83, 2007, págs. 449 a 489.

RAMOS, Maria Elisabete, “Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português”, *Prima Facie - Revista de Pós Graduação em Ciências Jurídicas*, n.º 7, 2005, págs. 5 a 32.

RODRIGUES, Fernando Pereira, “Noções Fundamentais de Processo Civil”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

SERRA, Catarina, “Lições de Direito da Insolvência”, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

SERRA, Catarina, “O Regime Português da Insolvência”, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

VARELA, Antunes, LIMA, Pires de, “Código Civil Anotado”, Volume V, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça

Ac. do STJ de 03.03.1991, Proc. n.º 002663

Ac. do STJ de 27.10.2020, Proc. n.º 814/13.1TYVNG-A.P1.S1

Ac. do STJ de 13.07.2021, Proc. n.º 18591/16.2T8LSB-D.L1.S1

Tribunal Constitucional

Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 564/2007, de 13 de novembro, Proc. n.º 230/07

Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 173/2009, de 2 de abril, Proc. n.º 777/08

Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 578/2011, de 29 de novembro, Proc. n.º 615/11

Ac. do Tribunal Constitucional, n.º 409/2011, de 14 de setembro, Proc. n.º 592/11

Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. do TRC de 22.05.2012, Proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1

Ac. do TRC de 05.12.2012, Proc. n.º 1567/10.0TBVIS-C.C1

Ac. do TRC de 05.02.2013, Proc. n.º 380/09.2TBAVR-B.C1

Ac. do TRC de 10.07.2013, Proc. n.º 555/09.4TBPBL-A.C1

Ac. do TRC de 14.01.2014, Proc. n.º 785/11.9TBLRA-A.C1

Ac. do TRC de 21.01.2014, Proc. n.º 174/12.8TJCBR-C1

Tribunal da Relação de Évora

Ac. do TRE de 30.10.2008, Proc. n.º 2323/08-2

Ac. do TRE de 05.07.2012, Proc. n.º 1488/10.7TBSLV-E.E1

Ac. do TRE de 08.05.2014, Proc. n.º 915/11.0TBENT-I.E1

Ac. do TRE de 30.01.2020, Proc. n.º 445/14.9T8STR-H.E1

Ac. do TRE de 28.04.2022, Proc. n.º 814/19.8T8OLH-C.E1

Tribunal da Relação de Guimarães

Ac. do TRG de 24.07.2012, Proc. n.º 299/10.4TBPTL-A.G1.

Ac. do TRG de 05.02.2013, Proc. n.º 7476/10.6TBBERG-E.G1.

Ac. do TRG de 01.10.2013, Proc. n.º 2127/12.7TBGMR-D.G1

Ac. do TRG de 20.02.2014, Proc. n.º 5100/10.6TBBERG.G1

Ac. do TRG de 05.06.2014, Proc. n.º 1243/12.80TBGMR-D.G1

Ac. do TRG de 09.07.2020, Proc. n.º 2622/19.7T8VNF-B.G1

Ac. do TRG de 12.05.2022, Proc. n.º 4208/19.7T8STB-C.E1

Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. do TRL de 14.12.2010, Proc. n.º 46/07.8TBSVC-O.L1-7

Ac. do TRL de 08.11.2011, Proc. n.º 465/10.2TBLNH-C.L1-7

Ac. do TRL de 26.04.2012, Proc. n.º 2160/10.3TJLSB-B.L1-2

Ac. do TRL de 12.03.2013, Proc. n.º 1043/11.4TBVFX-A.L1-7

Ac. do TRL de 18.04.2013, Proc. n.º 1027/10.0TYLSB-A.L1-2

Ac. do TRL de 15.10.2019, Proc. n.º 6313/17.5T8SNT-C.L1

Tribunal da Relação do Porto

Ac. do TRP de 25.10.2007, Proc. n.º 0733856

Ac. do TRP de 02.07.2009, Proc. n.º 95/06.3TYVNG-E.P1

Ac. do TRP de 10.02.2011, Proc. n.º 1283/07.0TJPRT-AG.P1

Ac. do TRP de 06.12.2011, Proc. n.º 1556/09.8TBAMT-W.P1

Ac. do TRP de 04.06.2012, Proc. n.º 3063/10.7TBVFR-B.P1

Ac. do TRP de 05.06.2012, Proc. n.º 363/10.0TYVNG-A.P1

Ac. do TRP de 18.12.2013, Proc. n.º 41/10.0TYVNG-D.P1

Ac. do TRP de 27.02.2014, Proc. n.º 1595/10.6TBAMT-A.P2

Ac. do TRP de 21.02.2019, Proc. 1733/15.2T8STS-B.P1

Ac. do TRP de 27.01.2020, Proc. n.º 650/14.8TYVNG.1.P1

Ac. do TRP de 22.03.2021, Proc. n.º 338/13.7TYVNG-A.P1

Ac. do TRP de 23.03.2021, Proc. n.º 1879/20.5T8OAZ-B.P1

Ac. do TRP de 13.04.2021, Proc. n.º 252/20.0T8AMT-A.P1

Ac. do TRP de 12.07.2021, Proc. n.º 1388/19.5T8AMT-C.P2

Ac. do TRP de 06.09.2021, Proc. n.º 908/12.0TYVNG-A.P1

Ac. do TRP de 07.03.2022, Proc. n.º 2381/19.3T8VNG-B.P1

Ac. do TRP de 21.03.2022, Proc. n.º 195/21.0T8AMT-A.P1

Ac. do TRP de 21.04.2022, Proc. n.º 3668/18.8T8STS-B.P1