

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Filipa Alexandra Ferreira Antunes

A CULPA NA INSOLVÊNCIA CULPOSA

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada
pelo Professor Doutor Alexandre Miguel Cardoso Soveral Martins e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2020

Filipa Alexandra Ferreira Antunes

A CULPA NA INSOLVÊNCIA CULPOSA

The Guilt in Insolvency Guilty

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,
sob orientação do Exmo. Sr. Professor Doutor Alexandre
Miguel Cardoso Soveral Martins



Coimbra, 2020

“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.”

Fernando Pessoa
(Odes Ricardo Reis)

Agradecimentos

Aos meus pais por todo o amor incondicional e apoio ao longo deste percurso.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins, pela total disponibilidade, auxílio e recomendações.

À Camara Municipal da Pampilhosa da Serra por me permitir conciliar o percurso académico e a vida profissional.

A todos, eternamente grata!

Resumo

O presente estudo versa sobre o incidente de qualificação da insolvência, consagrado nos artigos 185.º a 191.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), mormente do instituto jurídico da insolvência culposa e dos meandros da culpa na qualificação da situação de insolvência.

A insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, sendo que a insolvência culposa implica consequências gravosas para os administradores. Impondo-se, por essa razão, o escrutínio da interferência da culpa na qualificação da insolvência como culposa, detalhadamente nas presunções elencadas no n.º 2 e n.º 3 do artigo 186.º do CIRE e, posteriormente, se essa culpa influencia na determinação em concreto dos efeitos sobre os sujeitos afetados por aquela qualificação, nos termos do artigo 189.º do CIRE.

Palavras-chave: Incidente de Qualificação, Insolvência, Culpa, Efeitos, Responsabilidade Civil;

Abstract

The present study deals with the incident of qualification of insolvency, enshrined in articles 185 to 191 of the Code of Insolvency and Business Recovery (CIRE), especially the legal institution of culpable insolvency and the intricacies of guilt in qualifying the situation of insolvency.

Insolvency is classified as culpable or accidental, and culpable insolvency has serious consequences for the administrators. For this reason, it is necessary to scrutinize the interference of fault in the classification of insolvency as culpable, in detail in the assumptions listed in numbers 2 and 3 of article 186 of CIRE and, subsequently, if this fault influences the specific determination of the effects on the subjects affected by that qualification, under the terms of article 189 of CIRE.

Keywords: Qualification Incident, Insolvency, Guilt, Effects, Civil Liability;

Lista de Abreviaturas e Siglas

Ac. Acórdão

AI Administrador de insolvência

Al.(s) Alínea(s)

Art.(s) Artigo(s)

BJR Business Judgment Rule.

CFR Conferir

CIRE Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

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

CSC Código das Sociedades Comerciais

Coord. Coordenação

DL Decreto-Lei

Ed. Edição

IDET Instituto de Direito das Empresa e do Trabalho

LC Ley Concursal

N.º Número

Ob. Cit. Obra Citada

Proc. Processo

P. Página

ROC Revisor Oficial de Contas

SS Seguintes

TOC Técnico Oficial de Contas

TR Tribunal da Relação

V. Vide

Vol. Volume

Índice

Agradecimentos	3
Resumo	4
Abstract	5
Lista de Abreviaturas e Siglas	6
Índice	7
Introdução	9
Capítulo I - O incidente de qualificação da insolvência	11
1. Considerações Gerais Introdutórias	11
1.1 Antecedentes históricos da qualificação de insolvência	12
1.3 Direito Comparado	14
2. Enquadramento da Insolvência Culposa	18
Capítulo III – A Insolvência Culposa	21
1. Âmbito objetivo da insolvência culposa	21
1.1 A cláusula geral de insolvência culposa – artigo 186.º, nº1 do CIRE	21
1.2 As presunções de insolvência culposa – o artigo 186.º, nº 2 e nº 3 do CIRE	26
1.3 As presunções do nº 2 do artigo 186.º do CIRE	27
1.4 As presunções do nº 3 do artigo 186.º do CIRE	33
Capítulo IV – O âmbito subjetivo da insolvência culposa: Os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa	36
Capítulo V - O âmbito substantivo da insolvência culposa	41
1. Os efeitos da declaração da insolvência como culposa	41
1.1 As inibições	43
1.2 A perda de créditos	45
1.3 A obrigação de indemnizar	46

2. A responsabilidade do administrador, de direito ou de facto, afetado pela qualificação da insolvência como culposa e o artigo 78º do CSC	51
Capítulo VI - Tramitação Processual	54
1. O incidente pleno de qualificação da insolvência	55
2. O incidente limitado de qualificação da insolvência	58
Conclusões	59
Jurisprudência	68

Introdução

A situação epidemiológica, provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e pela doença COVID-19, que vivenciamos irá conduzir a uma crise colossal e sem precedentes, com consequências devastadoras para a vida económica e, naturalmente, como em qualquer crise, conduzirá a numerosas falências fortuitas e culposas, elevando a pertinência e atualidade do instituto da qualificação da insolvência.

A qualificação da insolvência consubstancia-se num incidente que corre por apenso ao processo de insolvência, destinado a averiguar os motivos geradores da impossibilidade de cumprir das obrigações vencidas, podendo essa impossibilidade decorrer de eventos fortuitos ou, contrariamente, de atuações culposas, com intuídos fraudulentos do devedor e, por tanto, de eventos culposos. Incluindo, ainda, na hipótese de ocorrência de eventos culposos, o apuramento das pessoas afetadas pela natureza culposa da insolvência e quais as consequências de tal declaração.

A complexidade do instituto objeto da presente obra tem, ao longo da sua vigência, sido alvo de duras críticas, gerando volumosas controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência, tornando, essas dificuldades de aplicação na prática, premente o estudo do regime jurídico da qualificação da insolvência.

Desse modo, sensível a tais dificuldades, mormente da inércia do sistema em escrutinar a culpabilidade dos agentes na criação ou agravamento das situações de insolvência, considerando a importância crucial deste instituto, nomeadamente “*em evitar a ocorrência de insolvências fraudulentas e culposas*”¹, dedicamos-lhe a presente exposição, apontando-lhe as devidas críticas e não descurando as possíveis soluções a abarcar.

É sob este pano que oferecemos uma visão preliminar a respeito do incidente da qualificação da insolvência, bem como, em relação à sua inspiração no homólogo regime “*de la calificación del concurso*”.

Posteriormente, dedicamo-nos ao escrutínio do âmbito objetivo da insolvência culposa, os pressupostos da noção geral, a natureza das suas presunções, com o fito

¹ Ver ponto 40 do Preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18/03.

esmiuçar a interferência da culpa do devedor no desencadeamento da declaração da insolvência como culposa.

Seguidamente, afluamos o âmbito subjetivo da insolvência culposa, bem como, o âmbito substantivo, cuidando a questão dos sujeitos afetados pela qualificação de insolvência culposa e os efeitos provindos dessa qualificação.

Por fim, apreciamos de forma tépida a tramitação processual do incidente de qualificação da insolvência.

É, concretamente, sobre análise do critério da graduação da culpa na qualificação da insolvência como culposa que nos debruçamos, apreciando a influência dos comportamentos fraudulentos nos tramites do incidente de qualificação de insolvência.

Capítulo I - O incidente de qualificação da insolvência

1. Considerações Gerais Introdutórias

O regime da insolvência é regulado pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas², aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março³, definindo a insolvência como um estado, uma situação em que o devedor se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (art. 3.º, n.º 1 do CIRE) ou quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo (art. 3.º, n.º 2 do CIRE).

O processo de insolvência, atendendo ao disposto no n.º 1 do art. 1º do CIRE, caracteriza-se por ser “um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.”

Por outras palavras, as finalidades⁴ do processo de insolvência são a recuperação da empresa e a satisfação dos credores, esta última norteia todo aquele processo. O CIRE coerente com essas finalidades edificou o regime dos incidentes⁵ de qualificação da insolvência, nos arts. 185.º a 191.º, do Título VIII, destinado a qualificar⁶ a insolvência como culposa ou como fortuita.

Esta panóplia legal, resultou da evolução dos regimes até então instituídos⁷, assentes numa secular tradição de severamente sancionar a falência associada à fraude e

² Doravante designado abreviadamente por CIRE e a que respeitam as normas citadas ao longo da presente dissertação, salvo indicação em contrário.

³ Sucessivamente alterado, a mais recente levada a efeito pelo DL n.º 84/2019, de 28/06, erigindo a 14.ª versão do CIRE.

⁴ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, p. 36 e ss.

⁵ Questão incidental ou incidente é a questão que surge no decurso do processo, distinta da questão principal que dele era o objeto, mas com ela relacionada.

⁶ Como explana MARTINS, Alexandre de Soveral, ob. Cit., p. 136, a qualificação da insolvência ocorre no processo de insolvência, no incidente ou nos termos do artigo 233.º, n.º 6 do CIRE, tratando-se de um “*modo de ser*” da insolvência, de uma característica e não de um mero efeito da declaração de insolvência.

⁷ O CPEREF, na versão introduzida DL 315/98, de 20/10, já previa, nos art. 126º-A a C e no art. 148.º mecanismos de responsabilização solidária e ilimitada dos gerentes, administradores ou outras pessoas, que tenham contribuído, de modo significativo, para a situação de insolvência.

da inspiração do legislador português no regime espanhol homólogo - *de la calificación del concurso* - regulado no Título VI da Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio⁸.

1.1 Antecedentes históricos da qualificação de insolvência

As soluções legislativas no âmbito do direito da insolvência têm como antecedente o primitivo direito romano, que punia as situações de incumprimentos das obrigações em moldes bárbaros regulados na “Lei das XII Tábuas”⁹. Era, pois, o devedor que respondia pessoal e fisicamente pelas dívidas contraídas, a punição concretizava-se: na prisão, venda como escravo, esartejamento e demais condenações corporais¹⁰.

Com o avanço da civilização substituiu-se gradualmente a execução do devedor, pela execução dos seus bens/património.

A reviravolta ocorre realmente na Idade Média com o desenvolvimento das cidades comerciais (Florença, Veneza, Milão, Verona), com o auge do exercício profissional do comércio, que ergueu a falência como um novo instituto *tipicamente comercial*, semelhante ao que hoje vigora.¹¹

Com o funcionamento dos mercados surgem, acompanhar, as dificuldades financeiras, verificando-se, aliada ao fomento das relações comerciais os movimentos legislativos, que cuidaram dos interesses do comércio e dos credores colocados em causa com as fugas dos comerciantes.

Por essa razão, a legislação determinou que a fuga dos comerciantes representava uma presunção *iuris et iure* de quebra (falência) e uma vez verificada era qualificada automaticamente como crime falencial, continuando a ser gravemente sancionada (com penas duras, tais como o banimento da comunidade, a proibição do exercício do comércio

⁸ O Preâmbulo do CIRE, no ponto 40, assume a “inspiração, quanto a certos aspetos, na recente Ley Concursal espanhola”.

⁹ Desde os primórdios do direito falimentar português que a situação de falência do devedor é avaliada, de forma a compreender se resulta de uma causa fortuita, ou, se, pelo contrário, aquela ressalta de uma atuação culposa ou fraudulenta.

¹⁰ A execução patrimonial do devedor não era permitida na época. MACEDO, Pedro de Sousa, *Manual de direito das falências*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1964.

¹¹ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, ob. Cit. 23 elucida que é no Direito Intermédio, especialmente nas cidades italianas, que reside a origem do conceito falência.

e de cargos públicos. Acrescentando-se a punição dos cúmplices que encobrissem o devedor.¹²

Na época sustentou Benevenuto Stracca que “a situação de falência pressupunha a cessação do pagamento aos credores pelo devedor”, correspondendo a falência a um *iusproprium*. Em sentido inverso, a doutrina de Baldus enquadra a situação de falência como uma presunção de fraude.

Ao mesmo tempo, criaram-se progressivamente mecanismos que evitassem a destruição do valor patrimonial do devedor, mediante um processo célere de apreensão dos bens do devedor, deixando aquele de os administrar, notificando-se os credores para reclamar os seus créditos, possibilitando a verificação dos créditos dos credores e admitindo-se a celebração de concordata que era aprovada pela maioria dos credores, salvaguardando-se a igualdade entre eles.¹³

Este novo regime italiano da falência, em virtude da ascensão das potências marítimas e da internacionalização do comércio, expandiu-se um pouco por toda a Europa¹⁴, harmonizando-se a legislação falimentar na generalidade dos ordenamentos ocidentais.

Em contrapartida, no que diz respeito à história do direito falimentar português as Ordenações não lhe conferiram grande destaque, apenas nas Ordenações Filipinas apareceram algumas regras, prevalecendo a sanção penal para a fraude e exculpação da falência fortuita¹⁵, ou seja, a falência não fraudulenta era já admitida.¹⁶

Só com o Código Comercial de 1833, de Ferreira Borges, se verificou uma verdadeira regulamentação da falência, iniciando-se a qualificação da quebra (situação qualitativa do mercador incapaz de solver os seus pagamentos) que poderia ser causal, culposa ou fraudulenta, nos termos do nº 114. Posteriormente, o direito falimentar foi reforçado, nomeadamente no Código Comercial de 1888 de Veiga Beirão, mas mantendo-

¹² José Manuel, Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da Falência Punitiva à Insolvência Reconstitutiva), Coimbra, Almedina, 2015, p 19.

¹³ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso (...)*, Ob. Cit., p. 18;

¹⁴ LEITÃO, Luís Menezes, Direito da Insolvência, 8ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 27.

¹⁵ BRANCO, José Manuel, Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (...), ob. Cit. p 20.

¹⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa "In Agendo"*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p.209;

se a qualificação da falência como causal, culposa ou fraudulenta (art.735º), e assim continuou no Código da Falência de 1899 (art.141), no Código Processo Comercial de 1905 (art 320º), no Código da Falência de 1935 (art 194º), no Código de Processo Civil (art. 1300º) e no CPC DE 1961 (art. 1274º)¹⁷.

Em súmula, algumas características do atual incidente da qualificação da insolvência floriram já no primitivo direito da insolvência erguido na Idade Média, comportando, por isso, uma origem histórico-cultural.¹⁸

1.3 Direito Comparado

O instituto jurídico da qualificação da insolvência, além de ser um aperfeiçoamento da responsabilidade falimentar até então instituída no ordenamento jurídico português¹⁹, tem, ainda, na sua génese o regime “*hermano*” de la calificación del concurso, consagrado na *Ley Concursal*²⁰, nomeadamente nos artigos 163.º a 175.º daquela²¹, cujo objeto consubstancia num regime de responsabilização dos administradores em caso de *concurso declarado culpable*, tutelando os danos que podem ser causado por atos ou omissões dos administradores da sociedade ou terceiros²².

A *Ley Concursal* sofreu uma profunda revisão em 2020, passando o regime de la calificación del concurso a integrar o Título X e a constar dos art. 441º a 464º da LC²³.

¹⁷ Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso (...)*, Ob. Cit., 2016, p. 31.

¹⁸ Para mais desenvolvimentos históricos sobre o direito falimentar, pode ver-se, MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso (...)*, Ob. Cit., 2016, p. 18, “no que diz respeito à história do direito falimentar português, esta pode ser subdivida em grandes ciclos”; e LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 8ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 47 e ss; BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (...)*, ob. Cit, p.17; SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 19 e ss; LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito da Insolvência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 63 e ss; e CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in *O Direito*, Ano 137, nº3, 2005, Almedina, Coimbra, p. 465 a 506;

¹⁹ Como concluído supra, o legislador antes do CIRE não era alheio às situações de falência fraudulentas, dolosas ou culposas.

²⁰ A LC de 22/2003, de 9 de julho, esta entrou em vigência quase em simultâneo com o CIRE.

²¹ A LC tem sofrido várias alterações legislativas aos longo dos tempos, a mais recente operou em maio de 2020, com a aprovação do Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de maio, que aprova o texto revisto da LC.

²² RODRÍGUEZ, Carlos López, *Calificación de la insolvencia en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones españolas y uruguayas*, in *Revista de Direito da Insolvência* nº4 (direção Maria do Rosário Epifânio e José Branco), Almedina, Coimbra, 2020, p. 77.

Tal como dispõe o CIRE, no art. 185º, também, na LC o “concurso” será qualificado como fortuito ou culposo (cfr. art. 441º LC), qualificação que não é vinculativa para decisões de causas penais (cfr. 462º da LC), tal como em Portugal.

A LC apresenta a definição geral no art. 442.º, “*el concurso se calificará como culpable*” quando a situação de insolvência surgir ou agravar em resultado da atuação com dolo ou culpa grave “*del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones*”, equiparando-se ao art. 186º, nº1 do CIRE.

Curiosamente, tal como o art. 186º, nº 2, a LC no art. 443º prevê um conjunto de casos, que a verificarem-se conduzem à qualificação da insolvência como culposa, ajustando, tal como no regime português, um conjunto de presunções *iuris et de iure*. Porém, os diversos números do art. 443º não correspondem na íntegra às alíneas do nº 2 do art. 186º do CIRE, o regime espanhol pressupõe a existência do nexo de causalidade entre as situações tipificadas e o despoletar da situação de insolvência²⁴, o que nem sempre ocorre no regime português como veremos.

Por seu turno, o artigo seguinte – cfr. 444.º LC - agrega as presunções *iuris tantum*, tal *copy paste* do nº 3 do art. 186.º do CIRE.

Ora, numa primeira abordagem, o regime português e o espanhol assentam na mesma técnica legislativa²⁵. No entanto, aos mesmos podem ser apontadas algumas dissemelhanças²⁶.

Desde logo, quanto às pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa, o regime homólogo abarcou, desde sempre, um espetro alargado de sujeito²⁷,

²⁴ ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, Comentario de la Ley Concursal, Tomo II, Thomson Civitas, 2008, p. 2526.

²⁵ SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in Cadernos de Direito Privado, nº 21, janeiro/março de 2008, p. 62.

²⁶ Seria de esperar, com a reforma erigida pelo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que as diferenças entre os dois regimes aumentassem, o que não ocorreu, porquanto, o regime *de la calificación del concurso* não sofreu alterações significativas com a reforma ocorrida.

²⁷ Em Espanha quanto aos sujeitos afetados pela qualificação da insolvência: MARTÍNEZ, Antonio García, *Artículo 169*, in Pedro Prendes Carril, Tratado práctico concursal, Tomo IV, p. 176.

integrando, nesse âmbito título a figura dos “cómplices”, delineando como possíveis afetados pela qualificação aqueles que, intencionalmente ou por negligência grosseira, cooperaram com o devedor na prática de qualquer ato que tenha fundamentado a qualificação do concurso como culpado²⁸. Os “cómplices” não figuram no CIRE, porém com a Lei 16/2012, o legislador aproximou-se, inserindo os TOC e ROC como possíveis afetados pela qualificação da insolvência como culposa e com a inclusão do caráter meramente exemplificativo da al. a) do n° 2 do art. 189°.

Mais ainda, na tocante dos efeitos qualificação da insolvência, o art. 455° da LC exige uma fundamentação da causa ou causas que originaram a qualificação da insolvência, bem como a indicação das pessoas afetadas pela qualificação da insolvência e justificação cabal dessa condição, pois, só com a imputação dos factos a essas pessoas e a fixação do respetivo grau de culpa é que se determina medida da responsabilidade²⁹.

Ademais, ainda, ao nível dos efeitos, embora em ambos os regimes imponham efeitos gravosos para os sujeitos afetados por essa qualificação, o regime *de la calificación del concurso* anota distintos efeitos, tais como: a indemnização pelos danos causados (cfr. 455.°, 5° LC) e a restituição dos bens do devedor obtidos indevidamente (cfr. 455.°, 2 LC).

No que concerne à condenação do passivo a descoberto (*déficit concursal*)³⁰ o incidente nacional prevê-o de forma semelhante, na al. e) do n.° 2 do art. 186.° impondo a indemnização dos credores do devedor declarado insolvente no montante de créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal

²⁸ A figura dos “cómplices” definida no art 445 ° da LC ressalta do ordenamento penal, mas diversa no seu conteúdo, permite a inserção no incidente de sujeitos que, em princípio, a este não seriam avocados. Cfr. HERNANDO, Javier MENDÍVIL, *Calificación del Concurso y Coexistencia de las Responsabilidades Concursal y Societária*. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Editorial Bosch, Barcelona, 2013, p. 59.

²⁹ YAGUEZ, Ricardo de Ángel, *Artículo 164*, in Pedro Prendes Carril, Tratado práctico concursal, Tomo IV, p.63.

³⁰ No direito homologado em semelhança com o incidente prevê-se que “en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit” – cfr. art. 456 LC, definindo o déficit “cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores”. Apontamos como positiva a definição de déficit, comparativamente com o regime Português, pois este não esclarece o sentido de “*montante dos créditos não satisfeitos*”, nem dispõe de um critério de determinação do mesmo.

responsabilidade entre todos os afetados, efeito não incluído na versão primária do incidente de qualificação da insolvência.

Já no efeito tendente à inibição das pessoas afetadas para administrar patrimónios de terceiros encontra-se plasmado no CIRE, mas a LC, vai mais além, estabelecendo os critérios a que o juiz deve obedecer na determinação da duração da inibição (gravidade dos factos, o dano causado à massa insolvente), não previstos no art. 189.º.

Afirmamos, por fim, que o regime espanhol tem anotações distintas do nacional, com algumas características positivas e a seguir pelo legislador português. Além disso, censuramos a reforma efetuada pelo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, ao nível do incidente *de la calificación del concurso*, porquanto parcamente o reestruturou, limitando-se a proceder a alterações sistemáticas no mesmo, com a modificação da sua numeração e localização, correspondendo o corpo da lei quase na íntegra ao anterior articulado.

Em resenha, os restantes ordenamentos jurídicos não influenciaram o instituto da qualificação da insolvência, uma vez que a responsabilização tende a operar-se no âmbito do direito societário³¹”, sendo a “responsabilidade insolvencial” paradigmática nos ordenamentos jurídicos luso-hispânicos.

Por sinal, o modelo espanhol, para além de Portugal, foi adaptado na República Oriental do Uruguai, através da Ley N° 18.387/2008, 23 de octubre (*Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial*)³².

Dessa forma, os regimes de responsabilização dos administradores pela insolvência culposa são muito semelhantes nas legislações portuguesa, espanhola e uruguaia.

³¹ BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa* (...), ob. Cit., p. 28.

³² RODRÍGUEZ, Carlos López, *Calificación de la insolvencia* (...), ob. Cit. p.77.

2. Enquadramento da Insolvência Culposa

O incidente de qualificação da insolvência visa, assim, evitar “*que a coberto do expediente técnico da personalidade jurídica coletiva, os administradores das empresas, de direito e de facto, pratiquem incolumemente os mais variados atos prejudiciais para os credores*”³³, instituindo uma forma de responsabilização dos sujeitos que tenham criado ou contribuído para o agravamento da situação de insolvência, em resultado de uma atuação dolosa ou com culpa grave.

Indo além das linhas mestras do processo de insolvência, o incidente em apreço, visa não só repreender a conduta do responsável pela insolvência, nem tão só proteger os direitos dos credores, como, também, atuar numa vertente preventiva, moralizando o sistema³⁴, tutelando a economia, o tráfego comercial e económico (e naturalmente o interesse público)³⁵.

Com ressalta do artigo 185.º do CIRE, a insolvência pode ser qualificada como culposa ou como fortuita, todavia essa qualificação não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem na decisão das ações que possam ser propostas pelo Administrador de Insolvência, previstas no art. 82, n.º 3 do CIRE³⁶.

Somente, no âmbito deste incidente é que a insolvência pode ser declarada culposa e será culposa, nos termos do n.º 1 do art.º 186.º do CIRE, toda a situação de insolvência que tenha sido criada ou agravada em consequência de atuação, dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores, de direito ou facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

³³ Cfr. Preâmbulo do CIRE, ponto 40.

³⁴ SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019, p. 156.

³⁵ O incidente traduz-se essencialmente em “consequências jurídicas de natureza bifronte: por um lado, medidas de natureza preventiva ou cautelar, destinadas a proteger essencialmente os interesses gerais da segurança do tráfico jurídico e económico; por outro lado, medidas de natureza repressiva ou sancionatória, 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”. Cfr. ANTUNES, José Engrácia, *As pessoas coletivas na Insolvência Culposa*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 30, 2018, p. 171.

³⁶ Inclusive José Branco detalha: “O regime tem por objeto uma responsabilidade específica e autónoma, paralela a duas outras formas de responsabilização genérica, uma na ordem judiciária penal e outra na pendência de ação cível. A autonomização dessa responsabilidade insolvencial é afirmada logo na primeira norma (art. 185º)”, em BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial (...)*, ob. Cit. p. 34.

Por outro lado, será fortuita residualmente³⁷ toda a insolvência que não for qualificada como culposa, que pode ser assim declarada em sede deste incidente ou no momento do encerramento do processo de insolvência, quando o anterior não ocorrer.

A insolvência fortuita decorrerá, portanto, de um evento fortuito ou de força maior, ficando o devedor impossibilitado de solver os seus compromissos por causa independente à sua vontade³⁸, ou às situações de insolvência resultantes de condutas com culpa diminuta ou levíssima³⁹, ou, ainda, sempre que o incidente de qualificação não seja aberto.

Dispondo o juiz de elementos suficientes que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, apresenta os fundamentos em que se baseia e declara aberto o incidente⁴⁰. Este pode declará-lo aberto na sentença⁴¹ que declara a insolvência (cfr. art. 36.º, al. i) do CIRE) ou, posteriormente, a requerimento do administrador de insolvência ou de qualquer interessado (cfr. art. 188.º do CIRE), correndo por apenso ao processo de insolvência.

Esmiuçando-se as circunstâncias, carreadas ao processo insolvência, que estiveram no deflagrar da situação de insolvência e concluindo-se que a mesma não resultou de um evento fortuito, mas sim, de uma atuação dolosa ou culpa grave, desencadeiam-se um conjunto de efeitos jurídicos sobre os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência

³⁷ Neste sentido, OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in “*O Direito*”, Ano 142º, 2010, p. 202; FERNANDES, Luís Carvalho, *A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor*, Colectânea de Estudos sobre a Insolvência, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 254; e FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Ed., Lisboa, Quid Juris, 2015, p. 678.

³⁸ A situação de Emergência de Saúde Pública provocada pelo COVID-19 é um exemplo cabal de um evento fortuito gerador de situações de insolvências.

³⁹ A exclusão das condutas que manifestem culpa leve ou levíssima justifica-se com a ideia de que o exercício de uma atividade diligente não assegura o seu êxito económico, visto que a assunção de riscos é um elemento intrínseco das decisões empresariais. V. RAMOS, Maria Elisabete, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, in *Revista Prima@Facie*, nº7, 2005, pp5-33;

⁴⁰ Haverá lugar à abertura deste incidente quando no processo de insolvência existam indícios que a insolvência foi criada de forma culposa e, uma vez, aberto o incidente terá caráter de urgência à semelhança do processo de insolvência, nos termos do art 9.º, nº 1 do CIRE.

⁴¹ A este propósito Maria Costeiro alude que abertura do incidente logo na sentença que declara a insolvência é um fator perturbador do processo que corria, até então, com celeridade e simplicidade. Cfr. COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas. Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*, in “*Julgar*”, nº18 (Setembro-Dezembro), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 169.

como culposa, estes feitos correspondem a uma forma de responsabilização autónoma e específica do direito da insolvência, o incidente de qualificação da insolvência⁴².

Por conseguinte, este incidente é uma figura *suis generis*, aplicando, demonstrada a culpa, na sentença de qualificação da insolvência como culposa, determinadas sanções civis aos sujeitos que tenham praticado determinadas condutas merecedoras de censura ou reprovação do direito e são, por isso, afetados por aquela qualificação.

Findando, podemos citar José Manuel Branco, que de forma exímia asseverou que o instituto «*agrega o complexo de normas legais, simultaneamente adjetivas e substantivas que, visando objetivos punitivos, ressarcitórios e cautelares, institui uma nova forma de responsabilização apenas passível de ser exercida em contexto de insolvência e que colhe a essência da responsabilização aquiliana, mas com restrições e contornos que são peculiares, sobretudo no plano das sanções*»⁴³.

⁴² CORDEIRO, António Menezes, *Litigância (...)*, ob. Cit. p.229.

⁴³ BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, ob. Cit., p. 45.

Capítulo III – A Insolvência Culposa

1. Âmbito objetivo da insolvência culposa

1.1 A cláusula geral de insolvência culposa – artigo 186.º, nº1 do CIRE

O artigo 186º, nº1 molda a insolvência culposa⁴⁴ numa *cláusula geral*, enunciando-a como toda a situação de insolvência que “*tiver sido 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*”⁴⁵.

Neste termos, a qualificação da insolvência como culposa resulta da verificação, cumulativa de quatro requisitos^{46 47}: i) a atuação (ação ou omissão) do devedor ou dos seus administradores de direito ou de facto; ii) a existência de culpa qualificada (dolo ou culpa grave) na atuação do sujeito ; iii) o nexo de causalidade entre a atuação e a criação ou agravamento da situação de insolvência; iv) e, por fim, que a atuação tenha ocorrido dentro dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.⁴⁸

i) Em primeiro lugar, a insolvência culposa reclama, portanto, uma conduta ilícita e culposa do devedor ou dos seus administradores na criação ou agravamento do estado de insolvência, podendo os factos cometidos refletir um comportamento positivo ou negativo (a ação ou omissão⁴⁹).

⁴⁴ “O objeto da qualificação da insolvência culposa é a responsabilização das pessoas que podendo e devendo atuar de forma proba na administração do devedor, acabam por praticar actos que estão na origem, comprovada ou presumivelmente, da insolvência do devedor e dos prejuízos que isso acarreta para os credores e para a economia em geral.” - determinou o Ac. TRP 21/02/2019, proc. nº 1733/15.2T8STS-B.P1, rel. por. Aristides Almeida

⁴⁵O art. 186º consagra o dever dos administradores não criarem ou agravarem a situação de insolvência. Assim: MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 300

⁴⁶ Catarina Serra acrescenta como requisito de insolvência culposa a qualidade do sujeito que praticou o ato, terá o mesmo de corresponder ao devedor ou administradores de direito ou de facto. Em SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator?*, *Ob. Cit.*, p. 63.

⁴⁷ A *priori* pressupõe-se, como requisito de procedência do incidente, a declaração da situação de insolvência, por sentença transida em julgado.

⁴⁸ Neste sentido: MENEZES, Luís Leitão, *Lições de Direito da Insolvência*, *Ob. Cit.*, p. 283-284, MARTINS, Alexandre Solveral, *Um Curso (...)*, *Ob. Cit.*, p. 373 e MAGALHÃES, Carina “*Incidente de Qualificação da Insolvência. Uma visão geral*”, in “Estudos de Direito da Insolvência”, 2015, p. 116.

⁴⁹ São exemplos de factos cometidos por omissão os constantes das presunções do art. 186º, nº 2, al. h) e i) incumprimento em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, dos seus deveres

ii) Em segundo lugar, pressupõe-se a existência de culpa qualificada, ou seja, dolo ou culpa grave naquele comportamento⁵⁰, um grau particularmente aumentado ou intensificado, portanto, uma violação qualificada dos deveres.

Todavia, o CIRE não densificação os conceitos de dolo e culpa grave para efeitos da sua aplicação, por isso, tais conceitos devem ser entendidos nos termos gerais do Direito.

O Tribunal da Relação de Coimbra asseverou que a “*culpa do devedor ou dos seus administradores decorre de um juízo de censurabilidade, em cuja formulação devem ser consideradas as condições que justificam que lhes seja dirigida essa censura. A censurabilidade da conduta é uma apreciação de desvalor que resulta do reconhecimento de que o devedor, ou os seus administradores, nas circunstâncias concretas em que atuaram, podiam ter conformado a sua conduta de molde a evitar a queda do primeiro na situação de insolvência ou agravamento do estado correspondente. A censurabilidade do comportamento do devedor ou dos seus administradores é um juízo feito pelo tribunal sobre a atitude ou motivação de um e de outros, segundo o que pode ser deduzido dos factos provados.*”⁵¹

Como mencionado, os conceitos de dolo e culpa grave devem ser entendidos nos termos gerais do Direito. O dolo corresponde a uma das modalidades mais grave de culpa, composto por um elemento intelectual (o conhecimento e consciência de que o facto é ilícito e que a sua prática é censurável) e por um elemento volitivo ou emocional (a vontade do agente na realização do facto)⁵² e pode revestir as modalidades de dolo direto, necessário e eventual⁵³.

de apresentação e de colaboração e de requer a declaração de insolvência. Neste sentido, ver OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores, entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, 1ª ed., Coimbra Editora, Setembro de 2015, p. 196.

⁵⁰ A situação de insolvência pode ter sido criada sem que existisse culpa, mas pode ter havido culpa no agravamento da situação de insolvência. Em ambos os casos, a insolvência será qualificada como culposa. Assim, refere, Martins, Alexandra Soveral, *Um curso(...)*, Ob. Cit., p. 404.

⁵¹ Ac. do TR. de Coimbra de 07/02/2012, proc. n.º 2273/10.1TBLRA-B.C1, rel. por Henrique Antunes.

⁵² ANTUNES VARELA, João, “*Das obrigações em Geral*”, Vol. I, Almedina, Coimbra, 10.ª ed., 2000, pp.571 e 572.

⁵³ *In casu*, será, por um lado, dolo direto quando a intenção, do facto realizado pelo administrador, é a insolvência, por outro lado, será dolo necessário será quando o administrador prevê a situação de insolvência, mesmo não a desejando diretamente como consequência segura da sua atuação; e, por último,

Por outro lado, a culpa lata, grave ou grosseira assenta na omissão de deveres de cuidado que só uma pessoa especialmente negligente, imprudente e descuidada deixaria de respeitar⁵⁴, o autor prevê como possível o resultando, mas por desleixo ou incúria não crê na sua verificação e não toma as providências necessárias para o evitar (culpa consciente), ou, por inaptidão ou imperícia não chega sequer a conceber a possibilidade do facto se verificar (culpa inconsciente), em ambos, “*podia e devia ter agido de outro modo*”⁵⁵.

Acresce que, na responsabilidade civil, se prevê, ainda, a culpa em abstrato aferida pelo *bónus pater familiar* (modelo de homem médio)⁵⁶.

Porém, na qualificação da insolvência como culposa não é bem assim, visto que, neste âmbito a culpa leve e levíssima foi excluída⁵⁷, acreditamos, que o legislador, com esta exclusão, pretendeu simplesmente sancionar as decisões irracionais dos administradores⁵⁸, (considerando que atua com culpa grave o administrador que adote decisões empresariais irracionais), ideia que vai ao encontro da teoria norte-americana *Business Judgment Rule*⁵⁹.

A BJR surge com o intuito de proteger os administradores que, no exercício das suas funções de administração ou gestão, tomem decisões arriscadas com o objetivo de retirar benefícios para a sociedade, estando, por isso, sujeitos ao risco empresarial, que é um elemento intrínseco às decisões empresariais. Contudo, quando sindicadas essas decisões, poderá concluir-se que as mesmas conduziram à situação de insolvência, mas não deve, só por isso, o administrador ser responsabilizado, sem antes se atender a juízos

será eventual quando o administrador prevê a insolvência da sociedade como um efeito apenas possível ou eventual da sua conduta. A este propósito RAMOS, Maria Elisabete, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, Ob. Cit., p. 23.

⁵⁴ “*Consiste em não observar os cuidados que todos em princípio adotariam*”, cfr. ANTUNES VARELA, João, “Das obrigações em Geral”, Ob. Cit., p.579.

⁵⁵ Idem p.555

⁵⁶ Idem p. 574

⁵⁷ Desse modo, a insolvência fortuita abarca as falências resultantes de eventos fortuitos e as resultem de comportamentos que manifestem culpa leve ou levíssima. Neste sentido, RAMOS, Maria Elisabete, Ob. Cit., p. 25.

⁵⁸ A culpa grave corresponde em não fazer o que a generalidade das pessoas faz, no caso em não observar os deveres a que estão sujeitos os administradores. Nas palavras de Alexandre Soveral Martins “a culpa grave envolve a negligência grosseira, só cometida por um homem excepcionalmente descuidado”, em MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso(...)*, Ob. Cit., p. 405.

⁵⁹ Com mais detalhe ver: FRADA, Manuel António Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 67, Vol. I, Janeiro 2007;

de razoabilidade e substância do mérito das decisões. Porquanto, não fará sentido que decisões racionais gerem mecanismos de responsabilização, pois, caso assim fosse, não haveria predisposição para assunção de cargos de administração.⁶⁰

No ordenamento jurídico português a BJR foi acolhida no art. 72º, nº 2 do CSC que excluí a responsabilidade para com a sociedade do administrador ou do gerente que provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Em suma, na apreciação da culpa grave, se o administrador provar que atuou informado, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade, será a insolvência qualificada com fortuita. Caso contrário, não fazendo prova, a decisão será irracional, violadora de deveres de cuidado e, por isso, culposa.

Ressalta, exatamente, do regime que os comportamentos geradores de uma situação de insolvência culposa serão desconformes com os deveres de cuidado e de lealdade⁶¹, que lhe são impostos aos administradores pelo art. 64º, nº 1 do Código das Sociedades Comerciais⁶² e que descrevem a atuação a que está vinculado. O art. 186º, nº 2 corrobora, inclusive, esta tese, porquanto as als. a) a g), identificam casos de comportamentos violadores do dever de lealdade⁶³, diversamente, nas als. h) e i) e, ainda, no nº 3, daquele normativo, que prevê comportamentos violadores de deveres de cuidados.

⁶⁰ Defendendo-se que os administradores não devem ser responsabilizados por «*honest mistakes*». Chamando a atenção para isso, o RAMOS, Maria Elisabete, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, Ob. Cit., p. 26; e COSTA, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, p.188 e ss.

⁶¹ A afirmação da existência da ilicitude pressupõe uma necessária conclusão que com o comportamento do agente violou um dever, revelando-se-lhe exigível a adoção de outro comportamento. Afirma Fernando Pessoa Jorge que “A ilicitude envolve sempre “um juízo de reprovação: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que se deveria ter feito” em JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 68.

⁶² OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *Responsabilidade Civil dos Administradores (...)*, Ob. Cit., p. 626.

⁶³ “O dolo é a modalidade de culpa paradigmaticamente presente na violação dos deveres de lealdade”. Cfr. FRADA, Manuel António Carneiro da, A responsabilidade dos Administradores na Insolvência, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, Setembro 2006, pp 695.

Concreta e especificamente, conflituando o comportamento com os deveres de cuidado, a conduta será negligente e haverá culpa grave pela sua adoção, violando os deveres de lealdade a atuação será mais grave ainda e, por isso, dolosa⁶⁴.

iii) Em terceiro lugar, terá de existir uma relação causal⁶⁵ entre a atuação e a criação ou agravamento da situação de insolvência, de acordo com a doutrina da causalidade adequada⁶⁶, sendo, assim, necessário que o comportamento seja adequado a produzir ou agravar o estado de insolvência⁶⁷. O sentido da conexão causal entre a atuação ilícita dos administradores e a “criação” ou “agravamento” da insolvência verifica-se, desde que a atuação ilícita dos administradores contribua para a situação de insolvência.

Distinguindo-se da culpabilidade do agente, a causalidade prende-se com a imputação, a conexão entre a conduta e o dano, marcando as consequências que podem ser ligadas à atuação do lesante, o comportamento culposo terá de refletir no dano (insolvência).

iv) Em quarto lugar e último, o comportamento culposo tem de ocorrer dentro de um certo lapso de tempo, ou seja, dentro dos três anos⁶⁸ anteriores ao processo de insolvência, período de tempo que engloba os casos em que o devedor está em situação económica difícil ou em insolvência iminente⁶⁹, momentos em que os administradores devem atuar de modo a evitar uma situação de insolvência atual ou, caso não seja possível, de forma a garantir que o montante a pagar aos credores não é destruído⁷⁰.

⁶⁴ *Idem* p. 696

⁶⁵ O critério da conexão causal corresponderá ao anterior critério da contribuição significativa, presente no art. 126ºA nº1 do CPEREF, pois existe a conexão causal quando atuação dos administradores da sociedade contribua significativamente diminuição do património desta, contribuindo para a impossibilidade de cumprir as suas obrigações vencidas. Com esta nota concorda OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores (...)*, Ob. Cit., p. 199.

⁶⁶ Sobre a teoria da causalidade: ver mais aprofundadamente ANTUNES VARELA, João, “Das obrigações em Geral”, Ob. Cit., p. 887; BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do Nexo de Causalidade ou Nexo de Imputação, Vol. I e II*, Principia, 2013; e em *Responsabilidade Civil Extracontratual*, Principia, 2014.

⁶⁷ Ver por exemplo Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 12.10.2010, proc. nº 243/09.1TJPRT-G.P1, rel. por Cecília Agante e Ac. TR de Guimarães de 11/10/2018, proc. nº 616/16.3T8VNF-D.G1, rel. por Ana Cristina Duarte: o nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência, consistente na contribuição desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência.

⁶⁸ O limite temporal de apreciação de condutas no regime espanhol é mais curto “*dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso*”. – cfr. art. 442º da LC.

⁶⁹ A situação de insolvência iminente ocorre quando a insolvência é mais provável do que a hipótese de a evitar. Neste sentido: MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso (...)*, ob. Cit., p. 56.

⁷⁰ O prazo justifica-se pela necessidade dos administradores adotarem comportamentos adequados à realidade da sociedade antes de se verificar a perda grave do capital social. Sobre o prazo do art. 186º/1 ver: MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos*

Neste sentido, um comportamento que preencha os requisitos *supra* não irá qualificar a insolvência como culposa se não tiver ocorrido nos três anos anteriores ao processo de insolvência.⁷¹

Em síntese, o objeto da qualificação é constituído pelo comportamento empresarial do devedor, dos administradores ou gerentes, de direito ou de facto, passível de provocar ou agravar a insolvência da empresa.

Contudo, reconhecendo o legislador a dificuldade de indagação do carácter doloso ou gravemente negligente da conduta do devedor, ou dos seus administradores, e da relação de causalidade entre essa conduta e a insolvência ou do seu agravamento, consagrou o legislador um “duplo sistema de presunções legais”, nas quais “*opera a distribuição do ónus da prova da culpa*”⁷², numa tentativa, diremos vã, de facilitar a qualificação de insolvência como culposa.

1.2 As presunções de insolvência culposa – o artigo 186.º, nº 2 e nº 3 do CIRE

A cláusula geral de insolvência culposa deverá ser interpretada em conciliação com as cláusulas particulares estabelecidas no n.º 2 e no n.º 3⁷³ do artigo 186º, uma vez que o legislador português densificou⁷⁴ aquela noção através de um “duplo sistema de presunções”⁷⁵ (inilidíveis e ilidíveis), que facilitam a qualificação como culposa da insolvência do devedor.

Administradores, Almedina, Coimbra, 2020, p. 300; e COSTA, Ricardo, *Insolvência provável e deveres dos administradores de sociedades na reestruturação empresarial: art. 18º da Proposta de Diretiva*, in Alexandre Soveral Martins (coord.), *As PME o (novo) direito da insolvência*, Instituto Jurídico/FDUC, Coimbra, 2018, p.79-104;

⁷¹ Houve esforço do legislador para uma maior penalização da insolvência culposa com o alargamento do limite temporal relevante, comparativamente ao CPEREF. A propósito deste período de tempo: MAGALHÃES, Carina “*Incidente de Qualificação da Insolvência. Uma visão geral*”, in “*Estudos de Direito da Insolvência*”, 2015, p. 120.

⁷² Ac. d Tribunal da Relação de Coimbra de 07/12/2012, proc. n.º 2273/10.1TBLRA-B.C1, rel. por: Henriques Antunes.

⁷³ As presunções constantes no n.º 2 e 3 aplicam-se quando o devedor não seja pessoa singular, embora o n.º 4 disponha que aqueles normativos se aplicam “*com as necessárias adaptações à atuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade das situações*”.

⁷⁴ SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa*, *Ob. Cit.*, p. 68-69.

⁷⁵ Expõe sobre um “*doble sistema de presunciones de carácter legal a propósito do art. 164.º da Ley Concursal*”, YAGUEZ, Ricardo de Ángel, *Artículo 164.*, in Pedro Prendes Carril, *Tratado práctico concursal*, Tomo IV, 2009, p.66.

O sistema de presunções⁷⁶ identifica um conjunto de comportamentos que não devem ser cometidos, os quais verificados constituem violações aos deveres legais gerais e específicos e desencadeiam a responsabilizando, perante a sociedade e os credores desta, dos administradores e de terceiros⁷⁷, devendo, portanto, fazer-nos refletir.

1.3 As presunções do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE

O n.º 2 do art. 186.º dispõe que será sempre⁷⁸ culposa a insolvência quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, incorrido nalgum dos factos descritos nas suas alíneas, estamos aqui, pois, perante a estipulação de presunção *iuris et de iure*, ou seja, cada um dos factos elencados preenchem o conceito de insolvência culposa de forma inilidível.

Destarte, provada qualquer das situações elencadas nas diversas alíneas do n.º 2, leva de forma automática à atribuição de carácter culposo à insolvência, sem necessidade de demonstrar a culpa e onexo causal⁷⁹, conjeturando um elenco de presunções inilidíveis da qualificação culposa da situação de insolvência⁸⁰.

Concreta e especificamente, nos casos elencados nas als. a) a g) do n.º 2⁸¹ a insolvência será culposa por violação de deveres de lealdade/fidelidade, por outro lado,

⁷⁶ Considerando-as como normas de proteção dos credores: ABREU, Coutinho de, *Direito das Sociedades e direito da insolvência, interações*, in Catarina Serra, IV Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2017, p.186.

⁷⁷ As presunções previstas nos n.º2 e 3 não abrangem a culpa dos afetados pela qualificação da insolvência da insolvência como culposa. As presunções apenas dizem respeito à culpa relevante e nexo causal (n.º2) ou à existência de culpa grave (n.º3). Assim remata: MARTINS, Alexandre de Soveral, *in Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p.326.

⁷⁸ Do advérbio “sempre” culposa extrai-se a intenção de estabelecer uma presunção inilidível, de acordo com o previsto no art. 350.º, n.º 2 CC. A este propósito veja-se Ac. do TR do Porto de 08/09/2020, proc. n.º 3000/17.8T8STS-E.P1, rel. por: Manuel Domingos Fernandes.

⁷⁹ As presunções do n.º2 são presunções de culpa e do nexo causal em relação à insolvência. MENEZES, Luís Leitão, *Direito da Insolvência, ob. Cit. p. 284* e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 315.

⁸⁰ Será, contudo, sempre necessário preenchimento do limite temporal de 3 anos. Segundo FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, *in Código da Insolvência (...)*, Ob. Cit., p. 681.

⁸¹ Contraponto Maria Epifânio agrupa as presunções do n.º 2 em três grupos, tais como: “1) os atos que afetam, no todo ou em parte considerável, o património do devedor; 2) os atos que prejudicam a situação patrimonial e, em simultâneo, acarretam benefícios para o administrador que os pratica ou para terceiros; 3) atos omissivos do cumprimento de certas obrigações legais”. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 152.

nas hipóteses previstas nas als. h) e i) pressupõe-se a culpa pela situação de insolvência por violação de deveres de cuidado⁸².

Ora, neste enquadramento, a violação de deveres de lealdade corresponde à verificação de comportamentos que atentam contra a existência da sociedade ou que correspondem à delapidação do seu património⁸³, uma vez que são arrolados no normativo os seguintes factos:

- “- a) Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;
- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;
- e) Exercido, a coberto da personalidade coletiva da empresa, se for o caso, uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;
- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto;

⁸² O Ac. do Tribunal Constitucional n.º 570/2008 (DR, 2ª série de 14 de Janeiro de 2009) entendeu, aliás, que as hipóteses enumeradas no n.º 2 “*são tão flagrantemente reprováveis e aptas para causar a situação de insolvência que a indiscutibilidade do inerente juízo de culpa se revela adequada aos fins em vista com a qualificação da falência*”. No entanto, atualmente, vários tem sido as decisões no sentido de que de que “*O conjunto de presunções, pela não homogeneidade dos comportamentos aí descritos, nos deve fazer refletir e concluir que não estão sempre em causa e enunciados, em todas as alíneas do n.º 2 e 3 do art. 186.º comportamentos, direta e imediatamente, ligados à criação ou agravamento da situação de insolvência*”, vejamos, por exemplo, Ac. do T.R. de Coimbra de 10/12/2019, prolatado no proc. n.º 5888/17.3T8VIS-D.C1, rel. por Arlindo Oliveira.

⁸³ Catarina Serra denomina as al. a) a g) do n.º 2 de grupo principal, por considerar que estas correspondem a situações a que mais frequentemente se deve a insolvência, pois a prática de atos de dissipação correspondem àquilo que, no contexto da insolvência, se podem considerar infrações ao dever geral de fidelidade (ou lealdade) do administradores, formalmente consagrados no art. 64.º, n.º 1, al. b) do CSC. Cfr. SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator*, *Ob. Cit.*, p. 68 e 69.

- g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência”⁸⁴

Analisando os atos em questão, constatamos a existência de um “*denominador comum de delapidação do devedor*”, sendo evidente que os mesmos diminuem os recursos, gerando a impossibilidade de cumprimento e/ou ativos manifestamente inferiores ao passivo (cfr. art. 3.º, n.º 1 e 2), existindo um nexo lógico entre os respetivos atos e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.⁸⁵

Somos da opinião, então, que nas als. a) a g) do n.º 2 o legislador mais não fez do que mandar presumir a causalidade entre aqueles comportamentos e a insolvência.⁸⁶

Por seu turno, as als. h) e i) do n.º 2 evidenciam uma divisão na natureza das presunções, corporizando comportamentos omissivos, o incumprimento de certas obrigações legais, que impossibilitem uma cabal avaliação da situação patrimonial da sociedade⁸⁷.

Nos termos das als. h) e i) será sempre considerada culposa a insolvência quando os sujeitos hajam: i) incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidades com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor; ou, ii) incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.”⁸⁸

⁸⁴ É perceptível que o n.º 2 do art. 186º é muito semelhante aos factos elencados no n.º 2 do art. 126º A do CPEREF, mas no anterior regime as presunções eram ilidíveis.

⁸⁵ “*Nestas alíneas estão em causa comportamentos dos administradores do insolvente que, afetando a situação patrimonial deste, implicam concomitantemente benefício para o próprio administrador que os adota ou para terceiros*”. – Neste sentido ver os Ac. TR. de Guimarães de 1/6/2017, proc. n.º 1046/16.2T8GMR-B.G1, relatado por Des. Damião e Cunha e Ac. do TR. do Porto de 20/03/2018, proc. n.º 9721/15.2T8VNF-E.P1, relatado por Vieira e Cunha.

⁸⁶ Neste sentido determinou o Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 10.12.2019, proc. n.º 5888/17.3T8VIS-D.C1, rel. por Armindo Oliveira.

⁸⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima, A responsabilidade dos gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência da sociedade comercial, in O Direito, ano 142, n.º1, Almedina, Coimbra, 2010, p. 87 e 88.

⁸⁸ Incumprimento de deveres gerais dos insolventes (cfr. art. 83.º do CIRE).

Destas condutas omissivas é indagável que não comportam uma diminuição do património do devedor, mas permitem supor que os sujeitos que assim incorreram possam ter praticado atos que contribuíram para a insolvência e querendo, dessa forma, ocultá-los⁸⁹.

Por não aparentarem contribuir, ainda para mais de forma inilidível, para a diminuição do património de uma sociedade os atos omissivos previstos nas als. h) e i) levantam muitas dúvidas, desde logo, se serão aptos a criar ou agravar a situação de insolvência⁹⁰, isto porque não demonstram, à partida, preencher os requisitos da cláusula geral de insolvência culposa (nomeadamente o nexo de causalidade).

Primeiramente, importa esclarecer que o incumprimento da al. h) é encarado com gravidade pela lei, porquanto pressupõe um comportamento censurável e reprovável, bastando lembrar que a contabilidade permite aos *membros dos órgãos sociais, credores e Estado* avaliar e conhecer concretamente a situação patrimonial de uma empresa⁹¹, através da prestação de contas⁹².

No que concerne à al. i) Soveral Martins é perentório ao afirmar que é difícil considerar o incumprimento dos deveres de colaboração ou apresentação como *presunção inilidível de insolvência culposa*.⁹³ Embora, admita que a sua previsão faça um certo sentido, “pois, se na pendência de um processo o devedor se dá ao luxo de incumprir reiteradamente os deveres de colaboração ou apresentação, isso é revelador de um alheamento significativo, de tal forma que se pode presumir que terá tido comportamentos

⁸⁹ “A não organização ou desorganização da contabilidade, a falsificação dos respetivos documentos, a falta sistemática de comparência e de apresentação, aos órgãos processuais, dos elementos exigidos, o incumprimento do dever de apresentação à insolvência e a não elaboração e depósito das contas, permitem supor que, se assim se procedeu, é porque há alguma coisa a esconder, é porque foram praticados atos que contribuíram para a insolvência e se quis/quer ocultá-los, porém – é o ponto – os factos em causa em tais alíneas (h) e i) do n.º 2 e a) e b) do n.º 3), cuja verificação desencadeia a insolvência culposa, não são estes últimos (os factos que se quis/quer ocultar e porventura causais da criação ou agravamento da situação de insolvência)”. Citação do Ac. do TR de Coimbra, de 22/05/2012, proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, rel. por Barateiro Martins.

⁹⁰ FRADA, Manuel António Carneiro da, A responsabilidade dos Administradores na Insolvência, Ob. Cit., p. 689, corporiza que no art. 186.º as fronteiras entre a situação de insolvência são incertas e movediças, sendo a dúvida se a palavra culpa no n.º 2 não abrangerá também a ilicitude como comportamento objetivamente contrário ao direito.

⁹¹ MARTINS, Alexandre de Soveral, in *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p.315.

⁹² A severidade da falta de prestação de contas será compreensível se refletirmos que o incumprimento das obrigações contabilísticas e prestação de contas pode levar à aplicação de coimas à sociedade. Acrescentando, pois, que não detendo a contabilidade uma sociedade não conseguirá obter um financiamento necessário. *Idem* p. 316.

⁹³ *Idem* p. 316.

ainda mais graves antes de estar sujeito aos referidos controlos. E, por isso, se presume que terá tido comportamentos que criaram ou agravaram a situação de insolvência”⁹⁴.

Neste sentido, admite Catarina Serra⁹⁵ admite que “*provados aqueles factos (als. h) e i)*”⁹⁶, por configurarem, de certo modo, uma fuga, indiciam a existência de outros factos, imputáveis ao mesmo sujeito, relevantes para a situação de insolvência”⁹⁷.

Materializa, parte da doutrina⁹⁸ e jurisprudência⁹⁹ que as presunções elencadas no n.º 2 do art. 186.º acarretam, direta ou indiretamente efeitos negativos para o insolvente, dispensando, assim, o escrutínio da culpa e do nexos causal. Assumindo, por essa razão, que provada que seja a ocorrência de qualquer daqueles comportamentos elencado torna-se desnecessária a demonstração da culpa e da adequação¹⁰⁰ na criação ou agravamento da situação de insolvência, em harmonia com o art. 350.º, n.º 1 do CC, não sendo possível fazer prova do contrário.¹⁰¹

⁹⁴ *Idem* p. 317.

⁹⁵ Os comportamentos tipificados nas als. h) e i) ocultam ou falseiam a informação contabilísticas, dificultando, como é requisito da previsão legal, a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor, mas não gera, nem, em princípio, agrava a insolvência. Cfr. SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator(...)*, Ob. Cit. p. 66;

⁹⁶ A sua adoção justifica-se simplesmente pela necessidade de dissuadir ou prevenir condutas indesejáveis (consagrando uma prevenção de perigo abstrato). FRADA, Manuel António Carneiro da, *A responsabilidade (...)*, ob. cit., p. 690.

⁹⁷ No direito espanhol a prática dos factos tipificados nos art. 443º e 444º é suficientemente gravosa para legitimar a verificação do nexos causal. Cfr. GARCÍA GRUCES, José António, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, org. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, Thomson Civitas, 2008, p. 2526.

⁹⁸ Neste interino ver: FRADA, Manuel António Carneiro da, *A responsabilidade*, ob. cit., p. 692; LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência culposa(...)*, ob. cit., p. 273, LEITÃO, Luís Menezes, *Direito...*, ob. cit., p. 282, PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui, ob. cit., p. 509, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, ob. cit., p. 208, ANTUNES, José Engrácia, ob. cit., pág. 82, MARTINS, MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso (...)* ob. cit., p. 419; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito (...)*, ob. cit., p. 131; Serra, Catarina, *O Regime (...)*, ob. cit. p. 141.

⁹⁹ Ver por exemplo Ac. TRP, de 14-07-2020, proc. n.º 1338/17.3T8STS-A.P1, rel. por *O legislador terá entendido submetê-los também ao regime da insolvência culposa não porque eles pudessem ser a causa (real ou presumível) da insolvência, mas porque a probabilidade de o sujeito ter praticado um ato ilícito gravemente censurável justificava submetê-los também*; e Ac. TR de Guimarães, de 24/07/2012, proc. n.º 299/10.4TBPTL-A.G1, rel. por Fernando Fernandes Freitas “*Os comportamentos descritos no n.º 2 do art.º 186.º do CIRE afectam negativamente, e de forma muito significativa, o património do devedor, e eles próprios apontam, de modo inequívoco, para a intenção de obstaculizar o ressarcimento dos credores, presumindo-se, por isso, juris et de jure, que a insolvência é culposa.*”

¹⁰⁰ Posição intermédia assume Adelaide Menezes Leitão e Manuel Carneiro Frada ao afirmar que as presunções do n.º 2 prescindem dos pressupostos do n.º 1, mas só em parte, pois, sempre se terá de explanar o nexos de causalidade, “pois não se compreenderia, de acordo com a justa medida das coisas, que a presunção funcionasse quando a destruição do património não agravasse ou não causasse a insolvência”.

¹⁰¹ “*Alegados e provados os factos que servem de base a uma dessas presunções referidas, a insolvência será sempre considerada culposa, sendo a única forma de escapar à qualificação da insolvência como culposa a prova, pela pessoa afectada, de que não praticou o acto que serve de base à presunção legal*”. Cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Ob. Cit. p. 155.

Posição completamente distinta, ressalta de Rui Oliveira¹⁰² ao fundamentar que o n.º 2 estabelece “*um sistema de imputação semi-objetivo, definindo causas puramente objetivas (al. h e i) e causas semi-objetivas (al. a) a g)) da insolvência culposa*”. Estas últimas encontram-se recheadas de conceitos abertos (p. ex. “*em parte considerável*”, “*negócios ruinosos*”, “*preço sensivelmente inferior*”, “*em prejuízo da empresa*”, “*exploração deficitária*”), pelo o que a sua densificação só poderá ser realizada em conciliação com o n.º 1 do art. 186.º, ou seja, urge, aqui, averiguar o nexo causal entre a prática desse facto e a ocorrência da insolvência. Será, por isso, essencial para compreender o facto base da presunção, como pressuposto “autónomo” do conceito aberto, o recurso ao nexo de causalidade, clarificando o facto base que dá origem à presunção como causa efetivamente adequada ao agravamento ou criação da insolvência¹⁰³.

Situação reversa, segundo este entendimento, ocorre nas causas objetivas das als. h) e i) do n.º 2, pois, embora nestas não seja inteligível estabelecer o nexo de causalidade entre o facto listado e a insolvência, poderá dele prescindir-se, porquanto as condutas são impeditivas da determinação concertada do seu peso na criação ou agravamento da situação de insolvência. Impondo, em consequência, uma responsabilização por esses incumprimentos.

Por conseguinte, independentemente da natureza das presunções, o pretendido, com estas, é evitar uma autónoma apreciação judicial acerca da existência de culpa, como requisito da adoção das medidas restritivas previstas no artigo 189.º do CIRE.

Assim, perante a prova de adoção de qualquer dos um dos comportamentos consagrados no n.º 2 do 186.º, conclui-se pela verificação de todos os pressupostos fundamentais da insolvência culposa (nomeadamente a culpa qualificada e o nexo de

¹⁰² OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima (...)*, ob. cit. p. 237.

¹⁰³ “*O recurso ao nexo de causalidade previsto no n.º 1 revela-se, assim, necessário, quer numa ótica lógico-racional, quer do ponto de vista da disciplina substantiva do incidente — a densificação é realizada por um conceito constante do n.º 1 da mesma norma, tendo em vista os fins do próprio incidente —, quer, ainda, do ponto de vista da proibição da indefesa, nos termos de uma tutela jurisdicional efetiva, decorrente do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa*” - *Idem* p. 238 .

causalidade entre a conduta e a criação ou agravamento da situação de insolvência), sem possibilidade de prova em contrário e sem necessidade, nem sequer possibilidade, de um juízo casuístico efetuado pelo julgador perante o circunstancialismo do caso concreto, ficando o juiz vinculado ao decretamento da insolvência como culposa.¹⁰⁴

Rematamos, ao afirmar que do n.º 2 do art. 186.º sobressai um juízo ou valoração diferente do imposto à noção geral de insolvência culposa¹⁰⁵. Logo, o julgador perante uma conduta tipificada naquele normativo deve escrutiná-la, esclarecendo os conceitos indeterminados pelo legislador adotados, de forma a fundamentar cabalmente a ocorrência desses factos tipificados e o nexo de causalidade entre essa ocorrência e o estado de insolvência do devedor, evitando responsabilizar agentes da prática ou omissão de atos que não foram suficientes para criar ou agravar a insolvência.

Em resenha, o legislador pretendeu com a instituição das presunções de insolvência culposa auxiliar a tarefa do intérprete-julgador e evitar uma autónoma apreciação judicial acerca da existência de culpa. Sem embargo, acabou por lhe dificultar a interpretação e aplicação da norma na prática, colocando, como consequência, a utilidade do regime da qualificação da insolvência em causa.

1.4 As presunções do n.º 3 do artigo 186.º do CIRE

O n.º 3 do artigo 186.º, contrariamente, consagra, presunções ilidíveis, relativas ou *iuris tantum*, presumindo-se a existência de culpa grave quando os administradores de direito ou de facto, do devedor, tenham incumprido o dever de requerer a situação de insolvência, nos termos do art. 18.º do CIRE, e/ou, a obrigação de elaborar as contas

¹⁰⁴ Assim, por exemplo, Ac. TR do Porto, de 18/09/2017, proc. 7353/15.4T8VNG-A.P1, rel. por Manuel Domingos Fernandes, ao decidir: “*Para que a insolvência possa ser qualificada como culposa é necessário que a atuação do devedor tenha sido causa da situação de insolvência ou do seu agravamento, uma vez que o devedor pode ter atuado dolosamente mas em nada ter contribuído para a criação ou agravamento da insolvência. Porém, verificada uma das situações do n.º 2 do art. 186.º do CIRE presume-se iuris et de iure a verificação desses requisitos e a insolvência não pode deixar de ser qualificada como culposa.*”

¹⁰⁵ Aliás, como sublinha Rui Estrela de Oliveira o n.º2 “*não impõe presunções que facilitam o preenchimento dos requisitos inerentes à qualificação como culposa da insolvência, mas sim presunções que facilitam o próprio sentido da decisão.*” OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima (...)*, ob. cit. p.

anuais e de, no prazo legal, submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial (cfr. als. a) e b)).^{106 107}

Neste âmbito, a doutrina e jurisprudência são unânimes em considerar que as presunções do n.º 3 podem ser ilididas, admitindo-se a prova em contrário. A controvérsia surge na classificação da essência das presunções.¹⁰⁸

Parte da doutrina maioritária, identifica-as como presunções de culpa grave, impondo o ónus da prova do nexo de causalidade à parte que as alega¹⁰⁹.

Por outro lado, essencialmente, a jurisprudência mais recente classifica as presunções do n.º 3 como presunções relativas de insolvência culposa, afirmando que a consideração do preceito como simples presunções de culpa grave esvazia o sentido útil do mesmo. Portanto, procuram o sentido útil do n.º3, ao interpretá-lo em conjunto e em harmonia com todo o art. 186.º, tendo estas presunções de ser vistas como presunções relativas (ilidíveis) de insolvência culposa¹¹⁰.

No entanto, a nossa opinião, vai de encontro à posição assumida pela doutrina maioritária, ou seja, que o n.º3 consagra verdadeiras presunções de culpa grave. Logo, será necessário demonstrar o nexo de causalidade.

Esta tese é mais coerente, desde logo, porquanto o normativo, assim, as denomina “presume-se a existência de culpa grave”. Além disso, é perceptível que o legislador terá querido distingui-las ao consagrá-las em números distintos, umas de insolvência culposa

¹⁰⁶ Neste sentido a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes ao atribuir às presunções do n.º 3 a natureza de presunção relativa. Cfr. Menezes, Luís Leitão, *Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 215 e 216; OLIVEIRA, Rui Estrela, Ob. cit. p.200; Fernandes, EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito (...)*, op. cit., p.155; MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso (...)*, ob. cit. p. 410.

¹⁰⁷ Refira-se que nestas presunções também releva o limite temporal dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

¹⁰⁸ MAGALHÃES, Carina, ob. cit. p. 255.

¹⁰⁹ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência (...)*, ob. cit., 680; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito (...)*, op. cit., p. 134 a 136, FRADA, C. ob. Cit., 700-701; LEITÃO, M., *Direito(...)*, ob. cit., p. 275; e RAMOS, E., A ..., ob. cit., p. 23-25, MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso (...)*, ob. cit. p. 410.

¹¹⁰ Cfr. Ac. TR de Coimbra de dia 10/12/2019, proc. n.º 5888/17.3T8VIS-D.C1, rel. por Arlindo Oliveira; Ac. TR de Coimbra de 22-05-2012, proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, relatado por Barateiro Martins; Ac. TR Évora de 26/09/2019, proc. n.º 1966/09.TBFAR.IE1, rel. por Mário Silva.

e estas de culpa grave. Acresce que, por se tratar de responsabilidade profissional, a presunção terá de ser de culpa grave.¹¹¹

Por fim, considerando que a omissão do dever de apresentação à insolvência ou de elaboração das contas anuais¹¹², não conduz necessariamente à criação ou agravamento da situação de insolvência, logo, não levará à qualificação da insolvência como culposa. Não obstante, que essas omissões consubstanciem violações de normas de proteção, porquanto essas violações, sempre poderão gerar a responsabilização dos administradores perante os credores (nos termos do art. 78º do CSC).

Pelo exposto, “morreu na praia” a intenção do legislador de colaborar no preenchimento da noção geral de insolvência culposa, pois, ao instituir as presunções do nº 2 e 3 criou diversos problemas, dificultando a sua aplicação prática, mormente devido a um vasto leque de conceitos indeterminados e inexatos, bem como, à ausência de critérios orientadores no seu preenchimento.

Urge, por tudo isto, reestruturar o art. 186º ou revogar as presunções contidas no nº 2 e 3 daquele.

Nas palavras, sempre atuais, de Carneiro Frada, relembramos que “as situações de insolvência culposa indicadas pelo legislador devem ser interpretadas com ponderação, de modo a alcançar um efeito responsabilizante equilibrado que, sem deixar de dissuadir condutas manifestamente injustificáveis dos administradores e de ordenar a reparação dos prejuízos por elas causadas, respeite por outro lado a autonomia decisória”.¹¹³

¹¹¹ OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *Responsabilidade Civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência*, RDC, 2018, p.533 e ss.

¹¹² O incumprimento da obrigação de elaboração de contas anuais é visto com mais benevolência por estarem em consideração contas anuais e que não impedem a verificação que se verifique a situação patrimonial da sociedade. Refere neste sentido MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p.316.

¹¹³ FRADA, Manuel António Carneiro da, *A responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, Ob. Cit. p. 662.

Capítulo IV – O âmbito subjetivo da insolvência culposa: Os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa

Se a insolvência de uma sociedade é declarada e se essa insolvência é considerada culposa, acarreta diversas consequências para com os afetados por essa qualificação.

A lei impõe, para que um sujeito seja afetado pela qualificação de insolvência culposa, um comportamento com dolo ou culpa grave que tenham criado ou agravado a situação de insolvência.

Dessa forma, o âmbito subjetivo versa sobre as pessoas que podem ser afetadas pela qualificação da insolvência como culposa.

Partindo da análise da cláusula geral de insolvência culposa (art. 186º, nº1), a insolvência será culposa em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto.

A noção de administradores é acolhida no CIRE, no art. 6º, e serão administradores, no caso de o devedor ser uma pessoa singular, os seus representantes legais e mandatários com poderes gerais de administração.

Por outro lado, serão administradores no caso pessoa coletiva aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social. Em vista disso, será administrador o sujeito legalmente investido para o efeito, que tenha a seu cargo a condução geral de um determinado património (denominado de administrador de direito). Neste âmbito, também, poderão ser considerados administradores os sujeitos *que atuem como se fossem administradores de direito*¹¹⁴, nesta hipótese serão denominados de administradores de facto, por exercerem um poder que não lhes foi legalmente conferido, atuando “na sombra”¹¹⁵, ou seja, que exercem, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não

¹¹⁴ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 201.

¹¹⁵ *Idem*, p. 201.

subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade¹¹⁶, dispondo de “*título executivo funcional*”¹¹⁷.

Sem embargo, o artigo 189º, nº2 al. a) dispõe que na sentença que declare a insolvência como culposa, o juiz deve identificar as pessoas afetadas pela qualificação, nomeadamente de entre os administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas (TOC), revisores oficiais de contas (ROC) ou outros¹¹⁸, devendo fixar, sendo o caso, o respetivo grau de culpa.

A incongruência da al. a) do 189º, nº2, com o art. 186º, nº1 é imediatamente perceptível. Esta decorreu das alterações introduzidas pela Lei 16/2012¹¹⁹, de 20/04, na qual o legislador português tencionou alargar o espectro de sujeitos abrangidos pela qualificação da insolvência como culposa, alterando o art 189º do CIRE e, consequentemente, aproximando regime do homologado espanhol. Por lapso, todavia, não redimensionou a clausula geral contida no art. 186º, gerando uma contradição entre os dois preceitos.

Desse modo, continuará a ser necessário, para que uma insolvência seja considerada culposa, a atuação com dolo ou culpa grave, do devedor ou dos

¹¹⁶ Com mais detalhe ABREU, Jorge Manuel Coutinho de / RAMOS, Maria Elisabete, Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho), in IDET - Miscelâneas, nº 3, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 43; e COSTA, Ricardo, Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto, in “Temas Societários”, Colóquios nº2, IDET/Almedina, Coimbra, 2006, p. 27 e ss

¹¹⁷ O administrador facto como sujeito que dispõe de título, que lhe permite a constituição de uma relação orgânica com a sociedade e a sua equiparação tendencial ao administrador de direito, com a consequente aplicação do regime legal societário ou insolvencial. Neste sentido: COSTA, Ricardo, *Administrador de facto e representação das sociedades*, BFDC, Vol. II, 2014, p.719 e ss.

¹¹⁸ A presença do advérbio nomeadamente na al. a) institui o carácter exemplificativo da norma. Neste sentido: SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, ob. Cit. p. 157 e ANTUNES, José Engrácia, *As pessoas coletivas na Insolvência Culposa*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, nº 30, 2018, p. 76

¹¹⁹ “A alteração introduzida no artigo 189º, n.º 2 al. a), do CIRE, pela Lei n.º 16/2012, de 20/04, visou alargar o âmbito subjetivo dos afetados pela qualificação da insolvência, procurando, num esforço de moralização e de proteção dos credores, abranger pela qualificação não apenas, como antes sucedia, os administradores de direito ou de facto do insolvente, mas todos os que, mesmo não tendo essa qualidade, tenham contribuído, com dolo ou culpa grave, para a situação de insolvência ou para o seu agravamento, nomeadamente os que tenham colaborado com o administrador (de direito ou de facto) na prática de algum dos factos que podem conduzir à qualificação da insolvência como culposa, previstos no artigo 186º, n.ºs 2 e 3, do CIRE”. Assim: Ac. TR de Évora, de dia 14/07/2020, proc. n.º 1338/17.3T8STS-A.PI, rel. por Jorge Seabra; Na doutrina ver: ANTUNES, José Engrácia, *As pessoas coletivas na Insolvência Culposa*, Ob. Cit., p.58.

administradores, de direito ou de facto¹²⁰. Não bastando para essa qualificação a atuação dos TOC e ROC.

Justifica Maria Rosário Epifânio que a alusão ao ROC e TOC, no art. 186.º, n.º 2, al. h), se deve à presunção que considera sempre culposa a insolvência do devedor que tenha incumprido a obrigação de manter a contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidades que tenham prejudicado a compreensão da situação patrimonial¹²¹.

Não obstante, no âmbito dos sujeitos afetados pela qualificação de insolvência a interpretação atualista efetuada por grande parte da doutrina¹²² defende que o artigo 189º deve ser entendido em harmonia com o art. 186º, ou seja, que a atuação dos TOC, ROC ou outros sujeitos, quando praticada com dolo ou culpa grave, conduzirá à qualificação da insolvência como culposa.¹²³

Posição que não acolhemos, pois, embora atentemos que a atuação daqueles profissionais da contabilidade poderá criar ou agravar a situação de insolvência, isso ocorrerá sempre com o consentimento do devedor¹²⁴, evidentemente, é sobre este que recai o dever de cuidado, isto é, de controlar, acompanhar e fiscalizar a evolução da atividade da sociedade, sendo sua obrigação manter-se informado sobre a situação económico-financeira da empresa, solicitando a informação quando necessite.

¹²⁰ LEITÃO, Adelaide Menezes, LEITÃO, Adelaide Menezes, Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, in I Congresso de Direito da Insolvência (coordenação: Catarina Serra), Coimbra, Almedina, 2013, p. 202; PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Coimbra, Almedina, 2013, p.527; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual(...)*, Ob. Cit., p. 424 e ss.

¹²¹ M. Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Ob. Cit., p.149 e 150.

¹²² Serra, CATARINA, *Lições (...)*, Ob. Cit., p. 158; EPIFÂNIO, M. Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Ob. Cit., p.150; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, VoI. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 143; José Engrácia Antunes pág 76

¹²³ Neste interino: BRANCO, José, *Dos Suspeitos do Costume aos Culpados Improváveis (algumas considerações sobre os intervenientes no âmbito do incidente de qualificação da insolvência)*, in Revista de Direito da Insolvência, nº2, Almedina, Coimbra, 2018, p. 57 e 58; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Ob. Cit. p. 151; ABREU, Coutinho de,

¹²⁴ Apenas poderá conduzir à qualificação de insolvência culposa quando TOC e ROC atuem como administradores de facto. Veja-se MARTINS, Alexandre de Soveral, em: *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 314 e *Um curso de direito (...)*, ob.cit. p.424.

Concordamos, neste âmbito, com parte da jurisprudência¹²⁵ e doutrina¹²⁶, que interpreta a norma, no seu sentido literal, admitindo os TOC e ROC possam ser afetados¹²⁷ pela qualificação da insolvência, mas não presumindo que o seu comportamento revele exclusivamente para determinar o caráter culposo da insolvência¹²⁸. Esta interpretação, vai ao encontro da figura cúmplice, nos moldes previstos no art. 445º da Ley Concursal¹²⁹, considerando cúmplices as pessoas que, com dolo ou culpa grave, tenham cooperado com o devedor, administradores, liquidatários ou sujeitos com poderes semelhantes, na realização de qualquer ato que tenha sido fundamento da qualificação da insolvência como culposa¹³⁰ (demonstrando-se o nexo de causalidade).

A modificação produzida no art. 189º, nº2, al. a) não foi feliz, nem a mais adequada, suscitando diversas dúvidas de interpretação e aplicação prática.

Ademais, porque não integra na sua redação o próprio devedor como possível afetado pela qualificação de insolvência¹³¹. Embora, no caso de o devedor ser uma pessoa

¹²⁵ Os pressupostos legais de afetação de terceiros para os efeitos previstos no n.º 2 do art.º 189º, obrigam, para além de uma atuação ilícita, a prova de culpa e de um nexo de causalidade entre tal atuação e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Cfr. Ac. TR do Porto, de 26-11-2019, proc. nº2141/14.8TBSTS-B.P1, rel. por Lina Batista.

¹²⁶ Os comportamentos dos TOC, ROC ou terceiros, só por si não podem ser levados a efeito para qualificar a insolvência como culposa, mas aqueles sujeitos podem ser identificados como afetados pela qualificação de insolvência culposa, desde que tenham contribuído com dolo ou culpa grave para a insolvência. MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 424 e 425; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 143; e RIBEIRO, Maria de Fátima, Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Vol. 14, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 68 a 109

¹²⁷ No sentido de que a qualificação como pessoa afetada implica uma apreciação da conduta culposa individual, ver DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in III Congresso de Direito da Insolvência (coord. Catarina Serra), Coimbra, Almedina, 2015, p. 168

¹²⁸ Não parece possível dizer que sejam abrangidos pelas presunções contidas no art. 186.º, 2 e 3, no que diz respeito ao dolo ou culpa grave. Ver: MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 426.

¹²⁹ BERENQUER, Juli Miquel, *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores. Concurso Fortuito – Concurso Culpable*. Editorial Bosch, Barcelona, 2012, p. 114 a 119; A figura do “cómplices” permite avocar sujeitos alheios à insolvência, estes não terão que satisfazer com os seus patrimónios o passivo, mas sujeitam-se a indemnizar pelos danos causados.

¹³⁰ Não fazendo o art. 189º referência a prazo afirma-se que a atuação dos “cómplices” terá de ocorrer nos 3 anos anteriores ao início do processo de insolvência, em consonância com o art. 186º. Ver: MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades (...)*, Ob. Cit., p. 320-32.

¹³¹ O normativo não inclui inclusive o próprio devedor que pode e deve, se for caso disso, ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa. Neste sentido: LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012*, de 20 de Abril, in I Congresso de Direito da Insolvência (coordenação: Catarina Serra), Coimbra, Almedina, 2013, p. 202; PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra, Almedina, 2013, p.527; EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual(...)*, Ob. Cit., p. 128, MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p.425, e OLIVEIRA, Rui Estrela de, Ob. Cit., p. 230.

coletiva, este não possa ser afetado pela qualificação, isto porque só podem ser afetados o devedor pessoa física e os seus administradores se com os seus comportamentos, com dolo ou culpa grave, criaram ou agravaram a situação de insolvência.

Por fim, consideramos positiva a (tentativa) ampliação dos sujeitos que podem contribuir para a criação ou agravamento da situação de insolvência, porquanto conseguindo-se a afetação de todos os que com dolo ou culpa grave contribuíram para a impossibilidade de solver as suas obrigações vencidas de determinada pessoa coletiva, conseguir-se-á, à partida, mais patrimónios para ressarcir os credores dessa devedora.

Sugerimos, uma aproximação da al. a) do nº 2 do art. 189º, como se referiu, à figura de cúmplices, prevista no regime espanhol, exigindo-se a afetação dos sujeitos que, com dolo ou culpa grave, tenham cooperado com o devedor no despoletar da situação de insolvência. Agregando, desse modo, um maior número de sujeitos que, com comportamentos dolosos ou com culpa grave, podem levar à qualificação da insolvência como culposa.

Capítulo V - O âmbito substantivo da insolvência culposa

1. Os efeitos da declaração da insolvência como culposa

O artigo 189.º do CIRE engloba o regime substantivo do instituto, expondo os efeitos resultantes da sentença que proclame culposa a insolvência, pois, embora a sentença possa qualificar a insolvência como culposa ou fortuita, os efeitos da insolvência fortuita são, como é claro, os efeitos gerais da declaração de insolvência, constantes dos art. 81.º a 84.º do CIRE.

Concomitantemente, a qualificação da insolvência como culposa acarreta um “conjunto de efeitos substantivos de natureza estritamente civil”¹³², nas als. b) a e)¹³³ do n.º 2 do art. 189.º, para com as pessoas afetadas por essa qualificação (al. a)¹³⁴, efeitos esses com cariz severamente sancionatório, constituindo “*verdadeiras sanções punitivas ou mesmo penas civis*”¹³⁵.

Os efeitos consubstanciam-se na inibição para a administração de património de terceiro (al. b), inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de certos cargos (al. c), perda de créditos sobre a insolvência e/ou massa insolvente (al. d), e, por último, a indemnização pelos créditos não satisfeitos¹³⁶.

Porém, estes não são os únicos efeitos resultantes da declaração, decorrendo da mesma outros efeitos, *ipso iure*, por exemplo, no que respeita à administração da massa insolvente (art. 228.º n.º1, al. c) e em sede de exoneração do passivo restante (art. 238.º/1,

¹³² MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um curso (...)*, Ob. Cit., p. 179

¹³³ Esta medidas sofreram alterações, pois, a versão originária do incidente previa a medida de inabilitação das pessoas afetadas, a ser decretada por um período de dois a dez anos, esta foi declarada inconstitucional pelo Ac. 173/2009, de 2 de abril, com força obrigatória geral, por violação dos art. 26.º e 18.º, n.º 2 da CRP, era a inabilitação instrumentalizada como *sanção punitiva*. Passando o art. 189.º a prever, em substituição, a inibição das pessoas afetadas para administração de património de terceiros, pelo mesmo período, entre dois a dez anos, na al. b) do normativo. Essa alteração foi levada a cabo pela Lei n.º 16/2012 que pretendeu acolher sanções “mais adequadas aos fins do incidente”. Sobre a inabilitação veja-se M. Rosário, *Manual*, Ob. Cit., p. 168 a 171.

¹³⁴ Como se explanou *in supra* a al. a) consubstancia, não num efeito, mas numa mera menção obrigatória a constar na sentença que declara a insolvência culposa.

¹³⁵ Serra, CATARINA, *Lições (...)*, Ob. Cit., p. 164.

¹³⁶ Ac. TR do Porto, de 15.01.2019, proc. n.º 273/14.1T8VNG-A.P2, rel. por Maria Portela, pronunciou-se no sentido de “As medidas aplicadas satisfazem interesses distintos, todos merecedores de tutela: interesses de terceiros, do tráfego comercial e dos credores.” Concluimos, portanto, que é do art. 189.º que ressaltam os efeitos “moralizadores do sistema”.

als. b), e) e f); 243º nº 1, al. c); e 246º nº 1), estes resultantes, também, da culpabilidade atinente à insolvência¹³⁷.

Deste modo, concluímos que os efeitos resultantes do caráter culposo da insolvência caracterizam-se como cumulativos e automáticos, porquanto, como ressalta do normativo, não pode o juiz deixar de decretar na sentença todas as medidas referidas no art.189.¹³⁸

Como *supra* explanado, ao considerar culposa a insolvência, o juiz, *a priori*, determina os sujeitos atingidos por essa qualificação e o seu grau de culpa, nos termos da al. a), do n.º 2 do art. 189º e, se for o caso, distingue o grau de culpa dos diversos sujeitos¹³⁹, que terá de atender ao critério de culpa consagrado no art. 186º, nº1 (dolo ou culpa grave). Acrescentando, neste interino, que a expressão “se for caso disso” refere-se aos casos em que há apenas uma pessoa afetada pela qualificação de insolvência e, nesses casos, não prevê que seja necessário fixar o grau de culpa¹⁴⁰.

Perlustramos, de seguida, se será o grau de culpa a revelar para efeitos de incidência das sanções aludidas e para graduação da duração e do seu peso na esfera civil dos afetados.

¹³⁷ Estes, contrariamente aos efeitos decretados em sentença que qualifique a insolvência como culposa (cft. art. 233º, nº 1, a), cessam com o encerramento do processo de insolvência.

¹³⁸ Neste sentido decretou o Tribunal Constitucional, proc. n.º 280/2015, rel. por Carlos Fernandes Cadilha, que “*esses efeitos jurídicos são cumulativos e automáticos, como claramente decorre do proémio do n.º 2 do artigo 189.º, pelo que, uma vez proferida tal decisão, não pode o juiz deixar de aplicar todas essas medidas.*” Em sintonia oposta: Maria R. Epifânio pronunciando-se no sentido dos efeitos da insolvência culposa não resultarem automaticamente, porquanto advêm do preenchimento dos pressupostos do art. 186.º, sendo, por isso, eventuais. – Em M. Rosário, *Manual*, Ob. Cit., p.164. E, RAMOS, Maria Elisabete, *A insolvência da sociedade* Ob. Cit., p. 24 “*Invoca-se o funcionamento não automático das sanções previstas porque a sua aplicação resulta de um incidente próprio destinado a apurar o relevo da conduta dos administradores na insolvência da sociedade*”.

¹³⁹ A graduação da culpa como critério ordenador dos efeitos da qualificação de insolvência desde de cedo foi apontado como necessário. Assim referem: FERNANDES, Luís Carvalho, A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor, in “Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, p. 102; e SERRA, Catarina, *Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010, p 121.

¹⁴⁰ Neste sentido: MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 319.

1.1 As inibições

O juiz na sentença que qualifica a insolvência como culposa deve decretar “a inibição das pessoas afetadas para administrarem património de terceiros, por um período de 2 a 10 anos¹⁴¹”, e declarar, também, “a inibição para o exercício do comércio durante o 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 cooperativa¹⁴².”

Da leitura das als. b) e c)¹⁴³ do n.º 2 ressalta, de forma clara, que as mesmas integram uma função punitiva¹⁴⁴, de forma a punirem comportamentos desconformes com a ordem jurídica, tutelando, ainda, o interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial ao afastar quem, com comportamentos dolosos ou culpa grave, contribuiu para a situação de insolvência do devedor.

Quanto à al. b)¹⁴⁵ duvidamos que a mesma seja apta a servir as funções punitivas e, mormente, as preventivas, porquanto, por força dos regimes já instituídos¹⁴⁶ a medida não acarretou efeito útil. Logo, por força do regime civil o próprio insolvente já se encontrava privado de administrar o património de certos terceiros. E, ainda, porque a al. c) já

¹⁴¹ A versão originária do CIRE integrava a inabilitação, que foi declarada inconstitucional e substituída por a inibição para administração do património de terceiros. A esta substituição aponta Catarina Serra a seguinte crítica: “a inabilitação não era adequada ao intuito de sancionar condutas, mas nem por isso bastava substituí-la por outra que pudesse sê-lo. Deveria ter-se escolhido uma que fosse útil e eficaz na função de sancionar as condutas em causa (causadoras da insolvência ou do seu agravamento) e, sobretudo, de desempenhar a função pedagógica ou preventiva típica das sanções. SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da insolvência após alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência*, in *Revista Julgar*, nº 18, Coimbra Editora, 2012, p. 183.

¹⁴² O efeito da al. c) corresponde à sanção automática de inibição para o exercício do comércio imposta no art. 148.º do CPEREF, este anterior efeito ocorria com a declaração de insolvência e poderia mais tarde ser levanta, nos termos do art 238.º do CPEREF. Sobre a “ternura da lei pelo falido”, ver OLIVERA, José Ascensão de, *Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido*, in “*Revista da Ordem dos Advogados*”, Ano 55, dez. 1995, p. 649.

¹⁴³ O art 189º, nº 3 manda proceder ao registo das inibições de administração na conservatória do registo civil ou comercial (neste último caso, se se tratar de comerciante em nome individual)

¹⁴⁴ Medidas reveladoras de uma “*atitude de desconfiança em relação a quem, pelo seu comportamento, como dolo ou culpa grave, de algum modo contribuiu para a insolvência*”. V. FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Ed., Lisboa, Quid Juris, 2015, p. 680.

¹⁴⁵ Os novos contornos deste efeito vêem-se como um triunfo para a doutrina e a jurisprudência pelas críticas feitas à inabilitação.

¹⁴⁶ No caso da insolvência de pessoas coletivas os afetados pela qualificação estão impedidos, pela simples declaração de insolvência, de administrar o património da pessoa coletiva em questão (artigo 81.º, n.º 1). No caso da insolvência de pessoas singulares, a impossibilidade de administrar bens de terceiros está já prevista para determinadas situações concretas (os insolventes não podem ser tutores nem administradores de bens de menores — artigos 1933.º, n.º 2, e 1970.º, alínea a), ambos do Código Civil).

determinava a inibição para ocupação de certos cargos, para o exercício de atividades económicas e a conseqüentemente para administrar os bens de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa.¹⁴⁷

Embora, nesta medida, Soveral Martins refira que a inibição para administrar patrimónios de terceiro consista na “*autonomia de atuação do insolvente e não se reconduza a relações de trabalho subordinado*”¹⁴⁸, não sendo, desse modo, semelhante à al. c). No entanto, queremos, que a al. b) do n.º 2 do art. 189.º carece de efeito útil, na vertente de sanção ou prevenção, pois embora pretendesse proteger terceiros de uma pessoa que não ofereça a confiança necessária, não aparenta revelar-se adequada a exercer “*uma função repressora e simultaneamente preventiva dos comportamentos que podem levar à insolvência*”¹⁴⁹.

Ademais, a moldura estabelecida na lei, para as als. b) e c), é de 2 a 10 anos, mas o legislador não dispensou um critério orientador para a fixação destas medidas. A jurisprudência¹⁵⁰ tem atendido a diversos critérios, nomeadamente tendo em conta o grau de culpa do sujeito na criação ou agravamento da situação de insolvência. O regime homologa, a LC, prevê idênticos efeitos, porém aquele regime fixou critérios objetivos a que o juiz deve notar na sua fixação, tais como: a gravidade dos atos, os danos causados e a verificação de reincidência como culpado noutra insolvência (cfr. art. 445º, nº2 LC).

Julgamos, quanto a este critério, que o legislador português lhe deve seguir o exemplo, embora alguma doutrina portuguesa disponha que “não é precisa grande inteligência para compreender que, na fixação do período de inibição para o exercício do

¹⁴⁷ Serra, CATARINA, *Lições (...)*, Ob. Cit., p. 165.

¹⁴⁸ Dando como exemplo de administração de património de terceiro: a atuação de mandatário, de comissário mercantil, de administração de bens próprios do cônjuge e de bens do filho no âmbito das responsabilidades parentais. Neste sentido, v. M. Rosário, *Manual*, Ob. Cit., p.138; MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p.136

¹⁴⁹ COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas*, ob. Cit., p. 171.

¹⁵⁰ Na ponderação do período de inibição a fixar nos termos de tal normativo levar-se-á em conta a gravidade da conduta da pessoa afetada com a qualificação culposa da insolvência. Sobre o critério de fixação da duração das inibições: Ac. TR de Coimbra de 5.02.2013, proc. 380/09.2TB AVR-B.C1 nº rel. por Maria José Guerra; Ac. TR de Guimarães, de 19/01/2017, proc nº 391/16.1T8GMR-C.G, rel. por. Pedro Alexandre Damião e Cunha;

comércio ou para a administração de património de terceiros, por exemplo, relevará o grau de culpa (...)”¹⁵¹

Por seu turno, no que concerne à duração das medidas de inibição, o juiz não se encontra vinculado a estipular a mesma duração em ambas.¹⁵²

Terminando, em caso de violação das medidas de inibição o CIRE não estabelece qualquer consequência, sendo uma omissão que urge colmatar. Embora, queiramos que essa omissão não passa incólume, porque concebemos como nulos, nos termos gerais (artigo 285.º e seguintes do CC),¹⁵³ os atos praticados que contrariem o declarado e transitado em julgado.

1.2 A perda de créditos

Seguidamente, demarca a al. d) o dever do juiz “determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos”.

Esta medida trata-se de um crédito pertencente à massa, denominada por Menezes Leitão de *confisco-sanção*¹⁵⁴, ao contrário das anteriores, pressupõe uma natureza mista, ou seja, é uma *sanção* com funções punitivas e ressarcitórias, que pretende evitar que os credores sejam lesados através da existência de créditos a favor de quem, culposamente, colaborou para a insolvência.

Esta figura só produz efeito no âmbito do incidente pleno, pois, o incidente limitado só se verifica quando o processo é encerrado por insuficiência da massa, embora também fosse adequado decretar-se a perda de créditos neste último. Contudo, aparentemente a presente medida só será útil em alguns processos.

Mais grave, não aparenta atender ao grau de culpa do sujeito, pois, nas palavras de Rui Duarte “a perda de créditos não tem vestígios de proporção entre a conduta ilícita

¹⁵¹ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais e SIMÕES, Rui, ob. cit., p.528.

¹⁵² Ac. TR Coimbra, de 28/10/2008, proc. n.º 2577/05.5TBPMs-K.C1 rel. por Artur Dias;

¹⁵³ Defendendo a nulidade do ato contrário à inhabilitación, para garantir a eficácia da norma sancionatória, na doutrina espanhola vide, nomeadamente, GARCÍA GRUCES, José António, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, org. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, Thomson Civitas, 2008, p. 2551

¹⁵⁴ MENEZES, Luís Leitão, *Lições de Direito da Insolvência*, Ob. Cit., p. 281.

e a sanção”, pressupondo, que o afetado, perda o direito a qualquer crédito, independentemente da sua culpa, valor ou origem desses créditos¹⁵⁵.

Por fim, defendemos que obrigação de “identificar o grau de culpa” introduzida na al. a) do n° 2 do art. 189° é positiva, devendo o juiz atender a essa graduação de culpa para estipular todos os efeitos resultantes da ocorrência de uma insolvência culposa. Dado que não aparenta utilidade se a graduação se limitar a auxiliar a duração das inibições supramencionadas¹⁵⁶.

1.3 A obrigação de indemnizar

Por fim, a al. e)¹⁵⁷ do n° 2 do art. 189° recupera uma responsabilização já consagrada no CPEREF (art. 126°A e ss)¹⁵⁸ e pressupõe uma verdadeira imputação de responsabilidade civil aos sujeitos culpados pela situação de insolvência, impondo a condenação das “pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”¹⁵⁹.

A al. e) foi a novidade mais importante introduzida pela Lei 16/2012, de 20/04, marcando, verdadeiramente, o início de um “processo de obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas

¹⁵⁵ Cfr. sobre esta sanção crítica DUARTE, Rui Pinto, Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor, in “Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, p. 147 e ainda COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas*, ob. Cit., p. 173 “esta sanção, estabelecida de forma completamente abstrata, indiferente ao grau de culpa dos afetados, ao valor, origem e natureza dos seus créditos, pode, na prática, ser desproporcionada. Não estabelecendo o código qualquer limite temporal, até onde vai esta obrigação de restituição? Poderá um administrador ser obrigado a restituir o que recebeu há dez anos atrás?”

¹⁵⁶ SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da insolvência*, ob. Cit., p. 174. - Faz uma apreciação positiva da introdução do grau de culpa como critério para aferir da pena/efeito e seu montante COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas*, ob. Cit., p. 171 já não vê a questão da mesma maneira, para a autora, não é possível entender a que tipo de grau de culpa o legislador se refere.

¹⁵⁷ Denominado no regime espanhol de *responsabilidade concursal ou condena al déficit*.

¹⁵⁸ “No art 126°-A era consagrada uma responsabilidade solidária e, diferentemente da responsabilidade do art 189°/2,e), ilimitada dos gerentes ou administradores, de direito ou de facto (quando destes houve um contributo significativo para a situação falimentar da sociedade) pelas dívidas da sociedade falida”. A sua recuperação é uma solução há muito propugnada pela doutrina. Cfr. MAGALHÃES, Carina, Ob. Cit. p. 270.

¹⁵⁹ Embora a norma não o refira, torna-se evidente que a indemnização integrará a massa insolvente e só depois ressarcirá os credores, pois, caso, assim, não fosse violaria o princípio da igualdade ou a verificação ou graduação de créditos. Como explana MARTINS, Alexandre de Soveral, em *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 331.

coletivas”¹⁶⁰ que se pretendia desde a instituição do CIRE no ordenamento jurídico português.

Os sujeitos serão responsabilizados através de todo o seu património¹⁶¹ pelos créditos não satisfeitos do devedor, prevendo uma “*responsabilidade pela diferença*”, pressupondo a par da função ressarcitória, um “*caráter de penalização pela culpa na insolvência*”¹⁶². Instituído, assim, uma responsabilidade subsidiária, limitada, solidária entre todos os afetados e que funciona, também, como repressora de comportamentos, estimulando os potenciais afetados a cumprir os seus deveres.¹⁶³

Ora, deve constar da sentença que qualifica a insolvência a obrigação de indemnizar no montante de créditos não satisfeitos¹⁶⁴, resultante da apreciação dos pressupostos da insolvência culposa (art. 186º) e não pelos danos efetivamente sofridos pelos credores do insolvente¹⁶⁵. Retira-se, assim, que o normativo não exige um nexo de causalidade entre o comportamento do afetado e a não satisfação dos créditos ou de parte deles¹⁶⁶.

Note-se, aliás, que esta responsabilidade só é acionada quando a massa é insuficiente para satisfazer todos os credores, ficando, assim, sujeita a uma condição suspensiva. Só, por isso, será criticável, porquanto não terá, efetivamente, em consideração a culpa do agente, só sendo responsabilizado pelo património a descoberto, independentemente do valor dos prejuízos provocados pelo faltoso.¹⁶⁷

Logo, conduzirá a duas situações dispare: por um lado, haverá casos em que o sujeito atua de forma gravíssima e indemniza o devedor num montante irrisório (ou não

¹⁶⁰ Conforme Preâmbulo do CIRE, ponto 40, a inserção da obrigação de indemnização reforçou a responsabilidade dos sujeitos causadores da situação da insolvência com culpa.

¹⁶¹ Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojecto de diploma de alteração do Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas de 24 de Novembro de 2011, p. 8, dispõe que a expressão “todo o seu património” não é rigorosa, “nem se compreende o seu alcance, pelo que deve ser substituída”.

¹⁶² FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência, Ob. Cit.*, p. 696.

¹⁶³ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 329.

¹⁶⁴ “*Em causa está a diferença entre o valor global do passivo da insolvência e o que o ativo pode cobrir e esse será o critério matricial a adotar pelo juiz*” FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência, Ob. Cit.*, p. 697.

¹⁶⁵ “Sobre a impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas e a existência de créditos por satisfazer uma vez terminada a liquidação não existe uma necessária relação de causa efeito”. Neste sentido: MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 324.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 325.

¹⁶⁷ Segundo, MAGALHÃES, Carina, Ob. Cit. p. 222 “A culpa encontra-se também verificada, pois o art 186º, para além de presumir a culpa nos seus nos 2 e 3, faz depender a qualificação da insolvência como culposa de uma atuação pautada pelo dolo ou pela culpa grave.”

indemniza)¹⁶⁸; por outro lado, haverá situações em que responderá por um valor exorbitante quando a sua culpa é diminuta (p. ex. nos casos em que o sujeito apenas não se apresentou à insolvência), possibilitando-se a condenação dos sujeitos afetados pela qualificação num montante efetivamente maior ao que lhe caberia.

A responsabilidade consagrada na al. e), *não depende do grau de culpa de cada um dos afetados, nem do grau de culpa na criação ou agravamento da situação de insolvência, nem do grau de culpa por existirem créditos não satisfeitos*¹⁶⁹.

Ademais, este problema acentua-se quando a al. e) é conjugada com o n.º 4 do art. 189.º, pois, este último adota a expressão “montante de prejuízos sofridos” com maior alcance que a indemnização no montante de créditos não satisfeitos¹⁷⁰. Assim, a tentativa do legislador em complementar a al. e) do n.º 2 do art.º 189.º, mais não fez, do que tornar, uma norma razoavelmente clara, em dúbia e incongruente.¹⁷¹

Na nossa opinião, o sujeito afetado pela qualificação de insolvência culposa deveria ser responsabilizado pelos danos que efetivamente provocou e na medida da sua culpa^{172 173}. Já que não fará qualquer sentido que o culpado pela insolvência seja responsabilizado por todo o passivo a descoberto, mormente quando esse valor ultrapasse o prejuízo que efetivamente causou, mais grave, ainda, será equacionar essa hipótese,

¹⁶⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência*, Ob. Cit. p. 99.

¹⁶⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 325.

¹⁷⁰ LEITÃO, Adelaide, *Direito da Insolvência*, ob. Cit. p. 279; COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas*, ob. Cit..

¹⁷¹ LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores* ob. Cit. p.142 e MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 332, contrariam o exposto ao declarar que “a solução se compreende bem, correspondendo o montante de créditos não satisfeitos aos prejuízos sofridos”.

¹⁷² Tal como determinou o Tribunal Constitucional, no proc. n.º 280/2015, de 20 maio, rel. por Carlos Fernandes Cadilha “*Não obstante, a determinação do período de tempo de cumprimento das medidas inibitórias previstas nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE (inibição para a administração de patrimónios alheios, exercício de comércio e ocupação de cargo de titular de órgão nas pessoas coletivas aí identificadas) e, naturalmente, a própria fixação do montante da indemnização prevista na alínea e) do n.º 2 do mesmo preceito legal, deverá ser feita em função do grau de ilicitude e culpa manifestado nos factos determinantes dessa qualificação legal*”.

¹⁷³ MARTINS, Alexandre de Soveral, em *Administração de Sociedades Anónimas (...)*, ob. Cit. p. 325, refere que “se é necessário que exista nexo de causalidade comportamento/situação de insolvência ou agravamento para que tais sujeitos sejam afetados, parecia adequado exigir igualmente um nexo causal entre o comportamento do afetado e a não satisfação dos créditos ou parte deles.

quando os únicos critérios ponderadores da culpa que o incidente doa integram o artigo 186.º, mormente as presunções absolutas.¹⁷⁴

Efetivamente, neste sentido, reconheceu o Tribunal da Relação do Porto¹⁷⁵, ao decidir que “*a indemnização a suportar deve aproximar-se do montante dos danos causados pelo comportamento do afetado que conduziu à qualificação da insolvência*¹⁷⁶. *Se, por exemplo, a qualificação da insolvência decorre de um comportamento que se traduziu na destruição ou dissipação de todo ou parte considerável do património do devedor, a indemnização deve ascender ao valor do património destruído ou dissipado que se não fosse esse comportamento iria responder pela satisfação dos créditos. É por isso que as normas em apreço estabelecem que o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas e se isso não for possível, como sucederá na maior parte dos casos, fixar, ao menos, os critérios que permitirão liquidar o seu valor, o que não seria minimamente necessário se a indemnização devesse corresponder apenas à diferença entre o valor dos créditos e o pagamento a ser obtido na distribuição do produto da liquidação do ativo.*»¹⁷⁷

Desse modo, caso na fixação do montante indemnizatório não se atendesse ao grau de ilicitude e culpa do afetado, a sanção seria violadora dos princípios constitucionais da adequação e da proporcionalidade. Portanto, deverá averiguar-se o grau de culpa e atender-se à contribuição do comportamento do afetado pela qualificação para a realidade económica da sociedade devedora.

¹⁷⁴ Com esta interpretação de que o grau de culpa de cada afetado deve ser considerado na fixação do valor da indemnização, ver: EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, ob. Cit. p. 142; ABREU, Coutinho de, *Direito das Sociedades e direito da insolvência*, ob. Cit. p. 181 e ss.

¹⁷⁵ A jurisprudência vem acolhendo o entendimento que a aplicação conjugada dos artºs 186º e 189º nºs 2 als. a) e e) e 4 CIRE vincula a uma interpretação que salvguarde o princípio da proporcionalidade, pelo que, na fixação do montante indemnizatório, deve ser ponderada a culpa do afetado, que deverá responder apenas na medida em que o prejuízo possa/deva ser atribuído ao ato ou atos determinantes dessa culpa - Ac. TRP de 15/01/2019, proc. nº 273/14.1T8VNG-A.P2, rel. por Márcia Portela. Ac. TRP de 19/05/2020, proc. nº 976/19.4T8AMT-C.P1, rel. por Alexandra Pelayo.

¹⁷⁶ Sublinhado nosso.

¹⁷⁷ Há decisões jurisprudenciais em sentido diverso, ao considerarem: “*conforme decorre expressamente da citada al. e) do nº 2 do art. 189º do CIRE, estabeleceu, em termos especiais, que a indemnização era fixada em função dos “... montantes dos créditos não satisfeitos” e “ até às forças dos respetivos patrimónios...” (das pessoas afetadas pela qualificação da Insolvência como culposa).*” Ac. TRG de 19/01/2017, proc. nº391/16.1T8GMR-C.G1, rel. por Pedro Alexandre Damião e Cunha.

Terminando, a previsão de uma responsabilidade insolvencial foi bastante positiva¹⁷⁸, conferindo proteção aos credores, facilitando a prova dos requisitos da responsabilidade civil e a prova dos danos indemnizatórios, indo ao encontro da finalidade do processo da insolvência: a satisfação dos credores.

No entanto, essa sanção ressarcitória está longe de ser perfeita, pois, interpretada de forma literal, atendendo ao critério matricial, gerará questões de inconstitucionalidade por desproporcionalidade da indemnização, não salvaguarda situações de danos sofridos pelos credores superiores ao passivo a descoberto, comportamentos que extravasam o limite temporal dos três anos ou ainda casos em que os danos resultem de uma atuação com culpa leve. Assim sendo, não atende a única sanção ressarcitória à culpa do sujeito pela não satisfação dos créditos.¹⁷⁹

Nessa perspetiva, a solução adotada no CPEREF era mais adequada ao acolher “a responsabilidade solidária e ilimitada dos responsáveis pelas dívidas da falida e condená-las no pagamento do respetivo passivo ou apenas o montante do dano por eles causado”.

A solução a empregar à al. e) do art. 189º passará por uma maior aproximação à solução preconizada no CPEREF, prevendo que os sujeitos afetados sejam responsáveis pelos danos efetivamente criados, refletindo sobre a conexão causal entre o comportamento ilícito e dano, mantendo-se facilitada a atividade probatória dos vários pressupostos da responsabilidade civil. Outra possível solução, poderia passar por preceito que presuma um dano efetivo sofrido pelos credores com a insolvência culposa.

Em resenha, o regime dos efeitos da qualificação é “sintomático da vontade legal em punir de forma exclusiva, absoluta e mais severa¹⁸⁰” aqueles que dolosamente prejudicaram os credores do insolvente.

¹⁷⁸ SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais*, *Ob. Cit.*, p. 83, refere que a verdadeira consolidação do reforço da proteção dos credores só acontecerá quando forem implementadas mais medidas (como a do art 189º/2, e) que sejam capazes de eliminar os entraves à responsabilização.

¹⁷⁹ Solução, na nossa opinião, que não se justifica, nem com o enquadramento da presente sanção numa dimensão punitiva.

¹⁸⁰ CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução*, 4ª Edição, Almedina, 2010, p. 64.

2. A responsabilidade do administrador, de direito ou de facto, afetado pela qualificação da insolvência como culposa e o artigo 78º do CSC

O incidente de qualificação da insolvência tem como fim¹⁸¹ a proteção “do interesse genérico da adoção de práticas de administração idóneas e dos interesses específicos dos credores da sociedade lesados por práticas de administração não idóneas”¹⁸²

Embora o art. 185º estabeleça o princípio da *autonomia das ações de responsabilidade civil previstas nos art. 72º, 78º e 79º do CSC*¹⁸³, relativamente ao incidente de qualificação, este último, relaciona-se¹⁸⁴, independentemente disso, com a responsabilidade dos administradores, pelos danos causados, aos credores consagrada no art. 78º, nº1 do CSC¹⁸⁵.

O art. 78º do CSC salvaguarda os casos em que o património social se torna insuficiente para satisfazer os créditos dos credores sociais em resultado da inobservância culposa de certas disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes últimos.

A simbiose ocorre, mormente, com o art. 189, nº2, al. e) que prevê a condenação dos administradores ou gerente da sociedade devedora a indemnizar os credores no montante dos créditos não satisfeitos.¹⁸⁶

No entanto, não há sobreposição entre a responsabilidade insolvencial e o art. 78º do CSC.

¹⁸¹ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração (...)*, Ob. Cit., p. 300; e OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *Responsabilidade Civil dos administradores (...)*, ob, cit. p. 214, explicam que do art. 186º resulta que os administradores têm o *dever de não criar ou agravar a situação de insolvência da sociedade*.

¹⁸² FRADA, Manuel António Carneiro da, *A responsabilidade dos (...)*, ob. Cit. p. 685.

¹⁸³ Sobre os corolários da autonomia das ações de responsabilidade civil ver: OLIVEIRA, Nuno Pinto, (...), ob, cit. p. 232.

¹⁸⁴ O art. 186º institui uma verdadeira responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores, que foi reforçada com a introdução da al. e) do nº2 do art. 189º. *Idem*, ob, cit. p. 227.

¹⁸⁵ Que no âmbito da insolvência será proposta pelo administrador de insolvência (cfr. 82º, 3, b)). Sobre o art. 78º da CSC, ver: ABREU, Coutinho de/RAMOS, Maria Elisabete, *Artigo 78º*, in J.M Coutinho de Abreu (coord.) *CSC em comentário*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2017, p. 955 e ss.

¹⁸⁶ Poderá “significar a condenação do administrador em duas indemnizações de dois danos (sistemática e teleologicamente) incompatíveis” - Sobre os riscos de dupla indemnização de um dano: OLIVEIRA, Nuno Pinto, (...), ob, cit. p. 233 a 237.

Desde logo, porque a responsabilidade insolvencial pressupõe uma situação de insolvência declarada, bem como a qualificação da mesma como culposa¹⁸⁷. E, ainda, para que seja determinada a responsabilidade os administradores terão de ser identificados como sujeitos afetados pela qualificação e é na própria sentença, que a qualifica a insolvência como culposa, que deverá o juiz condenar os afetados ao pagamento do montante dos créditos não satisfeitos.

Ademais, o CIRE no art. 189º, nº2, al e) não exige a culpa das pessoas afetadas pela qualificação quando à não satisfação dos créditos, nem a verificação do nexos de causalidade entre o comportamento ilícito e montante de créditos não satisfeitos.¹⁸⁸ Só se indagando, em certos casos, a nexos causal entre o comportamento dos afetados e criação ou agravamento da situação de insolvência.

Em alternativa, o art. 78º do CSC vindica a culpa na inobservância das disposições legais que resultem na insuficiência do património social para satisfazer os créditos dos credores sociais, logo as possíveis condutas causadoras de responsabilidade são mais amplas no art. 78º do CSC. Além disso, exige a demonstração de um nexos causal entre a inobservância culposa de disposições legais e a insuficiência do património, sendo, sempre, a responsabilidade limitada aos danos efetivamente causados ao património da social que se mostra insuficiente para satisfazer os créditos da sociedade¹⁸⁹, coadunando-se com as regras gerais da responsabilidade civil.¹⁹⁰

Quando ao critério temporal, fora do quadro da insolvência os direitos dos credores só prescrevem no prazo de 5 anos (cfr. 174º, nº2 do CSC), enquanto que o art 186º restringe a prática dos atos ao limite de três anos anteriores ao início do processo de insolvência.¹⁹¹

Por fim, entre ambas as responsabilidades haverá semelhanças, nomeadamente quando o montante dos créditos não satisfeitos corresponda aos prejuízos de facto

¹⁸⁷ Porquanto a qualificação fortuita da insolvência impede que os administradores da sociedade sejam condenados a indemnizar os seus credores.

¹⁸⁸ Duarte, Rui Pinto, *Responsabilidade dos administradores (...)*, Ob. Cit., p.173. Dispõe que o art 189º parece impor a identificação como pessoa afetada como fundamento em qualquer tipo de ilicitude.

¹⁸⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração (...)*, Ob. Cit., p.337.

¹⁹⁰ Duarte, Rui Pinto, *Responsabilidade dos administradores (...)*, Ob. Cit., p.172.

¹⁹¹ *Idem*, p. 173.

sofridos pelos credores, não podendo, o administrador ou gerente ser condenado a pagar duas vezes pelos mesmos factos¹⁹².

¹⁹² OLIVEIRA, Nuno Pinto, (...), ob, cit. p. 233 a 237 avança soluções para os problemas levantados pela vigência destas responsabilidades com características similares.

Capítulo VI - Tramitação Processual

O incidente de qualificação da insolvência corre por apenso à ação principal de insolvência, com uma tramitação processual regulada nos artigos 188º a 191º do CIRE e com uma natureza eventual (característica introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de abril¹⁹³, que retirou a obrigatoriedade¹⁹⁴ de instaurar o incidente em cada declaração de insolvência). Atualmente, o incidente de qualificação da insolvência pode iniciar-se oficiosamente¹⁹⁵, quando o juiz disponha de elementos que justifiquem a sua abertura¹⁹⁶, ou a requerimento do administrador de insolvência ou de qualquer interessado (cfr. 188.º, n.º 1 do CIRE).

A abertura do incidente pode ter caráter pleno ou limitado, como veremos de seguida.

Todavia, a pronúncia judicial sobre a qualificação da insolvência continua a ser obrigatória, uma vez que se não for aberto incidente de qualificação de insolvência, o juiz, no encerramento do processo de insolvência, deve declarar expressamente, na decisão de encerramento, o caráter fortuito da insolvência¹⁹⁷ (cfr. art. 233º, nº 6 do CIRE). Nestes termos, só é facultativa a tramitação autónoma do incidente, continuando a ser obrigatório qualificar a insolvência.

¹⁹³ A Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, aprovada na sequência do Memorando de Entendimento celebrado com a Troika, assinado pelo Governo Português em 17 de maio de 2011, procedeu a uma extensa revisão do regime da insolvência, introduzindo alterações de monta no incidente de qualificação da insolvência. Sobre as alterações no CIRE decorrentes da assinatura do Memorando de Entendimento ver: MARTINS, Alexandre de Soveral, “*Repercussões que os Memorandos da Troika terão no Código da Insolvência*”, in *O Memorando da “Troika” e as Empresas*, IDET, Colóquios nº5, Almedina, Coimbra, 2012, p.191-209.

¹⁹⁴ No plano formal, a alteração introduzida pela Lei 16/2012 reconduziu-o ao paradigma tradicional do incidente processual e aproximou-o ainda mais do regime espanhol que também não é necessário. Porventura, o abandono da obrigatoriedade de abertura do presente incidente levanta dúvidas quanto à celeridade, simplicidade e urgência que são características do proc. de insolvência. Ver COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas*, ob. Cit., p. 169.

¹⁹⁵ Em regra, como a declaração de insolvência, nos termos do art. 36, n.º 1, al. i), nada referindo sobre a abertura em momento posterior.

¹⁹⁶ Que elementos serão estes? A lei nada diz. Pensamos que se, no momento da prolação da sentença, o processo contiver indícios suficientemente fortes de que a insolvência é culposa, o juiz deverá declarar aberto o incidente,

¹⁹⁷ Cfr. art. 233.º, n.º 6 do CIRE; BRANCO, José, *Responsabilidade*, ob, cit., p. 33, crítica a imposição de declaração do caráter fortuito da insolvência no encerramento do processo de insolvência, por considerar atentatória da natureza do incidente e do princípio do pedido (art. 3º, nº1 do CPC), por obrigar a proferir uma decisão não solicitada, uma vez que na prática se decide um incidente sem o instaurar, nem o instruir.

1. O incidente pleno de qualificação da insolvência

O incidente pleno de qualificação da insolvência, consagrado no art. 188.º do CIRE, é a tramitação regra, porém tem diversas características consoante a fase do processo de insolvência.

O incidente de qualificação poderá ser aberto na sentença de declaração de insolvência, nos termos da al. i) do n.º 1 do art. 36.º do CIRE, caso o juiz “*disponha de elementos que justifiquem*” essa abertura. Não o fazendo o código referência à possibilidade de abertura oficiosa após a sentença de declaração de insolvência, consideramos que será possível tal abertura sempre que o juiz “*apresente elementos que o justifiquem*”¹⁹⁸, sendo, esta solução, coerente com as finalidades do incidente.

No caso de não ser declarado oficiosamente aberto o incidente de qualificação, o n.º 1 do 188.º prevê a possibilidade do administrador de insolvência ou qualquer interessado¹⁹⁹, por requerimento²⁰⁰ fundamentado, alegar o que tiverem por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devam ser afetadas por essa qualificação. Os factos alegados são conhecidos pelo juiz, no prazo de 10 dias, e julgando oportuno, declara aberto o incidente de qualificação²⁰¹.

Aberto o incidente pleno de qualificação, se o administrador de insolvência não tiver proposto a qualificação da insolvência como culposa deve apresentar parecer²⁰², devidamente fundamentado e documentado, sobre os factos relevantes, formulando uma proposta, no sentido de qualificar a insolvência como fortuita ou culposa, e, no caso de propor a insolvência como culposa, identifica as pessoas que devem ser afetadas por essa qualificação²⁰³. O parecer do administrador de insolvência deve ser apresentado no prazo

¹⁹⁸ Colhem este entendimento MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 407, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência*, Ob. Cit., p. 687. Em sentido oposto: EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, ob. Cit., p. 149.

¹⁹⁹ A requerimento de qualquer interessado deve interpretar-se no sentido dos sujeitos com legitimidade para requerer a declaração de insolvência, nos termos do art. 20.º do CIRE. Cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 406; OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão*, ob. cit., p. 250.

²⁰⁰ O juiz não deve apreciar o requerimento atendendo apenas a critérios de oportunidade. MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 402.

²⁰¹ O despacho que declare aberto o incidente de qualificação da insolvência é publicado no portal CITIUS e é irrecorrível, mas o despacho que indefira o requerimento de abertura do incidente de qualificação é recorrível, por interpretação *a contrario*.

²⁰² O AI é um colaborador do tribunal e não uma parte no processo e, como tal, a emissão do parecer não é um direito dele, mas um dever funcional que está submetido ao controlo jurisdicional. – cfr. Ac. TR de Évora, de 14/07/2020, proc. n.º 538/16.SOLH-E.E1, rel. por José Manuel Barata.

²⁰³ MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 409 defende que “o administrador que proponha a insolvência como culposa se pronuncie sobre os efeitos da mesma, para que o juiz na sentença de qualificação da insolvência, possa condenar as pessoas afetadas, na restituição de bens ou direitos recebidos

de 20 dias, se não for fixado prazo mais longo pelo juiz, a contar da data da declaração de abertura do incidente (incluído a hipótese de a declaração de abertura do incidente ter sido prolatada nos termos da al. i) do art. 36.º do CIRE).

O parecer e as alegações do requerimento vão com vista ao Ministério Público para que se pronuncie sobre o alegado para efeitos da qualificação da insolvência como culposa, sobre os factos, fundamentos e documentos atestados no parecer do administrador de insolvência e sobre as pessoas indicadas como afetadas pela qualificação da insolvência como culposa (se for o caso). Além dessa pronúncia, retira-se do art. 188.º, n.º 5 do CIRE que o Ministério Público deve propor a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita.

O mesmo normativo, confere ao juiz a faculdade de proferir decisão de qualificação da insolvência como fortuita, se o administrador de insolvência e o Ministério Público propuserem ambos a qualificação de insolvência fortuita. A decisão proferida pelo juiz em consonância com as propostas do administrador de insolvência e do Ministério Público é irrecorrível.

Se após a pronúncia do Ministério Público, o juiz, não proferir decisão nos termos do n.º 5 do art. 188.º do CIRE, “*manda notificar o devedor e citar pessoalmente aqueles que em seu entender²⁰⁴ devem ser afetados pela qualificação da insolvência como culposa*”, para querendo, se oporem no prazo de 15 dias²⁰⁵.

A falta de oposição, mormente dos sujeitos que possam ser afetados pela qualificação de insolvência, pode levar a que certos factos sejam admitidos como verídicos e conseqüentemente, que sejam os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa e sobre eles recaíam graves efeitos dessa qualificação.²⁰⁶

Deduzida oposição, o administrador de insolvência, o Ministério Público e qualquer interessado que assumira posição contrária à oposição, pode, no prazo de 10 dias

em pagamento de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente ou para que possa condenar as pessoas nos créditos não satisfeitos. (189, 2, al. a) e e)), devendo ter em conta, também, o requerimento dos interessados, se o incidente tiver sido aberto após apresentação de requerimento de algum dos interessados”.

²⁰⁴ MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p.410, questiona esta solução, quanto à sua constitucionalidade, pois, se cita os que no seu entender devem ser afetados pela qualificação de insolvência como culposa, então deve dar-lhes a conhecer qual é o seu entender e qual a razão de forma fundamentada.

²⁰⁵ Os pareceres do administrador de insolvência e Ministério Público, bem como os documentos que os instruem, devem acompanhar as notificações e citações, para permitir que a oposição seja deduzida atendendo ao conteúdo dos mesmos.

²⁰⁶ MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p.412.

subsequentes ao término do prazo dos 15 dias, responder-lhes. A tramitação ulterior segue o disposto nos artigos 132.º a 139.º do CIRE, com as necessárias adaptações²⁰⁷.

²⁰⁷FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência e da*, ob. Cit., p. 692. No sentido da existência do despacho saneador (art. 136.º, n.º 3), veja-se MARTINS, Alexandre de Soveral, Ob. Cit., p. 414; OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão (...)*. Ob. Cit., p. 264; SERRA, Catarina, *O regime português da insolvência (...)*, Ob. Cit., p. 143.

2. O incidente limitado de qualificação da insolvência

O incidente limitado de qualificação da insolvência, regulado no art. 191.º do CIRE, ocorre, apenas, em duas situações específicas. A primeira, quando o juiz na sentença de declaração da insolvência, disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente e conclua que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente²⁰⁸, declara aberto o incidente limitado²⁰⁹. A segunda, ocorrerá quando tenha sido aberto incidente pleno de qualificação e o processo de insolvência encerre por insuficiência da massa, passado aquele a correr termos como incidente limitado²¹⁰.

Em termos de tramitação, o incidente de qualificação segue o estatuído para o incidente pleno de qualificação (por remissão do art. 191.º para o art. 188.º ambos do CIRE), mas de forma mitigada.

Em primeiro lugar, o prazo para o administrador de insolvência ou qualquer interessado alegar, o que perfilharem por conveniente, para a qualificação da insolvência como culposa é de 45 dias a contar da data da sentença de declaração da insolvência. Apresentando o administrador de insolvência, nos 15 dias subsequentes, o seu parecer devidamente fundamentado.

Em segundo lugar, compete ao insolvente apresentar os documentos da escrituração, de forma a serem apreciados por qualquer interessado.

Por fim, independentemente da natureza do incidente (pleno ou limitado) e da sua tramitação, este cessa com a sentença de qualificação, qualificando a insolvência como fortuita ou culposa.

²⁰⁸ Cfr. art. 39º, nº1 do CIRE.

²⁰⁹ Salvo se, sendo uma pessoa singular, tenha requerido, anteriormente à sentença de declaração de insolvência, a exoneração do passivo restante, pelo que não se aplica o disposto no artigo 39.º, conforme dispõe o nº8 desse normativo.

²¹⁰ Cfr. Art. 232º, n. 5º do CIRE.

Conclusões

O incidente de qualificação da insolvência é um instituto *suis generis*, completamente inovador, um meio processual que fixa a responsabilização como consequência da qualificação da insolvência como culposa, pelo que tem uma função importante de na responsabilização de comportamentos censuráveis que originam ou agravam situações de insolvência, aliada às funções repressoras e simultaneamente preventivas de comportamentos gerados de estados de insolvência, com repercussões na economia e/ ou no tráfego económico e comercial.

Porventura, o legislador desenhou este incidente num plano extremamente complexo, dúbio, incongruente, dificultando a sua interpretação e aplicação prática, para que seja compreendido, terá de ser, obrigatoriamente, considerado na sua totalidade e avocando para o seu seio as devidas regras gerais e especiais do direito.

Nos primórdios do incidente de qualificação da insolvência, com a instituição do CIRE na ordem jurídica, o incidente era forçosamente aberto em todos os processos de insolvência, uma das suas maiores qualidades à época, ao favorecer a *“previsibilidade e a rapidez da ponderação judicial dos comportamentos sob apreciação. Propiciava-se nessa medida uma tutela mais ágil dos lesados com a insolvência”*²¹¹. Apesar disso, a Lei 16/2012, colocou um fim à obrigatoriedade do incidente, retirando-lhe a sua característica de simplicidade e celeridade, reduzindo, ainda, a probabilidade de o mesmo vir a ocorrer e, com efeito, impunes ficaram comportamentos culposos.

A este retrocesso, aliar-se-á o desinteresse dos credores em impulsionar o incidente, devido à complexidade do mesmo, reforçada, com a regra, da debilidade dos patrimónios dos potenciais afetados (que se refugiam na insolvência pessoal). Ademais, visto que o único efeito ressarcitório dos credores, consagrado no incidente, se limita a indemnização no montante do passivo a descoberto, e não, como deveria, no montante do dano efetivamente causado pelo sujeito que provocou, com dolo ou culpa grave, a situação de insolvência do devedor, tornando-o pouco apelativo para os credores, pois não aparenta que os seus interesses sejam totalmente tutelados com este incidente.

²¹¹ FRADA, Manuel António Carneiro da, A responsabilidade dos Administradores na Insolvência, ob. Cit., p.702.

Com tudo isto, cremos, que se reduziu o escrutínio da culpabilidade dos sujeitos responsáveis pelos diversos estados de insolvência, com a eliminação da obrigatoriedade do incidente.

Somente, pelo exposto, concluiu-se que o instituto está bastante desfasado da realidade e não desempenha, eficazmente, a sua função punitiva e preventiva. Vejamos, ora, concretamente.

Primeiro, na vertente da noção geral de insolvência culposa, do seu teor, retira-se, com facilidade a sua intenção: “a insolvência é culposa quando a situação tiver sido 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”.

Nesta noção de insolvência culposa, apenas, sugerimos uma aproximação ao regime espanhol (que inclui os representantes legais, administradores de direito ou de facto, bem como todos aqueles que tenham colaborado com o devedor para a situação de insolvência culposa), ou seja, alargar o número de sujeito que possam contribuir para qualificar a insolvência como culposa, através dos seus comportamentos com dolo ou culpa grave, e, por essa qualificação ser afetados.

De seguida, no que concerne às presunções elencadas no art. 186º, nº 2 e 3, o legislador pretendeu auxiliar o intérprete no preenchimento do nº1, porém, não o fez adequadamente, pelo contrário, dificultou de forma abismal essa tarefa. Desde logo, por inserir nas normas vários conceitos substantivos e adjetivos. Ademais, será desadequada por pelas presunções absolutas, nos termos do nº 2, desencadeando, de forma automática, a qualificação de insolvência culposa, sem que todos os factos aí catalogados se revelem como condutas dolosas ou gravemente negligentes, como pressupõe o nº1 do art. 186º. Esta previsão originará, em certos casos, a exposição aos efeitos da qualificação de insolvência culposa comportamentos não demonstrativos de culpa qualificada. Por essa ordem de razão, consideramos latente a reestruturação do art 186º, essa poderá

consubstanciar-se em: eliminar as presunções constantes do nº2 e 3; transformar as presunções do nº2 em ilidíveis; ou, no mínimo, adensar as presunções já instituídas²¹².

Por último, relativamente aos efeitos, averiguamos aspetos positivo e negativos, a adoção da sanção de condenação das pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor no montante dos créditos não satisfeitos é, a alteração introduzida pela Lei 16/2012, mais positiva. Em contrapartida, a ausência de critérios orientadores da fixação dos efeitos da declaração de insolvência culposa (que na nossa opinião deverá atender ao grau de culpa), bem como a carência de sanções para o desrespeito dos efeitos decretados, colocam em “*xeque*” a finalidade primordial do incidente.

Em suma, o instituto da qualificação da insolvência ocupa um papel essencial no direito da insolvência, justificando-se a sua permanência, nomeadamente, pela necessidade de uma “eficiente responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas e como mecanismo essencial para evitar insolvências fraudulentas ou dolosas”. Embora, revele diversas anomias e congruências ao longo do seu regime, que dificultam a sua aplicação na prática, como verificámos.

Ademais, concluímos que o critério da culpa, mormente dolosa ou grave, pouco orienta na qualificação da insolvência como culposa (prevalecendo presunções absolutas que ferem o direito à defesa) e, embora, o juiz na sentença tenha de fixar o grau de culpa dos sujeitos afetados por essa qualificação, esse grau de culpa é pouco útil na concretização das sanções a decretar (como na condenação no montante dos créditos não satisfeitos). Assim, a responsabilização assente na culpa e no nexo de causalidade poderá não ser o mais adequado, devendo redirecionar-se tal responsabilidade.

Na nossa opinião, por tudo exposto, urge reestruturar o incidente de qualificação de insolvência, porque acreditamos, aliás, que a tutela dos interesses dos credores sociais passará pela melhoria do presente incidente²¹³, de forma a permitir, de um modo seguro, justo e célere, a responsabilização²¹⁴ de comportamentos causadores de estados de

²¹² A responsabilidade insolvencial deverá ser limitada ao dano efetivamente causado pelo sujeito, repartida em função do grau de culpa de cada afetado, como ocorre na responsabilidade civil (art. 497ºCC).

²¹³ De forma a que os credores não tenham de acionar outros mecanismos de salvaguarda patrimonial.

²¹⁴ Colocando os credores na situação que estariam caso não tivesse ocorrido a insolvência culposa, ou seja, possibilitando-se o ressarcimento dos credores no montante de prejuízos sofridos.

insolvência culposa²¹⁵, influenciando, também, os administradores a atuarem com o cuidado e diligência devido, protegendo-se, assim, o tecido económico português.

²¹⁵ Constatada que seja uma insolvência alguém há de sofrer e as opções são limitadas: sofrem os credores, os sócios, os administradores ou o Estado e parece que o mais justo será os administradores que não cumpram os seus deveres fiduciários suportarem os danos causados, embora não sejam aqueles que necessariamente criam ou agravam a situação de insolvência. RODRÍGUEZ, Carlos López, *Calificación de la insolvencia (...), ob. Cit. p.111.*

Bibliografia

ABREU, Coutinho de / RAMOS, Maria Elisabete, Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores (notas sobre o artigo 379º do Código do Trabalho), in IDET - Miscelâneas, nº 3, Almedina, Coimbra, 2004;

ABREU, Coutinho de, *Direito das Sociedades e direito da insolvência, interações*, in Catarina Serra, IV Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2017, p.181-192;

ABREU, Coutinho de/ RAMOS, Maria Elisabete, *Artigo 78º*, in J.M Coutinho de Abreu (coord.) CSC em comentário, vol. I, Almedina, Coimbra, 2017;

ANTUNES VARELA, João, “*Das obrigações em Geral*”, Vol. I, Almedina, Coimbra, 10.ª ed.,2000;

ANTUNES, José Engrácia, *As pessoas coletivas na Insolvência Culposa*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, nº 30, 2018, disponível em: <https://doi.org/10.26537/rebules.vi30.3155>;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do Nexo de Causalidade ou Nexo de Imputação, Vol. I e II*, Principia, 2013;

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, Principia, 2014.

BERENGUER, Juli Miquel, *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores. Concurso Fortuito – Concurso Culpable*. Editorial Bosch, Barcelona, 2012;

BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa (Da Falência Punitiva à Insolvência Reconstitutiva)*, Coimbra, Almedina, 2015;

BRANCO, José, *Dos Suspeitos do Costume aos Culpados Improváveis (algumas considerações sobre os intervenientes no âmbito do incidente de qualificação da insolvência)*, in Revista de Direito da Insolvência, nº2, Almedina, Coimbra, 2018;

CORDEIRO, António Menezes, *Introdução ao Direito da Insolvência*, in O Direito, Ano 137, nº3, Almedina, Coimbra, 2005;

CORDEIRO, António Menezes, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa "In Agendo"*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013;

COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in “Temas Societários”, Colóquios nº2, IDET/Almedina, Coimbra, 2006;

COSTA, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014;

COSTA, Ricardo, *Administrador de facto e representação das sociedades*, BFDC, Vol. II, 2014;

COSTA, Ricardo, *Insolvência provável e deveres dos administradores de sociedades na reestruturação empresarial: art. 18º da Proposta de Diretiva*, in Alexandre Soveral Martins (coord.), *As PME o (novo) direito da insolvência*, Instituto Jurídico/FDUC, Coimbra, 2018;

COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas coletivas. Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*, in “Julgar”, nº18 (Setembro-Dezembro), Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, in “Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005;

DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes do Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in III Congresso de Direito da Insolvência (coord. Catarina Serra), Coimbra, Almedina, 2015;

FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João, in *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª Ed., Lisboa, Quid Juris, 2015;

FERNANDES, Luís Carvalho, *A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor*, in *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa, *Quid Juris*, 2009;

FRADA, Manuel António Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 67, Vol. I, Janeiro 2007, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>

FRADA, Manuel António Carneiro da, *A responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, Setembro 2006, pp 653 – 702;

GARCÍA GRUCES, José António, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, org. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, Thomson Civitas, 2008;

HERNANDO, Javier MENDÍVIL, *Calificación del Concurso y Coexistencia de las Responsabilidades Concursal y Societária*. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la Primera Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Editorial Bosch, Barcelona, 2013;

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1999;

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Direito da Insolvência*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017;

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril*, in I Congresso de Direito da Insolvência (coordenação: Catarina Serra), Coimbra, Almedina, 2013;

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito da Insolvência*, 8ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018;

MACEDO, Pedro de Sousa, *Manual de direito das falências*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1964.

MAGALHÃES, Carina “*Incidente de Qualificação da Insolvência. Uma visão geral*”, in “Estudos de Direito da Insolvência”, 2015;

MARTÍNEZ, Antonio García, *Artículo 169*, in Pedro Prendes Carril, Tratado práctico concursal, Tomo IV;

MARTINS, Alexandre de Soveral, “Repercussões que os Memorandos da Troika terão no Código da Insolvência”, in *O Memorando da “Troika” e as Empresas*, IDET, Colóquios nº5, Almedina, Coimbra, 2012, p.191-209.

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016;

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 299.

OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *Responsabilidade Civil dos Administradores, entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, 1ª ed., Coimbra Editora, Setembro de 2015;

OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *Responsabilidade Civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência*, RDC, 2018, p.525-619, disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5ac6834b562fa7ae6133269f/1522959182313/2018-12.pdf> (último acesso a 26/10/2020).

OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in “*O Direito*”, Ano 142º, 2010;

OLIVERA, José Ascensão de, *Efeitos da falência sobre a pessoa e negócios do falido*, in “*Revista da Ordem dos Advogados*”, Ano 55, dez. 1995;

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

RAMOS, Maria Elisabete, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, in *Revista Prima@Facies*, nº7, 2005, pp 5-33, disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4548/3414>. (último acesso a 20/10/2020).

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade dos gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência da sociedade comercial*, in *O Direito*, ano 142, nº1, Almedina, Coimbra, 2010;

RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Vol. 14, Coimbra, Almedina, 2015;

RODRÍGUEZ, Carlos López, *Calificación de la insolvencia en la legislación portuguesa, desde la perspectiva de las legislaciones españolas y uruguaya*, in *Revista de Direito da Insolvência* n.º4 (direção Maria do Rosário Epifânio e José Branco), Almedina, Coimbra, 2020.

ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, 2008, p. 2526.

SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator» — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções). Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008*, in *Cadernos de Direito Privado* n.º 21, Braga, Cejur, Janeiro/Março 2008, págs. 54-71.

SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Reimpressão 2019, Almedina, Coimbra, 2019, p. 156.

SERRA, Catarina, *Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 4ª edição, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2010;

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012;

SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da insolvência após alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência*, in *Revista Julgar*, n.º 18, Coimbra Editora, 2012;

YAGUEZ, Ricardo de Ángel, *Artículo 164.*, in Pedro Prendes Carril, *Tratado práctico concursal*, Tomo IV, 2009;

Jurisprudência

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

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 04 de maio.

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 570/2008, de 14 de janeiro.

Ac. do Tribunal Constitucional n.º 280/2015, de 20 de maio.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 28/10/2008, proc. n.º 2577/05.5TBPMS-K.C1 rel. por Artur Dias.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 07/02/2012, proc. n.º 2273/10.1TBLRA-B.C1, rel. por Henrique Antunes.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/05/2012, proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, rel. por Barateiro Martins.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/05/2012, proc. n.º 1053/10.9TJCBR-K.C1, relatado por Barateiro Martins.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, 5/02/2013, proc. 380/09.2TB AVR-B.C1 n.º rel. por Maria José Guerra.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, 22/11/2016, proc. n.º 2675/13.1TBLRA-E.C1, rel. por Maria João Areias.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, 14/04/2015, proc. n.º 1830/10.0TBFIG-Q.C1, rel. por Anabela Luna de Carvalho.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 10/12/2019, proc. n.º 5888/17.3T8VIS-D.C1, rel. por Armindo Oliveira.

Ac. Tribunal da Relação de Évora, de dia 14/07/2020, proc. n.º 1338/17.3T8STS-A.P1, rel. por Jorge Seabra.

Ac. Tribunal da Relação de Évora, de 14/07/2020, proc. n.º 538/16.8OLH-E.E1, rel. por José Manuel Barata.

Ac. Tribunal da Relação de Évora, de 26/09/2019, proc. n.º 1966/09.TBFAR.IE1, rel. por Mário Silva.

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 24/07/2012, proc. n.º 299/10.4TBPTL-A.G1, rel. por Fernando Fernandes Freitas.

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 19/01/2017, proc n.º 391/16.1T8GMR-C.G, rel. por. Pedro Alexandre Damião e Cunha.

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 01/6/2017, proc. n.º 1046/16.2T8GMR-B.G1, relatado por Des. Damião e Cunha e Cunha.

Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 11/10/2018, proc. n.º 616/16.3T8VNF-D.G1, rel por Ana Cristina Duarte.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 12.10.2010, proc. n.º 243/09.1TJPRT-G.P1, rel. por Cecília Agante.

Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 18/09/2017, proc. 7353/15.4T8VNG-A.P1, rel. por Manuel Domingos Fernandes.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 21/02/2019, proc. n.º 1733/15.2T8STS-B.P1, rel. por. Aristides Almeida.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 08/09/2020, proc. n.º 3000/17.8T8STS-E.P1, rel. por: Manuel Domingos Fernandes.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 20/03/2018, proc. nº 9721/15.2T8VNF-E.P1, relatado por Vieira e Cunha.

Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 14-07-2020, proc. nº 1338/17.3T8STS-A.P1 rel. por Jorge Seabra.

Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 26-11-2019, proc. nº2141/14.8TBSTS-B.P1, rel. por Lina Batista.

Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 15.01.2019, proc. nº 273/14.1T8VNG-A.P2, rel. por Maria Portela,

Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 15/01/2019, proc. nº 273/14.1T8VNG-A.P2, rel. por Márcia Portela.

Ac. Tribunal da Relação do Porto, 19/05/2020, proc. nº 976/19.4T8AMT-C.P1, rel. por Alexandra Pelayo.