

A responsabilização do insolvente nas vertentes civil e criminal

Henrique José Coelho de Sousa

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais

Orientação: Professora Doutora Fernanda Maria Neves Rebelo

Professora Doutora Ana Paula Guimarães

Setembro, 2019



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática

Henrique José Coelho de Sousa

A responsabilização do insolvente nas vertentes civil e criminal

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Empresariais apresentada à Universidade Portucalense Infante D. Henrique, para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a Orientação da Professora Doutora Fernanda Rebelo e da Professora Doutora Ana Paula Guimarães

Departamento de Direito

Setembro, 2019



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática

AGRADECIMENTOS

Ao meu Pai (*in memorium*), à minha Mãe e aos meus Irmãos, pelo amor e dedicação íntegros que me construíram e jamais conheceram barreiras.

Aos meus Amigos e Colegas que por incontáveis momentos tiveram a ocasião de testemunhar a feitura do presente trabalho, nomeadamente a Patrícia, a Ana, a Mariana, o Tiago e o Nuno entre bastantes outros.

À Professora Doutora Fernanda Rebelo e à Professora Doutora Ana Paula Guimarães pelos ensinamentos e por toda a disponibilidade demonstrada na Orientação da elaboração da presente dissertação.

Ao Mestre António Martins de Almeida, meu Padrinho de Curso e docente na Licenciatura, de quem habitualmente recordo os conhecimentos que me transmitiu.

Ao Mestre António Graça Moura, meu docente na Licenciatura e Colega de profissão, com quem tive o privilégio de colaborar e de adquirir proveitosos conhecimentos, no decurso do meu estágio da Ordem dos Advogados.

À Universidade Portucalense Infante D. Henrique, minha *alma mater*, que igualmente acolheu o meu Pai enquanto docente do Departamento de Ciências Históricas.

*A culpa transcende o indivíduo, fá-lo responsável
perante os outros e o Outro (Deus), sendo, por
isso, sempre relacional.¹*

Aires Gouveia

¹ GOUVEIA, Aires. Culpa. *in Pólis*. Volume 1, 2.ª edição, Lisboa: Verbo, 1997, página 1447.

RESUMO

A presente dissertação de Mestrado debruça-se sobre o estudo das consequências a que o devedor, judicialmente declarado como insolvente, incorre quando a sua conduta é suscetível de ofender os interesses dos seus credores.

Primeiramente, é analisado o incidente de qualificação da insolvência como culposa, ao abrigo das normas de direito da insolvência. Posteriormente, o presente trabalho ocupa-se do estudo da responsabilidade criminal que recai sobre o insolvente quando este pratica condutas dolosas ou comportamentos negligentes, mais concretamente, no caso de ser agente do crime de insolvência dolosa ou do crime de insolvência negligente.

O devedor, enquanto insolvente, responde civilmente pelas condutas presumivelmente culposas que tenha adotado, enfrentando, entre outras consequências, a obrigação de indemnização, de modo a ressarcir os seus credores na medida do impacto proporcionado pela sua conduta lesiva. No entanto, os mesmos comportamentos serão, eventualmente, suscetíveis de preencher os referidos tipos legais de crime. Nestes casos a intervenção penal será necessária, mercê de o comportamento do devedor poder consubstanciar a violação dos direitos patrimoniais dos credores enquanto bem jurídico.

O tratamento das referidas matérias, caracterizou-se pela análise dos respetivos regimes jurídicos, com referência ao doutrinária e jurisprudencialmente defendido.

Palavras-chave: insolvência culposa; insolvência dolosa; insolvência negligente; credor; devedor; insolvente; administrador de insolvência; incidente de qualificação de insolvência; responsabilidade civil; responsabilidade criminal.

ABSTRACT

The following Master thesis embraces the consequences faced by the insolvent debtor whenever his behavior means damaging effects on his creditors.

First, within the insolvency characterization incident analysis, according to the possibility to make it a culpable situation. Then, the criminal liability is also included on the following essay, especially the fraudulent insolvency and the negligent insolvency crimes.

The debtor, as the insolvent one, shall answer at civil scope according to his/her own presumable guiltiness on his/her behavior, facing the making good the damage on his/her creditors, according to its dimension, between other consequences. However, the same behavior might accord to criminal characterization. This situation requires criminal norms application, in order to punish the violation of creditors' patrimonial rights.

Embracing these issues required legal analysis, as well as doctrine and jurisprudence perspectives.

Keywords: *Guiltiness insolvency; fraudulent insolvency; negligent insolvency; creditor; debtor; insolvent; insolvency administrator; insolvency characterization incident; civil liability, criminal liability.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I – CONTEXTUALIZAÇÃO	12
1. A SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA.....	12
1.1. Do ponto de vista jurídico	12
1.2. No âmbito adjetivo	13
2. SENTIDO HISTÓRICO.....	14
2.1. Código Comercial.....	14
2.2. Código de Falências	16
2.3. Código de Processo Civil	16
2.4. Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência.....	19
II. A DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	24
1. DESTINATÁRIOS	24
1.1. As pessoas singulares	24
1.2. As pessoas coletivas	24
2. EFEITOS JURÍDICOS	26
III – A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO DEVEDOR	30
1. O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO	30
1.1. Breve enquadramento	30
1.2. O incidente pleno da qualificação de insolvência	31
1.3. O incidente limitado da qualificação da insolvência	37
2. AS PRESUNÇÕES LEGAIS.....	38
2.1. As presunções inilidíveis	40
2.2. As presunções ilidíveis	48
2.3. Posição adotada	50
3. EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA	52
3.1. A inibição da administração do património alheio, do exercício do comércio e da ocupação da titularidade de cargos societários ou de outra pessoa coletiva.....	52
3.2. Perda de créditos e condenação de restituição de bens ou de direitos.....	58
3.3. Obrigação de indemnização.....	58

3.4. A sentença judicial.....	60
IV – OS CRIMES DE INSOLVÊNCIA DOLOSA E DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE	64
1. SENTIDO HISTÓRICO.....	64
2. ENQUADRAMENTO LEGAL.....	66
3. O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA	67
3.1. A letra da lei	67
3.2. O tipo de crime	68
3.3. Elementos constitutivos do tipo legal de crime	70
4. O CRIME DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE	90
4.1. A letra da lei	90
4.2. O tipo de crime	93
4.3. Elementos constitutivos do tipo legal de crime	94
CONCLUSÕES	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113
JURISPRUDÊNCIA	118
LEGISLAÇÃO.....	122
WEBGRAFIA.....	123

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac./Acs. – acórdão/acórdãos

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Al. / als. – alínea / alíneas

Art. / Arts. – artigo / artigos

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Cfr. – confronto com

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPEREF – Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e da Falência

CRC – Código do Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-lei

Ed. – edição

F.D.L. – Faculdade de Direito de Lisboa

LOSJ – Lei de Organização do Sistema Judiciário

MP – Ministério Público

N.º / n.ºs – número / números

Ob. cit. – obra citada

P. – página

PER – Processo Especial de Revitalização

Pp. – páginas

Proc. – processo

Reimp. – reimpressão

RFDL – Revista da Faculdade de Direito de Lisboa

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

S/d – sem data

Ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vd. – vide

V.g. – verbi gratia

Vol. – volume.

INTRODUÇÃO

Na presente dissertação propõe-se a apresentação e desenvolvimento do tema da responsabilização do insolvente nas vertentes civil e criminal. Para o efeito, a análise incide sobre o incidente de qualificação de insolvência como culposa e sobre os crimes insolvenciais de insolvência dolosa e de insolvência negligente.

O referido tema foi objeto de adoção no presente trabalho em virtude de ser um tema atual e presente, porquanto as situações de insolvência se impuseram, principalmente na primeira metade da presente década, como uma crescente presença no quotidiano empresarial e mesmo particular no nosso País.

Com vista ao cumprimento do objetivo de análise e desenvolvimento do tema, propomo-nos, especificamente, a analisar a situação do devedor, caracterizada pela impossibilidade de pagamento das dívidas a cujo cumprimento se encontra adstrito. Mais concretamente, o desenvolvimento do que se trata a situação de insolvência, tanto a nível conceptual como no âmbito histórico, o que tem lugar num primeiro capítulo.

A análise dos efeitos jurídicos que têm lugar na sequência da declaração judicial da insolvência é igualmente exigível, tratamento para o qual se destina um segundo capítulo. Justifica-se pela contextualização do incidente de qualificação da insolvência como culposa, seguindo-se o enquadramento legal e os efeitos a nível patrimonial, assim como no âmbito da responsabilidade civil. É o que é tratado no terceiro capítulo do presente trabalho.

Tendo em consideração que, na prática judiciária, as condutas do insolvente que merecem a qualificação da insolvência como culposa em determinados casos merecem igualmente a intervenção do direito penal, é necessária, no presente trabalho, a análise e desenvolvimento dos crimes insolvenciais. Mais precisamente, o estudo relativo aos crimes de insolvência dolosa e de insolvência negligente, com análise das posições doutrinárias e do que tem surgido decidido na jurisprudência é pertinente, o que tem lugar, por fim, num quarto capítulo.

É, portanto, nosso objetivo analisar o que a nossa ordem jurídica reserva ao devedor, que ilegitimamente se torna insolvente, por meio de condutas dolosas ou negligentes.

No tocante à metodologia, para efeitos de pesquisa e desenvolvimento do tema objeto de investigação, recorrer-se-á à análise da lei, mais concretamente o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (doravante, CIRE) e o Código Penal (CP), com suporte na doutrina, mediante consulta de bibliografia composta por obras elaboradas por autores de

reconhecido mérito, que tratam das referidas matérias, assim como à pesquisa de jurisprudência.

I – CONTEXTUALIZAÇÃO

1. A situação de insolvência

1.1. Do ponto de vista jurídico

A epígrafe do art. 3.º do CIRE trata a insolvência como sendo uma situação. Situação a qual poderá justificar a via judicial, no sentido em que se impõe, concretamente, a satisfação de quem se vê prejudicado pela sua verificação, mais propriamente, o credor.²

A noção é necessária a uma pessoa que, enquanto destinatária da ordem jurídica, se socorre da leitura do preceituado com vista do alcançar do entendimento acerca da circunstância que se lhe depara. Indubitavelmente o credor se enquadrará nesta categoria, mas não menos o devedor.³

A situação de insolvência é tratada no próprio texto legal como uma hipótese que se caracteriza pela impossibilidade do devedor em cumprir as suas obrigações vencidas.⁴

Todavia, a palavra situação, aparentemente concreta, é ambígua, podendo significar, do ponto de vista sociológico, quer a posição de uma pessoa num determinado contexto quer o estado em que ela se encontra relativamente à sua condição e aos seus interesses, assim como de terceiros com quem estabeleça uma mínima relação de interdependência. Na primeira aceção poderá ir de encontro a um estatuto social, ao passo que na segunda abrangerá um conceito de condição económica.⁵ A lei acaba por acolher esta última, no sentido em que define, genericamente, como insolvente a pessoa, singular ou coletiva, que se depara com uma situação patrimonial caracterizada pela impossibilidade de efetuar o pontual cumprimento das obrigações a que está adstrita.⁶ A situação abrange igualmente as pessoas coletivas, as quais são, em sentido amplo, das “*organizações de bens e agrupamentos de homens personificados pelo Direito*”, assim como da personalidade jurídica, enquanto “*meio*

² Vide o disposto no artigo 3.º, número 1 do CIRE, aprovado pelo Decreto-Lei (DL) n.º 53/2004, de 18 de março.

³ Vd., na jurisprudência, o Sumário do Acórdão (Ac.) do Tribunal da Relação do Porto (TRP), de 15 de setembro de 2009, Processo n.º 2851/09.1TBVFR.P1 R, de que foi relator Canelas Brás: “I – O processo de insolvência não está primacialmente vocacionado para a definição de direitos dos credores (para o que haverão de recorrer às respectivas acções declarativas), nem para a salvaguarda de bens dos devedores ainda antes da definição daqueles direitos (para o que haverão de recorrer a procedimentos cautelares adequados, ‘maxime’ ao arresto); II – A par dos interesses dos credores há que ponderar ainda a situação do devedor, consabidas as consequências gravosas e, de todo, indesejáveis de uma declaração insustentada do estado de insolvência e a vontade que sempre anima os primeiros de que este venha a ser punido com uma declaração desse teor”.

⁴ Art. 4.º, n.º 1.

⁵ BIROU, Alain. *Dicionário das Ciências Sociais*. 2.ª ed., Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1976, p. 376.

⁶ Confronte com o disposto no art. 3.º, n.º 1 do CIRE.

técnico de organização de interesses” poder ser atribuída a entes que não sejam indivíduos humanos.⁷ Os patrimónios autónomos igualmente se integrarão nesta previsão.⁸

O critério legal de insolvência é a impossibilidade de cumprir as suas obrigações.⁹ Mais propriamente, do ponto de vista jurídico, a insolvência resulta de uma impossibilidade de cumprimento, por parte do devedor, essencialmente assente na falta de meios de pagamento ou bens de liquidez, correspondendo essa falta à impossibilidade de obtenção de meios necessários a prevenir, por regra, a superioridade do passivo relativamente ao ativo, o que se traduz na manifesta incapacidade do devedor fazer face às suas dívidas.¹⁰ Por bens de liquidez podem-se destacar, v.g. dinheiro em caixa e depósitos bancários, créditos bancários vencidos, produtos e títulos de crédito convertíveis em dinheiro.

A efetiva verificação deste circunstancialismo é, pois, o pressuposto objetivo para a respetiva declaração de insolvência.¹¹, sendo que a manifesta superioridade do passivo é concluída em conformidade com o disposto nas normas contabilísticas aplicáveis.¹²

1.2. No âmbito adjetivo

O processo de insolvência é um processo de execução. Não obstante o art. 1.º do CIRE se referir ao processo como um “*processo de execução universal*”, a sua natureza contém elementos próprios de um processo de jurisdição contenciosa, bem como de processos de jurisdição voluntária. Assim é, por se tratar de um processo *sui generis* mas que visa a tutela dos direitos de crédito.¹³

⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 198 e 199; PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. Vol. I, 5.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2018, p. 649; cfr. o disposto nos arts. 2.º, n.º 1, al. a) e 3.º, n.º 2 do CIRE.

⁸ Cfr. o disposto no art. 3.º, n.º 2 do diploma legal; cfr., adiante, II.

⁹ Conforme afirma Soveral Martins - MARTINS, Alexandre de Soveral. *Um Curso de Direito da Insolvência*. 2.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017, p. 47; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial I: introdução, atos de comércio, comerciantes, empresa, sinais distintivos*. 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, páginas 136 e 137.

¹⁰ Vd. na doutrina, a autora Maria do Rosário Epifânio que sublinha que é apenas exigível que “*a(s) dívida(s) pelo seu montante e pelo seu significado no âmbito do passivo do devedor seja(m) reveladora(s) da impossibilidade de cumprimento da generalidade das suas obrigações (...)*” tratando-se aqui de um conceito de “*(...) solvabilidade*” assim como “*(...) pode acontecer que o activo seja superior ao passivo vencido, mas o devedor se encontre em situação de insolvência por falta de liquidez do seu activo*” – EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016, pp. 22 e 23; veja-se, na jurisprudência, mais propriamente o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 30 de Junho de 2011, referente ao Proc. n.º 524/11.4TJLSB-A.L1-6, em que foi Relator Olindo Geraldês: “*1 – A situação de insolvência corresponde a uma incapacidade de cumprimento, em que alguém, por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontra impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações. 2 – Se o devedor, por falta de capacidade creditícia, estiver impossibilitado de cumprir pontualmente a generalidade das suas obrigações, incorre na situação de insolvência, mesmo dispondo de um activo superior ao passivo*”.

¹¹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, pp. 138 e 139.

¹² Vd. o disposto no art. 3.º, n.º 2.

¹³ Segundo as palavras de Catarina Serra, trata-se da “*tutela jurisdicional dos interesses de crédito em sentido objetivo e, logo, do interesse público*”, na medida em que “*a insolvência (...) representa um perigo para todos os que se relacionam com o devedor no plano jurídico e para o interesse público em geral*”, justificando-se assim um regime de promoção do processo que transcende o que resultaria da sua consideração como um mero processo de execução – PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES Rui. *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Coimbra: Almedina. 2013, p. 15, *apud*, SERRA, Catarina. O fundamento público do processo de insolvência do devedor. *in Revista do Ministério Público*, ano 34, n.º 133, jan-mar 2013, pp. 100 e 103.

Assiste aos credores uma de duas opções: a liquidação dos bens que integram a massa insolvente e conseqüente repartição dos resultados distribuíveis ou um plano de insolvência onde o modo de satisfação dos seus legítimos interesses surja regulado autonomamente.¹⁴

De todo o modo, conclui-se que a finalidade do processo de insolvência, implicando a liquidação do património do devedor insolvente, será a satisfação dos credores. Esta é alcançada diretamente, mediante a obtenção do produto, ou indiretamente, por meio da recuperação da empresa (no caso de o insolvente se tratar dessa pessoa coletiva), por efeito do retomar da atividade desta com normalidade e da conseqüente verificação de resultados positivos.¹⁵

2. Sentido histórico

Na análise de uma figura, instituto ou regime jurídico, é necessária a abordagem do que se encontra na sua génese, ainda que sob a forma de um enquadramento histórico, o que se segue.¹⁶

2.1. Código Comercial

O Decreto de 18 de setembro de 1888 originou o Código de Ferreira Borges, entrando em vigor no dia 14 de janeiro do ano seguinte.¹⁷

A codificação veio dar continuidade à contemplação da falência no nosso ordenamento jurídico, que já era objeto de previsão nas *Ordenações* – particularmente as Filipinas – acompanhadas de leis extravagantes então vigentes reguladoras da mesma matéria.¹⁸

¹⁴ Entendimento de Coutinho de Abreu – ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, p. 135.

¹⁵ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 7 e 8. Vd., na jurisprudência, o ponto VII do Sumário do Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC), de 20 de novembro de 2007, Proc. n.º 1124/07.9TJCBR–B.C1, Relator Teles Pereira: “VII – O novo paradigma da insolvência, assentando na primazia do interesse dos credores, e assumindo constituir “custo” destas a recuperação da insolvente, coloca nas mãos dos devedores a opção entre a recuperação e a liquidação”.

¹⁶ Segundo Carvalho Fernandes, “insere-se assim o CIRE num movimento de reformas que (...) após várias décadas de imobilismo, foi alvo o regime da falência no sistema jurídico português.” – FERNANDES, Luís Alberto Carvalho. O CIRE na evolução do regime da falência do Direito Português. in FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Coleção de Estudos sobre a Insolvência*. (reimp.), Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 42.

¹⁷ Tratou-se, na verdade, do primeiro Código português, precedendo a codificação civil, processual e penal, daí Carvalho Fernandes ter utilizado o termo *primórdios* para se referir a essa produção legislativa – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, p. 43; Teve surgimento na sequência da codificação, que se tratou de um movimento de produção legislativa que, a partir do século XVIII, veio constituir a tarefa de – citando-se Nuno Espinosa Gomes da Silva – “levar por diante a promulgação de Códigos”, sendo estes “diplomas legislativos cientificamente sistematizados e organizados abrangendo um importante ramo ou sector da vida jurídica.” – SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: fontes de Direito*. Vol. I, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 294.

¹⁸ Oliveira Ascensão afirma que o movimento – em virtude de esforços doutrinários “muito fecundos” e mercê da situação “caótica” em que na época se encontravam as fontes do Direito – teve surgimento no Ocidente em razão de causas de ordem ideológica, política, técnico-jurídica e prática – ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 285 a 290. Almeida Costa igualmente sublinhou que a “enorme dispersão legislativa e as incertezas jurisprudenciais tornavam, de facto, urgente a reunião num corpo orgânico, das disposições avulsas dessa área jurídica”, surgindo, aliás, conclusivo que não apenas o tocante à falência mas sim o normativo englobante do Direito Comercial em geral conheceu, a partir deste período a necessária codificação – COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2008, pp. 422 e 423.

O Código traduziu-se por ser um corolário da Revolução Francesa, no sentido em que esta última proporcionou o ultrapassar da conceção deste ramo de direito como o direito de uma classe de profissionais.

Na primeira parte do diploma, os títulos XI a XIII do Livro III destinavam-se à regulação da reabilitação do falido e da questão da mora. Ao abrigo dos respetivos normativos, a falência era objeto de declaração subsequente à apresentação do devedor – então designado por falido – na sequência de requerimento dirigido pelo credor ou, nos casos de notoriedade da situação falimentar, por iniciativa do tribunal, visando a liquidação do ativo e, por conseguinte, o pagamento ao credor.

Nessa época, verificara-se já um afastamento da primordial conceção de falência assente na oposição entre dois sujeitos ou dois grupos de sujeitos, distinguindo-se entre quem deveria ser pago (credor) e quem deveria ser punido (devedor), visando o processo de falência, quase que em exclusivo, a liquidação do património do falido, presenciando-se a situação de “falência-liquidação”.¹⁹

O Código Comercial de 1833, não obstante ter significado avanços do direito mercantil português, não se afigurou *obra satisfatória*, devido às suas lacunas ou *deficiências de origem* na regulamentação da atividade mercantil.²⁰

Ulteriormente, teve início a vigência do Código Comercial (CCom) de 1888²¹, tendo sido projetado como a fonte praticamente exclusiva de todo o Direito Comercial.²² A falência foi objeto de ocupação nos sete títulos do seu *Livro IV*.²³ Mais precisamente, os seis primeiros títulos estabeleciam o regime geral da falência, num domínio substantivo, adjetivo e penal²⁴, dedicando-se à quebra e à declaração relativa à da verificação do passivo, da valorização e liquidação do ativo, da suspensão da falência, da sua classificação e do fim da interdição e da reabilitação do falido, cingindo-se o último título a normas de carácter especial relativamente à situação falimentar das sociedades. A declaração judicial da abertura da quebra realizava-se mediante declaração do falido e na sequência de requerimento por parte dos credores - com

¹⁹ Considerações de Carvalho Fernandes e Catarina Serra – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João – *ob. cit.*, pp. 43 e 44 e SERRA, Catarina. *O Regime Português da Insolvência*. 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 9.

²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *ob. cit.*, pp. 423 e 424.

²¹ Tratando-se do Código Comercial vigente desde o dia 1 de janeiro de 1889 aos nossos dias, tendo sido conhecido por Código de Veiga Beirão, aprovado por Carta de Lei de 28 de junho de 1888, publicado pelo Decreto n.º 23 do mesmo ano.

²² Em conformidade com a fórmula revogatória do art. 3.º daquela Carta de Lei: “Desde que principiar a ter vigor o Código, ficará revogada toda a legislação anterior que recair nas matérias que o mesmo Código abrange, e em geral toda a legislação comercial anterior”, disposição que, a ver de Oliveira Ascensão, conteve uma *dupla revogação global*, na medida em que o teve relativamente ao ramo do direito, assim como por instituto em relação às matérias disciplinadas no diploma legal em si, ainda que não fossem de Direito Comercial – ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial: institutos gerais*. Vol. I, Lisboa: F.D.L., 1999, pp. 17 e 18; o mesmo autor tratou a revogação global como uma modalidade de revogação traduzida pela entrada em vigor de uma nova lei reguladora do mesmo instituto jurídico ou todo um ramo de direito, prescindindo-se da demonstração da incompatibilidade específica do preceituado anterior com o ora vigente, referenciando como base legal o disposto no art. 7.º, n.º 2 do CC – ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral ... ob. cit.*, pp. 232 a 234.

²³ Arts. 692.º a 749.º do CCom.

²⁴ É conclusivo que não se justificou regulamentação da falência no CPC de 1876 nem no Código de Processo Comercial de 1895, mercê de esta assim se encontrar integrada tanto no Código de Ferreira Borges como posteriormente no Código de Veiga Beirão.

fundamento na verificação da manifesta insuficiência do ativo para satisfação do passivo - tendo lugar em momento posterior à cessação de pagamentos.

2.2. Código de Falências

Em 1899 deu-se a aprovação do Código de Falências.²⁵

O Código de Falências de 1899 conheceu a junção com o Código de Processo Comercial, aprovado pelo Decreto de 14 de dezembro de 1895. Este último código previa que a declaração de falência resultaria, também, de requerimento do Ministério Público, com fundamento na fuga do falido ou no abandono do estabelecimento.

No ano de 1935, um novo Código de Falências foi aprovado pelo DL n.º 25.981, de 26 de outubro, tendo vigorado durante o período de quatro anos, entrando em vigor, em 1939, do Código de Processo Civil (CPC), diploma inovador no nosso ordenamento jurídico, no âmbito do direito civil adjetivo.

2.3. Código de Processo Civil

O Decreto-Lei n.º 29.637, de 28 de maio de 1939, deu origem à previsão da situação de insuficiência económica tanto das pessoas singulares como das pessoas coletivas. Surgiu tratada no Título IV do Livro III, emergindo a falência como uma das modalidades da liquidação de patrimónios, mais propriamente como liquidação em benefício do credor, em paralelo com a liquidação em benefício dos sócios e com a liquidação em benefício do Estado.²⁶ Ganhava relevo com o diploma legal a *falência-liquidação*.

Deu-se a distinção entre falência e insolvência. A diferença surgia alicerçada no facto de a primeira ser própria dos comerciantes (fossem em nome individual ou sociedades comerciais), ao passo que a segunda surgia reservada aos não comerciantes (fossem, igualmente, pessoas singulares ou coletivas).²⁷ A situação de insolvência tinha lugar na hipótese de um não comerciante ter um passivo superior ao ativo, enquanto a situação falimentar se verificava quando o comerciante se encontrasse num estado de impossibilidade financeira, isto é, de cumprir os seus acordos de índole patrimonial.²⁸ Desta destrição é

²⁵ Efetivando-se a junção deste Código com o Código de Processo Comercial, aprovado pelo Decreto de 14 de dezembro de 1895, o qual, por sua vez, foi revogado para dar lugar à vigência do Código de Processo Comercial de 1905, o qual não adotou discrepâncias relevantes.

²⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit., apud* REIS, J. Alberto dos. *Processos Especiais*. Vol. II (obra póstuma), Coimbra: Coimbra Editora, 1956, pp. 310 e ss.

²⁷ Art. 1355.º do CPC de 1939, mantendo-se no art. 1313.º do então seguidamente vigente CPC do ano de 1961.

²⁸ Mais propriamente, seguindo a letra da lei então vigente: “*impossibilitado de solver os seus compromissos*”; vd. art. 1135.º.

conclusivo que a mesma constituiu a “*nota identificadora*” do, à data, novo regime de insuficiência patrimonial das pessoas jurídicas.²⁹

Igualmente com a codificação se passou a contemplar a apreensão da totalidade dos bens do falido – a *massa falida* – daí em diante objeto de administração levada a cabo pelo então administrador da falência, sob orientação de síndico.³⁰ Passou a ter lugar a determinabilidade da inibição do falido na administração e na disposição dos seus bens presentes e futuros, bem como no exercício do comércio e desempenho de funções de gerente, administrador ou diretor de sociedades comerciais ou civis, carecendo de representação pelo administrador da falência, à exceção do concernente a atos exclusivamente pessoais ou estranhos àquela situação.³¹

Na época, no âmbito das pessoas coletivas, os poderes da gerência não eram objeto de regulamentação legal em específico, podendo antes a lei (mais propriamente o Código de Seabra nos seus arts. 1268.º a 1270.º para as sociedades civis e o Código Comercial pelo disposto no seu art. 154.º) limitar a atividade dos administradores e gerentes.

O processo de falência pautava-se por duas fases principais, visando-se o pagamento ao credor: a verificação do passivo e a valorização e liquidação do ativo. Eram fases caracterizadas pela reclamação de créditos por parte dos credores em incidente declarativo no processo, competindo ao juiz da falência a verificação e graduação dos créditos reclamados (art. 1194.º), assim como a subsequente liquidação do ativo, a qual se caracterizava por constituir o momento da cobrança de créditos do falido sobre terceiros e na venda dos bens da massa falida (arts. 1205.º a 1223.º).

O atual regime – o qual analisar-se-á adiante – é corolário do exposto.³² Aspeto que se limitou a este antecedente, foram os chamados *meios preventivos e suspensivos da falência* que, em 1939, se tratavam de três modalidades legalmente previstas: *concordata, acordo de credores e moratória*.

Pela *concordata* visava-se o pagamento parcelar dos créditos, tendo o valor da percentagem oferecido influência no seu regime de aceitação.³³

O *acordo de credores* implicava a constituição, pelos credores que o subscrevessem ou aceitassem, de uma sociedade por quotas na qual era admitida a entrada de outras pessoas, além daqueles, sendo o capital da sociedade formado pelos respectivos créditos (e pelas entradas de terceiros, havendo-as), recebendo a sociedade o ativo do comerciante, devendo

²⁹ Conforme as palavras de Carvalho Fernandes – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA João. *ob. cit.*, p. 46.

³⁰ Arts. 1153.º e 1173.º.

³¹ Art. 1158.º, parágrafo 2.º.

³² Cfr. adiante **II**.

³³ Arts. 1236.º e ss. do CPC de 1939.

esta proceder ao pagamento dos credores comuns a percentagem dos créditos fixada no acordo e dentro do prazo estipulado neste último.³⁴

A *moratória* caracterizava-se por consistir na fixação de um prazo para efeitos de pagamento aos credores comuns.

A 28 de dezembro de 1961, entrou em vigor um novo CPC, aprovado pelo DL n.º 44 129 daquele ano. Deu seguimento ao contemplado no diploma de 1939, principalmente no tocante à distinção entre falência e insolvência. Foi o início da vigência do sistema de *falência-saneamento*, principalmente a partir de 1976.

Ao abrigo do sistema, o comerciante que efetivamente se deparasse com a impossibilidade do cumprimento das suas obrigações comerciais deveria cessar os pagamentos ou pela apresentação à falência no prazo de dez dias imediatamente após a cessação, mediante requerimento de convocação dos credores.³⁵ O requerimento deveria apresentar-se instruído com a relação de todos os seus credores, assim como com os elementos idóneos para efeitos da convocação de assembleia destinada à aprovação provisória dos créditos. Verifica-se como meio preventivo da declaração da falência a aprovação e homologação da concordata então apresentada pelo comerciante devedor ou em virtude de proposta por parte dos credores.³⁶

Até à declaração da falência³⁷, o devedor mantinha-se administrador dos seus bens e gestor do seu comércio, não obstante a necessária fiscalização por parte do administrador da falência, bem como dos credores nomeados para auxílio deste último, na condição de que o devedor se abstivesse da prática de atos diminutivos do ativo ou modificativos da situação dos credores.³⁸ Veio constituir um outro meio alternativo à declaração da falência, bem como da liquidação do património do falido.³⁹

A realidade emergente na sequência da Revolução de 25 de abril de 1974 veio exigir medidas da evolução legislativa direcionadas para a recuperação de empresas.

³⁴ Arts. 1286.º e ss.

³⁵ Arts. 1140.º, n.º 1, 1141, n.º 2, al. b), 1149.º e 1152.º do CPC à data vigente.

³⁶ Arts. 1164.º e 1168.º; frise-se, a propósito, que o diploma legal consagrava diversos tipos de falência (arts. 1274.º e ss.): a falência casual (art. 1275.º), a falência culposa (art. 1276.º) e a falência fraudulenta (art. 1277.º), sendo que as respetivas sanções correspondentes igualmente conheciam previsão legal (art. 1278.º), bem como se previa a possibilidade de se requerer procedimento para efeitos de apuramento da responsabilidade criminal do falido (art. 1282.º).

³⁷ Que podia ser requerida por qualquer dos credores contanto da verificação de determinados indícios contemplados no art. 1174.º, n.º 1.

³⁸ Arts. 1143.º, n.ºs 1 e 2 e 1144.º; Cfr. o n.º 32 do Relatório do DL que aprovou o Código, onde consta que a concordata ou o acordo seria “*sempre preferível, em regra, à ruínosa liquidação judicial*”, pelo que, na ótica de Carvalho Fernandes, é de concluir que foi uma manifesta intenção de dar a tais meios uma “*prioridade formal e real*”, mercê de ser ter dado uma “*primazia aos meios preventivos*”, não obstante, na prática, ter acabado por ser gorada, na medida da insuficiência da modificação, derivado das limitações provenientes dos vícios da eficácia, mais propriamente em virtude da prioridade dos meios preventivos da declaração de falência depender precisamente da iniciativa do devedor comerciante, por sua vez necessariamente ulterior à cessação dos pagamentos, decorridos dez dias.

³⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 49 a 51.

A adaptação implicou a declaração das empresas em situação económica difícil e a figura dos contratos de viabilização, que se caracterizou pelo *saneamento financeiro* das entidades empresariais, por meio da concessão, por parte das instituições de crédito, de determinados benefícios.⁴⁰ Deste modo, avistando-se a tutela dos interesses dos credores, igualmente se almejaria a garantia da satisfação dos mesmos, dando-se a liquidação universal dos bens do devedor/falido – ou mesmo insolvente – com vista à realização dos créditos de acordo com as possibilidades então remanescentes. À data, *insolvente* era entendido da seguinte forma: “*Insolvente (Dir. Civil; Proc. Civil) - Pessoa singular ou colectiva que se encontra numa situação em que o passivo é superior ao activo. A situação pode ser (...)*” e aqui se verifica a divergência essencial “(...) *uma mera situação de facto ou encontrar-se judicialmente declarada.*” Uma *mera situação de facto* – conforme surgirá adiante conclusivo – nos dias de hoje não merece relevância, mas antes a declaração de insolvência em si constitutiva (conforme exposto em **1.**), em oposição ao que sucedia no período histórico analisado, porquanto a insolvência era entendida como sendo “*um mero estado de facto*”.⁴¹

Contudo, a declaração das empresas em “*situação económica difícil*” efetuava-se mediante a via administrativa e à revelia da maioria das entidades credoras, o que não era devidamente superado na sequência da celebração do contrato de viabilização, uma vez que o Estado deter a função de assegurar nas empresas de facto inviáveis “*os meios necessários à sua viabilização*” (o DL n.º 112/83, de 22 de fevereiro) em virtude da sua particular relevância económica e social.⁴²

2.4. Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência

Como corolário da codificação ocorrida na década seguinte destacaram-se o DL n.º 177/86, de 2 de julho e o DL n.º 10/90, de 5 de janeiro.

Ao abrigo do primeiro texto legal, a viabilidade da empresa em questão e a fixação das providências idóneas à sua recuperação passariam a ter lugar num processo judicial próprio,

⁴⁰ No preceituado do DL n.º 864/76, de 23 de dezembro (então alterado pelo DL n.º 353-H/77, de 29 de agosto) as medidas dirigidas ao *saneamento*/superação da *difícil situação económica* da empresa, tornariam exigível uma apresentação de proposta de contrato de viabilização (esta última em conformidade com o disposto no DL n.º 124/77, de 1 de abril); Carvalho Fernandes, uma vez mais, intitulou, por referência a António Menezes Cordeiro, esta finalidade da época mediante a reutilização do termo *saneamento* para a sua definição, FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, p. 52 *apud* CORDEIRO, António Menezes – *Saneamento financeiro: os deveres de viabilização das empresas e a autonomia privada, sep. Novas Perspectivas do Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, s/d.

⁴¹ PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. Lisboa: Moraes Editores, 1980, p. 292; estes últimos termos, que merecem citação, encontram-se, a propósito, na definição do termo “Insolvência” integrada na respetiva obra – PRATA, Ana. *ob. cit.*, p. 291.

⁴² Carvalho Fernandes apelidou estes aspetos como *vícios*, porquanto implicaram a manutenção dos credores “*à margem do regime de recuperação*”, o que se traduziria num “*mal*” no sentido de ser “*manifesta a sua posição subalterna*” (referindo-se à posição dos credores em face da viabilização da empresa devedora) – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 52 a 54.

ao invés de processo extrajudicial, ou seja, afastando-se a anterior solução caracterizada pelo controlo administrativo estadual.⁴³

Passaram a surgir novos mecanismos provenientes das alterações introduzidas, nomeadamente a faculdade de os credores optarem por qual das vias de recuperação e de falência a adotar, relativamente à empresa devedora e fixação dos meios adequados para o efeito, assim como a configuração do processo de recuperação e de falência como um processo judicial prévio, bem como ainda a possibilidade da gradual eliminação dos contratos de viabilização e dos acordos de assistência.⁴⁴

O DL n.º 10/90, de 5 de janeiro veio estabelecer que o juiz se encontraria vinculado à posição assumida pelos credores, assim como, por outro lado, desobstruir a passagem do processo de recuperação ao de falência nos casos em que uma maioria dos credores se pronunciasse nesse sentido. Veio, pois, visar a aceleração do procedimento recuperatório, constituindo o término de bloqueios então na prática verificados.⁴⁵ Estava consagrado o regime pré-falimentar de recuperação de empresas que se pretendia respeitador do interesse dos credores, pelo que a estabilização do passivo, a definição da oposição do pedido e a celeridade e economia processuais constituíam o seu escopo.⁴⁶

Perante as alterações, é de concluir o fomento da função interventiva dos credores relativamente à opção entre a recuperação e a falência da empresa em situação de dificuldade económico-financeira, visto terem significado uma mudança para o instituto da falência, na medida de esta última daí em diante se ter circunscrito aos casos das empresas consideradas inviáveis em processo judicial próprio – processo este prévio.⁴⁷ Os denominados “*pequenos comerciantes*” igualmente mereceriam processo judicial na condição de as respetivas falências não excedessem a alçada da Relação (à data 2.000.000\$00, que corresponde ao atual valor de 10.000,00 Euros), ao abrigo do então vigente art. 20.º, n.º 1 da Lei n.º 38/87, de 23 de dezembro e arts. 1135.º e ss. do à data vigente CPC, designando-se, então, de *falências sumárias*.

⁴³ Encontrava-se no âmago deste regime “*inovador*” – nas palavras de Menezes Cordeiro – a adição à concordata e ao acordo de credores da gestão controlada da empresa caracterizada pelo esquema da sua recuperação que conhecia uma tramitação própria pautada (arts. 33.º a 49.º do DL n.º 177/86, de 2 de julho) – CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 427 a 429; Henrique Vaz Duarte sublinhou que o regime do DL n.º 177/86, de 2 de julho, com raízes nos ordenamentos jurídicos francês e italiano, constituiu uma “*mudança radical*” no nosso ordenamento interno na medida em que veio “*tutelar e proteger pela primeira vez a empresa incumpridora dos seus compromissos fiscais, salariais ou comerciais, ré ou executada em inúmeros procedimentos, sem qualquer hipótese de financiamento externo ou interno, «queimada» no mercado respectivo, sem espaço de manobra comercial, tecnologicamente obsoleta, semi-paralisada ou totalmente inactiva*” – DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 37 e 38.

⁴⁴ Cfr., igualmente, o disposto nos arts. 53.º a 55.º do DL 177/86, de 2 de julho.

⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes – *ob. cit.*, p. 428.

⁴⁶ Cfr. o disposto no preâmbulo n.º 3 do DL n.º 10/90, de 5 de janeiro e nos arts. 2.º, 6.º, 9.º e 18.º do diploma legal, cujo conteúdo foi objeto de análise por Henrique Vaz Duarte – DUARTE, Henrique Vaz. *ob. cit.*, pp. 43 a 46.

⁴⁷ Carvalho Fernandes defendeu que, nessa medida, o processo de falência – pelo menos *tendencialmente* – passava a estar, desde então, “*votado exclusivamente à liquidação do património do devedor, com a satisfação possível do interesse dos credores*”, o que veio, contudo, a mudar definitivamente com a presença do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF) – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 57 e 58.

No seguimento da vigência dos textos legais de 1986 e de 1990, impor-se-ia o fim do regime da falência no CPC de 1961, em virtude da conseqüente exigibilidade da condensação do preceituado substantivo e adjetivo da matéria num só diploma legal. Esta necessidade levou à entrada em vigor do CPEREF, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de abril. Acrescenta-se a legislação avulsa ulteriormente publicada, nomeadamente o DL n.º 254/93, de 15 de julho que regulamentou o sistema de recrutamento para as listas oficiais de gestores e liquidatários, respetivos estatutos e critérios de remuneração, o DL n.º 188/96, de 8 de outubro, que estabeleceu regras limitativas às funções de gestor e de liquidatário, o DL n.º 40/97, de 6 de fevereiro, que levou à criação dos tribunais de competência especializada, mais concretamente, os *tribunais de recuperação da empresa e da falência* sítos em Gaia e em Lisboa.⁴⁸

Tratou-se de um diploma legal que esteve na origem da conceção de *falência-saneamento*, que levou à “*consagração plena*” do sistema de falência-saneamento.⁴⁹ Verificou-se no código um regime que previu os processos especiais de falência e de recuperação de empresas, aplicáveis aos sujeitos insolventes.⁵⁰

Terminou a conceção de *falência-liquidação*. No novo regime jurídico, priorizou-se a recuperação da empresa devedora sobre a sua possível falência⁵¹, mediante o acréscimo das medidas de recuperação pautadas pela maior relevância conferida aos credores relativamente ao destino da empresa devedora, sem prescindir da transparência e da celeridade da liquidação do património do falido.⁵² Este reforço da priorização teve como instrumento um conjunto de quatro providências distintas, contudo flexíveis e suscetíveis de oferecer as adequadas medidas de recuperação que se interpenetravam e se completavam: a concordata, a reconstituição empresarial, a reestruturação financeira e a gestão controlada.⁵³

Os “*índices típicos*” da declaração de falência⁵⁴, que passaram a constituir pressuposto da aplicação da providência de recuperação, foram a falta de cumprimento de obrigações por parte do devedor reveladora da impossibilidade da satisfação dos credores, a fuga do titular ou abandono do respetivo estabelecimento ou a dissipação de bens entre outras

⁴⁸ O DL n.º 157/97, de 24 de junho, estabeleceu e clarificou o regime geral de aplicação do CPEREF às ações pendentes; o DL n.º 79/98, de 2 de abril, que se ocupou de definir a criação das sociedades de gestores e liquidatários judiciais; e o DL n.º 316/98, de 20 de outubro instituiu o procedimento extra judicial de conciliação.

⁴⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, p. 62.

⁵⁰ Eliminou-se a distinção entre falência e insolvência, definindo, a propósito, Menezes Cordeiro que a insuficiência patrimonial, traduzida na ausência de pagamento, era a insolvência, ao passo que a falência se resumia à “*situação jurídica daí decorrente, assente em decisões judiciais com regras complexas*” – CORDEIRO, António Menezes. *ob. cit.*, p. 408.

⁵¹ Cfr. o art. 27.º, n.º 1, do CPEREF.

⁵² Conforme o disposto no Preâmbulo do CPEREF, a recuperação “*só tem justificação plena, ao nível da própria economia ou a sociedade comercial devedora se possam realmente considerar como unidades económicas viáveis*”, pelo que autores como Catarina Serra e Henrique Vaz Duarte, adotaram o termo “*primado da recuperação*”. Cfr. SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 11 e DUARTE, Henrique Vaz. *ob. cit.*, p. 47 – tendo em conta o disposto no art. 1.º, n.º 2, do diploma legal.

⁵³ CORDEIRO, António Menezes. *ob. cit.*, pp. 429 e 430; cfr., respetivamente, o disposto nos arts. 66.º, 78.º, n.º 1, 87.º e 97.º do CPEREF.

⁵⁴ Expressão de Oliveira Ascensão – ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial ... ob. cit.*, p. 205.

condutas consideradas abusivas que estejam por sua vez na origem da intenção do devedor em se colocar em situação de insolvência.⁵⁵ Na prática, a falência esteve na gênese de impedimento superveniente dos gestores exercerem as suas funções no âmbito da administração das suas empresas.

A insolvência passou a ser distinguida, em definitivo, do instituto da falência, no sentido de a primeira ser tratada como pressuposto da declaração desta última.⁵⁶

Mais merece realce que se deu a extinção do síndico e da Câmara de Falências, anteriormente instituído pelo Código de Falências de 1935, dando lugar ao liquidatário judicial e à comissão de credores, conferindo-se uma relevância aos princípios do dispositivo, da oportunidade e da celeridade processual. Levou a uma privatização do regime da falência, resultante, igualmente, da extinção dos privilégios creditórios estaduais, cuja *ratio* residiu no facto de o credor estadual dever visar o saneamento económico-financeiro da empresa devedora, em lugar do seu reembolso aquando da liquidação patrimonial, porquanto este último era insatisfatório ou nulo.⁵⁷

Contudo, o processo de falência continuou a revelar-se excessivamente moroso e a liquidação judicial da massa falida persistiu em ser ruínosa, assim como o *primado* da recuperação da falência não conseguiu o desejável, devido à frequente insuficiência da intervenção dos credores.⁵⁸ Não obstante, o CPEREF imprimiu a sua importante marca no sentido em que constituiu uma relevante correção do regime anterior, proporcionada pelo tratamento conjunto da recuperação e da falência, de modo que significou uma determinada inovação no sistema falimentar português.⁵⁹

Até à entrada em vigor do CPEREF a falência e a insolvência eram, pois, dois institutos autónomos. A falência era um instituto privativo dos comerciantes relativo a um estado de impotência económica do devedor em virtude da sua impossibilidade em cumprir pontualmente as suas obrigações, e não necessariamente em razão da sua situação patrimonial na qual o passivo se revelasse superior ao ativo. Esta superioridade, quando causadora da incapacidade de cumprimento por parte dos não comerciantes, era precisamente a situação de

⁵⁵ Cfr. o disposto no art. 8.º, n.º 1 do CPEREF.

⁵⁶ Cfr. os arts. 1.º e 3.º; Oliveira Ascensão defendeu que “*o que nunca se pode admitir é que uma entidade insolvente não possa mais ser declarada falida*” (...) “*A falência é de interesse público, há um dever de apresentação que não se tolera a anomalia de se irem amontoando indefinidamente dívidas que recaiam sobre a sociedade em geral.*” – ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial ... ob. cit.*, p. 206.

⁵⁷ DUARTE, Henrique Vaz. *ob. cit.*, pp. 48 a 51.

⁵⁸ Permaneciam os designados por Carvalho Fernandes “*principais males*” que vinham afetando o processo de falência – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, apud O Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência; Balanço e Perspectivas. in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, janeiro-setembro, 1997, Ano XXXIX (XII da 2.ª Série), n.ºs 1-2-3, pp. 5 e ss.

⁵⁹ Carvalho Fernandes assim o expôs, defendendo a existência de coordenação entre a via da recuperação e a via da falência no âmbito processual, porquanto no Relatório do *diploma preambular* do CPEREF – no penúltimo parágrafo do n.º 2 – consta a ideia de *circulação* entre ambos os processos, corolário do fim da distinção entre falência e insolvência, sendo o regime da primeira comum aos comerciantes e aos não comerciantes (cfr. art. 1.º, n.º 1) – às pessoas coletivas (v.g. empresas) e às pessoas singulares – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 59 e 60.

insolvência. Com o CPEREF, a distinção teve o seu fim, porquanto foi instituído para os comerciantes e para os não comerciantes o mesmo critério de incapacidade económica, tendo sido este denominado por *estado de insolvência*, passando a ser aplicável a ambos o mesmo mecanismo de liquidação patrimonial, que foi a *falência*. O requisito da declaração da falência era, pois, aquele estado de insolvência.⁶⁰ Contudo, se o devedor fosse titular de uma empresa, então sujeita à providência de recuperação, ou não fosse de uma empresa mas beneficiasse de concordata, a declaração de falência podia não ter lugar.

A revisão⁶¹ integral do regime incorporou-se no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) que entrou em vigor em 2004, o diploma diferenciou-se notoriamente do diploma antecessor, atendendo-se, a nível formal, a uma sistematização própria, mais sendo fruto da preocupação de, no âmbito material, realçar a finalidade do processo de insolvência e a sua unificação⁶², aos pressupostos objetivos e subjetivos da insolvência⁶³, às categorias de credores e ao reforço do seu papel⁶⁴, à desjudicialização do processo⁶⁵, aos efeitos da declaração de insolvência⁶⁶ e, por fim, à celeridade processual⁶⁷. Em suma, teve como objetivo uma *mais correta perspetivação e delineação das finalidades e da estrutura do processo* de insolvência, tendo desaparecido integralmente a aplicação em concreto da figura da falência.⁶⁸ É este o texto legal que atualmente se encontra em vigor⁶⁹ - e que doravante, no tocante ao incidente de insolvência culposa, é objeto do presente estudo.

⁶⁰ Cfr. o art. 3.º, n.º 2 do CPEREF, na versão alterada pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro, que definia o estado de insolvência como a impossibilidade em que o devedor se encontrava de "(...) *cumprir pontualmente as suas obrigações em virtude de o seu activo disponível ser insuficiente para satisfazer o seu passivo exigível.*"

⁶¹ Inovação, atendendo ao disposto no ponto n.º 6 do Relatório do *decreto preambular* onde é afirmado que a "*suposta prevalência da via de recuperação*" foi "*errónea*", antes pugnando pela "*satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores*" que é o "*objectivo precípua*" (ponto n.º 3); no entendimento de Carvalho Fernandes, os termos em que a matéria é tratada no Relatório do *decreto preambular* são "*excessivos e, como tais, menos correctos, porquanto no regime do CPEREF era nas mãos dos credores que fundamentalmente estava o destino da empresa*", conforme, em alusão efetuada pelo autor, se pode verificar do disposto nos arts. 23.º, 25.º e 122.º do diploma legal revogado.

⁶² Cfr. a autorização legislativa da Assembleia da República – Lei n.º 39/2003, de 22 de agosto – e o ponto n.º 7 do Relatório do *decreto preambular* do CIRE e o disposto no art. 1.º do próprio diploma legal.

⁶³ Cfr. os arts. 2.º e 3.º do CIRE.

⁶⁴ Vd. o disposto nos arts. 47.º a 51.º, 66.º e ss., 72.º e ss. e 172.º a 177.º do diploma legal.

⁶⁵ Cfr. o ponto n.º 10 do Relatório do *decreto preambular*, e ainda o disposto no art. 128.º, cujo n.º 2 prevê a possibilidade de a reclamação de créditos ser feita mediante requerimento dirigido ao administrador da insolvência, cabendo apenas ao juiz, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 130.º, a homologação da lista dos créditos reconhecidos por aquele; levantar-se-á, em nosso entendimento, a questão sobre se tal será efetuado de modo imparcial comparativamente com o que sucederia na hipótese de ser feito pelo juiz, no sentido em que a decisão deste último será, em princípio, mais fidedigna, tendo em conta que a decisão do julgador caracterizar-se-á, de modo acrescido, pela sua superior objetividade, mercê das garantias de imparcialidade.

⁶⁶ Vd. os arts. 81.º a 127.º do Código.

⁶⁷ Preocupação do legislador, em virtude da morosidade dos processos de falência – cfr. o ponto n.º 12 do Relatório do *decreto preambular* do CIRE – que levou a medidas legislativas no tocante à declaração da insolvência, nomeadamente a sua declaração imediata (art. 28.º) e a declaração do carácter urgente do processo, assim como dos seus respetivos incidentes, apensos e recursos e ainda dos registos dos atos praticados na pendência do processo (art.º 9.º, n.ºs 1 e 5); Menezes Cordeiro e Catarina Serra usam o certo termo "*simplificação do processo*" – CORDEIRO, António Menezes. *ob. cit.*, pp. 446 a 452, e, em geral: SERRA, Catarina. *ob. cit.*

⁶⁸ Cfr. os pontos n.ºs 2 e 3 do Preâmbulo do DL 53/2004, de 18 de março; CORDEIRO, António Menezes. *ob. cit.*, p. 409.

⁶⁹ Tendo conhecido alterações legislativas pelos DL n.º 200/2004, de 18 de agosto, DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, DL n.º 282/2007, de 7 de agosto, DL n.º 116/2008, de 4 de julho, DL n.º 185/2009, de 12 de agosto, Lei n.º 16/2012, de 20 e abril, Lei n.º 66-B/2012, de 20 de abril, DL n.º 26/2015, de 6 de fevereiro, o DL n.º 79/2017, de 30 de junho, a Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, a Lei n.º 8/2018, de 2 de março e o DL n.º 84/2019, de 28 de junho.

II. A DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

1. Destinatários

É, desde logo, necessário analisar o pressuposto subjetivo da insolvência, isto é, quem são as pessoas suscetíveis de serem judicialmente declaradas insolventes.

1.1. As pessoas singulares

No âmbito das pessoas singulares, estas encontram-se em face de uma situação suscetível de ser objetivamente considerada como de insolvência.⁷⁰

Podem ser declaradas insolventes quaisquer pessoas singulares, mesmo que possam ser, eventualmente, incapazes.⁷¹ Não terão de ser necessariamente comerciantes, nem deverão forçosamente ser proprietários e/ou exploradores de uma entidade empresarial.⁷²

1.2. As pessoas coletivas

Na hipótese de o insolvente se tratar de uma pessoa coletiva, a declaração de insolvência implica a proibição de administração e de disposição dos bens presentes ou futuros aos administradores, que são as pessoas a quem compete a administração ou liquidação da entidade insolvente.⁷³

As empresas, quaisquer que sejam, são destinatárias das normas do CIRE. Ressalve-se, muito embora que é a pessoa singular ou coletiva titular da empresa que será sujeita à declaração de insolvência, exceto se tiver personalidade jurídica ou autonomia patrimonial, o

⁷⁰ Vd. *supra* 1.1. de I; vd. arts. 1.º e 2.º do CIRE; vd., a propósito, Ac. do TRL, de 21 de março de 2012, Proc. 1702/11.1YXLSB.L1-8, Relatora Catarina Manso, que decidiu o seguinte: “O tribunal de comércio tem competência material para a declaração de insolvência da pessoa singular que desenvolve uma atividade de características comerciais e é identificada como comerciante em nome individual”, o que, a ver de Ana Prata, de Jorge Morais Carvalho e de Rui Simões, significa que o elemento relevante para determinar a competência não é o facto de se tratar de pessoa singular ou coletiva, mas antes o facto de a massa insolvente integrar, ou não, uma empresa, porquanto uma pessoa singular pode ser titular de uma empresa, o que determina que para o processo da respetiva insolvência é competente o tribunal de comércio – PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 28.

⁷¹ Cfr. art. 19.º do CIRE; não existindo um órgão de administração, fica estipulado que qualquer administrador pode ter a iniciativa de apresentação à insolvência – cfr. PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 79. Menezes Leitão vem salientar que é, atualmente, admissível a aplicação do processo a, por regra, “todas e quaisquer pessoas singulares ou coletivas, empresariais ou não, com personalidade jurídica ou sem ela.” - em análise ao disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 2.º do CIRE - PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 16 e 17; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, pp. 135 e 136; CORDEIRO, António Menezes. *ob. cit.*, p. 442; CUNHA, Paulo Olavo. *Lições de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 125 e 126; EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, pp. 19 e 20; FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 87 e 88; MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, pp. 61 a 63; MARTINS, Luís M.. *Processo de Insolvência: anotado e comentado*. 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, pp. 449 a 451; SERRA, Catarina. *ob. cit.*, pp. 15 e 16; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 46 e 47, e cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*. 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018; o mesmo tem vindo a ser defendido na jurisprudência - cfr. o ponto I do Sumário do Ac. do TRC, de 11 de maio de 2010, referente ao Proc. n.º 2420/09.6TBVIS.C1, Relator Falcão de Magalhães: “I – Definindo o escopo do processo de insolvência, dispõe o art. 1.º do CIRE ser este um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores (ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência)”.

⁷² Cfr. o disposto nos arts. 2.º, 18.º, n.º 1 e 192.º, n.º 1 do CIRE; tendência, conforme realça Coutinho de Abreu, que surgiu consagrada em ordenamentos jurídicos externos, tais como a *Insolvenzordnung* alemã constante da *InsO* datada de 1994 e, mais recentemente a *Ley Concursal* espanhola, de 9 de julho de 2003, no seu art. 1 – ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, p. 137.

⁷³ Cfr. o disposto no art. 6.º, n.º 1, al. a) do CIRE.

que se justifica por o destinatário não ser necessariamente a empresa (não obstante se vise a *recuperação de empresas*) mas o devedor. Este aspeto não obsta igualmente à recuperação da empresa mesmo sendo impossível a recuperação do devedor, nos termos do disposto no art. 195.º, n.º 2, al. b) do CIRE.⁷⁴ Não é necessária a qualidade de comerciante nem a profissionalidade no exercício da atividade nem mesmo o fim lucrativo.⁷⁵

Portanto, os requisitos necessários serão o da personalidade judiciária ou da autonomia patrimonial. São abrangidas por este conceito as sociedades comerciais e as sociedades civis sob forma comercial com ato constitutivo registado, ao abrigo dos arts. 5.º, n.ºs 1 e 4 do CSC, assim como as sociedades por quotas e sociedades anónimas unipessoais, bem como as cooperativas cujo ato constitutivo se encontra registado nos termos do art. 17.º do Código Cooperativo, além das associações e fundações que gozem de personalidade jurídica (arts. 157.º, 158.º, n.ºs 1 e 2, bem como conforme o disposto no 167.º, n.º 1 do CC), agrupamentos complementares de empresas inscritas no registo comercial (Base IV da Lei n.º 4/73, de 4 de junho) e agrupamentos europeus de interesse económico (art. 1.º do DL 148/90, de 9 de maio).^{76 77 78}

A norma que consagra o pressuposto subjetivo da declaração judicial de insolvência contém uma enunciação exemplificativa, mercê da sua abertura no elenco dos sujeitos passivos.⁷⁹

⁷⁴ Cfr. o disposto no art. 18.º, n.ºs 2 e 3 e no art. 192.º, n.º 3 do CIRE; cfr., adiante 3.3, em 3.

⁷⁵ *Profissionalidade* na medida em que a atividade comercial exige conhecimentos específicos, experiência e consequentemente competência associada a uma capacidade de assunção de risco, porquanto se encontram em jogo interesses de foro económico que envolvem receitas e despesas importantes – VASCONCELOS, Pedro Pais. *Direito Comercial*. Vol. I (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017, pp. 23 e 24.

⁷⁶ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 16; veja-se e interprete-se *a contrario sensu*, na jurisprudência, o Ac. do TRP, de 22 de fevereiro de 2011, relativo ao Proc. 1817/10.3TBSTS.P1, Relatora Maria Eiró: “*Não é possível requerer-se a insolvência de sociedade comercial já dissolvida, com o registo de encerramento da liquidação efetuado, porque já extinta, e por isso desprovida de personalidade jurídica e judiciária*”. Carvalho Fernandes, por sua vez, considerou que o critério relevante na fixação do âmbito subjetivo da insolvência é mesmo apenas o da autonomia patrimonial e não o da personalidade jurídica, uma vez que o processo de insolvência é aplicável a entidades sem personalidade jurídica – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 87 e 88.

⁷⁷ Paulo Olavo Cunha afirma que a noção, pela sua amplitude, abandona a exigência da profissionalidade, antes só pressupondo a natureza económica da atividade levada a cabo pela pessoa coletiva – CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das Sociedades Comerciais*. 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 779 a 781; Cassiano dos Santos é do entendimento que o CIRE apresenta uma noção específica mas não rigorosa de empresa, porquanto o dever de apresentação à insolvência pelas entidades pressupõe certo nível de exigência, o que somente é possível se a atividade em causa for “*dotada de alguma estruturação*” caracterizada por uma organização resultante de uma “*dessubjectivação e uma profissionalidade mínimas (...)*” não se encontrando abrangidas “*as puras actividades individuais, nem tão-pouco as actuações mais incipientes de certos comerciantes (...)* que não têm densidade suficiente para serem classificadas como organizações – SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português – Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 212 e 213.

⁷⁸ Carvalho Fernandes entendeu que o art. 5.º estabelece uma noção de empresa *ad hoc*, sendo que as que constituem a exceção à regra são as pessoas coletivas públicas e as entidades públicas empresariais, bem como as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, determinadas empresas de investimento e os organismos de investimento coletivo (cfr. o n.º 2 do mesmo art. 2.º do CIRE); o autor sublinhou que “*em absoluto*” tais entidades não podem ser sujeitas ao processo de insolvência – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 88 e 89 –, justificando Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões esta impossibilidade em razão do carácter público o qual pressupõe a prossecução de interesses gerais que implicam um tratamento diverso do que é dado aos patrimónios autónomos privados, além de determinadas entidades, em virtude de igualmente prosseguirem interesses de relevância geral, merecem um regime excecional, o que igualmente encontra íntegro fundamento – PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 17.

⁷⁹ Tal como realçado pela doutrina, por sua vez dividida: Catarina Serra afirma que a norma constante do art. 2.º, n.º 1 do CIRE acaba por conferir maior alcance do que nos regimes anteriores, porquanto assenta numa enumeração “*meramente exemplificativa*” e não numa cláusula geral, com a referência final para “*quaisquer outros patrimónios autónomos*” – PRATA, Ana, CARVALHO,

O autor CARNEIRO DA FRADA, a propósito do chamado *dever de legalidade dos administradores* sublinha a imposição do dever de adoção de condutas que cumpram o legalmente disposto, tendo exemplificado a insolvência culposa como caso em que se dá o incumprimento:

Todos concordarão certamente, de modo espontâneo, em que os administradores (ou gerentes) das sociedades comerciais hão-de observar uma conduta conforme com a lei. Abreviadamente, poderá chamar-se a esse dever o dever de legalidade dos administradores. (...) Algumas dessas regras são gerais, como as do art. 64.º do CSC, que determina os deveres fundamentais dos administradores. Noutros casos, estão em causa comportamentos específicos, explícita ou implicitamente proibidos ou ordenados aos administradores, podendo servir de exemplo aqueles a que, em matéria de insolvência culposa, se refere o art. 186.º do CIRE.⁸⁰

As regras *prescritivas e proibitivas* tratar-se-ão, também, de normas de domínio ambiental, fiscal, laboral, do mercado de capitais, entre outras, encontrando-se a pessoa coletiva obrigada ao seu cumprimento, enquanto destinatária, e por conseguinte igualmente os representantes, pelo que serão estes últimos os responsáveis por quaisquer inobservâncias, o que CARNEIRO DA FRADA igualmente salienta:

A questão que logo se coloca é se o administrador responde, e até que ponto, por infrações da lei ou da ordem jurídica por parte da sociedade (...) A nossa resposta é aqui, em qualquer caso, positiva. (...) Foi esta que agiu no tráfico jurídico, é ela aquela que se apresenta externamente responsável. Por isso, ou para isso, se apresenta ela própria dotada de imputabilidade delitual ou de capacidade negocial.⁸¹

2. Efeitos jurídicos

A doutrina, por vezes, refere-se a pessoas *físicas* ou *jurídicas*⁸², o que tem fundamento no facto de o devedor poder ser declarado insolvente, seja pessoa singular ou pessoa coletiva.⁸³

Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 15 e 16. Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões são do entendimento que o n.º 1 do art. 2.º do diploma legal contém uma enumeração desprovida de elementos que permitem a sua qualificação como fechada ou exemplificativa, somente sendo possível inferir que a norma é enunciativa com a particularidade de um dos elementos ser aberto, mais propriamente o elemento constante da al. h) que por sua vez não determina os patrimónios autónomos, sendo suscetível de abranger todos os acervos patrimoniais que se encontrem em situação de insolvência – PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 16. É-nos mais legítima a opinião de Catarina Serra, em razão de a autora designar a enumeração como sobretudo exemplificativa.

⁸⁰ FRADA, Manuel Carneiro da. O dever de uma conduta conforme com a Lei: um novo (e não escrito) dever fundamental dos administradores? in CRUZ, José Neves (e outros), coord. *Infrações Económicas e Financeiras: estudos de criminologia e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 517 e 518.

⁸¹ FRADA, Manuel Carneiro da. O dever de uma conduta conforme com a Lei: um novo (e não escrito) dever fundamental dos administradores? in CRUZ, José Neves (e outros), coord. *ob. cit.*, pp. 522 e 523.

⁸² V.g. PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 16, ABREU, Jorge Coutinho de. *ob. cit.*, p. 138 e SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 15.

⁸³ Cfr. a decisão constante do Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG), de 22 de janeiro de 2013, Proc. n.º 781/12.9TBPTL.G1, Relator Filipe Carço, pelo que as associações com personalidade jurídica, enquanto pessoas coletivas de direito privado, são sujeitos passivos de insolvência nos termos do disposto no art. 2.º, n.º 1, al. a) do CIRE, o que veio, então, reforçar a aplicação prática do preceito; da mesma forma – ainda que *a contrario sensu* - o Ac. do TRC, de 11 de maio de 2010, relativo ao Proc. n.º 2420/09.6TBVIS.C1, Relator Falcão de Magalhães, sublinha o seguinte: “IV – Embora já dissolvida, enquanto perdurar a liquidação a sociedade mantém a personalidade jurídica, que só finda com a sua extinção, o que ocorre com o registo de encerramento da liquidação (arts. 146.º, n.º 2, e 160.º, n.º 2 do CSC).”, para depois salientar que “V – Uma sociedade comercial

O devedor é obrigado a apresentar-se à insolvência, nos trinta dias posteriores à data do conhecimento (ou do momento em que o conhecimento tiver sido possível) da situação de insuficiência económica, isto é, da insolvência atual.⁸⁴

É obrigatória a apresentação à insolvência, perante a situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas.⁸⁵ O não cumprimento deste dever implica a verificação de consequências para o devedor que poderão alcançar a dimensão criminal, o que se justifica por a presunção de culpa grave ser suscetível de levar à tomada de conhecimento, pelo Ministério Público (MP), da prática do crime de insolvência dolosa ou de insolvência negligente, nos termos do disposto no art. 297.º, n.º 1 do CIRE.⁸⁶

Outra situação é a de insolvência iminente cujo reconhecimento deverá ter como pontos de partida que o passivo do devedor seja manifestamente superior ao ativo e que, tendo em consideração a viabilidade económico-financeira da atividade, o ciclo económico e a capacidade de obtenção de crédito, o incumprimento das obrigações vincendas a curto prazo seja evidente e inelutável.⁸⁷

Declarado insolvente, o devedor passa a deparar-se com uma limitação, que consiste numa privação dos poderes de disposição e de administração dos seus bens, caracterizada pela restrição em ceder os seus rendimentos ou em alienar bens futuros suscetíveis de penhora, independentemente da sua natureza e de terem sido adquiridos posteriormente ao encerramento do processo.⁸⁸ Eis que os efeitos da declaração da insolvência vêm interferir em múltiplos aspetos relativos à sua atuação jurídica do devedor. Os poderes de administração e de disposição dos bens da massa insolvente passam para um terceiro – o administrador da insolvência. A este último será incumbida a realização destes atos, agindo em substituição do insolvente.⁸⁹

Veja-se, na jurisprudência, o sumário do Ac. do TRG, de 16 de abril de 2009, relativo ao Proc. n.º 2802/06.5TBGMR-F.G1, em que foi Relator CONCEIÇÃO BUCHO:

dissolvida por acordo dos sócios não pode, depois de extinta, ou seja, depois de registado o encerramento da respectiva liquidação, ser objecto de processo de insolvência."

⁸⁴ Cfr. o disposto no arts. 18.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1 do CIRE.

⁸⁵ A ver de Cassiano dos Santos, este dever impende a pessoas singular ou coletiva somente na condição de se verificar esta situação de impossibilidade de cumprimento, sendo que as restantes somente consistem numa situação de "deficit patrimonial", tendo em conta o disposto no art. 3.º, n.º 1 do CIRE, o que encontra fundamento em virtude de se visar evitar o agravamento da situação e por conseguinte prevenir o grave prejuízo dos credores – SANTOS, Filipe Cassiano dos. *ob. cit.*, pp. 213 e 214.

⁸⁶ Cfr. adiante, 3. e 4. em IV.

⁸⁷ Os autores Pestana de Vasconcelos e Pedro Caeiro classificam esta situação como de "insolvência próxima", uma vez que a impotência económica do devedor ser fundamento da iniciativa processual dos credores, como "instrumento antecipado da defesa dos seus interesses" – VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro. As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução). *in* CRUZ, José Neves (e outros), coord. *ob. cit.*, pp. 539 e 540.

⁸⁸ Cfr. art. 81.º, n.ºs 1 e 2 do CIRE.

⁸⁹ Nas palavras de Paulo Olavo Cunha é a consequência *óbvia e natural*, na medida em que não podendo reger adequadamente os seus bens, *comprometendo a sua subsistência no mercado em que actua*, em virtude da falta ou mau planeamento da sua atividade, é *razoável* a privação da administração e disposição dos bens, sendo a sua substituição por alguém que *profissionalmente* se encarregue de os gerir, assim como avalie as hipóteses de recuperação da situação de insuficiência económica do devedor – CUNHA, Paulo Olavo. *Lições de Direito Comercial... ob. cit.*, p. 132.

I – De acordo com o disposto no art. 81.º do CIRE, a declaração de insolvência priva imediatamente o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, os quais passam a competir ao administrador da insolvência. II – A venda de qualquer bem da insolvente, após essa declaração, configura a venda de bem alheio, que em relação à massa é *res inter alios acta* e, por isso, ineficaz. III – A nulidade prevista no art. 892.º do CC, apenas se aplica na relação entre o alienante e o adquirente e não em relação ao verdadeiro proprietário.

A limitação inerente aos efeitos da declaração judicial recai sobre o campo obrigacional e sobre os direitos reais que sejam da titularidade do insolvente. Mais propriamente, atos ou factos jurídicos que sejam fontes das obrigações não podem ser praticados pelo insolvente com eficácia sobre a massa insolvente, assim como os poderes de apreensão dos seus bens daí em diante integrantes da massa – enfrentam uma restrição, ficando, então, o administrador da insolvência incumbido da gestão dos mesmos, conforme o disposto no art. 81.º, n.º 6 do CIRE, que prevê a ineficácia dos atos praticados pelo devedor, assim como conforme o preceituado no art. 150.º, n.º 1 do mesmo diploma legal, no tocante aos poderes de apreensão, daí em diante assumidos pelo administrador da insolvência.⁹⁰ Justifica-se por esses atos e poderes de disposição serem suscetíveis de prejudicar os credores, em razão do seu *conteúdo patrimonial relevante*.⁹¹

Todavia, existe uma exceção. O devedor poderá conservar a administração dos bens, na condição de apresentar um plano de insolvência que preveja a recuperação da empresa de que seja titular – isto unicamente nos casos em que se trate de um devedor gerente de uma pessoa coletiva/empresa por sua vez dependente da capacidade de recuperação. A *ratio* desta possibilidade reside no facto de os representantes legais ou gestores da empresa deverem manter-se em funções, em coexistência com o administrador da insolvência, de modo a contribuir ativamente para a recuperação da pessoa coletiva.⁹² Poderá igualmente constar na sentença da declaração judicial da insolvência que a administração da massa insolvente seja efetuada pelo próprio devedor na condição de este último ter apresentado requerimento nesse sentido e tenha tido lugar a verificação de determinados requisitos que levem à continuidade da exploração da empresa, que não implique morosidade na marcha do processo nem inconveniente para os credores.⁹³

⁹⁰ Cfr. o Ac. do TRG, de 4 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 1320/06.6TYLSB-E.L1-6, em que a Relatora Fátima Galante perentoriamente refere que “*os actos do insolvente, praticados após a declaração de insolvência, são, em regra, ineficazes em relação à massa insolvente*”.

⁹¹ Designação adotada por Fernando Olavo, que mereceu seguimento por parte de Maria do Rosário Epifânio – EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, pp. 101 e 102 *apud* OLAVO, Fernando. *Direito Comercial*. Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1978, p. 168.

⁹² Cfr. o previsto no art. 227.º, n.º 1; Paulo Olavo Cunha classifica esta solução como um “*desvio*” à regra geral da nossa lei, porquanto, segundo esta, os titulares das pessoas coletivas insolventes (nomeadamente das sociedades) não auferem remuneração posteriormente à declaração de insolvência, mesmo se se mantiverem em funções, conforme dispõe o art. 82.º, n.º 1 do CIRE – CUNHA, Paulo Olavo. *ob. cit.*, p. 133.

⁹³ Cfr. art. 224.º do CIRE.

Já na generalidade das situações, a subsistência de funções será meramente formal, na medida em que somente caberá ao administrador da insolvência a gestão da pessoa coletiva então declarada insolvente. Todavia, se o requerente da insolvência não for o devedor, será necessário o consentimento daquele.⁹⁴

⁹⁴ Cfr. o disposto no art. 224.º, n.º 2 alíneas a) a d).

III – A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO DEVEDOR

A correr termos em paralelo com o processo principal – no qual se faz a reclamação e verificação de créditos sobre a insolvência, que culmina na sentença proferida no sentido da graduação e verificação dos mesmos – poderão existir vários processos em apenso, entre os quais o concernente à qualificação da insolvência como fortuita ou como culposa.

Uma vez aberto o incidente da qualificação, que pode ser pleno ou limitado⁹⁵, há-que saber os tipos ou hipóteses respeitantes à situação de insolvência relativos aos efeitos substantivos privados da declaração judicial de insolvência. Estes têm fundamento no facto de o incidente se destinar ao apuramento sobre se a insolvência será fortuita ou culposa.

Veja-se, na doutrina, o afirmado por MENEZES LEITÃO:

O incidente de qualificação de insolvência (...) constitui uma fase do processo que se destina a averiguar quais as razões que conduziram à situação de insolvência e, conseqüentemente se essas razões foram puramente fortuitas ou correspondem antes a uma atuação negligente ou mesmo com intuítos fraudulentos do devedor.⁹⁶

1. O incidente de qualificação

1.1. Breve enquadramento

Impõe-se a análise das modalidades resultantes do incidente de qualificação da insolvência. São as seguintes: a insolvência fortuita ou a insolvência culposa.

SOVERAL MARTINS afirma o seguinte: “*O CIRE permite dizer que a insolvência fortuita é a que... não é culposa*”.⁹⁷ A afirmação do autor justifica-se por o CIRE não definir a insolvência fortuita, verificando-se a aplicação normativa no caso concreto mediante interpretação *a contrario sensu* das disposições legais e por exclusão de elementos suscetíveis de concretizar a qualificação da insolvência como culposa.

A nossa lei prevê que a qualificação da insolvência como culposa tem por efeito a privação da administração e da disposição dos bens que integram a massa insolvente.⁹⁸ Se, no entanto, o processo de insolvência for encerrado sem que tenha ocorrido a abertura do

⁹⁵ Cfr. o disposto no art. 36.º, al. i) do CIRE; cfr. adiante 1.2. e 1.3. no presente 1. de III.

⁹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 273.

⁹⁷ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 415.

⁹⁸ Cfr. o disposto no art. 81.º, n.º 1 do CIRE.

incidente da qualificação, aquela terá carácter fortuito, nos termos do disposto no art. 233.º, n.º 6 do mesmo diploma legal.

Tal como exposto em 2. do capítulo antecedente, ao administrador da insolvência é incumbida a prática desses atos, assim como se torna o representante do devedor/insolvente no tocante aos efeitos de cariz patrimonial⁹⁹, exceto os relativos ao próprio processo de insolvência, seus incidentes e apensos.¹⁰⁰ CARVALHO FERNANDES defendeu que o disposto na norma encontra cabimento, uma vez que muito embora os atos tenham carácter patrimonial, encontram-se compreendidos interesses *pessoais* do próprio insolvente.¹⁰¹

A insolvência culposa, por sua vez, pressupõe a criação ou o agravamento da situação de prejuízo nos credores, resultante 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.¹⁰²

Veja-se, na jurisprudência, o Ac. do TRG, de 29 de junho de 2010, Proc. n.º 1965/07.7TBFAF-A.G1, Relatora ROSA TCHING:

Nos termos do art. 186.º, n.º 1 do CIRE, são requisitos da insolvência culposa: a) o facto inerente à actuação, por acção ou omissão, do devedor ou dos seus administradores, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) a culpa qualificada (dolo ou culpa grave); c) e o nexo causal entre aquela actuação e a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

1.2. O incidente pleno da qualificação de insolvência

Com vista ao apuramento da insolvência como culposa, é, desde logo, necessário que o respetivo incidente seja declarado aberto, na condição do juiz dispor de elementos que assim o fundamentem devidamente.¹⁰³

O incidente pleno pauta-se por diversos *momentos*¹⁰⁴: a abertura do incidente, alegações dos interessados, pareceres do MP e do administrador da insolvência e, por fim, a sentença proferida pelo juiz, fases intercaladas por outros dois trâmites, que serão a oposição das pessoas atingidas pelo incidente e subsequentes respostas do administrador da insolvência, do MP e dos interessados – que se tratam das pessoas legitimadas para instaurar o processo de insolvência.¹⁰⁵

⁹⁹ Cfr. o disposto no art. 55.º do diploma legal.

¹⁰⁰ Cfr. o art. 81.º, n.º 5.

¹⁰¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 182 e 183.

¹⁰² Assim dispõe o art. 186.º, n.º 1 do CIRE.

¹⁰³ Cfr. o disposto no arts. 36.º, n.º 1, al. i) e 39.º, n.º 1 do CIRE.

¹⁰⁴ Termo utilizado por Carvalho Fernandes, tendo em conta o carácter faseado do incidente – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, p. 255.

¹⁰⁵ Cfr. o prómio do n.º 1 do art. 20.º do CIRE.

Num primeiro momento, dá-se a abertura do incidente na sequência da sentença de declaração de insolvência, podendo os interessados alegar o que tiverem por relevante para a qualificação da insolvência como culposa. Deverá decorrer em conformidade com o previsto no art. 188.º, n.º 1, norma na qual se encontra estabelecido o prazo da apresentação das alegações pelos interessados. No entendimento de CARVALHO FERNANDES, a solução tem fundamento na medida em que é modalidade da insolvência de que resultam *implicações relevantes* no âmbito adjetivo, assim como na situação substantiva do devedor, bem como, *eventualmente, de outras pessoas*, justificando-se igualmente a intervenção dos interessados.¹⁰⁶

Seguidamente, têm lugar e são objeto de análise os pareceres do administrador da insolvência e do MP, devendo as alegações do primeiro serem devidamente fundamentadas e documentadas, por força do legalmente previsto, e as alegações do segundo incidir sobre o conteúdo daquelas no sentido de apreciar a validade dos fundamentos em que se alicerçam, assim como propor o tipo da qualificação da insolvência.¹⁰⁷

Veja-se, na jurisprudência, no sumário do Ac. do TRP, de 6 de dezembro de 2011, Proc. n.º 1556/09.8TBAMT-W.P1, Relator RAMOS LOPES:

I – O administrador da insolvência tem, nos termos do disposto no art. 188.º, n.º 2 do CIRE, o dever de apresentar parecer, devidamente fundamentado e documentado, sobre os factos relevantes para a apreciação da qualificação da insolvência. II – Este dever de fundamentação do parecer do administrador da insolvência justifica-se por ser relevante à decisão a proferir no incidente, sendo certo que ela é essencial para que os insolventes possam dele defender-se (ou os credores atacá-lo, se nisso tiverem interesse). III – Para se apreciar a falta de fundamentação do parecer não interessa averiguar da sua procedência e justeza; interessa tão só apurar se ele expõe os elementos necessários e relevantes para a tramitação do processo e posterior decisão do incidente.

Mais surge no Ac. do TRG, de 2 de junho de 2011, concernente ao Proc. n.º 881/07.7TBVCT-U.G1, Relator ANTÓNIO SOBRINHO:

O facto do administrador da insolvência não ter apresentado o seu parecer quanto à qualificação da insolvência no prazo legalmente previsto, não faz precluir a possibilidade de o fazer posteriormente, sendo tal apresentação atendível para todos os efeitos legais.

Veja-se, ainda, a propósito, o Sumário do Ac. do TRC, de 20 de junho de 2006, Proc. n.º 1348/06, Relator HÉLDER ALMEIDA:

1. Devem ser notificados, aos interessados requerem a qualificação da insolvência como culposa, os pareceres do MP e do administrador da insolvência, antes de ser proferida a decisão. 2. A falta dessa notificação viola o princípio do contraditório e o direito fundamental de acesso aos tribunais,

¹⁰⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, p. 255.

¹⁰⁷ Cfr. art. 188.º, n.ºs 2 e 3 do CIRE.

consagrado no art. 20.º, n.º 1 da CRP e constitui nulidade atípica, prevista no art. 201.º, n.º 1 do CPC.

O art. 201.º, n.º 1 é, atualmente, o art. 195.º, n.º 1 do CPC em vigor desde setembro de 2013.

CARVALHO FERNANDES realçou, a propósito, que o conteúdo das alegações do administrador deverá ser independente do das alegações dos interessados, não obstante se possa, por um lado, verificar uma certa projeção destas últimas, no sentido em que o parecer do administrador da insolvência pode concluir pela qualificação da insolvência como culposa ou fortuita, nos termos do previsto nos arts. 186.º, n.ºs 2 e 3 e 188.º, n.º 4, conclusão que é levada a cabo pelo MP na sequência da proposta por este último apresentada relativamente à qualificação.¹⁰⁸ Portanto, as propostas do administrador da insolvência e do MP concernentes à qualificação da insolvência tanto podem coincidir como divergir. CARVALHO FERNANDES exemplificou, também a este respeito, que a divergência pode concernir a factos aos quais é atribuída relevância para a qualificação ou relativamente às pessoas que devam ser atingidas pela qualificação da insolvência como culposa.¹⁰⁹

Merece atenção que o prazo para as alegações não tem sido considerado perentório, antes sendo meramente ordenador. Na jurisprudência, veja-se o sumário do Ac. do TRP, de 28 de abril de 2009, referente ao Proc. n.º 4268/07.3TBVFR-A.P1, de que foi Relator CANELA BRÁS:

I - Em incidente pleno de qualificação da insolvência, não está o MP condicionado, no parecer que deve emitir no prazo de 10 dias, aos elementos carreados pelo sr. administrador da insolvência (art. 188.º, n.ºs 2 e 3 do CIRE). II – Por isso que se não se considerar habilitado a pronunciar-se, não deve fazê-lo infundadamente, só para cumprir esse prazo de 10 dias, já que não está impedido de solicitar as informações que considere pertinentes – e só depois de as obter deve emitir parecer sobre a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita, e cumprir então o mencionado prazo de 10 dias para o fazer.

No caso de convergência na medida de a insolvência ser suscetível de ser considerada fortuita deverá o juiz decidir nesse mesmo sentido. Constitui uma decisão irrecorrível, nos termos do disposto no art. 188.º, n.º 2 do CIRE, sendo ainda digno de deferir a exoneração do passivo restante, ao abrigo do disposto no art. 238.º, n.º 1, al. e), o que nesse caso é vinculativo.

Se não for o caso, verificando-se discrepância, no sentido de um dos pareceres propor a qualificação da insolvência como culposa ao passo que o outro dá razão à qualificação da insolvência enquanto fortuita, caberá ao juiz chamar ao incidente os interessados com vista a

¹⁰⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 255 e 256.

¹⁰⁹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, p. 257.

que os mesmos deduzam oposição. Esta última tem lugar dentro de determinado prazo, tendo ulteriormente lugar a resposta por parte do administrador da insolvência, por parte do MP ou por qualquer interessado que adote posição contrária, correndo os atos processuais por apenso.¹¹⁰

A emissão do parecer da comissão de credores, os atos necessários ao saneamento do processo, as diligências instrutórias e a audiência de julgamento integram tramitação que prossegue em paralelo com vista ao apuramento e à apreciação da culpa do devedor no caso concreto cujos contornos fácticos se encontram na origem do próprio processo, devendo-se cumprir o regime estabelecido para a análise dos meios de prova, mais propriamente – mediante remissão legal – o relativo à verificação de créditos.¹¹¹

MENEZES LEITÃO refere-se a um “*comportamento censurável*” por parte do devedor quando comenta o disposto no art. 186.º, que contém o preceituado relativo à insolvência culposa.¹¹² Nessa hipótese ficará o devedor/insolvente incumbido da apresentação dos elementos de contabilidade com vista ao seu exame levado a cabo pelos interessados.¹¹³

Relativamente à prova, veja-se, na jurisprudência, o sumário do Ac. do TRC, de 26 de janeiro de 2010, Proc. n.º 110/08.6TBAND-D.C1, Relator CARLOS MOREIRA:

I – O termo «documentado», constante do n.º 2 do art. 188.º do CIRE deve ser interpretado extensivamente, reportando-se, não apenas à prova documental, mas à prova em geral, a efectivar por qualquer meio admissível em direito. II – Porque a não documentação do parecer no incidente de qualificação da insolvência a que alude o art. 188.º, n.º 2 do CIRE não respeita à essência do acto mas antes à prova dos factos nele invocados, e podendo esta ser efectivada por outros meios probatórios que apenas surjam supervenientemente, a não junção de «documentos», hoc sensu, ali referidos não acarreta qualquer invalidade do mesmo. III – Atentos, vg. os princípios da imediação e da oralidade, a decisão sobre a matéria de facto apenas pode ser alterada se os elementos probatórios invocados pelo recorrente apontarem, de uma forma inequívoca e irrefutável, no sentido por ele pretendido, quer porque os invocados pelo julgador não têm nitidamente a força que ele lhe atribui, quer porque a sua interpretação dos mesmos viola as regras da lógica e da experiência comum.

Chegada a fase da sentença de qualificação, impõe-se o momento de o juiz se pronunciar (oficiosamente) sobre a questão concreta, verificados todos os elementos.

É necessário que se tenha verificado a atuação (ocorrida três anos antes do início do processo) do devedor ou dos seus administradores de direito e de facto, devendo, para se

¹¹⁰ Cfr. o disposto no art. 188.º, n.ºs 5 a 7 do CIRE.

¹¹¹ Cfr. arts. 134.º, 135.º, 136.º, n.º 1, primeira parte e n.º 3 *in fine*, 137.º, 138.º e 139.º do CIRE.

¹¹² Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado... ob. cit.*, p. 187.

¹¹³ Na jurisprudência, vd. o Ac. do TRC de 22 de maio de 2007, Relator Freitas Neto, no qual se verifica a consideração acerca da inexistência de livros de contabilidade como causa da qualificação da insolvência como culposa, responsabilizando a totalidade da gerência além do executivo; da mesma forma, no Ac. do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 5 de junho de 2008, Relatora Maria Alexandra Moura Santos, surge como fundamento da insolvência culposa a “*não organização da contabilidade de sociedade desde há vários anos*”.

poder qualificar a insolvência como culposa, ser dolosa ou com culpa grave, não sendo suficiente a atuação com culpa leve.

Note-se, no sumário do Ac. do TRE, de 10 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 1086/08.5TBSLV-B.E1, Relator SILVA RATO:

I – O art. 188.º, n.º 4 do CIRE tem que ser interpretado no sentido de que a decisão que o juiz proferir, enquanto garante da legalidade, após o parecer do administrador da insolvência e a promoção do MP, concordantes no sentido da qualificação da insolvência como fortuita, tenha que conter uma apreciação sobre a legalidade dessas propostas, em face do plasmado nos autos, podendo sempre o juiz, em caso de dúvida, determinar a realização de diligências para verificar a legalidade das mesmas. II – Após os pareceres do administrador da insolvência e do MP e antes de decidir sobre a qualificação da insolvência, devem todos os interessados ser previamente ouvidos, sob pena de ocorrer uma irregularidade que, por poder influir na apreciação da causa, constituir nulidade, nos termos do art. 201.º do CPC.¹¹⁴

Veja-se, a propósito do dolo ou da culpa grave, a decisão integrante do Ac. do TRC, de 22 de maio de 2007, de que foi Relator FREITAS NETO. A decisão foi proferida no sentido da “*sanção de culpa (...) de todos os administradores e não só o executivo*”, porquanto se visou determinar e responsabilizar os verdadeiros autores materiais do processo de insolvência.

ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES afirmam mesmo que é necessária a identificação das pessoas com poder de decisão “*(...) para lá dos testas-de-ferro (aparentes, por definição)*”.¹¹⁵ Exige-se a presença de um nexo de causalidade entre a atuação e a criação da situação de insolvência ou agravamento da mesma, sendo essencial a determinação e responsabilização de quem tem a autoria efetivamente culposa dos factos conducentes à insolvência. MENEZES LEITÃO sustenta que o nexo de causalidade deverá abarcar a conduta do devedor e dos administradores, que leva à verificação do facto criador ou agravante da situação de insolvência.¹¹⁶ PESTANA DE VASCONCELOS e PEDRO CAEIRO, a propósito, sublinham que o nexo de causalidade entre a adoção da conduta culposa e a produção ou o agravamento da situação de insolvência deverá ser provado, na medida em que a presunção legal que está na origem da qualificação não o abarca. Veja-se:

A presunção atinge somente o requisito da culpa, já não o nexo entre essa culpa – traduzida aqui no incumprimento do referido dever – e a produção ou agravamento da insolvência. Este nexo terá que ser, portanto, demonstrado, não sendo abrangido pela referida presunção.¹¹⁷

¹¹⁴ É o atual art. 195.º do diploma legal.

¹¹⁵ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 505; no Direito Comparado é possível encontrar o conceito de administrador *de facto* ou *oculto* – veja-se o *dirigeant de fait* nos ordenamentos jurídicos francês e belga, assim como o de *shadow director* no Reino Unido e de *administrador de hecho* na vizinha Espanha.

¹¹⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado ... ob. cit.*, p. 187.

¹¹⁷ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro. As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução). In CRUZ, José Neves (e outros), coord. *ob. cit.*, p. 542; em face destes aspetos, Catarina Serra defende que nos encontramos perante uma presunção de insolvência culposa.

Veja-se, na jurisprudência, o Ac. do TRP, de 10 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 1283/07.0TJPRT-AG.P1, Relator FREITAS VIEIRA, em que surge afirmado o seguinte:

A mera alegação de alguma das situações descritas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE não é suficiente para a qualificação da insolvência como culposa, exigindo-se, ainda, a alegação e prova do nexo de causalidade entre a atuação ali presumida e a situação de insolvência nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo.

A propósito da autoria, no disposto no art. 189.º, n.º 2 do CIRE surge a referência aos revisores oficiais de contas e aos técnicos oficiais de contas como pessoas que deverão ser igualmente abrangidas como responsáveis, o que MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO defende, sublinhando que o art. 186.º deverá ser interpretado em harmonia com a al. a) do n.º 2 do art. 189.º do diploma legal.¹¹⁸ SOVERAL MARTINS recorda que no incidente de qualificação o juiz pode tomar a sua decisão com base em factos que não tenham sido alegados pelas partes, atento o disposto no art. 11.º do CIRE, assegurando-se, também, como lembra MENEZES LEITÃO, o contraditório.¹¹⁹

Veja-se, também, no sumário do Ac. do TRP, de 31 de janeiro de 2008, Proc. 0737321, Relator JOSÉ FERRAZ:

I – No incidente de qualificação da insolvência, as provas devem ser oferecidas/requeridas com a oposição e resposta. II – As regras aplicáveis no processo de insolvência são auto-suficientes, dispensando o recurso a normas subsidiárias da lei processual civil comum, no que respeita ao modo e momento do oferecimento das provas, devendo o incidente de qualificação seguir imperativamente os termos previstos no CIRE.

Todavia, a lei é omissa quanto ao percurso e aos critérios orientadores que devem constituir a base da apreciação e a decisão judicial, pelo que se entende que a concreta indicição da verificação da situação de insolvência culposa, na sequência daquela apreciação, será o ponto de partida para a abertura do incidente. O dever de fundamentação, por razões de economia processual e de observância pelo andamento dos processos urgentes – como é o caso – não é, contudo, absoluto, no sentido em que o juiz somente desse modo se encontrará vinculado na hipótese de efetivamente ordenar a abertura do incidente quando se

¹¹⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, pp. 128 e 129; vd. na jurisprudência, o Ac. do TRP, de 10 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 1283/07.0TJPRT-AG.P1, Relator Freitas Vieira, em que surge afirmado que “a mera alegação de alguma das situações descritas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE não é suficiente para a qualificação da insolvência como culposa, exigindo-se, ainda, a alegação e prova do nexo de causalidade entre a atuação ali presumida e a situação de insolvência nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo”.

¹¹⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, pp. 415 e 416 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 278.

verifique o disposto no art. 36.º, n.º 1, al. i) do CIRE.¹²⁰ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO vê aqui um risco de “*desincentivo à atividade probatória dos interessados*”, por sua vez prevista nos termos do art. 188.º do diploma legal.¹²¹

1.3. O incidente limitado da qualificação da insolvência

Sendo o incidente da qualificação da insolvência limitado, tem lugar a aplicabilidade, com as necessárias adaptações, do regime relativo ao incidente pleno. O CIRE recorre à remissão legal explícita.¹²²

As situações concretamente merecedoras do incidente limitado serão aquelas em que o tribunal efetivamente confirma que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para efeitos de satisfação das custas processuais e dívidas da massa insolvente, não sendo possível prever a satisfação mediante outra via.

MENEZES LEITÃO refere estes aspetos pela análise do disposto no art. 191.º do CIRE, mais afirmando que, na realidade, o próprio Tribunal de Comércio, em face da insuficiência da massa, “*não declara a perda de créditos nem ordena a restituição de bens relativamente às pessoas afetadas pela qualificação, o contrário do que se prevê no art. 189.º, n.º 2 al. d)*”, norma que contém a competência do juiz na determinação da perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a subsequente restituição.¹²³ Este aspeto justifica-se por a apreensão dos bens, no âmbito do incidente limitado, não ter, por regra, lugar. CARVALHO FERNANDES defendeu que, concretamente, na falta da apreensão dos elementos da escrituração do devedor, os mesmos deverão ser patenteados no local onde normalmente se encontrem.¹²⁴

Na jurisprudência, o disposto no Ac. do TRP, de 18 de junho de 2009, Proc. n.º 26509/05.1YYPRT.P1, Relator JOSÉ FERRAZ:

A declaração de insolvência com carácter limitado, sem complemento da sentença, não produz efeitos nas execuções instauradas contra o devedor, não determinando a sua suspensão nem a subsequente extinção.

Veja-se, no sumário do Ac. do TRP, de 14 de junho de 2011, Proc. n.º 4196/10.5TBSTS.P1, Relatora MARIA CECÍLIA AGANTE mais o seguinte:

¹²⁰ Razão pela qual Carina Magalhães, em dissertação, classifica, no seguimento da visão de Maria do Rosário Epifânio, a abertura do incidente da qualificação de insolvência como “*eventual*” – MAGALHÃES, Carina. Incidente da qualificação de insolvência: uma visão geral. in EPIFÂNIO, Maria do Rosário, coord. *Estudos de Direito da Insolvência*. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017.

¹²¹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 148 e 149.

¹²² Cfr. art. 191.º, n.º 1 do diploma legal, norma que remete, no seu prómio, para o disposto nos arts. 188.º e 189.º.

¹²³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado... ob. cit.*, pp. 192 e 193; cfr., aliás, o disposto no art. 39.º do diploma legal.

¹²⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *ob. cit.*, pp. 260 e 261.

I – O encerramento do processo de insolvência não exclui a admissão do incidente de exoneração do passivo restante e, por isso, não implica a inutilidade/impossibilidade do prosseguimento do incidente. II – Preenchido o período da cessão, se o juiz proferir despacho de exoneração do passivo restante o devedor alcança a extinção dos créditos sobre a insolvência, ainda que nela não tenham sido reclamados. III – Assim, também não obsta ao prosseguimento do incidente de exoneração do passivo restante a ausência de reclamação de créditos na insolvência.

Destarte, a modalidade do incidente de qualificação da insolvência, seja este pleno ou limitado, não vem interferir nos efeitos da qualificação da insolvência como culposa. Uma vez nesse sentido judicialmente declarada e qualificada, nessa mesma linha se pautará o seu decurso rumo à sentença de qualificação. Nem a qualificação da insolvência como culposa é vinculativa para efeitos da decisão das causas penais, muito embora, o oposto se aplique, isto é, a sentença condenatória, de natureza criminal, produz efeitos nos incidentes de qualificação. Surge, deste modo, consagrado o princípio de autonomia.¹²⁵

2. As presunções legais

A culpa, enquanto elemento decisivo para a qualificação da insolvência como culposa, será objeto de presunção. Dever-se-á, desde logo, verificar um nexo de causalidade entre o facto (ou o ato) e este dano aos credores, conforme prevê o disposto no art. 186.º, n.º 1 do CIRE.

Veja-se, na jurisprudência, no Ac. do TRP, de 7 de janeiro de 2008, Proc. 4886/07, Relatora ANABELA FIGUEIREDO LUNA DE CARVALHO:

Para se qualificar a insolvência como culposa torna-se necessário que esse facto ou omissão tenha criado ou agravado a situação de insolvência, não bastando a mera constatação objectiva desse comportamento omissivo.

Veja-se igualmente o Ac. do TRP, de 12 de outubro de 2010, Proc. n.º 243/09.1TJPRT-G.P1, Relatora MARIA CECÍLIA AGANTE:

I – No incidente de qualificação da insolvência, o que se qualifica é o comportamento do devedor na produção ou agravamento do estado de insolvência, de modo a que se averigue se existe, à luz da teoria da causalidade adequada, um nexo de causalidade entre os factos por cometidos ou omitidos e a situação da insolvência ou o seu agravamento, e o nexo de imputação dessa situação à conduta do devedor, estabelecido a título de dolo ou culpa grave. II – Assume uma atitude imprudente e descuidada na gestão do seu património pessoal o insolvente que, conhecedor da sua deficitária situação patrimonial, continua a desfrutar do mesmo nível de vida, esbanjando os meios financeiros disponíveis, sem velar por conter os seus consumos para libertar os meios que diminuem esse défice.

¹²⁵ Cfr. o disposto no art. 300.º do CIRE.

O preceituado aplicável à situação em que se verifique a insolvência qualificada como culposa contém presunções legais. Encontramo-nos perante uma técnica legislativa que a própria lei, pelo disposto nos arts. 349.º e ss. do CC, define como sendo caracterizada por firmar um facto desconhecido mediante as conclusões resultantes de um facto por sua vez conhecido (art. 349.º), dispensando-se a prova do facto a quem tiver a presunção legal como favorável (art. 350.º, n.º 1).¹²⁶ A respeito da prova, o ónus consistirá na necessidade de observância de determinado comportamento, como pressuposto da obtenção de vantagem, a qual residirá no afastamento da culpa nestes casos. As presunções legais valem, regra geral, para os devedores que não sejam pessoas singulares.¹²⁷ Os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE, contém as presunções que integram a qualificação da insolvência de pessoas coletivas como culposa, reportando-se a condutas dos administradores da pessoa coletiva insolvente.

O n.º 4 prevê a aplicabilidade das anteriores normas, com as necessárias adaptações, aos comportamentos da autoria das pessoas singulares. Merece relevância o conceito *diversidade de situações* contido na norma, que é condição da aplicabilidade dos preceitos em análise à situação em que é devedor uma pessoa singular. Surge uma ressalva que nos é discutível, porquanto, não obstante prever que os dois normativos anteriores apenas se aplicarão na medida do proporcionado pela *diversidade de situações*, acaba por perder a razão de ser da sua aplicabilidade somente às pessoas coletivas, antes devendo confirmar e concretizar a norma enunciativa integrante no n.º 1 do mesmo artigo do diploma legal. Veja-se nas palavras de MENEZES LEITÃO:

Com exceção da situação referida na alínea e) do n.º 2 do art. 186.º, todos os restantes factos mencionados podem facilmente ser aplicáveis à insolvência de pessoas singulares, devendo as mesmas presunções funcionar igualmente nessa situação.¹²⁸

Destarte, é notório que as normas têm graus e presunções de culpa diferenciados. Mais concretamente, têm natureza diversa e acarretam consequências diferentes, em razão de conterem presunções igualmente distintas. Exemplifique-se - seguindo a visão de ANA PRATA, de JORGE MORAIS CARVALHO e de RUI SIMÕES - o disposto nas alíneas h) e i) do n.º 2 do art. 186.º, que, de modo notoriamente diferente das alíneas anteriores não apresentam uma estatuição na qual haja uma lógica conexão entre o facto que origina a presunção e o facto presumido, não se verificando uma provável consequência, nem tão-pouco uma correlação com o resultado. Dever-se-á ao facto de não fazer presumir de modo

¹²⁶ Almeida Costa defende que em todos os casos de presunção de culpa há uma inversão do ónus da prova – COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2018, p. 389.

¹²⁷ Cfr. o disposto no art. 186.º, n.ºs 2 e 3.

¹²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado... ob. cit.*, p. 187.

inilidível a causa ou contribuição dolosa ou com culpa grave para a situação de insolvência, não obstante se encontre presente em tais normas um comportamento digno de juízo de censura, chegando aqueles autores a afirmar que “*só muito remotamente algum dos (f)actos pode ser considerado causa da insolvência ou mesmo do seu agravamento (...)*” porquanto o legislador entendeu submetê-los também ao regime da insolvência culposa, visto que “*a probabilidade de o sujeito ter praticado um acto ilícito gravemente censurável justificava submetê-los também.*”¹²⁹

Contudo, a aplicação do regime nem sempre tem, em concreto, lugar em conformidade com as suas previsões. Muito embora se presuma sempre culposa a insolvência ou que exista culpa grave do devedor ou dos administradores mediante a verificação das condutas legalmente previstas nesse sentido, na prática não é fácil de imputar. Impõe-se do juiz uma atuação baseada no princípio do inquisitório, ou seja, na sequência do exame de todos os pareceres ou alegações do concreto administrador da insolvência e do MP, bem como das oposições dirigidas por parte dos interessados, e ainda em virtude da inerente formulação de parecer por parte da comissão de credores, da realização de uma tentativa de conciliação e do saneamento do processo, da realização de diligências instrutórias, seguidas da audiência de discussão e julgamento, antes da sentença de qualificação que será, pois, da competência do julgador.¹³⁰

CATARINA SERRA exemplifica com a hipótese - merecedora da aplicação do disposto no art. 83.º, n.º 3 - da recusa de prestação de informações ou de colaboração como suscetível de ser livremente apreciada para efeitos da qualificação da insolvência como culposa.¹³¹

2.1. As presunções inilidíveis

O n.º 2 do art. 186.º do CIRE, prevê determinados factos, em cada uma das alíneas, cuja prova conduz sempre a uma presunção inilidível de insolvência culposa. Deve-se a um nexó causal entre a conduta do devedor e a situação de insuficiência económica causadora do prejuízo verificado na esfera jurídica dos credores, sendo elemento proveniente de presunção legal absoluta ou *juris et de jure*.

LUÍS MARTINS é do entendimento que o nexó de causalidade entre o comportamento do devedor/insolvente e dos seus administradores e o dano patrimonial, com os consequentes efeitos funestos na esfera dos credores, deverá ser tido em conta pelo

¹²⁹ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 506 a 508.

¹³⁰ Cfr. o art. 11.º do CIRE.

¹³¹ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, pp. 68 e 69.

juizador nos termos da responsabilidade civil extracontratual, merecendo a aplicabilidade da obrigação de indemnização por parte do(s) responsável(veis) como consequência, entre as especificamente previstas na lei de insolvência (conforme adiante será objeto de nossa análise) ¹³², para a atuação culposa dos efetivamente responsáveis, ainda que, excecionalmente, o regime próprio adote a técnica legislativa das presunções legais que façam concluir a culpa do devedor.¹³³

Na sequência da adoção das presunções legais, que se caracteriza e justifica por proporcionar previsibilidade e rapidez da apreciação judicial das condutas ¹³⁴, em conformidade com as diversas situações contempladas no n.º 2 do art. 186.º, podem estas ser, no entendimento de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, ordenadas do seguinte modo: atos que afetam total, ou parcialmente mas de modo relevante, o património do devedor, atos prejudiciais desse património mas benéficos para o administrador a quem cabe a sua prática ou para terceiros, e atos praticados em incumprimento de determinadas obrigações legalmente impostas.¹³⁵

Num primeiro grupo de comportamentos lesivos a al. a) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE prevê a destruição, a danificação, a inutilização, a ocultação ou o desaparecimento, no todo ou em parte considerável, do património do devedor.

Na jurisprudência, mais propriamente pelo Ac. do TRG, de 1 de outubro de 2013, do qual foi Relatora MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO, surge explícito o seguinte:

A ocultação prevista no art. 186.º, n.º 2, al. a) do CIRE basta-se com uma atuação que, alterando a situação jurídica do bem – por exemplo vendendo um imóvel a terceiro, com uma relação próxima direta ou indireta com o alienante – impeça ou dificulte a sua identificação, acesso ou acionamento pelo credor.

Trata-se de uma situação que, indubitavelmente, merece a aplicabilidade da norma pela ilegitimidade da atuação.

Seguidamente, incluem-se na al. b) do n.º 2 do supracitado artigo a criação ou agravamento artificial de passivos ou prejuízos, ou redução de lucros, causando a celebração de negócios ruinosos por parte do devedor em proveito próprio ou em proveito de pessoas com ele especialmente relacionadas. Trata-se de um preceito aplicável a entidades que exerçam uma atividade lucrativa, na medida em que incide sobre a criação ou o agravamento

¹³² Vd. adiante 3.3. em 3.

¹³³ MARTINS, Luís M. *ob. cit.*, pp. 454 e 455.

¹³⁴ Conforme Maria do Rosário Epifânio salienta – EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, p. 129.

¹³⁵ Maria do Rosário Epifânio nestes precisos moldes categoriza as alíneas do n.º 2 do art. 186.º do CIRE.

de dívidas ou prejuízos ou a redução de lucros – entendimento de ANA PRATA, de JORGE MORAIS CARVALHO e de RUI SIMÕES.¹³⁶

Mais se inclui nesta categorização, na al. c), o ato de compra de mercadorias a crédito e a sua ulterior revenda ou entrega em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, ainda antes de se verificar a satisfação da obrigação.

Pela al. d), acrescenta-se a disposição, por parte dos administradores de facto e de direito, de bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros.

Veja-se, na jurisprudência, a propósito, o Ac. do TRC, de 13 de novembro de 2012, Relator ARTUR DIAS, segundo o qual, na situação concreta se verifica o seguinte:

Integra o fundamento de qualificação da insolvência como culposa, previsto na al. d) do n.º 1 do art. 186.º do CIRE, a venda, ao seu pai, pelo sócio único e gerente da devedora, escassos dois meses e meio antes da insolvência ser requerida por um credor, pelo preço global de 10.032,66 €, de todo o ativo, com o valor contabilístico de 49.331,04 €.

Trata-se de um exemplo prático de insolvência suscetível de ser presumida como culposa ao abrigo do preceituado.

Mais é de prever, na al. e), o exercício, a coberto da personalidade coletiva da empresa, no caso de assim se tratar, de uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros mas em prejuízo da própria empresa. SOVERAL MARTINS é da opinião de que a expressão “*se for o caso*” é reveladora de que não é necessário que exista sempre uma entidade com personalidade jurídica.¹³⁷

A situação em que o devedor faz do crédito ou dos bens uso contrário ao interesse legítimo, em proveito pessoal ou de terceiros, com vista, por exemplo, ao favorecimento de uma outra empresa na qual tenham interesse direto ou indireto se enquadra na al. f), nas situações em que a insolvência é presumida como culposa.

Veja-se, na jurisprudência, o Ac. do TRC, de 18 de outubro de 2011, Proc. n.º 549/10.7TBPBL-A.C1, Relator FONTE RAMOS:

2. A previsão da alínea f) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, aplica-se a situações de permanente ou contínuo uso dos bens ou do crédito do devedor/insolvente em proveito pessoal do afetado pela qualificação e contrariamente aos interesses daquele, enquanto não cesse essa utilização indevida, ainda que nenhuma modificação se verifique nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (v.g., uso de novos créditos ou de novos bens).

A prossecução por parte do devedor, no seu interesse pessoal ou de terceiro, de uma exploração deficitária, muito embora tenha conhecimento de que a mesma seria suscetível de

¹³⁶ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 509.

¹³⁷ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 417.

proporcionar uma situação de insolvência, igualmente se inclui nas condutas lesivas, sendo previsto na al. g). PINTO DUARTE levanta quanto ao conteúdo deste normativo as seguintes questões:

O que é exploração deficitária? O efeito de que se fala é «antes ou depois» dos encargos financeiros? «Antes ou depois» dos encargos de estrutura? «Antes ou depois» dos encargos inerentes às medidas de reestruturação destinadas a evitar a insolvência? Interesse pessoal abrange o recebimento de vencimentos? Abrange o reembolso de empréstimos? Os sócios são terceiros para os efeitos em causa? O facto de haver uma probabilidade significativa de uma empresa cair em insolvência implica a proibição de tentar evitar que isso aconteça?¹³⁸

Numa terceira categorização, pela al. h), incluem-se a situação de incumprimento, substancial, da obrigação da organização da contabilidade ou de manutenção de contabilidade fictícia ou de uma dupla contabilidade, ou ainda a prática de irregularidade que provoque um relevante prejuízo da situação patrimonial e financeira do devedor. ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES questionam a razão de ser deste normativo, no sentido em que nem todas as entidades que podem ser declaradas insolventes têm a obrigação da manutenção da contabilidade organizada.¹³⁹

Pelo Ac. do TRG, de 23 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 326/07.2TBCM-C.G1, Relator ESPINHEIRA BALTAR, conclui-se que a livre apreciação do juiz põe cobro ao caso concreto:

II – Presume-se culposa a insolvência quando os gerentes não guardam a contabilidade organizada na sede da empresa, ou em local acessível ao controlo das autoridades, não tendo sido demonstrado que a mesma não foi encontrada por razões que não lhes sejam imputáveis (art. 186.º, n.º 2, al. h) do CIRE). III – A falta de colaboração dos gerentes da devedora é apreciada livremente pelo juiz para efeitos de qualificação da insolvência como culposa (art. 83.º, n.º 1, al. c) e n.º 3 do CIRE).¹⁴⁰

Veja-se, por fim, na al. i) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, a situação de incumprimento reiterado dos deveres de apresentação e de colaboração até à data do despacho judicial integrante da declaração de abertura da qualificação da insolvência.¹⁴¹ Cfr. o Ac. do TRL, de 10 de maio de 2011, Proc. n.º 1166/08.7TYLSB-B.L1-7, Relator ROQUE NOGUEIRA:

¹³⁸ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 510, *apud* DUARTE, Rui Pinto. Efeitos da Declaração da Insolvência quanto à Pessoa do Devedor. *in Themis edição especial – Novo Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 143 a 145.

¹³⁹ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 509.

¹⁴⁰ Veja-se mais o seguinte, segundo o decidido pelo Ac. do TRL; de 17 de janeiro de 2012, Relator Luís Espírito Santo, a propósito de um caso concreto que se tratou da prática de comercialização de fármacos “a profunda e patente desorganização e as diversas e reconhecidas irregularidades/falsidades constantes da documentação da insolvente, da inteira e exclusiva responsabilidade do apelante, uma vez que era o mesmo quem a geria de facto, integram sem qualquer margem para dúvidas a previsão da alínea h), do n.º 2, do art. 186.º do CIRE, conduzindo ao sintomático resultado que está à vista de todos: a atividade comercial da requerida (numa área habitualmente lucrativa: a venda de produtos farmacêuticos) redundou, no fim de contas, no «absoluto vazio patrimonial da empresa», com os inerentes prejuízos para os respetivos credores”.

¹⁴¹ Cfr. o disposto na al. i), com remissão legal explícita para o art. 188.º, n.º 2 – mas implícita para o n.º 3.

IV – Não tendo os gerentes da insolvente prestado qualquer tipo de colaboração, fosse aquando da citação ou da notificação, quer da sentença que declarou a insolvência, quer para prestarem a colaboração solicitada pelo administrador da insolvência, não poderá deixar de se concluir que incumpriram, de forma reiterada, os seus deveres previstos no citado art. 83.º, n.º 1. V – O que significa que a insolvência da devedora terá de ser considerada culposa, por força do disposto no art. 186.º, n.º 2, al. i), que (...) estabelece uma presunção inilidível nesse sentido.

A doutrina e da jurisprudência, quanto o alcance das presunções legais, divide-se.¹⁴²

Desde logo, ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES são do entendimento de que os casos que merecem previsão nos termos do disposto nas alíneas h) e i) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, tratando-se de situações que abarcam factos conhecidos (tais como a não organização ou desorganização da contabilidade e a falta de apresentação e de colaboração com os órgãos processuais) e os factos desconhecidos e presumidos (as causas prováveis da origem da insolvência ou do seu agravamento), interpõem-se a um outro ou outros factos que constituem a causa da situação de insolvência ou do seu agravamento que, porém, não chegam a ser conhecidos pelo tribunal.¹⁴³

Na sequência desta problematização, levanta-se a questão sobre se o nexos de causalidade entre o comportamento legalmente tipificado do devedor e dos seus administradores e a origem ou agravamento da situação de insolvência é, igualmente, objeto de presunção.¹⁴⁴

SOVERAL MARTINS afirma que o n.º 2 do art. 186.º do CIRE “*não só presume a culpa, mas também o nexos de causalidade quanto à criação ou agravamento da situação de insolvência*”.¹⁴⁵ O autor apenas critica o teor integrante da al. i), porquanto são objeto de consideração comportamentos posteriores ao início do processo de insolvência. Não é congruente extrair deste a existência de culpa e de causalidade na criação ou no agravamento da situação de insolvência, acrescentando o facto de que é levado a cabo de forma inilidível. Apenas se justificará a solução legal relativa às obrigações do devedor no tocante à contabilidade, na medida em que é idóneo na avaliação da evolução dos negócios do devedor ora insolvente.¹⁴⁶ MENEZES LEITÃO é do mesmo entendimento.¹⁴⁷

¹⁴² Termo nosso, justificado pelas posições significativamente diversas entre os autores, a começar pelo próprio carácter dos normativos reguladores desta matéria: vg. Carvalho Fernandes e João Labareda, assim como Ana Prata, Jorge Morais Carvalho e Rui Simões são do entendimento que se verifica nas alíneas do n.º 2 do art. 186.º do CIRE uma enumeração taxativa, ao passo que Catarina Serra é da ótica que nos encontramos diante de uma enumeração exemplificativa – vd., respetivamente, FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 3.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 680, PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 511 e SERRA, Catarina. *ob. cit.*, pp. 140 e 141; cfr. contudo, na jurisprudência, o Ac. do TRE, de 30 de outubro de 2008, Proc. n.º 2323/08-2, Relator João Marques, considerou a enumeração taxativa: “(...) II – As diversas alíneas do n.º 2 do art. 186.º do CIRE constituem verdadeiras presunções «iuris et de iure» numa enumeração que, por isso mesmo, se deve considerar taxativa”.

¹⁴³ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 509.

¹⁴⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, pp. 131 e 132.

¹⁴⁵ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 419.

¹⁴⁶ Distinção de Baptista Machado; recorde-se que por ficções legais se entende a técnica legislativa pela qual são atribuídas a um facto consequências jurídicas resultantes de um outro facto, na sequência da assimilação fictícia destas realidades factuais na

Eis as visões que se justificam pelo carácter absoluto das presunções legais do n.º 2 do art. 186.º, mais propriamente, pela inadmissibilidade de prova em contrário que confere natureza inilidível.

Por sua vez, CATARINA SERRA e RUI ESTRELA DE OLIVEIRA consideram as presunções legais integrantes das alíneas h) e i) do n.º 2 do art. 186.º ficções legais, assim como entendem que nem sempre se verifica o nexos causal mediante o recurso àquela técnica legislativa.¹⁴⁸

Por seu turno, CARNEIRO DA FRADA considera discutíveis as soluções consagradas nas alíneas d) e f), além das h) e i), embora entenda que nunca nos encontraremos perante ficções.¹⁴⁹

No entendimento de ANA PRATA, de JORGE MORAIS DE CARVALHO e de RUI SIMÕES, no concernente à culpa qualificada objeto de presunção legal absoluta, é, no entanto, notório que aquela integra a previsão legal, pelo que nem a culpa grave nem ainda menos o dolo carecerão de presunção, revelando-se esta última injustificada. Deve-se à ausência de um nexos lógico e de uma conexão substancial entre o facto que origina a presunção e o facto presumido, não obstante estejamos perante uma conduta suscetível de um juízo de censurabilidade (ou pelo menos da sua reprovabilidade, ainda que em certo grau qualificado) não permite que a conclusão fidedigna de que a produção ou o agravamento da insolvência seja uma consequência provável desta. Pelo menos não de maneira a que se possa presumir o nexos causal.¹⁵⁰

Além da posição da doutrina relativamente à redação do texto legal ser crítica, o tocante às consequências da sua aplicabilidade encontra, do mesmo modo, diversidade de ótica. Determinados autores defendem que todas as normas jurídicas integrantes das alíneas do n.º 2 do art. 186.º do diploma legal acarretam efeitos nefastos para o património do devedor. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA são da opinião de que a al. e) nem é aplicável às pessoas singulares.¹⁵¹

SOVERAL MARTINS entende que mesmo nos casos em que o devedor seja uma pessoa singular, uma vez naquele momento incapaz do exercício pessoal e autónomo de

verdade diversas com vista a sujeitar as mesmas ao mesmo regime jurídico, o que se distingue da presunção legal absoluta porquanto esta última implica, por sua vez, uma suposição irrefutável de que o facto presumido acompanha sempre o facto que serve de base à presunção – MACHADO, João Baptista. *ob. cit.*, pp. 108 e 112.

¹⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 273 e 274 e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado ... ob. cit.*, p. 187.

¹⁴⁸ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 141 e PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 507, *apud* OLIVEIRA, Rui Estrela de. Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência. *in O Direito*, 142.º, 2010, p. 974.

¹⁴⁹ FRADA, Manuel Carneiro da. A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência. *in ROA*. n.º 66, II, setembro de 2006, p. 692 e 693.

¹⁵⁰ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 507.

¹⁵¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado... ob. cit.*, pp. 681 e 682.

direitos subjetivos, não deverá ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa no caso em que foi, na realidade, a conduta do representante legal a causadora do prejuízo ou mesmo da destruição do património. No entendimento do autor, um exemplo de uma das situações que podem ter lugar e, pois, obstar a que se aplique o disposto no n.º 2 ou do n.º 3 do art. 186.º do CIRE (cujas repercussões resultantes da sua aplicação adiante se analisarão), na medida em que o devedor, nessa hipótese jamais se teria encontrado na possibilidade de escolha e muito menos de afastamento daquele seu representante legal e autor do comportamento lesivo.¹⁵²

Em virtude de se encontrarem em causa fatores fortuitos, nem todas as normas concretizam uma aplicação que signifique potencial prejuízo do património do devedor, além de que desempenham um importante papel na dissuasão ou prevenção de ocorrência de futuras condutas incumpridoras e lesivas do que o preceituado visa, pois, proteger.

Veja-se CARNEIRO DA FRADA que é do entendimento que a aplicação das alíneas a) e g) poderá direta ou indiretamente significar prejuízo, ao passo que as alíneas d) e f) não serão suscetíveis de o proporcionar, além de que, à luz da experiência, normas deste cariz propiciam convenientemente uma prevenção abstrata de perigo para o património do devedor e, por conseguinte, para o interesse do credor, na medida em que, ainda que aparentemente excessivas, encontram a sua *ratio* na necessidade de dissuasão de condutas ocasionadoras de insolvências e naturalmente indesejáveis.¹⁵³

ANA PRATA, JORGE MORAIS DE CARVALHO e RUI SIMÕES, entendem que o n.º 1 do art. 186.º do CIRE é uma cláusula geral e aberta, sendo que o n.º 2 do mesmo artigo essencialmente consiste numa enumeração exemplificativa ao “*arrepio do que é habitual*”, na medida em que em lugar de se cingir ao desenvolvimento do enunciado geral, acrescenta casos de insolvência culposa, o que se conclui visto que as alíneas a) a g) preveem tais casos ao passo que as alíneas h) e i) só remotamente referem factos consideráveis como causa da insolvência ou mesmo do agravamento da mesma. Na base destas disposições legais está uma valoração diversa da que terá estado na origem da disciplina que visaria à partida, que residia no facto de o sujeito que tivesse praticado aqueles factos, igualmente praticaria os outros gravemente censuráveis.¹⁵⁴

Ainda outros autores adotam a visão de que a presença da culpa grave ou do dolo não pode ser, concretamente, presumida nem tão-somente tida como certa. Na sequência da

¹⁵² MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, pp. 420 e 421.

¹⁵³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *ob. cit.*, pp. 692 a 697.

¹⁵⁴ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 507 e 508.

análise das presunções legais contidas nas alíneas c) e g) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES afirmam o seguinte:

Mau grado a «eficiência» que tais presunções permitem, não se nos afigura incontroverso que algumas das condutas representem necessariamente culpa grave ou dolo: assim, por exemplo, comprar «mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação», ou prosseguir, no interesse de terceiros (que podem ser os trabalhadores) uma exploração deficitária, não obstante dever saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência. Estes são dois exemplos que podem ser de desespero, mas não necessariamente de dolo ou culpa grave.¹⁵⁵

Em todo o caso, é unânime que é da maior importância ter sempre presente que, em razão do legítimo interesse dos credores, o concernente ao património do devedor, neste contexto, impõe-se como sendo objeto de proteção jurídica.¹⁵⁶

As decisões dos tribunais igualmente sublinham a indispensabilidade da prova na fundamentação da qualificação da insolvência como fortuita, ou seja, com vista à quebra do nexó causal entre a conduta devedor e dos seus administradores e a situação de insuficiência patrimonial na qual reside a insolvência.

Veja-se, na jurisprudência, o Ac. do TRP, de 30 de outubro de 2006, proferido no âmbito do Proc. n.º 0655142, Relator PINTO FERREIRA, em nosso entendimento de modo indubitável, realça o seguinte:

Ora, um dos princípios orientadores do nosso processo civil é o do contraditório – art. 3.º, n.º 1 do CPC – Ao opositor e uma vez que está perante presunções que serão meramente indiciadoras da existência dos actos que poderão conduzir à qualificação da insolvência, tem que lhe ser dado oportunidade de as apresentar e defender os seus argumentos e razões, que destruam e desfaçam essas mesmas presunções (...) Por isso que, quando a lei fala em «prova em contrário» - n.º 1 do art. 350.º do CC -, terá de ser interpretado no sentido de ser dada àquele todas as possibilidades de apresentação e defesa dos seus argumentos e razões.

O Ac. do TRP, de 24 de setembro de 2007, Proc. 0753853, Relator SOUSA LAMEIRA, sublinha o seguinte no ponto II do Sumário:

III – Mesmo assim, será a insolvência de classificar como fortuita se a insolvente provar que a situação se ficou a dever à conjuntura económica, a razões externas e independentes da sua vontade.

As decisões vêm confirmar a imprescindibilidade da prova cuja produção se efetivará mediante o exercício do contraditório.

¹⁵⁵ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 510.

¹⁵⁶ Vislumbre-se que no Direito Comparado a doutrina entende que o mesmo espírito da lei recebe adoção na letra, uma vez que, por exemplo, no ordenamento jurídico da vizinha Espanha, a prática de factos nos mesmo moldes basta, pela sua gravidade, para legitimar a presunção do nexó de causalidade, sendo o único modo que assiste ao devedor escapar à qualificação da situação falimentar a alegação e prova de que os factos que se encontram na sua origem não lhes são imputáveis – MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 419 *apud* GARCÍA-GRUCES, José António. *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II, Madrid: Thomson-Civitas, 2008, p. 2526.

2.2. As presunções ilidíveis

Cumprir analisar o regime-regra das presunções legais, isto é, as presunções legais relativas da culpa grave do devedor que se torna insolvente.¹⁵⁷

Recorde-se que se tratarão de situações cujos factos deverão ter ocorrido nos três anos anteriores ao momento em que o processo tem início, sendo o regime aplicável às pessoas singulares com as devidas adaptações.¹⁵⁸ São as seguintes hipóteses: o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência¹⁵⁹ e a falta de cumprimento da obrigação de elaboração das contas anuais no prazo legalmente previsto, de as submeter devidamente à fiscalização ou do seu depósito na conservatória do registo comercial.¹⁶⁰

No entendimento de SOVERAL MARTINS, pressupõe-se a obrigação sendo a mesma compreensível na medida em que a elaboração das contas proporciona a tomada de decisões cujos resultados podem consistir no afastamento da situação da insolvência.¹⁶¹

No tocante às disposições legais, igualmente destinadas à proteção do interesse dos credores diversas posições doutrinárias e na jurisprudência se destacam.

CARVALHO FERNANDES, JOÃO LABAREDA e MENEZES LEITÃO foram do entendimento que nos encontramos somente em face de uma presunção de culpa grave, em virtude da atuação dos administradores, de direito ou de facto. Em caso algum se estará diante de uma presunção de causalidade entre o comportamento e a situação de insolvência, ainda que haja lugar à prova deste nexos causal.¹⁶²

Por sua vez, CATARINA SERRA, entende que nos continuamos a deparar com presunções de insolvência culposa.¹⁶³, designando-as não de meras presunções relativas de culpa grave mas sim autênticas presunções relativas de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência). A autora expõe a seguinte conclusão:

Melhor seria, por isso, que o legislador tivesse integrado as duas últimas alíneas do n.º 2 na norma do n.º 3: continuar-se-ia a penalizar («recticus»: a onerar com uma presunção), como parece ter sido intenção, o sujeito que viola deveres jurídicos mas ser-lhe-ia concedida, como é de elementar justiça, a possibilidade de ele se defender mostrando que a sua conduta, apesar de ilícita – e porventura culposa..., não causou insolvência, não sendo, portanto, adequado que se produzam os efeitos concebidos para as situações de insolvência culposa.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Recorde-se, nas palavras de Baptista Machado: “Aqui apenas nos interessam as presunções legais. Estas podem ser «juris tantum» ou «juris et de jure”, constituindo estas últimas a exceção e as primeiras a regra, conforme resulta do art. 350.º, n.º 2” – MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2007, p. 112.

¹⁵⁸ Cfr. o disposto no n.ºs 1 e 4 do art. 186.º do CIRE.

¹⁵⁹ Cfr. o disposto na al. a) do n.º 3 do mesmo art. 186.º.

¹⁶⁰ Cfr. al. b) do n.º 3 do art. 186.º.

¹⁶¹ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 422.

¹⁶² FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado... ob. cit.*, p. 681; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 275.

¹⁶³ SERRA, Catarina – *ob. cit.*, p. 122.

¹⁶⁴ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 141.

Ainda outros autores são da opinião de que a não apresentação à insolvência por parte do devedor enquanto pessoa singular não será bastante para a qualificação nestes termos. Porém, não é admissível o afastamento da presunção na sequência da apresentação de uma petição inicial incipiente, por parte dos administradores do devedor que não seja pessoa singular. Conforme, aliás, estabelece o disposto no n.º 5 do art. 186.º. Por petição inicial incipiente¹⁶⁵ se entenderá o articulado que, em razão de não se verificar o cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos e exigíveis para o efeito do seu deferimento por parte do tribunal (art. 27.º, n.º 1, al. i) do CIRE), seja inócuo ao afastamento da presunção legal.¹⁶⁶

Mais é entendido na doutrina que a culpa do administrador de facto do devedor, sendo-lhe dificilmente imputável, resulta no afastamento das presunções relativas.¹⁶⁷

Entendem, por fim, outros autores que tendo lugar a qualificação da insolvência como culposa, é exigível que não seja a respetiva presunção ilidida e que se prove o nexo causal entre o “*(f)acto omitido e a geração ou o agravamento da situação de insolvência*”. Por outras palavras, sob este prisma, para fazer funcionar a insolvência culposa será necessária a prova da causalidade e não somente a presunção da culpa qualificada. ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES detetam um desajustamento entre o disposto na al. b) do n.º 3 do art. 186.º do diploma legal. Mais concretamente, a norma impõe uma presunção de culpa grave perante a conduta dos administradores que tenham faltado ao cumprimento da “*obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo predial*”. Atendendo ao grau de literacia dos cidadãos portugueses, os autores sublinham a relatividade do preceituado, igualmente na medida do número das pequenas empresas existentes no nosso País.¹⁶⁸

Os autores mais afirmam que a presunção relativa de culpa grave, contida no n.º 3 do art. 186.º, não concerne às condutas tendo em conta o nexo de causalidade entre estas e a natureza da insolvência, uma vez que não dispensaria a prova entre as condutas presuntivamente culposas e a insolvência.¹⁶⁹ MENEZES LEITÃO também é do entendimento que a presunção contida no n.º 3 trata-se somente de uma presunção de culpa grave e não de uma presunção da causalidade entre a conduta do devedor e a situação de insolvência, sendo

¹⁶⁵ Termo nosso.

¹⁶⁶ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 422; vd., no Direito Comparado, o mesmo sentido no disposto no art. 165 da *Ley Concursal* espanhola – GARCÍA-CRUCES, José António. Artículo 165. *in* ROJO, Angél, BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley Concursal*, tomo II, Madrid: Thomson-Civitas, 2008, p. 2537.

¹⁶⁷ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 423.

¹⁶⁸ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 511.

¹⁶⁹ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 512.

necessária a demonstração da causa ou agravação desta como resultado do comportamento, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo 186.º do CIRE.¹⁷⁰

Na jurisprudência, vem defendido que as presunções legais contidas no n.º 3 não se referem à situação de insolvência em si, isto é, à prova do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado falimentar. Veja-se o Ac. do TRG, de 12 de julho de 2011, Proc. n.º 503/10.9TBPTL-H.G1, Relator CONCEIÇÃO BUCHO:

Ainda que provada a culpa grave (nos casos no n.º 3 do art. 186.º do CIRE), tal não tem como consequência direta e necessária a qualificação da insolvência como culposa. Para que a insolvência possa ser tida como culposa, é ainda necessário que se demonstre a existência de um nexo de causalidade entre a conduta incumpridora dos administradores e a situação de insolvência do devedor.

Veja-se o Ac. do TRP, de 26 de novembro de 2009, Proc. n.º 138/09.9TBVCD-M.P1, Relator FILIPE CAROÇO:

I – Para efeitos do incidente de qualificação da insolvência, nomeadamente no âmbito da verificação das presunções previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE (...) II – Qualquer das presunções de culpa grave dos administradores ou do devedor estabelecidas no n.º 3 (com ou sem a extensão da sua aplicação nos termos do n.º 4), quando não elidida, não faz presumir a existência de nexo causal entre a conduta gravemente culposa do devedor ou administrador e a criação ou agravamento do estado de insolvência para concluir pela insolvência culposa, nos termos do n.º 1 do citado art. 186.º. III – Para o efeito, não elidida aquela presunção de culpa grave do devedor ou administrador, é necessário provar efectivamente aquele nexo causal.

Veja-se, no mesmo fio de ideias, o Ac. do TRP, de 22 de maio de 2007, Proc. n.º 0722442, Relator MÁRIO CRUZ:

II – O n.º 3 da mesma disposição legal reporta-se apenas a situações de culpa grave dos próprios administradores da insolvente que não seja uma pessoa singular, por incumprimento de obrigações a estes legalmente impostas. III – Aquelas situações podem levar à declaração de insolvência culposa se não houver ilisão de culpa grave, ou conduzir à qualificação da insolvência como fortuita se, porventura, não se verificar qualquer das hipóteses previstas no n.º 2 e for entretanto ilidida por estes a presunção de culpa grave dos administradores.

2.3. Posição adotada

Na medida em que se pretende evitar situações de incumprimento, acaba por se ressaltar que o originar da situação de insolvência ou o agravamento desta se terá devido a causas estranhas à vontade dos sujeitos, isto é, externas e independentes à sua conduta ilícita e presumivelmente culposa. A ressalva justifica-se por a qualificação da insolvência como

¹⁷⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 187.

culposa dever ter apenas lugar perante a significativa probabilidade de aquela se encontrar na origem da conduta dos sujeitos. Assim sendo, é um mecanismo de prevenção sem recurso a meios repressivos nem punitivos, o que se encontra dentro dos limites do campo de aplicação da lei da insolvência. É este o entendimento de ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES, entre outros autores, que seguimos.¹⁷¹

Pela referida razão, além das presunções absolutas/*juris et de jure*, também se recorre às presunções relativas/*juris tantum* que, encontrando-se desprovidas de carácter absoluto, constituem, portanto, o regime regra. O CIRE prevê, porém, um número significativamente maior de situações merecedoras de presunções legais absolutas do que as hipóteses em que se verifiquem a presunções legais relativas, o que, concretamente, propiciará, em nosso entendimento, sentenças com desfechos resultantes da inadmissibilidade de prova em contrário, o que será suscetível de proporcionar decisões judiciais pouco justas para o devedor/insolvente e os seus administradores, que são os réus no processo declarativo gerado pela qualificação da insolvência. Na verdade, nos termos gerais, mais propriamente pelo disposto no art. 350, n.º 2 do CC, na dúvida entende-se que se tratará de presunção relativa, preceito que estas normas não observam, pois, rigorosamente, apresentando solução *controversa* e *incerta* – características que ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES atribuem, desde logo, à redação que o legislador adotou no CIRE.¹⁷²

Na nossa ótica, não é também de excluir a situação em que a censurabilidade reside na conduta dos credores. Esta deve ser tida em consideração, na sequência da apreciação, por parte do julgador, dos contornos fácticos do caso em concreto. Tal prende-se com o facto de também ser possível a prova de que terá existido, portanto, culpa por parte dos credores, ou seja, dos beneficiários da presunção legal, o que implicará a sua elisão, merecendo aplicação a presunção relativa.

A jurisprudência expõe a existência de presunções legais absolutas e de presunções legais relativas. Estabelece, mais precisamente, o Ac. do TRP, de 15 de março de 2007, referente ao Proc. n.º 0730992, que foi Relator PINTO DE ALMEIDA, que as primeiras atribuem de modo inilidível a culpa do insolvente, ao passo que as presunções legais relativas implicam que se faça prova desta culpa:

¹⁷¹ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 508 e 509; Cassiano dos Santos utiliza a expressão “*processos declarativos enxertados*” referindo-se a tais apensos, assim como intitula “*o processo propriamente executivo*” para se referir ao processo principal – cfr. SANTOS, Filipe Cassiano dos. *ob. cit.*, pp. 233 e 234; vd., quanto à reclamação e verificação de créditos, LEITÃO, Luís Teles de Menezes. *Direito da Insolvência... ob. cit.*, pp. 215 a 221.

¹⁷² PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 5 e 509; MOTA PINTO era do entendimento, em seguimento ao legalmente estabelecido, que, salvo os casos excepcionais consagrados na lei, as presunções legais são presunções “*tantum iuris*” - PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo da Mota. *ob. cit.*, p. 429.

I – Decorre do preceituado no art. 186.º, n.º 1 do CIRE que, para a insolvência ser qualificada como culposa, é necessário que interceda, em termos de causalidade – criando-a ou agravando-a –, a actuação do dever, que tem de ser dolosa ou com culpa grave. II – Enquanto no n.º 2 do citado art. se estabelece uma presunção ‘juris et de jure’ da verificação dos sobreditos requisitos, com a inerente e inexorável atribuição de carácter culposo à insolvência, o respectivo n.º 3 apenas contempla uma presunção ‘tantum juris’ de actuação com culpa grave, à qual sempre deverá acrescer a demonstração de que a mesma criou ou agravou a situação de insolvência, para que esta possa ser qualificada de culposa.

Veja-se, mais recentemente, no Ac. do TRP, de 23 de abril de 2018, referente ao Proc. n.º 523/15.7T8AMT-A.P1, de que foi Relator MIGUEL BALDAIA DE MORAIS, o seguinte:

II - O incidente de qualificação constitui uma fase do processo de insolvência que se destina a averiguar quais as razões que conduziram à situação de insolvência e consequentemente se essas razões foram puramente fortuitas ou correspondem antes a uma atuação negligente ou mesmo com intuítos fraudulentos do devedor.

III - O preenchimento da *fattispecie* normativa da alínea g) do n.º 2 do artigo 186º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas pressupõe um comportamento do administrador que afronte os deveres de fidelidade/lealdade a que se encontra adstrito (por mor, v.g., do disposto nas alíneas a) e b) do artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais), por envolver, por via direta ou indireta, efeitos negativos para o património do insolvente, geradores ou agravantes da situação de insolvência, exigindo-se, no entanto, uma intenção específica na atuação daquele, concretamente a prossecução da atividade da sua administrada, já em situação de exploração deficitária, no seu próprio interesse ou de terceiro.

IV - A alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo 186º, para além de uma presunção relativa de culpa qualificada, consagra outrossim uma presunção, ainda que *juris tantum*, de causalidade, pelo que competirá ao sujeito que incumpriu o dever (legal) de apresentação à insolvência o ónus da prova de que a situação de insolvência ou o seu agravamento se ficou a dever a outros fatores, designadamente, as condições de mercado ou a conjuntura económica.

3. Efeitos da qualificação da insolvência como culposa

Veja-se o que é desencadeado na esfera do devedor/insolvente e dos seus administradores no âmbito do processo de qualificação da insolvência como culposa.¹⁷³

3.1. A inibição da administração do património alheio, do exercício do comércio e da ocupação da titularidade de cargos societários ou de outra pessoa coletiva

A consequência da qualificação da insolvência como culposa implica o decretamento, por parte do tribunal, da inibição das pessoas afetadas - mais concretamente da pessoa singular declarada insolvente ou do(s) administrador(es) da pessoa coletiva nos mesmos

¹⁷³ Vd. o disposto no ponto n.º 40 do preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de março: “Um objectivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas. É essa a finalidade do novo «incidente de qualificação da insolvência». As finalidades do processo de insolvência e, antes ainda, o próprio propósito de evitar insolvências fraudulentas e dolosas, seriam seriamente prejudicados se aos administradores das empresas, de direito ou de facto, não sobreviessem quaisquer consequências sempre que estes hajam contribuído para tais situações (...)”.

termos declarada - por um período de entre dois a dez anos, tanto da continuação do exercício do comércio como da ocupação de cargo de titularidade de órgão de pessoa coletiva de natureza societária, associativa, fundacional ou cooperativa.¹⁷⁴

As presentes inibições, decretadas pelo Tribunal de Comércio, tratam-se de restrições à prática dos respetivos atos.

Entra a questão da qualificação de inabilitado para o insolvente ser considerado inibido da sua prática, em virtude da sua conduta pródiga. A doutrina tratou esta questão sobre a inabilitação do devedor. ANA PRATA, JORGE MORAIS DE CARVALHO e RUI SIMÕES entenderam que esta inabilitação, não obstante ter como requisito a prodigalidade, jamais se reportou ao instituto da inabilitação previsto anteriormente à vigência da Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, enquanto incapacidade de exercício de direitos, tendo sido uma realidade distinta da que merece tutela no presente âmbito:

A inabilitação é uma forma de incapacidade com requisitos próprios e regime previsto no Código Civil, que nunca deveria ter sido estendida a quem não preenche esses requisitos, nem fica sujeito ao estatuto próprio do inabilitado (...) como se um mesmo nome pudesse designar duas situações jurídicas tão diversas.¹⁷⁵

MENEZES LEITÃO seguiu a mesma ótica, defendendo que a situação assumiu “(...) *os contornos de uma ilegalidade*”, tendo qualificado a inibição como “*incompatibilidade*”.¹⁷⁶ JORGE PINHEIRO entendeu que se tratou de “(...) *uma restrição à capacidade, que é uma incompatibilidade e não uma incapacidade em sentido técnico*”, pelo que para o autor “(...) *o fundamento da inibição é a defesa geral da credibilidade do comércio*”.¹⁷⁷

CARVALHO FERNANDES foi do seguinte entendimento:

(...) o insolvente, salvo o regime particular da insolvência culposa, sofre de limitações à sua capacidade de gozo e, em particular, de exercício, que afectam o seu hemisfério patrimonial, as quais, enquanto tal seja juridicamente viável, nos termos do direito, são supridas segundo um regime próximo do das incapacidades jurídicas

Todavia,

¹⁷⁴ Vd. o disposto no art. 189.º, n.º 2, alíneas b) e c) do CIRE; o legislador português baseou-se na *Ley Concursal* espanhola a qual previu o seguinte: “*La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona (...)*” – cfr. o disposto no respetivo art. 172 (2), 2.º -, sendo conclusivo que a inabilitação surge como um efeito sancionatório, em caso algum se referindo a quaisquer défices das faculdades pessoais dos afetados, tais como anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, prodigalidade ou sequer consumo de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes nos termos do disposto na nossa lei civil, como Coutinho de Abreu salienta – ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, pp. 137 e 138.

¹⁷⁵ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 528 e 529, nota n.º 4 - a obra dos autores data do ano de 2013, ainda durante a vigência do instituto da inabilitação como incapacidade do exercício de direitos, ao abrigo do à data disposto nos arts. 152.º a 156.º do CC.

¹⁷⁶ LEITÃO, Luís Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 171, 172 e 281.

¹⁷⁷ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 529 e 530 *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte. Efeitos pessoais da declaração de insolvência. *in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 207 e 215.

(...) o insolvente não é um incapaz ‘proprio sensu’, ou seja, no sentido em que esta expressão é usada nos textos legais.¹⁷⁸

No entendimento de MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, o insolvente encontra-se adstrito a *uma indisponibilidade relativa*, e não incapaz, porquanto “*a perda dos bens integrantes da massa insolvente encontra a sua razão de ser no ‘estatuto de uma massa de bens’ adstrita à satisfação dos credores*” - citando as palavras de OLIVEIRA DE ASCENSÃO - não se tratando de um “*problema geral de ilegitimidade do insolvente para dispor de determinados bens*” porquanto não está em causa a “*especial incidência sobre a pessoa do devedor*” mas apenas uma questão concreta de indisponibilidade de certos bens, “*de determinadas relações jurídicas e formas de negócios*.”¹⁷⁹

COUTINHO DE ABREU foi da mesma opinião, defendendo que “*não parece que a inibição para o exercício do comércio seja qualificável como incapacidade*” porquanto “(…) *não se funda em défices nas faculdades pessoais dos afetados, e visa proteger não os inibidos mas o comércio*”, sublinhando que “*os sujeitos proibidos de comerciar têm capacidade para praticar atos negociais*” com referência, a título exemplificativo, ao disposto nos arts. 113.º e 114.º do CIRE, finalizando o seu parágrafo com a seguinte afirmação:

o inibido de comerciar é incapaz mas enquanto inabilitado (não enquanto inibido) e pelo período em que o for” muito embora “(…) não deve poder ostentar o título de comerciante e ter o correspondente estatuto quem está legalmente impedido – e por razões de tutela (do crédito) do comércio - de comerciar.”¹⁸⁰

As *supra* expostas posições doutrinárias encontram fundamento, também, perante a revogação do art. 190.º do CIRE, que previa o suprimento da inabilidade, mediante a nomeação de um curador, à luz do disposto nas normas gerais da inabilitação enquanto incapacidade de exercício de direitos. A revogação veio, pois, confirmar que as restrições do insolvente culposo não poderão ser abarcadas no regime das incapacidades de exercício.

Na jurisprudência, nos Acs. do TC n.º 564/2007, de 13 de novembro de 2007 e n.º 173/2009, de 2 de abril de 2009, principalmente este último, surge declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE com fundamento no facto da norma constituir violação do disposto nos arts. 18.º, n.º 2 e 26.º da CRP, porquanto o juiz deve decretar, ao abrigo daquele preceito, a inabilitação do

¹⁷⁸ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Colectânea de Estudos de Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 194 e 195.

¹⁷⁹ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, p. 135; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – Teoria Geral*. Vol. I, Lisboa: F.D.L., 1996, p. 188.

¹⁸⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, pp. 137 e 138.

administrador de sociedade comercial declarada insolvente, na sequência da qualificação da insolvência como culposa. Excluiu-se um alcance punitivo, porquanto não nos encontramos perante a aplicação de penas para o comportamento ilícito e culposo do insolvente.

No Ac. do TC n.º 280/2015, de que foi Relator CARLOS CADILHA, mais se decidiu o seguinte:

(...) inconstitucional, por violação do direito ao recurso de decisões judiciais que diretamente afetam direitos, liberdades e garantias, decorrente do direito de acesso aos tribunais, consagrado no art. 20.º, n.º 1 da CRP, a norma extraída das disposições conjugadas do art. 15.º do CIRE, e arts. 304.º, 1.ª parte, e 629.º, n.º 1 do CPC, interpretadas no sentido em que não cabe recurso de decisões proferidas no incidente de qualificação da insolvência cujo valor, determinado pelo ativo do devedor, seja inferior ao da alçada do tribunal de primeira instância

O valor da alçada da 1.ª instância é, atualmente, de até 5.000,00 € (cinco mil Euros), conforme o disposto no art. 44.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário (LOSJ – a Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

ANA PRATA, JORGE MORAIS CARVALHO e RUI SIMÕES mais defenderam que, neste âmbito da insolvência culposa, regressando-se à terminologia do *impedimento*, desaparece “*louvavelmente*” a qualificação de inabilitado para se considerar inibido.¹⁸¹

Conclui-se que, neste contexto, o termo *inabilitação* surgiu no sentido de restrição da administração, por parte do devedor, de patrimónios alheios, bem como do exercício do comércio, da ocupação da titularidade de sociedade comercial ou civil, de associação ou de fundação privada de atividade económica, de empresa pública ou de cooperativa. Conclui-se que esta restrição, tal como anteriormente, não dirá respeito às incapacidades de exercício de direitos, mais propriamente, ao atual regime do maior acompanhado¹⁸², encontrando-se, pois, igualmente excluída do âmbito deste regime não obstante nos encontrarmos perante uma conduta pródiga. A própria lei os refere como se tratando de inibições, decretadas judicialmente, pelo que concerne à restrição dos atos de administração e aos atos de comércio, que são efeitos da qualificação da insolvência como culposa.¹⁸³

No tocante à duração do período de inibição para a administração de patrimónios de terceiros, assim como para o exercício do comércio, a doutrina entende que deverá ser fixada em torno do grau de censurabilidade da conduta do sujeito, isto é, da culpa. CATARINA SERRA é uma das autoras que segue este critério¹⁸⁴, assim como JOÃO DUARTE PINHEIRO que sublinha que “*a inibição para o exercício do comércio e de outros cargos*

¹⁸¹ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, pp. 528 e 529, nota n.º 4.

¹⁸² A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que alterou, entre outras disposições legais, os arts. 138.º a 156.º do CC, eliminando a interdição e a inabilitação enquanto institutos relativos às incapacidades de exercício de direitos.

¹⁸³ Cfr. o disposto no art. 189.º, n.ºs 2 e 3 do CIRE.

¹⁸⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *ob. cit.*, p. 140.

restringe a liberdade de iniciativa económica".¹⁸⁵ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO é do entendimento que a inibição para a administração do património alheio apresenta uma “*dupla faceta preventiva e sancionatória*”, porquanto tem como escopo a proteção de terceiros por sua vez titulares de patrimónios suscetíveis de saírem prejudicados pela conduta do devedor/insolvente, assim como não é aplicável a situações em que o juízo de censura sobre a conduta seja traduzido em culpa leve.

A inibição gera a caducidade dos contratos que se encontrem em curso.¹⁸⁶ A caducidade advém da inexecução conseqüente da impossibilidade da realização da correspondente prestação. No entanto, as opiniões divergem relativamente à caducidade dos contratos de mandato em curso na pendência do processo de insolvência. MENEZES LEITÃO defendeu a caducidade dos contratos de mandato com a declaração de insolvência do mandante.¹⁸⁷ PESTANA DE VASCONCELOS afirmou que o mandato se mantém, apenas sendo suscetível de ser revogado.¹⁸⁸ Os terceiros, titulares do património o qual não poderá ser objeto da administração por parte do devedor/insolvente, ao abrigo do presente regime, serão os sujeitos que tenham estabelecido relação com aquele.

A duração da inibição tem um limite mínimo e um limite máximo. SOVERAL MARTINS, relativamente à duração da inibição, é da opinião de que o juiz a deverá fixar igualmente conforme juízos de equidade, isto é, consoante se tenha verificado, no caso concreto, dolo ou culpa grave, criação ou agravação da situação de insolvência e quais as conseqüências geradas e a sua gravidade.¹⁸⁹

A inibição é suscetível de registo na conservatória de registo civil, assim como na conservatória do registo comercial na hipótese de o afetado se tratar de comerciante em nome individual.¹⁹⁰

No tocante à inibição do exercício do comércio, o que está na origem da decisão do julgador não se encontra expressamente previsto na lei.

É entendido pela doutrina e na jurisprudência, que a decisão dever-se-á pautar pela concreta gravidade do comportamento adotado pelo devedor, seja na origem da situação de insolvência, seja no seu agravamento.¹⁹¹ A conseqüência é clara: a proibição do exercício do

¹⁸⁵ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 514 *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte. Efeitos pessoais da declaração de insolvência. *in Estudos em Memória do Prof. Doutor José Dias Marques*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 215.

¹⁸⁶ Por referência ao previsto pelo disposto no art. 1174.º, al. a) do CC, nos termos gerais, encontra-se contida a norma especial do art. 110.º do CIRE, que regula os efeitos da declaração de insolvência sobre os contratos de mandato em curso.

¹⁸⁷ Cfr. o disposto no art. 110.º, n.º 1 do CIRE, que, na ótica do autor, é aplicável por analogia.

¹⁸⁸ Cfr. o disposto no art. 1170.º do CC; EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, p. 136 *apud* VASCONCELOS, Luís M. Pestana. *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 232, nota n.º 503.

¹⁸⁹ MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 428.

¹⁹⁰ Cfr. o disposto no art. 189.º, n.º 3 do CIRE e, igualmente, o conteúdo do art. 1920.º-B, al. d) do CC.

¹⁹¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado... ob. cit.*, pp. 624 a 626, notas n.ºs 8 e 9; o Ac. do TRP, de 2 de outubro de 2008, Relator Madeira Pinto, contém a afirmação de que a gravidade da conduta é suscetível de ser aferida em função do preenchimento do n.º 2 ou do n.º 3 do art. 186.º.

comércio. A proibição tem lugar de modo direto, se for realizado em nome próprio, ou de forma indireta se for efetuado em nome alheio. Uma vez decretada, mediante sentença, a proibição tem a duração de um determinado prazo. Enquanto o prazo se encontrar a decorrer, fica o exercício restringido ao devedor/insolvente, sob pena de este ver a sua qualidade de comerciante igualmente restringida, com todos os inconvenientes que implica.¹⁹² É exceção o exercício meramente ocasional, isto é, a prática de atos de comércio isolados ou esporádicos. Autores como MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, OLIVEIRA DE ASCENSÃO e SOVERAL MARTINS acolhem esta possibilidade. Nas palavras deste último autor, “*não parece possível dizer que a inibição para o exercício do comércio abrange ainda a prática ‘isolada’ de atos de comércio: estes poderão ser praticados pelo sujeito afetado pela qualificação*”.¹⁹³

A inibição do exercício do comércio é suscetível de registo oficial na conservatória do registo civil, tendo igualmente lugar na conservatória do registo comercial caso o afetado seja comerciante em nome individual.¹⁹⁴

Mais recai sobre o devedor/insolvente culposo a restrição da possibilidade da ocupação de quaisquer cargos que impliquem a titularidade de órgãos de pessoas coletivas, tais como de sociedades comerciais¹⁹⁵ ou civis, de associações ou fundações privadas de atividade económica, de empresas públicas ou de cooperativas. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO entende que o devedor/insolvente, assim como os administradores mantêm idoneidade para desempenhar atividade na qualidade de acionistas de uma sociedade anónima, de sócios de uma sociedade por quotas ou de sócios comanditários de uma sociedade em comandita, na medida em que não integrem, em simultâneo, qualquer órgão de administração ou de fiscalização da mesma.¹⁹⁶

A inibição para a ocupação de cargos de titularidade de órgãos de sociedades comerciais ou civis, associações ou fundações privadas de atividade económica, empresas públicas ou cooperativas é, igualmente, suscetível de registo, tanto na conservatória de registo civil como na conservatória de registo comercial. SOVERAL MARTINS apela que a norma que prevê esta suscetibilidade de registo adota o termo “*aparentemente*”, o que merece relevância, na medida em que somente determinados cargos são abrangidos pela proibição.¹⁹⁷

¹⁹² Oliveira Ascensão e Maria do Rosário Epifânio são autores que propositadamente ressalvam que a lei apenas terá abrangido apenas o exercício profissional do comércio – ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial ... ob. cit.*, pp. 205 e 206 e EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Os Efeitos Substantivos da Falência*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000, pp. 83 e ss.

¹⁹³ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 138 e ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial ... ob. cit.*, p. 195; MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 429.

¹⁹⁴ Cfr. o disposto no art. 1.º, n.º 1 do CRC e no art. 189.º, n.º 3 do CIRE.

¹⁹⁵ Vd. o disposto no art. 189.º, n.º 2, al. c) do CIRE e no art. 414.º-A, n.º 1, al. j) do CSC.

¹⁹⁶ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *ob. cit.*, p. 138.

¹⁹⁷ Cfr. o disposto no art. 1.º, n.º 1 al. n) do CRC; MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, p. 430.

A duração da inibição entende-se como sendo de dois a dez anos, tal como sucede relativamente à inibição de exercício do comércio. CATARINA SERRA entende que a duração do período da inibição para a administração de patrimónios alheios, assim como para o exercício do comércio, deverá ser fixada, consoante o grau de culpa do sujeito devedor/insolvente e/ou administrador.¹⁹⁸

3.2. Perda de créditos e condenação de restituição de bens ou de direitos

Verifica-se igualmente a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente que seja da titularidade do devedor, incorrendo este à restituição de bens ou de direitos até ao momento da declaração pelo tribunal recebidos em pagamento daqueles créditos.¹⁹⁹

Na sequência da demonstração da relevância do novo quadro de efeitos da declaração de insolvência, é conclusivo que, além de outros efeitos resultantes da correspondente sentença, tem lugar a manifesta incapacidade do insolvente, em virtude da sua restrição temporária, resultante da assunção dos poderes de administração pelo administrador da insolvência.²⁰⁰

MENEZES LEITÃO expõe que a sentença de qualificação da insolvência como culposa deverá abranger a determinação da perda de quaisquer créditos sobre a insolvência que se encontrem detidos pelos sujeitos afetados pela qualificação, assim como a determinação da perda de quaisquer créditos sobre a massa insolvente que sejam detidos pelos sujeitos afetados pela qualificação. Mais defende que deverá ser objeto da sentença – na verdade, o escopo – a condenação do devedor/insolvente e dos seus administradores na restituição de bens ou de direitos que por eles já tenham sido recebidos como forma de pagamentos dos créditos – sejam sobre a insolvência, sejam sobre a massa insolvente.²⁰¹

3.3. Obrigação de indemnização

O devedor/insolvente culposo e os seus administradores, de direito ou de facto, bem como técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, enquanto afetados pela

¹⁹⁸ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 140; cfr. *supra* 3.1.

¹⁹⁹ Cfr. o disposto no art. 189.º, n.º 2 al. d) do CIRE.

²⁰⁰ Carvalho Fernandes classificava este quadro como “*relevância positiva*”, frisando, por outro lado, que existe uma “*relevância negativa*” que será a de “*afastar a hipótese de identificar uma incapacidade nos efeitos decorrentes, para o insolvente, da insolvência fortuita*” – FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Colectânea de Estudos de Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 193 e 194.

²⁰¹ LEITÃO, Luís Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 282.

qualificação da insolvência como culposa, deverão ressarcir os credores lesados.²⁰² Surge a obrigação de indemnização. No âmbito da concreta aplicabilidade desta obrigação, é exigível que a mesma conste na sentença de qualificação da insolvência, competindo, porém, ao juiz apenas a apreciação dos pressupostos da insolvência culposa.

A responsabilidade civil extracontratual subjetiva/aquiliana é acionada perante a insuficiência da massa insolvente, passando a encontrar-se sujeita a uma condição suspensiva. No concernente à quantificação do montante indemnizatório, o apuramento do mesmo dependerá da tramitação do processo.²⁰³

Destarte, é admissível que a responsabilização do devedor/insolvente e dos seus administradores segue o instituto da responsabilidade civil configurado na nossa lei societária, com aplicação subsidiária da lei civil substantiva.²⁰⁴

Na hipótese de serem vários sujeitos afetados pela qualificação da insolvência a responsabilidade é solidária, desencadeando-se a repartição interna da responsabilidade.²⁰⁵ A responsabilidade pode abranger todo o património dos afetados pela qualificação da insolvência como culposa. O beneficiário direto da responsabilidade será a massa insolvente e não diretamente os credores.

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO salienta que, relativamente ao montante indemnizatório, o valor em causa é posteriormente distribuído pelos credores cujos créditos não tenham sido satisfeitos – os titulares de créditos sobre a massa ou titulares de créditos sobre a insolvência, titulares de créditos garantidos, privilegiados, comuns ou subordinados. A distribuição efetua-se na medida daquela insatisfação e conforme a graduação fixada na sentença de graduação e verificação dos créditos. Mais concretamente, a responsabilidade encontra-se limitada ao montante dos créditos não satisfeitos e não aqueles na sua totalidade, sendo que os credores com o direito de ser indemnizados serão aqueles que não viram os seus créditos satisfeitos, isto é, os credores da insolvência que veem os seus créditos verificados por sentença transitada em julgado.²⁰⁶

Relativamente aos credores da massa, estes também se submetem à possibilidade de não conseguir receber tudo ao que têm direito. Apenas os titulares dos créditos cujo fundamento seja posterior à data da declaração da insolvência são suscetíveis de ser indemnizados, muito embora a lei não o clarifique apenas referindo que as pessoas afetadas

²⁰² Cfr. o disposto no art. 186.º, n.º 2. al. a) do CIRE.

²⁰³ Cfr. o previsto pelo disposto no art. 189.º, n.º 4 do CIRE.

²⁰⁴ Vd. art. 6.º, n.º 2 do CIRE – aplicabilidade do disposto nos arts. 71.º e ss. do CSC, assim como do instituto da responsabilidade aquiliana, previsto pelo disposto nos arts. 483.º e ss. do CC, por força do art. 2.º do CSC.

²⁰⁵ Cfr. o art. 73.º do CSC, sem prejuízo da aplicabilidade dos arts. 497.º, n.º 2 e 519.º, n.º 1 do CC, por força do disposto no art. 2.º do CSC.

²⁰⁶ Cfr. o art. 173.º do CIRE.

serão condenadas à indemnização dos credores do devedor.²⁰⁷ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO e SOVERAL MARTINS esclarecem que as indemnizações deverão concernir à massa insolvente e só ulteriormente se destinarem ao pagamento dos credores, sendo que os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa e condenados não são convededores nem garantes da obrigação.²⁰⁸

Cabe, neste contexto, ao administrador da insolvência, na pendência do processo, propor e fazer seguir as ações destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pelo decréscimo do património que integra a massa insolvente.

Com o encerramento do processo de insolvência, compete, então, ao juiz a fixação do valor correspondente ao montante dos danos verificados, mais propriamente os critérios pelos quais a quantificação se deverá pautar.²⁰⁹

Veja-se, na jurisprudência, na sentença do Ac. do TRC, de 23 de setembro de 2014, referente ao Proc. n.º 4/13.3TBSEI-L.C1, Relator FERNANDO MONTEIRO, *“o critério a utilizar corresponde ao valor dos créditos julgados verificados (no apenso respetivo) e não satisfeitos através dos pagamentos a efetuar no processo”*.

Em suma, aos afetados pela qualificação da insolvência caberá o dever de indemnizar os credores, na medida em que estes últimos saíram lesados pela conduta daqueles, situação decorrente da criação ou do agravamento da situação de insolvência que por sua vez propiciou a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas. Serão os sujeitos responsáveis pelo montante dos créditos não satisfeitos, não obstante não se exigir a causalidade entre a conduta do devedor/insolvente e a não satisfação total ou parcial de tais créditos.

A culpa não concerne à existência de créditos não satisfeitos mas antes à criação ou agravamento da insolvência culposa.

Excetua-se a situação de insolvência que, porém, não seja restritiva à satisfação dos créditos, não merecendo a correspondente norma aplicabilidade.²¹⁰

3.4. A sentença judicial

A que se vem denominar por responsabilidade insolvencial teve reforço com o regime instituído no CIRE.²¹¹ O desenvolvimento teve lugar com as alterações decorrentes da

²⁰⁷ Cfr. o disposto no art. 189.º, n.º 2, al. e) e no art. 73.º do CSC, no caso de se tratar de uma sociedade comercial.

²⁰⁸ EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *ob. cit.*, p. 142 e MARTINS, Alexandre de Soveral. *ob. cit.*, pp. 432 e 433; é aplicável, por analogia, o regime do art. 82.º, mais propriamente o n.º 3, al. b); cfr. o disposto no art. 217.º, n.º 4.

²⁰⁹ Cfr. o art. 189.º, n.º 4.

²¹⁰ Mais propriamente o disposto no art. 189.º, n.º 4 do CIRE.

²¹¹ Vd. na jurisprudência, no Ac. do TRC, de 28 de outubro de 2008, Proc. n.º 2577/05.5TBPMS-K.C1, Relator Artur Dias, a propósito, as seguintes considerações: *“IX – O art. 186.º do CIRE, ao estatuir, no n.º 1, que a insolvência é culposa quando a*

vigência da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que vieram conferir ao juiz um papel de significativo relevo, na medida em que a este – segundo as palavras de LUÍS MARTINS – caberá, na sequência da sentença de qualificação, *ajuzar e sentenciar* em conformidade com o concretamente verificado.²¹²

Mais propriamente – e assim tem sido defendido na doutrina – o julgador decreta a consequência inerente à responsabilização segundo juízos de equidade, relativamente à gravidade da conduta adotada pelo devedor e pelos seus administradores e nexos de causalidade com a causa da situação da insolvência. É este o critério para aferir da *medida da pena*²¹³, isto é, da sanção aplicável e correspondente ao comportamento lesivo adotado, que, conforme analisado, se traduz na inibição da administração do património alheio, do exercício do comércio e da ocupação da titularidade de cargos societários e/ou de outra pessoa coletiva, bem como na perda de créditos, na obrigação de restituição de bens ou de direitos, assim como na obrigação de indemnização dos credores lesados.

Não concordamos com a adoção do termo *medida da pena* por LUÍS MARTINS, na medida em que a presente matéria não concerne à verificação da prática de crimes insolvenciais, assim como a qualificação não é vinculativa para efeitos de causas penais, nos termos do disposto no art. 185.º do CIRE. Veja-se, na jurisprudência, no Ac. do TRC, de 24 de maio de 2017, referente ao Proc. n.º 144/13.9TAACB.C1, de que foi Relator JORGE FRANÇA, o seguinte:

I – Perante a redação do art. 185.º do CIRE, ao prever que a qualificação da insolvência ‘não é vinculativa para efeitos de decisão de causas penais’, é patentemente claro o desígnio do legislador no sentido de não ser vinculativa a decisão do incidente regulado no título VIII do referido compêndio legislativo para efeito de instauração e prosseguimento do atinente processo criminal.
II – Deste modo, não é necessário que a insolvência haja sido qualificada como culposa para que o procedimento criminal, relativamente ao crime previsto no art. 227.º do CP, possa ser tramitado. De igual forma, ainda que a insolvência tenha sido qualificada como culposa, nada obsta à prolação, pelo MP, no fim do inquérito, de despacho de arquivamento; por fim, a designação da insolvência de fortuita não impede a dedução de acusação.

O juiz aprecia a responsabilização do insolvente culposamente consoante cada caso, ou seja, conforme a situação de cada sujeito – devedor e/ou administrador – que, em razão do seu comportamento desconforme com o teor do preceituado, se encontra abrangido no caso concreto como responsável pelo prejuízo aos credores, assim como na medida dos contornos

situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, 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, e ao estabelecer, no n.º 2, presunções iuris et de iure de insolvência culposa, e no n.º 3 presunções ‘iuris tantum’ de culpa grave, criou, neste domínio, regras novas de direito probatório material, as quais se não podem aplicar, face ao disposto no n.º 2 do art. 12.º do CC, aos casos anteriores à entrada em vigor do CIRE” - a observância do princípio da não retroatividade da lei; vd., igualmente, o Ac. do TRP, de 25 de maio de 2009, Proc. n.º 2419/05.1TJVNF-B.P1, Relator Sousa Lameira: “Tendo o CIRE entrado em vigor em 15/09/2004, as presunções de culpa estabelecidas no seu art. 186.º, devem aplicar-se apenas a factos praticados após a sua entrada em vigor ou a factos que, embora iniciados no regime anterior, se prolonguem para além dessa vigência”.

²¹² MARTINS, Luís M.. *ob. cit.*, p. 467.

²¹³ MARTINS, Luís M.. *ob. cit.*, p. 467 e PRATA, Ana, CARVALHO Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 514.

fáticos do caso concreto e das suas concretas repercussões na esfera dos credores. LUÍS MARTINS defende este aspeto perante o levantamento da hipótese de, concretamente, poderem ser afetadas pela qualificação várias pessoas com prazos de inibição diferentes.²¹⁴

Com a data do registo da sentença proferida pelo juiz, tem o seu início o prazo de duração das inibições que constituem as consequências a que o devedor/insolvente e os seus administradores incorrem na sequência do desencadear da sua responsabilização.

Como efeito da qualificação da insolvência como culposa, dá-se o termo da administração da massa insolvente, assim como o indeferimento liminar da exoneração do passivo restante, bem como, na *chance* de este ter sido efetivamente concedido, a recusa por parte do juiz de exoneração do administrador da insolvência se ainda se encontrar em funções, ou do fiduciário no caso de este ter sido incumbido da fiscalização do cumprimento das obrigações do devedor/insolvente, bem como, ainda, a revogação da decisão de exoneração do passivo restante.²¹⁵

Portanto, os efeitos decorrentes da responsabilização variam em função de o devedor se tratar de pessoa singular ou então se tratar do gerente ou o administrador de pessoa coletiva, nomeadamente uma sociedade comercial. Neste caso, o devedor responderá pelos danos causados a esta última pelas ações ou omissões que caracterizaram a sua prática culposa.²¹⁶

A doutrina igualmente levanta a questão relativamente à possibilidade de mais pessoas serem suscetíveis de responsabilização pelas suas condutas no presente contexto.

Na sequência deste fio de ideias, CATARINA SERRA afirma o seguinte:

O regime dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa é sintomático da vontade legal em punir os culpados de forma exclusiva, absoluta e mais severa: exclusiva, quando se retiram os efeitos da parte geral e se consegue a isenção automática dos inocentes, absoluta quando se põe fim à possibilidade de isenção dos culpados, mais severamente quando se leva a cabo uma ação generalizada de agravamento dos efeitos sobre os culpados e se concebem efeitos novos, mais gravosos, como a inabilitação (...) Pena é que o legislador português se tenha esquecido de propor a adaptação do n.º 1 do art. 186.º, de forma a que a insolvência culposa não continuasse circunscrita à atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor e dos seus administradores e pudesse relacionar-se também com a atuação dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas e de outros sujeitos. Sem esta harmonização não se compreende com que base eles são suscetíveis de ser afetados pela qualificação.²¹⁷

A autora apela a que se deve ter sempre em consideração que os responsáveis são, nos termos do disposto no art. 6.º, n.º 2 do CIRE, as pessoas que, nos termos legais, respondam

²¹⁴ MARTINS, Luís M. *ob. cit.*, p. 467.

²¹⁵ Cfr., respetivamente, o disposto no art. 228.º, n.º 1 al. c), no art. 238.º, n.º 1 als. b), e) e f), no art. 243.º, n.º 1 al. c) e no art. 246.º, n.º 1 do CIRE.

²¹⁶ Cfr. o disposto no art. 6.º, n.º 2 do CIRE, nos arts. 71.º e ss., 175.º, n.º 1 e 465.º, n.º 1 do CSC, art. 997.º, n.º 1 do CC (no caso de se tratar de sociedade civil), bem como o art. 2.º do CSC.

²¹⁷ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, pp. 73 e 74.

pessoal e ilimitadamente pela generalidade das dívidas do insolvente, mesmo que subsidiariamente.²¹⁸ No tocante a esta responsabilidade patrimonial, é, uma vez mais, conclusivo que o escopo é a satisfação dos credores.

Todavia, na prática, todos estes mecanismos previstos no nosso ordenamento jurídico nem sempre se revelam suficientes para a tutela do património dos credores lesados na sequência de o devedor, de modo fraudulento, se tornar insolvente. A intervenção da tutela penal será, em determinados casos, digna de concretização, o que de seguida é objeto de análise.²¹⁹

²¹⁸ PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 514.

²¹⁹ Cfr. o disposto nos arts. 297.º e ss. do CIRE. Carneiro da Frada defende o seguinte: “(...) ao predispor-se sanções civis de natureza pessoal (...) o estabelecimento dessas sanções pelo legislador visava sempre dissuadir os administradores de determinados comportamentos lesivos de terceiros (ainda que aqueles possam não ter sido sensíveis no caso concreto a essa exigência e, por isso, mereçam ser ‘punidos’)” – FRADA, Manuel Carneiro da. *ob. cit.*, p. 685. Nuno Lumbrals afirma, do mesmo modo, que “(...) o direito privado atinge os seus limites, que chegam a ser extravasados pelo fenómeno da insolvência, que exige nos casos mais graves a intervenção de mecanismos e institutos próprios do direito criminal” – PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 528 *apud* LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz. Breves reflexões sobre alguns aspectos da responsabilidade penal dos administradores e gerentes das empresas em caso de insolvência. in MIRANDA, Jorge, coord. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*. Vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 277 e 278.

IV – OS CRIMES DE INSOLVÊNCIA DOLOSA E DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE

1. Sentido histórico

Historicamente, perante o facto de a obtenção, de modo fraudulento, da declaração de insolvência ter sido uma realidade, o legislador optou pela tipificação das condutas que estavam na sua origem. Surgiam os denominados crimes falimentares (ou crimes *falenciais*).²²⁰

As condutas mereciam punição na medida em que constituíssem prejuízo, intencional, por parte do devedor/falido para com os credores. Consistia no levantamento dos bens confiados para revenda, na apropriação dos mesmos e posterior fuga, assim como na *quebra real* ou *fictícia* da própria banca. As condutas levaram à classificação do comerciante como “*malicioso*” na hipótese de ter manifestado *quebra fictícia* com a finalidade de se dispensar do cumprimento das suas dívidas em detrimento dos credores, bem como a classificar o comerciante que manifestasse uma *quebra real* resultante da sua conduta censurável no tocante ao modo de gestão da sua atividade como um “*mau comerciante*”.

A censurabilidade destas condutas ligava-se ao facto de se caracterizarem por uma gestão ruínosa, com riscos elevados e gastos excessivos, constituindo uma conduta pródiga. O comerciante, portanto, *quebrado*²²¹ incorria em sanções civis e penais variadas como reacção à sua atuação caracterizada por *condutas bancarroteiras puníveis*²²² que se encontravam na origem de falências casuais, de falências culposas e de falências fraudulentas.

Em face da dificuldade de prova nos casos concretos, mereceu adoção um sistema de presunções legais, resultando na comprovação pela declaração judicial da situação da *crise económica ostensiva*.²²³

A tipificação das condutas como crimes teve fundamento no facto de a ofensa do património dos credores residir na diminuição patrimonial provocada pela virtual impossibilidade do integral ressarcimento dos créditos. PEDRO CAEIRO defendeu que os crimes falenciais detinham dignidade penal autónoma e, nessa medida um espaço jurídico-

²²⁰ Denominação de Pedro Caeiro, autor de texto doutrinário subordinado aos crimes contra os direitos patrimoniais, cuja redação data do ano de 1999, aquando da vigência do CPEREF no âmbito da insolvência – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 402.

²²¹ Termo de Pedro Caeiro – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 402.

²²² Nas palavras de Pedro Caeiro – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 402.

²²³ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 403; é conclusivo, em nosso entendimento, que o regime da insolvência culposa materializado no art. 186.º do CIRE, no tocante a esta técnica legislativa então adotada, encontra os seus antecedentes neste regime aplicável aos crimes falenciais.

penal próprio, não obstante o dano económico global que igualmente proporcionavam. Esta visão justifica-se por o dano ter lugar no momento em que o devedor viola o dever de manter um volume patrimonial bastante para cumprir na íntegra as suas obrigações para com os credores. A violação consumava-se quando o devedor se colocava numa situação de défice patrimonial real ou fictício ou a agravava. Aqui entrava a situação de insuficiência ostensiva do ativo para provimento do passivo.²²⁴

Destarte, deu-se a necessidade de tutela do bem jurídico como sendo o que se circunscreve às quantias pecuniárias inerentes aos direitos de crédito titulados pelos credores. Passou a estar previsto o tipo legal de crime de insolvência fraudulenta e culposa, no disposto nos arts. 447.º e ss. do Código Penal (CP) de 1852.

Em 1982, foi revogado pelo DL n.º 400/82, de 23 de setembro, o art. 1324.º do CPC de 1961 que, por sua vez, previa a insolvência fraudulenta²²⁵, passando o art. 325.º do CP a conter a previsão e tipificação do comportamento.

Na época, verificava-se uma tutela diferencial do património dos comerciantes e não comerciantes, mercê do diverso grau das consequências das ofensas. Dizia respeito à qualidade do agente/devedor e não da qualidade dos ofendidos/credores, em razão de vários aspetos. Primeiramente, supunha-se que a simples impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações por parte do devedor não comerciante não justificava a sujeição do respetivo património ao processo concursal aplicável aos comerciantes, porquanto os perigos difusos para o património dos credores comerciantes não eram supostos, tendo em conta a presuntiva exiguidade dos débitos.

A *tutela diferencial*²²⁶ foi, em 1993, convenientemente ultrapassada pela regulamentação concursal do CPEREF que não previa a distinção entre a situação de crise económica do comerciante (estado de falência) e do não comerciante (estado de insolvência). Por essa razão o diploma legal define a situação de insolvência como sendo o caso em que se encontram presentes os pressupostos da antiga situação de falência dos comerciantes - impossibilidade de cumprimento pontual.

O CPEREF, que entrou em vigor naquele ano, fez da falência um simples processo de liquidação do património do devedor insolvente cuja empresa de que era titular não teve benefício na sequência do processo de recuperação ou de uma concordata particular no caso de não ser titular da empresa.²²⁷ O crime de falência dolosa encontrava-se previsto no art.

²²⁴ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 404.

²²⁵ Prevendo a conduta como punível com prisão de um a dois anos.

²²⁶ Termo de Pedro Caeiro – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 405.

²²⁷ Cfr. o disposto no art. 3.º, n.º 1 do CPEREF, vigente entre os anos de 1993 e de 2004. Pedro Caeiro classificou esta evolução como uma *falênciação do mundo civil*, o que se prende com o facto de se ter verificado ao longo do tempo uma crescente

325.º do CP e o crime de falência por negligência encontrava previsão no disposto no art. 326.º. A condição objetiva de punibilidade era, em ambos os crimes, a declaração de falência, sendo que no comportamento negligente a criação do estado falimentar, embora, nas palavras de SÁ PEREIRA, *não querida*, vinha a ser “(...) *criminalmente imputada ao agente em hipóteses de negligência qualificada*”.²²⁸

As condutas típicas foram, em 1995, objeto de nova previsão legal, na redação da Lei n.º 48/95, de 15 de março, que alterou o CP. O diploma legal tipificou, pelo disposto nos arts. 227.º e 228.º, os crimes de insolvência dolosa e de falência não intencional. O CPEREF, por sua vez aplicável na jurisdição cível, previa a não apresentação à falência, bem como em não requerer qualquer providência de recuperação.²²⁹

Todavia, em 1998, a redação da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro levou à modificação da epígrafe do art. 228.º, passando a prever o crime de insolvência negligente. Esta última alteração foi relevante, na medida em que estabeleceu como condição de punibilidade o reconhecimento judicial da situação de insolvência do agente, bem como tipificou o comportamento correspondente à omissão do requerimento tempestivo de uma providência de recuperação da empresa em dificuldades económico-financeiras. Passou-se a punir a conduta omissiva na situação em que o devedor tivesse conhecimento dessas dificuldades, sendo a redação que atualmente se encontra em vigor.²³⁰

PEDRO CAEIRO classifica todas estas alterações como “*flutuações*”.²³¹

2. Enquadramento legal

Verifica-se que os atos que integram as condutas suscetíveis de constituir objeto das presunções legais, contidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do CIRE igualmente desencadeiam a responsabilização criminal dos seus autores.

Mais propriamente, por vezes, comportamentos dolosos ou negligentes praticados pelo devedor/insolvente preenchem os pressupostos de aplicação de pena, sendo, com efeito, crimes, encontrando-se atualmente tipificados na nossa lei penal substantiva, nos arts 227.º e 228.º do CP. O art. 297.º, n.º 1 do CIRE prevê a indicição da prática dos comportamentos,

concentração vertical da economia e um conseqüente acréscimo da relevância económica dos débitos dos devedores, pois, civis, isto é, os consumidores finais. Por esse motivo, Pedro Caeiro é do entendimento que não é legítima a tutela penal do património dos comerciantes mediante a imposição aos devedores do dever de manter a capacidade do cumprimento pontual, o que apenas cabe aos agentes económicos que exerçam uma atividade que permita um acesso sistemático e profissional ao crédito. O que se pretende, no entendimento do autor, é que a interpretação dos tipos legais de crime referentes à insolvência do devedor não se pode basear em exclusivo no regime contido na lei concursal, nomeadamente no que diz respeito à aplicabilidade do devedor que não seja titular de empresa – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 406.

²²⁸ PEREIRA, Victor de Sá. *Código Penal: notas e comentários, legislação conexa e complementar, índice alfabético*. Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 372.

²²⁹ Tratou-se do, à data, art. 326.º do CP.

²³⁰ Cfr. o disposto no art. 228.º, n.º 1 do atual CP.

²³¹ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 434.

dispondo que, na sequência da sua verificação, o juiz dá conhecimento ao MP. Segue-se o início da tramitação do respetivo procedimento criminal, aplicando-se a lei penal adjetiva.

Os crimes insolvenciais são os crimes de insolvência dolosa, de insolvência negligente, da frustração de créditos e do favorecimento de credores, previstos e puníveis, respetivamente, pelos arts. 227.º, 227.º-A, 228.º, 229.º e 229.º-A do CP. No presente trabalho vamos dedicar a nossa atenção exclusivamente aos crimes de insolvência dolosa e de insolvência negligente.

3. O crime de insolvência dolosa

O crime de insolvência dolosa pode ser entendido, genericamente, como o facto ilícito típico, que se caracteriza por uma conduta que consistirá na prática por parte do devedor, com intenção de prejudicar os seus credores, de atos suscetíveis de causar redução do respetivo ativo patrimonial.²³²

3.1. A letra da lei

Vejamos em que consistem as condutas previstas nas alíneas do n.º 1 do art. 227.º do CP:

a) Destruição, danificação, inutilização ou desaparecimento de património em consequência de ação para tais efeitos intencionada por quem a leva a cabo, mais propriamente, pelo devedor ora agente desse comportamento;

b) Diminuição fictícia do ativo, mediante dissimulação de coisas ou de animais, invocação de supostas dívidas, reconhecimento de créditos fictícios, incitamento a terceiros na sua apresentação, ou ainda por meio de simulação, por qualquer outra forma, de uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente através de contabilidade inexata, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organização da contabilidade embora seja devida;

c) Criação ou agravação artificial de prejuízos ou redução de lucros;

d) Compra de mercadorias a crédito e posterior venda ou utilização das mesmas como pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, com vista ao retardamento de situação falimentar.²³³

²³² PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico*. Vol. II, 2.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016, p. 268.

²³³ Na letra da lei vislumbra-se a manutenção do termo “falência”, sendo conclusivo um lapso por parte do legislador, porquanto o propósito de a retardar corresponde ao propósito no retardamento da declaração de insolvência no âmbito de uma situação de impotência económica que já existe.

Os autores SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE classificam estas atuações como “*condutas perigosas ou potencialmente perigosas*”.²³⁴ Voltaremos a este aspeto mais adiante.²³⁵

3.2. O tipo de crime

A conduta tipificada como crime de insolvência dolosa é um crime de perigo abstrato, na medida em que se geram prejuízos difusos.²³⁶

Conclui-se que somente são relevantes os prejuízos difusos para os agentes económicos cuja atividade depende estruturalmente do crédito, pelo que a área de tutela típica vai além dos valores patrimoniais inerentes aos direitos de créditos titulados pelos credores para abranger todo o património global, na medida da especial função a que se encontra adstrito.

No entanto, a doutrina divide-se quanto ao tipo de crime

PINTO DE ALBUQUERQUE defende que, relativamente às condutas previstas nas als. a), b) e c) do n.º 1 do art. 227.º do CP, encontramos-nos em face de um crime de dano, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido, bem como perante um crime de resultado no tocante à sua forma de consumação, que é precisamente a criação de um estado de insolvência. Já quanto ao comportamento previsto na al. d), no entendimento do autor, este consubstancia a prática de um crime de perigo abstrato e de mera de atividade, porquanto não se exige a prova da criação ou agravamento da situação de insolvência.²³⁷

O autor mais entende que o tipo objetivo de ilícito, consistindo na prática de atos de diminuição, real ou fictícia, do património do devedor, caracterizará o crime de insolvência dolosa como sendo de execução vinculada.²³⁸

A declaração de insolvência deverá ter um nexo com os atos típicos praticados, assim como o agente deverá ser um determinado devedor na relação jurídica em questão, pelo que em caso de comparticipação, esta qualidade comunica-se aos efetivos comparticipantes.²³⁹

²³⁴ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *Código Penal Anotado e Comentado: legislação conexa e complementar*. 2.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2014, p. 658, nota n.º 18.

²³⁵ Vd. C) em 3.3.1.

²³⁶ Pedro Caeiro frisou que, precisamente por se tratar de um crime deste tipo, independentemente do défice patrimonial que efetivamente tenha lugar como consequência da conduta dolosa do devedor, a perda da capacidade de cumprimento das obrigações justifica a sujeição do património do devedor à regra da *par condicio creditorum*. Exemplificando, constituem situações concretas em que se verificam prejuízos difusos, a afetação ao pagamento das dívidas contraídas pelo devedor em resultado de recursos destinados a outras operações, o cancelamento de operações já planeadas com perda de chaces e lucros, a angariação onerosa de meios que possibilitem o cumprimento das suas obrigações, entre outras hipóteses.

²³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 878.

²³⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 878; veja-se, igualmente, a visão de Maia Gonçalves, autor que afirma que “o processo executivo tem que revestir alguma das modalidades descritas nas alíneas do n.º 1” do art. 227.º do CP – GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português Anotado e Comentado*. 18.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 834.

²³⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, pp. 879 e 880.

Os autores MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO entendem que as condutas incriminadas pelo disposto nas als. a), b) e c) do n.º 1 do art. 227.º constituem um crime de dano. Os comportamentos previstos na al. d), não fazendo desencadear a insolvência de modo necessário, antes somente sendo aptos a provocá-la, integram um crime de perigo abstrato.²⁴⁰ No entendimento dos autores, o crime de insolvência dolosa será um crime específico na medida em que gira em torno da qualidade típica de devedor, sendo este aquele devedor que pode ser visado por um processo de insolvência, assim como os comportamentos incriminados pelas normas também integram um crime de execução vinculada, mercê de se tratar de atos de diminuição real ou fictícia do património líquido ou de atos que visam ocultar uma situação de insolvência conhecida pelo devedor.²⁴¹

ANA PRATA, CATARINA VEIGA e JOSÉ MANUEL VILALONGA também entendem que será um crime de perigo abstrato no sentido em que a perigosidade das condutas do devedor é presumida por lei, não se encontrando contida qualquer menção ao perigo desencadeado pela conduta do agente.²⁴²

Também no entendimento de SIMAS SANTOS e de LEAL-HENRIQUES o crime de insolvência dolosa é um crime de perigo abstrato, porquanto nos encontramos perante atos que não são suscetíveis de desencadear, de *per se* e forçosamente, a situação de insolvência, sendo apenas aptos à sua provocação:

O crime é claramente de perigo abstrato, quando o devedor, com intenção de prejudicar os credores, para retardar falência, compra mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, pois são atos que não desencadeiam, por si só, a insolvência, de modo necessário, não deixando de ser aptos a provocá-la.²⁴³

Concretizando, não obstante as condutas previstas no disposto no art. 227.º do CP serem suscetíveis de preencher o tipo legal de crime de insolvência dolosa, tão só a concreta verificação dos comportamentos não é bastante para o preenchimento do tipo legal. É exigível, ao abrigo do legalmente disposto, a efetiva ocorrência da situação de insolvência e o reconhecimento judicial.²⁴⁴ A carência de meios próprios para a viabilidade económica da empresa ou para assegurar a sua recuperação deverá ser objeto dessa declaração judicial. A inviabilidade é, portanto, o pressuposto²⁴⁵, pelo que no caso de esta não se revelar real

²⁴⁰ GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *Código Penal – Parte Geral e Especial: com notas e comentários*. 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 1083.

²⁴¹ GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *ob. cit.*, pp. 1084 e 1086.

²⁴² PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel. *ob. cit.*, p. 131.

²⁴³ SANTOS, Manuel de Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Código Penal Anotado*. Vol. III, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2016, p. 1064.

²⁴⁴ Cfr. **D)** em **3.3.1**.

²⁴⁵ Recorde-se que insuficiência económica não é sinónimo de inviabilidade, conforme sublinham Pestana de Vasconcelos e Pedro Caeiro: “Com efeito, é possível que uma sociedade veja o seu passivo ultrapassar, até largamente, o seu ativo, numa altura de

preenche o tipo legal de crime, na medida da declaração judicial ser efetuada perante uma conduta fraudulenta do devedor para com os seus credores.²⁴⁶

Entendemos, porém, que a violação dos direitos patrimoniais dos credores pode ter lugar na sequência da prática dos atos típicos por parte do agente, previamente ao reconhecimento judicial da situação de insolvência. A classificação doutrinária da conduta prevista na al. d) como sendo um crime de execução vinculada assim se justifica.

3.3. Elementos constitutivos do tipo legal de crime

3.3.1. Elementos objetivos

A) O agente

O agente do crime de insolvência dolosa é qualquer devedor. No entanto, a doutrina divide-se no tocante à possibilidade de o agente ser mesmo todo e qualquer devedor desde que declarado insolvente.

Casos existem em que serão, segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, os seguintes:

A pessoa humana que aja como titular dos órgãos ou representantes de uma pessoa coletiva, sociedade ou associação de facto devedora,

bem como poderá ser

o terceiro (não representante do devedor) que praticar atos atípicos com conhecimento do devedor ou em benefício deste, mesmo quando não se prove o acordo com o devedor (...) e o administrador de facto da pessoa coletiva, sociedade ou associação de facto, mesmo quando os titulares dos órgãos da pessoa coletiva desconheçam a gestão do administrador de facto.²⁴⁷

PEDRO CAEIRO, por sua vez, entendeu que se deverá considerar de modo diverso o caso concreto conforme o devedor for comerciante ou não comerciante. Na ótica do autor, dever-se-á exigir do devedor não comerciante a manutenção do ativo num nível superior ao

depressão económica, sem que isso traduza a sua inviabilidade, logo que o ciclo se altere e possa recuperar, continuando, por isso, a merecer a concessão de meios líquidos por parte dos financiadores” – VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro. As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução). in CRUZ, José Neves (e outros), coord. ob. cit., p. 539.

²⁴⁶ Maia Gonçalves afirma-o: “a falência parte portanto do reconhecimento da insolvência do devedor, assentando ainda sobre o pressuposto da inviabilidade económica da empresa” – GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. ob. cit., p. 834, nota n.º 2. É-nos, pois, obsoleta a adoção do termo *falência* para descrever a situação de insuficiência, antes sendo adequado o termo *insolvência*, no sentido em que desde 2004 esta última constitui a nomenclatura em vigor. Os autores Sá Pereira e Alexandre Lafayette são de opinião coincidente, entendendo que, na medida em que operada e atualmente vigente levou ao desaparecimento daquela e igualmente submeteu sujeitos comerciantes e sujeitos não comerciantes àquela última, constituindo “*mero descuido*” do legislador a alusão à falência, nomeadamente no caso da redação da al. d) do n.º 1 do art. 227.º do CP, expressando Pedro Caeiro que a não substituição do termo se trata de um “*lapso manifesto*”. Aqueles autores afirmam: “*Depois do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, é tudo insolvência; mas aquele vocábulo ainda lá continua*” – PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. ob. cit., p. 657, nota n.º 3; CAEIRO, Pedro. in DIAS, Figueiredo, coord. ob. cit., p. 416.

²⁴⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. ob. cit., p. 878.

do passivo, na medida de a sua insolvabilidade não ser suficiente na esfera dos credores para justificar a intervenção do direito penal.²⁴⁸

Serão os mesmos sujeitos e a mesma conduta que acarreta responsabilização no âmbito do incidente de qualificação da insolvência como culposa, não tendo o legislador autonomizado aqueles sujeitos na medida de serem ou não comerciantes.²⁴⁹ Todavia, entendemos que no caso do devedor comerciante, concretamente, a tutela penal tem maior fundamento, em virtude da maior dimensão dos danos causados pela prossecução da conduta danosa.

SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES definem como sendo o sujeito ativo da infração criminal o devedor sobre quem recai o dever da realização da prestação, declarado insolvente pelo Tribunal de Comércio, ou mesmo um terceiro que adote a conduta típica com conhecimento ou em benefício do devedor, sendo que no primeiro caso age como efetivo agente, ao passo que na segunda hipótese atua enquanto co-autor.²⁵⁰

O devedor surge, igualmente no âmbito criminal, como aquele a quem cabe a realização da prestação a terceiros sendo o *centro da imputação jurídica*.²⁵¹

No respeitante à autoria por parte de terceiro existe a eventualidade de o autor imediato do ilícito incitar terceira pessoa à prática do facto punível. Veja-se a possibilidade de o terceiro ter sido incitado à apresentação de créditos fictícios, tal como prevê o disposto na al. b) do n.º 1 do art. 227.º do CP. Este incorrerá numa punição fundamentada pela sua autoria mediata ou pela instigação previstos no n.º 3.

Justifica-se, pois, a punição da conduta do devedor enquanto autor mediato e do comportamento do terceiro em seguimento da vontade daquele na qualidade de autor imediato, porquanto se tem em vista a prevenção de situações que PEDRO CAEIRO denominou de *quase-comparticipação*. O autor concluiu que a prática por parte do terceiro da conduta típica, na medida de se encontrar concertado com o devedor em virtude de o fazer em seu benefício, propicia a coincidência dos critérios de imputação da autoria e de coautoria.²⁵² Seguimos este entendimento, na medida em que se impõe – ou deveria impor – no caso concreto a observância do princípio de que a obtenção ou a produção da prova dos factos é a antecâmara de uma decisão fundamentada e da aplicação de uma medida que se caracterize

²⁴⁸ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 405 e 406.

²⁴⁹ Cfr. *supra* I, em II.

²⁵⁰ SANTOS, Manuel de Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel. *ob. cit.*, p. 1067; cfr. o disposto no n.º 2 do art. 227.º do CP.

²⁵¹ Pedro Caeiro define o devedor como sendo o “*centro de imputação que se encontra obrigado a efectuar uma prestação (normalmente – mas não necessariamente – pecuniária) a terceiros*”, sendo que “*o conceito de devedor é co-determinado pelo círculo de entidades cuja insolvência pode ser objecto de reconhecimento judicial através do processo*” – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 408 e 409.

²⁵² CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 411; visão que Sá Pereira e Alexandre Lafayette entendem como sendo “*clara e lúcida*” – PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 657 nota n.º 12.

por ser uma punição justa e equitativa.²⁵³ O dever apenas recai sobre o devedor, isto é, sobre a pessoa jurídica, entendendo-se que da extensão resulta o vínculo deste ao representante por sua vez o autor material do ato ilícito, o que advém de um *consilium fraudis* entre os dois sujeitos, como designa PEDRO CAEIRO.²⁵⁴

Todavia, não raramente sucede que o administrador ou gerente de facto atua sem conhecimento do devedor, nem tão-pouco em benefício deste último. A conduta é colocada em prática, em prejuízo da pessoa jurídica, visando o benefício a terceiros que têm interesse direto na declaração da insolvência – verificando-se os factos previstos pelas diversas alíneas do n.º 1 do art. 227.º do CP.²⁵⁵ Estaremos, neste caso perante um alargamento do círculo dos agentes puníveis, conforme PEDRO CAEIRO designou.²⁵⁶

Os administradores, gerentes ou gestores de facto da pessoa coletiva/empresa, sociedade ou mera associação de facto igualmente incorrerão na responsabilização criminal. Encontramo-nos perante a exigência do preenchimento de uma qualidade típica na pessoa do administrador enquanto representante da pessoa coletiva. O preenchimento resulta da extensão operada pelo disposto no art. 12.º do CP, isto é, a cláusula de extensão de punibilidade. Conforme os termos da al. a) do artigo, *determinados elementos pessoais* encontram-se somente reunidos na pessoa coletiva representada, mas não no administrador. Já nos termos do disposto na al. b), tendo em conta que o administrador atua *no interesse* da pessoa coletiva, será considerado agente do crime. Exige-se um título constitutivo da representação, na medida em que o administrador foi nomeado como tal no âmbito da representação da pessoa coletiva.

CAVALEIRO DE FERREIRA e PEDRO CAEIRO, no âmbito do regime da falência já haviam previsto a necessidade do título constitutivo de representação, afirmando que devia sempre existir um, não obstante fosse ineficaz.²⁵⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE e GERMANO MARQUES DA SILVA não foram da mesma opinião, considerando que não há necessariamente um ato de nomeação. Entenderam que é antes exigível uma posição de garante, conforme o disposto no art. 10.º do CP.

Todavia, o crime não pode ser praticado por agentes indiferenciados, sendo o facto de o seu agente ser porventura o devedor uma agravante da responsabilidade criminal. O que releva é a posição do devedor no sentido em que a este incumbe o cumprimento pontual das

²⁵³ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, pp. 657 e 658, notas n.ºs 6 e 12.

²⁵⁴ Sendo de concluir que nos encontraremos, tal como tem lugar no âmbito do processo o qual corre termos no Tribunal de Comércio, perante os chamados “*testas-de-ferro*” – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 411 e 412.

²⁵⁵ V.g. os sócios.

²⁵⁶ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 412.

²⁵⁷ Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 12.º do CP – FERREIRA, Manuel de Cavaleiro. *Lições de Direito Penal – Parte Geral: I – A lei penal e teoria do crime no código penal de 1982; II – Penas e medidas de segurança*. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2010, p. 284; CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 412.

obrigações para com os seus credores ou então a manutenção de um património *solvente*, pelo que apenas este poderá ser responsabilizado criminalmente na medida da ofensa do bem jurídico – os direitos patrimoniais dos credores. É esta a visão de PEDRO CAEIRO.²⁵⁸

Resumindo, os crimes insolvenciais não se enquadram nas infrações criminais enunciadas no art. 11.º, n.º 2 do CP. Tal significa que as pessoas coletivas, nomeadamente as sociedades, não responderão pelo preenchimento.

No caso do estabelecimento individual da responsabilidade limitada, tendo em conta que a autonomia se centra na esfera patrimonial do titular, em património separado, este será o responsável pela prática de atos ilícitos suscetíveis de preencher o tipo legal de crime de insolvência dolosa. Esta responsabilização deve-se ao facto de este titular dever cumprir pontualmente as suas obrigações tanto no âmbito de seu património de afetação geral como de afetação especial.²⁵⁹ Tudo isto no caso em que o dolo se encontre presente na conduta do efetivo autor e responsável pelos atos ilicitamente praticados contra os credores.

Portanto, encontramos-nos igualmente perante condutas praticadas por devedores comerciantes, mais propriamente pessoas singulares que exercem cargos de administração de empresas.

GERMANO MARQUES DA SILVA entende que a ordem jurídica mantém-se *arreigada* à culpa pessoal do próprio agente, pessoa física, no entanto é exigível, nestes casos, que a prática do facto se reporte à pessoa coletiva:²⁶⁰

(...) O crime seja cometido por pessoas que nela ocupem uma posição de liderança e como requisito material que o seja em nome e no interesse da pessoa coletiva, cumulativamente, isto é, torna-se necessário que a pessoa coletiva seja o centro de imputação dos factos.²⁶¹

Não obstante, é possível verificar que, na jurisprudência, durante a vigência do regime da falência, mesmo os devedores não comerciantes incorriam na responsabilização criminal.

Veja-se o pretérito Ac. do TRC, de 24 de março de 1993:

1 – Mesmo não sendo comerciante nem tendo sido declarado falido, o sócio-gerente de uma sociedade de responsabilidade limitada pode ser responsabilizado como autor do crime de falência dolosa do art. 325.º, n.º 1 do Código Penal de 1982.

²⁵⁸ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. – *ob. cit.*, p. 410; cfr. **B)** do presente **3.3.1.**

²⁵⁹ Considerações de Pedro Caeiro – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 409.

²⁶⁰ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: teoria do crime*. 2.ª ed. (reimp.), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 259 a 263.

²⁶¹ SILVA, Germano Marques da. *ob. cit.*, p. 387.

B) O bem jurídico protegido

O bem jurídico que carece de proteção na sequência da prática do crime de insolvência dolosa é de natureza patrimonial, reportando-se aos direitos patrimoniais dos credores, no âmbito da relação jurídica entre estes últimos e o devedor/insolvente e os seus administradores de direito ou de facto.²⁶² A doutrina, no entanto, divide-se.

PEDRO CAEIRO defendeu que o bem jurídico violado é, na realidade, o património dos credores lesados.²⁶³ Afirmou que é necessária a intervenção das normas de direito penal, na medida da insuficiência dos meios civis para suprir a necessidade de tutela dos interesses em causa.²⁶⁴

FERNANDA PALMA, por seu turno, entendeu que as condutas provocam igualmente prejuízo do bom e normal funcionamento da economia, mais concretamente “a *economia de crédito e até a economia geral*”, não se verificando a reparação de determinados danos.²⁶⁵ A autora defende que a tutela do património dos credores não se consegue apenas com a intervenção do Direito Penal mas também com a do Direito Civil, uma vez que a reparação exigida por este último bastará para a tutela dos direitos em causa:

O direito penal só assegura, verdadeiramente, a tutela de bens que sejam moldáveis pela eficácia desmotivadora das penas e que sustentem ou interfiram na coesão social.²⁶⁶

MENEZES LEITÃO igualmente entende, a propósito da proteção conferida pelo preceituado, que o fundamento da mesma é não a aplicação de sanções penais por dívidas mas somente as “*atuações lesivas da economia de crédito ou até da economia em geral, resultantes de determinados comportamentos do devedor*”.²⁶⁷ O autor mais entende que, mediante as incriminações dos crimes insolvenciais, nem se chega a visar a proteção dos direitos patrimoniais dos credores, em virtude da relevância acrescida conferida à economia em geral.²⁶⁸

GERMANO MARQUES DA SILVA segue a mesma ótica de MENEZES LEITÃO salientando o disposto no art. 27.º da CRP, preceito que consagra a proibição da prisão por

²⁶² Cfr. a noção de crimes contra o património em PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel. *ob. cit.*, p. 137: “(...) *Conjunto de incriminações que protegem bens patrimoniais, tais como a propriedade, certos direitos patrimoniais (atinentes, por exemplo, às relações creditícias e bens do sector público e cooperativo)*”.

²⁶³ “*A ofensa ao património dos credores detém dignidade penal autónoma*” – CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 404.

²⁶⁴ O autor entende que o devedor, então falido, violava “(...) *o dever de manter um volume patrimonial suficiente para a completa satisfação dos credores*” – CAEIRO, Pedro. *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais: (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 243.

²⁶⁵ PALMA, Maria Fernanda. Aspectos Penais da Insolvência e da Falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal. in *RFDL*. Vol. 36, Lisboa: F.D.L., 1995, pp. 402 e 403.

²⁶⁶ PALMA, Maria Fernanda. *ob. cit.*, p. 402.

²⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 343 e 344.

²⁶⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 331.

dívidas, afirmando que “(...) *ninguém poderá ser submetido a pena de prisão por mero incumprimento das suas obrigações contratuais ou extracontratuais*”.²⁶⁹ No entendimento dos autores, encontra-se, deste modo, restringida a tutela penal do património neste âmbito.²⁷⁰

Segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido não é a verdade no comércio mas antes o “*património de outra pessoa*”.²⁷¹

O autor, quando considera genericamente o património como bem jurídico carecido de tutela defende que, para efeitos penais, inclui todos os direitos, as posições jurídicas e as expetativas com valor económico compatíveis com a ordem jurídica, sendo, portanto, do entendimento que se deve considerar o interesse legalmente protegido numa conceção jurídico-económica.²⁷² Neste fio de ideias, o autor sublinha que integram o património os direitos subjetivos reais ou obrigacionais, os direitos patrimoniais resultantes do direito da família, as expetativas jurídicas, as expetativas fácticas, certas e determinadas, de obtenção de vantagens patrimoniais, as obrigações naturais encabeçadas em sujeito disposto a cumprir, as pretensões assentes em relações jurídicas de facto, incluindo mesmo as pretensões resultantes de negócios contrários à moral.²⁷³ Na ótica do autor, não serão abrangidos no património enquanto bem jurídico os direitos, as posições jurídicas ou expetativas sem valor económico, nem as pretensões resultantes de negócios em violação do direito penal ou contraordenacional, tendo em atenção o princípio da subsidiariedade da tutela penal.²⁷⁴ É entendimento que, indubitavelmente, seguimos.

Concretizando, no caso do crime de insolvência dolosa, no entendimento de PINTO DE ALBUQUERQUE, o património do devedor será como a garantia comum dos credores, cabendo àquele a sua conservação de modo a assegurar o equilíbrio na relação de correspondência entre o ativo disponível e o passivo exigível. Fragiliza-se a garantia dos credores, porquanto a solvabilidade do devedor é colocada em perigo. As causas são os atos ilícitos tipificados cuja prática – intencional – poderá resultar em prejuízo dos credores.

O fundamento da visão do autor é o facto de o património a ser tutelado pelo preceituado, sendo do devedor, acabar por se reportar ao património do credor. Caberá ao devedor, sobretudo quando seja comerciante, a racionalização do seu património, no sentido da eficaz e legítima gestão dos seus recursos e escrupuloso cumprimento das obrigações a que se encontra adstrito para com os seus credores.

²⁶⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 57.

²⁷⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 343.

²⁷¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 878.

²⁷² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 847.

²⁷³ V.g. serviços de prostituição; não concordamos com esta última ideia do autor, uma vez que tais negócios por vezes são, no entanto, ilícitos.

²⁷⁴ V.g. não serão consideradas burlas, na ótica do autor, as adulterações de estupefacientes levadas a cabo por traficantes que visam a obtenção de maior lucro, nem o pagamento com dinheiro falso, o que concordamos.

PEDRO CAEIRO, SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE entendem que o bem jurídico protegido será o património do credor, considerado na sua globalidade, na medida em que serão os interesses patrimoniais de todos os credores.²⁷⁵ Os atos típicos são suscetíveis de significar perigo da normal satisfação dos débitos e, por conseguinte, um desequilíbrio, devido à *quebra* do ativo ou pela *exasperação* do passivo.²⁷⁶ Nessa medida, no entendimento do PEDRO CAEIRO, é inelutável a necessidade de tutela típica dos crimes insolvenciais, porquanto esta vai além dos direitos de crédito da titularidade dos credores, antes se estendendo à plenitude do património em causa.²⁷⁷

EDUARDO CORREIA, e mais recentemente SIMAS SANTOS, LEAL-HENRIQUES e MAIA GONÇALVES, foram autores que, por seu turno, entenderam que o bem jurídico tutelado nos crimes insolvenciais é o interesse público de confiança nas relações comerciais.²⁷⁸ É entendimento que nos é indiscutível.

Na jurisprudência, no Ac. do TRL, de 21 de maio de 2015, conclui-se que o alcance que o facto ilícito típico significa no normal funcionamento da economia de mercado é relevante:

O crime de insolvência dolosa – p.p. no art. 227.º do Código Penal – tem como bem protegido o património dos credores e mediatamente, o correcto funcionamento da economia de mercado, como fundamental do sistema socioeconómico.

Seguimos as visões doutrinárias e o defendido no douto Acórdão, porquanto entendemos que os direitos patrimoniais dos credores, o funcionamento regular da economia e o interesse público de confiança nas relações comerciais são bens jurídicos concretamente carecidos de tutela. O disposto nos arts. 1.º, 8.º, n.º 1, 18.º, n.º 2 e 27.º, n.º 1 da CRP, bem como o previsto no art. 1.º do Protocolo n.º 4 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos assim o fundamentam.²⁷⁹ Esta última norma dispõe o seguinte: “*Ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única de não poder cumprir uma obrigação contratual*”. O autor IRENEU CABRAL BARRETO entende que esta expressão revela que a proibição só

²⁷⁵ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 403 e PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 658.

²⁷⁶ Termos descritivos da situação desfavorável utilizados por Sá Pereira e Alexandre Lafayette – PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, pp. 657 e 658, nota n.º 13.

²⁷⁷ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, pp. 403 e 404.

²⁷⁸ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. I (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016; SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel. *ob. cit.*, p. 1064; GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *ob. cit.*, p. 834. Veja-se no preâmbulo do CIRE: “*A vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais*”.

²⁷⁹ Nestes preceitos encontram-se, entre nós, consagrados os princípios da dignidade humana e do direito à liberdade e à segurança, sendo que por força do art. 8.º, n.º 1 da CRP o preceito integrante do art. 1.º do Protocolo n.º 4 Adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos encontra reciprocidade na nossa ordem jurídica.

abrange os devedores que estejam de boa-fé e não os que não cumprem por intenções fraudulentas ou por negligência grave.²⁸⁰

Veja-se na jurisprudência, pelo Ac. do TC, n.º 663/98, de 25 de Novembro de 1998, referente ao Proc. n.º 235/98:

(...) sempre se entendeu que o princípio só se aplicava aos ‘devedores de boa fé’ excluindo os casos de provocação dolosa do incumprimento (...) é claro que o conjunto de razões invocadas para a proibição de prisão por dívidas não se aplica quando a obrigação não deriva de contrato mas da lei.

Encontramo-nos perante a tutela dos direitos patrimoniais dos credores do insolvente, pelo que, em concreto, estamos perante uma exceção a este princípio. Conclui-se que nos casos da prática do crime de insolvência dolosa, os devedores não se encontram de boa-fé, em virtude da intenção no prejuízo dos credores, ou pelo menos do próprio benefício em detrimento destes últimos.

C) As condutas típicas

A prática dos atos, previstos, entre nós, como ilícitos pelo disposto no art. 227.º do CP, caracteriza-se por constituir um comportamento integrante de um de determinados factos cuja consumação, acrescida do reconhecimento judicial da situação de insolvência do devedor, tem como consequência o desencadear da responsabilidade criminal. O tipo objetivo de ilícito consistirá na prática de atos que levam ao decréscimo do património do devedor, seja real ou fictício, sendo que nesta última hipótese verificar-se-á a ocultação da situação patrimonial real.

A diminuição real do património líquido caracterizar-se-á pela destruição, pela danificação ou pela inutilização do património do devedor, assim como pelo seu desaparecimento sempre que lhe seja imputável. No caso da verificação da diminuição fictícia do património líquido, verificar-se-á a dissimulação de bens ou de animais²⁸¹, invocação ou reconhecimento de passivo cuja existência não é certa (daí o termo “*supostas dívidas*” na letra da lei, assim como a referência à possibilidade de reconhecimento de créditos fictícios), incitamento à sua apresentação por terceiros, bem como uma simulação de situação

²⁸⁰ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 489.

²⁸¹ Os animais acrescentam-se, atualmente, na previsão da norma em virtude da alteração proporcionada pela entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, de 3 de março. Entendemos que a sua dissimulação é causa de danos relevantes na medida em que o valor do prejuízo seja manifesto, isto é, significativo em relação ao concreto nível patrimonial dos credores lesados, muito embora os animais doravante não sejam abarcados como coisas.

patrimonial inferior à real, criação ou agravamento artificial de prejuízos ou redução de lucros.

A conduta praticada por terceiros com o conhecimento e acordo, ainda que presumido, do devedor igualmente preenche o tipo legal. A comparticipação é, pois, uma possibilidade. Na hipótese de o devedor ter conhecimento da prática da ação por parte de terceiros e nada fizer, esta posição omissiva é igualmente suscetível de preencher o tipo legal.

Concretizando, no concernente às condutas previstas na al. a), que se encontram na origem do decréscimo real do património do devedor, estas deverão consistir na depreciação, por parte do devedor, do valor do seu património, proporcionando uma situação de insolvência.²⁸² Trata-se de uma conduta destrutiva, que origine danos ou inutilize ou faça mesmo desaparecer o património. Tanto podem ser praticadas por comerciantes como por não comerciantes.

No tocante ao previsto na al. b), a diminuição fictícia do património é igualmente suscetível de punição, porquanto o decréscimo é consequência da dissimulação de coisas ou de animais, da invocação de dívidas supostas, do reconhecimento de créditos fictícios, do incitamento de terceiros a apresentar créditos fictícios, da simulação de situação patrimonial inferior à real mediante apresentação de contabilidade inexata, falso balanço ou ainda por destruição ou por ocultação de documentos contabilísticos, e por não organização da contabilidade.

Além das referidas atuações, igualmente a criação ou agravamento artificiais de prejuízos ou redução artificial de lucros são condutas pelas quais o devedor provoca uma simulação de situação de insolvência, locupletando-se de modo oculto com os bens subtraídos à ação dos credores, à custa dos créditos insatisfeitos. A punição tem lugar na medida da diminuição fictícia do património que se pode verificar em virtude de atuação de modo material por parte do agente, através de sonegação física dos bens à ação dos credores, ou então jurídica mediante alienação simulada. São as condutas que PEDRO CAEIRO denominou por *manobras de diminuição do ativo* ou, visto pelo inverso prisma, *aumentam artificialmente o passivo*, em razão de se materializar na sequência de uma atuação fictícia.²⁸³ São aspetos que propiciam uma de duas interpretações, fazendo a primeira do termo *ativo* o património em causa como sendo património bruto, ao passo que a segunda trata o elemento patrimonial como património líquido, isto é – no entendimento de PEDRO CAEIRO –, o saldo patrimonial objeto das manobras fraudulentas. O autor é a favor desta segunda interpretação,

²⁸² Pedro Caeiro assim o afirmou expressamente: “o devedor deprecia realmente o valor do seu património” – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 412.

²⁸³ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 413.

na medida em que entende que as manobras fraudulentas, uma vez escritas, se impõem como sendo tipicamente relevantes.²⁸⁴

A invocação de dívidas e o reconhecimento de créditos têm, concretamente, lugar em sede judicial, isto é, na sequência da averiguação da solvabilidade do devedor por parte do julgador. No seguimento do ato judicial, concretiza-se a situação de insolvência, bem como o seu reconhecimento por parte do Tribunal do Comércio. Já no Juízo Criminal será estabelecido o caráter fictício da situação de insolvência então reconhecida na jurisdição cível.

Aspeto digno de análise será a instigação à prática do presente tipo legal de crime. PEDRO CAEIRO foi do entendimento que o incitamento e o dolo são *equipolentes, sendo as eventuais diferenças semânticas destituídas de relevância normativa*. É uma visão que se justifica por o incitamento ser um modo de instigação punível.²⁸⁵

É conclusivo que a terceira pessoa que adotar o comportamento pressuposto pela infração criminal, por meio da apresentação de créditos fictícios, atua de modo suscetível de incorrer em responsabilidade criminal nos termos do n.º 3 do art. 227.º do CP. O devedor assume, concretamente, o papel de instigador do terceiro para a prática do ato ilícito típico, na medida em que o terceiro surge como sendo o agente.²⁸⁶ Não tem lugar, nessa medida, a punibilidade da tentativa de participação.

PEDRO CAEIRO classificou o incitamento à apresentação de créditos fictícios como um comportamento suscetível de constituir um *“elevado perigo de ofensa para o bem jurídico protegido, pois representa uma disponibilidade de princípio por parte do devedor de não obstar a produção do perigo que só ele pode evitar”*.²⁸⁷ Por esta razão, se não se verificar a efetiva diminuição fictícia do património, somente tem lugar a punição a título de tentativa.²⁸⁸

A consumação do crime em si tem lugar unicamente com a situação de insolvência *ostensiva* reconhecida judicialmente, ou seja, resultante do decréscimo patrimonial fictício ocasionada pela apresentação de créditos igualmente inexistentes. Nos casos em que o agente tenha simulado a sua situação patrimonial, com vista ao decréscimo fictício do saldo patrimonial, a origem desta atuação é independente.

²⁸⁴ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 414.

²⁸⁵ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 414. Cfr. o disposto no n.º 2 do art. 227.º do diploma legal, normativo que prevê a punição do terceiro como instigador e a sanção ao devedor como autor imediato, uma vez que o primeiro não é o real devedor.

²⁸⁶ Cfr. o disposto no art. 227.º, n.º 3 do CP.

²⁸⁷ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 415.

²⁸⁸ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 414.

Perante a não organização da contabilidade devida, incorre na responsabilização criminal decorrente da prática do crime de insolvência dolosa apenas os sujeitos responsáveis por aquela manutenção. A omissão constitui o comportamento fraudulento, na medida da consequente manifestação e juízo de um património inferior ao realmente existente. É um facto essencial para a tipificação da conduta omissiva.

No entendimento de PEDRO CAEIRO a incriminação é *supérflua*, porquanto o comportamento é abrangido pela punição da simulação, visto esta última bastar como resultado de *qualquer forma* – conceito indeterminado e propiciador da concreta verificação do preenchimento do tipo legal de crime.²⁸⁹

Tanto comerciantes como não comerciantes são potenciais agentes.

Prevê a al. c) do n.º 1 do art. 227.º do CP, a criação ou a agravação artificiais de prejuízos, assim como, em alternativa, a redução artificial de lucros como igualmente englobadas nas manobras típicas de diminuição fictícia do património do devedor. Justificar-se-á pelo carácter simulatório da situação de insolvência.

Não ocorre qualquer correspondência entre os dados comunicados e os lucros e prejuízos reais, pelo que o devedor locupleta-se de modo dissimulado com os bens subtraídos à ação dos credores.²⁹⁰

Esta conduta também pode ser, concretamente, praticada por comerciantes e igualmente por não comerciantes.

A al. d) do n.º 1 do art. 227.º refere-se à ocultação, por parte do devedor, da situação de crise económica que enfrenta. Caracteriza-se pela compra de mercadorias a crédito, com a finalidade da sua posterior venda ou utilização em pagamento por preço sensivelmente menor ao corrente. O objetivo, portanto, fraudulento é o retardamento da situação falimentar.

Segundo PEDRO CAEIRO, na situação prática bastará a compra com a intenção de “*retardar falência*”.²⁹¹ Outros autores entendem que nos encontraremos perante a intenção de retardamento da situação propriamente dita de insolvência e do reconhecimento judicial da mesma. PINTO DE ALBUQUERQUE entende que existe, com efeito, “*(...) propósito de retardar a declaração de insolvência no contexto de uma situação de impotência económica já existente*”.²⁹² FERNANDA PALMA, em análise do pretérito regime da falência, igualmente adotou a visão de que os comportamentos típicos objeto de incriminação corresponderiam, tão somente, “*(...) a condutas fraudulentas normalmente utilizadas para*

²⁸⁹ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 415 e 416; cfr. o disposto no art. 227.º, n.º 1, al. b) do CP.

²⁹⁰ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 416; cfr. o disposto no art. 227.º, n.º 1 al. b) *in fine*.

²⁹¹ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 416; deve, porém, o termo *falência* ser atualmente entendido no sentido de insolvência, uma vez que com o fim do CPEREF, pela entrada em vigor do CIRE, aquele se extinguiu, pelo que nos encontramos perante um lapso na redação por parte do legislador.

²⁹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 878.

*retardar a declaração de falência e que, geralmente, ainda agravam mais a situação de crise”.*²⁹³

No entendimento de SIMAS SANTOS e de LEAL-HENRIQUES, no caso das manobras dirigidas ao retardamento da falência, previstas pela al. d) do art. 227.º do CP, ao contrário do disposto nas anteriores, dispensa-se umnexo de causalidade entre a conduta típica e a ocorrência da insolvência, na medida em que nos encontramos perante um crime de perigo abstrato.²⁹⁴

Nos termos do n.º 2 verifica-se a punibilidade de terceiro quando este seja o agente do ilícito. Mais propriamente, o pressuposto para o preenchimento do presente tipo legal de crime é a atuação por parte do terceiro com o conhecimento do devedor.

Uma outra situação abrangida pela norma é a atuação por parte da terceira pessoa em benefício do devedor. Este comportamento provém da ação ilícita exclusivamente por parte de comerciantes.

Entende a doutrina que o comerciante tem o seguinte comportamento:

Atua em desespero, sob a pressão da crise que a consumação não aguarda pela venda ou utilização das mercadorias compradas a crédito (...).²⁹⁵

O que significará que atenta contra o seguinte:

Os são ditames da boa-fé, que se baseia nos princípios da lealdade, da cooperação, da verdade e da boa informação e que não pode deixar de presidir, como regra comum, a todas as relações entre devedores e credores.²⁹⁶

No entanto os autores MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO entendem que o terceiro será, eventualmente, punido de forma especialmente atenuada.²⁹⁷

Assume relevância, por último, atento o disposto no n.º 3 do art. 227.º do CP, a hipótese de atuação por parte de administrador ou gerente de facto de uma pessoa coletiva/sociedade ou mera associação de facto, que requeira a declaração judicial de insolvência. Basta que o agente seja o responsável pela direção efetiva da entidade, podendo não necessariamente ser o devedor mas antes um terceiro em acordo com este, sendo o credor o sujeito passivo, então prejudicado porquanto possui um ou mais créditos em risco de cobrabilidade em mão daquele devedor. Portanto, no caso do crime de insolvência dolosa, é inerente a presença da intenção por parte do devedor no prejuízo dos credores. PEDRO

²⁹³ PALMA, Maria Fernanda. *ob. cit.*, p. 409.

²⁹⁴ SANTOS, Manuel de Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel. *ob. cit.*, p. 1068.

²⁹⁵ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 416.

²⁹⁶ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, pp. 658 e 659, nota n.º 18.

²⁹⁷ GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *ob. cit.*, p. 1086.

CAEIRO não adota esta interpretação, afirmando que a intenção imediata do devedor é o enriquecimento e não o prejuízo dos credores.²⁹⁸

Em nosso entendimento releva a *insolvabilidade* na medida em que esta se encontre na origem da obrigação de ressarcimento do montante conforme o autor defende. Contudo, é-nos indispensável a presença do dolo específico ligado ao propósito da causa daquele prejuízo, integrando a vontade no retardamento da situação falimentar, na venda ou em dar em pagamento ao “*desbarato*”²⁹⁹, bem como o próprio benefício do devedor, sob pena de a conduta ser antes negligente.³⁰⁰

O devedor, então incapaz do cumprimento das suas obrigações, fica vinculado a abster-se da prática das condutas suscetíveis de causar ou agravar o déficit patrimonial. Esta especial perigosidade das condutas proibidas propicia a construção de um crime, pois, simultaneamente formal e de perigo abstrato.³⁰¹

D) As condições objetivas de punibilidade

Desde 2004, a relação de causalidade entre a conduta do devedor/insolvente e dos seus administradores e a declaração da situação de insolvência desprende-se da verificação do comportamento ilícito típico. Mais propriamente, a prática das condutas puníveis dá-se apenas na sequência do reconhecimento judicial da situação de insolvência do agente, o que em nosso entendimento é discutível, uma vez que os atos dolosos que se encontram na sua origem contêm condições objetivas de punibilidade que vão além da ocorrência da situação da insolvência e do respetivo reconhecimento por parte do Tribunal de Comércio competente.³⁰²

Até àquele ano, no âmbito da falência fraudulenta, os efeitos jurídico-penais dos então crimes falenciais não eram incriminadores do mero incumprimento contratual o qual encontrava, por sua vez, cobro na jurisdição cível.³⁰³ Igualmente se justificava por a tutela penal somente merecer efetividade perante situações concretas em que o direito civil não revelava suficiência para proporcionar proteção devida dos credores prejudicados, tanto devido à grave insatisfação patrimonial, bem como em razão de o bem jurídico patrimonial se

²⁹⁸ Nas palavras de Pedro Caeiro “(...) quem, não se encontrando ainda numa situação de insolvência, quer evitar a ocorrência dessa situação, não pode actuar com a intenção de prejudicar os credores, pelo que o presente dispositivo não seria congruente com o elemento subjectivo da ilicitude exigido pelo corpo do artigo” – CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. ob. cit., pp. 417 e 418.

²⁹⁹ Termo de Pedro Caeiro que define a venda por preço *sensivelmente inferior* – CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. ob. cit., p. 424.

³⁰⁰ Eis que surgirá a expressão *dolus a fraude differt velut genus a specie* (o dolo difere da fraude como o género da espécie), porquanto nos encontramos perante *dolus malus*; cfr. A) em 3.3.2.

³⁰¹ Conforme analisado em 3.2.

³⁰² Cfr., adiante, D) em 4.3.1.

³⁰³ Veja-se, no Direito Comparado, pela doutrina italiana destaca-se a tese, defendida por determinados autores, de que os crimes falenciais, não obstante naturalmente terem como destino a proteção dos credores, relacionavam-se mais com o interesse social inerente ao normal decurso das relações económicas, ao passo que outros autores sustentavam a natureza mista deste tipo legal de crime – EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Os Efeitos Substantivos da Falência ... ob. cit.*, p. 99, apud PAJARDI, Piero. *Codice del Fallimento*. Milano: Giuffrè Editore, 1997, pp. 1308 e 1309, notas n.ºs 1 e 2.

encontrar conseqüentemente afetado na seqüência das ações ou omissões que originavam dessa insatisfação.³⁰⁴

Hoje, a perigosidade do comportamento do agente, que concretamente pode assumir diversas características, torna exigível uma maior amplitude no tocante à sua punibilidade.

PINTO DE ALBUQUERQUE sublinha que na hipótese de causas fortuitas terem concorrido para a situação de insolvência, para lá de se ter verificado a prática dos atos típicos, dever-se-á ter em conta quais os fatores que foram determinantes, de modo a considerar-se verificada a condição objetiva de punibilidade.³⁰⁵

No entendimento de PEDRO CAEIRO o crime de insolvência dolosa consuma-se com a produção, através de formas tipicamente descritas, de um resultado que é o da *situação de impotência económica*.³⁰⁶

Em nosso entendimento, a situação de insuficiência económica imputável ao devedor, pode ter lugar no momento anterior ao reconhecimento judicial da situação de insolvência do agente, pelo que concluímos que a real consumação da infração criminal será independente da declaração. Por outro lado, pode suceder que exista efetivamente a situação de insuficiência económica mas não ter lugar a declaração de insolvência, uma vez que a insolvabilidade é requisito para o reconhecimento, sendo este último uma condição objetiva de punibilidade, não se verificando necessariamente o preenchimento do tipo legal de crime. Veja-se que, no entendimento de PINTO DE ALBUQUERQUE, a intenção em prejudicar os credores não exige a verificação de um prejuízo patrimonial real para o devedor, mas que este devedor tenha efetivamente tido a intenção no prejuízo.³⁰⁷

Veja-se pelo Ac. do TRP, de 17 de outubro de 2012, referente ao Proc. n.º 833/03.6TAVFR.P2:

1 – No crime de insolvência dolosa, tutela-se, directamente, o património dos credores do insolvente; e mediatemente, o correcto funcionamento da economia de mercado. 2 – Com tal crime, punem-se condutas intencionalmente orientadas à frustração dos direitos dos credores, tanto quando elas conduzem a uma situação de insolvência que é aparente ou simulada. 3 – A declaração judicial de insolvência constitui uma condição objectiva de punibilidade.

Neste sentido, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO entendem que o crime de insolvência dolosa integra condutas intencionalmente orientadas à frustração de direito de crédito por meio de um projeto de resolução criminosa que se estende por vários atos de defraudação direta ou indireta do património, conduzindo a situações de insolvência real ou

³⁰⁴ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Os Efeitos Substantivos da Falência ... ob. cit.*, pp. 99 e 100.

³⁰⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 879.

³⁰⁶ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 420 e 421.

³⁰⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 879.

efetiva, assim como a casos de insolvência aparente ou simulada. Estas situações serão insolvências criadas artificialmente com o propósito no prejuízo dos credores.³⁰⁸

Veja-se, porém, no Ac. do TRP, de 2 de outubro de 2013:

I. Tanto na atual como na antiga redação do DL 48/95, de 15 de Março, sem reconhecimento judicial de insolvência o agente não pode ser perseguido pelo crime de insolvência dolosa.

No entendimento de SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE não é necessário que tenham efetivamente lugar prejuízos na esfera jurídica dos credores na sequência da atuação do devedor então agente, mas que a atuação seja dirigida a esses prejuízos, enquanto *delito de tendência* que é.³⁰⁹ Todavia – e assim estes últimos autores sublinham – todos os tipos previstos no preceituado têm em comum uma condição de punibilidade que é a declaração judicial da insolvência do devedor, sendo que esta não se trata de um elemento do crime, porquanto não concerne à vontade do agente, nem constitui qualidade deste:

Não se trata de um elemento do crime, uma vez que não está relacionado com a vontade do agente, nem constitui qualidade deste, pois se assim fosse ficariam por punir os atos anteriores à declaração da insolvência.³¹⁰

Conclui-se que os comportamentos, para merecerem punibilidade, ao abrigo do legalmente previsto, deverão ter sido adotados na medida em que o agente tenha tido a intenção na causa do prejuízo dos seus credores com a ocorrência real ou com a ocorrência fictícia —da situação de insolvência. A intenção do agente no resultado integra o elemento volitivo da atuação, concretizando o dolo.³¹¹

A intenção no resultado de insolvência, assim como a declaração judicial nesse mesmo sentido devem verificar-se do mesmo modo, em razão de serem precisamente os fatores que proporcionam a violação dos direitos patrimoniais dos credores e que devem ser puníveis por preencherem o tipo legal de crime de insolvência dolosa, tratando-se das condições objetivas de punibilidade não se podendo, pois, dissociar.³¹²

A declaração de insolvência que resulte de causas fortuitas, sejam estas anteriores, contemporâneas ou posteriores aos atos típicos, não será condição objetiva de punibilidade,

³⁰⁸ GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *ob. cit.*, p. 1087.

³⁰⁹ Assim associam Sá Pereira e Alexandre Lafayette – PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 659, nota n.º 14.

³¹⁰ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 659.

³¹¹ Cfr., de seguida, A) em 3.3.2.

³¹² Cfr. o n.º 1 do art. 227.º do CP, onde se lê que “(...) é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente (...)”.

uma vez que para o ser deverá encontrar-se preenchida com um nexo entre a quebra do empresário e a conduta.³¹³

3.3.2. Elementos subjetivos

A) A presença do dolo nas condutas típicas

É consabido que o dolo, em virtude de implicar a representação e conformação, por parte do agente, na prática da conduta ilícita e com o resultado danoso, é sinónimo de intenção na sua prática. Assim sendo, é desde logo, admissível que o agente deve ter conhecimento de todas as circunstâncias de facto que pertencem ao tipo legal.

Recorde-se, nas palavras de EDUARDO CORREIA:

o conhecimento material do facto criminoso, o conhecimento dos elementos produzidos pela conduta do agente, o conhecimento do processo causal de onde resulta o evento e o conhecimento de outras circunstâncias do facto modificativas agravantes.³¹⁴

No tocante ao crime de insolvência dolosa, é, pois, notório que as condutas típicas se enquadram nestes elementos subjetivos.³¹⁵

Concretamente, segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, excetuada a compra de mercadorias a crédito nos termos em que é legalmente proibida e punível, o mero acréscimo fictício do património não constituirá a conduta típica.³¹⁶ No entendimento do autor, a simulação da situação patrimonial pode ser integrada por uma conduta que se caracterize por qualquer forma, nomeadamente a contabilidade inexata, o falso balanço, a destruição ou a ocultação de documentos contabilísticos ou a não organização da contabilidade sendo esta exigível. Este último comportamento abarca, pois, a ocultação da real situação patrimonial do devedor, mediante a compra de mercadorias a crédito com a finalidade da sua posterior venda ou utilização em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente. O autor mais defende que a mera angariação de fundos não constitui um meio típico de ocultação.³¹⁷

É necessário, portanto, para efeitos de punibilidade como crime doloso, que o agente tenha conhecimento de que o comportamento que adota é suscetível de coincidir com o

³¹³ GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *ob. cit.*, p. 1085.

³¹⁴ CORREIA, Eduardo. *ob. cit.*, pp. 368 a 373.

³¹⁵ Anteriormente ao ano de 1995, o crime de insolvência dolosa, então previsto pelo disposto no art. 325.º do CP, tinha como pressuposto ou condição de punibilidade a declaração judicial da então falência na sequência do cumprimento fraudulento dos requisitos para o Tribunal se pronunciar em sentido positivo. A conduta dolosa integrava-se na fraude, tal como o atual art. 227.º prescreve. É este o ponto em comum com o anterior regime. Eduardo Correia entendeu que, no caso de se verificar uma conduta dolosa, a imputação do facto ao comportamento efetiva-se mediante a verificação dos chamados elementos intelectual e volitivo/emocional presentes na atuação do agente, sendo que o primeiro se traduz no conhecimento dos elementos circunstanciais que vêm descritos nos tipos legais de crime e o segundo na direção da vontade do agente em concretizar o facto ilícito – CORREIA, Eduardo. *ob. cit.*, p. 367 (o texto reimpresso data do ano de 1963).

³¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 878.

³¹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 879.

legalmente proibido. Mais propriamente, que a atuação do agente vá de encontro a uma conduta que a lei reprovava, isto é, que se caracterize especificamente como punível ao abrigo do preceituado no direito penal substantivo vigente e que o agente preveja como integrante dos elementos que preenchem o tipo legal. A distinção entre os diversos graus de dolo presentes nas condutas que se encontram tipificadas, reside no facto de em determinadas situações o insolvente admitir como possível a consequência mas não pretender diretamente a sua concretização, apenas representando a possibilidade de um determinado resultado. A dificuldade que se impõe, dependendo da complexidade dos contornos fácticos do caso concreto será a de saber se corresponderia, em bom rigor, a uma situação em que se verifica dolo por parte do agente ou se se tratará de uma hipótese de atuação negligente.

O CP proporciona uma eficaz diferenciação: “*Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar*”. É esta a noção de dolo (direto) presente no disposto no art. 14.º, n.º 1 do CP atualmente em vigor.³¹⁸

FIGUEIREDO DIAS afirma o seguinte:

É pois o elemento volitivo, quando ligado ao elemento intelectual requerido, que verdadeiramente serve para indiciar (...) uma posição ou atitude do agente contrária ou indiferente à norma de comportamento, numa palavra, uma culpa dolosa e a consequente possibilidade de o agente ser punido a título de dolo.³¹⁹

Segundo o autor, “(…) *é necessário que o agente conheça, saiba, represente correctamente ou tenha consciência (consciência ‘psicológica’ ou consciência ‘intencional’*”.³²⁰

Resumidamente, o agente, ao agir dolosamente, adota uma conduta consciente e reflexo do próprio discernimento de que representa e prossegue com um comportamento errado, no sentido em que é contrário aos próprios valores éticos admissíveis para si próprio e perante o próximo.³²¹ Os elementos resumem-se, desde logo, à própria lei, isto é, os *elementos normativos*, denominação que o autor lhe atribui. O agente deverá conhecer, além dos factos, as normas jurídicas suscetíveis de encontrar o seu teor inobservado em razão da adoção da

³¹⁸ Cavaleiro de Ferreira, analisando o conceito legal de dolo já ao abrigo do CP de 1982, concluiu que o termo *intenção* (criminosa) já mais não foi digno de adoção antes se passando a empregar uniformemente o termo *dolo*. O autor concluiu, na sequência da análise do preceito, que se encontram indicados os elementos constitutivos do dolo – a sua estrutura e o objeto – e que estes são interdependentes: “*Na verdade se o dolo é vontade e esta é o acto psíquico, acto interior, também é verdade que a vontade não existe independentemente do seu objecto; isto é, a vontade dirige-se sempre a um fim que é o seu objecto*” – FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *ob. cit.*, pp. 283, 284 e 293 a 296.

³¹⁹ O autor analisa o disposto no art. 13.º do CP, segundo o qual “*só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência*” – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral: questões fundamentais, doutrina geral do crime*. Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 349 e 350.

³²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, p. 351.

³²¹ “*Só quando todos os elementos do facto estão presentes na consciência psicológica do agente se poderá vir a afirmar que ele se decidiu pela prática do ilícito e deve responder por uma atitude contrária ou indiferente ao bem jurídico lesado pela conduta*” – DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, p. 351.

conduta contrária ao preceituado.³²² O conhecimento dos critérios determinantes da qualificação jurídica do facto como ilícito é, pois, no entendimento do autor, um pressuposto.³²³

Mais propriamente, FIGUEIREDO DIAS classifica o dolo do tipo como “*conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo*” sendo elemento constitutivo do tipo de ilícito integrante do crime de insolvência dolosa e para além de conhecimento e vontade da prática daquele facto ilícito típico o agente manifesta, uma “*expressão de uma atitude pessoal de contrariedade ou indiferença (...) perante o dever-ser jurídico-penal*” assim se afirmando o dolo da culpa.³²⁴

As expostas considerações do autor surgem-nos, no âmbito do crime de insolvência dolosa, com a maior pertinência, porquanto, consoante os contornos fácticos do caso concreto e conforme se trate de uma atuação comissiva ou omissiva por parte do agente, a delimitação é notoriamente relevante para efeitos de aferição da punibilidade da conduta em apreço, tal como o seria perante outra infração criminal. Justifica-se por o tipo legal de crime ser suscetível de preenchimento, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 227.º do CP.

Entende-se que se enquadrará nas condutas anteriores à consumação do crime, isto é, que estão na origem da situação insolvencial, e/ou da declaração judicial da insolvência do agente. O fim subjetivo reporta-se diretamente à intenção.^{325 326}

Ademais, FIGUEIREDO DIAS além de distinguir os diversos graus de dolo, adota a diferenciação entre crimes dolosos de ação e os crimes dolosos de omissão.³²⁷ Concretamente, atento as alíneas do n.º 1 do art. 227.º do CP, estaremos notoriamente perante os primeiros, então caracterizados como sendo factos ilícitos típicos que se verificam quando ocorra um *comportamento ativo* por parte do agente, na medida em que este “*(...) previu e quis a realização do tipo*”.³²⁸

³²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, p. 352.

³²³ “*Em qualquer destes casos deve bastar à afirmação do dolo do tipo o conhecimento, pelo agente, dos pressupostos materiais da valoração porque já esse conhecimento orienta suficientemente a sua consciência ética para o desvalor do facto como um todo*” – DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, pp. 354 e 355.

³²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral ... ob. cit.*, pp. 277 e 278.

³²⁵ O autor também menciona o chamado *dolo específico*, que por sua vez se materializa perante a exigência de certo fim subjetivo do agente, além de, naturalmente, se pressupor os elementos essenciais. Germano Marques da Silva, em seguimento dessa ótica, define este tipo de dolo como “*elemento subjetivo específico de determinados crimes que exigem, para além da consciência e vontade da prática dos elementos objetivos do crime, ainda uma determinada intenção ou propósito do agente*” – SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português ... ob. cit.*, p. 109.

³²⁶ Na jurisprudência, o pretérito Ac. do STJ, datado do dia 30 de janeiro de 1991, frisou, a propósito do *dolo direto*, de modo simples: “*Provado (...) que ele actuou de modo e livre e consciente, sabendo que a sua conduta era proibida, fica demonstrado o dolo*”. No tocante ao *dolo necessário*, dispôs o Ac. do STJ, de 26 de março de 1992, o seguinte: “*(...) a verificação do dolo necessário resulta bem evidenciado se se mostra provado que o arguido agiu livre e conscientemente, admitindo que da sua conduta resultava a finação da vida do ofendido e bem sabendo que o seu comportamento era contrário à lei*”.

³²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 218 a 220.

³²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal ... ob. cit.*, pp. 218 e 219.

De facto, é possível que o devedor possua um património *superavitário* ou negocie com êxito uma redução das suas dívidas, entre outros meios.³²⁹ Entretanto, este último aspeto, no caso da conduta dolosa, tanto é verificável como nem sempre tem efetivamente lugar no caso concreto, porquanto a qualificação da insolvência como culposa nem sempre é vinculativa no âmbito criminal, o que propicia problematização.³³⁰

Deve provar-se a intenção, por parte do devedor, em prejudicar os seus credores no âmbito patrimonial.³³¹

B) A consciência da ilicitude e a censurabilidade das condutas

FIGUEIREDO DIAS defendeu que a consciência da ação deverá ser *atual* de maneira a que se possa afirmar o dolo do tipo, isto é, o agente representa o ato como ilícito, bem como tem, implicitamente, consciência da ilicitude inerente à sua prática, no momento em que a inicia e com ela prossegue.³³²

Dir-se-á que, no crime de insolvência dolosa, o agente pratica as condutas previstas como puníveis pelo disposto nas alíneas do n.º 1 do art. 227.º do CP, tendo conhecimento, aquando daquela prática que a mesma integrará este tipo legal, porquanto a intenção de prejuízo dos credores é um dado adquirido integrante da previsão da norma jurídica, assim como as declarações relativas ao seu poderio económico – ou à falta do mesmo – não corresponderão, efetivamente, à verdade, nem tão-somente a sua ação relativamente aos lucros e/ou prejuízos.

FIGUEIREDO DIAS conclui que há uma ligação entre o elemento intelectual do dolo e a consciência, por parte do agente, da prática do ato ilícito, assim como a relevância que esse desvalor releva na censurabilidade da conduta:

Por isso, numa palavra, o conhecimento da realização do tipo objectivo de ilícito constitui o supedâneo indispensável para que nele se possa ancorar uma culpa dolosa e a punição do agente a esse título.³³³

³²⁹ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 446; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral...* *ob. cit.*, p. 863; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal...* *ob. cit.*, p. 379.

³³⁰ Cfr. o disposto no art. 185.º do CIRE.

³³¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *ob. cit.*, p. 834.

³³² “(...) a consciência requerida das circunstâncias do facto será ‘actual’ do próprio ponto de vista psicológico, para afirmação do dolo do tipo, não apenas quando aquelas são assumidas pelo agente sob a forma de ‘representação’ (que supõe sempre uma qualquer reflexão), mas também quando (...) elas são ‘co-consciencializadas’, isto é, assumidas por uma consciência que não é considerada explicitamente, mas que é atendida com outros conteúdos conscientemente considerados e tem assim também de ser implicitamente tomada em conta de forma necessária.” – DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, p. 355.

³³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral ... ob. cit.*, p. 351 e DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*. 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 175 a 203 e 247 a 268.

Neste âmbito, surge, portanto, com a maior relevância, além da representação, que se traduz pela resolução em cometer o facto punível, a consciência da ilicitude do mesmo.³³⁴ Recorde-se que a conduta dolosa será, pois, corolário do conhecimento e da vontade na concretização do ato ilícito típico, mais propriamente o elemento intelectual e o elemento volitivo que lhe estão na génese.³³⁵

FIGUEIREDO DIAS mais entende que o conhecimento da ilicitude, por parte do agente, não corresponderá a um preciso sentido jurídico, bastando a “*apreensão do sentido ou significado social desvalioso correspondente*”.³³⁶ É entendimento que seguimos, porquanto os destinatários da ordem jurídica, muito embora não devam invocar o desconhecimento das normas para efeitos de justificação dos seus comportamentos, deverão ter em conta o desvalor dos mesmos, de acordo com um critério de exigibilidade no contexto de uma sociedade integrada no Estado de Direito.

Destarte, a conduta dolosa merece censurabilidade, encontrando-se a culpa notoriamente presente.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, no *tipo de culpa doloso*, o agente “(...) *sobrepôs conscientemente os seus interesses ao desvalor do ilícito*”.³³⁷ O autor categorizou a censurabilidade da conduta do agente enquanto *culpa jurídico-penal*.³³⁸ Este aspeto veio constituir um novo elemento à ação ilícita-típica, mais propriamente, numa vertente pessoal, uma nova *qualificação* da conduta como culposa, do qual depende a punibilidade do comportamento:

(...) que o facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna pessoal juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário.³³⁹

Em suma, numa vertente volitiva, a *culpa jurídico-penal* é, no entendimento do autor, como uma *culpa da vontade*, além de se tratar igualmente de uma *culpa da personalidade*, mercê de se verificar uma ligação entre esta a prática do facto.³⁴⁰ O autor justifica o raciocínio

³³⁴ Para Cavaleiro de Ferreira a consciência traduz-se no *conhecimento prático (applicatio scientiae ad opus, ad ea quae agimus)* que englobará a consciência psicológica do reconhecimento da realidade natural, assim como a consciência moral inerente ao julgamento sobre a licitude (ou falta desta) na prática do facto – razão pela qual o autor igualmente a denominou por *consciência jurídica* – FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *ob. cit.*, pp. 285 e 286.

³³⁵ Cfr., *supra*, A) em 3.3.2.

³³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral... ob. cit.*, p. 549.

³³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral... ob. cit.*, pp. 529 e 530 e DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal ... ob. cit.*, pp. 205 a 236.

³³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal... ob. cit.*, p. 230.

³³⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 160 e 161; na doutrina alemã, Roxin estabeleceu uma função limitadora do intervencionismo estatal ao facto punível, tendo como finalidade a defesa da pessoa do agente de possíveis excessos e arbitrariedades por parte do Estado (de Direito) – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal ... ob. cit.*, p. 231, *apud* ROXIN, Claus. *Kritische Überlegungen zur Schuldprinzip*. MschrKrim, 1973, p. 316.

³⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal... ob. cit.*, p. 180.

na medida em que a qualificação de um comportamento *concreto* como *penalmente ilícito* significará que é, numa perspetiva tanto objetiva como subjetiva, contrária com o ordenamento jurídico-penal, consubstanciando-se um *juízo negativo de (des)valor*, e, conseqüentemente a tipificação da conduta como penalmente proibida e punível possibilita o conhecimento dos seus potenciais destinatários, pelo que se conclui que a inobservância daquele preceituado efetiva-se através de uma atuação já por si censurável nessa exata medida.³⁴¹

A conduta do agente é eticamente censurável. A culpa, segundo FIGUEIREDO DIAS consiste na “*censurabilidade do comportamento humano por o culpado ter actuado contra o dever quando podia ter querido actuar de acordo com ele*”, segundo um critério objetivo relativo ao poder do homem médio na orientação do sentido das suas ações/omissões.³⁴² O fundamento ou o critério da culpa reside na desconformidade entre as exigências do direito – mais propriamente a defesa dos bens jurídicos que o direito penal visa proteger – e a conformação da personalidade do agente, bem como a correspondente direção efetiva da sua conduta. A personalidade tem, pois, relevância na medida em que o agente determinará a sua atuação na sequência da sua liberdade de escolha ou de decisão que o motiva, conforme a sua própria vontade e critério axiológico que estão na origem da sua direção.

4. O crime de insolvência negligente

O crime de insolvência negligente consiste numa conduta caracterizada por uma grave incúria ou imprudência a qual constitua a génese de um estado de insolvência ou então pela omissão, por parte do agente, em requerer uma providência no sentido de recuperação da empresa cuja gestão é da sua competência, no caso em que se torne exigível em razão de dificuldades económicas e financeiras as quais se tenham circunstancialmente imposto.³⁴³

4.1. A letra da lei

Mais concretamente, a conduta punível é a criação do estado de insolvência resultante de comportamento pródigo, por parte do agente, caracterizado por despesas manifestamente exageradas, pela prática de especulações ruinosas, ou outros atos na condição de serem originados por uma grave negligência no exercício da sua atividade, não obstante o conhecimento das dificuldades que a sua empresa achesse, do ponto de vista económico-financeiro.

³⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal...* ob. cit., p. 230.

³⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal ...* ob. cit., pp. 177 a 189.

³⁴³ Vd. PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel. ob. cit., p. 268.

O tipo de ilícito gera consequências jurídicas que consistem em pena de prisão até um ano ou pena de multa até cento e vinte dias.

Dispõe, então, o art. 228.º do CP que é punível a criação de um estado de insolvência mediante uma conduta caracterizada pelo seguinte:

Grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua atividade”, ou então por “não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação.”³⁴⁴

O crime de insolvência negligente concretiza-se, então, pela verificação de determinados pressupostos. O art. 228.º assim os contém, materializando-se estes na conduta do devedor cuja insolvência venha a ser, efetivamente, reconhecida e declarada na sentença proferida pelo Tribunal de Comércio competente. São os seguintes, que se traduzem em condutas típicas previstas nas alíneas que integram o n.º 1 daquele artigo:

a) Criação, por parte do devedor, de um estado de insolvência por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua atividade;

b) Omissão, por parte do devedor, de requerimento tempestivo de recuperação da sua empresa, quando tenha conhecimento das dificuldades económicas e financeiras que esta venha a atravessar;

Nos termos da al. a) do n.º 1 do art. 228.º do CP, entende-se que a conduta do agente se caracteriza por *grave incúria*. Entende-se por incúria o desleixo e a falta de diligência, por parte do agente, na medida do incumprimento do dever de conservação do seu património dirigido ao pontual cumprimento das obrigações a que se encontra adstrito.

A incúria, para preencher o presente tipo legal de crime, deverá caracterizar-se por ser grave, porquanto o devedor é livre de gerir o seu património, não obstante dever fazê-lo dentro do legalmente exigível. É este o entendimento dos autores SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, que tem fundamento no facto de o devedor se encontrar numa condição objetiva de punibilidade.³⁴⁵ Os autores entendem que o não cumprimento encontra a sua essência na inobservância dos *vínculos*, tais como o tempo, o modo, a forma e o conteúdo obrigacional. Exemplificam que procede, pois, com *incúria* quem, por inércia, deixar caducar,

³⁴⁴ A partir de 1998, com a vigência da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, o crime de falência culposa, denominado mais propriamente por não intencional, passou a vigorar no CP. As disposições constantes dos arts. 1276.º e 1278.º do CPC conheceram a sua revogação.

³⁴⁵ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 661, nota n.º 2; cfr. **D)** em **4.3.1.**

em sentido amplo, os seus créditos ou o pagamento das suas dívidas, bem como a satisfação do *serviço* destas, quando esse cumprimento é possível.³⁴⁶

PEDRO CAEIRO, igualmente é da opinião que a *incúria* está na origem da *infração de deveres mínimos de diligência de conservação do próprio património ou da capacidade de cumprir* inerentes à vinculação a um passivo patrimonial que o *estatuto de devedor* impõe, isto é, o dever de manter, em conformidade com a situação em si, um património *solvente* ou a capacidade de cumprimento pontual das obrigações.³⁴⁷ O autor mais entende que a gravidade da conduta omissiva é legalmente imposta na medida da proporção da *incúria* integrante do comportamento, o que concretamente merece relevância.

Ora, tal como na *incúria*, a *grave imprudência* igualmente se encontra na origem do incumprimento de “*deveres mínimos de ponderação na gestão do próprio património*”, bem como as *especulações ruinosas* são “*uma espécie de operações patrimoniais imprudentes*”, resultantes da imperícia, imprevisão, impreparação ou imaturidade por parte do devedor.³⁴⁸ A gravidade deverá, pois, caracterizar a conduta do devedor, sendo que tratando-se de devedor comerciante uma maior exigência se impõe³⁴⁹ pelos riscos cuja assunção está na origem de uma conduta proibida, mais concretamente, da conduta típica caracterizada, pois, por *imprudência*.³⁵⁰

A *prodigalidade* e as *despesas manifestamente exageradas* ao caracterizarem a conduta do devedor, igualmente preenchem o tipo legal de crime de insolvência negligente.³⁵¹ Reconduzem-se, no âmbito do comportamento do devedor, a “*critérios puramente quantitativos*”, no entendimento de PEDRO CAEIRO.³⁵² SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE definem a atuação pródiga como um desequilíbrio entre o valor patrimonial e o montante despendido, mais propriamente o seguinte:

Uma certa desproporção entre o que o devedor tem e aquilo que gasta, nos antípodas de todo o espírito de poupança, à tripa-forra e onerar inoportavelmente o activo e a colocar em perigo, assim, a capacidade de cumprir pontualmente os encargos do passivo.³⁵³

³⁴⁶ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 662, nota n.º 3.

³⁴⁷ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 436.

³⁴⁸ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 437.

³⁴⁹ Em razão da assunção de riscos inerentes à atividade comercial, a nossa lei prevê a exclusão da responsabilidade dos gestores de empresas nos casos em que os seus atos de gestão tenham causado danos, apesar de praticados com a devida cautela e conformidade – cfr. o disposto no art. 64.º, n.º1 e 72.º, n.º 1 *a contrario sensu* do CSC; Carneiro da Frada entende que esta exclusão de responsabilização acaba por ser um “*porto seguro para os administradores*” – FRADA, Manuel Carneiro da. *A business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores. *in* *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 227.

³⁵⁰ Pedro Caeiro sublinha, a propósito, que a atividade levada a cabo pelos devedores comerciantes acarreta a “*assunção de riscos patrimoniais*” – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 437.

³⁵¹ V.g. liberalidades despropositadas, despesas ou assunção de dívidas dificilmente comportáveis – vd. CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo. *ob. cit.*, p. 437 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 883.

³⁵² CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 436 e 437.

³⁵³ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 663, nota n.º 5.

A al. b) do n.º 1 do art. 228.º do CP, prevê a punibilidade da conduta omissiva do devedor que tenha conhecimento da situação difícil no âmbito económico-financeiro da empresa de que seja gerente e que deva requerer providência de recuperação.

O n.º 2 do art. 228.º prevê a aplicabilidade do disposto no n.º 3 do art. 227.º. O seu conteúdo justifica-se pela necessidade da previsão dos casos em que a conduta negligente tenha sido, efetivamente, praticada pelos administradores ou gerentes da empresa insolvente: “(...) *quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção efetiva*”.

4.2. O tipo de crime

Quanto ao tipo de crime, no caso da insolvência negligente, a doutrina igualmente se divide.

Segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, pode revestir um carácter omissivo, mais propriamente pode tratar-se de um crime de omissão pura, sendo também um crime de perigo abstrato, porquanto tem lugar uma antecipação da tutela penal para um momento prévio ao da efetiva insolvência do devedor, ora agente³⁵⁴, na medida em que a conduta omissiva deste em requerer a necessária providência com vista à recuperação da empresa de que é gerente igualmente constitui uma conduta objetivamente típica.

Sendo o bem jurídico protegido pela incriminação o património de outra pessoa, o autor mais entende que se trata de um crime de dano. Esta classificação justifica-se por a conduta incriminada se caracterizar pela criação de um estado de insolvência resultante de grave incúria ou desleixo do devedor na gestão do seu património, de grave imprudência, de prodigalidade ou despesas exageradas em face daquele património e de grave negligência no decurso da sua atividade comercial.³⁵⁵

No entendimento do autor, a interpretação do preceituado deverá ser literal, histórica e sistemática, em razão dos conceitos mencionados pelo legislador, tais como “grave incúria” ou “imprudência”. É uma concetualização que é fruto das alterações que o texto sofreu, mais propriamente, em virtude da revisão operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que consistiu na supressão da designação “insolvência não intencional”, resultando, pelo disposto no art. 228.º, o integral afastamento da previsão de qualquer conduta dolosa, antes cabendo essa antevisão às normas integrantes do art. 227.º do diploma legal. O autor somente reconhece a negligência consciente, na previsão dos preceitos, mais concretamente no

³⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 882, nota n.ºs 3 e 4.

³⁵⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 882, notas n.ºs 2, 3 e 5.

disposto na al. b) do n.º 1 do artigo.³⁵⁶ Entende, pois, que nos encontramos, também, perante um crime específico próprio, porquanto o agente pratica-o na sequência do exercício do comércio ou no âmbito da atividade de gestão empresarial que lhe compete.³⁵⁷

4.3. Elementos constitutivos do tipo legal de crime

4.3.1. Elementos objetivos

A) O agente

O agente do crime é o devedor comerciante ou o devedor que exerça a atividade empresarial. A prática do crime verifica-se quando o devedor detenha a gestão ou direção efetiva de uma pessoa coletiva, sociedade ou associação de facto.

Grave negligência no exercício da atividade, por parte do agente, é entendida pelos autores SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE como passível de ser característica da atuação somente levada a cabo pelos devedores comerciantes, excluindo-se os não comerciantes.³⁵⁸ PEDRO CAEIRO entende que essa exclusão tem a sua razão de ser no facto de os não comerciantes – ou “*devedores civis*” como lhes designa – não deverem ser punidos na mesma medida. Assim o defende porquanto a relevância típica deve ser conferida a conduta causadora de insolvência, na condição de a mesma, que se enquadra na atividade comercial, se caracterizar por uma negligência grave. Impõe-se, no entendimento do autor, uma maior exigência.

Os autores MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO igualmente defendem que os devedores civis não devem ser punidos, devendo a punição somente ter lugar no caso de a situação de insolvência ocorrer e esta vier a ser reconhecida judicialmente.³⁵⁹

O fundamento que reside nesta diferenciação é o facto de o comerciante viver essencialmente do crédito, cabendo-lhe, objetivamente, um dever de cuidado no âmbito da gestão dos seus próprios negócios, mais propriamente da sua atividade mercantil. O prejuízo na esfera jurídica dos credores, no âmbito de uma relação jurídica contraída em contexto comercial assumirá dimensões/consequências bem mais danosas do que uma relação jurídica para com um devedor não comerciante, em razão das quantias envolvidas e da importância económico-financeira dos acordos e dos negócios jurídicos objeto de celebração. Reflita-se, por exemplo, sobre uma relação jurídica de foro comercial cujos sujeitos, devedor e credor, se tratarão de duas (grandes) empresas, e compare-se a um acordo de vontades entre duas

³⁵⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 883, notas n.ºs 8 e 9.

³⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 883, notas n.º 10.

³⁵⁸ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 663, nota n.º 6.

³⁵⁹ GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *ob. cit.*, pp. 1089 e 1090; cfr. **D)** do presente **4.3.1.**

entidades não comerciais em que se encontre afitiva, do ponto de vista económico-financeiro a situação da devedora.

Como consequência da conduta ilícita então adotada pelo agente, nos moldes expostos, surge como resultado típico a sua situação de insolvência enquanto devedor dos credores cujos direitos patrimoniais foram violados. PEDRO CAEIRO sublinhou que importa uma avaliação devidamente adaptada a casos desta natureza, mais concretamente o seguinte:

Um particular cuidado na avaliação do nexos de adequação entre as condutas negligentes e o resultado proibido, nomeadamente no que toca à previsibilidade do resultado à luz dos conhecimentos que guiam o concreto ramo de actividade.³⁶⁰

É notória a relevância do dever de cuidado, salientado pelo autor.

Segundo SÁ PEREIRA, ALEXANDRE LAFAYETTE e PEDRO CAEIRO, a al. b) do n.º 1 do art. 228.º do CP abarca apenas os *devedores comerciantes*.³⁶¹

SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES também definem como sendo sujeito do presente ato ilícito típico o devedor que tenha efetivamente exercido a gestão da empresa.

FERNANDA PALMA, por sua vez, foi da opinião de que será potencial agente do crime não apenas o devedor da relação jurídica em causa mas todo aquele que seja funcionalmente responsável perante os direitos dos credores e os tenha violado pela adoção da conduta típica:

Devedor será, assim, não só quem é sujeito passivo de uma relação de crédito, mas também qualquer responsável pela satisfação dos direitos de crédito.³⁶²

Seguimos a ótica que considere agente a pessoa singular ou coletiva, declarada insolvente, que tenha propiciado essa situação na sequência de uma conduta caracterizada por descuido nos expostos moldes. Inclui-se o titular dos órgãos ou representante de pessoa coletiva, sociedade ou associação de facto, bem como o terceiro que tenha praticado atos típicos com conhecimento ou em benefício do devedor. Será de excluir a responsabilização daqueles cuja conduta não se tenha revelado integrante e muito menos decisiva para a origem dos prejuízos nos credores. Seguimos, neste aspeto, a opinião de PEDRO CAEIRO:

(...) é óbvio que todas estas referências a uma situação de insolvência têm de ser entendidas como reportando-se à pessoa do devedor.³⁶³

³⁶⁰ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. – *ob. cit.*, p. 438.

³⁶¹ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, pp. 664 e 665, nota n.º 10; assim como a ver de Pedro Caeiro – CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 438 e 439.

³⁶² PALMA, Maria Fernanda. *ob. cit.*, p. 410.

³⁶³ CAEIRO, Pedro. *Sobre a Natureza dos Crimes ... ob. cit.*, p. 173.

Mais entendemos que a responsabilização deverá recair sobre o insolvente negligente que seja comerciante, pelo que seguimos o entendimento de PINTO DE ALBUQUERQUE. No caso do crime de insolvência negligente o devedor não comerciante, não deveria ser, na nossa ótica, regra geral, punido conforme as regras do direito penal, mas antes unicamente sancionado consoante o disposto na lei civil. O preceituado do nosso direito penal substantivo prevê expressamente o exercício da *atividade* comercial do devedor, além *do conhecimento das dificuldades económicas da sua empresa* como pressupostos de aplicabilidade das consequências jurídicas. O crime só poderá, portanto, ser preenchido por um comportamento praticado por quem seja comerciante, ou pelo menos gestor de uma empresa.³⁶⁴ Uma interpretação literal é, pois, exigível perante o crime negligente. PEDRO CAEIRO foi do entendimento que as condutas suscetíveis de incriminação, nos termos do disposto nas als. a) e b) do art. 228.º do CP, somente seriam puníveis a título de dolo, tendo também defendido que o conceito *grave negligência* significa que a lei criminal não contemplaria os casos de insolvência dos devedores não comerciantes: “(...) mantém a tradição (...) de não punir a *causação negligente da própria crise económica por parte de devedores civis*”.³⁶⁵

Conclui-se que o agente do crime é o devedor judicialmente declarado como insolvente, assim como, em determinados casos, os administradores de facto, tal como vem previsto no tocante ao crime de insolvência dolosa. Exclui-se qualquer terceiro, porquanto a lei não prevê a sua autoria.

B) O bem jurídico protegido

O bem jurídico protegido pelo disposto no art. 228.º do CP é de natureza patrimonial, na medida em que a prática dos atos típicos em concreto consubstancia a violação dos direitos patrimoniais dos credores.

No entendimento de PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido pela incriminação é o património de outra pessoa, no sentido em que se encontram violados os direitos patrimoniais dessa outra pessoa, mais concretamente do credor.³⁶⁶

Tal como no crime de insolvência dolosa, no caso do crime de insolvência negligente, no entendimento do autor, o património do devedor surge como a garantia comum dos credores, sendo obrigação do devedor a sua conservação, em caso algum podendo colocar em perigo a sua solvabilidade. O preceituado incrimina precisamente as situações em que a

³⁶⁴ Cfr. o disposto no art. 228.º do CP e art. 13.º do CCom.

³⁶⁵ CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 444 e 445.

³⁶⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 882.

prodigalidade do devedor a comprometa e resulte em prejuízos nos credores. Sendo o património do devedor, acabará, portanto, por se reportar ao património do credor.³⁶⁷

A punibilidade de uma conduta que descure a prossecução de uma providência no sentido de recuperação da empresa, por parte do devedor, quando exigível³⁶⁸, é legítima, porquanto a violação dos direitos patrimoniais dos credores concretiza-se igualmente desse modo.

C) As condutas típicas

A doutrina divide-se no tocante à subsidiariedade do preceito, mais propriamente, às condutas dolosas não subsumíveis nas normas jurídicas relativas ao crime de insolvência dolosa. Levanta-se, pois, a questão sobre se o disposto no art. 228.º do CP prevê as condutas dolosas.

FERNANDA PALMA foi do entendimento que o disposto nas normas que integram o artigo abrangerá aqueles comportamentos, na medida em que proporciona a integração de lacunas que possam advir da não previsibilidade de determinados casos de dolo pelo art. 227.º do CP.³⁶⁹ A autora mais defendeu que os conceitos que integram a letra da lei que prevê a conduta negligente, a incúria, a imprudência e a prodigalidade, previstos no disposto no art. 228.º, não implicam necessariamente a punibilidade das condutas negligentes propiciadoras de um estado de insolvência:

A simples inclusão no tipo dos conceitos de incúria, imprudência, prodigalidade, etc., não significam, ‘ipso facto’, a punição das condutas negligentes que causem a insolvência, mas antes a subordinação típica das condutas dolosas causadoras da insolvência aos ditos parâmetros.³⁷⁰

Por seu turno, MENEZES LEITÃO é da opinião de que, manifestamente, não existe qualquer relação de subsidiariedade entre os arts. 227.º e 228.º, tratando este último, em exclusivo, as condutas negligentes.³⁷¹

Seguimos a ótica de MENEZES LEITÃO, porquanto não concordamos com a previsão de condutas dolosas numa norma jurídica que prevê - ou deveria prever - comportamentos negligentes.³⁷²

³⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, pp. 882 e 883.

³⁶⁸ Exigível no sentido em que o devedor, apesar de ter o direito de apresentação à insolvência, este mesmo direito converter-se-á num dever, na medida em que o devedor seja titular de uma empresa e se imponha a prevenção da efetivação de prejuízos nos seus credores – cfr. o disposto no art. 18.º, n.º 1 do CIRE; a lei de insolvência estatui consequências jurídicas no caso de se presumir o comportamento culposos do devedor neste contexto – cfr. o disposto no art. 186.º, n.º 3, al. a) do CIRE e *supra* 3. em III.

³⁶⁹ Cfr. PALMA, Maria Fernanda. *ob. cit.*, p. 409.

³⁷⁰ PALMA, Maria Fernanda. *ob. cit.*, p. 409.

³⁷¹ Cfr. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, pp. 345 e 346.

³⁷² Cfr. o disposto no art. 13.º do CP, que consagra o princípio da legalidade.

No tocante à necessidade de recuperação, esta impõe-se como sendo uma realidade, pelo que o atual regime jurídico assim o contempla, principalmente desde 2012, quando o Processo Especial de Revitalização (PER) surgiu, em virtude do aditamento ao CIRE decorrente da vigência da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril. Mais se impõe a elaboração de um plano de insolvência, ao abrigo das normas do CIRE, mais propriamente o disposto no art. 192.º do diploma, que prevê as providências de recuperação.

A doutrina, uma vez mais, divide-se.

CATARINA SERRA afirma que o plano de insolvência é mesmo o “*único instrumento que pode ser utilizado para fins de recuperação de empresas insolventes*”.³⁷³

CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA foram da opinião de que o plano de insolvência “*não constitui (...) um instrumento de recuperação*” antes se tratando de um “*(...) meio alternativo de remédio para a insolvência*”.³⁷⁴ Os autores, relativamente ao PER, consideraram-no um instrumento de recuperação da empresa e não uma modalidade do processo, antes se destinando a evitar a situação de insolvência, de modo a alcançar a recuperação e a satisfação dos interesses dos credores.³⁷⁵ PESTANA DE VASCONCELOS e PEDRO CAEIRO afirmam mesmo que a recuperação da empresa do devedor será “*meramente simbólica*”, chegando a entender que a norma tem um “*sentido incompreensível (pois pune quem não exerça uma faculdade outorgada pela lei civil)*”.³⁷⁶

Deu-se, nas palavras de SÁ PEREIRA e de ALEXANDRE LAFAYETTE, uma *unificação* de todos os procedimentos anteriores num único processo de insolvência, assim como passou a impor-se o dever de apresentação à insolvência, nos termos do art. 18.º do CIRE. Na ótica dos autores, o dever de apresentação à insolvência reporta-se à data do *conhecimento* da situação económico-financeira difícil ou da *iminência* da mesma, sendo atualmente de trinta dias o prazo do cumprimento. A *violação do dever* será, no entendimento dos autores, a conduta punível que a norma jurídica integrante da al. b) do n.º 1 do art. 228.º do CP deveria tipificar:

Melhor teria sido, com efeito, que o ‘tipo’, em vez de aludir a qualquer ‘providência de recuperação’, se tivesse reportado à ‘violação daquele dever’, para se evitarem dúvidas e frustrarem hesitações.³⁷⁷

³⁷³ SERRA, Catarina. *ob. cit.*, p. 22.

³⁷⁴ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado ... ob. cit.*, p. 71.

³⁷⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado ... ob. cit.*, p. 137.

³⁷⁶ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro. As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução). in CRUZ, José Neves (e outros), coord. *ob. cit.*, pp. 534 e 542.

³⁷⁷ Cf. PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 664, nota n.º 9.

É entendimento que seguimos.

PEDRO CAEIRO foi do entendimento que o preceito em apreço é “*insustentável*” no plano político-criminal, “*incongruente*” no plano sistemático porquanto gera deveres penais num âmbito onde o direito civil confere uma ampla liberdade de ação, assim como é “*materialmente inconstitucional*”, na medida em que conduz à violação do princípio da necessidade da lei penal consagrado no art. 18.º e o princípio da legalidade contido no art. 29.º, ambos da CRP. Na ótica do autor, não se encontra presente dignidade penal na conduta omissiva em não requerer tempestivamente uma providência de recuperação da empresa, precisamente quando o devedor não se encontra insolvente.³⁷⁸ Seguimos este entendimento, na medida da situação de insolvência não ser iminente, apenas nesta última hipótese se justificando o requerimento, pelo que a aplicação da lei criminal surge, neste caso, discutível.

No entendimento de PINTO DE ALBUQUERQUE, de SÁ PEREIRA e de ALEXANDRE LAFAYETTE, a aplicabilidade da al. b) do n.º 1 do art. 228.º do CP tem conhecido um decréscimo, senão mesmo uma perda.³⁷⁹ PESTANA DE VASCONCELOS e PEDRO CAEIRO são mesmo da opinião de que a norma ficou “*destituída de objeto*” com a vigência do CIRE, uma vez que se eliminou a possibilidade de o devedor não insolvente requerer uma providência de recuperação da empresa de que é titular e que se encontra em situação económica difícil.³⁸⁰ Seguimos igualmente esta ótica.

D) As condições objetivas de punibilidade

Tal como no crime de insolvência dolosa, no âmbito do crime de insolvência negligente a condição objetiva de punibilidade é a verificação da situação de insolvência e, necessariamente, o reconhecimento da mesma por efeito da respetiva declaração judicial, ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do art. 228.º do CP. Incorre na pena, na qualidade de agente, quem exerça de facto a gestão da entidade coletiva.

PINTO DE ALBUQUERQUE é do entendimento que a omissão do requerimento tempestivo de medida de recuperação da empresa não equivalerá à omissão do dever de apresentação à insolvência, tal como vem previsto no art. 18.º do CIRE, uma vez que o princípio da legalidade assim o impõe.

³⁷⁸ CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 442 e 443.

³⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 880 e PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 664; vd. o já enunciado em 4.2.

³⁸⁰ VASCONCELOS, Miguel Pestana de, CAEIRO, Pedro. As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução). *in* CRUZ, José Neves (e outros), coord. *ob. cit.*, p. 542. O CPREF estabelecia a distinção entre falência e recuperação, mais propriamente entre o processo de falência e o de recuperação da empresa, providências que com a vigência do CIRE terminaram; Maria do Rosário Epifânio frisou que se encontrava consagrado no pretérito diploma o princípio da precedência ou primazia da recuperação da empresa sobre a sua falência – EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Os Efeitos Substantivos da Falência ... ob. cit.*, p. 33.

SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, por sua vez, entendem de modo diverso, defendendo que uma opção mais viável seria a alusão do tipo à violação do dever de apresentação à insolvência, em vez de se reportar à omissão do dever de requerer a providência de recuperação, uma vez que tal seria uma *atitude descriminalizadora*.³⁸¹

Esta última visão parece-nos ser a mais viável, porquanto sugere a inexigibilidade da incriminação da conduta omissiva, na medida do benefício a quem não terá adotado um comportamento comissivo, antes se encontrando numa posição suscetível de um juízo de censurabilidade manifestamente menor, em virtude de ter adotado uma conduta negligente.³⁸²

No presente contexto, levanta-se a questão discutida na doutrina, sobre a existência de um resultado típico ou de uma condição objetiva de punibilidade das condutas negligentes. Mais concretamente, se a situação de insolvência e a respetiva declaração judicial serão duas condições objetivas de punibilidade. Ou, por outro lado, é unicamente esse reconhecimento por parte do tribunal é a condição objetiva, sendo a situação de insolvência, que é o estado de impossibilidade de cumprimento das obrigações por parte do devedor para com os seus credores, o resultado típico.

MENEZES LEITÃO e GERMANO MARQUES DA SILVA entendem que estamos perante duas condições objetivas de punibilidade³⁸³, ao passo que autores como PEDRO CAEIRO, PINTO DE ALBUQUERQUE, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA adotaram a visão de que a declaração e o reconhecimento judicial da situação da insolvência do devedor é a única condição objetiva de punibilidade e a situação em si o resultado típico.³⁸⁴ No entanto, afirmam que entre as condutas típicas e a declaração judicial de insolvência deverá dar-se uma *conexão histórica*.³⁸⁵

Na jurisprudência, pelo Ac. do TRL, de 9 de novembro de 2010, vem afirmado que se apresentam duas condições objetivas de punibilidade:

Estamos, então, perante condições objetivas de punibilidade do agente (...) a punibilidade é limitada pelas duas condições objetivas.

³⁸¹ PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 664, nota n.º 9.

³⁸² Cfr. *supra* C) em 4.3.1.

³⁸³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *ob. cit.*, p. 343. Germano Marques da Silva afirma que são “*elementos suplementares do tipo, mas que não se incluem no mesmo*” – SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário ... ob. cit.*, p. 88.

³⁸⁴ Cfr. art. 3.º do CIRE. Pedro Caeiro salienta que o reconhecimento da existência de duas condições objetivas de punibilidade passa pela incriminação das simples intenções, que não se caracterizam pela vontade de prejudicar os credores, sendo somente com a declaração judicial de insolvência que se dá a “*insatisfação dos credores*” e, assim, um “*perigo penalmente relevante*” – CAEIRO, Pedro. *ob. cit.*, pp. 259 e 260 e DIAS; CAEIRO, Pedro. *in* Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 425; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, pp. 878 a 880; EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 22; FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado ... ob. cit.*, p. 86.

³⁸⁵ Veja-se, por exemplo, Pinto de Albuquerque e Pedro Caeiro – ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, p. 879 e CAEIRO, Pedro. *in* DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 425.

Entendemos que no caso do crime de insolvência dolosa, tanto a situação de insolvência como a respetiva declaração judicial são condições objetivas de punibilidade, porquanto a insolvabilidade do devedor está diretamente relacionada com o prejuízo aos credores, resultando na violação do bem jurídico património. A lei é clara quanto a este aspeto, exigindo-se a prática das condutas que propiciem a verificação destas condições. Todavia, mantemos a posição de que a conduta do insolvente negligente não apresenta a mesma conformação na prática da conduta ilícita como sucede no crime doloso.³⁸⁶

4.3.2. Elementos subjetivos

A) A presença da negligência nas condutas típicas

É, desde logo, admissível que a conduta negligente se caracteriza, não pela intenção do agente na sua prática e na verificação do resultado danoso, mas por uma omissão da devida diligência na sua atuação, resultando na violação do bem jurídico.³⁸⁷ Assim, verifica-se que os comportamentos previstos no art. 228.º do CP são puníveis, em virtude de se impor o dever de evitar um resultado típico.

Admite-se, portanto, que a conduta negligente reside na omissão do cuidado, por parte do agente, em evitar as consequências negativas da sua atuação, no sentido em que se encontrará na origem de uma falta de representação dos resultados e do desvalor.³⁸⁸

FIGUEIREDO DIAS entende que na negligência está em causa o seguinte:

Está em causa o elemento que torna a inobservância não dolosa do dever objectivo de cuidado em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana perante o bem jurídico protegido (...) resulta que o facto negligente não é, simplesmente, uma forma atenuada ou menos grave de aparecimento do correspondente facto doloso: é ‘outra coisa’, é ‘outro facto’, em suma, é um ‘aliud’ relativamente ao facto doloso correspondente.³⁸⁹

O autor enuncia que a consciência se trata da *cognoscibilidade da posição de garante*, afirmando³⁹⁰ que a mesma é “suficiente para fundamentar o tipo de ilícito negligente”, na medida em que “(...) em caso de posição de garante, a violação do dever de cuidado deve

³⁸⁶ Cfr. o n.º 1 do art. 228.º prevendo, na al. a) um comportamento comissivo e na al. b) uma conduta omissiva e estatuidando a pena de prisão de até um ano ou pena de multa até 120 dias.

³⁸⁷ Eduardo Correia elaborou esta distinção, definindo primordialmente a negligência como sendo a “*omissão de um dever objetivo de cuidado ou diligência*”, traduzindo-se numa conduta omissiva a qual representa danos ou perigo para bens jurídicos criminalmente protegidos, porquanto o resultado é objetivamente imputável à atividade do agente – CORREIA, Eduardo. *ob. cit.*, p. 421 a 427. Figueiredo Dias seguiu este entendimento defendendo que a negligência é “(...) *expressão de uma atitude pessoal de descuido ou levandade perante o dever-ser jurídico-penal*” – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral ... ob. cit.*, p. 278.

³⁸⁸ Eduardo Correia defendeu que “*toda a negligência supõe um dever de representação que se estende ao resultado*”, tendo, todavia, reconhecido que “(...) *a omissão do dever de cuidado pode ser inconsciente*”, mais propriamente “(...) *o facto de o agente não ter querido, em face do conhecimento de que certos resultados são puníveis, preparar-se para sempre que uma conduta que projecta seja adequada para os produzir – representar esses resultados (negligência inconsciente) ou para os representar justamente (negligência consciente)*” – CORREIA, Eduardo. *ob. cit.*, p. 433.

³⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal...* *ob. cit.*, pp. 229 e 351.

³⁹⁰ Conforme do outrora defendido por Hans-Heinrich, Jescheck e Weigend (doutrina alemã).

*referir-se não apenas à realização do tipo, mas também aos perigos de onde aquela realização pode resultar”.*³⁹¹

Na nossa ótica, é incerta aquela cognoscibilidade nalgumas das hipóteses previstas pelas alíneas do n.º 1 do art. 228.º do CP, respeitantes às condutas suscetíveis de preencher o tipo legal de crime de insolvência negligente. Não surge ao acaso a ressalva encetada por FIGUEIREDO DIAS a propósito de situações em que a cognoscibilidade se apresenta desprovida de sentido: “(...) *deve afirmar-se que, segundo a experiência comum e a normalidade do acontecer, a posição de garante não é sequer cognoscível*”.³⁹²

O cuidado a que o agente se encontra vinculado deverá encontrar-se expressamente previsto, no sentido em que a tipificação e a conseqüente punibilidade do comportamento têm concretização. Tratam-se, pois, dos elementos concretizadores da conduta típica, que no caso do crime de insolvência negligente se reconduzirão à provocação do estado de insolvência e à omissão em requerer a providência de recuperação, uma vez que é autor “*todo aquele que, por violação do cuidado objectivamente devido, contribui para a criação de um risco não permitido que se concretiza no resultado*”, isto é, na realização típica.³⁹³

GERMANO MARQUES DA SILVA entende que o *núcleo essencial* do crime negligente é uma *ação humana voluntária*.³⁹⁴ A conduta negligente caracteriza-se por uma atuação de afrouxamento de atenção e de cautela exigíveis no caso concreto, em virtude de uma atitude voluntária prévia a qual não fora encetada com vista à obtenção do resultado danoso dos interesses legalmente protegidos. O autor sustenta que por *omissão voluntária* do cuidado devido se entende o seguinte:

(...) o agente não representa ou representa imperfeitamente que a ação que realiza voluntariamente constitui um tipo de ilícito ou representando-o não o quer realizar”, ou seja, “a previsão e a vontade não se encontram presentes em todo o processo volitivo.”³⁹⁵

Já na sequência da distinção entre o tipo subjetivo e o tipo objetivo no âmbito do ilícito negligente, o autor salienta que esta é possível ser feita no tocante aos elementos constitutivos do tipo de ilícito negligente em concreto, sendo que o elemento subjetivo consistirá na relação entre o agente e a ação efetivamente levada a cabo, realizada, pois, de “*modo indevido*”, mais concretamente o seguinte:

³⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral ... ob. cit.*, p. 960.

³⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral ... ob. cit.*, p. 960.

³⁹³ Cfr. A) em 4.3.1.; vd. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal ... ob. cit.*, p. 367 e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral... ob. cit.*, p. 894.

³⁹⁴ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português ... ob. cit.*, pp. 126 a 128.

³⁹⁵ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português ... ob. cit.*, p. 128.

Com desprezo ao cuidado objetivamente devido nas circunstâncias da situação e pessoais porque não representou ou representou imperfeitamente a realização do tipo quando devia e podia representá-lo ou representá-lo perfeitamente, ou porque embora o tivesse representado não o quis realizar.³⁹⁶

Na visão de FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA, o crime negligente vem tratado na nossa lei penal substantiva como um facto doloso de segundo plano:

Parece-nos inegável que o Crime Negligente vem tratado também na lei substantiva como uma subespécie ou subcategoria dogmática do crime doloso, perpetuando na origem uma deficiente consagração da responsabilidade penal por negligência.³⁹⁷

No tocante à censurabilidade da conduta do agente, no caso dos crimes negligentes, o legislador plasma juízos de reprovação das condutas com fundamento no facto de o agente ter a possibilidade e o dever de adotar um comportamento conforme com o legalmente estabelecido, o que, porém, não faz. O referido autor assim o realça:

Na configuração do próprio tipo negligente, o legislador continua a apelar a juízos de censurabilidade por poder e dever ter actuado de outro modo (...) Por isso, parece subsistir no Direito Penal uma ligação umbilical entre a Negligência e a Culpa, que torna difícil em cada caso concreto, considerar uma independentemente da outra.³⁹⁸

No entanto, as condicionantes gerais da culpa não se encontram presentes do mesmo modo do que nos comportamentos dolosos, o que o autor igualmente salienta:

a) um agente capaz de entender o alcance dos seus actos; b) um agente consciente do alcance ilícito do seu acto; c) um agente minimamente livre, perante as circunstâncias exteriores da sua actuação – não se tornam averiguáveis com a mesma exactidão do que sucede nos crimes dolosos.³⁹⁹

É precisamente neste último ponto que, a propósito do crime de insolvência negligente, defendemos a significativamente menor censurabilidade da conduta do agente e, por conseguinte, uma igualmente decrescente punibilidade da conduta, sobretudo quando é não comerciante.⁴⁰⁰

³⁹⁶ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português ... ob. cit.*, p. 128 – o autor reforça a sua ótica sublinhando o seguinte: “É que na vida moderna são muitos e intensos os riscos das atividades humanas (...) Ora, perante a insuficiência de outros meios para prevenir a lesão dos bens jurídicos, cada vez mais a ordem jurídica apela ao direito penal como sistema preventivo e, por isso, também cada vez são mais as incriminações de condutas negligentes”, pelo que o autor ainda frisa - mencionando o DL n.º 28/84, de 20 de janeiro - que quase todos os crimes contra a economia são puníveis a título de negligência.

³⁹⁷ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *Crime Negligente e Culpa: na dogmática penal e na prática judiciária*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 15.

³⁹⁸ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, pp. 15 e 16.

³⁹⁹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 15.

⁴⁰⁰ Vd., adiante, em **B)** do presente **4.3.2**.

Não obstante o concluído, o autor FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA define como sendo *pressupostos* do tipo negligente os seguintes:

a) a causalidade; b) o resultado típico; c) os resultantes da espécie (ou categoria legal) da negligência, nomeadamente constantes das duas alíneas do Código Penal; d) e os demais elementos objectivos (ou externos ao agente) que sejam consagrados em cada tipo de ilícito individualizado.

Os requisitos carecem, igualmente na ótica do autor, de ser analisados conforme cada caso em concreto, consoante o tipo de ilícito em que nos situemos, *à excepção da Causalidade e do Resultado típicos, susceptíveis de serem referidos em geral, bem como os das categorias legais da negligência.*⁴⁰¹

Na jurisprudência, pelo pretérito Ac. do STJ, de 15 de maio de 1991, referente ao Proc. n.º 41.752, pode ler-se o seguinte:

Sendo a negligência a falta de cuidado em se prever o que devia ser previsto ou em se tomarem as precauções necessárias para evitar danos a terceiros, viola os deveres de cuidado e assume a responsabilidade.

No Ac. do STJ, de 14 de maio de 1998, referente ao Proc. n.º 1505/98, é igualmente afirmado o seguinte:

II – A imputação subjectiva do resultado a título de negligência tem de ser referida ao momento do facto e tem de revelar do próprio facto. III – Na negligência, a imputação subjectiva exige uma possibilidade concreta de agir de outra maneira, só podendo imputar-se ao agente, a título de culpa, o resultado que, dentro dos limites da sua conduta contrária ao dever, era para ele previsível.⁴⁰²

Destarte, no âmbito do crime de insolvência negligente, o tipo subjetivo será de cariz exclusivamente negligente. Os autores MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO defendem que assim é, bastando atentar na referência à grave incúria ou negligência e na circunstância de outro preceito contíguo se ocupar exclusivamente da forma dolosa.

B) A consciência da ilicitude e a censurabilidade das condutas

FIGUEIREDO DIAS⁴⁰³ não dissociou o dolo nem a negligência da maior ou menor censurabilidade da conduta do agente, isto é, da culpa. É precisamente este aspeto que

⁴⁰¹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, pp. 95 e 96.

⁴⁰² Na sequência destas considerações, Francisco da Costa Oliveira denota que se poderia impor *sinais evidentes* da dificuldade na aplicação do preceituado, mais defendendo que existe um “vazio dogmático” quanto à teoria geral dos factos que têm a sua origem numa conduta padecida de negligência – OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 136.

⁴⁰³ Conforme *supra* analisado em **D)** de **3.3.1.**

consideramos nuclear no tocante à diferenciação entre a responsabilização do insolvente doloso e a do insolvente negligente.⁴⁰⁴ Em nosso entendimento, claramente terá (ou, pelo menos, deveria ter) repercussões no âmbito da punibilidade do comportamento, até porque ao abrigo da própria lei penal substantiva assim a condiciona.⁴⁰⁵ O autor expressa que o princípio da culpa é *essencialmente formal*, carecendo de determinação no âmbito material, o que se verifica através da aferição da consciência da ilicitude por parte do agente. Tem fundamento no facto de a consciência se encontrar intimamente ligada ao mecanismo psicológico da vontade em agir de certo modo ou em determinado sentido, mecanismo que está, então, presente no agente, sendo igualmente inerente à sua personalidade ética.⁴⁰⁶

Quanto ao tipo subjetivo de ilícito, a doutrina divide-se no tocante à tipificação das condutas negligentes presente no art. 228.º do CP.

PEDRO CAEIRO, SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE são do entendimento de que se encontram previstos comportamentos dolosos, muito embora não resultem da intencionalidade do agente em provocar o prejuízo dos seus credores. Mais propriamente, o autor defende que, na al. a) do n.º 1 do art. 228.º a *prodigalidade, despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas*, assim como a *grave incúria* caracterizam-se por ser condutas dolosas (pelo menos dolo eventual, uma vez que se verifica uma notória conformação por parte do agente).⁴⁰⁷ Somente, na ótica dos autores, a *grave negligência no exercício da sua atividade* preencherá uma conduta ilícita negligente. No caso da al. b) do n.º 1 daquele artigo, vêm previstas e puníveis condutas dolosas, na medida em que as *dificuldades económicas da empresa* do devedor devem ser do conhecimento deste último, sendo a atuação diretamente dolosa (e já não somente caracterizada por dolo eventual).⁴⁰⁸ PEDRO CAEIRO concluiu que nos encontrávamos perante uma “*coexistência de dois tipos dolosos na punição dos crimes falenciais*”, o que, atualmente, nos crimes insolvenciais continua.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Eis o que Figueiredo Dias expressa: “Do que se trata é de encontrar um conteúdo material de culpa cabido não como puro ‘reflexo’ das respectivas formas do tipo de ilícito, mas como algo autónomo relativamente a elas, algo que as completa, as afeiçoa e as conforma praticamente e se torna assim em momento decisivo de aplicação das molduras penais respectivas. – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral ... ob. cit.*, p. 278; o autor mais explicita o seguinte: “(...) todo o direito penal é um direito penal de culpa e esta constitui pressuposto e fundamento de toda a pena e da sua medida”, conforme já Eduardo Correia sustentara. – DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal ... ob. cit.*, pp. 176 e 177 e CORREIA Eduardo. *ob. cit.*, p. 398.

⁴⁰⁵ Cfr. o disposto nos arts. 26.º, 27.º, 44.º, n.º 7 e 84.º do CP.

⁴⁰⁶ Cfr. A) no presente 4.3.2.; *Conscientia sceleris* (consciência do crime); *Negligentia imputare est ignorantia* (a negligência é imputada ao ignorante), todavia, *neminem ignorantia legis excusat* (a ignorância da lei não escusa ninguém).

⁴⁰⁷ CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 444.

⁴⁰⁸ CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, p. 444; PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 664.

⁴⁰⁹ CAEIRO, Pedro. in DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *ob. cit.*, pp. 444 e 445 (a obra data do ano de 1999, aquando da vigência do CPREF); PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *ob. cit.*, p. 664.

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, em face destes aspetos, critica mesmo a própria epígrafe do art. 228.º, uma vez que, também no seu entendimento, abarca atuações dolosas quando o legislador se propôs unicamente a prever condutas negligentes.⁴¹⁰

No entanto, determinados autores, como PINTO DE ALBUQUERQUE e MENEZES LEITÃO, entendem que o preceito só prevê comportamentos negligentes.⁴¹¹

Já o autor GERMANO MARQUES DA SILVA chega mesmo a defender que as atuações tanto podem ser negligentes como dolosas, na sua prática, assim como na criação da situação de insolvência, em razão de o preceituado conter conceitos diretamente ligados à negligência⁴¹² mas, por outro lado, devido ao facto de apenas os devedores comerciantes serem punidos nos termos da norma.⁴¹³

Entendemos que perante a exigência do art. 13.º do CP não devem persistir ambiguidades no tocante a este aspeto – a punibilidade da negligência.

A al. a) do n.º 1 do artigo prevê, na nossa ótica, condutas dolosas na medida da presença do elemento volitivo, além do elemento intelectual. A al. b), por sua vez, incrimina uma conduta negligente que, na perspetiva de determinados autores pode ser interpretada como contemplando a punibilidade a título de dolo.⁴¹⁴ Neste caso da al. b), cremos que não prevê condutas dolosas, uma vez que o dolo se reportaria ao conhecimento do dever de apresentação de medida de recuperação, uma vez que a falta desta é a conduta efetivamente causadora de prejuízos. O que acontece é apenas a previsão das dificuldades financeiras, o que preencherá um comportamento negligente e não doloso.⁴¹⁵

Entre nós, EDUARDO CORREIA teceu as seguintes considerações:

A abolição da culpa na fundamentação do direito penal tiraria aos aparelhos do Estado toda a legitimidade para punir. A culpa, partindo da dignidade humana, terá, antes, que ser sempre fundamento, ou, ao menos, limite da pena.⁴¹⁶

O autor mais entendeu, a propósito do facto da culpa se traduzir na censurabilidade da conduta do agente, que pode entender-se no seguinte sentido:

⁴¹⁰ EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 126.

⁴¹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *ob. cit.*, pp. 881 e 883; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência ... ob. cit.*, p. 345.

⁴¹² V.g. *imprudência e incúria*.

⁴¹³ Veja-se “ (...) *no exercício da sua atividade*” presente no preceito, que assim acaba por restringir a punição dos devedores não comerciantes.

⁴¹⁴ Cfr. C) em **4.3.1**.

⁴¹⁵ A nossa opinião é coincidente com a de Nuno Lumbrales – cfr. PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES, Rui. *ob. cit.*, p. 516 *apud* LUMBRALES, Nuno Botelho Moniz. Breves reflexões sobre alguns aspectos da responsabilidade penal dos administradores e gerentes das empresas em caso de insolvência. *in* MIRANDA, Jorge coord. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Vol. III, Coimbra: Almedina, 2010, p. 280.

⁴¹⁶ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 31 *apud* CORREIA, Eduardo (e outros). *Para uma Nova Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 11 – na conferência proferida no dia 10 de novembro de 1982, subordinada ao tema *As Grandes Linhas da Reforma Penal*.

puro sentido psicológico de imputação subjectiva do facto a um agente

pelo que,

(...) os pressupostos da imputação, como as suas formas (dolo, negligência), haveriam de procurar reconduzir-se também a juízos psicológicos insusceptíveis de qualquer valoração ou graduação.⁴¹⁷

FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA defende que sendo a punição *graduável*, esta deverá ser *proporcional ao grau de censurabilidade do agente*.⁴¹⁸ Deve-se ao facto de a própria conduta provir, desde logo, da “*atitude interna ou íntima do agente (...) contrária ou indiferente ao Direito*”, seguindo as palavras do autor. Isto é, a consciência, por parte do infrator, de que o seu comportamento corresponderá a um facto ilícito e punível ao abrigo do Direito Objetivo e com consequências nefastas no ofendido. Em suma, a consciência do seu desvalor, fundando-se a pena na culpa do agente e justificando-se na medida da sua *necessidade* concreta de aplicação.⁴¹⁹

FIGUEIREDO DIAS, no presente contexto, afirma que o princípio da culpa, sendo o *princípio segundo o qual não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa*, em caso algum poderá ser inobservado, sendo essencial a sua consagração em todos os ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos. No entendimento do autor, a função do princípio da culpa pauta-se pela indicação de um máximo de pena que jamais poderá ser ultrapassado, pelo que o preceituado concretamente aplicável ao ato ilícito, este último prevê diferentes molduras penais para o mesmo facto dependendo de ter sido doloso ou negligente.⁴²⁰

⁴¹⁷ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. II (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016, p. 323. O autor Taipa de Carvalho, por referência a este entendimento, defendeu o seguinte: “(...) o princípio da culpa é um princípio inviolável que não pode suportar exceções em caso algum. Assim, a culpa não apenas constitui o pressuposto-fundamento da validade da pena, como também se afirma como limite máximo da mesma pena.” – OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 30, *apud* CARVALHO, Américo Taipa de. *Condicionabilidade Sócio-Cultural do Direito Penal*. Coimbra, 1985, pp. 95 e 96. Faria Costa notou que o princípio da culpa é um dos que mais obstáculos traz à aplicação das medidas de diversão e de mediação, tendo em conta que o princípio *nulla poena sine culpa* implica, necessariamente, que a cominação de qualquer reação criminal tenha de ter na sua base um juízo de censura do agente – SANTOS, Cláudia Cruz. *ob. cit.*, p. 416 *apud* COSTA, José de Faria. *Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?* Coimbra, s/d, pp. 36 e 37.

⁴¹⁸ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 37; na doutrina alemã, Roxin desdobrou o seguinte: a) Culpa como censura por poder ter agido de outro modo (Hans Welzel, Arthur Kaufmann, Gunter Stratenwerth e Hans-Ludwig Schreiber), b) Culpa como censura da atitude interior (Hans-Heinrich Jescheck e Johannes Wessels), c) Culpa como responsabilidade pela estrutura censurável do seu caráter (Karl Engisch e Heinitz), d) Culpa como atributo normativo em função das necessidades sociais de prevenção geral (Gunther Jakobs), e) Culpa como censura pela atuação contrária ao Direito, apesar da permeabilidade do agente ao apelo normativo (a posição defendida pelo próprio autor Claus Roxin) – OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, pp. 41 a 46 *apud* ROXIN, Claus. *Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade*. in *RPCC*. N.º 4, 1991, pp. 512 a 530 (tradução portuguesa por M. Conceição Valdágoa).

⁴¹⁹ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 159.

⁴²⁰ As palavras de Figueiredo Dias assim o reforçam: “O problema será o de determinar como se traduzem o dolo e a negligência em termos de uma personalidade censurável, se tanto aquele – enquanto previsão e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito –, como esta enquanto falta de previsão ou de correcta previsão da realização típica – parecem relacionados só com realidades puramente psicológicas, como tais irrelevantes para caracterizar a pessoa do agente (...) Não se trata, em suma, de afirmar que dolo e negligência enquanto elementos do tipo de ilícito devam relevar ‘automaticamente’, ao nível da culpa, como expressões respectivas de uma certa atitude pessoal perante as exigências jurídico-penais. Do que se trata é de encontrar um ‘conteúdo material de culpa’ cabido não como puro ‘reflexo’ das respectivas formas de tipo de ilícito, mas como algo de ‘autónomo’ relativamente a elas, algo que as completa, as afeiçoa e as conforma praticamente e se torna assim em momento

Acrescente-se que o princípio da culpa, no entendimento do autor, estabelece o seguinte:

É “(...) elemento limitador do poder e do intervencionismo estatais comandado por exigências irrenunciáveis de respeito pela dignidade pessoal (...) uma autêntica máxima de civilização e da humanidade, para a qual se não descortina ainda hoje alternativa”.⁴²¹

O autor mais defende o seguinte:

(...) toda a culpa é culpa da atitude interior (...) e, do mesmo passo, ter que responder pela personalidade documentada no facto e que o fundamenta (...) o que se censura em direito penal é a circunstância de o agente ter documentado no facto – no facto que é ‘expressão da personalidade’ – uma atitude de contrariedade ou de indiferença (no tipo de culpa-doloso) ou de descuido ou de leviandade (no tipo de culpa-negligente) perante a violação do bem jurídico protegido.⁴²²

Na sequência do analisado, é pertinente a análise da *culpa negligente*.

GERMANO MARQUES DA SILVA distingue a *culpa negligente* da chamada *culpa dolosa*, afirmando sucintamente que “*não há na culpa negligente a vontade de desobedecer à lei*”.⁴²³

O autor TAIPA DE CARVALHO entende que a *culpa negligente* se deve a uma atitude ético-pessoal de descuido ou leviandade perante os bens jurídico-penais colocados em risco perante a atuação do agente, na medida do facto de este último se caracterizar pelo seguinte:

Nem sequer representar tais riscos”, o que revela uma personalidade “(...) que já se ‘habitou’ a não representar sequer os perigos da sua acção”, pelo que, a ver do autor, “uma tal personalidade, uma tal atitude é mais perigosa (sob o ponto de vista social e político-criminal) e mais culposa do que a daquele que, embora não deixe de ser censurável, diante de uma acção em si mesma perigosa, actualiza tais perigos.”⁴²⁴

Na nossa ótica, tendo por referência o doutrinária e jurisprudencialmente defendido, a censurabilidade da conduta do agente (ou seja, a culpa) é indissociável do dolo, uma vez que a intenção da concretização do resultado e da inerente prática do ato contrário ao legalmente previsto é censurável. Já no caso da negligência verificamos uma significativa disparidade, o que se deverá à ausência de intencionalidade, por parte do agente, na concretização do

decisivo de aplicação das molduras penais respectivas” – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal ... ob. cit.*, pp. 243 e 244.

⁴²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal... ob. cit.*, pp. 281 a 283.

⁴²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal ... ob. cit.*, p. 287.

⁴²³ SILVA, Germano Marques da. *ob. cit.*, p. 257.

⁴²⁴ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal – Parte Geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*. 3.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 534 e 535.

resultado danoso para o ofendido, caso o haja, não se verificando um específico e real interesse na prática da conduta típica.

Seguindo este último raciocínio, não obstante a *culpa negligente* se poder impor consoante os contornos fácticos do caso concreto, o crime de insolvência negligente merece uma menor censurabilidade comparativamente com o crime de insolvência dolosa. Somos da opinião de que nos encontraremos diante de um comportamento cuja estatuição das respetivas consequências jurídicas, acabará por dever ser igualmente menor, pois “*culpa é e há-de ser sempre censurabilidade*”.⁴²⁵ Na letra da lei, a moldura penal de pena de prisão até um ano ou de pena de multa até cento e vinte dias, ao invés de ser de até cinco anos ou de pena de multa até seiscentos dias assim o vem confirmar.

FRANCISCO DA COSTA OLIVEIRA sublinha, na sequência deste fio de ideias, que perante o crime negligente, sendo um crime de resultado onde *ao (diminuto) desvalor da ação* se somará o desvalor de um dado resultado típico, o julgador deverá, mediante os juízos de facto e de direito, aferir da verificação dos pressupostos da responsabilidade negligente. São estes pressupostos os seguintes: a existência de deveres de cuidado, a desatenção ou quebra destes deveres, a exigibilidade do seu cumprimento, o nexó de causalidade adequada entre a conduta e o resultado típico, tendo em conta a sua previsibilidade e os aspetos especiais da causalidade, e ainda a verificação objetiva do resultado típico, os elementos resultantes da categoria legal da negligência, bem como os demais elementos objetivos (ou externos ao agente) que sejam consagrados em cada tipo de ilícito.⁴²⁶ O autor mais defende que o tribunal deverá orientar-se para a determinação da *intensidade* da negligência, que corresponderá aos graus de culpa, o que nos é indubitável.⁴²⁷

⁴²⁵ Palavras de Figueiredo Dias – DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal ... ob. cit.*, p. 175; recorde-se a expressão *dolus ubi non adest non est delictum poena dignum* (onde não há dolo não há delito que mereça pena).

⁴²⁶ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, pp. 160 e 161.

⁴²⁷ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *ob. cit.*, p. 161.

CONCLUSÕES

Em face do que foi sendo exposto no decurso dos capítulos e subcapítulos da presente dissertação, mais propriamente da análise dos regimes legais relativos à insolvência culposa e aos crimes de insolvência dolosa e de insolvência negligente, com referência ao doutrinária e jurisprudencialmente defendido, pudemos chegar a determinadas conclusões, o que vimos, finalmente, expor.

Primeiramente, no tocante ao regime legal, existente no CIRE, mais propriamente relativamente às presunções legais que integram o incidente de qualificação da insolvência como culposa, foi suscetível de nossa conclusão que a predominância das presunções legais absolutas na redação é uma realidade. Na nossa ótica, serão aspetos que poderão significar uma manifesta incerteza sobre os factos em concreto, porquanto implica inadmissibilidade de prova em contrário, propiciando, desse modo, decisões judiciais consequentemente incertas, o que não é desejável.

Em virtude da análise do preceituado que, no presente contexto, tutela o bem jurídico património dos credores, prevendo a eventual violação dos direitos patrimoniais dos credores na sequência da adoção de uma conduta (ilícita e típica) dolosa ou negligente por parte do devedor/insolvente, foi possível concluir determinados aspetos.

Quanto ao crime de insolvência dolosa, a doutrina divide-se no concernente à sua consumação. Em nosso entendimento, não obstante a situação de insolvência e a declaração judicial serem as condições objetivas de punibilidade, merece apoio a posição pela qual a violação dos direitos patrimoniais dos credores já se efetiva a partir do momento em que as respetivas condutas típicas têm lugar, mesmo antes de o devedor ser judicialmente declarado insolvente. Este aspeto justifica-se por a situação de insuficiência económica, fraudulenta e intencional, poder ser já por si nefasta no património dos credores, assim como por o dano ser igualmente intencional desde o primeiro momento da execução dos atos, sendo, pois, o objetivo da conduta ilícita.

No que diz respeito ao crime de insolvência negligente, entendemos que o incumprimento, por parte do devedor, do dever de requerer uma providência de recuperação da pessoa coletiva, em determinadas situações merecerá uma dignidade penal menor. Nem sempre a situação de insolvência é iminente e previsível nem tão-pouco certa, assim como, os prejuízos verificados nos credores igualmente em certos casos não são suficientemente

gravosos para justificarem a intervenção da tutela penal, nomeadamente no caso em que o devedor/insolvente não é comerciante. Assim, revelar-se-á, em nosso entendimento, suficiente a intervenção das consequências jurídicas previstas nas normas do CIRE, porquanto o ressarcimento dos credores lesados por aquela conduta terá efetivamente lugar, igualmente, de modo íntegro.⁴²⁸

Resumidamente, no tocante aos crimes insolvenciais sobre os quais o presente trabalho se debruça, a posição que adotamos é a de que o devedor/insolvente de modo ilegítimo e prejudicial dos seus credores, deverá responder criminalmente na medida em que tenha praticado uma conduta intencional e censurável, no sentido de pretender plenamente prejudicar e atentar contra os direitos patrimoniais dos seus credores. Não será, na nossa ótica, o que sucede sempre perante a adoção de um comportamento negligente, uma vez que o devedor pode não ter previsto a possibilidade da verificação daqueles prejuízos, sendo estes últimos serem meramente reparáveis mediante o cumprimento da obrigação de indemnização por parte do devedor. Assim sendo, não se justificará, em determinados casos, a punição no âmbito criminal, sendo unicamente exigível o cumprimento da obrigação de indemnizar, nomeadamente quando o agente seja devedor não comerciante, não significando os prejuízos uma gravidade relevante em comparação com o que sucede perante a prática do ato típico negligente por parte de devedores comerciantes.

A doutrina não raramente prevê, como pudemos desenvolver, a irrelevância da aplicabilidade de consequências criminais perante determinados comportamentos negligentes.⁴²⁹ Concluímos que bastará que o montante indemnizatório seja suscetível de ser diretamente proporcional com a gravidade do prejuízo verificado. Na realidade, o procedimento criminal, na prática, nem sempre tem lugar, somente se verificando na eventualidade de se ser imprescindível à tutela dos direitos patrimoniais do credor na medida em que as condutas os violam os direitos.⁴³⁰ Assim o constatámos na sequência da análise do preceituado em si, bem como do que é discutido na doutrina e decidido na jurisprudência.⁴³¹

Contudo, perante uma relevante e gravosa violação do bem jurídico levado a cabo pela conduta negligente, o procedimento criminal não é, evidentemente, de afastar, pelo que a vigência das normas tem fundamento. Na verdade, pode não se dar a abertura do incidente de qualificação da insolvência como culposa mas sim somente o procedimento criminal, porquanto não há vinculação daquele para causas penais.⁴³²

⁴²⁸ Cfr. **A)** de **4.3.1.**, em **IV**.

⁴²⁹ Nomeadamente o previsto na al. b) do n.º 1 do art. 228.º do CP; cfr. **A)** de **4.3.2.**, em **IV**.

⁴³⁰ Cfr. o disposto no art. 185.º do CIRE.

⁴³¹ Cfr. **B)** de **4.3.2.**, em **IV**.

⁴³² Conforme surge no disposto no art. 185.º do CIRE e o Ac. do TRC, de 24 de maio de 2017 vem confirmar; cfr. **3.4.** em **III**.

Eis que, perante as expostas conclusões, é possível constatar que o estudo das matérias, de que no presente trabalho são objeto, nos proporcionou um conhecimento significativamente mais aprofundado relativamente à responsabilização do insolvente pela sua conduta danosa dos credores nos seus legítimos direitos e interesses legalmente protegidos. O contributo para o acréscimo e consolidação dos nossos conhecimentos quanto à temática objeto de análise é-nos, indubitavelmente, enriquecedor e gratificante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial I: introdução, atos de comércio, comerciantes, empresa, sinais distintivos*. 11.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7618-8
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978-972-54-0489-8
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Comercial: institutos gerais*. Vol. I, Lisboa: F.D.L., 1999
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*. Vol. I, Lisboa: F.D.L., 1996
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-2443-1
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6193-7
- BIROU, Alain. *Dicionário das Ciências Sociais*. 2.^a ed., Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1976
- CAEIRO, Pedro. *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais: (o património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal – Parte Geral: questões fundamentais, teoria geral do crime*. 3.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 978-989-88-3509-3
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito Comercial*. Vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6699-8
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. I (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-0123-4

- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. II (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-0124-1
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-4033-2
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-0948-3
- CRUZ, José Neves (e outros), coord. *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2170-1
- CUNHA, Paulo Olavo. *Direito das Sociedades Comerciais*. 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4795-9
- CUNHA, Paulo Olavo. *Lições de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4435-4
- DIAS, Jorge de Figueiredo, coord. *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. ISBN 972-32-0855-5
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. Tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1523-6
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, Culpa, Direito Penal*. 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0670-6
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*. 6.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1659-2
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 978-972-32-1012-5
- DUARTE, Henrique Vaz. *Questões sobre Recuperação e Falência*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-1907-9
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-5830-6

- EPIFÂNIO, Maria do Rosário. *Os Efeitos Substantivos da Falência*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000. ISBN 972-8069-35-9
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário, coord. *Estudos de Direito da Insolvência*. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5913-6
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 3.^a ed., Lisboa: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-72-4713-4
- FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Colectânea de Estudos sobre Insolvência*. (reimp.), Lisboa: Quid Juris, 2011. ISBN 978-972-72-4447-8
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal – Parte Geral: I – A lei penal e a teoria do crime no código penal de 1982; II – Penas e medidas de segurança*. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4205-3
- FRADA, Manuel Carneiro da. A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência. *in ROA*. n.º 66, II, setembro de 2006. ISSN 0870-8118
- GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela. *Código Penal - Parte Geral e Especial: com notas e comentários*. 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7623-2
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português Anotado e Comentado*. 18.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3247-4
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7586-0
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*. 8.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7542-6
- MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (reimp.), Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 972-40-0471-6
- MARTINS, Alexandre de Soveral. *Um Curso de Direito da Insolvência*. 2.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6431-4

- MARTINS, Luís M. *Processo de Insolvência: anotado e comentado*. 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-6576-2
- Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1540-3
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. *Crime Negligente e Culpa: da dogmática penal à prática judiciária*. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-4138-4
- PALMA, Maria Fernanda. *in RFDL*. Vol. 36, Lisboa: F.D.L., 1995
- PEREIRA, Victor de Sá. *Código Penal: notas e comentários, legislação conexa e complementar, índice alfabético*. Lisboa: Livros Horizonte, 1988
- PEREIRA, Victor de Sá, LAFAYETTE, Alexandre. *Código Penal Anotado e Comentado: legislação conexa e complementar*. 2.^a ed., Lisboa: Quid Juris, 2014. ISBN 978-972-72-4675-5
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, MONTEIRO, António Pinto, PINTO, Paulo da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7
- Pólis*. Vol. 1, 2.^a ed., Lisboa: Verbo, 1997. ISBN 972-22-0005-4;
- PRATA, Ana, CARVALHO, Jorge Morais, SIMÕES Rui. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5293-9
- PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. Lisboa: Moraes Editores, 1980
- PRATA, Ana. *Dicionário Jurídico*. Vol. I, 5.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 972-978-40-3393-8
- PRATA, Ana, VEIGA, Catarina, VILALONGA, José Manuel. *Dicionário Jurídico*. Vol. II, 2.^a ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-3765-3

- SANTOS, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português - dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1495-6
- SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel. *Código Penal Anotado*. Vol. III, 4.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2016. ISBN 978-989-88-2338-0
- SERRA, Catarina. *O Regime Português da Insolvência*. 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4985-4
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: teoria do crime*. 2.^a ed. (reimp.), Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 978-972-54-0458-4
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. 2.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 978-972-54-0587-1
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português: fontes de Direito*. Vol. I, 5.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. ISBN 978-972-31-1375-4
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito Comercial*. Vol. I (reimp.), Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-4721-8.

JURISPRUDÊNCIA

- AC. TRP, de 23 de abril de 2018, Proc. n.º 523/15.7T8AMT-A.P1, Relator MIGUEL BALDAIA DE MORAIS
- AC. TRC, de 24 de maio de 2017, Proc. n.º 144/13.9TAACB.C1, Relator JORGE FRANÇA
- AC. TC, 280/2015, Relator CARLOS CADILHA
- AC. TRL, de 21 de maio de 2015, Proc. n.º 770/10.8TATVD.L1-9
- AC. TRC, de 23 de setembro de 2014, Proc. n.º 4/13.3TBSEI-L.C1, Relator FERNANDO MONTEIRO
- AC. TRP, de 2 de outubro de 2013, Proc. n.º 253/05.8TAPMS.C1
- AC. TRG, de 1 de outubro de 2013, Relatora MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO
- AC. TRG, de 22 de janeiro de 2013, Proc. n.º 781/12.9TBPTL.G1, Relator FILIPE CAROÇO
- AC. TRC, de 13 de novembro de 2012, Relator ARTUR DIAS
- AC. TRP, de 17 de outubro de 2012, Proc. n.º 833/03.6TAVFR.P2
- AC. TRL, de 21 de março de 2012, Proc. n.º 1702/11.1YXLSB.L1-8, Relatora CATARINA MANSO
- AC. TRL, de 17 de janeiro de 2012, Relator LUÍS ESPÍRITO SANTO
- AC. TRP, de 6 de dezembro de 2011, Proc. n.º 1556/09.8TBAMT-W.P1, Relator RAMOS LOPES
- AC. TRC, de 18 de outubro de 2011, Proc. n.º 549/10.7TBPBL-A.C1, Relator FONTE RAMOS
- AC. TRG, de 12 de julho de 2011, Proc. n.º 503/10.9TBPTL-H.G1, Relator CONCEIÇÃO BUCHO
- AC. TRL, de 30 de junho de 2011, Proc. n.º 524/11.4TJLSB-A.L1-6, Relator OLINDO GERALDES

- AC. TRP, de 14 de junho de 2011, Proc. n.º 4196/10.STBSTS.P1, Relatora MARIA CECÍLIA AGANTE
- AC. TRG, de 2 de junho de 2011, Proc. n.º 881/07.7TBVCT-U.G1, Relator ANTÓNIO SOBRINHO
- AC. TRL, de 10 de maio de 2011, Proc. n.º 1166/08.7TYLSB-B.L1-7, Relator ROQUE NOGUEIRA
- AC. TRP, de 22 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 1817/10.3TBSTS.P1, Relatora MARIA EIRÓ
- AC. TRP, de 10 de fevereiro de 2011, Proc. n.º 1283/07.0TJPRT-AG.P1, Relator FREITAS VIEIRA
- AC. TRL, de 9 de novembro de 2010
- AC. TRP, de 12 de outubro de 2010, Proc. n.º 243/09.1TJPRT-G.P1, Relatora MARIA CECÍLIA AGANTE
- AC. TRP, de 12 de julho de 2010, Proc. n.º 863/10.1TBALM.L1-6
- AC. TRG, de 29 de junho de 2010, Proc. n.º 1965/07.7TBFAF-A.G1, Relatora ROSA TCHING
- AC. TRC, de 11 de maio de 2010, Proc. n.º 2420/09.6TBVIS.C1, Relator FALCÃO DE MAGALHÃES
- AC. TRG, de 23 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 326/07.2TBCMNI-C.G1, Relator ESPINHEIRA BALTAR
- AC. TRE, de 10 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 1086/08.5TBSLV-B.E1, Relator SILVA RATO
- AC. TRG, de 4 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 1320/06.6TYLSB-E.L1-6, Relatora FÁTIMA GALANTE
- AC. TRC, de 26 de janeiro de 2010, Proc. n.º 110/08.6TBAND-D.C1, Relator CARLOS MOREIRA

- AC. TRP, de 26 de novembro de 2009, Proc. n.º 138/09.9TBVCD-M.P1, Relator FILIPE CAROÇO
- AC. TRP, de 15 de setembro de 2009, Proc. n.º 2851/09.1TBVFR.P1, Relator CANELAS BRÁS
- AC. TRP, de 18 de junho de 2009, Proc. n.º 26509/05.1TYPRT.P1, Relator JOSÉ FERRAZ
- AC. TRP, de 25 de maio de 2009, Proc. n.º 2419/05.1TJVNF-B.P1, Relator SOUSA LAMEIRA
- AC. TRP, de 28 de abril de 2009, Proc. n.º 4268/07.3TBVFR-A.P1, Relator CANELA BRÁS
- AC. TRG, de 16 de abril de 2009, Proc. n.º 2802/06.5TBGMR-F.G1, Relator CONCEIÇÃO BUCHO
- AC. TC n.º 173/2009, de 2 de abril de 2009
- AC. TRE, de 30 de outubro de 2008, Proc. n.º 2323/08-2, Relator JOÃO MARQUES
- AC. TRC, de 28 de outubro de 2008, Proc. n.º 2577/05.5TBPMS-K.C1, Relator ARTUR DIAS
- AC. TRP, de 2 de outubro de 2008, Relator MADEIRA PINTO
- AC. TRP, de 18 de junho de 2008, Proc. n.º 0851075
- AC. TRP, de 12 de junho de 2008, Proc. n.º 0833430
- AC. TRE, de 5 de junho de 2008, Relatora MARIA ALEXANDRA MOURA SANTOS
- AC. TRP, de 31 de janeiro de 2008, Proc. n.º 0737321, Relator JOSÉ FERRAZ
- AC. TRP, de 7 de janeiro de 2008, Proc. n.º 4886/07, Relatora ANABELA FIGUEIREDO LUNA DE CARVALHO
- AC. TRC, de 30 de novembro de 2007, Proc. n.º 1124/07.9TJLBR-B.C1, Relator TELES PEREIRA
- AC. TRP, de 24 de setembro de 2007, Proc. n.º 0753853, Relator SOUSA LAMEIRA

- AC. TRP, de 22 de maio de 2007, Proc. n.º 0722442, Relator MÁRIO CRUZ
- AC. TRC, de 22 de maio de 2007, Relator FREITAS NETO
- AC. TRP, de 15 de março de 2007, Proc. n.º 0730992, Relator PINTO DE ALMEIDA
- AC. TC n.º 564/2007, de 13 de novembro de 2007
- AC. TRP, de 30 de outubro de 2006, Proc. n.º 0655142, Relator PINTO FERREIRA
- AC. TRC, de 20 de junho de 2006, Proc. n.º 1348/06, Relator HÉLDER ALMEIDA
- AC. STJ, de 24 de março de 1993, CJ, ano XVIII, 1993, tomo II
- AC. STJ, de 26 de março de 1992
- AC. STJ, de 15 de maio de 1991, Proc. n.º 41.752
- AC. STJ, de 30 de janeiro de 1991.

LEGISLAÇÃO

- Código Civil Português (DL n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966)
- Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (DL n.º 53/2004, de 18 de março)
- Código das Sociedades Comerciais (DL n.º 262/86, de 2 de setembro)
- Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de junho)
- Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falências (DL n.º 132/93, de 23 de abril - revogado)
- Código do Registo Civil (DL n.º 131/95, de 6 de junho)
- Código Penal Português (DL n.º 400/82, de 23 de setembro)
- Constituição da República Portuguesa (Decreto de 10 de abril de 1976, alterado pela Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto)
- Lei da Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

WEBGRAFIA

- <http://www.cej.mj.pt/>

- <http://www.dgsi.pt/>

-<http://www.livrariajuridica.com/>

- <http://www.pgdlisboa.pt/>

-<https://biblionet.fd.unl.pt/>.