



Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito
Mestrado Forense

**A INSOLVÊNCIA CULPOSA NO C.I.R.E. E A
INSOLVÊNCIA DOLOSA NO CÓDIGO PENAL**

-

O CONFRONTO ENTRE AS DUAS FIGURAS

Luísa Teixeira da Mota

Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva

Março 2013

ÍNDICE

I.	Introdução	3
II.	O Incidente de Qualificação da Insolvência no Âmbito do C.I.R.E. ...	5
	i. Noção e Tramitação	5
	ii. Pressupostos da Qualificação da Insolvência como Culposa ...	9
	iii. Os Efeitos da Declaração de Insolvência e da sua Qualificação como Culposa	15
III.	O Crime de Insolvência Dolosa	24
	i. Os Crimes Insolvenciais.....	24
	ii. O Crime do Artigo 227º do Código Penal.....	26
IV.	O Confronto entre as duas figuras – A Insolvência Culposa e o Crime de Insolvência Dolosa	31
	i. Uma dualidade de sistemas sancionatórios?	38
V.	Conclusão	39
	Bibliografia	42

I. INTRODUÇÃO

Qualquer sociedade que permita o recurso ao crédito tem de se defrontar com a realidade que é a insolvência – a situação de quem está impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.

A crise financeira que vivemos desde 2008 e os seus efeitos na economia portuguesa são propulsores de situações de insolvência, afectando tanto particulares como empresas. De acordo com os dados do Instituto Informador Comercial¹, em 2010 foram registadas 3976 insolvências, em 2011 registaram-se 4523 e em 2012 o número subiu para 6291, com 50 insolvências a serem declaradas por dia nos primeiros nove meses do ano.

Quando foi aprovado o Decreto-Lei² que, em 2004, deu origem ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (C.I.R.E.), em substituição do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (C.P.E.R.E.F.)³, o legislador fixou como um dos objectivos daquele diploma a “*obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas colectivas*”⁴. Foi com esse intuito que foi criado o regime dos Incidentes de Qualificação da Insolvência, regulado nos artigos 185º a 191º do C.I.R.E – uma novidade introduzida por assumida⁵ influência do direito espanhol consagrado na *Ley*

¹ Disponíveis em www.iic.pt

² Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março

³ “*O CIRE, quando confrontado com o diploma legal a que sucedeu, afasta-se dele significativamente, nomeadamente na sua sistematização. É, pois, um Código novo, não uma simples revisão da lei anterior. São, assim, muito reduzidos os pontos de contacto entre os dois códigos e não muito abundantes os preceitos em relação aos quais se verifica coincidência – ou mesmo proximidade – de conteúdo. Mas, ainda quando tal acontece, o seu diferente enquadramento atribui-lhes, por vezes, significado diverso.*” - Vide CARVALHO FERNANDES, Luís, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime de Falência no Direito Português*, Estudos em Memória do Professor Doutor Arménio Marques dos Santos, Volume I, Almedina, 2005, Pág. 1203

⁴ Houve quem entendesse que se foi longe demais, designadamente o Professor Oliveira Ascensão - “*o CPEREF manifestava o que chamávamos ternura, desvelo, carinho pelo falido. A finalidade precípua parecia ser a de proteger o insolvente, de envolta com a meta na manutenção da empresa. Agora é de rezear que se tenha passado para o outro extremo. O interesse individual dos credores é determinante e o interesse colectivo na manutenção de empresas viáveis apaga-se, juntamente com o pagamento dos meios de controlo das dívidas dos credores*”, vide *Insolvência: Efeitos sobre os Negócios em Curso* in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 65, Setembro de 2005, pág. 283.

⁵ No Relatório do Diploma Preambular do DL 53/2004, no Ponto 40, pode ler-se que “*o tratamento dispensado ao tema [da responsabilização dos administradores] pelo novo Código (inspirado, quanto a certos aspectos, na recente Ley Concursal Espanhola) que se crê mais equânime – ainda que mais severo em certos casos -, consiste, no essencial, na criação do “incidente de qualificação da insolvência” (...)*”.

*Concursal*⁶ de 9 de Julho de 2003.

No âmbito destes incidentes, a insolvência pode ser qualificada como fortuita ou culposa, sendo que esta última está definida no artigo 186º do C.I.R.E e a primeira se delimita por exclusão de parte. A distinção entre a insolvência culposa e a fortuita assume um pendor claramente substantivo, sendo que a insolvência deverá ser qualificada como fortuita quando, em face do referido normativo, não seja possível a sua qualificação como culposa.

Da qualificação da insolvência como fortuita pode mesmo dizer-se que “*não decorrem consequências relevantes para o bem ou para o mal, quanto ao regime típico da insolvência tal como o CIRE o define.*”⁷

A insolvência culposa, aquela que releva para este trabalho, verifica-se quando “*a situação foi criada ou agravada em consequência de uma actuação, dolosa ou culposa, do devedor, ou dos seus administradores*”⁸, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”.

Esta qualificação da insolvência como culposa não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais. No entanto, no âmbito do direito penal, a figura da insolvência culposa aparece, de certa forma, espelhada no crime de insolvência dolosa, em que uma das condições da sua punibilidade é a existência de sentença de declaração de insolvência.

O objectivo desta dissertação é a análise destas duas figuras – a da insolvência culposa, no âmbito do C.I.R.E., e a da insolvência dolosa, no âmbito do direito penal – e a forma como os dois regimes se sobrepõem.

Dar-se-á especial enfoque às alterações introduzidas no regime da insolvência culposa pela Lei nº 16/2012, de 20 de Abril que, entre outras novidades, alterou o regime de abertura do incidente de qualificação e passou a prever a condenação pelo tribunal das

⁶ A lei espanhola dedica o seu Título VI à “Calificación del Concurso” e o Título VII trata “De la Conclusión y de la Reapertura del Concurso.”

⁷ CARVALHO FERNANDES, Luís, *A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, página 82.

⁸ A noção de administradores de direito está contida no artigo 6º do C.I.R.E.. Sendo o devedor uma pessoa colectiva, administradores são aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente; caso o devedor seja uma pessoa singular os administradores são os seus representantes legais e mandatários com poderes gerais de administração. O administrador de facto é aquele que actua notoriamente como se fosse administrador de direito, mas sem título bastante.

pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos.

Esta sexta e mais recente revisão do C.I.R.E, inseriu-se no âmbito do “Programa Revitalizar”, aprovado no contexto do compromisso do Governo português para com o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, de alterar o regime da insolvência.

II. O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DO C.I.R.E.

i. Noção e Tramitação

I. O incidente de qualificação da insolvência, previsto nos arts. 185º e ss. do C.I.R.E. e de natureza urgente, constitui uma fase do processo que visa apreciar as causas que levaram à situação de insolvência. Como se sabe, os factos que levaram à verificação da situação de insolvência podem ser consequência de uma actuação negligente ou com intuítos fraudulentos do devedor⁹ ou, noutros casos, podem ter surgido por circunstâncias alheias à conduta do devedor ou dos administradores¹⁰.

Com a Lei 16/2012, de 20 de Abril, este incidente deixou de ser obrigatório, ficando a sua abertura sujeita à avaliação efectuada pelo juiz com base nos indícios susceptíveis de conduzir à qualificação da insolvência como culposa. Por outras palavras, enquanto antes da mais recente alteração legislativa ao C.I.R.E. o incidente de qualificação da insolvência era oficiosamente aberto com a sentença de declaração de insolvência, ou seja, era iniciado em todos os processos de insolvência¹¹, excluindo

⁹ O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22/05/2007 considerou a divisão entre as duas formas exclusivas de qualificação (fortuita ou culposa) uma divisão “maniqueísta”, por “causar, à primeira análise, alguma perplexidade, principalmente pelo facto de no [186º] n.º 2 se enunciarem uma série de factos ou de situações em que a lei considera sempre culposa a insolvência do devedor e de no n.º 3 do mesmo art. se enunciarem situações que fazem presumir a existência de culpa grave dos administradores, quando, analisando cada uma das situações aí previstas, se pode ver que as situações contempladas no n.º 2 são objectivamente mais graves do que as enunciadas no n.º 3.”.

¹⁰ Tanto as condutas dos administradores que, embora não tenham conseguido evitar a situação de insolvência, tenham agido com a diligência devida, como as condutas que comportem graus menos graves de negligência, enquadram-se no conceito de insolvência fortuita. O legislador optou por tratar estas situações com benefício, não lhes sendo aplicáveis as consequências da insolvência culposa. Vide RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português* – Texto que serviu de base a palestra proferida no âmbito da Conferência “O novo Código da Insolvência”, a 28 de Junho de 2005.

¹¹ Nas palavras de ESTRELA DA OLIVEIRA, esta era uma excepção à regra vigente em processo civil, nos termos da qual a resolução de um litígio deve ser pedida pela parte interessada – Vide Uma

aqueles em que fosse apresentado um plano de pagamento aos credores, actualmente, o juiz apenas declara aberto o incidente “*caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência*” – cfr. art. 36º, nº 1, i) do C.I.R.E.. Esta regra não significa que o incidente não possa ser aberto mais tarde. Como veremos, o Administrador de Insolvência ou qualquer interessado pode requerer a abertura do incidente, alegando o que tiver por conveniente para o efeito da qualificação da insolvência como culposa.

Assim, podemos dizer que a tramitação do incidente pode iniciar-se officiosamente, logo com a declaração de insolvência ou, posteriormente, a requerimento do Administrador da Insolvência ou de um qualquer interessado.

Tal como já acontecia na versão anterior do Código, o incidente de qualificação pode ter carácter pleno, nos termos do artigo 188º do C.I.R.E., ou limitado, nos termos do disposto no artigo 191º nº 1 do mesmo código.¹² A distinção entre os dois tipos de incidentes é de cariz processual, porquanto “*são essencialmente processuais os traços distintivos entre as referidas figuras.*”¹³

O incidente pleno constitui a regra, sendo que o incidente limitado apenas ocorrerá em duas situações:

- i) quando o juiz verifique, logo no momento da prolação da sentença, que o património do devedor é presumivelmente insuficiente para satisfazer as custas do processo e as dívidas previsíveis da massa – situação em que o processo de insolvência finda logo que a sentença transite em julgado, nos termos do artigo 39º, nº 7, alínea b) do C.I.R.E.;
- ii) quando o processo de insolvência encerra por insuficiência da massa insolvente, ao abrigo do disposto no artigo 232º do C.I.R.E.. Nestes casos, o Administrador de Insolvência dá conhecimento ao juiz de que a massa é insuficiente, com vista a que procedimento seja encerrado e, não se encontrando o incidente findo, este procede os seus termos como incidente limitado.

Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência, “O Direito”, Ano 142º, 2010, V, pág. 947.

¹²A natureza do incidente de qualificação, pleno ou limitado, não está relacionada com a qualificação da insolvência, podendo a insolvência ser sempre qualificada de fortuita ou culposa independentemente de o incidente ter carácter pleno ou limitado.

¹³ ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, “O Direito”, Ano 142º, 2010, V, pág. 934.

Do exposto retira-se que o campo de aplicação do incidente pleno se define por exclusão de partes.

II. O incidente pleno de qualificação desenvolve-se, nos termos do artigo 188º, da seguinte forma: num prazo máximo de 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório, o Administrador da Insolvência ou qualquer interessado, apresenta, fundamentadamente, alegações por escrito onde expõe aquilo que tem por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indica as pessoas que devem ser afectadas por essa qualificação. Estas alegações, como sublinha ESTRELA DE OLIVEIRA¹⁴, destinam-se à invocação de factos que, no entendimento dos interessados possam levar à qualificação da insolvência como culposa, pelo que, naturalmente, *“se os interessados considerarem que os factos de que têm conhecimento conduzem à qualificação da insolvência como fortuita, não devem apresentar alegações.”*

Na sequência da apresentação das alegações, o juiz, caso o considere oportuno, profere despacho de abertura do incidente de qualificação¹⁵. Aberto o incidente, o Administrador da Insolvência – caso não tenha apresentado as alegações acima mencionadas – apresenta parecer e formula proposta em que identifica as pessoas que devem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa. Tanto o parecer como as alegações vão com vista ao Ministério Público, que se deve pronunciar num prazo de 10 dias.

Se tanto o Administrador da Insolvência como o Ministério Público se pronunciarem no sentido de que a insolvência deve ser qualificada como fortuita, o juiz pode¹⁶ proferir decisão¹⁷ nesse sentido.

¹⁴ Op. Cit. pág. 949.

¹⁵ O despacho que declara aberto o incidente de qualificação da insolvência é irrecorrível, devendo ser imediatamente publicado no portal Citius, cfr. art. 188º, n.º 2 do C.I.R.E..

¹⁶ Na anterior redacção do n.º 4 do 188º o juiz estava vinculado aos pareceres do AI e do Ministério Público. A solução acolhida naquele preceito não era isenta de interrogações por parte da doutrina e da jurisprudência, tendo até a questão chegado ao Tribunal Constitucional. Vale a pena descrever resumidamente a situação. Com efeito, no âmbito de incidente de qualificação da Insolvência de uma sociedade o AI propôs a qualificação da insolvência como fortuita, no que foi acompanhado pelo Ministério Público. Face a esta concordância, foi proferido despacho judicial a qualificar a insolvência como fortuita. Uma das credoras da sociedade insolvente interpôs recurso para a Relação do Porto, sustentando que a prova recolhida era suficiente para a qualificação da insolvência como culposa e suscitando a questão da inconstitucionalidade da norma do artigo 188.º, n.º 4 do C.I.R.E.. Ora, o recurso não foi admitido com fundamento em que a decisão era irrecorrível e a credora reclamou do despacho de indeferimento, continuando a defender a inconstitucionalidade da norma. A Relação acabou por deferir a reclamação recusando a aplicação da norma do n.º 4 do artigo 188.º do CIRE, com fundamento na inconstitucionalidade material, quando interpretada no sentido de que o juiz estava

Na anterior redacção do n.º 4 do 188.º o juiz estava vinculado a qualificar a insolvência como fortuita face aos pareceres do administrador de insolvência e do Ministério Público nesse sentido. Com a alteração ao C.I.R.E. pela Lei n.º 16/2012, a adopção dos pareceres do Ministério Público e do Administrador de Insolvência passou a ser uma opção do juiz. Nas palavras de CARVALHO FERNANDES¹⁸, a anterior redacção da lei pressupunha que os pareceres não mereciam reparo, solução que pecava “por excessiva”. Sublinhava o Autor que não podia “*excluir-se a hipótese de aqueles pareceres não terem atribuído a devida relevância a factos constantes do processo de insolvência, alegados pelos interessados para qualificarem a insolvência como culposa*”, designadamente factos que “*por força da presunção inilidível do n.º 2 do art. 186.º*” impusessem a qualificação da lei como culposa¹⁹.

No caso de não exercer a faculdade acima referida, o juiz manda notificar o devedor e citar aqueles que entenda deverem ser afectados pela qualificação da insolvência como culposa, para apresentarem oposição no prazo de 15 dias. Tanto o Administrador da Insolvência como o Ministério Público ou interessado que assumam posição contrária à apresentada nas oposições, podem responder-lhe.

A tramitação do incidente finda com a sentença de qualificação a que alude o artigo 189.º do Código.

vinculado a qualificar a insolvência como fortuita face aos pareceres do administrador de insolvência e do Ministério Público e revogou o despacho que não admitiu o recurso interposto pela reclamante, ordenando que fosse substituído por outro que admitisse tal recurso. O Ministério Público recorreu desta decisão visando a apreciação da constitucionalidade da norma do n.º 4 do artigo 188.º do CIRE. Veio então o Tribunal Constitucional explicar que “*tendo as medidas aplicáveis na situação de insolvência culposa natureza essencialmente sancionatória e de interesse geral de preservação da sã actividade económica, não é arbitrário e, sobretudo, não priva os credores da possibilidade de defesa de uma posição jurídica própria o facto de a lei dispor de tal modo que a legitimidade para fazer prosseguir o incidente em ordem à qualificação da insolvência como culposa acabe por ser restrita ao Ministério Público e ao administrador da insolvência. Esta selectividade dos sujeitos legitimados para fazer prosseguir o incidente não é arbitrária ou desrazoável.*” E acrescentou ainda relativamente à impossibilidade de se recorrer daquela decisão que “*nada tem de arbitrário que se consagre a irrecorribilidade de decisões que conduzem à qualificação da insolvência como fortuita perante a convergência de posição daquelas entidades legitimadas neste domínio específico para defender o interesse geral da comunidade e o interesse comum dos credores.*” Concluiu o TC no sentido de que “*a norma do n.º 4 do artigo 188.º do CIRE não viola os artigos 20.º, n.os 1 e 2 e 202.º da Constituição, (i) quer no segmento em que estabelece que, se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuseram a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz profere decisão nesse sentido mesmo que haja interessados que tenham manifestado posição diversa, (ii) quer no segmento em que considera tal decisão irrecorrível.*”

¹⁷ Esta decisão é insusceptível de recurso, nos termos do n.º 5 do artigo 188.º do C.I.R.E..

¹⁸ CARVALHO FERNANDES, Luís, Op. Cit., 2005, pág. 90.

¹⁹ Também MENEZES LEITÃO considerava aquela solução questionável porquanto retirava o poder jurisdicional ao tribunal, obrigando-o a seguir a posição conjunta do Ministério Público e do administrador de insolvência – Vide *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 2005, pág. 176

Relativamente à tramitação do incidente com carácter limitado cabe dizer que a mesma corresponde à do incidente pleno com duas especificidades: uma respeita ao prazo para alegações que é de 45 dias a contar, respectivamente, da data da sentença de declaração de insolvência ou da data da decisão de encerramento a que se refere o artigo 232º e, quando aplicável, o prazo para o Administrador da Insolvência apresentar o seu parecer é de 15 dias; outra refere-se aos documentos da escrituração do insolvente que serão patenteados pelo próprio a fim de poderem ser examinados por qualquer interessado.

Quanto aos efeitos da insolvência como culposa no âmbito do incidente com carácter limitado, refere-se, por agora, que na sentença de qualificação, diferentemente do que acontece na sentença proferida na sequência de incidente com carácter pleno, apenas constam as menções referidas nas alíneas a) a c) e e) do nº 2 do artigo 189º, que adiante analisaremos.

ii. Pressupostos da Qualificação da Insolvência como Culposa

I. A definição de insolvência culposa encontra-se prevista no artigo 186º nº 1 do C.I.R.E.. Tendo presente o disposto no mencionado preceito, para que a qualificação da insolvência seja culposa importa que tenha havido uma conduta do devedor ou dos seus administradores, de facto ou de direito, que, cumulativamente:

- i) tenha criado ou agravado a situação de insolvência;
- ii) tenha ocorrido nos três anos anteriores ao início do processo²⁰;
- iii) e que essa conduta seja dolosa ou praticada com culpa grave.²¹

É assim exigido não apenas uma conduta dolosa ou com culpa grave do devedor e dos seus administradores, mas também um nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência, consistente na contribuição desse comportamento para a

²⁰ Manuel A. Carneiro da Frada chama a atenção para o facto de o período de três anos durante o qual são relevantes as condutas causadoras ou agravadoras da insolvência não corresponder a um prazo de prescrição ou de caducidade de determinado direito, mas antes a uma “*modelação temporal da situação de responsabilidade relevante*” que “*não carece de ser invocada, sendo, como todo o direito objectivo, de conhecimento officioso*” – Vide *A responsabilidade dos administradores na insolvência in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 2006, Ano 66, Vol. II

²¹ Sendo que a norma nada dispõe relativamente aos conceitos de dolo e culpa grave, as definições devem ser entendidas nos termos gerais de Direito. Há culpa grave, normalmente equiparada à culpa grosseira ou negligência grosseira, quando o agente deixe de usar a diligência que só uma pessoa especialmente descuidada e incauta não teria observado.

criação ou agravamento da situação de insolvência.²² Os requisitos principais são o facto, a culpa qualificada do autor do facto e o nexo de causalidade entre o facto e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Os requisitos adicionais reportam-se ao período de três anos dentro do qual o facto deve ter sido praticado e a qualidade do sujeito que o pratica.

II. Com vista a densificar ou concretizar a definição acima mencionada, o legislador estabeleceu presunções, umas *juris et de jure* e outras *juris tantum*²³, cuja verificação leva à qualificação da insolvência como culposa. Mas não deixam de existir dúvidas, na jurisprudência e na doutrina, relativamente ao alcance das presunções consagradas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 186º do C.I.R.E.

Com efeito, para o insolvente que não seja uma pessoa singular, o n.º 2 do artigo 186º estabelece, “*em complemento da noção geral antes fixada no n.º 1, presunções inilidíveis que, como tal, não admitem prova em contrário. Conduzindo, assim, necessariamente, os comportamentos aí referidos à qualificação da insolvência como culposa*”²⁴. Como bem sintetiza o acórdão da Relação de Lisboa de 21 de Abril de 2009, de acordo com aquele preceito, “*verificada qualquer uma das situações tipificadas nas alíneas do n.º 2 do art.º 186º do CIRE, o julgador, sem mais exigências, deve qualificar a insolvência como culposa.*”²⁵

Será, então, inexoravelmente, uma insolvência culposa aquela em que os administradores do devedor tenham:

- a) Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor²⁶⁻²⁷;

²² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito da Insolvência*, 2012, 4ª Edição, Almedina, Págs. 273 - 274

²³ As presunções legais são *juris et de jure*, quando não admitem prova em contrário; *juris tantum*, quando podem ser afastadas por prova que se lhes oponha. No primeiro caso, não se permite a prova em contrário; no segundo, inverte-se o ónus de prova. Como ensina Vaz Serra em “*Provas (direito probatório material)*” in Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs 110-112, p. 35, “*as presunções juris tantum constituem a regra, sendo as presunções juris et de jure a excepção. Na dúvida, a presunção legal é juris tantum, por não se dever considerar, salvo referência da lei, que se pretendeu impedir a produção de provas em contrário, impondo uma verdade formal em detrimento do real provado.*”

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Junho de 2011, Proc. 46/07.8TBSVC-0.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt

²⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de Abril de 2009, Proc. n.º 369/07.6TBCDN-B.C1, disponível em www.dgsi.pt

²⁶ Como sublinham Carvalho Fernandes e João Labareda, esta situação compreende conceitos indeterminados, que implicam, por parte do julgador, uma ponderação casuística no sentido de integrar na previsão da norma as condutas dos administradores.

²⁷ Explica o Acórdão do Tribunal da Relação de 17/10/2012 que “o desaparecimento do património corresponde ao descaminho dos bens que o integram, os quais tanto podem ser um significado material,

- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;
- e) Exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;
- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto;
- g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência;
- h) Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor;
- i) Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º.²⁸

Convém atentar que as situações acima previstas não formam um bloco homogéneo²⁹. Enquanto as previsões das alíneas a) a g) – onde se inserem os factos, a que na

como imaterial — e não propriamente à sua “desaparição jurídica”, mediante actos de tradição ou através de qualquer negócio jurídico que façam diminuir ficticiamente o património. Assim, o acto de fazer desaparecer tem o significado de impossibilitar que se descubra o paradeiro dos bens, inclusive de mercadorias, que se encontrem na titularidade e disponibilidade do devedor, de modo que os credores não tenham possibilidade de ver satisfeitos os seus créditos em relação àquele outro.” Proc. n.º 833/03.6TAVFR.P2 disponível in www.dgsi.pt

²⁸Repáre-se que para conciliar esta presunção com o estabelecido no disposto no art. 83º n.º 3, também aplicável aos administradores do devedor e segundo o qual “a recusa de prestação de informações ou de colaboração é livremente apreciada pelo juiz, nomeadamente para efeito da qualificação da insolvência como culposa”, é necessário entender que o poder de livre apreciação do juiz referido no artigo 83º n.º 3 não se aplica quando o incumprimento dos deveres de apresentação e de colaboração seja reiterado. Nesse caso, estando apurada a reiteração, a insolvência é sempre culposa. Vide *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, João Labareda e Carvalho Fernandes, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa 2008

maioria das situações, mais frequentemente se deve a insolvência³⁰ - dizem respeito a actos de gestão que se presume terem concorrido materialmente para a situação de insolvência (ou para o seu agravamento), as das alíneas h) e i)³¹ têm outro cariz, já que se reportam a situações de incumprimento que “*produzem ou podem produzir «efeitos de ocultação» sobre a real situação patrimonial e financeira do devedor, com todos os riscos que tal coenvolve, dificultando ainda uma actuação célere e eficaz do administrador da massa insolvente.*”³²

As situações contidas nas duas últimas alíneas do nº 2 – que dificilmente conduzem a uma presunção segura entre os factos que descrevem e a situação de insolvência – talvez estivessem melhor inseridas no nº 3, que abaixo analisaremos, sendo que os sujeitos que violassem os deveres jurídicos não deixariam de ser penalizados, ficando onerados com a prova de que entre o facto que praticaram e a situação de insolvência inexistiu um nexo causal.

Ora, o facto de as alíneas do nº 2 do artigo 186º do C.I.R.E. constituírem presunções que não admitem prova em contrário (*considera-se “sempre”...*) tem como consequência a obrigatoriedade de o juiz qualificar a insolvência como culposa sempre que se verifique qualquer uma das situações ali previstas.³³

III. Atentemos agora no nº 3 do mesmo preceito segundo o qual se presume a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:

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

²⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional 70/2012 de 08 de Fevereiro de 2012

³⁰ SERRA, Catarina – “*Decoctor Ergo Fraudator*”? – *A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, Cadernos de Direito Privado nº 21, 2008.

³¹ Relativamente às alíneas h) e i), Catarina Serra, nota que, dificilmente, aquelas constituem verdadeiras presunções – “*só per saltum se poderia dizer que existem, nos casos das alíneas h) e i) do nº 2 do artigo 186º do CIRE, ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido (cfr. art. 349º do CC): entre o facto efectivamente conhecido (a não organização ou desorganização da contabilidade e falta de apresentação e de colaboração com os órgãos processuais) e o facto desconhecido e presumido (a insolvência culposa) interpõe-se um outro (a causa provável da insolvência ou do seu agravamento); mas esse não chega o tribunal a conhecê-lo.*” A autora defende que estamos perante “verdadeiras ficções” e não presunções, em que “*a lei equiparou algo que era desigual, com a finalidade de aplicar o regime a situações que não são do tipo.*”

³² Acórdão do Tribunal Constitucional 70/2012 de 08 de Fevereiro de 2012.

³³ A enumeração não é exaustiva porquanto não o pode ser nenhuma enumeração quando combinada com uma cláusula geral (a do nº 1). Vide SERRA, Catarina op. Cit.

Tal como as alíneas h) e i) do nº 2 do 186º, as duas alíneas do nº 3 visam regular a violação de deveres próprios dos comerciantes ou dos deveres gerais dos insolventes, no entanto, o seu tratamento é substancialmente diferente daquele que é dado às alíneas do número anterior.

Ao contrário do nº 2 do artigo 186º, onde expressamente se diz que a insolvência se considera *sempre* culposa verificados os factos ali elencados, no nº 3 nada se estabelece nesse sentido, devendo, por isso, prevalecer o disposto no artigo 350º nº 2 do Código Civil, entendendo-se assim aquelas presunções como relativas. Mas cabe ainda questionar se aquelas constituem, meramente, presunções relativas de culpa qualificada no facto praticado ou, antes, presunções relativas de culpa qualificada na insolvência.

Para a maioria da jurisprudência, o nº 3 do artigo 186º contém uma presunção ilidível de existência de culpa grave por parte dos administradores das sociedades que não requerem a insolvência do devedor ou não procedem à elaboração das contas, à sujeição a fiscalização ou ainda ao depósito das contas. De acordo com este entendimento, nestes casos, para que a situação de insolvência seja qualificada como culposa, não basta a simples demonstração da sua existência; é necessário verificar que os comportamentos omissivos ali descritos criaram ou, pelo menos, agravaram a situação de insolvência. Têm assim os Tribunais portugueses interpretado aquelas situações como presunções de culpa, em relação às quais, para fazer funcionar a insolvência culposa é preciso provar também a causalidade.

Na senda deste entendimento, diz-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13 de Novembro de 2012 que *“enquanto a verificação de qualquer das previsões das diversas alíneas do nº 2 faz presumir de forma inilidível quer o nexo de causalidade entre a conduta em questão e a criação ou agravamento da situação de insolvência, quer a existência de dolo ou culpa grave, levando inexoravelmente à qualificação da insolvência como culposa, a verificação das previsões das alíneas do nº 3 apenas conduz à presunção ilidível da existência de culpa grave, só fundamentando a qualificação da insolvência como culposa se a presunção não for ilidida e se for feita prova do nexo de causalidade atrás referido.”*³⁴⁻³⁵

³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13/11/2012, Proc. nº 333/11.0TBPCV-A.C1, disponível em www.dgsi.pt

³⁵ Veja-se também, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07/01/2008, Proc. 0754886, disponível em www.dgsi.pt, onde se pode ler que *“Para que uma falência seja qualificada como culposa é sempre necessário que seja a actuação (ou omissão) que se classificou*

Há, por outro lado, uma outra corrente que entende que as presunções contidas no artigo 186º nº 3 não são simples presunções de culpa qualificada no facto praticado, mas sim presunções (ilidíveis) de culpa qualificada na insolvência. Veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/05/2012³⁶ que defende esta última posição, sublinhando que a entender-se que as presunções consagradas no preceito em causa constituem presunções de culpa grave no facto praticado, ficaria esvaziada a utilidade das mesmas. Com efeito, se aquelas são meras presunções de culpa grave, exigindo-se ainda a demonstração do nexos causal entre os comportamentos e a criação ou agravamento da insolvência, então as condutas elencadas no artigo dificilmente desencadearão a qualificação da insolvência como culposa porquanto aquele nexos é, praticamente, uma *“probatio diabolica”*. Como se lê no referido acórdão – que entendeu ser de presumir a insolvência culposa quando o administrador incumpriu o dever de requerer a declaração de insolvência -, *“entre o facto omitido (incumprimento do dever de apresentação à insolvência e incumprimento do dever de elaboração e depósito das contas) e a criação ou o agravamento da situação de insolvência não há, logo em abstracto, um perceptível nexos lógico ou uma qualquer conexão; o que torna mais ou menos “impossível” a prova, em concreto, do nexos de causalidade e redundante – exigindo-se a prova de tal nexos causal – na inutilidade e no esvaziamento do art. 186.º/3 do CIRE (enquanto enumeração de actos/factos susceptíveis de desencadear como consequência a qualificação da insolvência como culposa).”*³⁷

como dolosa ou com culpa grave do devedor e não outra a concorrer, intercedendo em termos de causalidade, na criação ou agravamento da situação de insolvência. (...) Mas 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.” E acrescenta *“Assim, nos termos do artigo 186º, nº 1 do CIRE a insolvência é culposa quando a 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. O nº 2 do normativo em apreço enumera as situações em que a insolvência se considera sempre culposa, enquanto o nº 3 enumera as situações em que se presume a existência de culpa grave. A previsão dos dois números contempla situações diversas: enquanto a verificação das situações previstas no nº 2 do citado artigo conduz necessariamente à qualificação da insolvência como culposa, a verificação dos factos previstos no nº 3 apenas faz presumir, de forma ilidível, a existência de culpa grave. Mas mesmo verificando-se esta presunção, por não ter sido ilidida, exige-se ainda, para qualificar de culposa a insolvência, a prova de que a situação de insolvência foi criada ou agravada pela dita conduta culposa dos administradores.”*

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22/05/2012, Proc. nº 1053/10.9TJCBR-K.C1, disponível em www.dgsi.pt

³⁷ Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/12/2010 segue este entendimento defendendo que *“a simples verificação das situações previstas na alíneas a) e b), do nº 3, do artº 186º, do CIRE, constituem presunção (ilidível) da insolvência culposa – pressupondo-se, à partida, o nexos de causalidade exigido pelo nº 1 - e não apenas da culpa grave do agente infractor.”* E acrescenta *“A*

Também CATARINA SERRA³⁸ defende que aquelas presunções não são simplesmente de culpa qualificada – no facto praticado – mas antes de culpa qualificada na insolvência. Segundo a Autora, as presunções em causa “*existem para impedir que, devido à dificuldade de provar o nexo de causalidade, fiquem, na prática, impunes os sujeitos que violaram obrigações legais. Oneram-se, assim, estes sujeitos com a prova de que não foi a sua conduta ilícita (e presumivelmente culposa) que deu causa à insolvência ou ao respectivo agravamento, mas sim uma outra razão, externa ou independente da sua vontade – por exemplo, a conjuntura económica ou as condições de mercado*”.

Parece-nos que será esta a orientação a seguir, por um lado, porque entendemos ser uma opção legítima do legislador considerar as situações das alíneas a) e b) do n.º 3 do 186.º reveladoras de culpa por parte dos administradores do devedor na insolvência, por outro lado porque, e como acima dissemos, seria quase uma “*probatio diabolica*” a demonstração do nexo de causalidade entre aquelas condutas e a situação de insolvência. Acresce que a aparente severidade desta presunção é atenuada pelo facto de a mesma poder ser ilidida pelo devedor - aquele que em melhor posição está para provar que, embora não se tenha apresentado à insolvência em prazo legal ou não tenha depositado as contas, não criou ou agravou com essas omissões a situação de insolvência.

Devem assim, em nosso entender, ser aquelas presunções vistas como presunções de culpa qualificada na insolvência, cuja prova em contrário é admitida aos administradores da sociedade em causa.

iii. Os Efeitos da Declaração de Insolvência e da sua Qualificação como Culposa

I. O reconhecimento judicial de uma situação de insolvência acarreta, para o devedor e para terceiros, consequências que o C.I.R.E regula no seu Título IV.

solução contrária, cuja interpretação se consubstancia numa cisão entre a qualificação da culpa do administrador (que se presume grave) e o estabelecimento do nexo entre essa mesma culpa grave e as suas consequências para a deficitária situação financeira da empresa (que não se presume), poderá retirar força, lógica e utilidade ao incidente em apreço, tornando mesmo praticamente dispensável, pela sua diminuta relevância, a presunção legal estabelecida. Tudo se centraria, no fundo, na concreta determinação da existência, ou não, de nexo de causalidade entre a conduta do administrador e a insolvência da empresa ou o seu agravamento.

Em caso afirmativo, poderia questionar-se a especial necessidade e o desiderato útil que teriam levado o legislador a consagrar estes dois casos específicos reveladores da culpa grave (inclusive, de forma branda, em termos de presunções ilidíveis). ”

³⁸ SERRA, Catarina, “*Decoctor Ergo Fraudator*”, Cadernos de Direito Privado, N.º 21, Ano 2008

Os efeitos decorrentes da declaração de insolvência têm sido distinguidos pela doutrina em necessários ou eventuais, consoante a ocorrência da sua produção. Necessários serão os efeitos cuja produção é automática, dependendo exclusivamente da prolação da sentença de insolvência, eventuais serão os efeitos cuja verificação depende, além da sentença que declara a insolvência, da constatação de condições concretas. É no âmbito dos efeitos eventuais da declaração de insolvência que encontramos os efeitos decorrentes da qualificação da insolvência como culposa.

Podemos agrupar como efeitos necessários da declaração de insolvência:

- i. a privação dos poderes de administração e de disposição de bens integrantes da massa insolvente³⁹ – prevista no art. 81°;
- ii. a proibição de cessão de rendimentos e de alienação de bens futuros – prevista no art. 81° n° 2;
- iii. a perda do direito de representação, nos termos do art. 81° n° 4;
- iv. o dever de apresentação no tribunal, bem como a colaboração com os órgãos da insolvência – previsto no art. 83°;
- v. a fixação da residência dos administradores do devedor⁴⁰ – cfr. art. 36° c);
- vi. o dever de entrega imediata de todos os documentos relevantes para o processo – previsto no artigo 36° alínea f)

Estes efeitos decorrem necessária e automaticamente da declaração da insolvência pelo tribunal.

Já os efeitos eventuais, que apenas ocorrem quando se verificarem condições específicas, reconduzem-se aos seguintes:

- i. o direito a alimentos à custa dos rendimentos da massa insolvente, efeito que está previsto no art. 84° e está dependente da carência absoluta de meios de subsistência do devedor;
- ii. a inibição para administrar o património de terceiros, prevista no art. 189° n° 2 b);
- iii. a inibição para o exercício do comércio e ocupação de certos cargos previsto no art. 189° n° 2 c);

³⁹A massa insolvente compreende todos os bens do devedor, com excepção dos bens isentos de penhora – cfr. art. 46° do C.I.R.E.

⁴⁰Esta é uma obrigação que visa garantir outras obrigações como a prestação de informações e colaboração com os órgãos da insolvência.

- iv. a perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a condenação na obrigação de restituir os bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos previsto no art. 189º nº 2 d) do C.I.R.E..

Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa correspondem aos três últimos pontos acima assinalados, acrescidos de um efeito que foi enxertado pela mais recente alteração ao Código, e estão elencados no artigo 189º nº 2 do C.I.R.E.. Neste artigo, o legislador cominou verdadeiras sanções para aqueles que culposamente criaram ou agravaram uma situação de insolvência. Com a alteração ao Código da Insolvência em Maio de 2012, o preceito foi modificado de forma relevante e em que interessa atentar.

II. De acordo com o referido normativo, aquando da elaboração da sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz do processo deve, em primeiro lugar, identificar as pessoas afectadas pela qualificação. Com a nova redacção deste preceito, decorrente da Lei nº 16/2012, essas pessoas podem ser administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas e deverá o juiz, na nomeação daquelas pessoas, fixar, sendo o caso, o respectivo grau de culpa.

No âmbito da vigência do “antigo” C.I.R.E, a alínea b) do nº 2 do artigo 189º determinava que a qualificação da insolvência como culposa tinha como consequência o decretamento da inabilitação das pessoas afectadas por um período de 2 a 10 anos. A bondade desta solução foi muito discutida na doutrina, tendo a severidade da sanção sido atenuada com as alterações introduzidas no C.I.R.E.. Na verdade, a norma tinha já sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, por Acórdão do Tribunal Constitucional, proferido a 2 de Abril de 2009⁴¹, por violação dos artigos 26º e 18º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Fundamentou o Tribunal Constitucional a inconstitucionalidade do preceito no facto de, a inabilitação ali prevista, escapar à finalidade que preside ao instituto da inabilitação regulado na lei civil – a protecção dos incapazes – transformando-se num mero instrumento de restrição dos direitos à capacidade civil. Acresce que entendeu também o Tribunal Constitucional, aquela sanção não acrescentava segurança à defesa dos interesses dos credores, já protegidos pelas medidas previstas nas outras

⁴¹ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 173/2009, publicado no Diário da República, nº 85, Iª Série, de 4/5/2009

alíneas do nº 2 do artigo 189º. Pelo que o Tribunal Constitucional concluiu pela inconstitucionalidade daquela norma que contendendo com o direito à capacidade civil – um elementar direito da pessoa humana – não podia deixar de ser considerada desproporcionada e, em última análise, violar o princípio constitucionalmente consagrado da proporcionalidade.

Com a nova redacção dada à alínea b) do nº 2 do art. 189º do C.I.R.E., identificadas as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência, o juiz decretará, em detrimento da inabilitação, a inibição daquelas pessoas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos. Foi, assim, substituída a inabilitação das pessoas afectadas pela sua inibição para administrarem patrimónios de terceiros. O legislador parece ter querido corrigir o erro anterior, mas cabe questionar até que ponto esta foi a solução mais útil e eficaz já que, na verdade, aquela inibição já se verificava antes – sendo o sujeito afectado o próprio insolvente ele já se encontrava, por força do regime civil, privado de administrar o património de alguns terceiros, designadamente do menor, do interdito e do inabilitado; quando, por outro lado, o insolvente é uma sociedade comercial e o sujeito afectado é um administrador, ele encontrava-se também já impedido de administrar os bens da sociedade por força do art. 81º nº 1 do C.I.R.E., acima mencionado. Além do exposto, também o art. 189º nº 2 c) impedia o sujeito afectado de praticar actos de comércio bem como de ocupar certos cargos. Cabe então perguntar que efeito útil tem esta inibição geral. E a resposta só pode ser “pouco”. Como sublinha CATARINA SERRA⁴², o legislador deveria ter optado por uma sanção que desempenhasse plenamente *“as funções preventiva e sancionatória ou punitiva das sanções civis, de produzir um efeito simultaneamente inibidor e repressivo dos comportamentos em causa”*.⁴³ Entende a autora que a norma tem *“escassíssima utilidade”* apresentando como solução para aumentar a efectividade prática da solução legislativa, a redução *“do alcance da regra da privação dos poderes de administração e disposição dos bens ou, por outras palavras, tornar mais habituais os casos de administração da massa pelo devedor”*. Não nos cabe aqui o estudo da administração da massa pelo devedor, pelo que prosseguiremos com a análise dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa.

⁴²SERRA, Catarina, Os efeitos patrimoniais da insolvência após a alteração da Lei nº 16/2012 ao Código da Insolvência, in Revista Julgar, nº 18, Coimbra Editora, 2012.

⁴³ Também MARIA JOSÉ COSTEIRA entende que a alternativa legislativa não se considera *“adequada enquanto medida apta a exercer uma função repressora e simultaneamente preventiva dos comportamentos que podem levar à insolvência”*. Vide *A Insolvência de pessoas coletivas - Efeitos no insolvente e na pessoa dos Administradores* in Revista Julgar, nº 18, pág. 171, Coimbra Editora, 2012

III. Outra das sanções previstas para as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa, e não alterada pela revisão do C.I.R.E., é a sua inibição para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa. Sendo que a lei não define quais os critérios a ter em conta para se apurar o período de produção e os efeitos, a doutrina tem entendido que se deve atender ao grau de culpa e ao comportamento do próprio devedor. A lei espanhola estabelece no artigo 172º 2 da *Ley Concursal* que o juiz deve atender à gravidade dos factos e ao montante dos danos, para graduar a medida, e parece-nos que é essa a solução a seguir.

A sanção constante da alínea c) do art. 189º é uma sanção que bem se compreende e que não sofreu alterações com a revisão legislativa de Maio de 2012. O legislador expressa aqui uma certa suspeita, legítima, quanto à actuação no mercado económico de alguém que, com dolo ou culpa grave, criou uma situação de insolvência ou contribuiu para o seu agravamento, ao mesmo tempo que pretende defender a credibilidade do comércio bem como do exercício de certos cargos⁴⁴. A sanção prevista na alínea c) é uma sanção “*natural no âmbito de um processo de insolvência, identificada que foi a causa e o responsável -, está, de forma impressiva, tutelado o interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial.*”⁴⁵

Também a alínea d) do artigo 189º, onde se prevê que o juiz determine a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente, detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos, não sofreu alterações. Esta previsão pretende evitar que os outros credores fiquem prejudicados pela existência de créditos a favor de quem, culposamente, criou ou agravou uma situação de insolvência⁴⁶. Para MENEZES LEITÃO, estamos perante “uma situação de confisco-

⁴⁴ Entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão proferido a 02/07/2012, Proc. 2273/10.1TBLRA-B.C1, que esta previsão legislativa não contém qualquer “*finalidade sancionatória ou punitiva; não se trata nunca de punir o dolo ou a culpa constitutiva ou agravadora da situação de insolvência, mas de tutelar um interesse colectivo axiológica e sistemicamente relevante.*”

⁴⁵ ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, op. Cit. pág. 983

⁴⁶ Está aqui em causa a tutela do património dos credores, ligada à finalidade primordial do processo de insolvência – a liquidação do património do devedor insolvente. Vide ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, Op. Cit. pág. 983

sanção”⁴⁷ na medida em que os afectados pela qualificação perdem o direito a créditos, como penalização por terem criado ou agravado culposamente a situação de insolvência. MARIA JOSÉ COSTEIRA⁴⁸ defende a interpretação restritiva da norma porquanto a mesma, sendo estabelecida de forma abstracta e sem ter em conta o grau de culpa do sujeito, valor, origem e natureza dos créditos, pode ser desproporcionada. O facto de o C.I.R.E. não estabelecer um limite temporal para a restituição de créditos deverá obrigar a que o juiz, na sentença, fixe uma data limite que deverá ser balizada pelo prazo máximo de três anos que antecederam o início do processo.

Mas é a alínea e), enxertada no preceito em análise pela Lei nº 16/2012, que, certamente, constitui a alteração mais significativa ao regime da Insolvência Culposa. Agora, depois de identificar as pessoas afectadas pela qualificação, o juiz deve condená-las a indemnizar os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças do respectivo património, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados.

Desta alínea retira-se que o juiz condena as pessoas afectadas pela qualificação ao pagamento dos créditos não satisfeitos com as forças da massa, no entanto, o nº 4 do mesmo artigo refere que na aplicação do disposto na alínea e) do nº 2, *“o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efectuar em liquidação da sentença.”*

MARIA JOSÉ COSTEIRA⁴⁹ critica a referência a um *“montante de prejuízos sofridos”*, já que aquilo que o nº 2 prevê é a condenação no pagamento dos créditos não satisfeitos e não, propriamente, o pagamento de uma indemnização por danos sofridos.

Não nos propriamente incorrecta aquela expressão porquanto *“créditos não satisfeitos”* são, na verdade, *“prejuízos sofridos”*. Efectivamente, os credores do devedor insolvente que não obtêm a satisfação de parte, ou da totalidade, dos seus créditos, sofrem, além de outros, esses mesmos prejuízos. Mas, independentemente da escolha infeliz, ou não, do legislador na expressão utilizada pelo nº 4 do art. 189º, cabe referir que esta solução não é uma *“original alteração”*. Na verdade, no

⁴⁷ LEITÃO, Luís Menezes, Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina 2009

⁴⁸ COSTEIRA, MARIA JOSÉ, *A insolvência de pessoas colectivas, Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*, in Revista Julgar, nº 18, pág. 161 a 173, Coimbra Editora, 2012

⁴⁹ COSTEIRA, MARIA JOSÉ, *Comentários à Proposta de Lei 39/XII*, 27 de Janeiro de 2012

Anteprojecto do C.I.R.E, previa-se, precisamente, a “condenação das pessoas afectadas a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados, determinando-se na própria sentença o montante da indemnização ou os critérios aplicáveis à sua quantificação”, na alínea e) do art. 171º (correspondente ao actual 189º), e na alínea f) previa-se a repartição da obrigação de indemnizar nas relações entre os diferentes responsáveis quando a responsabilidade fosse solidária em virtude da imputabilidade do acto danoso a mais do que uma pessoa.

As soluções do Anteprojecto acabaram por ser abandonadas, “deixando para trás um efeito que se reconduz ao “verdadeiro pilar responsabilizador de um sistema falimentar”⁵⁰.

Com a revisão do C.I.R.E. em 2012, o legislador veio recuperar a alínea e), mais uma verdadeira sanção para o devedor que actua com dolo na criação ou agravamento da sua situação de insolvência.

Estamos com CATARINA SERRA quando diz que “a importância da matéria e a preocupação em interpretar bem o respectivo regime advêm da gravidade destes efeitos [do art.189º] que, não obstante a qualificação da insolvência ser um instituto declaradamente civil, constituem verdadeiras sanções punitivas ou mesmo “penas civis”⁵¹.

Na verdade, as consequências para o afectado pela qualificação da insolvência como culposa são duras sanções que visam punir aqueles que dolosamente prejudicaram o património dos credores do insolvente, sendo o regime dos efeitos da qualificação “sintomático da vontade legal em punir de forma exclusiva, absoluta e mais severa.”⁵²

Refira-se que o acórdão do Tribunal Constitucional ⁵³ que declarou a inconstitucionalidade da norma que previa como efeito decorrente da qualificação da insolvência como culposa, a inabilitação do afectado, chegou a comparar aquela

⁵⁰ Vide EPIFÂNIO, ROSÁRIO *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in “Direito e Justiça”, vol. XIX, t. II, 2005, p. 202

⁵¹ SERRA, Catarina, “Decoctor Ergo Fraudator” *Cadernos de Direito Privado*, Nº 21, Ano 2008, págs. 54 a 71

⁵² SERRA, Catarina, *As novas tendências do Direito Português da insolvência, Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto do Código da Insolvência*, Colóquio “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, organizado pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça e realizado na Universidade Nova de Lisboa a 16 de Julho de 2003.

⁵³ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 73/2009, Proc. n.º 777/08 publicado em *Diário da República*, 1.ª série—N.º 85—4 de Maio de 2009

sanção às previstas no âmbito do direito penal – “a inabilitação prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 189º do CIRE só pode, pois, ter um alcance punitivo, traduzindo-se numa verdadeira pena para o comportamento ilícito e culposo do sujeito atingido. Sintomaticamente, a sua duração é fixada dentro de uma moldura balizada por um mínimo e um máximo, tal como as penas do foro criminal. E os critérios para a sua determinação, em concreto, não andarão longe dos que operam nesta área (designadamente, o grau de culpa e a gravidade das consequências lesivas), pois não se vê que outros possam ser utilizados.”

IV. Além dos efeitos constantes do artigo 189º do C.I.R.E., os mais gravosos para os afectados pela qualificação da insolvência como culposa, encontramos na lei outros efeitos inerentes a essa qualificação. Estes efeitos não constam do artigo 189º por, nas palavras de CARVALHO FERNANDES⁵⁴, “decorrerem, ipso iure, de factos que relevam na qualificação da insolvência como culposa, enquanto os contidos nas alienas do n.º 2 do artigo 189º dependem da decisão judicial específica relativa a essa qualificação.”

Com efeito, o CIRE atribui relevância à qualificação da insolvência como culposa noutros preceitos, nomeadamente no art. 228º n.º 1 alínea c) segundo o qual aquela qualificação, afectando a própria pessoa singular titular da empresa, determina que o juiz ponha termo à administração da massa insolvente pelo devedor.

Também o artigo 238º, nas suas alíneas b), e) e f), prevê situações em que o pedido de exoneração do passivo restante⁵⁵ é liminarmente indeferido por razões ligadas à culpabilidade na insolvência – na alínea b) estabelece-se que o pedido de exoneração é indeferido liminarmente se o devedor, com dolo ou culpa grave, tiver fornecido por escrito informações falsas ou incompletas sobre as suas circunstâncias económicas com vista à obtenção de crédito ou de subsídios de instituições públicas ou a fim de evitar pagamentos a instituições dessa natureza; na alínea e) consagra-se o indeferimento liminar do pedido de exoneração se constarem no processo, ou vierem a constar, elementos que indiciem com toda a probabilidade a existência de culpa do

⁵⁴CARVALHO FERNANDES, Luís, *Op. Cit.*, 2005, Pág. 96

⁵⁵ “A exoneração do passivo restante é um regime particular de insolvência que redundando em benefício das pessoas singulares, com vista à obtenção do perdão da quase totalidade das suas dívidas remanescentes, mas que não tem por objectivo específico as dívidas da massa insolvente, representando um desvio enorme na finalidade, última do processo de insolvência, da satisfação dos interesses dos credores.”, Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/19/2012, Proc. n.º 1239/11.9TBBRG-E.G1.S1, disponível in www.dgsi.pt

devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência, nos termos do 186º; e na alínea f) estabelece-se que a condenação do devedor por sentença transitada em julgado por algum dos crimes previstos e punidos nos artigos 227º a 229º do Código Penal nos 10 anos anteriores à data da entrada em juízo do pedido de declaração da insolvência ou posteriormente a esta data, implica também o indeferimento liminar do pedido de exoneração.

A qualificação da insolvência como culposa tem ainda repercussões no âmbito da cessação antecipada do procedimento de exoneração, prevista no art. 243º n.º 1, alínea c). Na verdade, de acordo com o referido preceito, antes ainda de terminado o período da cessão, o juiz deve recusar a exoneração quando a decisão do incidente de qualificação tenha concluído pela existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência.

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

Como se viu, os efeitos acima referidos decorrem, directamente, da verificação de factos que qualificam a insolvência como culposa. Mas estes efeitos têm uma duração limitada.

Com o encerramento do processo de insolvência cessam os efeitos decorrentes da declaração de insolvência, designadamente permitindo ao devedor recuperar o direito de disposição dos seus bens e a livre gestão dos seus negócios.

A solução acima mencionada está contida no artigo 233º, n.º 1, alínea a) e ressalva os efeitos da qualificação da insolvência como culposa. Assim, podemos dizer que com o encerramento do processo dá-se a cessação dos efeitos automáticos da insolvência que acima analisámos, bem como do direito a alimentos. No entanto, os efeitos cuja produção resultou da qualificação da insolvência como culposa não deixam de se verificar pelo encerramento do processo. Na verdade, e como vimos, os efeitos decorrentes da insolvência culposa têm uma vigência temporal que é fixada na sentença de qualificação pelo juiz e, como tal, aqueles efeitos só cessam no termo do prazo que lhes foi concretamente fixado.

Refira-se também que com o encerramento do processo de insolvência, os credores poderão exercer os seus direitos contra o devedor sem outras restrições que não as

incluídas no eventual plano de insolvência e plano de pagamentos e do nº 1 do art. 242º, que proíbe, durante o período da cessão, as execuções sobre os bens do devedor destinadas à satisfação dos créditos sobre a insolvência.

III. O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

i. Os Crimes Insolvenciais

O Código Penal (CP) dedica um dos seus capítulos – Capítulo IV do Título II do Livro II – aos crimes contra direitos patrimoniais. No âmbito desta categoria de crimes encontramos aqueles que comumente são designados por “crimes insolvenciais”. Podemos assim enquadrar os crimes insolvenciais como uma espécie do género crimes patrimoniais⁵⁶.

O crime de insolvência dolosa, previsto no artigo 227º⁵⁷; o crime de frustração de créditos previsto no artigo 227º-A; o crime de insolvência negligente, previsto no artigo 228º e o crime de favorecimento de credores, previsto no artigo 229º, são, todos eles, crimes insolvenciais. Partilham a característica de estarem, directa ou indirectamente, relacionados com uma situação de insolvência de determinado devedor.

Como escreve PEDRO CAEIRO⁵⁸, o elemento que se verifica nos quatro crimes que acima enumerámos e que possibilita a sua inclusão nos chamados crimes falenciais, ou insolvenciais, é “*a subordinação da punibilidade das condutas ao reconhecimento judicial de uma situação de impotência económica de um devedor*”.

Mas não basta que o devedor esteja insolvente. Para que possa haver punição pelas condutas descritas nas normas incriminadoras referidas é necessário o reconhecimento judicial da situação de insolvência – sendo esta uma condição de punibilidade e, simultaneamente, procedibilidade deste tipo de crimes.

É agente deste tipo de crimes o devedor ou o terceiro que aja com conhecimento ou em benefício do devedor. Como se lê no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

⁵⁶ CAEIRO, Pedro, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a Falência, a Sua Incriminação e a Reforma Dela)*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996.

⁵⁷ As referências a normas feitas neste Capítulo III entendem-se feitas ao Código Penal.

⁵⁸ CAEIRO, Pedro, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II.

de 11 de Setembro de 2010⁵⁹, “a lei penal é clara a este propósito; «o devedor que com intenção de prejudicar os credores (...)» (artigo 227º, nº 1); «O devedor que (...) destruir, danificar (...)» (artigo 227º-A, nº 1); «O devedor que (...)» (artigo 228º, nº 1); «O devedor que (...)» (artigo 229º, nº 1). Ademais, o nº 2 do artigo 227º, nº 2: «O terceiro que praticar algum dos factos (...) com o conhecimento do devedor ou em benefício deste (...)”.

No âmbito do processo de insolvência podem chegar aos autos indícios da prática de vários crimes, designadamente, dos crimes previstos nos artigos 227º a 229º-A do Código Penal. Quando assim aconteça, o juiz é obrigado a dar conhecimento dos mesmos ao Ministério Público para efeitos do exercício da acção penal – cfr. art. 297º n.º 1 do C.I.R.E..

Este mecanismo, previsto no C.I.R.E, só é desencadeado perante a indicição de factos que possam tipificar algum dos crimes insolvenciais previstos nos artigos 227º a 229º-A do Código Penal.

Como se pode ler no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa acima referido, “A instrução e o julgamento dos crimes insolvenciais, como os de todos os demais, processam-se naturalmente nos termos das leis de processo penal (artigo 299º do C.I.R.E.) Contudo, se estiver indiciada no próprio processo de insolvência a verificação de factos que importem a prática de qualquer um dos crimes insolvenciais acima referidos desencadeia-se, então, o funcionamento do mecanismo previsto no artigo 297º do C.I.R.E.” Esclarece ainda o Tribunal que “significa isto, no essencial, que se na instrução do processo ou posteriormente o juiz conhecer factos que indiciem a prática dos crimes mencionados, deve actuar em conformidade, dando conhecimento deles ao Ministério Público para que este exerça as suas competências.”

Este procedimento existia já no âmbito do CPEREF e manteve-se no C.I.R.E., bem como na nova redacção do Código.

⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Setembro de 2010, Proc. 1699/09.8TBBNV-G.L1-7 disponível em www.dgsi.pt

ii. O Crime do Artigo 227º Código Penal

I. O crime que para este trabalho releva é o previsto no artigo 227º do CP, o crime de insolvência dolosa, em relação ao qual, como vimos, o reconhecimento judicial da insolvência é uma condição de punibilidade, e simultaneamente procedibilidade⁶⁰, imposta pelo preceito incriminador. Noutras palavras, sem declaração judicial de insolvência – proferida por tribunal não penal - não pode ser instaurado procedimento criminal contra o agente nem pode este ser acusado do crime referido⁶¹.

De acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, a circunstância de existir reconhecimento judicial de insolvência satisfaz a condição de punibilidade/procedibilidade imposta pelo preceito incriminador, porém mais não faz do que reconhecer a situação de insolvência e, por isso, satisfazer um dos pressupostos do crime.

II. Verificada a supramencionada condição de punibilidade e procedibilidade, o legislador exige ainda, para que haja punição, que o devedor - com intenção de prejudicar os credores - tenha praticado um dos seguintes actos:

- i. Destruído, danificado, inutilizado ou feito desaparecer parte do seu património⁶²;
- ii. Diminuído ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida⁶³;
- iii. Criado ou agravado artificialmente prejuízos ou reduzido lucros⁶⁴; ou

⁶⁰ As condições de punibilidade podem ser definidas como os elementos que se situam fora da definição de crime e cuja presença constitui pressuposto para que a acção antijurídica tenha consequências a nível penal. Já as condições de procedibilidade constituem pressupostos processuais, condicionando o exercício de acção penal.

⁶¹ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de Novembro de 2011, Proc. nº 785/07.3TACBR.C1, disponível em www.dgsi.pt

⁶² Encontram-se aqui os actos que conduzem a uma diminuição real do património.

⁶³ Nesta alínea encontramos os actos que levam a uma diminuição fictícia do património.

⁶⁴ Nas duas últimas alíneas encontramos os actos que visam ocultar uma situação de insolvência conhecida do devedor ou retardar a verificação dessa mesma situação.

iv. Para retardar falência, comprado mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente. As condutas acima mencionadas visam, cada uma delas, e em última análise, a diminuição efectiva do património, podendo por isso dizer-se que o crime de insolvência dolosa é um crime de execução vinculada, porquanto o seu tipo objectivo “*consiste na prática de certos actos de diminuição real do património do devedor, diminuição fictícia do seu património líquido e de ocultação da situação patrimonial real*”⁶⁵. Com efeito, e como sintetiza o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Outubro de 2012, o crime de insolvência dolosa pode consistir numa diminuição simulada do património; numa dissimulação contabilística dos prejuízos ou dos lucros; ou num retardamento da apresentação à falência, mediante expedientes de compra e venda de mercadoria a crédito.⁶⁶

Mais acrescenta o Acórdão referido que aquelas condutas, todas elas dolosas, estão “*vinculadas à realização do estado de insolvência, uma vez que as mesmas foram determinantes para que tivesse ocorrido essa situação de desequilíbrio financeiro negativo, em que o passivo se sobrepõe inexoravelmente ao activo, mediante o qual o devedor se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.*”

As condutas referidas nos pontos i) a iii) supra traduzem-se em crimes de dano e de resultado, já que à sua consumação corresponde a produção de um resultado: a situação de insolvência. O mesmo é dizer que naquelas modalidades de acção estamos perante um crime de dano e de resultado. O resultado típico do crime de insolvência dolosa é, precisamente, o da criação da situação de insolvência.

Já no que toca à alínea d) do preceito, nosso ponto iv), estamos perante um crime de perigo abstracto e de mera actividade, já que não se exige aqui “*a prova da produção ou agravamento de um efectivo défice patrimonial*”.⁶⁷

III. A doutrina e a jurisprudência não são unânimes em relação ao bem jurídico tutelado pelo crime da insolvência dolosa. Tomando como definição de bem jurídico a que nos é dada por FIGUEIREDO DIAS⁶⁸ – “*a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem*

⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal, Universidade Católica Editora, 2008, p.626

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Outubro de 2012, Proc. n.º 833/03.6TAVFR.P2, disponível em www.dgsi.pt

⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, op. Cit.

⁶⁸ *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição., pág. 114 e seguintes

em si mesmo socialmente relevante, e por isso juridicamente reconhecido como valioso” – não é difícil compreender por que razão se dividem as opiniões no que toca ao critério e fundamento de tutela penal do crime de insolvência dolosa. A doutrina e a jurisprudência balançam entre o património do credor, por um lado, e o interesse público da confiança nas relações comerciais, por outro.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e PEDRO CAEIRO, o bem jurídico protegido pelo crime em estudo é, apenas, o património de outra pessoa. Para estes autores, o bem atacado pelas condutas previstas no artigo 227º do Código Penal é, exclusivamente, o património dos credores, e não o bom funcionamento da economia ou a confiança nas relações comerciais, como foi defendido, designadamente, por FERNANDA PALMA.⁶⁹ Já ESTRELA DE OLIVEIRA, parece considerar que o legislador procurou tutelar tanto o património como o interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial.

Parece-nos que os crimes insolvenciais, onde se enquadra o crime de insolvência dolosa, não ofendem unicamente o património dos credores mas também, necessariamente, o sistema económico, pelo que não logramos afirmar categoricamente que o património é o único bem jurídico que se coaduna com o regime dos crimes falenciais.

Ao mesmo tempo não podemos deixar de sublinhar que a principal – não nos parece única - preocupação do legislador com a incriminação da insolvência dolosa foi a de proteger o património dos credores, cuja lesão é, inquestionavelmente, digna de tutela e necessitada de pena.

Ora, a possibilidade de se ofender o património de outrem, no âmbito dos crimes insolvenciais, apenas existe quando exista crédito – mais precisamente, quando exista um devedor. Na verdade, só quem está obrigado a prestar a terceiros pode, mediante as suas condutas, lesar ou perigar os direitos a quem correspondem as suas dívidas. Como refere PEDRO CAEIRO⁷⁰, *“via de regra, o direito penal não incrimina o simples incumprimento contratual, o qual deve encontrar remédio nos meios processuais civis. Simplesmente, esse incumprimento torna-se em ofensa criminal ao património dos credores no exacto momento em que os meios civis são insuficientes para o remediar.”*. No mesmo sentido pode ler-se no Acórdão do Supremo Tribunal

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, op. Cit., *apud* PALMA, FERNANDA, Aspectos penais da insolvência e da falência, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995.

⁷⁰ CAEIRO, Pedro, Op. Cit. pág. 231.

de Justiça de 27 de Abril de 2011⁷¹ que “a intervenção mínima do direito penal significa, pois, que só deve intervir quando a tutela conferida pelos outros ramos do ordenamento jurídico não for suficientemente eficaz para garantir a manutenção dos valores e bens considerados vitais ou fundamentais da pessoa ou da sociedade”.

Nas palavras de CAEIRO, o momento em que o incumprimento referido se torna uma ofensa criminal ocorre quando “o devedor se coloca numa situação em que o seu activo já não é suficiente para prover ao passivo, violando o dever de manter um volume patrimonial suficiente para a completa satisfação dos credores.”

Seguimos o entendimento do Autor quando afirma que a insolvência resulta num dano para a globalidade dos credores – traduzido na impossibilidade de verem satisfeitos os seus direitos de crédito – sendo, como tal, legítimo concluir que as condutas integradoras da insolvência dolosa provocam uma ofensa ao bem jurídico património. Mas acrescentamos que o sistema económico, mais precisamente o sistema de crédito, também é ofendido pela prática do crime de insolvência dolosa.

Com a incriminação das condutas acima referidas e a criação deste tipo de crime, o legislador visa tutelar, do ponto de vista criminal, o património de outrem. E este objectivo está em consonância com o primeiro e último propósito do processo de insolvência: a satisfação dos credores.

Também no âmbito do incidente da qualificação do incidente de insolvência o legislador terá procurado tutelar os dois bens que acima mencionámos – o interesse público da segurança e confiança do tráfego económico e comercial, tutela que é evidente nas sanções previstas no art. 189º, alíneas b) e c), e o património, cuja defesa é acautelada pelas sanções previstas nas alíneas d) e e) do preceito referido.

Para ESTRELA DE OLIVEIRA⁷², em termos genéricos, pode afirmar-se que “*quer no direito penal, quer no direito mercantil, especialmente no incidente de qualificação, procurou o legislador tutelar os mesmos bens ou interesses*”.

Tal como todos os crimes insolvenciais ou falenciais que, como se disse, se caracterizam pelo facto de a sua punibilidade estar subordinada ao reconhecimento judicial de uma situação de insolvência do devedor, o crime de insolvência dolosa é um crime específico puro ou próprio, na medida em que só pode ser praticado por

⁷¹Disponível in www.dgsi.pt, Processo nº 456/08.3GAMMV

⁷²ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, op. Cit. pág. 945

determinadas pessoas. Por outras palavras, a ilicitude da conduta depende de uma qualidade do agente. Assim, podem ser agentes do crime:

- i. A pessoa humana que pode ser declarada insolvente;
- ii. A pessoa humana que aja como titular dos órgãos ou representante de uma pessoa colectiva, sociedade ou associação de facto devedora (artigo 12º nº 1, alínea a)).
- iii. O terceiro (não representante do devedor) que praticar os actos típicos com conhecimento do devedor ou em benefício deste, mesmo quando não se prove o acordo com o devedor – art. 227º nº 2 do CP.
- iv. Quem tenha exercido a gestão de facto ou direcção efectiva de pessoa colectiva, sociedade ou associação de facto, e tenha praticado um dos factos elencados no nº 1 do 227º – art. 227º nº 3 do CP.

Além da qualidade do agente do crime, para que o mesmo seja punido é necessário, como vimos, que o agente tenha agido com dolo.

A lei impõe, para que o tipo subjectivo se considere preenchido a prova da intenção do devedor ou do terceiro que aja com seu conhecimento ou em seu benefício, de prejudicar os credores. Por esta razão importa não esquecer a importância que pode deter o princípio do *in dubio pro reo*.

Tal como acontece no âmbito da insolvência culposa – onde, porém, é admitida a figura da culpa grave - o crime de insolvência dolosa admite qualquer modalidade de dolo, com apenas uma ressalva: o dolo eventual, modalidade de dolo em que o agente é indiferente ao resultado tido como possível da sua actuação, ou se conforma com a verificação do mesmo, não se coaduna com a conduta de simulação de situação patrimonial. Naturalmente, o agente só simula a situação patrimonial porque tem a intenção de a simular, não é possível a simulação resultar de uma actuação com dolo eventual.

IV. Cabe, finalmente, observar a pena cominada para a prática do crime de insolvência dolosa. Determinou o legislador que aquele que cometesse o crime em análise seria punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

Os limites actuais da pena resultaram da entrada em vigor do C.I.R.E., em 2004, que introduziu uma agravação para os crimes de insolvência dolosa, frustração de

créditos, insolvência negligente, assim como o favorecimento de credores, quando da prática de tais ilícitos resultar a frustração de créditos de natureza laboral.⁷³ Anteriormente, o devedor que praticasse o mesmo crime era punido “com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.” Com a alteração ao Código Penal por via do Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março, o artigo 227º foi alterado com o limite máximo da pena de prisão a ser aumentado de três para cinco anos e com a definição do limite máximo da pena de multa, fixado em 600 dias.

IV. O CONFRONTO ENTRE AS DUAS FIGURAS – A INSOLVÊNCIA CULPOSA E O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

A análise individual de cada uma das duas figuras – a da insolvência culposa no âmbito do C.I.R.E. e a da insolvência dolosa no âmbito do Código Penal - permite-nos agora uma análise comparada da forma como os dois regimes se tocam, no que se afastam e de que maneira uma das figuras é mais “ampla” que a outra.

Como se disse na introdução, a qualificação da insolvência como culposa, no âmbito do processo de insolvência, não releva no plano da decisão de causas penais em que o insolvente seja arguido, podendo dizer-se que a eficácia da qualificação se reduz àquele processo⁷⁴. É o artigo 185º do C.I.R.E. que consagra a autonomia das causas penais e das acções a que alude o nº 3 do artigo 82º⁷⁵ relativamente às decisões proferidas no âmbito do incidente de qualificação. Esta autonomia “*concretiza-se na circunstância de a decisão factual proferida no incidente não vincular o juiz dessas causas e na inexistência de uma relação de prejudicialidade entre a qualificação*”

⁷³ Preâmbulo do DL nº 53/2004 de 18/03/2004, Nota 50

⁷⁴ A decisão factual proferida no incidente não é vinculativa para o juiz da causa penal. “No caso de ter havido uma decisão que tenha qualificado a insolvência como culposa, os factos dados por provados no incidente e que fundamentaram a decisão não têm naquelas outras causas e acções qualquer valor específico – o juiz destas acções está livre para considerar como não provados factos que no incidente foram dados por provados. No caso de a insolvência ter sido, no incidente considerada fortuita, o juiz não fica impedido de considerar como provados factos que no incidente foram considerados como não provados ou sobre os quais nem sequer incidiu qualquer decisão factual.” – Vide ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, op. Cit. pág. 937

⁷⁵ O preceito prevê as acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros; acções destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência; as acções contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente.

*jurídica decidida no incidente e essas mesmas causas.*⁷⁶” Assim, ainda que no âmbito do processo de insolvência, a insolvência seja qualificada como culposa, o tribunal competente para decidir as causas penais pode não concluir pela prática de um crime de insolvência dolosa.

Mas havendo decisão penal condenatória do crime de insolvência dolosa, a qualificação da insolvência no âmbito do tribunal não penal, a ocorrer posteriormente, já deverá ser afectada. Como reparam JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES⁷⁷, “na eventualidade, porventura rara, de ser proferida sentença condenatória que identifique a prática, pelo devedor, de qualquer dos actos a que se reporta o artigo 186º, antes de estar proferida a decisão do incidente de qualificação da insolvência, esta não pode deixar de a ter em conta e conformar-se com ela, apesar do silêncio do artigo 185º sobre a questão.”⁷⁸

É de referir a posição de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE relativamente a este aspecto, na medida em que o autor, embora conceda que a declaração judicial de insolvência constitui uma condição objectiva de punibilidade, entende que aquela deve ter uma “conexão histórica com os actos típicos, já que a declaração de insolvência resultante de causas fortuitas, ainda que anteriores, contemporâneas ou posteriores aos referidos actos típicos, não é condição de punibilidade.” Parece-nos entender este autor que, no caso de a insolvência ser qualificada como fortuita no âmbito do processo de insolvência, a declaração de insolvência não preenche a condição de punibilidade. O autor chama a atenção para os casos especialmente difíceis em que para a situação de insolvência tenham concorrido actos fortuitos, além de actos típicos praticados pelo agente ou por terceiro nos termos do art. 186º nº 2 do C.I.R.E.. Nessa situação, deverá então apurar-se quais os factores determinantes da situação de insolvência. Entendendo-se que determinantes foram os actos típicos, estabelece-se uma conexão histórica entre estes actos e a declaração de insolvência e deverá considerar-se verificada a condição de punibilidade. Permanecendo a dúvida, entende PINTO DE ALBUQUERQUE que não se deve considerar verificada a

⁷⁶ ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, op. Cit. pág. 941

⁷⁷ LABAREDA, João e CARVALHO FERNANDES, Luís, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa 2008

⁷⁸ ESTRELA DE OLIVEIRA não vai tão longe defendendo apenas que os “factos provados em sentença penal condenatória de arguido a quem foi dada a oportunidade de contraditar a matéria da acusação, apresentando as suas razões de facto e de direito, deverão ser dados por provados no incidente se aquele for um dos visados pelo propósito final do incidente de qualificação” mas ressalvando que “são os factos que estão aqui em causa e não qualquer consideração jurídica, designadamente ao nível da culpa – Vide op. Cit. pág. 942

condição objectiva de punibilidade. Considera assim o autor que não basta uma qualquer declaração de insolvência, é preciso que no âmbito do processo de insolvência não tenha esta sido qualificada de fortuita.

Por outras palavras, para este autor só será relevante para efeitos do disposto no artigo 227º do Código Penal, a declaração de insolvência em que se apurou, exclusivamente, a prática pelo agente dos actos típicos do n.º 2 do art. 186º do C.I.R.E..

Parece-nos ser de seguir esta orientação pelas razões que iremos expor adiante.

Já nas palavras de VIEIRA DA CUNHA, a decisão da qualificação da insolvência como culposa ou fortuita que resulte do incidente “*não faz caso julgado em processo penal*”⁷⁹.

Inquestionavelmente, o processo de insolvência e o processo penal são dois processos autónomos. Estamos perante uma autonomia processual, mas também substancial, já que um dos processos trata da responsabilidade penal, o outro da responsabilidade falimentar. As realidades são substancialmente diversas. Confirma, designadamente, esta autonomia o regime do artigo 300º do C.I.R.E. segundo o qual deve ser remetida ao tribunal da insolvência certidão do despacho de pronúncia ou de não pronúncia, de acusação e de não acusação, da sentença e dos acórdãos proferidos no processo penal. Como sublinham CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, “*este regime de envio de certidões de decisões confirma a já referida autonomia plena dos dois processos. Essa autonomia será ainda mais significativa quando, por motivos de repartição de competências em razões da matéria ou, pelo menos, do território os processos caíam em tribunais diferentes. O envio das certidões seria, na verdade, de todo em todo incompreensível, por constituir uma pura inutilidade, se os processos corressem apensos.*”

Não há, de facto, dúvidas de que os processos correm separados, mas vejamos em que medida se cruzam e de que forma estão ligados.

Para uma melhor compreensão da intercepção das figuras, “confrontámos” os dois institutos com quatro questões – Quem? Como? O quê? E com que consequências?.

Vejamos, em primeiro lugar, quem pode ser afectado pela qualificação da insolvência como culposa. Temos como resposta, o devedor, os administradores, de direito ou de facto, e, ainda, os Técnicos Oficiais de Contas e os Revisores Oficiais de Contas. Ora,

⁷⁹ vide, *Apontamentos sobre a Tramitação do novo Processo de Insolvência* in: “Maia Jurídica”, Jan. - Jun., de 2005, ano III, no1, pp. 27-28-29.

cabe agora perguntar quem pode praticar o crime de insolvência dolosa. A resposta é-nos dada pelo artigo 227º do Código Penal – o devedor, terceiros com conhecimento do devedor ou em benefício dele, ou, ainda, sendo o devedor uma pessoa colectiva, uma sociedade ou uma mera associação de facto, quem tenha exercido de facto a gestão e a direcção.

Parece-nos que não será impossível que os Técnicos Oficiais de Contas, bem como os Revisores Oficiais de Contas, casuisticamente, se possam considerar terceiros que ajam em benefício ou, pelo menos, com conhecimento do devedor, pelo que teremos aqui uma correspondência perfeita entre aqueles que podem ser os agentes do crime de insolvência dolosa e as pessoas que podem ser afectadas pela qualificação da insolvência como culposa.

No que toca ao “como”, interessa-nos aqui um elemento subjectivo que se traduz na vontade daquele que pratica os actos que configuram tanto o crime de insolvência dolosa, como a insolvência culposa. Relativamente à insolvência culposa, o afectado pela qualificação terá que ter tido uma “actuação dolosa ou com culpa grave”, excluindo-se apenas do conceito de insolvência culposa a culpa leve e a levíssima, sendo que a culpa levíssima se verifica quando o agente omita deveres de cuidado que só alguém excepcionalmente diligente e prudente teria observado e a leve verifica-se quando o agente não observa deveres de cuidado que uma pessoa normalmente diligente teria adoptado; no que toca ao crime de insolvência dolosa, o autor age “com intenção de prejudicar os credores”, ou seja com dolo.

Verifica-se, assim, que a exigência do legislador não é a mesma em relação às duas figuras – enquanto para a consumação do crime de insolvência dolosa é necessário que o agente tenha actuado com dolo, a insolvência culposa basta-se com culpa grave. A figura criminal é, naturalmente, mais rígida do que a figura prevista no C.I.R.E. Podemos dizer que as duas figuras se tocam relativamente ao dolo, já quanto à culpa grave a mesma só é relevante no âmbito da figura da insolvência culposa. Convém também referir que no âmbito do crime de insolvência dolosa, se ressalva a figura do dolo eventual, porquanto aquele não se coaduna com uma conduta de simulação de situação patrimonial.

Confrontemos agora os actos cuja prática leva à qualificação da insolvência como culposa, com os actos que consubstanciam o crime de insolvência dolosa. Procuraremos estabelecer uma correspondência entre as condutas a que a lei atribui

relevância penal e os actos que o C.I.R.E. elenca como presunções cuja verificação leva à qualificação da insolvência como culposa.

Um dos actos que se integra na previsão do crime de insolvência dolosa, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 227º do CP, é a destruição, danificação, inutilização ou a ocultação do património. No C.I.R.E encontramos precisamente esta conduta elencada como uma das presunções de insolvência culposa do artigo 186º - *“Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto tenham: a) Destruido, danificado, inutilizado, ocultado ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor”*. Temos aqui a mesma conduta qualificada no Código Penal como crime, e no C.I.R.E. como presunção de insolvência culposa.

A alínea b) do artigo 227º do Código Penal qualifica também de conduta criminosa aquela que se traduz na diminuição fictícia do activo, invocação de dívidas supostas, reconhecimento de créditos fictícios com incitação de terceiros a apresentá-los, ou a simulação, por qualquer outra forma, de uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organização da contabilidade apesar de devida.

É na alínea h) do n.º 2 do art. 186º do C.I.R.E. que encontramos uma parcial correspondência com a actuação acima descrita. Nesta alínea, o legislador refere-se ao incumprimento em termos substanciais da obrigação de manter contabilidade organizada, a manutenção de uma contabilidade fictícia ou de uma dupla contabilidade, ou a prática de irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor. Na norma penal aquilo que releva é, no fundo, a simulação de uma situação patrimonial inferior à realidade cujo forma de levar a cabo é exemplificada pelo legislador: através de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organização da contabilidade apesar de devida. Parece-nos que não podemos equiparar totalmente as duas previsões, no entanto, podemos integrar as condutas da alínea h) na previsão da alínea b) do 227º do C.P. – assim se, por exemplo, for mantida uma contabilidade fictícia (expressão do C.I.R.E.) que se traduz numa simulação de situação patrimonial inferior à realidade (expressão do CP), a conduta integra o crime de insolvência dolosa.

Prevê também o artigo 227º do Código Penal como conduta criminosa, a criação ou o agravamento artificial de prejuízos ou de redução de lucros. Encontramos correspondência literal desta previsão na alínea b) do nº 2 do artigo 186º do C.I.R.E., que considera culposa a insolvência do devedor que não seja pessoa singular, quando os seus administradores tenham criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com ele especialmente relacionadas.

Por último, determina o artigo 227º do CP na sua alínea d) que será punido o devedor que, para retardar falência, compre mercadorias a crédito com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente. Mais uma vez, encontramos uma correspondência quase literal desta conduta no C.I.R.E. Dispõe a alínea c) do nº 2 do 186º que a insolvência será culposa quando os administradores tenham “comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação”.

Face ao exposto podemos dizer que relativamente às condutas incriminadas pelo legislador no âmbito da insolvência dolosa encontramos correspondência no C.I.R.E. Por outro lado, temos no Código da Insolvência condutas que levam, inexoravelmente, à qualificação da insolvência como culposa, porém, e ao contrário das que acima referimos, não integram o crime de insolvência dolosa.

Assim, a disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros – prevista na alínea d) do nº 2 do 186º; o exercício, a coberto da personalidade colectiva da empresa se for o caso, de uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa – prevista na alínea e); o uso contrário ao interesse do devedor do seu crédito ou dos seus bens, em proveito pessoal ou de terceiros designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto – prevista na alínea f); o prosseguimento, no seu interesse pessoal ou de terceiro, de uma exploração deficitária, não obstante saberem que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência – prevista na alínea g); e o incumprimento de forma reiterada dos deveres de apresentação e de colaboração até à data de elaboração do parecer referido no nº 2 do artigo 188º - previsto na alínea i); não constituem crime sendo, todavia, condutas cuja verificação leva automaticamente, à qualificação da insolvência como culposa.

Estas condutas são notória e compreensivelmente menos graves do que as referidas antes, pelo que se compreende que não encontrem correspondência no Código Penal, o que só aconteceria se o legislador tivesse feito um integral decalcamento do regime da insolvência culposa do C.I.R.E e não uma selecção de condutas criminosas.

Compreende-se também que as condutas do nº 3 do artigo 186º, que no Capítulo I classificamos como presunções relativas, não sejam relevantes para efeitos penais. Pois se a verificação daquelas presunções permite ao devedor provar que não interferiu com a criação ou agravamento da situação de insolvência, não faria sentido que as mesmas constituíssem crime.

Falta-nos, por último, distinguir as consequências em que incorre o afectado pela qualificação da insolvência como culposa e a pena prevista para aquele que pratica o crime de insolvência dolosa.

Vimos no Capítulo II que o legislador cominou verdadeiras sanções para as pessoas afectadas pela qualificação culposa da insolvência – inibição para administrar patrimónios de terceiros; inibição para o exercício do comércio, bem como a ocupação de certos cargos; a perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente; condenação na indemnização aos credores do devedor no montante dos créditos não satisfeitos. Estas sanções, pela sua severidade, são verdadeiras penas civis, sendo que algumas podem ter uma duração, máxima, de dez anos.

No crime de insolvência dolosa, a pena, como também referimos acima, pode ir até aos cinco anos de prisão ou aos 600 dias de multa.

Naturalmente, não encontramos correspondência entre a pena penal e a pena civil, já que a pena criminal não pode ser comparada com a sanção falimentar, apontando-se apenas como semelhança o facto de a cominação legislativa para o afectado pela qualificação da insolvência como culposa ser, como a pena do foro criminal, balizada por um mínimo e um máximo.

Aqui chegados podemos concluir que a figura da insolvência culposa prevista no C.I.R.E., encontra-se, em grande parte, espelhada no crime de insolvência dolosa. ESTRELA DE OLIVEIRA⁸⁰ fala de uma “*relação de interconexão*” entre as normas penal e mercantil, que se verifica tanto em relação ao incidente como ao próprio processo de insolvência. Não há, no entanto, um reflexo total do instituto civil no

⁸⁰Op. Cit. pág. 941

instituto penal, sendo que a figura da insolvência culposa é forçosamente mais ampla, abarcando mais comportamentos do que o crime de insolvência dolosa.

i) Uma dualidade de sistemas sancionatórios?

Da análise individual e comparada das duas figuras falta referir que se verifica no nosso direito uma dualidade de sistemas sancionatórios mas, como sublinha ESTRELA DE OLIVEIRA ⁸¹, não podemos equipará-la a uma sobreposição de sanções entre os dois sistemas – no âmbito do C.I.R.E temos sanções civis, na redacção do artigo 227º do Código Penal temos as típicas penas criminais, a pena de prisão e, em alternativa, a pena de multa.

Ainda assim, cabe atentar brevemente em duas normas do Código Penal que contêm sanções criminais que, apenas aparentemente, se podem confundir ou sobrepor às sanções civis.

Dispõe o artigo 66º do Código Penal que “*o titular do cargo público, funcionário público ou agente da administração, que, no exercício da actividade para que foi eleito ou nomeado, cometer crime punido com pena de prisão superior a três anos, é também proibido do exercício daquelas funções por um período de dois a cinco anos quando o facto: a) for praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes; b) revelar indignidade no exercício do cargo; ou c) implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função.*” Numa primeira leitura este preceito remete-nos para a sanção prevista na alínea c) do nº 2 do artigo 189º do C.I.R.E – a inibição das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa para o exercício do comércio bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa. Acontece que, o preceito penal não inclui “*as actividades de comércio ou indústria que não se possam subsumir ao conceito de cargo, este com uma forte ligação à realização de interesse público*”⁸², pelo que só residualmente se podem considerar abrangidas pela dita previsão “*as pessoas visadas pela declaração de insolvência e/ou os administradores de direito ou de facto da pessoa visada*”, quer as pessoas visadas pelo crime de insolvência dolosa.

⁸¹ESTRELA DE OLIVEIRA, Rui, op. Cit., pág. 945

⁸²*idem*

Por sua vez, o artigo 100º do Código Penal determina no seu nº 1 que “*quem for condenado por crime cometido com grave abuso de profissão, comércio ou indústria que exerça, ou com grosseira violação dos deveres inerentes, ou dele for absolvido só por falta de imputabilidade, é interdito do exercício da respectiva actividade quando, em face do facto praticado e da personalidade do agente, houver fundado receio de que possa vir a praticar outros factos da mesma espécie*”.

Temos aqui uma medida de segurança que remete para a prática de crime cometido ou com grave abuso de profissão/comércio/indústria ou com violação grave dos deveres inerentes à mesma, pelo que podemos para esta norma ser remetidos por via do crime da insolvência dolosa. Todavia, para que seja imposta esta medida de segurança é imperativo que haja “*fundado receio*” de que o agente venha a praticar factos do mesmo género, exigência que não se verifica no âmbito da insolvência culposa nem na criminalização da insolvência dolosa.

Acresce a esta distinção o facto de com uma medida de segurança se pretender cumprir uma função de segurança e de socialização, e de as sanções previstas no artigo 189º nº 2 do C.I.R.E. terem uma função punitiva e dissuasora.

V. CONCLUSÃO

O processo de insolvência, pela sua infeliz actualidade, tem ocupado a jurisprudência, a doutrina e, naturalmente, escritórios de advogados.

No ano de 2012, o número de insolvências cresceu 39% em relação ao ano anterior e teme-se que no ano de 2013 seja ultrapassado este valor.

Propusémo-nos, neste trabalho, analisar, em primeiro lugar, o incidente de qualificação da insolvência, que visa apreciar as causas que levaram à situação de insolvência, as consequências da qualificação da insolvência como culposa e as alterações ao regime deste incidente com a Lei nº 16/2012 de 20 de Abril.

Vimos que com a nova lei se modificou o regime de abertura do incidente – que deixou de ser obrigatório em todos os processos -, alargou-se a extensão do âmbito dos sujeitos que podem ser afectados pela qualificação da insolvência culposa - também os Revisores Oficiais de Contas e os Técnicos Oficiais de Contas passam a poder ser responsabilizados no âmbito do incidente pela sua actuação -, e foi revisto o elenco de efeitos decorrentes daquela qualificação, tendo desaparecido a sanção da

inabilitação e tendo-se acrescentado a condenação dos afectados em indemnização a pagar aos credores do devedor no montante do créditos não satisfeitos.

Em segundo lugar, focámo-nos na figura da insolvência dolosa, crime previsto no artigo 227º do Código Penal, para o qual o legislador prevê uma pena de prisão que pode chegar até aos cinco anos e pena de multa até aos 600 dias.

Da análise individual de cada uma das figuras, partimos para uma análise comparada e concluímos que estão intimamente ligadas, podendo dizer-se que o crime é um espelho do instituto civil, embora não reflecta toda a imagem. Na verdade, há actos susceptíveis de qualificar a insolvência como culposa que não encontram correspondência nas condutas criminosas previstas pelo preceito penal. Por outro lado, todos os actos que constituem crime são presunções de insolvência culposa no âmbito do C.I.R.E., ou melhor, todos os comportamentos tipificados no artigo 227º do Código Penal encontram *guardada*⁸³ na definição geral de insolvência culposa acolhida no 186º nº 1 do C.I.R.E..

Creemos, assim, que não é possível desligar uma figura da outra. Na realidade, se várias das condutas que integram as presunções do artigo 186º nº 2 constituem, quando praticadas com dolo, condutas criminosas, e se o juiz, por via do artigo 297º do C.I.R.E., está obrigado a dar conhecimento ao Ministério Público de factos que indiciem a prática dos crimes previstos e punidos nos artigos 227º a 229º do Código Penal, sempre que a qualificação da insolvência como culposa acontecesse por via das alíneas a) a c) e h), o Ministério Público deveria ser informado para efeitos do exercício penal.

Indo mais longe, podemos dizer, genericamente, que nos casos apontados – ou seja, nos casos em que a insolvência seja considerada culposa por verificação das alíneas do nº 2 do 186º referidas – e verificando-se que houve dolo por parte do agente, e não culpa grave, deveria ter início, quase de forma reflexa, um processo-crime, a culminar, ou não, com uma condenação.

Por esta razão parece-nos que a afirmação de que “*a qualificação da insolvência no processo de insolvência não releva para efeitos penais*” deve ser tida com cautela já que, como patenteámos, a verificação de determinados factos que levam à qualificação da insolvência como culposa preenche, juntamente com a declaração

⁸³A expressão é de ESTRELA DE OLIVEIRA, em op. Cit..

judicial de insolvência, e, naturalmente, a intenção dolosa do agente, os pressupostos do crime.

Por outro lado temos de ser peremptórios ao afirmar que independentemente de existir crime, poderá sempre haver uma insolvência culposa, na medida em que várias das condutas previstas no nº 2 do artigo 186º não encontram correspondência no crime de insolvência dolosa.

Pelo exposto parece-nos difícil dizer que a qualificação da insolvência como culposa não releva para efeitos penais. Acresce que também não concordamos com a ideia, dominante na doutrina e na jurisprudência, de que a qualificação da insolvência como fortuita seja irrelevante para o processo penal. Na senda de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE pensamos que a declaração judicial de insolvência, não preencherá a condição objectiva de punibilidade do crime de insolvência dolosa quando a insolvência tenha sido criada por causas fortuitas, e, por isso mesmo, quando tenha sido qualificada como fortuita.

Temos assim que, em princípio, o número de processos-crime por insolvência dolosa deveria aproximar-se muito do número de insolvências culposas resultantes da verificação das alíneas a) a c) e h) do nº 2 do artigo 186º do CIRE. No entanto, a jurisprudência que encontramos sobre o crime de insolvência dolosa é parca e, em geral, a condenação é em pena de multa, havendo apenas condenação em pena de prisão quando se verifica a cumulação do crime de insolvência dolosa com outros crimes.

A nossa sociedade – embora, cada vez menos – tem uma tendência para resistir à efectiva condenação, no plano criminal, dos agentes que cometem crimes contra o património, sendo que estes crimes, onde se enquadram os crimes insolvenciais, são, aos olhos da nossa sociedade, facilmente mais “desculpáveis” do que outros tipos de crimes.

Mas não restam dúvidas de que a insolvência da empresa é um acontecimento grave para a economia e para a sociedade e que, quando a mesma resulte de uma actuação censurável dos seus titulares, estes não podem deixar de ser responsabilizados.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2010

BOTELHO, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Notas de Jurisprudência*, Livraria Petrony, 2009

CAEIRO, PEDRO, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a Falência, a Sua Incriminação e a Reforma Dela)*, *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 1996

CALDAS, LUÍS FILIPE, *A Propósito do Novo Artigo 227º-A do Código Penal Português – “A Frustração de Créditos”*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, Nº4, Outubro-Dezembro 2003, Coimbra Editora

CARVALHO FERNANDES, LUÍS,

A Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*”, 2005

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na Evolução do Regime da Falência no Direito Português, Estudos em Memória do Professor Doutor Arménio Marques dos Santos, Volume I, Almedina, 2005

Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo II, artigo 227.º, Coimbra Editora, pp. 402-433

COSTEIRA, MARIA JOSÉ

A insolvência de pessoas colectivas, Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores, in Revista Julgar, nº 18, pág. 161 a 173, Coimbra Editora, 2012

Comentários à Proposta de Lei 39/XII, 27 de Janeiro de 2012

EPIFÂNIO, ROSÁRIO *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in “Direito e Justiça”, vol. XIX, t. II, 2005

ESTRELA DE OLIVEIRA, RUI, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in “O Direito”, Ano 142º, 2010, V, pág. 931 a 987

FERNANDES, Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Sociedade Editora, 2008

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito da Insolvência*, 2012, 4ª Edição, Almedina

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, *A Insolvência da Sociedade e a Responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português*, in “Prim@Facie – Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba”, no 7, 2005, pp. 5-32, disponível em www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/jul_dez_o5.htm

SERRA, Catarina

O Regime Português da Insolvência, Almedina, 2012

“*Decoctor Ergo Fraudator*”, Cadernos de Direito Privado, Nº 21, Ano 2008

Os efeitos patrimoniais da insolvência após a alteração da Lei nº 16/2012 ao Código da Insolvência, in Revista Julgar, nº 18, Coimbra Editora, 2012

As novas tendências do Direito Português da insolvência, Comentário ao regime dos efeitos da insolvência sobre o devedor no Projecto do Código da Insolvência, Colóquio “O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, organizado pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça e realizado na Universidade Nova de Lisboa a 16 de Julho de 2003