

Escola de Ciências Sociais e Humanas

O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

GOMES MANUEL SOARES

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em direito das empresas e do trabalho

Orientador:

Doutor António do Espírito Santo,
Professor Auxiliar do ISCTE - IUL

Julho de 2019

“GRAVE EST FIDEM FALLERE” – (é grave trair a confiança ou faltar à palavra)

AGRADECIMENTOS

A Deus pela Fé e por tudo.

A Minha Mãe pelo amor.

Ao Padre Telmo e ao Padre Rafael, pelo amor paterno e sempre fraterno.

A Irma Nati e a Tia Montse, pelo carinho e acreditarem livremente em mim.

Ao Prof. António Espírito Santo, pela simplicidade e o apoio incansável ao longo deste trabalho.

Ao Prof. Manuel Pita, por todo o apoio desde o começo do curso.

Ao Prof. António Pereira de Almeida, pelo apoio ao longo do curso

Aos meus colegas e amigas Manuel Costa, Stanislau Kassongo.

Ao meu irmão João Lúcio, pelo seu apoio e amizade

A todos os rapazes do gaiato meus irmão fraternos.

RESUMO

Ao longo da minha carreira profissional tive a oportunidade de trabalhar como membro do conselho de administração, duas vezes em duas empresas diferentes, e neste percurso pude constatar em loco os esquemas fraudulentos montados pelos administradores destas empresas, salvaguardando interesses pessoais, defraudando o fisco, os credores e alguns sócios; digo alguns sócios, porque já constatei casos em que houve atuação fraudulenta dos sócios dentro da empresa em conluio com os administradores; que em consequência destas condutas fraudulentas verificou-se a situação insolvência destas empresas. E os credores assistirem seus créditos frustrados, sem a possibilidade de um processo viável para o apuramento de responsabilidades e a punição dos culpados. A custa destas fraudes conheço muita gente que enriqueceu. Sempre desejei que estas pessoas fossem responsabilizadas pelo seus atos.

E por coincidência, no ano letivo 2017/2018, estudamos várias unidades curriculares correspondentes ao 1.º ano do curso do mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho, e dentre elas, estudamos a de Contencioso societário e Direito da insolvência. A prima face, esta unidade curricular suscitou-me muito interesse, o de entender com detalhes a execução deste processo de insolvência. Sendo primeiro contacto, constatei a complexidade deste processo, mas dado o interesse optei em abordar o tema sobre “ O Incidente de Qualificação da Insolvência”, apesar da sua variedade conceptual.

As novidades do processo de insolvência baseado num plano de insolvência para a satisfação dos credores, motivou-me enfrentar este desafio árduo; e poder aprofundar com detalhes a materialização deste importante instituto jurídico no ordenamento jurídico Português.

Teremos como palavras chave: *Incidente, Qualificação, insolvência*

ABSTRACT

Throughout my professional career I have had the opportunity to work as a member of the board of directors, twice in two different companies, and in this course I was able to verify in loco the fraudulent schemes set up by the administrators of these companies, safeguarding personal interests, defrauding the tax authorities, creditors and some partners; I say some partners, because I have already seen cases where there was fraudulent action of the members within the company in collusion with the administrators; that as a result of these fraudulent conduct the insolvency situation of these companies was verified. And creditors watch their debts unsuccessfully, without the possibility of a viable process for clearance of responsibilities and punishment of the guilty. At the cost of these frauds I know a lot of people who have gotten rich. I have always wanted these people to be held accountable for their actions.

And coincidentally, in the 2017/2018 school year, we studied several curricular units corresponding to the 1st year of the Master's Degree in Business and Labor Law, and among them, we studied Corporate Litigation and Insolvency Law. The prima face, this curricular unit has given me much interest, to understand in detail the execution of this insolvency proceeding. Being the first contact, I noticed the complexity of this process, but given the interest I chose to address the issue of "The Incident of Qualification of Insolvency", despite its conceptual variety.

The novelties of the insolvency process based on an insolvency plan for the satisfaction of the creditors motivated me to face this arduous challenge; and to be able to deepen in detail the materialization of this important legal institute in the Portuguese legal system.

Key words: Incident, Qualification, insolvency

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	I
RESUMO	II
ABSTRACT.....	III
ÍNDICE	IV
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - A TRANSIÇÃO DO REGIME DA FALÊNCIA À INSOLVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	4
1. - A NECESSIDADE DA EVOLUÇÃO DAS NORMAS DO DIREITO E DA INSOLVÊNCIA EM PARTICULAR	4
1.1 - A TRANSIÇÃO DO REGIME DA FALÊNCIA À INSOLVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	4
1.2 - REGIME DA FALÊNCIA-LIQUIDAÇÃO REGULADO NO CPC DE 1939	5
1.3 - REGIME DA FALÊNCIA-SANEAMENTO REGULADO PELO CPEREF DE 1993	5
1.4 - CIRE ANTES E DEPOIS DA LEI 16/2012, DE 20 DE ABRIL	6
1.4.1 - REGIME DA INSOLVÊNCIA LIQUIDAÇÃO REGULADO NO CIRE DE 2004	6
1.4.2 - REGIME DA INSOLVÊNCIA RECUPERAÇÃO REGULADO NO CIRE DE 2012	7
CAPÍTULO II - A INSOLVÊNCIA NA SUA FASE DECLARATIVA	8
2. 1 - ENQUADRAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA DEVEDOR/CREDOR.....	8
2.2 - O PROCESSO DA INSOLVÊNCIA.....	8
2.3 - SUJEITOS PASSIVOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA	10
2.4 - CAUSAS E FUNDAMENTOS PARA O PEDIDO ABERTURA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA	11
2.5 - PEDIDO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA	12
2.6 - LEGITIMIDADE PARA O PEDIDO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA	12
2.7 - LEGITIMADOS PARA REQUERER A INSOLVÊNCIA.....	13
2.8 - DESISTÊNCIA DO PEDIDO OU DA INSTÂNCIA.....	14
2.9 - CONSEQUÊNCIAS DA DEDUÇÃO DO PEDIDO INFUNDADO	15
2.10 - OPOSIÇÃO À INSOLVÊNCIA.....	15
2.11 - SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA SUA IMPUGNAÇÃO DE PUBLICIDADE.....	15
2.12 - SENTENÇA DA DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA.....	15
2.13 - INCIDENTE DE CARATER PLENO	16
2.14 - TRAMITAÇÃO	16
2.15 - EFEITOS DO INCIDENTE DE CARATER PLENO.....	17
2.16 - INCIDENTE DE CARATER LIMITADO	18
2.17 - TRAMITAÇÃO	18
2.18 - EFEITOS DO INCIDENTE DE CARATER LIMITADA	19
2.19 - A INTERVENÇÃO DOS CREDORES NO INCIDENTE FACE A NÃO OBRIGATORIEDADE NA SUA ABERTURA NA SENTENÇA.....	19
2.20 - TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.....	20

CAPÍTULO III - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA.....	21
3.1 - CARACTERIZAÇÃO GERAL	21
3.2 - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA.....	21
3.3 - TIPOS DE INSOLVÊNCIAS	21
3.4 - QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA.....	22
3.4.1 - ENQUADRAMENTO DO ELEMENTO CULPA.....	22
3.4.2 - QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA	22
3.4.3 - EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA.....	25
3.4.4 - FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA DO DEVEDOR E DOS SEUS ADMINISTRADORES.....	25
3.4.5 - INSOLVÊNCIA CULPOSA DE CARATER LIMITADO.....	26
3.5 –A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO FORTUITA	26
3.6 - ENCERRAMENTO DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA E EXONERAÇÃO DO PASSIVO RELATIVAMENTE AS PESSOAS SINGULARES	26
CAPITULO – IV CONSEQUÊNCIAS DO INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA E AS GARANTIAS DOS CREDORES	28
4.1 – CONSEQUÊNCIAS DO INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA.....	28
4.1.1 - CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS E NÃO PATRIMONIAL	29
4.2 - AS GARANTIAS DOS CREDORES EM CONSEQUÊNCIA DA INSOLVÊNCIA CULPOSA.....	29
4.2.1 – GARANTIAS	29
4.2.1 - AS GARANTIAS DOS CREDORES EM CONSEQUÊNCIA DA INSOLVÊNCIA CULPOSA.....	30
FONTES	35
BIBLIOGRAFIA	36

SIGLAS

Art.º - Artigo

CC. - Código Civil

CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC - Código de Processo Civil

CP - Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades Comerciais

DL - Decreto - Lei

Ac. - Acórdão

AI - Administrador de Insolvência

Al./als. - Alínea/alíneas

CPREF - Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência

DR - Diário da República

Ed - Edição

Nº/Nºs - número/ números

Ob. Cit. - Obra Citada

P - página

SS - seguintes

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

BP. – Banco de Portugal

INTRODUÇÃO

Com o rápido desenvolvimento da sociedade, comprovou-se a indispensável necessidade da criação de leis e regras que visassem disciplinar e regular as relações dentro da sociedade, para que o homem não vivesse a merce dos seus desejos; foi assim que surgiram as normas jurídicas que permitem o tráfego jurídico num todo.

Nas economias de mercado, muitos dos intervenientes neste circuito para subsistirem com o equilíbrio necessário, precisam muitas das vezes o recurso ao crédito, também conhecido como “oxigênio para as empresas”; estes créditos são empréstimos a títulos devolutivos, mas nem sempre estas relações terminam nos termos acordado no contrato, ou porque o devedor se encontra insolvente ou por outras razões. É certo que tal situação é desconfortável até ao próprio devedor, uma vez que o mesmo vê a sua empresa a perdendo o poder produtivo e financeiro, registando serias dificuldades inclusive a incapacidade de cumprir as obrigações.

Por esta razão, os credores tendo seus direitos ao crédito prejudicado isso pode prejudicar o normal desempenho das suas atividades em outras dimensões.

Vale frisar que “a atividade económico é um círculo com diversos intervenientes, estes intervenientes se não cobram, não conseguirão pagar muitas vezes o que devem e daí pode resultar uma série de insolvências, com graves prejuízos para a economia do País¹. O credor deve receber para poder pagar os seus credores².”

Por isso, as relações comerciais desde sempre têm solicitado ao direito o suporte jurídico para a realização dos seus fins; nos dias de hoje ganham particular relevo as figuras jurídicas que tornam possível ou servem de meios reguladores dos interesses protegidos no negócio jurídico, e do conjunto das figuras jurídicas constituídas exatamente com este objetivo escolhemos para o objeto do nosso trabalho “O Incidente de Qualificação de Insolvência”. O incidente de qualificação da insolvência foi introduzido no ordenamento jurídico português pela primeira vez pelo DL 53/2004, de 18 de março, inspirado em alguns aspetos na congénere lei espanhola³.

¹ Alexandre Soveral Martins, Um curso de direito da insolvência, Almedina, p. 11.

² Muitas das vezes o dinheiro que o banco dá de crédito é dinheiro dos clientes, que os mesmos aplicaram e o banco paga juros sobre este dinheiro; por esta e outras razões o banco deve receber.

³ Ponto 40 n.º 4 do CIRE de 2004, O tratamento dispensado ao tema pelo novo Código (inspirado, quanto a certos aspetos, 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’, o qual é aberto oficiosamente em todos os processos de insolvência, qualquer que seja o sujeito passivo, e não deixa de realizar-

Muitas das vezes nos perguntamos, quais são as razões que levam certo devedor à situação de insolvência? E como é que o ordenamento jurídico português tem estado a tutelar estas situações tendo em vista a proteção dos interesses das partes envolvidas?

Sendo que, nas relações comerciais, não é novidade encontrar casos em que certo devedor é decretado insolvente por razões alheias a sua vontade ou a da dos seus administradores “insolvência fortuita”. Mas por outra, e no entanto, também não nos é estranho constatar casos em que o devedor chega a situação de insolvência simplesmente por razões estratégica do devedor ou dos seus administradores com simples intuito de defraudar os seus credores ou terceiros em proveito próprio “insolvência culposa ou dolosa”. Por estas razões vamos procurar entender;

Como apurar as causas que levaram à situação de insolvência de certo devedor? e como responsabilizar os culpados pela situação por eles causada.

Sendo que, o direito da Insolvência apresenta-se aqui como um complexo de normas jurídicas que tutelam a relação do devedor insolvente e os seus credores.

É do nosso conhecimento, que o princípio da responsabilidade civil⁴, é um instituto legal pelo qual o causador de um dano a outrem através de uma conduta culposa é chamado retirar o dano causado; foi nesta perspetiva que o legislador português pensou na elaboração do CIRE. Sendo também “um dos objetivos da reforma introduzida pelo CIRE de 2012, para se evitar assim as insolvências fraudulentas.

O processo de insolvência começa com a sentença que declara aberto o incidente de qualificação da insolvência, isto consequência de um pedido ou requerimento da declaração da insolvência que carece de uma análise dos fatos apresentados ao juiz.

E mesmo quando a sentença o não declarar - art.º 36.º n.º 1 al i) cabe aos interessados lesado impressionar a abertura do incidente - art.º 188.º n 1.

Ou seja, o maior direito do credor na responsabilização do gerente ou dos administradores do devedor, pressupõe uma maior intervenção do próprio credor.

se mesmo em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente (assumindo nessa hipótese, todavia, a designação de ‘incidente limitado de qualificação da insolvência’, com uma tramitação e alcance mitigados).

⁴ Art.º 483.º CC

O instituto da insolvência remonta, nomeadamente na celebre lei das XII tábuas⁵, foi um percurso longo até a concretização do CIRE. Neste seguimento delimitamos o trabalho em quatro capítulos, com os seguintes temas.

No CAPÍTULO – I, “A transição do regime da falência ao regime da insolvência no ordenamento jurídico Português”; nesta ordem de ideia, começaremos concretamente desde o regime da falência-liquidação regulado no CPC de 1939 até ao CIRE de 2012, Lei 16/2012 de 20 de abril. Vamos abordar do regime da Falência-liquidação regulada pelo CPC de 1939; do regime da Falência-saneamento regulado pelo CPEREF de 1993, e conseqüentemente, abordaremos do CIRE antes e depois da lei 16/2012, de 20 de Abril; (Insolvência liquidação e Insolvência recuperação).

Nesta sequência, ao longo dos três capítulos subsequentes, com todo interesse trataremos dos seguintes assuntos: no CAPÍTULO – II, A insolvência na sua fase declarativa; no CAPÍTULO - III, O incidente de qualificação da insolvência, e já no CAPÍTULO – IV, “Consequências do incidente de qualificação da insolvência e as garantias dos Credores”. Finalmente terminaremos o nosso trabalho com as merecidas notas conclusivas.

Importa frisar que os artigos ao longo deste trabalho sem a referencia do respetivo diploma legal, referem-se ao CIRE.

⁵ Lei das XII Tábuas, nesta era e com esta lei, depois do devedor confessar a dívida através *da confessio in iur*, davam-lhe alguns prazos para o pagamento da dívida, passado todos os prazos e, notando-se ainda o incumprimento da dívida o devedor tornava-se escravo do credor, o credor poderia vende-o numa outra cidade ou descorteja-lo.

CAPÍTULO I - A TRANSIÇÃO DO REGIME DA FALÊNCIA À INSOLVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1. - A NECESSIDADE DA EVOLUÇÃO DAS NORMAS DO DIREITO E DA INSOLVÊNCIA EM PARTICULAR

A natureza social e dinâmica do direito diante da realidade sociedade, o obriga a modificar-se constantemente, tanto da na sua forma quer na sua interpretação para poder com eficácia atingir os seus fins pretendidos, tendo em vista a justiça social.

Por esta razão, o direito é previsto sempre para o futuro, tendo em conta a eficácia da lei no tempo, visto que a norma como coação individual, geralmente vem acompanhada de uma sanção entendida sempre como necessária e adequada; e o direito da insolvência não foge a regra, encontra-se dentro deste dinamismo.

Vejam; o direito da insolvência remonta na lei das XII tábuas (450 a. C), neste era, a relação entre o credor e o devedor processava-se por meio de regras muito apertadas e muito concretas. Inicialmente, o devedor tinha de confessar a dívida, depois da dívida confessada, dava-se ao devedor prazos para o pagamento da dívida, passados os prazos e ainda assim verificado o incumprimento, o devedor era detido e passava a ser escravo do seu credor, e o credor tinha a possibilidade de o vender ou o esquitejar. E se o direito fosse estático? Hoje teríamos muita gente escrava ou esquitejada, e não é isso que se pretende com o direito.

O direito tem a função de encontrar as melhor soluções para os problemas sociais, “para grandes males grandes remédios”, os remédios aqui não podem ir contra a dignidade da pessoa humana; foi neste sentido que o direito da insolvência encontrou a necessidade de ir evoluindo até a concretização do CIRE de 2012;

1.1 - A TRANSIÇÃO DO REGIME DA FALÊNCIA À INSOLVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

A evolução do direito da insolvência em Portugal obedeceu varias fases, e aqui poderemos distinguir as fases em que foi-se adotando diferentes regimes jurídico tendo em conta a necessidade em dado momento; podemos assim apontar os seguintes regimes:

- o regime da falência-liquidação, começa desde os primórdios até ao CPC de 1961;
- o regime da falência-saneamento, inicia-se com o do CPC de 1961, a vigência do CPEREF de 1993, e vai até revogação do CPREF e entrada em vigor do CIRE de 2004;

- de 2004 à 2012 vigorou o regime da “Insolvência-liquidação” regulado pelo CIRE, de 2012 para cá foi adotando o sistema de Insolvência-recuperação

No passado antes do CIRE, o “convénio falimentar⁶” era a figura jurídica que permitia ao devedor o alcance de um entendimento com o seu credor sobre os pagamentos dos créditos dada a situação financeira difícil que mesmo tinha atingido, isto, ou por via de acordo de pagamento parcial das dividas “concordata”, ou o seu adiamento “moratórias”. A evolução deste instituto, enquanto acordo prévio de arranjo de interesses entre o falido e o credores, deu origem a criação de uma figura *ex novo* pelo CIRE, o plano de insolvência⁷.

1.2 - REGIME DA FALÊNCIA-LIQUIDAÇÃO REGULADO NO CPC DE 1939

O CPC de 1939⁸ representou um marco relevante na modernização do direito processual civil Português ao introduzir matérias relativa às situações de insuficiência do património das pessoas, a qual aparecia tratada em sede de processo especial, no título IV do seu livro III; no conjunto destes processos, a falência constituía uma das modalidades de liquidação do património do devedor, liquidação em benefício dos credores⁹. Para todos os efeitos este código distinguia os institutos da falência e o da insolvência, sendo que a falência era para as sociedades comerciais (comerciantes), e insolvência para as pessoas singulares, consagrado nos termos do art.º 1355.º do CPC de 1939.

1.3 - REGIME DA FALÊNCIA-SANEAMENTO REGULADO PELO CPEREF DE 1993

Dada a necessidade, em 1993 foi aprovado o CPEREF, pelo Decreto-Lei nº 132/93, de 23 de Abril, e revisto pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, que integrou a insolvência de comerciantes e não comerciantes e consagrou dois processos especiais: o processo de recuperação e processo de falência das empresas. O seu objetivo central era a recuperação do devedor¹⁰. O CPEREF unificou o regime de recuperação e da falência de empresas (primeiro recuperação depois a falência), que estava consagrado no CPC de 1961, de modo a que a

⁶ O convénio falimentar instrumento jurídico com relevância negocial do convénio, enquanto arranjo de interesses entre o falido e credores; Gisela Teixeira J. Fonseca, Direito da Insolvência, estudos, Coimbra editora, 2011, p.80.

⁷ Plano de insolvência, é plano de recuperação apresentado pelo devedor ou pelo administrador da insolvência no âmbito do processo de insolvência.

⁸ Aprovado pelo DL n.º 29637, de 28 de maio de 1939.

⁹ Luís Fernandes, João Labareda, estudo sobre a insolvência, QJ, 2009, P.46

¹⁰ Luís Fernandes, João Labareda, estudo sobre a insolvência, QJ, 2009, p. 58

instância de falência fosse regulada nos mesmos autos em caso de reprovação ou incumprimento da medida de recuperação.

O CPEREF¹¹ trouxe para este processo de falência a novidade da figura do Liquidatário judicial; com as funções de administrar e representar a massa falida em quaisquer ato. Competia também ao Liquidatário judicial a função de fiel depositário dos bens apreendidos a favor da massa falida¹².

1.4 - CIRE ANTES E DEPOIS DA LEI 16/2012, DE 20 DE ABRIL

Passados os dois regimes a que nos referimos anteriormente, foi implementado em 2004 no ordenamento jurídico Português o CIRE que teve como prioridade a liquidação dos bens do devedor em detrimento da sua recuperação; com este regime observou-se a liquidação de muitas devedor, foi assim que em 2012 dada a necessidade o CIRE foi reformado e trouxe um outro regime, regime este preocupado essencialmente com a recuperação do devedor em detrimento da liquidação do mesmo.

1.4.1 - REGIME DA INSOLVÊNCIA LIQUIDAÇÃO REGULADO NO CIRE DE 2004

A implementação do CIRE de 2004¹³, fez um regresso ao sistema regulado pelo CPC de 1939, visto que o seu principal objetivo era a liquidação dos bens do devedor para a satisfação dos credores.

O art.º 1.º do CIRE de 2004, dá consistência normativa a esta ideia, ao estabelecer que processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos seus credores.

E este plano de satisfação dos interesses dos credores podia ser realizado por duas vias;

- seguindo os trâmites processual de liquidação estabelecidos pelo CIRE
- mediante um plano de insolvência aprovado pelos credores e homologado pelo juiz, que conduza, nomeadamente, a recuperação da empresa.

¹¹ aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de Abril, e revisto p/ DL n.º 315/98

¹² Luís Fernandes, João Labareda, op. cit., P. 60.

¹³ aprovado p/ DL n.º 53/2004, de 18 de Março

Sendo que os credores poderiam optar por um dos planos previstos no CIRE e que fosse de encontro com os seus interesses, através de um plano de insolvência regulados no termos art.º 192.º, e seguintes do CIRE de 2004

1.4.2 - REGIME DA INSOLVÊNCIA RECUPERAÇÃO REGULADO NO CIRE DE 2012

Com a execução de muitas empresas, em 2012 o legislador Português reformou o CIRE, implementando assim um novo regime para este diploma legal, com a sua reforma, passou a ser um CIRE que prioriza a recuperação da empresa em detrimento da sua liquidação, tendo como objetivo principal a recuperação do devedor e, só na impossibilidade da mesma recuperação o devedor é declarado falido e o seu património executado em benefício dos seus credores - do art.º 1 do CIRE¹⁴ de 2012.

Portanto, o objetivo da reforma introduzida por este diploma residiu também na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresas e dos administradores ou pessoas singulares. Esta é também a finalidade do novo «incidente de qualificação da insolvência». Evitando assim as insolvências fraudulentas ou dolosa, isso com base no ponto 40 do preambulo do CIRE de 2012, passando assim da insolvência liquidação para a insolvência recuperação. Este novo código é inspirado no diploma espanhol, a Ley Concursal de 22/2003 de 9 de Julho, segundo n.º 4 do ponto 40 do preambulo do CIRE de 2004¹⁵.

¹⁴ aprovado DL, 16/2012, DE 20 DE ABRIL

¹⁵ O tratamento dispensado ao tema pelo novo Código (inspirado, quanto a certos aspetos, 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», o qual é aberto oficiosamente em todos os processos de insolvência, qualquer que seja o sujeito passivo, e não deixa de realizar-se mesmo em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente (assumindo nessa hipótese, todavia, a designação de «incidente limitado de qualificação da insolvência», com uma tramitação e alcance mitigados).

CAPÍTULO II - A INSOLVÊNCIA NA SUA FASE DECLARATIVA

2. 1 - ENQUADRAMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA DEVEDOR/CREDOR

No direito privado as relações jurídicas processam-se na base do princípio da liberdade contratual - art.º 405.º CC; segundo este princípio, dentro dos limites da lei as partes têm liberdade para negociar, celebrar ou não celebrar determinado contrato e as suas cláusulas. A lei estabelece que tanto na formação como para a conclusão destes contratos as partes devem agir sempre segundo o princípio da boa fé – art.º 227.º, CC. O devedor tem o dever de informar e credor o dever de diligência.

Ora, uma vez celebrado o contrato, as partes ficam obrigadas a cumprir o contrato nos termos celebrados, vigorando aqui o princípio da força vinculativa dos contratos, art.º – 406.º, CC, o contrato aqui torna-se lei entre as partes, o pacto torna-se escravo da lei, respeitando o princípio do “pacta sunt servanda”.

Portanto, no processo de insolvência, há por um lado um devedor¹⁶ que recebeu o dinheiro emprestado, e por outro, o credor ou credores que concedem financiamento ao seu cliente a título devolutivo com os juros em contrapartida, mas nem sempre é possível esta devolução nos termos acordado, ou porque o devedor agindo com imprudência ou de má fé, põe em risco os créditos dos seus credores. Ou também, muitas das vezes mesmo querendo pagar ele não pode, porque não tem a liquidez necessária. Há casos que a situação deve-se a fatores de ordem económica, como crise e outros. Por esta razão o incidente de qualificação da insolvência deve ser o meio de proteção de interesses gerais.

2.2 - O PROCESSO DA INSOLVÊNCIA

O processo da insolvência é um processo concursal e universal porque através do mesmo, todos os Credores devem reclamar os seus créditos num mesmo processo e assim evitando a possibilidade de outros credores obterem pagamentos por outras vias que não sejam do processo. Este processo tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelo seus credores – art.º 1.º. Aqui a massa insolvente vai corresponder ao que vem consagrado nos termos do art.º 46.º.

¹⁶ Os Administradores, ROC e o TOC

O processo de insolvência baseia-se num plano de insolvência visando a satisfação dos direitos dos credores; este plano é um instituto jurídico básico do novo regime de insolvência e da recuperação de empresas. O plano de insolvência enquanto meio de entendimento para salvaguarda de interesses entre o Devedor insolvente e os seus Credores; deve respeitar os requisitos previstos na lei.

A pessoa que apresenta o plano de insolvência deve ter legitimidade para tal – art.º 193.º n.º 1, podem apresentar a proposta do plano de insolvência o administrador da insolvência, o devedor, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da insolvência e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados reconhecidos na sentença de verificação e graduação de créditos, ou na estimativa do juiz, se tal sentença ainda não tiver sido proferida.

O plano só pode ser feito caso seja autorizado ou caso exista consentimentos dos interessado, a necessidade do consentimento do lesado conduz a outro elemento crucial do plano de insolvência; o sua aprovação pelos credores reunidos em assembleia de credores, convocados pelo juiz, - o art.º 209.

No entanto, o momento processual importante, precede a aprovação e o momento da submissão da proposta de plano à apreciação do juiz, podendo este verificar a sua admissibilidade ou inadmissibilidade, como previsto nos termos do art.º 207.º.

Este plano de insolvência depois de aprovado deve ser objeto de homologação judicial para que possa produzir efeitos jurídicos; - art.º 217.º. e segue-se assim a execução do plano nos termos acordados, sem o prejuízo das reclamações do créditos não integrados no plano.

Com base nos termos do art.º 217.º, n.ºs 2 e 3, a sentença de homologação, constitui em rigor, a condição legal para a eficácia das alterações que, todavia, têm a sua fonte constitutiva no próprio plano, nascendo com a aprovação dos credores deliberado por maioria adequada¹⁷.

O processo da insolvência começa com a sentença que declara aberto o incidente de carater pleno ou limitado, isto, resultante de um pedido do “devedor” ou de um requerimento feito por um ou por vários credores. Caso haja bens que justificam a sua abertura o Juiz declara aberto incidente; aberto o incidente de qualificação da insolvência pode ser qualificada como culposa ou fortuita. E termina com a satisfação dos credores baseado num plano de insolvência;

No processo de insolvência pretende-se que todos os credores exerçam os seus direitos num único processo e que por via do princípio da “*par conditio creditorum*”, igualdade de tratamento dos credores. Neste processo os direitos devem ser garantidos em condições de

¹⁷ Luís Fernandes, João Labareda, CIRE anotado, 3ª edição, QUID JURIS, 2013, p 791.

igualdade, visto que perante as insuficiências do património do devedor as perdas são repartidas de modo proporcional - art.º 176.º. Podemos fazer aqui uma comparação ao que vem consagrado nos termos do art.º 994.º do CC, “*É nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isenta de participar nas perdas da sociedade*”. Com isso podemos entender que fica vedada qualquer possibilidade de um pacto leonino. Pacto que seja lesivo a qualquer interesses dos credores em detrimento dos outros.

Todavia, é importante que nas negociações do plano de insolvência os credores não apareçam como ditadores, porque o objetivo do plano de insolvência é encontrar uma solução para o pagamento das dívidas; por esta razão as partes devem flexibilizar o processo tendo em vista os interesses das partes.

2.3 - SUJEITOS PASSIVOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

Como qualquer relação jurídica há sempre sujeitos da mesma relação, por esta razão, podem ser objetos de processo de insolvência e aí serem declarados insolventes, os seguintes sujeitos:

Quaisquer pessoas singulares ou coletivas. Mesmo que, eventualmente, sejam incapazes, - art.º 19.º, para todos efeitos decorre deste preceito que, Não sendo o devedor uma pessoa singular capaz, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores, o administrador neste caso o representante legal do incapaz, - art.º 6.º, n.º 1 al. b).

A herança jacente; a herança jacente é aquela que está aberta e ainda não foi aceita nem declarada vaga para o estado, art.º 2046.º CC. Também esta pode ser objeto do processo de insolvência e ser declarada insolvente.

Se o devedor era uma pessoa singular e morre na pendência do processo que corria termos para ser declarada a sua insolvência, o processo passa a correr contra a herança aberta com a sua morte¹⁸.

E ainda podem ser objetos do processo de insolvência os seguintes sujeitos: As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais; As sociedades civis; as sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem; As cooperativas, antes do registo da sua

¹⁸ Alexandre de Sovera Martins, um curso de direito da insolvência, Almedina, 2015, 2ª edição, p.37

constituição; O estabelecimento individual de responsabilidade limitada; Quaisquer outros patrimónios autónomos – art.º 2.º n.º1.

Portanto, estão claramente excluídos do regime regulado pelo CIRE, as pessoas coletivas públicas e as entidades públicas empresariais; as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades – art.º 2.º, n.º 2.

2.4 - CAUSAS E FUNDAMENTOS PARA O PEDIDO ABERTURA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

Para efeito deste processo, são causas e fundamentos para o pedido ou requerimento da declaração da insolvência o que vem consagrado nos termos do n.º 1 do art.º 3.º; e nos termos dos arts.º 18.º e o 20.º; claramente estas causas consistem na verificação da impossibilidade do cumprimento das obrigações¹⁹ vencidas;

A situação de insolvência pode ser verificada por dois critérios, pelo critério do fluxo da caixa²⁰ ou pelo critério do balanço patrimonial²¹. O estado de insolvência no ordenamento jurídico Português é definida como a impossibilidade do cumprimento das obrigações vencidas²², sendo este o critério principal da situação da insolvência, que implica a adoção do critério do fluxo da caixa²³ no ordenamento jurídico Português²⁴.

Para tal, não podemos falar de impossibilidade quando o devedor tendo os meios para cumprir as obrigações, não cumpre porque contesta a existência das mesmas. A impossibilidade deve-se ter em conta a inexistência de meios para cumprir as obrigações reconhecidas e

¹⁹ A definição de obrigação encontramos definida nos termos do art.º 397.º, do código civil, cujo o mesmo artigo define a obrigação como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”

²⁰ ausência de liquidez suficiente de pagar as suas dívidas no momento em que estas se vencem.

²¹ Quando o património do devedor é inferior as suas obrigações vencidas.

²² Art.º 3.º do CIRE

²³ Luís Menezes Leitão, Direito da Insolvência, Almedina, 7.ª edição, 2017, p.82.

²⁴ Os dois critérios para a verificação da situação de insolvência, critério do fluxo da caixa” – (o devedor é insolvente logo que se torna incapaz, por ausência de liquidez suficiente, de pagar as suas dívidas no momento que estas vencem) e o “critério do balanço ou do ativo do património, segundo este critério a insolvência resulta do fato dos bens do devedor serem insuficientes para o cumprimento integral das suas obrigações - Luís Menezes Leitão., op. cit., p . 83.

vencidas; meios estes que o devedor não tem e nem sequer consegue obtê-los junto de terceiros²⁵. E a situação de insolvência pode ser atual ou iminente, art.º 3.º n.º 4.

2.5 - PEDIDO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

O pedido da declaração da insolvência, faz-se por meio de petição escrita, na qual são expostos os factos que integram os pressupostos da declaração requerida e se conclui pela formulação do correspondente pedido.

Na petição, o requerente:

a) Sendo o próprio devedor, indica se a situação de insolvência é atual ou apenas iminente, e, quando seja pessoa singular, se pretende a exoneração do passivo restante, nos termos das disposições do capítulo I do título XII;

b) Identifica os administradores, de direito e de facto, do devedor e os seus cinco maiores credores, com exclusão do próprio requerente;

c) Sendo o devedor casado, identifica o respetivo cônjuge e indica o regime de bens do casamento;

d) Junta certidão do registo civil, do registo comercial ou de outro registo público a que o devedor esteja eventualmente sujeito.

3 - Não sendo possível ao requerente fazer as indicações e junções referidas no número anterior, solicita que sejam prestadas pelo próprio devedor.

2.6 - LEGITIMIDADE PARA O PEDIDO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

Para os devidos efeitos, têm legitimidade para fazer o pedido da declaração da insolvência, o devedor insolvente ou os seus representantes²⁶ legais²⁷ - art.º 18.º, quando estes notarem a situação de insolvência iminente ou atual - arts.º 3.º n.º 1, e o 20.º.

O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, consagrado nos termos do art.º 3.º, n.º 1, ou à data em que devesse conhecê-la.

²⁵ Alexandre de Sovera Martins, um curso de direito da insolvência, Almedina, 2015, 2ª edição, p. 24

²⁶ A competência para requerer a declaração de insolvência pertence ao órgão de gestão (art.º 18.º, n.º 1 e 24.º, n.º 2 al. a),), cujo os membros podem incorrer em insolvência culposa se não apresentarem a sociedade a insolvência quando ela se encontra nesta situação. A lei estabelece uma presunção de culpa grave quando o não façam, art.º 186.º n.º al. a).

²⁷ Administradores representantes legais, com base no Art.º 6.º n.º1.

Quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação da insolvência decorridos pelo menos seis meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do art.º 20.º.

E tal tem também que ver com o facto de não findar os privilégios creditórios do estado e da segurança social, art.º 97.º.

O incumprimento do dever de requerer a declaração da insolvência, leva a presunção da existência da culpa grave dos administradores do devedor, ou do devedor pessoa singular - art.º 186.º, n.º 3 al. a). Com base nos termos do art.º 483.º, n.º 1, do CC, Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

As pessoas singulares em situação de insolvência podem requerer a exoneração do passivo restante que não esteja integralmente pago no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao seu encerramento, podendo este evitarem de levarem as dividas ad eternum.

O pedido de exoneração do passivo restante, deve ser feito pelo devedor juntamente com a petição inicial, ou nos dez dias que se sigam à citação, nos casos em que contra si foi instaurado o processo de insolvência - art.º 236.º, n.º 1. Mas a exoneração do passivo deve obedecer o que vem consagrados nos termos dos arts.º 230.º, 233.º, e o 239.º.

2.7 - LEGITIMADOS PARA REQUERER A INSOLVÊNCIA

A relação de crédito deve ser processada por saídas e entradas do dinheiro, o incumprimento dos pagamentos dos créditos pode dar a origem a uma serie de insolvências, com graves prejuízos para a economia do País²⁸. Um credor deve receber para poder pagar os seus credores²⁹.

²⁸ Alexandre Soveral Martins, Um curso de direito da insolvência, almedina, p. 11.

²⁹ Para o Prof. Gameiro Lopes, o crédito bancário é uma das classes das conhecidas operações bancárias tradicionais, vocacionadas à concessão de crédito e a receção de fundos. Por estas operações, os bancos recebem ou pagam juros³, sendo que, estas operações de créditos apresentam-se em, operações ativas de créditos em que o banco assume papel de credor, concede empréstimo e recebe juros em contrapartida do empréstimo; e, operações passivas de crédito, o banco torna-se devedor, recebe depósito, aplicações e paga juros sobre o mesmo montante recebido⁴. Está consagrado na alínea b) do n.º 1 do art.º 4.º, RGICSF, "Operações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring".- José Maria Pires, Direito Bancário, 1º volume, Editora Rei dos livros, P.25

Por esta e outras razões, a lei estabelece que quando uma obrigação não é cumprida voluntariamente o credor tem o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, assegurando-se, deste modo, a autoridade do Estado - art.º 817.º CC. O direito de crédito enquanto realidade jurídica recebe a proteção do direito; esta proteção denomina-se a garantia das obrigações e consiste em a ordem jurídica assegurar ao credor os meios necessários para a realização do seu direito, em caso de incumprimento por parte do devedor”.

O CIRE prevê nos termos do art.º 20.º n.º 1, que, a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se alguns dos fatos previstos nas alíneas a) a h) do n.º 1 do art.º 20.º.

Neste caso, o requerente da declaração de insolvência deve justificar na petição a origem, a natureza e o montante do seu crédito³⁰, ou a sua responsabilidade pelos créditos sobre a insolvência, consoante o caso, e oferecer com ela elementos que possua relativamente ao passivo e o ativo do devedor ou a documentação da conta corrente³¹.

O pedido ou requerimento da declaração da insolvência deve ser feita por meio da petição inicial como já nos referimos, e a petição inicial deve ser apresentada por escrito, por forma articulada, com a exposição dos fatos que integram os pressupostos da ação e formulação do pedido correspondente.

2.8 - DESISTÊNCIA DO PEDIDO OU DA INSTÂNCIA

Salvo casos de apresentação à insolvência, o requerente da declaração de insolvência pode desistir do pedido ou da instancia até ser proferida a sentença, sem prejuízo do procedimento criminal que ao caso couber na fase declarativa da insolvência - art.º 21.º. Daqui resulta que a desistência apenas é admitida em relação aos credores ou MP; sendo que a apresentação feita pelo devedor implica o reconhecimento da situação de insolvência - art.º 28.º; e essa situação de a desistência do pedido ou da instância só poder ter lugar até a sentença de insolvência resulta de a partir desta a instancia passar a ser universal.

³⁰ Neste caso o credor terá que provar o facto constitutivo do seu direito para o garante cumprir, nos termos fixado no contrato, *Miguel Pestana de Vasconcelos*, Direito das garantias, Almedina, 2011, p.126

³¹ Art.º 25.º n.º 1, CIRE

2.9 - CONSEQUÊNCIAS DA DEDUÇÃO DO PEDIDO INFUNDADO

A dedução do pedido infundado da declaração de insolvência, gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados a outra parte, mas apenas em caso de dolo - art.º 22.º - , com a devida remissão para o art.º 484.º do CC, que consagra que “ quem afirmar ou difundir um fato capaz de prejudicar o credito ou bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva, responde pelos danos causados.

2.10 - OPOSIÇÃO À INSOLVÊNCIA

O devedor pode deduzir a oposição à insolvência no prazo de 10 dias - art.º 30.º; n.º 1; devendo com a oposição oferecer todos os meios de prova de que disponha, ficando obrigado a apresentar as testemunhas arroladas - art.º 25.º, n.º 2; cujo o numero não pode exceder o limite previsto nos termos do art.º 789.º CPC. O devedor deve juntar com a oposição, sob pena de não recebimento, a lista dos seus cinco maiores credores - art.º 30.º, n.º 3.

A oposição do devedor à declaração de insolvência tanto pode ser baseado na inexistência do fato-índice em que se funda o pedido formulado, como na inexistência da situação de insolvência, - art.º 30.º, n.º 3. Com a oposição deve o devedor apresentar a prova da sua solvência com base na sua escrituração devidamente organizada - art.º 30.º, n.º 4.

2.11 - SENTENÇA DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA SUA IMPUGNAÇÃO DE PUBLICIDADE

A sentença que indefira o pedido ou o requerimento da declaração da insolvência é apenas notificada ao requerente e ao seu devedor, como estabelece o art.º 44.º n.º 1, não sendo em principio objeto de publicidade.

A sentença que indefira o pedido da declaração de insolvência apenas pode ser impugnada por via de recurso, - art.º 45.º.

2.12 - SENTENÇA DA DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

Declarado aberto o incidente de qualificação da insolvência, o administrador do devedor fica obrigado de harmonia com o disposto no art.º 83º, n.ºs 1 e 4, o seguinte;

- a fornecer todas as informações relevantes para o processo que lhe sejam solicitadas pelo administrador da insolvência, pela assembleia de credores, pela comissão de credores ou pelo tribunal (alínea a) do referido n.º 1);

- a apresentar-se pessoalmente no tribunal, sempre que a apresentação seja determinada pelo Juiz ou pelo administrador da insolvência, salva a ocorrência de legítimo impedimento ou expressa permissão de se fazer representar por mandatário (alínea b) do referido n.º 1);

Com base nos termos do art.º 36.º n.º 1, da al. a) à d), estabelece que; na sentença que declarar a insolvência, o juiz:

a) Indica a data e a hora da respetiva prolação, considerando-se que ela teve lugar ao meio-dia na falta de outra indicação;

b) Identifica o devedor insolvente, com indicação da sua sede ou residência;

c) Identifica e fixa residência aos administradores, de direito e de facto, do devedor, bem como ao próprio devedor, se este for pessoa singular;

d) Nomeia o administrador da insolvência, com indicação do seu domicílio profissional.

2.13 - INCIDENTE DE CARATER PLENO

O incidente é de carater pleno quando se apura que o património do devedor é suficiente para cobrir as despesas do processo e para a satisfação dos credores - art.º 36.º n.º 1 al. i). Peso embora, pode acontecer, que a massa insolvente sofra uma variação ao longo da tramitação e o património se manifesta insuficientes para cobrir as despesas do processo e o incidente pode ser declarado de carater limitado – art.º 232.º n.º1.

2.14 - TRAMITAÇÃO

A tramitação do incidente de carater pleno processa-se com base ao disposto do art.º 188.º. O n.º 1, deste artigo, estabelece que, caso o juiz não processa à abertura do incidente de qualificação na sentença que declara a insolvência, não fica vedada a hipótese de poder fazer em momento posterior

A lei prevê que, até 15 dias após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o art.º 155.º, o

administrador da insolvência ou qualquer interessado³² pode alegar, fundamentadamente, por escrito, em requerimento autuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devem ser afetadas por tal qualificação.

No entanto, caso haja unanimidade entre o MP e o Administrador da insolvência na qualificação da insolvência como culposa; a decisão do Juiz pode ser fundada em fatos que não tenham sido alegada pelas partes no processo, - art.º 11.º . Sendo que desta forma, o Juiz intervém no processo com as funções que lhe são conferidas, ficando o MP e o administrador da insolvência, dependentes da decisão do Juiz sobre a qualificação da insolvência como culposa ou fortuita.

Se tanto o administrador da insolvência como o Ministério Público propuserem a qualificação da insolvência como fortuita, o juiz pode proferir de imediato a decisão nesse sentido, a qual é insuscetível de recurso - art.º 188.º n.º 5.

Em casos de divergência entre o MP e o Administrador da insolvência sobre a qualificação da insolvência como culposa, deve o juiz notificar o devedor e todos os afetados pela qualificação de insolvência como culposa para se oporem no prazo de 15 dias - art.º 188.º n.º 6.

Na falta de oposição dos afetados não significa confissão dos factos, pois o incidente deve prosseguir para a realização da audiência prévia, prolação do saneador, realização da audiência de julgamento e consequentemente prolação da sentença³³.

2.15 - EFEITOS DO INCIDENTE DE CARATER PLENO

Declarado aberto o incidente de carater pleno, desencadeiam de imediato os feitos automáticos³⁴ da declaração de insolvência, e caso a insolvência venha a ser qualificada como culposa³⁵, desencadeiam os efeitos eventuais³⁶ da declaração da insolvência - art.º 189.º.

³² Os interessados podem ser os credores e também outros legitimados no processo de insolvência (arts.18º e 20º, nº1), vide, Olímpia Costa, Dever de apresentação à insolvência, Almedina, 2016, p.19

³³ Rui Estrela Oliveira, Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência in: “O Direito”, vol. V, ano. 142, 2010, pp. 931-98 963 47

³⁴ Art.º 81.º e ss

³⁵ Art.º 186.º

³⁶ Art.º 189.º

2.16 - INCIDENTE DE CARATER LIMITADO

O incidente de carater limitado é regulado nos termos do art.º 191.º n.º 1; esta modalidade é, exclusivamente aplicada a duas situações: quando à data da prolação da sentença que declara a insolvência, o Juiz presume que o património do devedor é insuficiente para a satisfação das custas do processo e para o ressarcimento das dividas da massa insolvente - art.º 39.º, n.º 4, ou, quando essa insuficiência é dada a conhecer ao juiz pelo administrador da insolvência em momentos posteriores - art.º 232.º n.º 5.

Ora, uma vez, concluindo o juiz que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação por outra forma garantida, o Juiz faz menção desse facto na sentença de declaração da insolvência – art.º 39.º, n.º 9, e declara o incidente de carater limitado.

Declarado o incidente de carater limitado, desencadeiam os efeitos previstos nos termos dos art.º 81.º, e ss. , sem prejuízo dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa - art.º 233.º n.º 1 al. a), ou uma possível a abertura a posterior do incidente de carater pleno - art.º 232.º n.º 2;

O incidente de carater limitado não impossibilita uma análise exaustiva do comportamento do devedor para o apuramento das razões que levaram a situação de insolvência; e então concluir-se se a situação deu-se por causas fortuitas ou por uma conduta fraudulenta, isso através dos dados da contabilidade do devedor;

2.17 - TRAMITAÇÃO

O incidente de carater limitado pode ser aplicado nos casos previstos no n.º 1 do art.º 39.º, e no n.º 5 do art.º 232.º. A tramitação do incidente de carater limitado é regulado tendo como referencia a incidente de carater pleno com as adaptações necessárias. Neste percurso, o Administrador da insolvência e qualquer interessado têm o prazo de 45 dias para alegarem o que tiver por conveniente para o efeito da qualificação da insolvência como culposa – art.º 191.º, n.º 1 al. a); isso desde a data declarativa da sentença. Baseando neste preceito legal é evidente que não há impedimento nenhum para uma possível qualificação da insolvência como culposa, ainda mesmo no âmbito do incidente de carater limitado.

2.18 - EFEITOS DO INCIDENTE DE CARATER LIMITADA

O incidente de carater limitado não impedi a qualificação da insolvência como culposa³⁷, cabe aqui ao lesado fazer prova da culpa do autor da lesão, ficando assim por conta do deste o ónus da prova da culpa do devedor e dos seus administradores – 487.º, CC. E caso se produzam provas e a situação de insolvência for qualificada como culposa, desencadeiam os efeitos eventuais da declaração da insolvência - art.º 189.º.

O incidente de carater limitado e fortuito não tem grande interesse para o processo de insolvência, o devedor pode reaver os seus negócios e continuar com a sua atividade, tendo em vista o pagamento dos créditos nos planos possíveis, é importante frisar que com a qualificação da insolvência como fortuita, o devedor não conseguiu apresentar um plano de insolvência ou um pedido da exoneração do passivo, nos prazos previsto na lei; sendo ao nosso ver uma das desvantagem para o devedor e os credores.

2.19 - A INTERVENÇÃO DOS CREDITORES NO INCIDENTE FACE A NÃO OBRIGATORIEDADE NA SUA ABERTURA NA SENTENÇA

Ao longo do processo de insolvência pode ser declarado o incidente de carater limitado por uma mera insuficiência de bens do devedor para a satisfação dos encargos do processo e as dividas da massa insolvente, e pode haver bens do devedor suficiente para a satisfação dos credores e as custas do processo; no entanto caso um dos interessados tenha conhecimento de alguns bens do devedor pode recorrer para a verificação dos bens em questão – art.º 39.º n.º 3, para a abertura do incidente de carater pleno.

No entendimento da Profª Gisela Teixeira J. Fonseca, *é a vontade dos credores a que comanda todo o processo*. O art.º 817.º do CC, consagra que, “não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo”, assegurando-se, deste modo, a autoridade do Estado.

Sendo que o incidente de qualificação da insolvência pode ser pleno ou limitado. Um incidente pode ser aberto inicialmente de carater pleno e posteriormente verificar-se a insuficiência da massa e ser de declarado de carater limitado, e vice-versa - art.º 232.º, n.º 5, “Encerrado o processo de insolvência por insuficiência da massa, nos casos em que tenha sido

³⁷ art.º 186.º, n.º 1

aberto incidente de qualificação da insolvência e se o mesmo ainda não estiver findo, este prossegue os seus termos como incidente limitado”.

Como podemos ver que, um incidente que começou como limitado pode vir a seguir os seus trâmites como pleno, no caso de algum interessado pedir o complemento da sentença, neste caso baseado em provas da existências de bens suficientes para integrarem a massa insolvente.

2.20 - TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

Decorrido todos os procedimentos da fase declarativa do processo de insolvência, a sentença da declaração da insolvência transita em julgado se não forem deduzidas reclamações, oposição ou recursos.

Uma decisão considera-se passada ou transitada em julgado assim que não admita recurso ou reclamação, - art.º 628.º do CPC, com remissão para o art.º 17.º do CIRE, A sentença da insolvência transitada em julgado se não forem deduzidas reclamações, oposição ou recurso³⁸.

³⁸ Maria do Rosário Epifânio, Manual de Direito da Insolvência, Almedina, 6ª edição, 2016, p.262

CAPÍTULO III - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

3.1 - CARACTERIZAÇÃO GERAL

O incidente de qualificação da insolvência foi introduzido no ordenamento jurídico Português pelo DL 53/2004, de 18 de março, inspirado em alguns pontos na congénere lei espanhola³⁹.

O incidente de qualificação da insolvência vem regulado nos termos do art.º 185.º e ss. do CIRE, e constitui uma fase do processo de insolvência com finalidade de determinar quais as causas que levaram a situação de insolvência de um devedor; e conseqüentemente saber se estas causas foram puramente fortuitas ou correspondem antes a uma situação negligente ou uma atuação fraudulenta do devedor e dos seus administradores.

3.2 - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

A insolvência é um estado, um estado “patológico da situação económico-financeira” de um devedor e, como toda a patologia, carece de ser bem diagnosticada para que se lhe possa aplicar a terapia correta; o incidente de qualificação faz este diagnóstico, apurando assim as causas que levaram a esta situação e a responsabilização dos infratores.

Contudo, são causas e fundamentos do incidente de qualificação da insolvência, quando um devedor encontra-se nas situações previstas nos termos dos arts.º 3.º, 18.º e o 20.º.

3.3 - TIPOS DE INSOLVÊNCIAS

Depois do incidente aberto, a situação da insolvência pode ser qualificada como culposa ou como fortuita, mas a qualificação atribuída não é vinculativa para efeitos de decisão de causas penais. O CIRE estabelece apenas critérios delimitadores da qualificação da insolvência como culposa, art.º 186.º, neste caso, todas as situações no âmbito civil que não preencherem os requisitos da insolvência culposa configuram a insolvência fortuita, da qual não resulta

³⁹ Ponto 40 n.º 4 do CIRE de 2004, O tratamento dispensado ao tema pelo novo Código (inspirado, quanto a certos aspetos, 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’, o qual é aberto oficiosamente em todos os processos de insolvência, qualquer que seja o sujeito passivo, e não deixa de realizar-se mesmo em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente (assumindo nessa hipótese, todavia, a designação de ‘incidente limitado de qualificação da insolvência’, com uma tramitação e alcance mitigados).

qualquer consequência ou sensação, por esta razão a insolvência pode ser culposa ou fortuita – art.º 186.º.

3.4 - QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

3.4.1 - ENQUADRAMENTO DO ELEMENTO CULPA

A culpa é a responsabilidade atribuída ao sujeito por um ato por este praticado que provocou prejuízos patrimonial ou não patrimonial na esfera jurídica de terceiros. Esta responsabilidade baseia-se numa conduta ilícita e censurável do agente, que justifica o dever de suportar os prejuízos resultantes desta sua conduta. Para os efeitos do direito da insolvência, a responsabilidade insolvencial ou patrimonial, vem assumir duas funções, uma função reparatória “*responsabilidade patrimonial*” e outra a função sancionatória “*responsabilidade não patrimonial*”, na medida em que representa uma sanção ao agente pela violação culposa de uma norma de conduta; e para todos os efeitos cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão com as provas dos danos causados, salvo havendo presunção legal de culpa – art.º 487.º CC.

3.4.2 - QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

A qualificação da insolvência como culposa resulta da abertura de um incidente dentro do processo de insolvência, designado incidente de qualificação da insolvência⁴⁰; depois do incidente aberto dá lugar a qualificação da insolvência.

Para os efeitos deste trabalho interessa-nos a insolvência culposa; a insolvência culposa resulta de um incidente de qualificação da insolvência regulado no CIRE e só tem consequências civis ou patrimoniais e não penais como já nos referimos; ao passo que a insolvência dolosa constitui um crime regulado no art.º 227.º do CP.

Neste processo a insolvência fortuita não tem muito impacto para o incidente; ao passo que a qualificação da insolvência como culposa implica sérias consequências na esfera jurídica das pessoas afetadas.

O art.º 186.º, estabelece o âmbito objetivo da insolvência culposa; aqui a “culpa” em si mesma representa a reprovação da ordem jurídica da conduta do agente”, que se revela idónea ou suficiente para a criação da situação de insolvência ou para o seu agravamento; é determina ainda também um limite temporal na apreciação de condutas e dos factos praticadas por estes

⁴⁰ <https://www.advogadosinsolvencia.pt/insolvencia/insolvencia-culposa>

agentes, que apenas são relevantes se praticados nos três anos precedentes ao início do processo de insolvência. Daqui podemos entender que podem ser responsabilizados administradores ou gerentes de uma empresa, mesmo já não estando no exercício das suas funções ao tempo da declaração da insolvência, bastando aqui ser provado que estes agentes cometeram condutas de culpa grave nos três anos anteriores ao início do processo insolvência e, que estas condutas tenham causado danos a sociedade a que conduziram a situação da insolvência.

No âmbito de aplicação do CIRE, a insolvência é culposa por aplicação de uma presunção inilidível, que não admite prova em contrário, *juris et jure*, sempre que os gerentes ou administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja pessoa singular tenham, nomeadamente tido as seguintes condutas;

Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável o património da empresa;

Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pela empresa de negócios ruinosos em proveito dos seus gerentes ou administradores ou em nome de pessoas com eles especialmente relacionadas;

Disposto dos bens da empresa em proveito pessoal ou de terceiros;

No entanto, quanto a questão da qualificação da insolvência como culposa, há divergência no entendimento doutrinário, isso referente aos requisitos necessário para a qualificação da mesma como culposa.

No entendimento dos Profs. João Labareda e Luís Carvalho Fernandes⁴¹, os requisitos consagrados nos termos do art.º 186.º n.º 2, provocam todas efeitos negativos para o património do insolvente, de forma direta e indireta, de modo que, consideram todas as presunções absolutas de insolvência culposa, não sendo necessário proceder a verificação do nexo de causalidade entre a conduta e a consequência que esta causou.

Por outro lado, os Profs. Luís Menezes Leitão⁴², Alexandre de Soveral Martins⁴³ e Carina Magalhães⁴⁴, têm entendimento diferente sobre os requisitos necessários para qualificação da insolvência como culposa. Para estes autores, não basta apenas os requisitos previstos nos termos do art.º 186.º, mas sim, deve haver também um nexo de causalidade como elemento fundamental entre essa conduta e a situação de insolvência, consistindo assim na contribuição deste comportamento para a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

⁴¹ Fernandes, Luís A. Carvalho/ Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de empresas anotado, 3ª edição, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2015, p.680 e 681.

⁴² Luís Menezes Leitão, Direito da Insolvência, Almedina, 7ª edição, 2017, pp.281, 282.

⁴³ Alexandre de Soveral Martins, Um Curso de Direito da Insolvência, Almedina, 2015, p. 362.

⁴⁴ Estudo de Direito da Insolvência, Carina Magalhães, Almedina, 2017, p.121.

A Jurisprudência^{45- 46}consultada tem entendido que para a qualificação da insolvência como culposa é necessário o preenchimento do nexo de causalidade entre atuação dolosa ou com culpa grave do devedor e dos seus administradores e a situação de insolvência. Sendo que a jurisprudência tem tido o mesmo entendimento que os Profs. Luís Menezes Leitão, Coutinho de Abreu e o Alexandre de Soveral Martins, sendo esta no nosso entender a mais acertada para evitar a má aplicação do direito aos factos concretos.

Para a qualificação da insolvência como culposa exige-se assim a existência de uma conduta do agente a qual representa a violação de um dever imposto pela ordem jurídica, sendo censurável e provocando danos, que seja consequência dessa conduta; - art.º 483.º CC, respeitando assim o princípio da responsabilidade por factos ilícitos.

Por esta razão, é importante a observação dos requisitos ou apontados como necessários, visto que com a qualificação da insolvência como culposa nasce uma obrigação de indemnizar, através da transferência desta obrigação para o património dos culpados – art.º 483.º CC.

O legislador aqui nos dá uma presunção de insolvência culposa, segundo o legislador, presume-se que a insolvência é culposa quando a situação for criada ou agravada em consequência da atuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores; esta é a definição legal que distingue a insolvência culposa da fortuita, podemos ver nestas presunções legais a necessidade de um complemento, complemento este que parte da doutrina e a jurisprudência apontam como *nexo de causalidade*; causa e efeito.

Preenchidos os requisitos para a qualificação da insolvência como culposa, o Juiz deve: Identificar as pessoas as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa, fixando também os respetivos graus da culpa, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas.

⁴⁵ Cfr. RL 26-04-2012, (Ezagüy Martins) Exige-se, para a qualificação da insolvência como culposa, nos quadros desse n.º 1, não apenas uma conduta dolosa ou com culpa grave do devedor e seus administradores mas também um nexo de causalidade entre essa conduta e a situação de insolvência, consistente na contribuição desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência.

⁴⁶ Acórdão do tribunal da relação de Évora, 07.01.2016, “Elisabete Valente, Acácio Luís Jesus das Neves” Caso ocorra alguma das circunstâncias previstas no n.º 3 a situação é diferente: presume-se a existência de culpa grave dos administradores, presunção relativa, *juris tantum*, e, assim, ilidível, suscetível de preencher o primeiro dos enumerados requisitos do n.º 1, mas não o segundo, ou seja, não se dispensa a prova do nexo causal entre a atuação (presumida) gravemente culposa e a criação, ou agravamento, da situação de insolvência, “sendo, pois, necessário, nessas situações, verificar se os aí descritos comportamentos omissivos criaram ou agravaram a situação de insolvência, pelo que não basta a simples demonstração da sua existência e a consequente presunção de culpa que sobre os administradores recai.

3.4.3 - EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

A insolvência qualificada como culposa faz desencadear os efeitos previstos no art.º 189.º, n.º 2, concretamente nas alíneas b) a e). A declaração de insolvência como culposa produz um conjunto de efeitos de natureza patrimonial e não patrimonial na esfera jurídica das pessoas afetadas pela qualificação⁴⁷.

Portanto, qualificada a insolvência como culposa, deve o Juiz:

b) Decretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos;

c) Declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa;

d) Determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

e) Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”.

Esta al. e) do n.º 2, do art.º 189, deve ser bem interpretado; não é qualquer dano perante a sociedade que funda a responsabilidade perante os credores social. E por outra, não se deve exigir aos administradores e gerentes do insolvente valores superior aos danos que estes provocado no património da sociedade. Havendo um dano causado à sociedade pela violação de outras normas, deve-se aqui também fazer-se o calculo destes danos e responsabiliza-los ao limite dos danos⁴⁸ causados por este agente.

3.4.4 - FIXAÇÃO DA RESIDÊNCIA DO DEVEDOR E DOS SEUS ADMINISTRADORES

Na sentença declarativa da insolvência deve o juiz, fixar a residência dos administradores, de direito e de facto do devedor, bem como ao próprio devedor, se este for pessoa singular; consagrado nos termos da alínea c) do n.º 1 do art.º 36.º. Porém, o CIRE não determina, nem

⁴⁷ José Manuel Branco, Responsabilidade patrimonial e insolvência culposa, Almedina, 2015, p. 42

⁴⁸ J. M. Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil do Administradores de sociedades, 2ª edição, Almedina, 2010, p.75

concretiza esta fixação de residência, a doutrina⁴⁹ de forma unânime entende que a residência deve ser fixada com base na alínea b) do n.º 3 do art.º 196.º do CPP, que determina a “obrigação de não mudar de residência nem dela se ausentar por mais de cinco dias sem comunicar a nova residência ou o lugar onde possa ser encontrado”.

3.4.5 - INSOLVÊNCIA CULPOSA DE CARATER LIMITADO

Quando o incidente for de carater limitado mas a insolvência for qualificada como culposa, desencadeiam os mesmos efeitos produzidos no incidente de carater pleno, previsto nos termos do art.º 189.º, n.º 2. As consequências judicialmente fixadas são exequíveis após o encerramento do processo e com o registo da sentença.

3.5 –A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO FORTUITA

A insolvência fortuita é aquela que acontece sem a atuação culposa ou dolosa do devedor ou dos seus administradores; para todos efeitos a lei não nos fornece um respaldo legal sobre a insolvência fortuita, entendemos neste caso ser aquela que não é culposa. E a qualificação da insolvência como fortuita não tem qualquer relevância para efeitos de processo de insolvência.

Aqui presume-se que a situação de insolvência deveu-se a fatores além da vontade do devedor e dos seus administradores, por esta razão não se pode penalizar o devedor, sendo que um dos objetivos deste processo é o de penalizar o infrator pela sua conduta fraudulenta; visto mesmo como um meio de proteção de interesse das partes.

3.6 - ENCERRAMENTO DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA E EXONERAÇÃO DO PASSIVO RELATIVAMENTE AS PESSOAS SINGULARES

A exoneração do passivo restante apenas diz respeito a pessoas singulares. Mas estas pessoas singulares podem ser empresários de uma pequena empresa ou micro empresa⁵⁰. Para o Prof. Alexandre Martins⁵¹, o despacho do encerramento do processo deve-se ter em conta outros bens que ainda podem ser suficientes para liquidação e a satisfação dos credores, com base nos termos do art.º 230.º, n.º 1, o encerramento do processo de insolvência só deve ser feito depois de terminado a liquidação dos bens do devedor, sendo que pode ainda haver bens

⁴⁹ Luís Teles de Menezes Litão, *Direito da Insolvência*, Almedina, 7ª edição, 2017, p. 167; Maria do Rosário Maria, *Manual de Direito da insolvência*, Almedina, 6ª edição, 2014, p. 82 e 83.

⁵⁰ Alexandre Soreval Martins, *Estudo de Direito de Insolvência*, Almedina, 2018, pp. 18, 19

⁵¹ *ibid*

de elevados valores. Neste caso se se produzir os efeitos do encerramento da insolvência, consagrado nos termos do art.º 233.º, o devedor ficaria satisfeito e os credores muito aborrecidos.

CAPITULO – IV CONSEQUÊNCIAS DO INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA E AS GARANTIAS DOS CREDORES

4.1 – CONSEQUÊNCIAS DO INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

O incidente de qualificação da insolvência tem como finalidade averiguar quais as causas que levaram a situação de insolvência de um devedor, tendo em vista a proteção de interesses gerais, dando assim a segurança do comércio jurídico e a tutela da economia.

A qualificação da insolvência como culposa pressupõe dizer que foram dados como provados a violação de interesses alheios através de condutas fraudulentas, e esta violação provocou prejuízos na esfera jurídica de terceiros, por esta razão a lei prevê sanção aos violadores dos direitos protegidos de terceiros. Estas sanções são de ordem patrimonial e não patrimonial – art.º 189.º. Os efeitos incidem sobre um conjunto de indivíduos com responsabilidades solidárias cada um na proporção do seu grau de culpa – art.º 189.º n.º 2 al. a).

O art.º 189.º, leva-nos a entender que a indemnização a que o CIRE se refere, é uma indemnização proporcional ao grau da culpa de cada agente, ficando de fora a hipótese de uma obrigação de indemnização por reconstituição natural.

O Prof. COUTINHO DE ABREU⁵², entende que, “ *não se deve exigir aos administradores e gerentes do devedor insolvente valores superior aos danos que estes provocaram no património da sociedade; a responsabilidade deve ser sempre no limite dos danos causados*”.

Por outro lado, o Prof. JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS⁵³, entende que “ *a indemnização deve corresponder aos efeitos negativos causados no património do devedor, calculando-se em principio, pela diferença entre a situação real da sociedade e a situação em que ela se encontraria se não tivesse ocorrido o comportamento lesivo*”; este entendimento doutrinário leva-nos para a questão da indemnização natural, contrariando o que vem consagrado nos termos do art.º 189.º n.º 2, al. a). Mas como já nos referimos e com base na lei, nos parecer ser a opção mais correta a posição defendida pelo Prof. Coutinho de Abreu, visto que a lei deve ser aplicada com ponderação sentido e equilíbrio; para surtir os efeitos a pretendidos.

⁵² J. M. Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil do Administradores de sociedades, 2ª edição, almedina, 2010, p.75

⁵³ <file:///D:/0%20wt/029-042-Avaliação-e-reparação-do-dano-p-e-n-p.pdf>

Entendemos assim que as consequências podem ser pessoais, quando incidem na esfera jurídica da pessoa traduzindo-se em incapacidades; incapacidade jurídico-familiar, incapacidade jurídico-político; e também podem ser patrimoniais, afetando diretamente o património dos afetados⁵⁴.

Podemos ver que a qualificação da insolvência como culposa assume duas funções, uma função reparatória e outra sancionatória.

4.1.1 - CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS E NÃO PATRIMONIAL

A qualificação da insolvência como culposa, faz desencadeia na esfera jurídica de dos afetados consequências de caráter patrimonial e não patrimonial; por sua vez, as consequências não patrimoniais vão desde a inibição do exercício de certas funções familiares, políticas e profissionais, isso como contrapartida da conduta lesiva aos interesses alheios – arts.º 1933.º, n.º 2, e o 1970.º, CC; com a remissão para o art.º 189.º, n.º 2, als. b e c; e o n.º 3; deve o Juiz determinar a inibição dos exercícios da atividade comercial e a inibição de administrar património alheio isso num período de 2 à 10 anos.

Por outro lado, as consequências patrimoniais incidem diretamente sobre o património de todos os afetados pela qualificação da insolvência como culposa – art.º 189.º, n.º 2, als. d) e e).

Ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 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, efetua-se em liquidação de sentença.

4.2 - AS GARANTIAS DOS CREDORES EM CONSEQUÊNCIA DA INSOLVÊNCIA CULPOSA

4.2.1 – GARANTIAS

A garantia é o conjunto de providencias tomada pelo credor tendo em vista a proteção do financiamento concedido; o credor no ato da concessão do financiamento deve exigir ao seu cliente certas garantias, para que em casos de incumprimento as mesmas sejam executadas em seu benefício; atendendo ao princípio geral das garantias - o art.º 601.º CC, “Pelo cumprimento

⁵⁴ Maria do Rosário Epifânio, Manual de Direito da Insolvência, Almedina, 6.ª ed. 2016. P.85

da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora⁵⁵, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios”. A garantia é uma providencia com objetivo de prevenir situações de incumprimento, como podemos entender.

A situação de insolvência de um devedor é muito prejudicial ao seu credor, por isso, quando uma instituição concede crédito, deve exigir que o seu cliente lhe preste garantias⁵⁶ deve também avaliar as garantias para assegurar o reembolso do dinheiro com os juros em contrapartida do mesmo financiamento.

Na pratica, acontece em muitos casos que as garantias apresentadas pelo devedor não são avaliadas, nem pelo devedor e nem pelos credores. E em consequência muitas delas não têm o valor estimado; e no âmbito do processo de insolvência originam os incidentes de carater limitado. Por esta razão é necessária uma instituição com finalidade de conferir a valorização do património do devedor apresentado como garantia.

Em Portugal, muitas veze os credores recorrem ao Banco de Portugal para recolha de informações, mas as informações que são fornecidas pelo Banco de Portugal, através do Centro de Responsabilidade de Crédito⁵⁷, são manifestamente insuficientes para ajudar uma tomada de decisão. Precisa-se neste caso, uma instituição equiparada a SERASA EXPERIAN, no Brasil, que fornece informações necessárias aos credores para uma boa tomada da decisão; a mesma fornece informações da situação do devedor, antes, durante e depois da conceção do crédito, dando assim segurança para os negócios. E evitava-se a perca de muito dinheiro.

4.2.1 - AS GARANTIAS DOS CREDORES EM CONSEQUÊNCIA DA INSOLVÊNCIA CULPOSA

A insolvência culposa é um facto ilícito civil, e como tal, não serve para efeitos de decisões penais. E em consequência da insolvência culposa, as garantias dos credores são extensivas para além daquelas que o devedor deu no ato das negociações para a concessão do crédito.

Assim sendo, o legislador entendeu que em caso de insolvência culposa, deve o Juiz condenar na sentença;

⁵⁵ Estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda. – art.º 735.º CPC.

⁵⁶ Vale aqui lembrar de que as garantias não servem apenas para a proteção de dos direitos violados, mas também a ameaça da violação do dever jurídico.

⁵⁷ As informações da Central de Responsabilidade de Crédito do BP, é da responsabilidade das instituições de créditos, elas mostram todos os créditos independentemente de os créditos estarem em dia ou em atraso.

Todos os afetados na qualificação da insolvência como culposa, inicialmente, a perda de todos os créditos sobre a massa insolvente, e se por hipótese já tenham recebido algo, bens ou dinheiro, em pagamento destes créditos, devem ser devolvidos, a favor da massa insolvente, - art.º 189.º, n.º 2, al. d).

E em caso de se verificar ainda a insuficiência da massa para a satisfação dos credores, na qualificação da insolvência como culposa, deve o Juiz condenar também os afetados na qualificação da insolvência como culposa a suportarem com os seus patrimónios o necessário para a satisfação da massa insolvente, - art.º 189.º n.º 2, al. e).

Desta forma encontramos consagração de uma extensão das garantias dos credores, extensão que vai até a força dos respetivos património dos afetados, isso como sanção dos comportamentos que justificaram que essas pessoas fossem afetadas pela qualificação da insolvência como culposa.

NOTAS CONCLUSIVAS

Chegamos no final deste trabalho e do entendimento que tivemos, tiramos as seguintes conclusões:

Durante a vigência do DL 53/2004, de 18 de março, regime de insolvência-liquidação, verificou-se em Portugal a liquidação de muitas empresas dando prejuízos a economia, foi assim que em 2012, o Legislador Português preocupado com a situação da economia, fez a reforma do CIRE introduzindo assim o DL 16/2012, de 20 de abril; com esta reforma, se por um lado o Legislador Português esteve preocupado com a liquidação de muitas empresas; por outro, também esteve preocupado com a legislação de normas mais eficazes para se poder penalizar melhor os causadores de situações de insolvências fraudulentas.

Com os problemas dos créditos frustrados, ficou também evidente a necessidade da criação de novas políticas para conceção dos mesmos créditos, porque os endividamentos descontrolados, o acesso aos créditos de forma muito facilitada⁵⁸ e falta de fiscalização dos negócios do devedor pelos credores, são apontadas como razões que levam certos devedores a à situações de insolvências; o sentimento do dinheiro fácil.

Por esta razão, entendemos que na formação destes contratos, o devedor deve informar os credores sobre o projeto de viabilidade a que se destinam o financiamento pretendido, e é ainda mais importante, o dever de diligência dos credores; diligencia no sentido de analisar o ativo e o passivo da pessoa do devedor. E assim poder-se avaliar melhor os riscos do negócio. Quanto mais alto for o risco mais alta é a taxa dos juros. Para tal, precisa-se a criação de uma instituição como a SERASA EXPERIAN, para ajudar nas tomas de decisões.

No Brasil há esta empresa, SERASA EXPERIAN, que trabalha com análise financeira, ela faz a análise de informação para decisões de créditos e apoios a negócios, reúne dados para as empresas, bancos e financiadoras. Ela tem uma base de dados com apontamentos sobre dividas vencidas e não pagas, cheques sem fundos e mais.

Portanto, com os serviços prestados por uma instituição do género, o credor antes de conceder o financiamento teria a possibilidade de consultar a situação do possível devedor, e ter o suporte necessárias para uma tomada da decisão segura e viável.

Desta forma, evitar-se-ia chegar-se a situações que se chega hoje em Portugal; não é admissível um devedor atingir o endividamento de até novecentos milhões de euros, e chegar a situação de insolvência e aí constatar-se que o seu património está apenas avaliado em trezentos

⁵⁸ Eu penso que há muita falta de criatividade das instituições de créditos, vimos hoje estas instituições andarem atrás das empresas e para darem os créditos, e já não são as empresas a irem ao encontro dos mesmo créditos.

milhões euros. Tudo isso deve-se a falta do empenho dos credores na fiscalização permanente dos seus devedores, em todos os investimentos e planos de negócios que o mesmo faça.

A situação de insolvência de qualquer devedor é sempre um problema complicado para os seus credores; porque um devedor insolvente praticamente não tem liquidez necessária para pagar suas dívidas. E nestas operações de créditos o credor concede empréstimo para recebe os fundos e os juros em contrapartida do empréstimo, e não um devedor insolvente com os créditos quase frustrados.

Mas no entanto, devemos entender as razões que levaram a situação de insolvência do o devedor; por isso, dada a necessidade o direito da insolvência aparece como meio regulador desta relação complicada entre os sujeitos envolvidos nela. Sendo o meio regulador a sua aplicação deve ser feita com ponderação sentido e equilíbrio. Visto que o incidente de qualificação da insolvência é um meio de proteção de interesses gerais; garantindo assim a segurança do comércio jurídico e a tutela da economia.

Tendo em conta esta finalidade de proteção dos interesses gerais ou o equilíbrio de interesses, concluímos o seguinte:

Se por um lado os credores através de um plano de insolvência podem encontrar um plano judicial de pagamento dos seus créditos e assim reaverem os seus fundos.

Por outro, o devedor insolvente por sua vez, pode através do plano de insolvência, apresentar uma proposta de satisfação para os credores e não perder o controlo da empresa, ou ainda em casos de insolvência de pessoa singular, pode o insolvente deduzir um plano de pagamento - art.º 251.º, e subsidiariamente fazer um pedido de dedução por exoneração do passivo restante, neste caso poder ter o perdão das dívidas restantes, e evitar de levar as dívidas até ad eternum.

No entanto, no que tange ao equilíbrio de interesses das partes neste processo, o art.º 601.º do CC, estabelece que; Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora. O art.º 189.º, n.º 2 al. e) do CIRE, estabelece que o juiz deve condenar todos os afetados na qualificação da insolvência como culposa a indemnizar os credores até ao montante dos créditos não satisfeitos, isso, até a força dos seus respetivos patrimónios;

E por outro lado, o legislador preocupado com a ponderação de interesses nesta relação consagrou nos termos do art.º 239.º n.º 3, al. b) do CIRE, “que o devedor deve ter o mínimo digno para sua subsistência, do que seja razoavelmente necessário. Nos termos do art.º 63.º, da CRP, há uma garantia constitucional, *a ninguém pode lhe faltar meios de subsistência*.

Contudo, importa dizer que os mecanismos de responsabilidade patrimonial por insolvência culposa são eficazes para solucionar o problema, tendo em visto a extensão das garantias das garantias dos credores até força dos respetivos patrimónios de todos os afetados na qualificação da insolvência como culposa. Há solução.

Com base no estudo realizado e nos documentos consultados podemos entendemos que o ordenamento jurídico português tem estado a tutelar estas relações devedor/credor, tendo em vista sempre a proteção dos interesses gerais, neste caso das partes envolvidas nestas relações, apesar de tudo.

Mas contudo, o Legislador Português não pode apenas regular o pagamento coercivo dos créditos frustrados por insolvência culposa, deve também criar normas que regulem a concessão dos créditos, de modo a serem também punidos os credores que concedem créditos muitas das vezes de forma descuidada e outras mesmo enganosas.

FONTES

Código da insolvência e recuperação de empresas

Código civil

Código processo civil

Código penal

Constituição da República Portuguesa

Código das sociedades comerciais

<https://www.advogadosinsolvencia.pt/insolvencia/insolvencia-culposa>

Ac. RC de 18.10.2016

<file:///D:/0%20wt/029-042-Avaliação-e-reparação-do-dano-p-e-n-p.pdf>

<https://www.bportugal.pt/area-cidadao/formulario/227>

BIBLIOGRAFIA

- Alexandre de Soveral Martins, um curso de direito da insolvência, Almedina, 2015, 2ª edição.
- Alexandre Soreval Martins, Estudo de Direito de Insolvência, Almedina, 2018.
- Alexandre Soveral Martins, Um curso de direito da insolvência, Almedina.
- Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, Coimbra Editora, 2012.
- Gisela Teixeira J. Fonseca, Direito da Insolvência, estudos, Coimbra editora, 2011.
- J. M. Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, Almedina, 2ª edição, 2010.
- José Manuel Branco, Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa, Almedina, 2015.
- José Maria Pires, Direito Bancário, 1º volume, Editora Rei dos livros.
- Luís Fernandes, João Labareda, CIRE anotado, 3ª edição, QUID JURIS, 2013.
- Luís Fernandes, João Labareda, estudo sobre a insolvência, Quid Jure, 2009.
- Luís Menezes Leitão, Direito da Insolvência, Almedina, 7.ª edição, 2017.
- Maria do Rosário Epifânio, Manual de Direito da Insolvência, Almedina, 6ª edição, 2016.
- Miguel Pestana de Vasconcelos, Direito das garantias, Almedina, 2011.
- Olímpia Costa, Dever de apresentação à insolvência, Almedina, 2016.
- Rui Estrela Oliveira, Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência in: “O Direito”, vol. V, 2010.