



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Inês Rosas Marques Manaiia Pinheiro

CONSEQUÊNCIAS DA QUALIFICAÇÃO DA
INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA NA SITUAÇÃO
DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIETÁRIOS
AFETADOS

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

Janeiro de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

INÊS ROSAS MARQUES MANAIA PINHEIRO

**CONSEQUÊNCIAS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA
NA SITUAÇÃO DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIETÁRIOS AFETADOS**

CONSEQUENCES OF THE QUALIFICATION OF INSOLVENCY AS CULPABLE IN
THE SITUATION OF AFFECTED MEMBERS OF CORPORATE BODIES

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre)*

ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR ALEXANDRE MIGUEL CARDOSO DE
SOVERAL MARTINS

COIMBRA, 2023

*You will never be able to experience everything.
So, please, **do poetical justice to your soul and simply experience yourself.***

ALBERT CAMUS

AGRADECIMENTOS

À minha Mãe, pelo amor incondicional, grandiosidade, resistência, compreensão, acompanhamento, (...) e acima de tudo pelos valores e princípios que desde sempre me inculuiu e que me permitem ser e voar mais alto.

Às minhas queridas e verdadeiras amigas, pela partilha constante e companheirismo.

Ao Edu e ao Rui, fontes de inspiração que ambicionavam concluir este percurso jurídico mas partiram cedo demais.

Ao meu orientador, o Exmo. Senhor Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins, pela atenção, disponibilidade e sabedoria partilhada.

Por fim e não menos importante, *À força e luz que me acompanham*.

RESUMO

Atualmente são vários os fatores que atingem diretamente a atividade econômica e o tecido empresarial, podendo estes ser responsáveis pelo aumento do número de insolvências. No entanto, sempre que a impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas ou a manifesta superioridade do passivo face ao ativo, resulte de uma ação positiva (um *facere*) ou omissão (um *non facere*) que produza ou agrave a situação de insolvência, e a partir da qual, se demonstre a culpa dos seus titulares nos termos do artigo 186.º n. 1º do CIRE, poderemos afirmar estar diante um fenómeno de insolvência culposa.

Deste modo, demonstra-se necessário começar por identificar os culpados e sujeitá-los à aplicação de um conjunto de efeitos idealizados pelo próprio legislador no artigo 189.º n. 2º do CIRE, com a finalidade de responsabilizar os afetados por esta mesma qualificação.

Neste sentido, afigurar-se-á crucial conhecer quais as consequências da qualificação da insolvência como culposa na situação dos membros dos órgãos societários afetados, designadamente a inibição para a ocupação dos cargos vedados. Perante isto e atendendo à manifesta importância e utilidade prática da mencionada sanção, surge a necessidade de compreender quais as suas reais implicações no seio de uma sociedade comercial, mais especificamente nos diversos órgãos de administração e fiscalização que a compõem.

Para tal, será fundamental entender exatamente qual o significado, conteúdo e amplitude do efeito jurídico em análise, nomeadamente averiguar se se trata de uma incompatibilidade legalmente estabelecida ou, se pelo contrário, configura um caso de incapacidade de exercício, possibilitando consequentemente apurar qual o seu impacto no âmbito de uma sociedade comercial e quais as consequências que daí derivam.

Palavras-chave: Insolvência Culposa; Consequências; Inibição; Ocupação de cargos; Incompatibilidades.

ABSTRACT

Currently, there are several factors that directly affect the economic activity and the business fabric, which may be responsible for the increase in the number of insolvencies. However, whenever the inability to meet matured obligations or the manifest superiority of liabilities over assets results from a positive action (a *facere*) or omission (a *non facere*) which produces or aggravates the insolvency situation, and from which, the culpability of the holders of the said obligations is demonstrated in accordance with article 186.º n.º1 of the CIRE, we may affirm that we are facing a phenomenon of culpable insolvency. In this way, it is necessary to start by identifying the guilty parties and subject them to the application of a set of effects designed by the legislator itself in article 189.º n.º 2 of the CIRE, with the purpose of making those affected liable for this qualification.

In this sense, it is crucial to know the consequences of the qualification of the insolvency as culpable in the situation of the members of the corporate bodies affected, namely the inhibition to occupy the prohibited positions. In view of the above and considering the obvious importance and practical utility of the above-mentioned sanction, the need to understand its real implications within a commercial company, more specifically in the different administrative and supervisory bodies of which it is composed, arises.

For such purpose, it will be fundamental to understand exactly what the meaning, content and extent of the legal effect under analysis is, namely to ascertain whether it is a legally established incompatibility or if, on the contrary, it configures a case of incapacity to perform, thus making it possible to ascertain its impact within the scope of a commercial company and the consequences deriving therefrom.

Key-words: Culpable Insolvency; Consequences; Inhibition; Occupation of positions; Incompatibilities.

LISTAS DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
art.º	Artigo
CCivil	Código Civil
Cfr.	Conferir
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRC	Código do Registo Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
Coord.	Coordenação
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
EOROC	Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas
LC	Ley Concursal
n.º	Número
nt.	Nota
p./ pp.	Página/Páginas
Rel.	Relator
ROC/ROC's	Revisor Oficial de Contas/Revisores Oficiais de Contas
SROC	Sociedade de Revisores Oficiais de Contas
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Tb.	Também
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TOC/TOC's	Técnico Oficial de Contas / Técnicos Oficiais de Contas
v.g	verbi gratia
VOL.	Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	10
O instituto jurídico e a sua evolução – Uma breve alusão	10
CAPÍTULO II- A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA.....	13
1. O Âmbito Objetivo	13
2. O Âmbito Subjetivo.....	20
CAPÍTULO III- CONSEQUÊNCIAS DA INSOLVÊNCIA CULPOSA NA SITUAÇÃO DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIETÁRIOS AFETADOS.....	25
1. A Inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de certos cargos.....	27
1.1. Natureza jurídica	30
1.2. Impedimentos à designação como administrador nas Sociedades Anónimas.....	32
Incompatibilidades Supervenientes	35
1.3. Incompatibilidades para o exercício de funções em órgãos de fiscalização nas Sociedades Anónimas e respetivas consequências.....	39
1.4. Incompatibilidades para o exercício de funções em órgãos de administração e fiscalização nas Sociedades por Quotas	42
1.5. A inibição para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial e a coletividade dos sócios.....	47
2. A inibição para administrar patrimónios alheios.....	48
3. A perda de certos créditos e a obrigação de restituir certos bens ou direitos.....	52
4. A obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos até às forças dos respetivos patrimónios	55
CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA	59
JURISPRUDÊNCIA.....	63

INTRODUÇÃO

A insolvência de pessoas coletivas, particularmente de sociedades comerciais constitui uma realidade suscetível de ocasionar danos vários que inevitavelmente atingem sujeitos e interesses que deveriam ser prioritariamente acautelados. O referido estado deve-se a uma multiplicidade de causas. A este propósito, distinguem-se as situações em que o próprio devedor e/ou os administradores das sociedades comerciais atendem somente às suas ambições pessoais, levando a cabo condutas altamente nefastas e lesivas que descuram por completo os interesses da pessoa coletiva em que se inserem, assim como dos seus credores sociais. Tais comportamentos para além de revelarem um claro e ilegítimo aproveitamento por parte destes sujeitos, muito têm contribuído para a criação ou agravamento da situação de insolvência, sendo por isso fundamental apurar se foram praticados com dolo ou culpa grave, pois sendo esse o caso, a insolvência poderá ser qualificada como culposa nos termos do n.º 1 do art.º 186.º do CIRE.

Em face do exposto, o estudo que se segue propõe compreender uma vertente muito circunscrita, mas essencial da qualificação da insolvência como culposa, nomeadamente os efeitos substantivos reservados aos membros dos órgãos sociais considerados afetados pela respetiva qualificação.

Com este propósito, a presente investigação irá dividir-se em três grandes capítulos. Primeiramente, sob forma de nota introdutória, levar-se-á a cabo uma breve explicação acerca da figura do incidente da insolvência e respetiva evolução. Seguindo-se do capítulo que se ocupará da qualificação da insolvência como culposa, assim como dos seus aspetos processualmente relevantes, designadamente o âmbito objetivo e subjetivo do mencionado instituto jurídico, configurando assim o ponto de partida para uma análise mais detalhada das consequências jurídicas da qualificação da insolvência como culposa que corresponderá por sua vez ao terceiro, último e mais importante capítulo. Porém, atendendo ao objeto de estudo, o tratamento atribuído a cada uma destas será distinto, sendo, portanto, a sanção prevista pela 2ª parte da alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, alvo de uma mais profunda reflexão face a todas as restantes. Para este efeito, atribuir-se-á especial enfoque à inibição para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial, assim como à sua natureza e às suas repercussões nos diversos órgãos das sociedades anónimas e por quotas, sobretudo nos seus órgãos de administração e fiscalização.

CAPÍTULO I - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

O instituto jurídico e a sua evolução – Uma breve alusão

A figura do incidente de qualificação da insolvência foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo CIRE, aprovado pelo DL 53/2004, de 18 de março, em vigor desde 15 de setembro de 2004, com o objetivo de “obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas”¹. Se assim não fosse, as finalidades do processo de insolvência, assim como o escopo de impedir insolvências de caráter doloso ou fraudulento “seriam indubitavelmente perturbadas, se aos administradores das empresas, de direito ou de facto, não sobreviessem quaisquer consequências sempre que estes hajam contribuído para tais situações. A coberto do expediente técnico da personalidade jurídica coletiva, seria possível praticar incolumemente os mais variados atos prejudiciais para os credores”².

A este propósito, revela-se necessário atentar criticamente ao raciocínio socialmente enraizado segundo o qual a personalidade jurídica coletiva da sociedade afasta aparentemente os administradores³ de serem afetados pelas consequências resultantes da declaração de insolvência da sociedade, sustentado no facto de o devedor insolvente corresponder à sociedade e já não aos seus administradores. Todavia, o referido entendimento não poderá em momento algum ser percecionado como uma eventual válvula de escape ou mobilizado como forma, claramente ilegítima, destes sujeitos desenvolverem práticas altamente lesivas que tendem a atingir fortemente os credores da sociedade.

Será ainda mediante uma análise e leitura atenta do ponto 40 do preâmbulo do DL 53/2004, de 18 de março, que concluímos pelo reconhecimento expresso por parte do próprio legislador português de uma forte inspiração no direito espanhol, mais especificamente na figura congénere da “*calificación del concurso*”⁴ oriunda da “*Ley Concursal*”⁵ aquando do surgimento do “novo” incidente de qualificação da insolvência.

¹ Vide § 40º do Preâmbulo do DL 53/2004, de 18 de março.

² Idem.

³ Administradores em sentido amplo.

⁴ A regulação deste incidente encontra previsão nos artigos 441.º e ss. da LC.

⁵ Aprovada pela Ley 22/2003, de 9 de julho.

No entanto, não podemos resumir unicamente o surgimento deste incidente à influência da lei espanhola⁶, pois muito antes, no seio do *direito constituído pátrio*⁷, nomeadamente no âmbito do CPEREF⁸ e no seguimento das alterações introduzidas pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro, o art.º 126.º-A já previa uma responsabilização solidária dos dirigentes⁹.

Neste sentido, o seu n.º 1 referia que no caso de falência de sociedade ou de pessoa coletiva, se para a situação de insolvência tiverem contribuído, de modo significativo, quaisquer atos praticados ao longo dos dois últimos anos anteriores à sentença por gerentes, administradores ou diretores, ou por pessoas que simplesmente as tenham gerido, administrado ou dirigido de facto, o tribunal deve, se assim for requerido pelo Ministério Público ou por qualquer credor, declarar a responsabilidade solidária e ilimitada das referidas pessoas pelas dívidas da falida e condená-las no pagamento do respetivo passivo. Contudo, esta responsabilidade de regime particular, abreviadamente designada como responsabilidade falimentar¹⁰, cujo grande intuito consistia na tutela dos credores concursais, apesar do seu mérito enquanto importante fonte de inspiração ao panorama atual, apresentava várias imperfeições e irregularidades que careciam de colmatação.

Neste seguimento, o lastrear evolutivo dos tempos permitiu que atualmente possamos identificar a outrora novidade que traduz em parte o objeto de estudo deste trabalho, os incidentes de qualificação da insolvência, cujo regime se encontra previsto no Título VIII, regulado pelos artigos 185.º a 191.º do CIRE.

Assim sendo, o incidente de qualificação da insolvência corresponde a um incidente do processo de insolvência destinado essencialmente a qualificar a natureza da insolvência, ou seja, a verificar se determinada situação de insolvência é fortuita ou se, por sua vez, reveste um carácter culposo. Não obstante esta finalidade, a qualificação atribuída não será de modo algum vinculativa para efeitos da decisão de causas penais nem das ações a que o n.º 3 do art.º 82.º do CIRE se reporta (cfr. art.º 185.º).

⁶ Mesmo no direito espanhol, a figura da *calificación del concurso* não constitui uma novidade, já que corresponde à *calificación de la quiebra* e à *calificación del concurso de acreedores* do regime predecessor. Cfr., CATARINA SERRA, *Decoctor ergo fraudator: a insolvência culposa* (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, 2008, cit., p. 60.

⁷ JOSÉ MANUEL BRANCO, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, cit., p. 14.

⁸ Diploma expressamente revogado pelo 53/2004, de 18 de março.

⁹ Na verdade, muito antes, a qualificação da quebra já era possível no Código Comercial de 1833. Este diploma classificava a falência como casual, culposa ou fraudulenta (cfr. artigos 1146.º a 1151.º). Sobre isto, CATARINA SERRA, *Decoctor ergo fraudator: a insolvência culposa* (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21, 2008, cit., p. 63 e SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 41.

¹⁰ Assim, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos substantivos da falência*, cit., p. 142.

Nos termos do n.º 1 do art.º 186.º do CIRE, a insolvência é considerada culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Por outro lado, a definição de insolvência fortuita já não encontra previsão legal e, portanto, tem-se assumido que esta se verifica sempre que não estejamos perante uma insolvência culposa¹¹. A verdade é que nas palavras de Maria do Rosário Epifânio, a abertura do incidente da qualificação da insolvência nos casos em que a insolvência é manifestamente fortuita tem ocupado injustificadamente os tribunais¹².

Quanto à abertura do incidente de qualificação da insolvência, este ato será desencadeado pelo juiz apenas quando este disponha de elementos que justifiquem esta mesma abertura, devendo, portanto, identificá-los na sentença da declaração de insolvência, sempre fundamentando devidamente a sua decisão. Será ainda no seio dessa sentença que se declarará aberto o incidente com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no art.º 187.º do CIRE (cfr. art.º 36.º n.º 1 alínea i))¹³. Todavia, se o juiz na sentença de declaração de insolvência não declarar aberto o incidente, este poderá ser aberto em outro momento, nomeadamente numa fase mais tardia conforme o descrito no art.º 188.º do CIRE ou até mesmo nem sequer se verificar de todo. Ademais, se o processo de insolvência for encerrado sem ter sido sequer aberto o incidente nos termos do art.º 36.º n.º 1 alínea i) ou ao abrigo do disposto no art.º 188.º n.º 1 e n.º 2 do CIRE, o juiz deve declarar expressamente na decisão de encerramento o carácter fortuito da insolvência (cfr. art.º 233.º n.º 6 do CIRE). Por fim, importa ainda referir que em concordância com todo o processo de insolvência, os incidentes de qualificação de insolvência apresentam carácter urgente e gozam de precedência sobre o serviço ordinário do tribunal (cfr. art.º 9.º n.º 1 do CIRE).

¹¹ Neste sentido, MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português* cit., p. 23; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO *Manual de Direito da Insolvência*, cit., p. 154. Assim também, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência* cit., p. 300.

¹² Vide, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 176.

¹³ Apesar de o juiz decretar a abertura de um incidente de qualificação de insolvência com determinado carácter (pleno ou limitado), nada obsta a que o carácter desse mesmo incidente permaneça intocável, pois um incidente de qualificação que inicialmente prosseguiu como limitado, pode posteriormente apresentar um carácter pleno, assim como a situação inversa (v.g art.º 39.º n.º 4 do CIRE).

CAPÍTULO II- A QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

1. O Âmbito Objetivo

Em ordem a uma correta e completa compreensão do fenómeno da insolvência culposa afigura-se essencial começar por expor e analisar o seu âmbito objetivo, referindo desde já que a sua regulamentação se desenvolve em três níveis distintos, manifestando-se nos três primeiros números previstos no art.º 186.º do CIRE¹⁴, sendo que será nos n.º 2 e n.º 3 que encontram previsão dois conjuntos de presunções¹⁵.

Nos termos do n.º 1 do art.º 186.º do CIRE a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave¹⁶, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Desta disposição de descrição mais genérica e assumida como ponto de referência resulta que são quatro os pressupostos cumulativos do conceito de insolvência culposa¹⁷. Primeiramente, deverá ter-se verificado uma conduta por parte do devedor ou dos seus administradores, de facto ou de direito e que se poderá traduzir numa ação positiva (um *facere*) ou numa omissão (um *non facere*)¹⁸. Ademais, a conduta deverá ter criado ou agravado a situação de insolvência. Seguidamente, essa conduta terá de ter ocorrido nos três anos anteriores ao início do processo que conduziu à insolvência¹⁹. Por fim, é necessário que

¹⁴ Cfr., CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702.

¹⁵ Também se referindo a um duplo sistema de presunções legais (*El doble sistema de calificación del artículo 164 de la ley concursal*), ÁNGEL ROJO/ANA BELÉN CAMPUZANO, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, cit., p. 176.

¹⁶ Para CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 718., “Uma vez que o preceito nada dispõe, em particular, nessa matéria, as noções de dolo e culpa grave devem ser entendidas nos termos gerais de Direito.”

¹⁷ Neste sentido, vide o Ac. do TRC, de 19.01.2010 (Rel.: Isaías Pádua).

¹⁸ Assim, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes da Qualificação da Insolvência*, cit., p. 231.

¹⁹ A atuação a que o n.º 1 do art.º 186.º do CIRE se refere, terá de ter lugar nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. De forma a compreender este preceito, deverá atender-se ao disposto no n.º 2 do art. 4.º do CIRE, segundo o qual todos os prazos que neste Código têm como termo final o início do processo de insolvência, abrangem igualmente o período compreendido entre essa data e a da declaração da insolvência. A este propósito, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 95., afirmam que “(...) quando a relevância de certo ato ou evento, para determinados efeitos, dependa da sua prática ou ocorrência até a data do início do processo, esse prazo é estendido até à prolação da sentença.”

essa mesma conduta seja dolosa²⁰ ou praticada com culpa grave²¹. O que significa que ficam excluídas do conceito de insolvência culposa a culpa leve e a culpa levíssima²².

Porém, a doutrina e a jurisprudência têm apontado para a necessidade da existência e do estabelecimento de um nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do devedor ou dos seus administradores e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Isto é, para que possamos efetivamente estar perante uma insolvência culposa, a conduta levada a cabo pelo devedor ou pelos seus administradores deve ser apta ou idónea à criação ou agravamento da situação de insolvência²³.

Por sua vez, nos termos do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE deparamo-nos com um elenco taxativo²⁴ de presunções legais (*juris et de jure*)²⁵ que dizem respeito à situação de insolvência e apresentam um carácter inilidível, não admitindo prova em contrário²⁶.

Deste modo, sempre que se verificarem os factos elencados pelas várias alíneas deste preceito, resultará daí uma presunção de insolvência culposa que apenas diz respeito ao devedor, mas já não aos seus administradores.

É também importante assinalar que esta disposição confere ao(s) lesado(s) uma tutela de eficácia superior face à que é proporcionada pelo n.º 1, pois favorece a previsibilidade e a

²⁰Sendo assim, tal como explica MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português* cit., p. 23 e 24, “O dolo pode ser direto, necessário ou eventual. Não tendo o CIRE feito qualquer restrição e estando estas modalidades de dolo consolidadas no nosso ordenamento jurídico, será de admitir que qualquer uma delas é relevante para a qualificação da insolvência como culposa.”

²¹ De acordo com RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes da Qualificação da Insolvência*, cit., p. 233, “A culpa grave, normalmente equiparada à culpa grosseira ou negligência grosseira, pode ser definida como aquela com que age o agente que omite os deveres de cuidado que só uma pessoa especialmente descuidada, incauta e desleixada deixaria de respeitar”.

²² Idem, p. 232.

²³ Cfr., RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes da Qualificação da Insolvência*, cit., p. 231. V.tb. v. g Ac. do TRP de 10.02.2011 (Rel.: Freitas Vieira).

²⁴ A este propósito, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 719., explicam que a natureza taxativa do elenco legal previsto no n.º 2 do art.º 186.º do CIRE, está diretamente relacionada como o facto das situações contempladas determinarem, inexoravelmente, a atribuição de carácter culposo à insolvência. No sentido da taxatividade dos factos, veja-se ainda CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702.

²⁵ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 156; CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702. Sobre isto, vide tb. Ac. do TRE de 10.07.2014 (Rel.: Canelas Brás).

²⁶ Segundo MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 160, “tratando-se de presunções inilidíveis, quando se preencha algum dos factos elencados no n.º 2 do art.º 186.º, a única forma de escapar à qualificação da insolvência como culposa será a prova, pela pessoa afetada, de que não praticou o ato.” Na doutrina espanhola, em sentido concordante, mas já em relação ao atual “Artículo 445 bis 2” da LC, vide ÁNGEL ROJO/ANA BELÉN CAMPUZANO, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, cit., p. 154.

rapidez da apreciação judicial dos comportamentos²⁷, traduzindo-se conseqüentemente em uma responsabilização eficaz dos administradores por condutas que criaram ou agravaram a situação de insolvência²⁸.

Neste seguimento, podemos ainda afirmar que estamos diante de um elenco que versa sobre uma diversidade de comportamentos que do ponto de vista histórico e prático se têm revelado desde sempre estar na origem das situações de insolvência. Será esta vincada presença do elemento da experiência que comprova que efetivamente as diversas alíneas do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE apresentam como fonte de inspiração, o agora revogado art.º 126.º-A do CPEREF que culminava numa responsabilidade solidária dos administradores pela falência da sociedade²⁹, tal como foi anteriormente referido.

Para além da presunção de culpa, tem-se vindo a defender que o n.º 2 do art.º 186.º do CIRE presume ainda o nexo de causalidade entre os factos legalmente tipificados nas diversas alíneas e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Neste sentido³⁰, podemos assinalar alguns autores, nomeadamente Luís Menezes Leitão, Carvalho Fernandes e João Labareda.

Todavia, parecem resultar daqui algumas dúvidas do ponto de vista doutrinal e jurisprudencial. Isto porque parte da doutrina sustenta que apenas se presume o nexo de causalidade em algumas alíneas e já não em outras.

Neste seguimento de ideias, Carneiro da Frada³¹ apresenta algumas reservas em relação a alguns casos, designadamente quanto às alíneas d), f), h) e i), afirmando que desses comportamentos não resulta automaticamente uma situação de insolvência ao contrário do que sucede normalmente, a seu ver, com as alíneas a) ou g). No seu entender, relativamente a estas duas alíneas presume-se um nexo causal entre a violação ilícita de deveres de conduta e fidelidade do devedor ou dos seus administradores e a situação de insolvência. Contudo, defende que no n.º 2 do art.º 186.º do CIRE não estão em causa ficções, mas sim presunções *juris et de jure*.

²⁷ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 157.

²⁸ Assim, CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702.

²⁹ Idem.

³⁰ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p.288; CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 719. Na jurisprudência v.g o Ac. do TRC de 28.05.2013 (Rel.: Moreira do Carmo), Ac. do STJ de 15.02.2018 (Rel.: José Rainho), Ac. do TRG de 18.10.2018 (Rel.: Maria Luísa Ramos).

³¹ Cfr., CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702

Por outro lado, Catarina Serra³² afirma que ao contrário das presunções absolutas de insolvência culposa previstas pelas alíneas a) a g) do n.º 2 do art.º 186.º, as alíneas h) e i) parecem ficções legais e, portanto, sustenta também que a factualidade aí descrita não faz presumir com segurança o nexo de causalidade entre o facto e a insolvência³³.

A este propósito, Rui Estrela de Oliveira³⁴ sustenta também que as alíneas h) e i) constituem ficções legais e não aceita a existência de uma presunção de um nexo causal em relação a todas as alíneas do n.º 2, devendo estas ser analisadas separadamente. Para este efeito, assinala dois grupos, sendo um constituído pelas alíneas a) e g) onde se encontram as causas semi-objetivas de insolvência culposa, seguindo-se de um outro que contempla as alíneas h) e i), que por sua vez, designa como causas puramente objetivas de insolvência culposa.

Segundo este autor, quanto aos factos inseridos no primeiro grupo referido, o nexo de causalidade terá de ser devidamente comprovado, não existindo, portanto, uma presunção a este nível. Já em relação à alínea h) e i), Rui Estrela de Oliveira afirma que estamos diante sanções quase diretas e que não será necessário que se prove a existência de um nexo de causalidade entre os comportamentos aí previstos e a criação e/ou agravamento da situação de insolvência.

Por fim, Soveral Martins³⁵ admite que apenas as críticas direccionadas à alínea i) são justificadas na medida em que estão em causa comportamentos ulteriores ao início do processo de insolvência e, portanto, parece ser desprovido de sentido retirar daí a existência de culpa e de um nexo de causalidade na criação ou agravamento da situação de insolvência, ainda mais quando não se admite prova em contrário resultado do seu carácter inilidível.

Será também a este propósito que se revela importante analisar a solução consagrada em uma das fontes de inspiração do legislador português, o direito espanhol. Porém, no seio deste ordenamento jurídico também se verificam divergências doutrinárias. Deste modo, parte da doutrina espanhola³⁶ defende que é exigível a prova do nexo causal no caso das

³² CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 301.

³³ Em sentido contrário, afirmando que aquando da verificação do disposto nas alíneas h) e i) do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE, a insolvência é sempre considerada como culposa, não sendo necessário demonstrar o nexo de causalidade a que se reporta o n.º 1, pelo facto de aí (n.º 2) não se presumir apenas a existência de culpa, mas também a existência de causalidade entre a atuação dos administradores do devedor e a criação ou agravamento do estado de insolvência, vide o Ac. do TRP de 27.02.2014 (Rel.: Leonel Serôdio).

³⁴ Assim, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes da Qualificação da Insolvência*, cit., p. 237-242.

³⁵ Veja-se SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 567, nt. 57

³⁶ Cfr., ÁNGEL ROJO/ANA BELÉN CAMPUZANO, *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, cit., p. 156.

presunções *juris et de jure*. Sendo assim, podemos concluir que as presunções do *Artículo 445 bis 2* da LC não excluem a prova do nexo de causalidade que se estabelecerá entre a conduta do devedor e a criação ou agravamento da situação de insolvência, constituindo esta prova um elemento necessário à presunção factual. Assim, a presunção não se aplicará se o resultado da atuação for irrelevante, pois nesse caso não estaremos perante uma produção ou um agravamento da situação da insolvência. Em jeito de conclusão, será sempre necessário um resultado prejudicial que derive da conduta que estiver a ser considerada para que se possa estabelecer um nexo causal. Diferentemente, existe ainda quem sustente que a prática dos factos previstos no *Artículo 445 bis 2* da LC é suficientemente gravosa, permitindo uma admissão automática da presunção do nexo de causalidade entre esses factos e a criação ou o agravamento da situação de insolvência³⁷.

Seguidamente, permanecendo no seio destas presunções, o legislador português não procedeu à fixação expressa de um limite temporal relevante, mas tem-se entendido que se deverá mobilizar o prazo de três anos nos moldes previstos pelo n.º 1 do art. 186.º do CIRE. Isto significa que as presunções constantes deste elenco pressupõem que desde a prática dos factos que as desencadeiam até ao início do processo de insolvência não se tenham passado mais de três anos³⁸. Não obstante o referido anteriormente, relativamente à hipótese prevista pela alínea i) do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE, o cenário já se afigura ligeiramente diferente, pois o limite temporal aí subjacente poderá respeitar a período posterior à declaração de insolvência³⁹. Apesar desta especificidade, a sua razão de ser assenta no facto de esta presunção poder apresentar como ponto de partida um acontecimento ulterior ao início do processo de insolvência para se sustentar um facto incógnito e prévio ao início deste processo. Destarte, este preceito tem revelado ser um enorme incentivo no sentido do cumprimento dos deveres previstos no art.º 83.º do CIRE.

Por fim, o disposto neste n.º 2 do art.º 186.º do CIRE é aplicável com as necessárias adaptações à atuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade das situações⁴⁰ (cfr. art.º 186.º n.º 4 do CIRE).

³⁷GARCÍA-GRUCES, José Antonio, *Comentario de la Ley Concursal* (tomo II), org. Rojo Ángel/Beltrán, Emilio, Thomson, 2004, p. 2526.

³⁸ Assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 564.

³⁹ Idem, p. 564. Veja-se ainda o Ac. do TRG de 25.02.2016 (Rel.: Cristina Cerdeira).

⁴⁰ A razão de ser do art.º 186.º n.º 4 in fine tem logicamente que ver com a impossibilidade de se aplicar algumas hipóteses previstas no n.º 2 do art.º 186.º do CIRE aos casos em que o devedor é pessoa singular. Um dos exemplos mais claros corresponde à sua alínea e). É evidente que ao se tratar de um devedor pessoa

Quanto ao segundo e último conjunto de presunções, este encontra previsão no n.º 3 do art.º 186.º do CIRE. A este propósito, presume-se unicamente⁴¹ a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência (alínea a)) e 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 (alínea b)).

Assim, concluímos que o n.º 3 do art.º 186.º do CIRE se reconduz a presunções legais de culpa grave *juris tantum*⁴², significando isto que estas podem ser afastadas por prova que se lhes oponha, sendo, portanto, ilidíveis. Ademais, em termos de aplicação estas presunções recaem sobre o devedor que não seja pessoa singular e respetivos administradores de direito ou de facto, assim como também se aplicam à pessoa singular insolvente e seus administradores de direito ou de facto (cfr. n.º 4 do art.º 186.º do CIRE)⁴³.

Por sua vez, assim como sucede com as presunções constantes do n.º 2, também aqui se deverá mobilizar o prazo de três anos nos moldes previstos pelo n.º 1 do art.º 186.º do CIRE. Isto significa que desde a prática dos factos que desencadeiam as presunções do n.º 3 até ao início do processo de insolvência⁴⁴, não se devem ter passado mais de três anos.

Começando por analisar a alínea a) do art.º 186.º do CIRE, importa desde já assinalar o art.18.º do CIRE que versa sobre o dever de apresentação à insolvência.

Segundo o seu n.º 1, o devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1

singular, a referência que aí é feita à personalidade coletiva da empresa, não faz qualquer sentido. Contudo, para SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 569, o que foi anteriormente referido não invalida que o devedor pessoa singular exerça uma atividade em proveito de terceiros e em prejuízo da empresa. Já CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 720, afastam definitivamente a aplicação da alínea e) do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE, às pessoas singulares.

⁴¹ A introdução da expressão “unicamente” fruto da redação dada pela Lei 9/2022, permitiu terminar com algumas dúvidas de natureza doutrinal e jurisprudencial acerca do âmbito objetivo das presunções previstas pelo n.º 3 do art.º 186.º do CIRE. Isto porque em momento anterior, questionava-se se se presumia apenas a culpa grave ou se esta presunção também era referente à situação de insolvência culposa. Deste modo, a maioria da jurisprudência e doutrina, defendia o que se revelou ser a intenção do legislador e que agora encontra tradução expressa na letra da lei, mais especificamente no sentido da existência de uma mera presunção de culpa grave. Desta forma, para que efetivamente estejamos perante uma situação de insolvência culposa, será necessário que se prove nos termos do n.º 1 art.º 186.º do CIRE que a criação ou agravamento da situação de insolvência resultou do(s) comportamento(s) omissivo(s) dos administradores, de direito ou de facto do devedor que não seja uma pessoa singular. Por outro lado, na ótica de outros autores, estaria aqui em causa uma presunção de insolvência culposa, presumindo-se uma causalidade das atuações omissivas levadas a cabo pelos administradores em relação à situação de insolvência.

⁴² Vide Ac. do STJ de 03.04.1991 (Rel.: Pedro Macedo).

⁴³ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 162.

⁴⁴ Considerando sempre para este efeito o disposto no n.º 2 do art. 4.º do CIRE, vide nt. 19.

do art.º 3.º ou à data que devesse conhecê-la. No entanto, conforme o disposto na alínea b) do n.º 2 do art.º 18.º do CIRE, excetuam-se deste dever as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa na data em que incorram em situação de insolvência.

Será neste seguimento que releva o n.º 5 do art.º 186.º do CIRE, que prevê o seguinte: se a pessoa singular insolvente não estiver obrigada a apresentar-se à insolvência (cfr. art.º 18.º n.º 2 alínea b)), esta não será considerada culposa em virtude da mera omissão ou retardamento na apresentação, ainda que determinante de um agravamento da situação económica do insolvente. Deste modo, o facto de o teor deste preceito não se limitar a excluir a presunção de culpa grave prevista na alínea a), permite concluir que a qualificação da insolvência terá de ser realizada mediante o conteúdo previsto pelo n.º 1 e através das presunções constates do n.º 2 do art.º 186.º do CIRE, já que o n.º 3 prevê apenas, tal como referido anteriormente, a existência de uma mera presunção de culpa grave⁴⁵.

Ainda a respeito da alínea a), importa também referir que no caso de estarmos perante um devedor que não seja pessoa singular, não faz sentido algum que os seus administradores de facto ou de direito, apenas com intuito de afastar a presunção de culpa grave da alínea a) do n.º 3 do art.º 186.º do CIRE, decidam elaborar uma petição inicial que nem se digna a cumprir com os requisitos legalmente previstos nos artigos 23.º e ss. do CIRE, culminando no seu indeferimento por força do disposto no art.º 27.º do CIRE⁴⁶. Tal situação revelaria uma atuação negligente e desinteressada por parte destes sujeitos, o que não coaduna de forma alguma com a finalidade que o legislador pretendeu levar a cabo aquando da formulação da norma em análise (alínea a) do n.º 3 art.º 186.º do CIRE).

Já relativamente à alínea b) é necessário assinalar que o teor da obrigação aí prevista está intimamente relacionada com o direito de informação societário. O seu cumprimento resultará com certeza em decisões e atuações esclarecidas e em concordância com a lei, levadas a cabo pelo devedor, seus administradores e até mesmo por terceiros, podendo muitas vezes evitar cenários desastrosos para a esfera destes sujeitos.

Por fim, importa referir mais uma vez o n.º 4 do art.º 186.º do CIRE, segundo o qual o disposto neste n.º 3, à semelhança do n.º 2, poderá aplicar-se com as devidas adaptações à atuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade de situações.

⁴⁵ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 721.

⁴⁶ Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 571.

2. O Âmbito Subjetivo

A propósito do âmbito subjetivo de afetados pela qualificação da insolvência como culposa, importa desde já assinalar o disposto no art.º 189.º do CIRE, designadamente a alínea a) do seu n.º 2. Segundo este preceito de carácter meramente exemplificativo⁴⁷, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve identificar as pessoas, *nomeadamente* administradores, de direito e/ou⁴⁸ de facto, técnicos oficiais de contas (TOC's)⁴⁹ e revisores oficiais de contas (ROC's), afetadas pela qualificação, *fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa*⁵⁰.

No entanto, isto não afasta o conteúdo previsto pelo n.º 1 do art.º 186.º do CIRE, distinguindo-se mesmo deste. Sendo assim, o que efetivamente releva para efeitos da qualificação de insolvência como culposa é a atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Por sua vez, o que se encontra na alínea a) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, é apenas um elenco não taxativo de sujeitos que podem ser afetados pela insolvência culposa. Não sendo a sua simples atuação que permitirá a qualificação da insolvência como culposa, sendo sempre necessária uma atuação do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto⁵¹. Todavia, nada obsta a que a mera atuação de

⁴⁷ O facto de estar em causa um elenco meramente exemplificativo, não significa que qualquer sujeito possa ser considerado afetado pela qualificação da insolvência como culposa. Neste sentido, veja-se o Ac. do TRE de 23.04.2020 (Rel.: Francisco Matos).

⁴⁸ A este propósito, existirão hipóteses em que poderá estar apenas em causa a afetação de um administrador de direito ou de facto, assim como poderão também suceder situações em que ambos os administradores serão afetados pela insolvência como culposa.

⁴⁹ A Lei n.º 139/2015, de 7 de setembro, procedeu à transformação da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas em Ordem dos Contabilistas Certificados. Deste modo, os Técnicos Oficiais de Contas assumiram a designação de Contabilistas Certificados. Todavia, o legislador ainda não procedeu à respetiva atualização, sendo isso visível mediante a alínea a) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE.

⁵⁰ Já na situação em que está em causa um único afetado, não será necessário averiguar qual o grau de culpa. Contudo, quanto a este último cenário, tal não significa que não seja importante apreciar, para efeitos da aplicação de alguma das consequências previstas no art.º 189.º do CIRE, a culpa, assim como distinguir, se estará em causa uma culpa grave ou dolo (direto, necessário ou eventual).

⁵¹ Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 573. Considerando também que as pessoas designadas no n.º 1 do art.º 186.º não coincidem com as pessoas designadas no n.º 2 alínea a) do art.º 189.º do CIRE, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Responsabilidade pela concessão de crédito a empresas em situação desesperada*, in: “Revista de Direito Comercial”, 2022, cit., p. 1103.

Contudo, a visão segundo a qual estes dois preceitos são diferentes entre si, não é partilhada de forma unânime pela doutrina. Neste seguimento, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 156., defende que o art.º 186.º do CIRE deverá ser interpretado em harmonia com o disposto no art.º 189.º n.º 2 alínea a) do CIRE. Partilhando a mesma leitura, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 154, afirma que o legislador se esqueceu de adaptar o texto do art.º 186.º n.º 1 ao texto do art.º 189.º n.º 2 alínea a) do CIRE. Desta forma, sustenta que a intenção do legislador era a de que o regime do n.º 1 do art.º

contabilistas certificados e ROC's, possa desencadear uma situação de insolvência culposa, pois sempre que esses sujeitos atuem enquanto administradores de facto poderá assistir-se a uma criação ou agravamento da situação de insolvência, podendo conduzir a esta qualificação⁵².

Será ainda de salientar que a alínea a) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE apresenta uma redação dita duvidosa na medida em que a própria letra da lei não faz qualquer referência à figura do devedor. A este propósito, o disposto no art.º 188.º n.º 9 do CIRE sugere um raciocínio paralelo, contrapondo o próprio devedor e aqueles que no entender do juiz devam ser afetados pela qualificação da insolvência como culposa. Contudo, a inexistência de um *numerus clausus* das pessoas afetadas, ou seja, o facto de estarmos perante um conjunto aberto, assim como a presença de normas como o art.º 228.º n.º 1 alínea c) do CIRE, fazem crer que o legislador não descartou o devedor pessoa física, incluindo-o no elenco do art.º 189.º n.º 2 alínea a) do CIRE⁵³. Em suma, será certo e conforme a própria "*ratio legis*" do incidente de qualificação que o devedor pessoa física possa⁵⁴ e deva, sempre que esse for o caso, ser considerado como afetado pela qualificação da insolvência como culposa.

Neste seguimento, o facto referido anteriormente suscita algumas questões quando esteja em causa um devedor pessoa coletiva. Sendo assim, fruto da análise do art.º 189.º n.º 3 do CIRE em que se afigura obrigatório o registo civil no caso de pessoas singulares, assim como o registo comercial quando estejam em causa comerciantes em nome individual das inibições aí previstas, mas tal já não se aplicar a devedores que não sejam pessoas singulares, permite a Soveral Martins rejeitar que estes devedores possam ser considerados afetados pela decisão de qualificação da insolvência como culposa⁵⁵.

186.º do CIRE, englobasse outros sujeitos para além do devedor e dos seus administradores. Convergindo em boa medida neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., p. 143, sustenta que para além dos sujeitos previstos no art.º 186.º n.º 1 do CIRE, para efeitos de qualificar a insolvência como culposa deverá também acrescentar-se a este elenco, atendendo à alínea a) do n.º 2 do art.º 189.º, outros sujeitos, nomeadamente TOC ou ROC.

⁵² Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 574.

⁵³ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 734.

⁵⁴ A insolvência de um devedor pessoa singular pode vir a ser qualificada como culposa, mas este sujeito não tem que obrigatoriamente e de forma automática vir a ser afetado por essa mesma qualificação. Para compreensão deste raciocínio, veja-se o exemplo assinalado por SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 575., em que apesar da insolvência do devedor ser qualificada como culposa, nesse caso só os administradores desse devedor pessoa singular é que deverão ser qualificados pela insolvência como culposa.

⁵⁵ Assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 575.

No entanto, isto não significa que não se verifique de todo uma afetação deste devedor, pois sendo estes sujeitos entidades que não apresentam um corpo físico, não podendo atuar por si, carecem de pessoas físicas que efetivamente possam levar a cabo ações e será por esse motivo que, sempre que se verifique uma situação de insolvência culposa, os seus administradores de direito e mesmo de facto serão conseqüentemente considerados como afetados.

Diferente discussão será aquela que se prende com a existência ou não de afetados pela qualificação da insolvência como culposa que sejam pessoas coletivas, mas que não correspondam à figura do devedor. Isto porque o elemento literal do art.º 189.º n.º 2 alínea a) do CIRE não esclarece se estão aqui em causa pessoas coletivas, singulares ou se, se deverá abranger ambas. Sendo assim, de forma a compreender o que está realmente em causa neste preceito, Engrácia Antunes optou por analisar os critérios e elementos gerais de interpretação da lei fixados no art.º 9.º do CCivil, nomeadamente o elemento gramatical, histórico, teleológico e sistemático⁵⁶. Desse estudo resultou que todos estes elementos apontam no sentido de que as pessoas coletivas estão também abrangidas no perímetro subjetivo do incidente de qualificação.

Em suma, relativamente aos sujeitos que podem ser considerados como afetados pela qualificação da insolvência como culposa para efeitos do art.º 189.º n.º 2 alínea a) do CIRE, incluímos desde já a figura do devedor pessoa singular⁵⁷ e/ou os seus administradores, de direito e/ou de facto⁵⁸. Neste sentido, importa assinalar que estes só serão considerados afetados se tiverem atuado em concordância com o disposto no n.º 1, n.º 2 ou n.º 3 do art. 186.º do CIRE. Contudo, no caso dos administradores de facto e/ou de direito para que estes sejam afetados nos termos previstos pelo n.º 2, atendendo ao facto de estarmos perante uma presunção inilidível de insolvência culposa que recai unicamente na figura do devedor, será necessário que se faça prova, por outros meios que não as presunções legais do n.º 2⁵⁹, de que estes sujeitos atuaram com dolo ou com culpa grave, sendo ainda imperioso que se prove

⁵⁶ Para mais desenvolvimentos, ENGRÁCIA ANTUNES, *As pessoas coletivas na insolvência culposa*, cit., p. 81-92.

⁵⁷ A este propósito, não esquecer o conteúdo do n.º 4 do art.º 186.º do CIRE.

⁵⁸ Afirmando que “por administrador de facto entende-se genericamente toda a pessoa, física ou moral, que, não se encontrando formalmente investida no cargo de titular do órgão de administração de uma sociedade comercial, exerce materialmente, de modo continuado e soberano, o núcleo fundamental dos poderes de gestão que estão reservados pela lei ou pelos estatutos àquele órgão”, ENGRÁCIA ANTUNES, *As pessoas coletivas na insolvência culposa*, cit., p. 95.

⁵⁹ SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 576.

a existência de umnexo causal entre os factos aí descritos e a criação ou agravamento da situação de insolvência. Deste modo, a qualificação da insolvência como culposa do devedor nestes moldes não pressupõe que os seus administradores sejam impreterivelmente considerados como afetados, bastando para tal que algum destes pressupostos não se tenha verificado.

Já quanto à presunção de culpa grave a que o n.º 3 do art.º 186.º do CIRE se refere, esta não só engloba a situação do devedor, como também se aplica aos seus administradores de facto e/ou de direito para efeitos da sua qualificação como afetados pela insolvência culposa⁶⁰.

Por fim, relativamente aos contabilistas certificados, ROC's e outros sujeitos que não sejam nem o devedor, nem os seus administradores de facto, a sua mera atuação (a não ser enquanto administradores de facto, criando ou agravando a situação de insolvência) não resultará em uma situação de insolvência culposa. No entanto, para que sejam considerados afetados por esta qualificação terão de se verificar cumulativamente os pressupostos previstos no n.º 1 do art.º 186.º do CIRE, que acima se enunciaram a propósito do conceito de insolvência culposa. Sendo assim, terá de estar em causa uma atuação dolosa ou com culpa grave por parte destes sujeitos que terão de ter produzido ou agravado a situação de insolvência e por fim, tal atuação terá de ter ocorrido nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁶¹. Por sua vez, a necessidade de estes requisitos encontrarem verificação não deriva do conteúdo do art.º 189.º n.º 2 alínea a) do CIRE nem de nenhum outro preceito legal. Isto porque sendo estas as condições fundamentais para qualificar uma situação de insolvência como culposa, será por maioria de razão que se admite ser indispensável e relevante contemplar cada uma das exigências para que se considere alguém como afetado por essa mesma qualificação⁶².

A este propósito, é importante assinalar que aos contabilistas certificados, ROC's ou em relação a outros sujeitos que não sejam o devedor e os seus administradores de direito ou de facto, não parece que se deva aplicar as presunções legais constantes do n.º 2 e n.º 3 do art.º 186.º do CIRE, pois o intuito destas presunções é permitir que se qualifique uma situação de insolvência como culposa e não identificar quem deverá ou não assumir o estatuto de afetado por essa mesma qualificação⁶³.

⁶⁰ SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 577.

⁶¹ Idem.

⁶² Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 578-579.

⁶³ Mais uma vez, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 579.

Afigura-se ainda fundamental que neste seguimento se mobilize o *Artículo 455* da LC que versa sobre o conceito de *cómplices*. Isto porque o legislador espanhol no *Artículo 448. 3.º* refere-se distintamente à figura dos afetados e dos cúmplices, revelando tratar-se de sujeitos diferentes. Desta forma, no seio do ordenamento espanhol, cúmplices serão todos aqueles que, com dolo ou culpa grave, tenham cooperado com o devedor ou com os seus representantes legais ou, no caso de o devedor ser uma pessoa coletiva, com os seus administradores ou liquidatários, de direito ou de facto, ou com os seus representantes gerais, na prática de qualquer facto que tenha determinado a qualificação da insolvência como culposa⁶⁴. Neste sentido, têm-se sustentado que o conceito de pessoas afetadas do direito português deverá albergar os cúmplices das pessoas afetadas do direito espanhol e que, portanto, todos aqueles que tenham cooperado na prática de um ou vários factos que determinaram a qualificação da insolvência como culposa devam ser considerados como afetados por essa qualificação⁶⁵.

Deste modo, deveremos também considerar como afetados pela qualificação da insolvência como culposa, os contabilistas certificados, ROC's ou outros sujeitos que não sejam o devedor e os seus administradores de direito ou de facto que cooperaram/colaboraram com o devedor ou com os seus administradores na prática de algum ou de vários comportamentos (sejam estas ações ou omissões, desde que consideráveis para efeitos de qualificação da insolvência como culposa) previstos pelos n.º1, n.º2 e n.º3 do art.º 186.º do CIRE, atendendo sempre aos termos e pressupostos descritos em cada um desses preceitos⁶⁶.

⁶⁴ Assim, NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Responsabilidade pela concessão de crédito a empresas em situação desesperada*, in: “Revista de Direito Comercial”, 2022, cit., p. 1113.

⁶⁵ Idem, p. 1113.

⁶⁶ SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 578-579.

CAPÍTULO III- CONSEQUÊNCIAS DA INSOLVÊNCIA CULPOSA NA SITUAÇÃO DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIETÁRIOS AFETADOS

O exposto até ao momento justifica-se na medida em que o seu conteúdo viabilizou uma demonstração ampla e fundamental da figura do incidente de qualificação da insolvência, permitindo uma sustentação para a análise do que constitui efetivamente o objeto da presente dissertação, nomeadamente as consequências da qualificação da insolvência como culposa na situação dos membros dos órgãos societários afetados.

Revela-se agora oportuno proceder a um estudo detalhado do regime substantivo da figura, mais especificamente dos efeitos decorrentes de uma insolvência culposa. A este propósito, abordar-se-á as sanções que recaem sobre os sujeitos afetados, cujo grande intuito do legislador aquando da sua idealização foi o de moralizar o sistema⁶⁷ de uma forma mais eficiente face àquela que se verificava no regime anterior.

Será neste seguimento que o art.º 189.º n.º 2 do CIRE assume um papel determinante, pois é no seio deste preceito que se encontram os efeitos que se propõe escrutinar. No entanto, antes de passarmos à sua análise individual importa atentar que apesar da alínea a) encontrar inserção no núcleo desta disposição, esta foi considerada em momento prévio pelo facto de não constituir um verdadeiro efeito, mas sim uma menção obrigatória no âmbito da sentença qualificativa⁶⁸.

Afigura-se ainda essencial assinalar que as consequências de uma insolvência culposa não se resumem ao disposto no n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, o que significa que existirão efeitos que ocorrem *ipso iure*⁶⁹ dos factos em que se fundamentou a qualificação da insolvência culposa, tais como o termo da administração da massa pelo devedor e a preclusão da exoneração do passivo restante que apesar de não resultarem e não terem de constar da sentença, também advêm desta qualificação, não devendo portanto ser descartados.

Em suma, no que respeita a estes efeitos usualmente designados necessários ou de carácter automático, a sua produção verificar-se-á logo que a situação de insolvência seja declarada independentemente das circunstâncias do caso específico.

⁶⁷ Neste sentido, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 152.

⁶⁸ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 163.

⁶⁹ Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 733.

A este respeito, convém também realçar que estas consequências das quais se irá tratar não cessam com o encerramento do processo de insolvência (cfr. art.º 233.º n.º 1 alínea a), in fine do CIRE).

Começando por compreender os designados efeitos *eventuais*⁷⁰ e portanto de *funcionamento não automático*⁷¹ podemos desde já referir a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros por um período de 2 a 10 anos (alínea b)); a inibição para o exercício de comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão da sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa (alínea c)); 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 (alínea d)) e por fim, a condenação das pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária entre todos os afetados (alínea e)).

Deste modo, considerando o objeto da presente dissertação, as próximas páginas ocupar-se-ão maioritariamente de um estudo pormenorizado da alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE. Assim sendo, não se analisarão as consequências pela ordem legalmente tipificada, pois fruto da sua extrema importância e alcance, optar-se-á por atribuir a devida prioridade e atenção ao efeito jurídico acima referido, nomeadamente à inibição para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão da sociedade comercial.

⁷⁰ Considerando como efeitos eventuais aqueles em que a respetiva aplicação depende não só da declaração judicial de insolvência do devedor, como da verificação de outras condições. Sendo que no caso em análise, a produção destes efeitos dependerá da qualificação da insolvência como culposa, vide CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência*, cit., p. 59.

⁷¹ No entendimento de MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português* cit., p. 25., estamos perante sanções de funcionamento não automático, na medida em que a sua aplicação deriva de um incidente próprio, cujo intuito é o de apurar a relevância da conduta dos administradores na insolvência da sociedade.

1. A Inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de certos cargos

Será no âmbito da sentença que qualifica a insolvência como culposa que o juiz deverá declarar as 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 (cfr. art.º 189.º n.º 2 alínea c))⁷².

No que respeita a este efeito eventual, é importante referir que se trata de uma consequência jurídica que já vigorava em moldes idênticos no art.º 148.º do CPEREF⁷³. Segundo o n.º 1 deste preceito, direcionado especificamente para os casos de falência de uma pessoa singular, a declaração de falência determinava o encerramento dos livros do falido e implicava a sua inibição para o exercício do comércio, incluindo a possibilidade de ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa. Por sua vez, o seu n.º 2 previa que no caso de declaração de falência de sociedade ou de pessoa coletiva, esta inibição seria aplicada pelo juiz, ouvido o liquidatário judicial, aos gerentes, administradores ou diretores a que se referiam os artigos 126.º-A e 126.º-B do CPEREF. Para além deste elemento distintivo que justificava a existência de dois números, é também fulcral assinalar uma outra diferença, designadamente o facto da hipótese de inibição prevista no n.º 1 constituir um efeito necessário e automático da declaração de insolvência, enquanto a produção desta consequência nos termos do n.º 2 dependeria da contribuição dos gerentes, administradores ou diretores para a insolvência⁷⁴.

Atualmente a alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE termina com estas diferenciações, pois aplica-se automaticamente a todos os sujeitos afetados desde que estes tenham criado ou agravado com dolo ou culpa grave a situação de insolvência dentro do período relevante. Ademais, o regime atual também não prevê a possibilidade idealizada pelo n.º 3 do art.º 148.º do CPEREF, segundo a qual a pessoa que fosse objeto da inibição poderia ser autorizada pelo juiz, a seu pedido ou sob proposta do liquidatário judicial, a exercer as atividades proibidas, desde que a autorização se justificasse pela necessidade de angariar os meios

⁷² Apesar do conteúdo do art.º 22.º da Diretiva 2019/1023, o art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE, não foi alterado.

⁷³ Na verdade, a inibição para o exercício do comércio já era um efeito da declaração da insolvência no Código Comercial 1883, no Código de Falências de 1935, no Código de Processo Civil 1939, 1961 e ainda na versão de 1967. Assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 40.

⁷⁴ Cfr., CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência* cit., p. 157.

indispensáveis de subsistência e não prejudicasse a liquidação da massa. Desta forma, no parecer de Catarina Serra a atual solução reestabelece a correspondência entre o regime do efeito jurídico e uma função sancionatória⁷⁵. Ainda a propósito da solução vigente, nas palavras de José Manuel Branco estará aqui assegurada uma finalidade fundamentalmente punitiva, assim como uma finalidade securitária ou de prevenção⁷⁶.

Relativamente à duração da inibição em análise, esta variará entre um período mínimo de 2 anos e máximo de 10 anos, que dependerá, em princípio, do grau de culpa de cada um destes sujeitos⁷⁷. De um modo geral, podemos assumir que o que permitirá apurar o período de inibição aí descrito e aplicável ao caso serão os aspetos da própria atuação levada a avante pelo(s) sujeito(s) afetado(s). Isto significa que apesar da norma legal não fornecer ao intérprete quaisquer indicações no sentido da existência de critérios aptos a graduar o tempo de inibição a aplicar em cada situação concreta, tem-se sustentado que para este efeito, “o juiz deve atender à gravidade do comportamento das pessoas abrangidas e à sua relevância na verificação da situação de insolvência, ou no seu agravamento, segundo as circunstâncias do caso”⁷⁸. No entanto, a duração relativa a cada uma das diferentes inibições previstas poderá obviamente diferir, não existindo nada que aponte no sentido de estas terem de coincidir⁷⁹. Neste seguimento, importa ainda assinalar que apesar da menção ao período de inibição ser direcionada ao exercício do comércio, será por analogia que este também vigorará no respeitante à inibição para ocupar qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa⁸⁰. Já no que respeita ao regime da contagem do prazo da inibição prevista na alínea c), assim como na alínea b) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, entende-se que o início da respetiva contagem deverá ocorrer com o trânsito em julgado da sentença de insolvência culposa e respetivo registo⁸¹.

Começando por uma análise ao conteúdo da 1ª parte do disposto na alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, importa sublinhar que a inibição para o exercício do comércio não

⁷⁵ CATARINA SERRA, *O Novo Regime Português da Insolvência*, cit., p. 68.

⁷⁶ Neste sentido, JOSÉ MANUEL BRANCO, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, cit., p. 37.

⁷⁷ Cfr. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 734.

⁷⁸ A este propósito, vide, Ac. do TRP de 8.10.2015 (Rel.: Aristides Rodrigues de Almeida).

⁷⁹ Assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 582.

⁸⁰ *Idem*, p. 583.

⁸¹ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 735.

relewa apenas quando este é levado a cabo em nome próprio, sendo também contemplada a proibição em que este é exercido em nome de terceiro, seja em ambos os casos de forma direta ou indireta⁸². Contudo, já não se abrangem as situações em que o que se verifica é um exercício meramente ocasional do comércio, pois não se revela compreensível que se vede aos sujeitos afetados a prática de atos de comércio isolados ou esporádicos⁸³.

De resto, a inibição para o exercício do comércio, tal como sucede com a inibição para administração de patrimónios alheios, deverá ser oficiosamente registada na conservatória do registo civil (art.º 1.º, n.º 1, alínea n), do CRC), e bem assim, quando a pessoa afetada for comerciante em nome individual, na conservatória do registo comercial (art.º 9.º, alínea j), do CRC), com base em comunicação eletrónica ou telemática da secretaria, acompanhada de extrato da sentença (art.º 189.º, n.º 3 do CIRE).

Ainda este propósito, mas já a respeito da 2ª parte da alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, tem-se questionado se também a inibição 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 carece deste registo⁸⁴. Assim sendo, os artigos 1.º, n.º 1, alínea n) e 9.º alínea j) do CRC fazem referência não só à inibição do insolvente para o exercício do comércio como também de determinados cargos. No entanto, Soveral Martins⁸⁵ afirma que estas normas se ocupam desta questão apenas de um modo aparente, na medida em que o aí referido como “determinados cargos” não corresponde à expressão “qualquer cargo” prevista no art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE.

⁸² Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, in: “Direito e Justiça”, vol. XIX, tomo II, 2005, cit., p. 201. Cfr., também António Ferrer, *Lições de Direito Comercial* (vol. I, com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita e António A. Caeiro), cit., p. 100.

⁸³ SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 582. No mesmo seguimento, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 167.

⁸⁴ Ainda a respeito da questão do registo no âmbito da inibição para a ocupação de qualquer cargo prevista na alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, v. tb. a redação atual (fruto das alterações introduzidas pelo DL 109-D/2021, de 9.12.2021) do art.º 252.º n.º 3 e o art.º 391.º n.º 2 do CSC, assim como do art.º 40.º n.º 3 do CRC.

⁸⁵ Assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 583.

1.1. Natureza jurídica

A temática que versa sobre a natureza jurídica da inibição para o exercício do comércio tem suscitado alguma controvérsia no seio doutrinal português, sendo para muitos uma autêntica *vexata quaestio*⁸⁶.

A propósito desta discussão, Coutinho de Abreu tem vindo a defender que o que estará em causa é sem dúvida uma incompatibilidade (absoluta) ou uma mera impossibilidade legal, afastando totalmente a hipótese de se tratar de um caso de incapacidade⁸⁷. No seu entender, estamos diante uma incompatibilidade quando se verifica uma *impossibilidade legal do exercício de comércio por sujeito que desempenhe certas funções ou se encontre em determinada situação jurídica*⁸⁸. No caso específico em estudo, a impossibilidade legal que atinge os sujeitos considerados como afetados resulta da sentença que qualifica a insolvência como culposa.

Deste modo, o facto de a inibição prevista na alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE não derivar de uma insuficiência das faculdades pessoais dos afetados⁸⁹, nem visar proteger diretamente estes sujeitos, mas sim apresentar como objetivo último a tutela do tráfico comercial em geral perante o insolvente e os administradores da pessoa coletiva ou da sociedade insolvente⁹⁰, permite afastar definitivamente a tese que qualifica esta consequência jurídica como incapacidade. Aliás, Coutinho de Abreu reforça o seu parecer ao sublinhar que os sujeitos sobre quem recai esta proibição são dotados de capacidade para praticar atos negociais, inclusive atos de comércio, sendo que o incumprimento desta proibição não determina a invalidade desses atos, mas já não devolverá o título e o estatuto de comerciante que os afetados dispunham num momento anterior⁹¹. Será neste seguimento que importa assinalar o art.º 14.º n.º 2 do CSC, segundo o qual é proibida a profissão do comércio aos que por lei ou disposições especiais não possam comerciar.

O raciocínio segundo o qual a inibição para o exercício do comércio, assim como para a ocupação de cargos sociais em certas pessoas coletivas constitui uma

⁸⁶ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 169.

⁸⁷ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. I, cit., p. 145.

⁸⁸ *Idem*, p. 128.

⁸⁹ *Idem*, p. 128.

⁹⁰ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 169. Esta autora sustenta ainda que esta solução legal da inibição não se prende com a proteção da massa insolvente, visto que esta já se encontra assegurada pela ineficácia dos atos nos termos do art.º 81.º n.º 6 do CIRE.

⁹¹ Assim, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., p. 145.

incompatibilidade absoluta e não uma incapacidade em sentido técnico é também compartilhado na sua globalidade por Maria do Rosário do Epifânio⁹², Maria Elisabete Gomes Ramos⁹³ e Luís Menezes Leitão. No entender deste último autor, os fundamentos para tal qualificação correspondem à salvaguarda da credibilidade do comércio, assim como ao reforço da fiabilidade e integridade que deverão caracterizar os cargos vedados por esta inibição, podendo estes aspetos ser fortemente ameaçados se tais cargos fossem ocupados pelos sujeitos afetados pela sentença que qualifica a insolvência como culposa⁹⁴.

Em sentido muito similar, Rui Cardona Ferreira afirma que está em causa uma situação de incompatibilidade absoluta ou a uma causa de inelegibilidade, referindo ainda que o facto de a incompatibilidade resultar de uma condição pessoal e não funcional da pessoa afetada, assim como o alcance *abstratamente ablativo da respetiva declaração judicial*, tendem a aproximar esta qualificação a uma verdadeira restrição à capacidade⁹⁵.

Em sentido contrário à existência de uma mera incompatibilidade, António Menezes Cordeiro e A. Barreto Menezes Cordeiro parecem defender que o que está efetivamente em causa no seio deste efeito jurídico é uma incapacidade, já que este autor procede não só à exclusão de sujeitos como os menores e maiores acompanhados do núcleo de abrangência da capacidade jurídica plena a que o n.º 3 do art.º 390.º do CIRE se refere, como também exclui daí os insolventes. Perante isto e por maioria de razão, este autor estará certamente a considerar que a inibição para o exercício do comércio, bem como para a ocupação de cargos vedados corresponde a um caso de incapacidade jurídica para o exercício de direitos⁹⁶.

Com leitura semelhante, Rui Pinto Duarte sustenta que o pensamento do preâmbulo do Código de Falências de 1935 continua verdadeiro ao prever que apesar da situação do falido não constituir em rigor uma incapacidade, verifica-se a este propósito uma incapacidade de certo modo limitada⁹⁷. Neste sentido, esta incapacidade do falido limita-se a impedir a prática de atos de que possa resultar a diminuição do seu património, o que justifica por sua vez o facto desta inibição se destinar a proteger os interesses dos credores.

⁹² MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 169.

⁹³ Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português* cit., p. 31.

⁹⁴ Neste sentido, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 295.

⁹⁵ Assim, RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 185, nt. 477.

⁹⁶ Com esta leitura, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, anotação sub art.º 390.º cit., p. 1298.

⁹⁷ RUI PINTO DUARTE, *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, Themis, ed. esp. (2005), cit., p. 140.

1.2. Impedimentos à designação como administrador nas Sociedades Anónimas

Sendo que a próxima análise se centrará primeiramente em torno das sociedades anónimas (art.º 271.º a 464.º do CSC), será conveniente abordar numa fase anterior alguns conceitos fundamentais para esse efeito, nomeadamente a configuração da estrutura orgânica deste tipo de sociedade comercial de forma a agilizar o estudo que se segue. Desta forma, uma sociedade anónima apresentará sempre, independentemente do modelo adotado, uma assembleia geral (art.º 373.º a 388.º do CSC), cuja mesa da assembleia geral será constituída pelo menos por um presidente e um secretário (cfr. art.º 374.º n.º 1 do CSC). De resto, esta estrutura poderá variar, já que a lei dispõe de diversos modelos de estruturação orgânica em que a principal diferença se reporta ao enquadramento da função de fiscalização e à sua relação com a administração, assim como ao sistema estabelecido para esta. Destarte, os sócios poderão optar no contrato de sociedade por acolher um sistema de estrutura monista ou latina (também designada de tradicional), dualista (modelo germânico) ou por fim, uma modalidade de estrutura anglo-saxónica (modelo monístico)⁹⁸.

Relativamente ao primeiro sistema mencionado, de estrutura latina ou clássica⁹⁹ (cfr. art.º 278.º n.º 1 alínea a)), podemos aí distinguir um modelo simples e um modelo reforçado¹⁰⁰. Quanto ao primeiro, a estrutura da administração e da fiscalização corresponde a um conselho de administração (art.º 390.º a 412.º do CSC) ou administrador único (n.º 2 do art.º 390.º e art.º 278.º do CSC) e a um conselho fiscal respetivamente (art.º 413.º a 423.º do CSC), do qual faça parte um ROC ou SROC, sendo que em alternativa a este último (conselho fiscal), poderá existir um fiscal único (ROC ou SROC – art.º 413.º n.º 1 alínea a) do CSC). Já em termos do modelo reforçado, para além do conselho de administração ou administrador único, verificar-se-á um duplo reforço de fiscalização (art.º 413.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 alínea a) do CSC) que se traduzirá num conselho fiscal e cumulativamente em um ROC ou SROC externo ou autónomo (art.º 446.º do CSC).

Quanto ao sistema de estrutura dualista, também intitulado de modelo germânico (cfr. art.º 278.º n.º 1 alínea c) do CSC), podemos desde já afirmar que a administração e a fiscalização da sociedade são estruturadas mediante um conselho de administração executivo (art.º 424.º

⁹⁸ Cfr., COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II cit., p. 60-61.

⁹⁹ Utilizando esta designação, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., p. 796.

¹⁰⁰ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub* art.º 414.º-A, cit., p. 1344.

a 433.º do CSC), conselho geral e de supervisão (art.º 434.º a 445.º do CSC) e ROC externo ao órgão de fiscalização e autónomo deste (art.º 446.º do CSC). Por fim, a modalidade de estrutura anglo-saxónica ou também denominada de modelo monístico (cfr. art.º 278.º n.º 1 alínea b) do CSC) apresenta um conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria (art.º 423.º-B a 423.º-H do CSC) e um ROC externo à comissão de auditoria (art.º 446.º do CSC).

Além destas breves noções e já no seio do conselho de administração, importa ainda referir que nos termos do art.º 390.º n.º 3 do CSC, os administradores ditos *comuns*¹⁰¹ podem não ser acionistas, mas devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena. Será neste sentido facilmente perceptível atendendo ao facto de que a capacidade de gozo das pessoas singulares é, salvo disposição legal em contrário, ilimitada nos termos do art.º 67.º do CCivil, que a referência à capacidade jurídica plena presente no n.º 3 do art.º 390.º do CSC, pretende afastar logicamente todos aqueles casos em que se verifica uma incapacidade jurídica de exercício, como sucede com os menores (art.º 122.º e ss. do CCivil) e maiores acompanhados (art.º 138.º e ss. do CCivil)¹⁰²¹⁰³.

No que respeita a causas de inelegibilidade ou incompatibilidades absolutas previstas no CSC e em múltiplos diplomas legais, estes conceitos não se confundem com uma incapacidade jurídica para o exercício de direitos, apesar de ainda assim constituírem também impedimentos à designação como administrador, devendo, portanto, não só se atender à verificação de uma capacidade jurídica plena (requisito pessoal positivo) como também excluir-se quaisquer incompatibilidades originárias para o exercício da função de administrador (pressuposto negativo)¹⁰⁴. O que se trata aqui é de uma inaptidão para o exercício das funções de administração fundada numa causa concreta que atinge

¹⁰¹ Considerando como administradores comuns, os administradores que compõem os órgãos de administração e representação das estruturas de organização clássica e monística da sociedade anónima, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 424.º, cit., p. 747.

¹⁰² Neste sentido, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 390.º, cit., p. 207, nt. 23.

¹⁰³ Tal como foi anteriormente referido, António Menezes Cordeiro e A. Barreto Menezes Cordeiro afirmam que os insolventes também ficarão excluídos pelo facto de não apresentarem o requisito jurídico da capacidade jurídica plena exigido pelo n.º 3 do art.º 390.º do CSC.

Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A.BARRETO MENEZES CORDEIRO, (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), *Código das Sociedades Comerciais anotado*, anotação *sub* art.º 390.º, cit., p. 1298. Este entendimento é claramente contrastante com a visão da maioria dos autores.

¹⁰⁴ Assim, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 390.º, cit., p. 208.

determinado sujeito e que a lei considera, por razões de ordem pública, conflitante com este exercício¹⁰⁵. Em suma, sempre que nos referimos a causas de inelegibilidade ou incompatibilidades absolutas estará em causa uma falta de legitimidade para o exercício das funções de administração¹⁰⁶.

Deste modo, a inibição para *o exercício do comércio, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil (...)* resultante da sentença que qualifica a insolvência como culposa (cfr. a alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE), constitui para a maioria da doutrina uma das possíveis causas de inelegibilidade ou incompatibilidades absolutas existentes além dos horizontes do CSC, mas ainda assim inserida no plano jus-comercial¹⁰⁷. Ademais, sendo que estamos a analisar os impedimentos à designação como administrador no seio das sociedades anónimas, podemos então concluir que esta inibição corresponde a uma causa de inelegibilidade de pessoas singulares como administradores deste tipo de sociedades¹⁰⁸.

No que respeita à figura do conselho de administração executivo, característico do sistema de estrutura dualista, também conhecido por modelo germânico, para que nos possamos referir à qualidade de administrador executivo de direito¹⁰⁹, tais sujeitos podem não ser acionistas, mas não poderão ser pessoas que não sejam dotadas de capacidade jurídica plena nos termos do art.º 425.º n.º 6 alínea d) do CSC. Para além deste requisito de elegibilidade já analisado, as restantes alíneas deste n.º preveem um conjunto de incompatibilidades próprias do administrador executivo contrárias à sua designação e ao conseqüente exercício das funções de administração. Contudo, compete-me tratar da inibição para o exercício de comércio e para a ocupação de certos cargos que, como já se viu, constitui uma incompatibilidade absoluta, mas que não se encontra elencada no n.º 6 do art.º 425.º do CSC. Todavia, como se indicou em momento anterior, estas impossibilidades legais não se resumem ao disposto no CSC, existindo efetivamente diplomas legais que preveem causas

¹⁰⁵ Com esta leitura, RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 185.

¹⁰⁶ Idem, p. 184.

¹⁰⁷ Neste sentido, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 390.º, cit., p. 211, nt. 28. V.tb. RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 186. E por fim, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. I, cit., p. 145 e Vol. II, cit., p. 580.

¹⁰⁸ RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 186.

¹⁰⁹ Cfr. RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 425.º, cit., p. 751.

específicas de inelegibilidade que se inserem no espectro jurídico-comercial (e não só), sendo o art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE um exemplo disso mesmo. Além do mais, em termos gerais nada aponta para que exista um elenco exaustivo ou uma preocupação de exaustividade em matéria de incompatibilidades absolutas¹¹⁰. Neste seguimento, Soveral Martins afirma ainda que para além dos requisitos previstos no n.º 7 do art.º 425.º do CSC, não parece afastada a possibilidade dos estatutos ou contratos estabelecerem outros requisitos¹¹¹.

Em jeito de conclusão, os administradores afetados pela insolvência como culposa, fruto da aplicação do art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE, estarão impedidos de integrar o órgão de administração das sociedades anónimas. A acrescer a este impedimento, o facto de estarmos perante uma incompatibilidade originária para o cargo, ou seja, verificada *ab initio*, implicará que a respetiva eleição seja considerada nula¹¹².

Incompatibilidades Supervenientes

Mantendo o foco nos órgãos de administração e atendendo ao facto de o tema da presente dissertação corresponder às consequências da qualificação da insolvência como culposa na situação dos membros dos órgãos societários afetados, é certamente indispensável entender o que sucede sempre que se verifique uma incompatibilidade superveniente, ou seja, uma impossibilidade legal posterior à designação do administrador. O raciocínio a levar a cabo deverá partir do seguinte fundamento: se a designação originária de um administrador pressupõe a inexistência de uma incapacidade jurídica plena, assim como de incompatibilidades ou causas de inelegibilidade, parece lógico que tais exigências prevaleçam a posteriori. Isto significa que a manutenção da eficácia da designação dos administradores, ou seja, a preservação deste título, continuará a depender destes requisitos de validade referentes à sua elegibilidade¹¹³.

¹¹⁰ Assim, RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 186-187.

¹¹¹ SOVERAL MARTINS, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, cit., p. 191.

¹¹² Cfr. JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português – Algumas questões*, cit., p. 160.

¹¹³ Neste sentido, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub art.º 401.º*, cit., p. 390.

Sendo assim, nos termos do art.º 401.º do CSC, caso ocorra, posteriormente à designação do administrador, alguma incapacidade ou incompatibilidade que constituísse impedimento a essa designação e o administrador não deixe de exercer o cargo ou não remova a incompatibilidade superveniente no prazo de 30 dias, deve o conselho fiscal ou a comissão de auditoria declarar o termo das funções.

A este propósito, grande parte da doutrina portuguesa tem sustentado que a consequência que resultará sempre que se verifique a incapacidade superveniente¹¹⁴ a que o art.º 401.º do CSC se refere, corresponde à caducidade¹¹⁵, uma das possíveis causas de cessação¹¹⁶. Assim, o que sucede nestes casos, independentemente da configuração da estrutura orgânica do tipo de sociedade comercial¹¹⁷ é a cessação da relação entre o administrador e a sociedade, mais especificamente a caducidade da relação jurídica de administração com a sociedade¹¹⁸. Contudo, é importante referir que apesar desta caducidade operar por si só, não carecendo de nenhum outro facto para que ocorra, apresentando por esse motivo um carácter automático, esta causa de cessação não é temporalmente imediata. De facto, tal diferimento do efeito extintivo justifica-se na medida em que a Reforma de 2006 ao CSC estipulou o prazo de 30 dias como o período permitido para que o administrador, quando possível, possa remover a

¹¹⁴ Admitindo que a epígrafe do art.º 401.º do CSC está incompleta, pois refere-se unicamente à incapacidade superveniente quando também poderá estar em causa uma incompatibilidade superveniente, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub art.º 401.º*, cit., p. 390, nt. 2.

¹¹⁵ Considerando que neste contexto a caducidade consiste na extinção de um contrato ou de uma relação jurídica pela ocorrência de um facto jurídico a que, legal ou convencionalmente, é atribuído aquele efeito, vide JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português – Algumas questões*, cit., p. 156.

¹¹⁶ Com esta solução, SOVERAL MARTINS, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, cit., p. 156. Também RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 192. Vide tb. RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub art.º 401.º*, cit., p. 391 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A.BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub art.º 401.º*, cit., p. 1320. Por fim, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol II, cit., p. 580.

¹¹⁷ Mesmo nas situações em que esteja em causa uma estrutura dualista, o art.º 425.º n.º 7 do CSC prevê que as designações feitas contra o disposto no n.º 6 são nulas e a superveniência de algumas das circunstâncias previstas nas alíneas b), c) e d) do n.º 6 determina a cessação imediata de funções do membro do conselho de administração executivo. Deste modo, quanto às sociedades anónimas que apresentem um modelo germânico, ocorrendo uma incompatibilidade no decurso do mandato também estará em causa, por imperativo sistemático, uma fonte de caducidade. Sobre isto, RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 192 e RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub art.º 401.º*, cit., p. 391.

¹¹⁸ SOVERAL MARTINS, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, cit., p. 154-155.

incompatibilidade superveniente. Sendo que se tal não suceder, deve o conselho fiscal ou a comissão de auditoria declarar o termo das funções¹¹⁹.

Na situação em análise, isto significa que caso se verifique posteriormente à designação do administrador a incompatibilidade absoluta constante da alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, este sujeito terá de selecionar ou escolher uma de duas opções inconciliáveis. Por um lado, o administrador poderá optar por deixar de exercer o cargo. Por outro lado, este sujeito poderá decidir pelo suprimento desta incompatibilidade superveniente no período de 30 dias, se tal for admissível.

Não obstante esta última possibilidade, atendendo a tudo o que foi mencionado até ao momento, não parece que este cenário seja concretizável, na medida em que no âmbito da legislação e do regime atual (ao contrário do que sucedia com o CPEREF nos termos do seu art.º 238.º n.º 1 alínea d) e art.º 148.º n.º 3 do CPEREF), o efeito jurídico em causa não poderá ser levantado antes de extinto o prazo fixado na sentença, não podendo também a pessoa objeto desta inibição ser autorizada a exercer as atividades interditas. Deste modo, não parece que estejamos diante uma impossibilidade legal possível de ser removida ou suprida no prazo de 30 dias¹²⁰ e, portanto, este cenário deverá reconduzir a que o administrador opte espontaneamente por se afastar do cargo logo que se verifique a incompatibilidade.

A este respeito, importa ainda referir a eventualidade deste afastamento não acontecer e este sujeito optar por se manter a atuar *contra legem* na gestão da sociedade, ou seja, decidir manter-se indevidamente em funções. À face do exposto, o afetado não será obviamente considerado administrador de direito, pois não será legítimo qualquer exercício levado a cabo nestes termos e posterior à extinção do título, já que a relação administrativa cessa juridicamente quando se verifique a incompatibilidade. No entanto, se o sujeito em causa continuar a exercer funções e poderes característicos do estatuto de administrador social, o que significa que para este efeito mantém-se a desempenhar o exercício dos poderes e funções administrativas para que anteriormente havia sido designado (no limite, após o

¹¹⁹ Cfr., RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 401.º, cit., p. 391.

¹²⁰ Convergentemente, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 582.

decurso dos 30 dias a que o art.º 401.º do CSC se refere), no entender de Ricardo Costa, este poderá ser tido como administrador de facto reconhecido por lei¹²¹.

No que a isto concerne, surgem algumas questões que importam esclarecer. Questiona-se desde já qual o valor da declaração do termo das funções levada a cabo pelo conselho fiscal (ou fiscal único característico do modelo latino simples – art.º 413.º n.º 1 alínea a)) ou pela comissão de auditoria (órgão de fiscalização existente no modelo anglo-saxónico) nos termos do art.º 401.º do CSC. Será que esta declaração apresenta uma natureza constitutiva da cessação jurídica da relação administrativa e da possível aquisição da qualidade de administrador de facto *ope legis*¹²²?

Perante esta hipótese, Rui Cardona Ferreira e Ricardo Costa apontam no sentido de que esta leitura não será de todo a mais correta, na medida em que esta declaração do termo das funções irá suceder em momento ulterior à verificação da incapacidade ou incompatibilidade (facto extintivo), não fazendo qualquer sentido que seja através desta declaração que a cessação da relação administrativa de direito se formaliza juridicamente, pois como já se sublinhou, sendo a caducidade automática, não se requer qualquer outro fator societário para que estes impedimentos determinem a extinção deste título, devendo a relação em causa cessar assim que estes ocorram¹²³. Partilhando a mesma linha de raciocínio, Diogo Costa Gonçalves afirma que a declaração do conselho fiscal ou da comissão de auditoria não parece ter a natureza extintiva da qualidade de administrador¹²⁴. Desta forma, o sentido que se deverá atribuir ao art.º 401.º do CSC é o “(...) *de tão só esclarecer a posição dos administradores cessantes nas relações endo e exossocietárias, nomeadamente para que ordenem aos administradores cessantes que não devem continuar no exercício das funções e seja conhecida e cognoscível (a terceiros, em particular) a nova situação dos que foram afetados pela incapacidade ou pela incompatibilidade (...)*”¹²⁵.

¹²¹ Cfr. RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 401.º, cit., p. 392. Compartilhando esta visão, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 581.

¹²² *Idem*.

¹²³ Assim, RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 401.º, cit., p. 392-393. No mesmo sentido, RUI CARDONA FERREIRA, Impedimentos à designação como administrador. In *A Designação de Administradores*, cit., p. 193.

¹²⁴ Cfr., DIOGO COSTA GONÇALVES, *A cooptação de administradores pelo conselho de administração - Algumas reflexões*, cit., p. 550.

¹²⁵ RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 401.º, cit., p. 393.

Por conseguinte, podemos então concluir que a declaração a que o art.º 401.º do CSC se refere é relevante no âmbito das relações endo e exossocietárias, mas não visa provocar alterações na ordem jurídica, sendo por sua vez assumida como uma tomada de posição em forma de um verdadeiro comando direcionado aos afetados acerca do seu desempenho na qualidade de administradores de facto¹²⁶. É também importante referir que na eventualidade destes se manterem em funções nos termos anteriormente referidos, confere-se ao conselho fiscal ou a comissão de auditoria o poder de interferir ao fazer cessar a relação administrativa de facto reconhecida por lei¹²⁷.

Ademais, é também essencial assinalar que por forma a que a cessação das funções seja válida e eficaz juridicamente, designadamente do ponto de vista da produção de efeitos contra terceiros (cfr. art.º 14.º n.º1 do CRC), esta declaração deverá ser sujeita a registo nos termos da alínea m) do n.º 1 do art.º 3.º do CRC, segundo a qual está sujeito a registo a designação e cessação de funções, por qualquer causa que não seja o decurso do tempo, dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das sociedades, bem como do secretário da sociedade. Destarte, o conselho fiscal ou a comissão de auditoria, designadamente os seus membros, apresentam o dever de promover o registo da cessação de funções enquanto interessados nos termos do art.º 28.º e 29.º n.º 1 do CSC.

1.3. Incompatibilidades para o exercício de funções em órgãos de fiscalização nas Sociedades Anónimas e respetivas consequências

A crescente e profunda complexidade da fiscalização societária conduziu a uma limitação ao acesso de certos sujeitos aos órgãos de fiscalização. Para este efeito, o legislador considerou uma variedade de incompatibilidades (absolutas e relativas)¹²⁸ que ao verificarem-se, constituirão um impedimento significativo à designação e consequente exercício de funções e cargos de fiscalização nas sociedades anónimas.

¹²⁶ Neste sentido, DIOGO COSTA GONÇALVES, *A cooptação de administradores pelo conselho de administração -Algumas reflexões*, cit., p. 550; RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 401.º, cit., p. 393-394.

¹²⁷ JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português – Algumas questões*, cit., p. 160.

¹²⁸ Neste sentido, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 414.º-A, cit., p. 587.

Deste modo, será no âmbito do art.º 414.º-A, uma norma inserida no CSC pelo DL 76-A/2006,¹²⁹ que podemos encontrar um elenco rigoroso e exaustivo de incompatibilidades para o exercício de cargos de fiscalização, cujo principal intuito é o de garantir que este exercício ocorra de um modo isento, imparcial e objetivo, considerando somente o interesse da sociedade de que fazem parte esses órgãos¹³⁰.

Relativamente ao âmbito subjetivo do art.º 414.º-A, este aplicar-se-á aos membros de órgãos de fiscalização. Posto isto, incluímos aí o conselho fiscal, fiscal único ou ROC¹³¹ (n.º 1 do art.º 414.º-A do CSC), assim como a comissão de auditoria, sempre que estejamos diante uma sociedade cujo modelo adotado corresponde ao anglo-saxónico (art.º 423.º- B n.º 3 do CSC) ou conselho geral e de supervisão quando esteja em causa o modelo germânico ou dualista (art.º 434.º n.º 4 do CSC).

Revela-se também importante referir que sempre que tais incompatibilidades se verificarem, daí resultará a inelegibilidade do sujeito afetado para o cargo, correspondendo, portanto, a verdadeiras causas de ilegitimidade para o seu exercício.

Não esquecendo que esta análise surge do facto de se estar a considerar o efeito jurídico previsto pelo art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE, nomeadamente a 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 (...)*, é necessário perceber se a este propósito estamos diante uma incompatibilidade e se sim, se esta se qualifica como relativa ou absoluta. Neste seguimento, segundo o art.º 414.º-A n.º 1 alínea j) do CSC, não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único ou ROC, os maiores acompanhados dependentes de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais, os insolventes e os condenados a pena que implique a inibição, ainda que temporária, do exercício de funções públicas. Deste modo, será claro que esta consequência jurídica que tem vindo a ser objeto de análise constitui efetivamente uma

¹²⁹ Em momento anterior a este DL 76-A/2006, de 29 de março, já existia uma norma no CSC (art.º 414.º) introduzida pelo DL 49 381, de 15 de novembro de 1969 que previa algumas incompatibilidades para o exercício de cargos de fiscalização. Apesar disso, esse preceito não apresentava o extenso núcleo de abrangência e o alcance que o art.º 414.º-A na sua redação atual dispõe.

¹³⁰ PAULO OLAVO CUNHA, *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, cit., p. 290. Partilhando desta compreensão, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub* art.º 414.º-A, cit., p. 1358 e COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 616.

¹³¹ Para os ROC valem ainda as causas de incompatibilidade que encontram previsão nos artigos 88.º, 89.º e 91.º do EOROC.

incompatibilidade legalmente estabelecida. Sobre isto, Paulo Olavo Cunha afirma que as incompatibilidades ao impossibilitarem o sujeito de exercer funções de fiscalização em qualquer sociedade comercial serão qualificadas como incompatibilidades absolutas, acrescentando que as situações de insolvência serão exemplo disso mesmo¹³².

Seguidamente, será ainda fundamental perceber quais as consequências das incompatibilidades. Para tal compreensão importa referir que estes impedimentos poderão não só traduzir-se numa impossibilidade à designação de determinado sujeito enquanto membro para o órgão de fiscalização e conseqüentemente numa ilegitimidade para o exercício do cargo e respetivas funções pelo candidato a este órgão social, como também poderão resultar numa inaptidão do respetivo titular caso ocorram numa fase superveniente¹³³. Assim sendo, afigura-se conveniente apurar exatamente qual a situação concreta em causa, pois esta influenciará diretamente a solução jurídica a aplicar.

Relativamente à primeira situação mencionada acima que trata de uma condição de elegibilidade para o cargo e de legitimidade para o exercício deste, a designação de pessoa ferida de incompatibilidade conduz à nulidade da respetiva deliberação (cfr. art.º 414.º-A n.º 3 do CSC)¹³⁴. Por sua vez, se a incompatibilidade ocorrer supervenientemente, o que se verificará é a caducidade da designação por força do disposto no n.º 2 do art.º 414.º-A do CSC¹³⁵.

A este propósito, sendo que o enfoque deste estudo são as consequências da qualificação da insolvência como culposa na situação dos membros dos órgãos societários afetados, interessa desde já analisar a incompatibilidade prevista pela alínea j) do n.º 1 do art.º 414.º-A do CSC, resultado da situação de insolvência quando este impedimento ocorra de modo superveniente, ou seja, no decorrer do mandato para o qual o titular do órgão de fiscalização

¹³² PAULO OLAVO CUNHA, *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, cit., p. 291.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ Cfr., JOSÉ FERREIRA GOMES, *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub* art.º 414.º-A, cit., p. 1362 e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 414.º-A, cit., p. 586. A este propósito importa referir que o n.º 1 a que o n.º 3 do art.º 414.º-A do CSC se refere não será relativo ao art.º anterior, mas sim ao próprio art.º 414.º-A do CSC. Assim, vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 616, nt. 1705.

¹³⁵ Mais uma vez, quando o n.º 2 do art.º 414.º-A do CSC se refere aos números anteriores, verifica-se uma gralha, pois o correto seria no “número anterior”, ou seja, no n.º 1 do art.º 414.º-A do CSC. Sobre isto, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 616, nt. 1706.

foi validamente designado¹³⁶. Posto isto, o efeito jurídico daí decorrente corresponde à caducidade da designação (cfr. art.º 414.º-A n.º 2, 423.º-B n.º 3, 434.º n.º 4 do CSC).

Isto significa essencialmente que o mandato caduca de forma imediata, o que resultará na inibição do exercício das funções de fiscalização¹³⁷. Ademais, atendendo à defesa da sociedade, José Ferreira Gomes defende que a consequência da caducidade só deverá verificar-se quando a sociedade tenha conhecimento dos competentes factos¹³⁸.

1.4. Incompatibilidades para o exercício de funções em órgãos de administração e fiscalização nas Sociedades por Quotas

Antes de se proceder à análise das incompatibilidades à designação como gerente nas sociedades por quotas, importa numa fase inicial debruçar-me sobre a estrutura organizatória deste tipo de sociedade comercial. Assim sendo, o órgão deliberativo interno nas sociedades por quotas corresponde à assembleia geral ou coletividade de sócios. Já o seu órgão de administração e representação é designado de gerência, sendo este composto por um ou mais gerentes, pessoas singulares com capacidade jurídica plena (cfr. art.º 252.º n.º 1 do CSC). Por fim, quanto ao órgão de fiscalização, a sua existência é geralmente facultativa, pois entende-se ser suficiente a fiscalização da sociedade pelos próprios sócios (fiscalização inorgânica)¹³⁹. No entanto, essa facultatividade, como se verá a seguir, poderá ceder perante algumas situações de imperatividade. Posto isto, o contrato de sociedade pode efetivamente determinar que a sociedade tenha um conselho fiscal, integrando necessariamente e obrigatoriamente um ROC¹⁴⁰ ou poderá também determinar a existência de um fiscal único (cfr. o art.º 262.º n.º 1 do CSC). Contudo, as sociedades que não tiverem conselho fiscal devem designar um ROC para proceder à revisão legal sempre que, durante dois anos

¹³⁶ PAULO OLAVO CUNHA, *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista cit., p. 294. Afirma ainda que não se deverá descuidar a responsabilização imputada ao sujeito por atos de fiscalização praticados posteriormente à cessação do respetivo mandato.

¹³⁷ Assim, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, Coimbra, 2013, anotação *sub art.º 414.º-A*, cit., p. 586.

¹³⁸ Neste sentido, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub art.º 414.º-A*, cit., p. 1363.

¹³⁹ Assim, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. IV, anotação *sub art.º 262.º*, cit., p. 194.

¹⁴⁰ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 787, nt. 1176.

consecutivos, sejam ultrapassados dois dos três limites previstos pelas alíneas do n.º 2 do art.º 262.º do CSC.

Começando por abordar a matéria que versa sobre os impedimentos à designação como gerentes nas sociedades por quotas e atendendo a tudo o que foi referido até ao momento, é relevante assinalar que para além do requisito pessoal positivo que corresponde à capacidade jurídica plena a que o n.º 1 do art.º 252.º do CSC se refere, à semelhança do que se sublinhou relativamente às sociedades anónimas, será ainda necessário como pressuposto negativo que não se verifiquem quaisquer incompatibilidades originárias para o exercício contemporâneo da função de gerente¹⁴¹. À face disto, a designação de um ou de vários gerentes de uma sociedade por quotas pressupõe que se cumpram diversos requisitos, tais como a inexistência de incompatibilidades.

A este propósito, Ilídio Duarte Rodrigues defende que as *incompatibilidades traduzem-se em certas pessoas, pelo facto destas se encontrarem perante uma determinada situação, serem inibidas do exercício de determinada atividade*. Ademais, este autor defende que a declaração de falência constituía uma espécie de incompatibilidade, resultando na proibição do falido de desempenhar funções de gerente¹⁴². Desta forma, apesar do instituto da falência constituir uma figura do passado, continuamo-nos a deparar com esta solução, mas já direcionada à situação de insolvência. Deste modo, centrando-se a análise em torno do efeito jurídico previsto pelo art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE, e sendo que se afirmou em momento anterior que o entendimento geral é qualificá-lo como uma causa de incompatibilidade absoluta, é possível concluir que mesmo no seio das sociedades por quotas, *a 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 (...)* constitui um impedimento, ou seja, uma incompatibilidade originária à designação do órgão de administração e representação de uma sociedade por quotas.

Neste seguimento, continuando a análise das incompatibilidades, mas já centrada na sua ocorrência superveniente, sendo mais uma vez esse o ponto fulcral da questão, João Labareda sustenta que a sua ocorrência se traduz numa das possíveis causas de cessação da relação de administração e que não existe qualquer razão que milite a favor de que esta

¹⁴¹ RICARDO COSTA/CAROLINA CUNHA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. IV, Coimbra, 2013, anotação *sub* art.º 252.º, cit., p. 81.

¹⁴² Assim, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas-Organização e Estatuto dos Administradores*, cit., p. 126.

questão seja suscetível de um tratamento diferente em outros tipos societários face àquele que é conferido em sede das sociedades anónimas¹⁴³. Contudo, este autor refere ainda que serão unicamente relevantes as incompatibilidades que ao existirem no momento da designação do gestor, determinariam a sua inelegibilidade. Destarte, significa que o que se analisou anteriormente a respeito das incompatibilidades supervenientes no seio das sociedades anónimas, deverá ser mobilizado no que às sociedades por quotas se reporta¹⁴⁴. Sobre isto, Ricardo Costa afirma que a falta definitiva de um gerente resulta de qualquer causa de extinção ou caducidade do título, sendo as incompatibilidades supervenientes para o exercício de funções um exemplo disso mesmo¹⁴⁵. A este propósito, Ilídio Duarte Rodrigues refere que a ocorrência de incompatibilidades supervenientes resulta na extinção da relação de administração. Assim, se for este o cenário, o membro do órgão administrativo deverá *ex spontae sua* deixar de exercer o cargo, pois a verificação de incompatibilidades supervenientes determina a cessação automática da relação de administração. Tal como se analisou anteriormente, caso os administradores de uma sociedade anónima não cessem o exercício e se mantenham de facto no exercício do cargo para que haviam sido escolhidos, o próprio CSC no seu art.º 401.º prevê exatamente a respetiva solução a aplicar-se. No entanto, em sede de sociedades por quotas este autor sugere que se deva entender que, em relação aos gerentes, a competência para declarar o termo das funções caberá nesta situação ao conselho fiscal, ou na inexistência deste órgão social, aos sócios¹⁴⁶. Por fim, a cessação das funções estará sujeita a registo e, a este respeito, o que se referiu acima quanto às sociedades por quotas não sofre qualquer alteração.

Quanto ao órgão de fiscalização no âmbito das sociedades por quotas, importa desde já referir o art.º 262.º n.º 1 do CSC, que prevê a possibilidade de os sócios optarem por um modelo de fiscalização orgânica em base contatual¹⁴⁷. Segundo este preceito, o contrato de sociedade pode determinar que a sociedade tenha um conselho fiscal que se rege pelo disposto a esse respeito para as sociedades anónimas. Isto significa que nesses casos o conselho fiscal é concebido como um órgão eventual, sendo-lhe aplicado *mutatis mutandis*

¹⁴³ JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português – Algumas questões*, cit., p. 160.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ Cfr., RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. IV, anotação *sub art.º 253.º*, cit., p. 92.

¹⁴⁶ Neste sentido, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas- Organização e Estatuto dos Administradores*, cit., p. 258.

¹⁴⁷ Assim, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. IV, anotação *sub art.º 262.º*, cit., p. 196.

os artigos 413.º e ss. do CSC¹⁴⁸. Sobre isto, sendo que no que concerne às sociedades por quotas, a lei prevê unicamente em relação a conselhos, a figura do conselho fiscal, podemos concluir que a este órgão societário aplicar-se-á o disposto para o conselho fiscal de sociedades anónimas.

Será também importante realçar que esta remissão a que o n.º 1 do art.º 262.º do CSC se refere, deverá ser compreendida para o órgão de fiscalização das sociedades anónimas, seja este conselho fiscal ou fiscal único¹⁴⁹.

Perante isto, conclui-se pela aplicação do art.º 414.º-A do CSC, preceito já mencionado a respeito dos órgãos de fiscalização nas sociedades anónimas, designadamente quando se analisaram as incompatibilidades para o exercício de cargos de fiscalização.

Neste seguimento, deverá mobilizar-se o art.º 414.º-A n.º 1 alínea j) do CSC, segundo o qual não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único ou ROC, os maiores acompanhados dependentes de representação ou de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais, os insolventes e os condenados a pena que implique a inibição, ainda que temporária, do exercício de funções públicas. Sendo assim, tal como já foi referido, Paulo Olavo Cunha aludiu às situações de insolvência como sendo um claro exemplo de uma incompatibilidade absoluta pelo facto de impossibilitar o sujeito de exercer funções de fiscalização em qualquer sociedade comercial¹⁵⁰. Por esta ordem de raciocínio, será claro que a consequência jurídica prevista no art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE, objeto de análise do presente estudo, constitui efetivamente uma incompatibilidade legalmente estabelecida, cuja verificação constituirá um impedimento para o desempenho ou exercício de funções em órgãos de controlo, tal como sucede com o conselho fiscal (quando este exista) em sede das sociedades por quotas por força da remissão prevista no art.º 262.º n.º 1 do CSC.

Para além do que foi referido até ao momento, o n.º 2 do art.º 262.º do CSC estabelece que mediante a verificação de determinados pressupostos e nos moldes previstos por este preceito, a sociedade por quotas deverá garantir a existência de uma estrutura formal e orgânica de fiscalização, nomeadamente um conselho fiscal ou ROC, que se destinará a

¹⁴⁸ DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub* art.º 262.º, cit., p. 922.

¹⁴⁹ Cfr., RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Sociedades por quotas*, vol.III – Artigos 252.º a 264.º, cit., p. 207.

¹⁵⁰ PAULO OLAVO CUNHA, *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, cit., p. 291.

fiscalizar a sociedade (fiscalização orgânica de base legal)¹⁵¹. Por sua vez, o seu n.º 5 prevê ainda que são aplicáveis ao ROC as incompatibilidades estabelecidas para os membros do conselho fiscal (art.º 414.º-A n.º 1 do CSC). Deste modo, a única especificidade que releva assinalar é o facto de os ROC estarem ainda sujeitos às causas de incompatibilidade que encontram previsão nos artigos 88.º, 89.º e 91.º do EOROC.

Em síntese, tal como foi acima referido as incompatibilidades absolutas impossibilitam o sujeito de exercer funções de fiscalização em qualquer sociedade comercial¹⁵² e sendo a consequência jurídica a que o art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE se refere um exemplo disso mesmo, poderá concluir-se que esta constituirá um impedimento à designação e consequente exercício de funções e cargos de fiscalização não só nas sociedades anónimas como também nas sociedades por quotas. Neste sentido, José Ferreira Gomes reforça, a propósito da alínea j) do art.º 414.º-A n.º 1 do CSC, que serão inaptos para o exercício do cargo de fiscal em geral e não apenas nesta ou naquela sociedade em concreto¹⁵³. Assim sendo, verificando-se uma incompatibilidade subjacente à designação de um membro deste órgão social, esta é considerada nula (cfr. art.º 414.º-A n.º 3 do CSC), não se tendo por produzida, ou seja, será como se não tivesse ocorrido¹⁵⁴. Em suma, tal significa que os sujeitos que se encontrarem em situação de “incompatibilidade” não poderão ser designados membros dos órgãos de fiscalização¹⁵⁵. Por sua vez, caso esta incompatibilidade surja supervenientemente, a consequência será a caducidade da designação (cfr. art.º 414.º-A n.º 2 do CSC)¹⁵⁶.

¹⁵¹ Assim, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. IV, anotação *sub art.º 262.º*, cit., p. 200.

¹⁵² PAULO OLAVO CUNHA, *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, cit., p. 291.

¹⁵³ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), anotação *sub art.º 414.º-A*, cit., p. 1362. V.tb GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. COUTINHO DE ABREU), vol. VI, anotação *sub art.º 414.º-A*, cit., p. 592-593.

¹⁵⁴ PAULO OLAVO CUNHA, *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, cit., p. 294.

¹⁵⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 616.

¹⁵⁶ *Idem*.

1.5. A inibição para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial e a coletividade dos sócios

As sociedades atuam mediante órgãos, mais especificamente “*através de centros institucionalizados de poderes funcionais a exercer por pessoa ou pessoas com o objetivo de formar e/ou exprimir vontade juridicamente imputável às sociedades*”¹⁵⁷.

Uma sociedade comercial, independentemente da sua tipologia, apresentará necessariamente um órgão de formação de vontade ou deliberativo-interno designado por Assembleia Geral¹⁵⁸, cuja competência de um modo global se traduz na tomada de decisões fundamentais ao funcionamento e sobrevivência da própria sociedade. Trata-se, em bom rigor, de uma reunião de sócios composta pela coletividade dos sócios¹⁵⁹¹⁶⁰.

A este propósito, sendo que até ao momento se atribuiu especial relevância à sociedade anónima e à sociedade por quotas, importa realçar alguns aspetos acerca do intitulado órgão supremo da sociedade. Assim, no que às sociedades anónimas concerne, qualquer que seja o modelo adotado, é possível distinguir a mesa da assembleia geral enquanto órgão com caráter permanente, constituído pelo menos por um presidente e um secretário (cfr. art.º 371.º n.º 1 do CSC). Por sua vez, às assembleias gerais das sociedades por quotas aplica-se o disposto sobre as assembleias gerais das sociedades anónimas, em tudo o que não estiver especificamente regulado para aquelas (cfr. art.º 248.º n.º 1 do CSC).

Perante isto e atendendo ao objeto de estudo da presente investigação, poderão colocar-se algumas questões relativas à aplicação da 2ª parte do art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE. Deste modo, sendo a Assembleia Geral um órgão composto pela globalidade de sócios e aceitando a possibilidade de em sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz declarar a inibição *para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial (...)*, estar-se-á aqui também a impedir que os sujeitos afetados pela qualificação assumam a qualidade de sócios? Esta discussão remete primeiramente para uma outra questão, nomeadamente se a qualidade de sócio pressupõe ou não a ocupação de um cargo. Parece não ser correto afirmar uma correspondência direta entre ser sócio de uma

¹⁵⁷ Cfr., COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 70.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ No entanto, no âmbito das sociedades unipessoais, o órgão deliberativo interno será composto logicamente pelo sócio único.

¹⁶⁰ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 70.

sociedade e conseqüentemente ocupar um cargo nessa mesma sociedade, pois o fator que efetivamente apresenta um caráter indissociável e inerente à qualidade de sócio corresponde à titularidade da participação social. Destarte, o raciocínio a efetuar é de que o titular de participação social respeitante a certa sociedade será considerado por esse motivo sócio da mesma¹⁶¹, não implicando para tal a ocupação de um cargo social.

Neste sentido, Maria do Rosário do Epifânio defende a inexistência de qualquer impedimento para que os sujeitos afetados possam ser sócios em sociedades anônimas e sociedades por quotas, desde que obviamente não sejam titulares de cargos de administração ou fiscalização¹⁶².

2. A inibição para administrar patrimónios alheios

A consequência da declaração da insolvência como culposa que se encontra primeiramente tipificada no n. °2 do art.º 189.º do CIRE corresponde à inibição para administrar patrimónios alheios. Este efeito jurídico que recai sobre as pessoas afetadas em que incluímos os membros dos órgãos societários afetados evidencia, segundo a visão de José Manuel Branco, uma finalidade fundamentalmente punitiva e contempla uma afetação da capacidade para o exercício de direitos. Já de um modo não tão direto, constata-se ainda que esta sanção apresenta uma finalidade securitária ou de prevenção¹⁶³.

Quanto à última finalidade referida, esta prende-se com a proteção de terceiros, nomeadamente dos seus patrimónios que poderiam vir a ser prejudicados através da atuação de sujeitos que pelo seu histórico não inspiram a confiança necessária para a administração de bens alheios, sendo, portanto, primordial lançar mão desta inibição de forma a evitar a repetição de situações desastrosas. Por sua vez, a finalidade punitiva está diretamente relacionada com a natureza repressiva deste efeito jurídico, pois excluem-se aí as situações em que os afetados agiram com culpa leve, sendo a sua aplicação levada a cabo sempre que esteja em causa a criação ou o agravamento com culpa (dolo ou culpa grave) da situação de insolvência. O que significa que apenas relevam a este propósito hipóteses gravosas, devendo os comportamentos ser devidamente sancionados¹⁶⁴.

¹⁶¹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 205.

¹⁶² Cfr., CARINA MAGALHÃES, Incidente de qualificação da insolvência. Uma visão geral. In *Estudos de Direito da Insolvência*, (coord. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO) cit., p. 130.

¹⁶³ JOSÉ MANUEL BRANCO, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, cit., p. 37.

¹⁶⁴ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p. 164.

O instituto da inibição previsto na alínea b) do preceito em análise só assumiu a atual designação após as alterações introduzidas pela Lei 16/2012 ao CIRE, pois em momento anterior estava em causa a inabilitação das pessoas afetadas por um período de 2 a 10 anos. Todavia, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009 ditou a inconstitucionalidade desta norma com força obrigatória geral, uma vez que se “impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente”. Por sua vez, o facto da inconstitucionalidade abranger unicamente o caso específico acima mencionado, não obsta a que esta questão, mas já direcionada a outros sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa, pudesse também ser colocada exatamente nesses termos¹⁶⁵¹⁶⁶. No entanto, como a situação em análise pelo Tribunal Constitucional apresentava um carácter circunscrito, a decisão apresentada acabou por refletir isso mesmo, mas será ponto assente que não existe qualquer motivo que justifique esta distinção entre sujeitos, motivando, portanto, o abandono universal da solução da inabilitação¹⁶⁷.

Permanecendo ainda no seio da solução da inabilitação que vigorou em tempos, tem-se sustentado que estaria em causa uma instrumentalização desta figura para efeitos punitivos, pois a inabilitação tem como verdadeiro intuito a tutela dos interesses do inabilitado, o que não coadunava com a finalidade punitiva que nestes termos se deveria reforçar. Deste modo, não seria aceitável que esta figura que claramente se insere no seio da tutela preventiva fosse referenciada de uma forma instrumentalizada para propósitos punitivos¹⁶⁸.

Atualmente, atendendo à redação da alínea b) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE que se encontra em vigor, prevê-se que o juiz decrete a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período mínimo de 2 anos e máximo de 10 anos. Isto significa que a duração da inibição em análise variará igualmente entre um período mínimo de 2 anos e máximo de 10 anos, e os parâmetros que o juiz considerará e

¹⁶⁵ Neste sentido, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 600.

¹⁶⁶ A este propósito, veja-se a declaração de voto de Joaquim de Sousa Ribeiro, in Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 2 de abril. Segundo este relator, o âmbito do requerimento da declaração de inconstitucionalidade do art.º 189.º n.º 2 alínea b) do CIRE deveria ter abarcado os restantes sujeitos passivos do art.º 186.º n.º 2 do CIRE, ao invés de limitar a decisão de inconstitucionalidade a apenas uma dimensão da norma constante do art.º 189.º n.º 2, nomeadamente a que impõe que o juiz, na sentença que qualifique a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial declarada insolvente. Neste sentido, vide o Ac. do TC n.º 578/2011, de 29.11.2011 (Rel: José Borges Soeiro) e Ac. do TC n.º 409/2011 de 14.09.2011 (Rel: Maria Lúcia Amaral).

¹⁶⁷ Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 734.

¹⁶⁸ CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência* cit., p. 155.

que influenciarão a sua fixação no seio da sentença serão os mesmos a que se fez referência aquando do estudo da alínea c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, acima desenvolvido.

Quanto ao conteúdo deste efeito jurídico, está aqui em causa uma inibição para administrar bens de terceiros (sobre o todo ou parte do seu património)¹⁶⁹ e já não bens próprios, durante um certo período limitado que será definido pelo juiz na sentença, sendo que até ao seu término não se poderá verificar um suprimento deste impedimento¹⁷⁰.

Revela-se por isso importante atentar ao conceito de administração de património de terceiro e ao seu núcleo de abrangência. Sendo assim, podemos incluir aí todas as relações jurídicas que requeiram autonomia de atuação do insolvente, mas excluir as relações de trabalho subordinado¹⁷¹.

Deste modo, a administração de património de terceiros engloba as faculdades atribuídas por contrato (v.g mandato)¹⁷², assim como as faculdades atribuídas por imposição legal (v.g administração de bens próprios de outros cônjuges, administração de bens comuns do casal (vide art.º 1681.º do CCivil), administração dos bens da herança (vide art.º 2079.º e ss. do CCivil) e administração dos bens dos filhos no âmbito das responsabilidades parentais (vide art.º 1878.º n.º1, art.º 1881.º, art.º 1913.º n.º 3 e art.º 1922.º do CCivil)) e por nomeação judicial (v.g tutela (vide art.º 1927.º e ss. do CCivil, especificamente o art.º 1933.º n.º2 do CCivil) e administração de bens (vide art.º 1967.º e ss., especialmente o art.º 1970.º do CCivil)).

Para além deste vasto leque de hipóteses que o conceito de administração de património de terceiros engloba, em que não só se fez referência às normas que as regulam, como também se indicou alguns preceitos legais que preveem as proibições resultantes da inibição, parece que podemos também incluir nesta proibição para administrar património alheio, o exercício do cargo de administrador de condomínio (art.º 1436.º do CCivil)¹⁷³. Neste sentido, também não será de descartar a possível repercussão que este efeito jurídico poderá ter na

¹⁶⁹ Com esta leitura, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 581.

¹⁷⁰ Esta solução resultou de uma das alterações introduzidas pela Lei 16/2012 ao CIRE, traduzindo-se na revogação do art.º 190.º que previa até aí o suprimento da designada inabilidade.

¹⁷¹ Sobre isto, é importante alertar que neste núcleo não se incluem as situações previstas pelo art.º 189.º n.º 2 alínea c) do CIRE, o que significa que a administração que deriva do exercício dos cargos elencados nesse preceito não estará abrangida no conceito de administração de património de terceiro a que o n.º 2 alínea b) se refere. Assim, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 580.

¹⁷² No entendimento de JOSÉ MANUEL BRANCO, “*Qualificação da insolvência (evolução da figura)*”, cit., p. 24, esta inibição englobará o mandato civil (art.º 1157.º e ss. do CCivil) e o comercial (art.º 231.º e ss. do CSC) com ou sem poderes de representação.

¹⁷³ Cfr., MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, cit., p.155.

continuidade do exercício da atividade de determinados profissionais, designadamente advogados¹⁷⁴ ou administradores da insolvência¹⁷⁵¹⁷⁶.

Ainda a propósito da inibição para a administração de patrimónios de terceiros, Catarina Serra¹⁷⁷ apresenta mais uma vez algumas reservas, nomeadamente em relação à sua eficácia e utilidade enquanto consequência jurídica dotada de um carácter preventivo e sancionatório. No seu entender, este instrumento em análise apresenta um conteúdo praticamente destituído de sentido e finalidade prática. Esta visão é facilmente perceptível, bastando para tal atender à grande maioria dos casos, sendo esses os relevantes para este estudo e que se traduzem nas hipóteses em que insolvente corresponde a uma sociedade e em que logicamente poderão estar em causa como sujeitos afetados a figura do administrador. Perante essas situações, o administrador já está impedido de administrar os bens da sociedade por força do n.º 1 do art.º 81.º do CIRE, passando esta tarefa a caber ao administrador da insolvência. Em suma, na sua ótica esta finalidade já encontra previsão em outras disposições, não justificando o disposto na alínea b) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE.

Por fim, é essencial referir que esta inibição terá de ser registada na conservatória do registo civil (art.º 1.º, n.º 1, alínea n), do CRC) e bem assim, quando a pessoa afetada for comerciante em nome individual, na conservatória do registo comercial (art.º 9.º, alínea j), do CRC), com base em comunicação eletrónica ou telemática da secretaria, acompanhada de extrato da sentença (cfr. n.º 3 do art.º 189.º do CIRE). Contudo, apesar do abandono da solução da inabilitação, estas duas normas ainda refletem na própria letra da lei o regime anterior, carecendo de uma atualização urgente.

¹⁷⁴ Com diferente leitura, o Parecer do Conselho Regional do Porto, nomeadamente o Parecer N.º 9/PP/2013-P de Catarina Pinto de Rezende.

¹⁷⁵ Vide art.º 4.º da Lei n.º 22/2013, de 26 de fevereiro.

¹⁷⁶ JOSÉ MANUEL BRANCO, *Qualificação da insolvência (evolução da figura)*, cit., p.24.

¹⁷⁷ Assim, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência* cit., p. 156.

3. A perda de certos créditos e a obrigação de restituir certos bens ou direitos

Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deverá ainda determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência (art.º 47.º do CIRE) ou sobre a massa insolvente (art.º 51.º do CIRE) detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos (cfr. art.º 189.º n.º 2 alínea d) do CIRE)¹⁷⁸. Deste modo, no seguimento do estudo das consequências da qualificação da insolvência como culposa na situação dos membros dos órgãos societários afetados, importa assinalar a necessidade da aplicação deste efeito¹⁷⁹, nomeadamente à figura dos administradores, pois seria desprovido de sentido que estes pudessem receber qualquer tipo de prestação ou prevalecer-se desta situação, sendo que no passado praticaram atos que produziram ou agravaram a situação de insolvência.

A respeito deste efeito jurídico eventual de carácter não automático, no entendimento de José Manuel Branco¹⁸⁰ este apresenta uma natureza mista, pois não só se distingue a este propósito uma finalidade sancionatória¹⁸¹ como também reconstitutiva. Isto significa que se por um lado esta consequência inovadora¹⁸² priva os afetados pela insolvência qualificada como culposa de receber quaisquer créditos, independentemente da sua natureza, de que estes sujeitos sejam titulares sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente, devendo o juiz ainda obrigar à restituição das vantagens que tenham recebido em forma de bens ou direitos,

¹⁷⁸ Relativamente ao incidente limitado, ao contrário do incidente pleno, o juiz já não determina a perda dos créditos que se encontra prevista na alínea d) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE (cfr. art.º 191.º n.º 1 alínea c) do CIRE). A propósito desta exclusão e da respetiva justificação, surgem algumas divergências doutrinárias. Na ótica de CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 159, esta exclusão está inteiramente relacionada com a insuficiência da massa. No mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES, “*A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor*”, cit., p.93. Por outro lado, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da Insolvência*, cit., p. 186, nt. 560. e SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 603, defendem que no caso do art.º 39.º do CIRE em que o incidente de qualificação apresenta um carácter limitado desde a sua fase inicial, tal exclusão tem por motivo a não abertura da fase de liquidação e verificação do passivo. Já no caso previsto no art.º 232.º n.º 5 do CIRE em que o incidente inicialmente apresentava um carácter pleno e prosseguiu posteriormente como limitado, esta mesma exclusão prende-se diretamente como o encerramento por insuficiência da massa e com os efeitos daí decorrentes, nomeadamente com o art.º 233.º n.º 2 alínea b) do CIRE.

¹⁷⁹ No entendimento de CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 160, a perda de certos créditos e a obrigação de restituir certos bens ou direitos, talvez seja dos instrumentos que melhor cumpre o objetivo de punir o administrador culpado pela criação ou agravamento da insolvência.

¹⁸⁰ JOSÉ MANUEL BRANCO, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, cit., p. 37.

¹⁸¹ Considerando o efeito jurídico previsto pelo art.º 189.º n.º 2 alínea d) do CIRE como sanção, vide CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 735.

¹⁸² Apesar desta consequência constituir uma novidade introduzida pelo CIRE no ordenamento português, é facto assente que foi inspirado na LC que já previa em momento anterior uma solução similar.

justificando assim o seu caráter sancionatório. Por outro lado, a dupla natureza justifica-se na medida em que essa restituição permitirá um reforço da massa e conseqüentemente assegurará a tutela dos interesses dos credores, possibilitando por sua vez o *pagamento mais substancial aos créditos reconhecidos*¹⁸³. Sobre isto, Menezes Leitão defende tratar-se de uma situação de *confisco-sanção*¹⁸⁴. Este autor afirma que esta perda de créditos constitui uma penalização pela responsabilidade dos afetados na situação da insolvência culposa, apresentando como consequência o facto do administrador da insolvência ter de excetuar esses créditos do pagamento previsto pelos artigos 172.º e ss. do CIRE. Contudo, se já se tiver efetuado esse pagamento, a sentença terá de condenar na restituição dos bens e direitos já recebidos tal como consta da alínea d) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, mas perante esse caso, o administrador de insolvência não se deve socorrer do mecanismo da resolução em benefício da massa insolvente prevista nos artigos 120º e ss. do CIRE, cabendo-lhe unicamente a cobrança de tais créditos¹⁸⁵.

Em sentido diferente, Rui Pinto Duarte não acolhe esta visão, defendendo que relativamente a esta norma não parece que se verifique uma proporção entre a conduta ilícita e a sanção, pois a sua aplicação é levada a cabo de uma forma abstrata e indiferente ao caso concreto, já que desconsidera completamente aspetos relevantes como o grau de culpa, o valor, a natureza, a origem e a época da constituição dos créditos¹⁸⁶. Assim, este autor parece sustentar que fatores como o grau de culpa deverão ser mobilizados não só nos termos da alínea b) e c) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, mas também deverão ser considerados aquando da aplicação da alínea d) deste preceito¹⁸⁷. Todavia, o facto de o legislador em momento posterior ter previsto na alínea a) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, não só a identificação das pessoas afetadas como também o respetivo grau de culpa, permite com que a crítica segundo

¹⁸³ Assim, JOSÉ MANUEL BRANCO, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, cit., p. 37.

¹⁸⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, cit., p. 296.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ Neste sentido, RUI PINTO DUARTE, *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, Themis, ed. esp. (2005), cit., p. 147. Partilhando a mesma visão, MARIA JOSÉ COSTEIRA, *A Insolvência de Pessoas Coletivas – Efeitos no Insolvente e na pessoa dos administradores*, cit., p. 172.

¹⁸⁷ Já CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 735, não procedem a qualquer referência no sentido de o juiz dever considerar o grau de culpa dos sujeitos afetados, afirmando apenas que o juiz deverá condenar na sentença.

o qual se verifica uma *desconsideração dos fatores em causa*¹⁸⁸ não seja atualmente alvo de grande preocupação¹⁸⁹.

Neste seguimento, não estabelecendo o CIRE um limite temporal que diga diretamente respeito à obrigação de restituição, a doutrina tem-se questionado acerca desta omissão legislativa. Desta forma, Maria José Costeira tem defendido que se deverá proceder a uma interpretação restritiva da norma, devendo-se para este efeito atender aos três anos anteriores ao início do processo a que o art.º 186.º do CIRE se reporta, pois apenas os factos praticados nesse período poderão servir de fundamento para a qualificação da insolvência como culposa, assim como justificar a afetação dos respetivos autores¹⁹⁰.

Em momento posterior à análise deste efeito jurídico, afigura-se relevante compreender em que medida é que os órgãos societários afetados poderão ter créditos sobre a sociedade. Sobre isto, importa assinalar o art.º 47.º n.º 1 do CIRE, segundo o qual declarada a insolvência, todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade e domicílio. Estes créditos, assim como aqueles que lhes sejam equiparados, e as dívidas que lhes correspondem, são denominados respetivamente, créditos sobre a insolvência e dívidas da insolvência (cfr. n.º 2 do art.º 47.º do CIRE). Para este efeito, os créditos sobre a insolvência são designados como créditos garantidos e privilegiados, subordinados e comuns. No caso em análise interessa referir que são créditos subordinados aqueles que se encontram previstos no art.º 48.º do CIRE, exceto quando beneficiem de privilégios creditórios, gerais ou especiais, ou de hipotecas legais, que não se extingam por efeito da declaração de insolvência.

Desta forma, nos termos do art.º 48.º alínea a) do CIRE consideram-se subordinados, sendo graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência, nomeadamente os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva constituição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência.

¹⁸⁸ Assim, RUI PINTO DUARTE, *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, Themis, ed. esp. (2005), cit., p. 147.

¹⁸⁹ CARINA MAGALHÃES, Incidente de qualificação da insolvência. Uma visão geral. In *Estudos de Direito da Insolvência*, (coord. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO) cit., p. 132.

¹⁹⁰ Cfr., MARIA JOSÉ COSTEIRA, *A Insolvência de Pessoas Coletivas – Efeitos no Insolvente e na pessoa dos administradores*, cit., p. 172.

Neste sentido e atendendo ao objeto de estudo, são exclusivamente considerados especialmente relacionados com o devedor pessoa coletiva, os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as pessoas que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início de processo de insolvência; os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência, entre outros.

4. A obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos até às forças dos respetivos patrimónios

Na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz deverá ainda condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo tal responsabilidade solidária¹⁹¹ entre todos os afetados (cfr. art.º 189.º n.º 2 alínea e) do CIRE).

A propósito do efeito jurídico em análise, José Manuel Branco afirma que este apresenta uma natureza ressarcitória, já que *à massa insolvente faz crescer a expectativa de ressarcimento à custa dos patrimónios afetados (...)*. Ademais, sublinha que esta sanção permite afirmar a existência de uma responsabilidade patrimonial insolvencial¹⁹².

Neste sentido, Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda sustentam que a este respeito também se poderá distinguir um carácter de penalização pela culpa na insolvência¹⁹³.

Relativamente ao seu conteúdo, contrariamente à redação anterior à Lei 9/2022, segundo o qual a obrigação de indemnizar se estendia até à força dos patrimónios de cada um dos afetados, abrangendo, portanto, a totalidade dos bens do património de cada um

¹⁹¹ O facto da responsabilidade dos afetados pela qualificação da insolvência como culposa ser solidária significa que poderá ser exigido a qualquer um destes sujeitos a totalidade do valor da indemnização em que outro afetado tenha sido condenado (vide art.º 591.º n.º 1 do CCivil), implicando por sua vez um direito de regresso contra cada um dos restantes afetados, na parte que a estes competir (vide art.º 524.º CCivil). Esta responsabilidade também se caracteriza por ser limitada pelo facto de não poder ultrapassar o montante dos créditos não satisfeitos, já que não é referente à totalidade dos créditos. Sobre isto, SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 587. Por fim, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da Insolvência*, cit., p. 171, afirma ainda que esta responsabilidade está sujeita a uma condição suspensiva, apresentando portanto um carácter subsidiário. Isto é, esta apenas será acionada quando a massa se demonstrar insuficiente para a satisfação de todos os credores.

¹⁹² JOSÉ MANUEL BRANCO, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa*, cit., p. 37.

¹⁹³ Assim, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit., p. 736.

destes sujeitos, atualmente o legislador entende que a condenação deverá apenas considerar as forças dos patrimónios dos afetados, não tendo forçosamente lugar até à força desses mesmos patrimónios¹⁹⁴. A este respeito, verifica-se a possibilidade de o montante máximo a pagar atingir o montante dos créditos não satisfeitos, podendo também suceder ficar aquém desse valor. Isto deve-se ao facto de o juiz ao estabelecer o valor das indemnizações devidas por cada afetado no âmbito da sentença que qualifica a insolvência como culposa, atender às circunstâncias do caso concreto, nomeadamente a aspetos como o grau de culpa e as forças dos patrimónios afetados, devendo considerá-los logo na condenação a indemnizar¹⁹⁵. Importa também assinalar que, tal como o próprio preceito refere, a soma dos valores definidos pelo juiz e em que cada afetado será condenado não poderá ultrapassar o montante dos créditos não satisfeitos. Contudo, caso não seja possível ao juiz fixar o valor das indemnizações devidas em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, deverá fixar os critérios a utilizar para a sua quantificação, e efetuar em liquidação de sentença (cfr. art.º 189.º n.º 4 do CIRE).

Os critérios a mobilizar para este efeito dependerão das próprias circunstâncias. Sobre isto, Soveral Martins afirma que estes critérios poderão variar consoante os atos a praticar na liquidação da massa insolvente, o exato momento em que se verifica a sentença que qualifica a insolvência como culposa, assim como a situação patrimonial do devedor¹⁹⁶.

No seguimento do estudo desta consequência jurídica e atendendo à temática em análise, surge ainda a necessidade de se proceder ao paralelo entre alínea e) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE e o art.º 78.º do CSC, inserido no Capítulo VII que se ocupa da responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade.

Quanto ao art.º 78.º do CSC que versa sobre a responsabilidade para com os credores sociais, o seu n.º 1 prevê que os gerentes ou administradores respondam para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos. Deste modo, considerando tudo aquilo que anteriormente se referiu, são nítidas as diferenças entre estas disposições, não existindo uma coincidência entre si.

Por um lado, quanto ao âmbito subjetivo, o art.º 189.º n.º 2 alínea e) do CIRE contempla os afetados pela qualificação da insolvência como culposa, não se resumindo somente aos

¹⁹⁴ Cfr., SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 585.

¹⁹⁵ *Idem*, cit., p. 586.

¹⁹⁶ *Idem*, cit., p. 591.

órgãos de administração de uma sociedade (gerentes ou administradores) ou até mesmo de uma pessoa coletiva, tal como sucede com o âmbito de aplicação do art.º 78.º do CSC¹⁹⁷.

Por outro lado, enquanto a obrigação de indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos até às forças dos respetivos patrimónios requer uma situação de insolvência culposa nos termos do art.º 186.º do CIRE, assim como a presença de dolo ou culpa grave na atuação levada a cabo pelos sujeitos mencionados pela alínea a) do art.º 189.º n.º2 do CIRE, o art.º 78.º do CSC é mobilizado quando se verifique pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais, uma insuficiência do património social para a satisfação dos respetivos créditos, não se exigindo sequer a insolvência da sociedade¹⁹⁸, muito menos que esta apresente um carácter culposo¹⁹⁹. Ainda sobre a distinção entre este dois preceitos, importa assinalar que durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência apresenta exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir as ações 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, onde se inserem as ações atinentes à responsabilidade para com os credores sociais prevista pelo art.º 78.º do CSC (art.º 82.º n.º3 alínea b) do CIRE). Já quanto à responsabilidade retratada no art.º 189.º n.º2 alínea e) do CIRE, o juiz deverá condenar na própria sentença que qualifica a insolvência como culposa.

Por fim e não menos importante, o mesmo contraponto desenvolvido a propósito do art.º 189.º n.º2 alínea e) do CIRE, poderia ser efetuado em relação aos artigos 81.º (responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização) e 82.º (responsabilidade dos revisores oficiais de contas) do CSC, visto que relativamente à responsabilidade para com os credores sociais, estes órgãos respondem nos termos previstos no art.º 78.º do CSC.

¹⁹⁷ Cfr., SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 597.

¹⁹⁸ Sobre isto, CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702, refere que a imputação do dano, segundo o art.º 78.º do CSC, não se recorta exatamente pelo teor da situação de insolvência, descrita no art.º 3.º do CIRE. Isto porque a insolvência não se verifica unicamente na situação a que o art.º 78.º do CSC se refere (património social manifestamente deficitário – n.º2), mas também quando surge uma impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas (n.º1).

¹⁹⁹ SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, cit., p. 597. Ademais, o referido autor assinala ainda que o art.º 3.º n.º2 do CSC ao contrário do que sucede com o art.º 78.º do CSC não abrange a globalidade dos tipos de sociedades comerciais.

CONCLUSÃO

O instituto jurídico da qualificação da insolvência assume indiscutivelmente uma enorme importância, não só pelo facto de constituir um mecanismo que procura evitar a ocorrência de insolvências fraudulentas ou dolosas, mas principalmente no que diz respeito à vertente da responsabilização dos membros dos órgãos societários afetados por uma insolvência de carácter culposo. Neste sentido, foram várias as consequências jurídicas alvo de análise, já que aos sujeitos considerados afetados serão aplicáveis os diferentes efeitos jurídicos tipificados nas alíneas do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE. No entanto, atendendo ao verdadeiro propósito da presente dissertação, atribuiu-se especial relevo à inibição para a ocupação dos cargos vedados. Tendo isto em vista, procurou-se compreender qual a sua natureza jurídica e quais as respetivas implicações, essencialmente no seio dos órgãos de administração e fiscalização das sociedades anónimas e sociedades por quotas.

Em síntese, a doutrina maioritária qualifica a alínea c) como uma incompatibilidade absoluta, resultante de uma causa concreta, nomeadamente de sentença que qualifica a insolvência como culposa. Conclui-se portanto que estará em causa uma falta de legitimidade para o exercício das funções de administração e fiscalização no seio dos tipos societários considerados, já que a designação originária destes órgãos sociais depende não só da inexistência de uma incapacidade jurídica plena, assim como de quaisquer incompatibilidades, sob pena de nulidade da respetiva eleição. Ademais, também poderá suceder que este impedimento surja de modo superveniente, o que levará à caducidade da designação, traduzindo-se consequentemente na cessação da relação jurídica de fiscalização ou administração com a própria sociedade comercial. A este respeito, levantou-se ainda a questão de saber se porventura os sujeitos afetados poderiam em virtude da qualificação da insolvência como culposa ser impedidos de assumir a qualidade de sócios, acabando por se excluir essa hipótese, desde que logicamente não ocupem simultaneamente cargos de administração ou fiscalização.

Por fim, tais conclusões são indubitavelmente fruto da riqueza e complexidade normativa tão característica do Direito da Insolvência, na medida em que para tal se revelou indispensável o estabelecimento de diversos pontos de contacto entre as normas do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o Código das Sociedades Comerciais, representando sem dúvida o aspeto mais desafiador de todo este percurso.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de - Artigos 246º a 270º-G. In *Código das Sociedades Comerciais*. 2.ªed. Coimbra: Almedina, 2015. vol. IV.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de - Artigos 373º a 480º. In *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. 2.ªed. Coimbra: Almedina, 2015. vol. VI.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de - *Curso de Direito Comercial*. 4.ªed. Coimbra: Almedina, 2020. vol. I.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de - *Curso de Direito Comercial*. 7.ªed. Coimbra: Almedina, 2021. vol. II.

ANTUNES, José Engrácia - *As pessoas coletivas na insolvência culposa*. Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, n.º 30, 2018, pp. 69-97, disponível em <https://doi.org/10.26537/rebules.vi30.3155>.

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

BRANCO, José Manuel - *Qualificação da insolvência (evolução da figura)*. Revista de Direito da Insolvência, n.º 0, 2016, pp. 13-43.

CORDEIRO, António Menezes Cordeiro - *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. 4.ªed. Coimbra: Almedina, 2021.

COSTEIRA, Maria José – *A insolvência de pessoas coletivas. Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores*. Revista “Julgar”, nº18 (Setembro-Dezembro), 2012, pp. 161-173, Coimbra Editora, disponível em: <http://julgar.pt/>.

CUNHA, Paulo Olavo - *Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais* in I Congresso Direito das Sociedades em Revista (coord.

Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Coimbra: Almedina, 2011, disponível em: <https://revistas.ucp.pt>.

CUNHA, Paulo Olavo - *Direito das Sociedades Comerciais*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2019.

DUARTE, Rui Pinto – *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, Themis - O Novo Regime Português Da Insolvência, Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Direito, Edição Especial, 2005, pp. 131 – 150.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Os Efeitos Substantivos da Falência*. Porto: Universidade Católica, 2000.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, in: “Direito e Justiça”, 2005, vol. XIX, tomo II, cit., p. 201, disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/direitoejustica/article/view/11363>.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário - *Manual de Direito da Insolvência*. 8.^aed. Coimbra: Almedina, 2022.

FERNANDES, Luís Alberto Carvalho; LABAREDA, João - *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 2.^aed. Lisboa: Quis Juris, 2013.

FERREIRA, Rui Cardona - Impedimentos na designação de administradores das sociedades comerciais, in *A Designação de Administradores*, col. “Governance Lab”, Coimbra: Almedina, 2015.

FERRER, António - *Lições de Direito Comercial*. Lisboa: Lex, 1994.

FRADA, Manuel António Carneiro da - *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, vol. II, Lisboa, setembro 2006, pp. 653-702, disponível em: <https://portal.oa.pt/>.

GONÇALVES, Diogo Costa - *A cooptação de administradores pelo conselho de administração – Algumas reflexões*. Revista de Direito das Sociedades, n.º 3/4, Ano VI, 2014, pp. 543-561, disponível em: <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/>.

LABAREDA, João - *Direito Societário Português - Algumas Questões*. Quid Juris. Lisboa, 1998.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito da insolvência*. 10.ªed. Coimbra: Almedina, 2021.

MAGALHÃES, Carina - Incidente de qualificação da insolvência. Uma visão geral. In *Estudos de Direito da Insolvência*, (coord. Maria do Rosário Epifânio). Coimbra: Almedina, 2020.

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

MARTINS, Alexandre de Soveral - *Um Curso de Direito da Insolvência*. 4.ªed. Coimbra: Almedina, 2022.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de - *Responsabilidade pela concessão de crédito*. Revista de Direito Comercial, 2022, pp. 953-1164, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de - *Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência*. Revista de Direito Comercial, 2018, pp. 533-628, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

OLIVEIRA, Rui Estrela de - *Uma Brevíssima Incursão Pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*. Revista Julgar, n.º 11, 2010, pp. 199-249, disponível em: <http://julgar.pt/>.

Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados sobre o Anteprojeto de Alteração ao CIRE, de 24 de novembro de 2011, disponível em:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=3664>.

RAMOS, Maria Elisabete - *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português. Prim@ facie*: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, 2005, Vol. 4, pp. 05-32, N.º.7.

RODRIGUES, Ilídio Duarte - *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas - Organização e Estatuto dos Administradores*. Lisboa: Livraria Petrony, 1990.

ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio - *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, 2008.

ROJO, Ángel; CAMPUZANO, Ana Belén - *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*. Thomson Reuters, 2013.

VENTURA, Raúl - *Sociedades por Quotas - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 1991, Volume III.

SERRA, Catarina - *O Novo Regime Português da Insolvência - Uma Introdução*. 4.ªed. Coimbra: Almedina, 2010.

SERRA, Catarina - *Decoctor ergo fraudator: a insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*. Cadernos de Direito Privado, n.º21, 2008, p. 54-71.

SERRA, Catarina - *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

SERRA, Catarina - *Lições de Direito da Insolvência*. 2.ªed. Coimbra: Almedina, 2021.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional:

- Acórdão n.º 578/2011, de 29 de novembro de 2011, Processo n.º 615/11, José Borges Soeiro;
- Acórdão n.º 409/2011, de 14 de setembro de 2011, Processo n.º 592/10, Maria Lúcia Amaral;

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 15 de fevereiro de 2018, Processo n.º 7353/15.4T8VNG-A. P1.S1, José Rainho;
- Acórdão de 03 de abril de 1991, Processo n.º 002663, Pedro Macedo;

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Acórdão de 28 de maio de 2013, Processo n.º 102/12.0TBFAG-B.C1, Moreira do Carmo;
- Acórdão de 19 de janeiro de 2010, Processo n.º 132/08.7TBOFR-E.C1, Isaías Pádua;

Tribunal da Relação de Évora:

- Acórdão de 23 de abril de 2020, Processo n.º 1810/18.8STR-D. E1, Francisco Matos;
- Acórdão de 10 de julho de 2014, Processo n.º 18/12.0TBMTL-C. E1, Canelas Brás;

Tribunal da Relação de Guimarães:

- Acórdão de 18 de outubro de 2018, Processo n.º 880/15.5T8GMR-A. G1, Maria Luísa Ramos;
- Acórdão de 25 de fevereiro de 2016, Processo n.º 1857/14.3TBGMR-DG1, Cristina Cerdeira;

Tribunal da Relação do Porto:

- Acórdão de 8 de outubro de 2015, Processo n.º 1751/11.0T2AVR-F. P1, Aristides Rodrigues de Almeida;
- Acórdão de 27 de fevereiro de 2014, Processo n.º 1595/10.6TBAMT-A. P2, Leonel Serôdio;
- Acórdão de 10 de fevereiro de 2011, Processo n.º 1283/07.0TJPRT-AG. P, Freitas Vieira;