

Ana Luísa da Silva Santos

A RESPONSABILIDADE DOS TÉCNICOS OFICIAIS DE
CONTAS E DOS REVISORES OFICIAIS DE CONTAS
NA INSOLVÊNCIA CULPOSA

**Dissertação de Mestrado na Área das Ciências Jurídico Forenses
Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Orientador: Exm.º Senhor Professor Doutor Alexandre Soveral Martins

Coimbra, 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

“Todas as bibliotecas do mundo deveriam possuir um incunábulo. Não temos dúvidas de que, esses primeiros livros, que nasceram sob a égide da imprensa de Gutemberg, simbolizam a história das coisas e atestam a sua evolução. Até os mais distraídos concebem que a aplicação da imaginação é harmônica da história da raça humana. Desde as remotas civilizações que o homem tem arquitetado solução para as suas necessidades e para os seus deleites diários. Os retratos históricos que guardamos dos nossos antepassados têm, todos, uma realidade em comum – a imaginação. O homem é, por natureza, engenhoso. As relações comerciais não escaparam a essa fonte criativa, tendo sido encontrados diferentes formas de punição ou garantia de cumprimento das obrigações dos devedores ao longo dos tempos.”

Nuno da Costa Silva Vieira, Insolvência e Processo de Revitalização – de acordo com a Lei n.º 16/2002, de 20 de abril.

Índice

Índice		3
Lista de abreviaturas e siglas		5
Agradecimentos		7
Introdução		8
Capítulo I		
1.	Técnicos Oficiais de Contas (TOC)	10
2.	Revisores Oficiais de Contas (ROC)	15
Capítulo II		
1.	O incidente de qualificação de insolvência	20
2.	A insolvência qualificada como culposa	23
Capítulo III		
1.	Os efeitos da insolvência qualificada como culposa	28
1.1	Os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa [al. a), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]	29
1.2	A inibição para administrar património de terceiros [al. b), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]	32
1.3	A inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de cargos em órgãos sociais [al. c), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]	33

1.4	A perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a obrigação de restituir os bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos [al. d), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]	34
1.5	A condenação a indemnizar os credores do devedor declarado insolvente [al. e), n.º 2, at.º 189.º do CIRE]	35
Capítulo IV		
1.	A criação ou o agravamento da situação de insolvência com dolo ou culpa grave	44
1.1	A criação da situação de insolvência pelo devedor ou pelos seus administradores e o agravamento dessa situação pelo TOC e/ou ROC	44
1.2.	A criação da situação de insolvência com dolo ou culpa grave pelo TOC ou ROC com a agravação da situação de insolvência pelo devedor ou pelos seus administradores	46
1.3.	A criação da situação de insolvência com dolo ou culpa grave do TOC ou ROC sem a intervenção pelo devedor ou pelos seus administradores	47
2.	Administradores de facto?	48
Capítulo V		
	Direito comparado: <i>Ley Concursal</i>	53
	Conclusão	57
	Bibliografia	62

Lista de abreviaturas e siglas

Ac.	- Acórdão
Art.º	- Artigo
ATOC	- Associação dos Técnicos Oficiais de Contas
CC	- Código Civil
CDTOC	- Código Deontológico dos Técnicos Oficiais de Contas
cfr.	- conferir ou conforme
CIRE	- Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
cit.	- citação
CMVM	- Código dos Valores Mobiliários
CPEREF	- Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CSC	- Código das Sociedades Comerciais
CPPT	- Código de Procedimento e Processo Tributário
CTOC	- Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas
Ed.	- Edição
EOROC	- Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas
EOTOC	- Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas
IDET	- Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
InsO	- <i>Insolvenzordnung</i>
LC	- Ley Concursal
LGT	- Lei Geral Tributária
n.º	- número
ob. cit.	- obra citada
OTOC	- Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas
p.	- página

pp.	- páginas
ROA	- Revista da Ordem dos Advogados
ROC	- Revisor Oficial de Contas
SNC	- Sistema de Normalização Contabilística
ss.	- seguintes
TOC	- Técnico Oficial de Contas
vide	- ver ou consultar

Agradecimentos

Uma dissertação de Mestrado, apesar de constituir um processo solitário a que qualquer investigador está destinado, reúne também contributos de várias pessoas.

Desde o início do Mestrado, contei com a confiança, o apoio e incentivo de diversas pessoas, às quais não posso deixar de manifestar o meu mais sincero agradecimento. Sem tamanhos contributos, esta investigação não teria sido possível.

Ao Exm.º Professor Doutor Alexandre Soveral Martins, orientador da dissertação, agradeço o apoio, a sabedoria e os ensinamentos constantes em todo o processo de orientação científica desta dissertação, bem como pelo estímulo do meu interesse pelo conhecimento de novas questões e problemáticas que se impõe ao Direito.

Um agradecimento especial aos técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, bem como à Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, a quem agradeço o apoio incondicional, as sábias palavras e críticas construtivas, bem como a sua invariável disponibilidade, que em muito valorizaram a minha perceção relativamente à Contabilidade e cuja larga experiência e capacidade analítica em muito contribuíram para o meu entusiasmo e sede de conhecimento.

Aos Exm.ºs funcionários das mais diversas Comarcas que comigo colaboraram, agradeço o interesse e disponibilidade no esclarecimento de situações abstratas relacionadas com o processo de insolvência culposa, bem como a partilha do saber e as valiosas contribuições para a elaboração deste estudo, tendo sido, para mim, um enorme privilégio, bem como pela oportunidade de debater diversas questões relacionadas com a Insolvência.

À Prof. Doutora Catarina Serra, ao Exm.º Procurador da República Dr. José Manuel Branco, ao Exm.º Administrador de Insolvência Dr. Manuel Reinaldo Mâncio Costa e à M.I. Advogada Dr.ª Arménia Coimbra, pela flexibilidade e prontidão na disponibilização de informação relevante para a presente dissertação, que em muito enriqueceu o aprofundamento do meu estudo.

Um agradecimento muito especial à minha família, bem como aos meus amigos e colegas, pelo apoio incondicional nesta fase árdua de trabalho.

A todos dedico este trabalho, na esperança que seja um exemplo de que, mesmo em momentos difíceis e controversos, a perseverança alcança os seus frutos.

Introdução

Falar de insolvência nos dias de hoje passou a ser uma constante, tornando-se indiscutível a importância prática deste ramo do direito.

É neste contexto que o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (doravante designado abreviadamente por CIRE)¹⁻² apostou numa maior agilidade processual e numa menor intervenção jurisdicional, tornando os processos mais céleres e informais, com vista a alcançar o seu primordial objetivo: a satisfação dos credores³.

Foi com a sexta alteração ao CIRE, consagrada pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que o incidente da qualificação da insolvência assumiu novos contornos. Além dos seus efeitos se terem tornado mais gravosos, passou a prever consequências também⁴ para os Técnicos Oficiais de Contas (doravante designado abreviadamente por TOC) e para os Revisores Oficiais de Contas (doravante designado abreviadamente por ROC).

Desta forma, TOC e ROC passaram, entre outros efeitos, a ser solidariamente responsáveis com os demais membros⁵ afetos à situação de insolvência qualificada como culposa. Todo o seu património pessoal passou a poder estar adstrito ao cumprimento de dívidas alheias, isto é, dívidas das entidades a quem prestam os seus serviços.

É, concretamente, sobre a alínea e) do n.º 2 do art.º 189.º, que consagra uma verdadeira responsabilidade patrimonial⁶ para os TOC e para os ROC, afetados pela declaração da insolvência culposa, que iremos analisar de seguida com maior detalhe. Residirá assim, neste

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março. Este diploma sofreu já sete alterações, nomeadamente pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de agosto, Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, Decreto-Lei n.º 282/2007, de 7 de agosto, Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto, Lei n.º 16/2012, 20 de abril, e Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

² Inspirado na lei alemã, a *Insolvenzordnung (InsO)*, de 5 de outubro de 1994 e também pela lei espanhola, a *Ley Concursal* de 2003. Ambas estiveram na base do nosso atual CIRE, tendo algumas consagrações legais sido transpostas de forma racionalizada e estruturada, mas, no entanto, não isentas de algumas falhas.

³ vide Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março.

⁴ vide art.º 189.º, n.º 2 do CIRE.

⁵ cfr. art.º 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE: “2. Na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz deve: a) Identificar as pessoas, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, afetadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa”.

⁶ cfr. MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril*, in *I Congresso de Direito da Insolvência*, 2013, Almedina, pp. 269 e ss. “(...)a responsabilidade pode ser de vários tipos: civil, patrimonial e penal. Impõe-se, por isso, uma análise prévia a estes institutos: o da responsabilidade civil, que corresponde à imputação de danos assente num título de imputação delitual ou obrigacional, e o da responsabilidade patrimonial, que não pressupõe a existência de prejuízos, mas de dívidas pelas quais responde o património do devedor.”.

preciso ponto, o âmago do presente trabalho: a responsabilidade dos Técnicos Oficiais de Contas e dos Revisores Oficiais de Contas na insolvência culposa.

Iremos oportunamente analisar a forma pela qual poderão estes profissionais ser responsabilizados e sujeitos aos efeitos deste incidente de qualificação da insolvência. É verdade que esta não é a única forma de responsabilização destes sujeitos que advém de um processo de insolvência, porquanto poderão ser responsabilizados penal e disciplinarmente. No entanto, é apenas sobre esta responsabilização, no âmbito do incidente de qualificação da insolvência como culposa, que nos iremos debruçar, tentando também aqui deixar um pequeno contributo para a discussão desta temática.

Existe, entre os profissionais desta área – TOC, ROC, Administradores de Insolvência, entre outros –, algum desconhecimento sobre o alcance prático que, a nosso ver, esta alteração poderá comportar. Admitem, é certo, a sua existência e validade, mas duvidam que algum dia possa ter os efeitos práticos que adiante melhor se explicitarão. A dúvida sobre este tema é grande e o caminho a percorrer é ainda maior. Por isso, justifica-se que nos debruçemos atentamente sobre ela, tentando definir, sempre que possível, com exatidão, os seus contornos e demonstrar até onde esta responsabilidade poderá ir.

Da análise dos casos julgados nos tribunais nacionais, a *praxis* tem demonstrado que, dos inúmeros processos de insolvência declarados, apenas uma ínfima percentagem é, na verdade, considerada culposa⁷. E, mesmo nessas, até ao momento, constata-se que ainda não houve nenhum processo findo em que TOC ou ROC sejam afetados e responsabilizados.⁸

Nestes termos, e na esperança de contribuir para a discussão, debruçar-nos-emos sobre esta questão, na tentativa de alertar para a forma como tal responsabilidade está consagrada, prevenindo aquilo que poderá vir a ser uma prática bastante corrente e que poderá resultar num verdadeiro “*jogo do empurra*”.

⁷ De acordo com um estudo realizado no Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra, entre 15 de Setembro de 2004 e 24 de Julho de 2013, das 787 insolvências decretadas, apenas 52 foram consideradas culposas, representando 6,6% das situações, sendo as restantes 93,4% consideradas fortuitas. cfr. www.dgsi.pt e BASTOS DIAS, Mónica Maria, *Qualificação Culposa da Insolvência de Sociedades Comerciais e papel do Administrador de Insolvência*, Dissertação de Mestrado em Gestão apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2014.

⁸ Análise realizada com base nas informações recolhidas junto de secretarias judiciais e em www.dgsi.pt.

Capítulo I

1. Técnicos Oficiais de Contas (TOC)

Conhecido inicialmente como “*guarda-livros*”, o técnico oficial de contas é atualmente um pilar fundamental de muitas empresas, sendo um profissional imprescindível para o desempenho das suas atividades, assim como para o alcance das obrigações contabilísticas e tributárias das mesmas⁹.

Partindo da análise do art.º 5.º do Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (doravante designado abreviadamente de EOTOC)¹⁰ é TOC o membro que está inscrito na Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas¹¹, “*sendo-lhe atribuído, em exclusivo, o uso desse título profissional, bem como o exercício das respectivas funções*”. Só dessa forma poderão exercer as funções e as responsabilidades próprias, típicas e legais de tal profissão.

Ao TOC compete-lhe, entre outras funções¹²⁻¹³, a elaboração da contabilidade, assumindo-se como um verdadeiro elo de confiança, auxiliando e aconselhando gestores e administradores de empresas no sentido do cumprimento das suas responsabilidades contabilísticas e tributárias.

Destaca-se, do seu espólio de funções, a de “*planificar, organizar e coordenar a execução da contabilidade das entidades que possuam, ou que devam possuir contabilidade*

⁹ “Os TOC são profissionais cujos conselhos sábios fazem deles os parceiros, por excelência, de certas decisões empresariais (...)” cit. MARQUES, Paulo, *Responsabilidade Tributária dos Gestores e dos Técnicos Oficiais de Contas – A Reversão do Processo de Execução Fiscal*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Dez. 2011, p. 12.

¹⁰ O Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (EOTOC), anteriormente designado por ECTOC – Estatuto da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas -, foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 310/2009, de 26 de outubro, tendo substituído o anterior Decreto-Lei n.º 452/99, de 5 de novembro.

¹¹ Foi a 1 de Julho de 1963 que surgiu oficialmente o Técnico de Contas, com a aprovação do Código de Contribuição Industrial. Porém, só a 17 de outubro foi criada a Associação dos Técnicos Oficiais de Contas (ATOC), com a publicação do Decreto-Lei n.º 265/95, de 17 de outubro – organismo que acolheu todos os Técnicos Oficiais de Contas. Posteriormente, foi substituído pela Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas (CTOC) e, presentemente, surge enquanto Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (OTOC) – *in Revista dos Técnicos Oficiais de Contas*, ano XIV, Maio 2013, n.º 158.

¹² vide art.º 6.º do EOTOC.

¹³ No art.º 54.º do EOTOC, com a epígrafe *Deveres para com as entidades a que prestem serviços*, dispõe-se que o TOC deve “*desempenhar conscienciosa e diligentemente as suas funções*”(al. a)), “*abster-se de qualquer procedimento que ponha em causa tais entidades*” (al. b)), “*guardar segredo profissional*” (al. c)), “*não se servir, proveito próprio ou de terceiros, de factos de que tomem conhecimento enquanto prestem serviços a uma entidade*” (al. d)), bem como “*não abandonar, sem justificação ponderosa, os trabalhos que lhe estejam confiados*” (al. e)). Refere, por sua vez, o art.º 3.º do Código Deontológico dos Técnicos Oficiais de Contas, sob a epígrafe *Princípios Deontológicos Gerais*: “*No exercício das suas funções, os técnicos oficiais de contas devem orientar a sua actuação pelos princípios da integridade, idoneidade, independência, responsabilidade, competência, confidencialidade, equidade e lealdade profissional*” (n.º 1).

regularmente organizada, segundo os planos de contas oficialmente aplicáveis ou o sistema de normalização contabilístico”¹⁴.

Como salienta Vieira Nunes, os TOC “*no exercício das suas funções, devem então respeitar as normas legais e os princípios contabilísticos geralmente aceites, adaptando a sua aplicação à situação concreta das entidades a quem prestam serviços, evitando qualquer diminuição da sua independência em razão de interesses pessoais ou de pressões exteriores, pugnando pela verdade contabilística e fiscal.*”¹⁵

Quanto à função de “*assumir a responsabilidade pela regularidade técnica nas áreas contabilística e fiscal*”, esta, na realidade, só poderá ser possível se o TOC tiver acesso a todos os documentos e informações fornecidos pelos entes responsáveis pela gestão da sociedade (cfr. art.º 6.º, n.º 1, al. b) do EOTOC) e, mesmo assim, como refere Mário Januário “*os TOC não são legalmente inspectores das Finanças, nem profissionais a quem, a despeito de tudo, os empresários tenham mostrado a alma.*”¹⁶

Mas, a responsabilidade pela regularidade fiscal das entidades às quais o TOC presta serviço só pode ser verdadeiramente assumido se o TOC assegurar, igualmente, e de forma primordial, “*a exactidão da contabilidade que lhe serve de suporte*”. É ao TOC que cabe assegurar a verdade da situação financeira e patrimonial das entidades a que prestam serviços, abstendo-se de praticar atos que omitam a realidade¹⁷, nomeadamente atos que levem à “*ocultação, destruição, inutilização, falsificação ou viciação dos documentos e das declarações fiscais a seu cargo*”¹⁸. Trata-se de um direito que assiste ao TOC, conforme plasmado na al. a), n.º 1, do art.º 51.º do EOTOC, a faculdade de obter os documentos, informações e demais elementos que necessite, de parte da entidade à qual presta serviço, para o regular exercício das suas funções. No entanto, nem sempre poderá assegurar a veracidade do conteúdo dos documentos que lhe são fornecidos. Pode, inclusive, de acordo com o n.º 7 do mesmo preceito, “*solicitar a entidades públicas ou privadas competentes as informações necessárias à verificação da sua conformidade com a realidade patrimonial*

¹⁴ cfr. al. a), n.º 1, do art.º 6.º do EOTOC.

¹⁵ cfr. comentário ao art.º 2.º do CDTOC de VIEIRA NUNES, Marco, *Estatuto do Técnico Oficial de Contas – Anotado*, Ed. Vida Económica, 2010.

¹⁶ vide JANUÁRIO, Mário, *A questão sucessória dos tributos e das penas dentro da responsabilidade subsidiária fiscal*, in *Revista TOC*, n.º 102, setembro 2008.

¹⁷ Sendo certo que, só assim se torna verdadeiramente “*responsável pela veracidade das contas da empresa, acarretando o rótulo de garante da verdade fiscal, sendo, obviamente, esta baseada nos elementos de suporte contabilístico fornecidos pelo cliente*”. cfr. GONÇALVES, Stephanie, *Insolvência: recuperação ou liquidação*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

¹⁸ vide VIEIRA NUNES, Marco, *Estatuto do Técnico Oficial de Contas – Anotado*, Ed. Vida Económica, 2010.

expressa nas demonstrações financeiras das contabilidades pelas quais são responsáveis”, tudo isto para manter a dignidade da contabilidade e sempre com o intuito da construção e preservação de “uma imagem fiel e verdadeira”. Por isso, pode afirmar-se que esta responsabilidade na elaboração técnica é pessoal e direta, sendo um forte argumento para a credibilidade das sociedades que beneficiam dos seus serviços.

No entanto, é importante referir que *“perante a recusa de prestação de informações ou de colaboração por parte das entidades a quem prestam os seus serviços, verifica-se uma exoneração da responsabilidade pelas consequências deste acto de negação, sendo deste modo lícito ao TOC o direito de recusa de assinar as declarações fiscais.”*¹⁹. Porém, é entendimento de alguns autores, que tal não é totalmente excludente da responsabilidade, mas apenas mera atenuante da mesma²⁰.

O n.º 3 do artigo em análise dispõe o que se entende por regularidade técnica. Apesar de ser um conceito que comporta as suas divergências doutrinárias²¹, entende-se que tem como objetivo primordial facultar *“uma imagem fiel e verdadeira da realidade patrimonial da empresa, bem como o envio para as entidades públicas competentes, pelos meios legalmente definidos, da informação contabilística e fiscal definida na legislação em vigor”, fundamentando-se nos documentos e nas informações fornecidos pela própria empresa – pelo seu órgão de gestão ou pelo empresário – e nas suas próprias decisões enquanto profissional. Assim, além do respeito pela lei, normas e princípios²² norteadores da actividade dos TOC (cfr. art.º 2.º do CDTOC), o desempenho da sua actividade depende também (e principalmente) das informações que lhe são fornecidas.*

¹⁹ cfr. RAMOS, Tânia Cristiana Tavares, *Enquadramento Jurídico da Responsabilidade do TOC e do ROC*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012, p. 57.

²⁰ Na senda de Cunha Guimarães, *“o n.º 6 do art.º 12.º do CDTOC consubstancia uma declaração de conforto, mas não exime o TOC das suas responsabilidades estatutárias e deontológicas”*.

Albano Santos defende que *“esta declaração tem um valor relativo, não isentando por si só eventuais responsabilidades do TOC respeitantes ao (in)cumprimento dos seus deveres profissionais, de responsável pela regularidade contabilística e fiscal. Não obstante, a faculdade que lhe assiste em responsabilizar o cliente pela verdade ou inverdade dos elementos transmitidos e dos documentos entregues”*. vide GONÇALVES, Stephanie, *Insolvência: recuperação ou liquidação*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

²¹ Note-se que enquanto Jónatas Machado e Vera Raposo realçam o grau de indeterminação subjacente a este conceito, já Tiago Caiado Guerreiro e Ricardo Camossa defendem que poderá estar em causa a conformidade constitucional do preceito em análise, por violação dos princípios de precisão, clareza e determinabilidade das leis. A regularidade técnica está associada aos princípios contabilísticos fundamentais, das diretrizes contabilísticas existentes e de todas as disposições do Estatuto e do Código Deontológico que vinculam os TOC no exercício da sua actividade profissional.

²² *“Os técnicos oficiais de contas, no respeito pela lei, devem aplicar os princípios e normas contabilísticas de modo a obter a verdade da situação financeira e patrimonial das entidades a quem prestam serviços.”* cfr. n.º 1, art.º 7.º do CDTOC.

Quanto à alínea c) do art.º 6.º do EOTOC, o TOC deve assinar conjuntamente com o representante legal as demonstrações financeiras²³ e declarações fiscais, elaboradas de acordo com o Sistema de Normalização Contabilística (designado abreviadamente de SNC), com o “*objectivo de proporcionar informação acerca da posição financeira, do desempenho e das alterações na posição financeira de uma entidade que seja útil a um vasto leque de utentes na tomada de decisões económicas.*”²⁴

No entanto, cumpre referir que apenas podem subscrever as demonstrações financeiras e declarações fiscais que resultem do seu trabalho, devendo fazer prova da sua qualidade, tal como dispõe o n.º 3, do art.º 52.º do EOTOC, pois quando o TOC assina e envia através da internet, com uma senha pessoal, uma declaração fiscal, está a prestar a garantia à Administração Fiscal que aquela declaração está conforme a real e efetiva situação daquele sujeito passivo, a qual confere segurança à Administração Fiscal de que aquela declaração cumpre todas as exigências legais em vigor, atendendo assim ao disposto na alínea a) no n.º 1 do art.º 55.º do EOTOC.

Estas demonstrações financeiras são importantes uma vez que se presumem fiáveis. Mas apenas são fiáveis quando estiverem isentas de erros materiais, representarem fidedignamente as transacções e outros acontecimentos que se retratam ou pretendem retratar; neutras, ou seja, livre de preconceitos; e, finalmente, completas, pois “*uma omissão pode fazer com que a informação seja falsa ou enganadora e, por isso, não fiável e deficiente em termos da sua relevância.*”²⁵

Assim, torna-se indiscutível a sua importância, bem como a responsabilidade que possui na projeção da imagem de cada empresa, tendo de se pautar por uma contabilidade transparente e cuidada, destinada a dissuadir o risco da informação (errática), que, por sua vez, será alvo de cuidada análise, para, posteriormente, ser utilizada pelos “*utentes da informação*”.²⁶ Sempre que o TOC verifique a existência de erros nas respetivas declarações, terá a incumbência de avisar o cliente de tal factualidade, cumprindo o dever de informação

²³ “*Um conjunto completo de demonstrações financeiras inclui normalmente um balanço, uma demonstração de resultados, uma demonstração das alterações na posição financeira e uma demonstração de fluxos de caixa, bem como as notas e outras demonstrações e material explicativo que constituem parte integrante das demonstrações financeiras.*” cit. GAMEIRO, António / MOITA DA COSTA, Nuno, *Manual de Contabilidade para Juristas*, 1.ª Edição, Wolters Kluwer, 2013, p. 48.

²⁴ ob. cit. GAMEIRO, António / MOITA DA COSTA, Nuno, pp. 49-50.

²⁵ ob. cit. GAMEIRO, António / MOITA DA COSTA, Nuno, pp. 52-53.

²⁶ vide MACHADO DE ALMEIDA, Bruno José, *A ética da deontologia em contabilidade e auditoria: a economia a longo prazo*, in *Revista TOC*, Ano XIII, outubro 2012, n.º 151.

que lhe é imposto pela al. a) do art.º 11.º do CDTOC²⁷ e tentando salvaguardar-se de eventuais situações erróneas e prejudiciais.

Quanto à assunção da *“responsabilidade pela supervisão dos actos declarativos para a Segurança Social e para efeitos fiscais relacionados com o processamento de salários”* (art.º 6.º, n.º1, al. d) do EOTOC²⁸), o TOC deverá *“acompanhar e informar o contribuinte, com a qual estabeleceu a relação contratual, das obrigações legais que lhe estão cometidas.”*²⁹

No que respeita às funções mencionadas no n.º 2 do art.º 6.º do EOTOC, compete-lhe *“exercer funções de consultadoria nas áreas da contabilidade, da fiscalidade e da segurança social”*. Isto é, poderá ainda desempenhar acessoria e aconselhamento (al.a)), representação de sujeitos passivos para cujas contabilidades responsáveis (al.b)), devendo para tal possuir procuração – podendo assim representar os seus clientes na apresentação de reclamações gratuitas (art.º 68.º e ss. do CPPT), recursos hierárquicos (art.º 66.º do CPPT), procedimento de revisão em matéria coletável (art.º 91.º da LGT) e o processo de revisão do ato tributário (art.º 78.º da LGT), entre outros – e, finalmente, *“desempenhar quaisquer outras funções definidas na lei adequadas ao exercício das respectivas funções”* (al.c)). Ou seja, sintetizando, podemos afirmar que, de acordo com as suas funções, o TOC acaba por desempenhar *“um papel de filtro da informação, devendo fornecer uma ‘fotografia’ correcta da actividade financeira”*³⁰, sendo *“consideradas nobres caso proporcionem serviços de relevo, ou então, ser vistas como actividades negativas para a sociedade, se a informação constituída e validada não for correcta e legal”*³¹.

Devem, deste modo, desempenhar de forma *“consciente e diligente as suas funções”*, devendo honrar a sua profissão (art.º 52.º, n.º 1 do EOTOC) e, em momento algum, ter procedimentos que possam por em causa a entidade a quem prestam serviços (art.º 54.º, n.º 1, al. b) do EOTOC)³².

²⁷ vide ob. cit. VIEIRA NUNES, Marco.

²⁸ Alteração introduzida com o Decreto-Lei n.º 310/2009, de 26 de outubro.

²⁹ *“Deverá assegurar a regularidade ou a legalidade das retenções ou descontos quer do IRS quer da Segurança Social, supervisionar os elementos constantes na declaração de retenções de IRS ou dos descontos para a segurança social, regras de incidência e respectivas taxas.”* cfr. ob. cit. NUNES, Marco Vieira.

³⁰ ob. cit. MACHADO DE ALMEIDA, Bruno José.

³¹ ob. cit. MACHADO DE ALMEIDA, Bruno José.

³² A propósito do nosso trabalho, é importante frisar o preceito disposto no n.º 2, do art.º 7.º do EOTOC, porquanto quando estejamos perante um TOC que exerceu a sua atividade por conta própria (art.º 7.º, n.º 1, al.a) do EOTOC), estes têm de celebrar obrigatoriamente por escrito, com as entidades que possuam contabilidade organizada, um contrato de prestação de serviços, onde o TOC figure como prestador de serviço. Nesse contrato deve assumir a responsabilidade pela contabilidade a seu cargo (art.º 7.º, n.º 2 do EOTOC).

Aliás, sempre que violarem algum dos seus deveres profissionais, consagrados nos diplomas, considera-se que incorrem em infração, sendo alvo de responsabilização disciplinar (art.º 59.º, n.ºs 1 e 2 do EOTOC), independente “*da eventual responsabilidade civil ou criminal*” (cfr. n.º 3 do art.º 59.º do EOTOC).

Em suma, os TOC são sujeitos que devem primar pelo exercício das suas funções com carácter profissional e de forma independente, verídica e fundamentada, transpondo uma imagem fiel e verdadeira da realidade patrimonial da entidade para a qual prestam serviços, devendo assumir a responsabilidade pelos atos praticados no exercício exclusivo das suas funções profissionais.

2. Revisores Oficiais de Contas (ROC)

A profissão de ROC nasceu dos denominados peritos contabilistas³³. Estes sujeitos estão associados à ideia de “*maior rigor, exatidão, credibilidade, intransigência e dureza*”³⁴, são ornados na sociedade de uma enorme credibilidade e rigidez no desempenho das suas funções.

Na verdade, desde que foi aprovado o nosso Código das Sociedades Comerciais (doravante designado abreviadamente de CSC)³⁵ e o Código dos Valores Mobiliários (doravante designado abreviadamente de CMVM)³⁶ que a atividade destes profissionais passou a ser mais desenvolvida e, conseqüentemente, nutrida de maior importância.³⁷

Estão sujeitas à intervenção por parte do ROC (art.º 42.º do EOROC), no âmbito das suas funções de revisão/auditoria, “*(...) uma pluralidade de empresas, entidades e instituições para além das sociedades comerciais, por imposição legal ou judicial por*

Assim, é importante lembrar que os TOC são responsáveis, aqui, pela contabilidade, mas apenas e tão só por esta.

³³ Esta profissão foi institucionalizada com o Decreto-Lei n.º 1/72, de 3 de janeiro. A Câmara dos ROC foi criada pela Portaria n.º 83/74, de 6 de fevereiro. O EOROC foi aprovado inicialmente pelo Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 novembro, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 224/2008, de 20 de novembro, e mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto (este último apenas alterou o artigo 111º, referente à actuação dos sócios).

³⁴ “*Função de árbitro entre a repartição técnica da fiscalização das sociedades anónimas, e essas mesmas sociedades quando existisse reclamação de uma ou outra parte, relativamente a pareceres que a primeira emitia depois de analisar os balanços da segunda.*” vide ob. cit. RAMOS, Tânia Cristiana Tavares.

³⁵ Com a aprovação deste Código, os ROC passaram a realizar a revisão e a certificação legal das contas das sociedades com maior volume de negócios.

³⁶ A aprovação deste Código fez com que as contas anuais e semestrais das sociedades e de empresas públicas que tivessem valores cotados passassem a ser sujeitas à devida auditoria levada a cabo pelos ROC.

³⁷ cfr. ob. cit. RAMOS, Tânia Cristiana Tavares, p. 60.

decisão voluntária das próprias entidades objeto de controlo. (...) A intervenção do ROC nas empresas e outras entidades resulta obrigatória sempre que se verifique uma das seguintes disposições: (i) quando isso resulte de disposição legal, estatutária ou contratual; (ii) quando as entidades possuam, ou devam possuir contabilidade organizada.”³⁸⁻³⁹.

No art.º 40.º e ss. do EOROC são elencadas “*as competências dos ROC no exercício de funções de interesse público*”⁴⁰. Na verdade, de acordo com estes preceitos existem três tipos de trabalho de interesse público, que constituem competência exclusiva do ROC. São estes a revisão legal das contas – em que o resultado é assumido na forma de um relatório escrito, que contém um resumo da informação financeira (art.ºs 43.º e 44.º do EOROC) – que é oficializada com a emissão da certificação das contas; a auditoria às contas (art.º 45.º do EOROC), decorrendo de disposição estatutária ou contratual; e os serviços relacionados, quer com a revisão legal das contas, quer com a auditoria às contas, nomeadamente os resultados de fusões, cisões, transformações, estudos e análises económico financeiras, acessórias contabilístico-fiscais, verificações de entradas em espécie e certificações de projetos de investimento. Além destas, ainda exercem “*qualquer outro serviço ou função que por lei exijam a intervenção própria e autónoma dos ROC sobre determinados atos ou factos patrimoniais de empresas ou de outras entidades; e quaisquer outras funções de interesse público que a lei lhes atribua.*”⁴¹

O ROC terá sempre de celebrar um contrato por escrito para que possa ter legitimidade funcional (art.º 53.º do EOROC), estabelecendo-se nele os aspetos concretos da sua prestação de serviços, através de negociação entre “*(...) ROC e o órgão de administração, com o que se compromete de forma séria a independência do ROC em relação à administração*”⁴².

³⁸ cfr. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, Temas Societários, IDET/ Colóquios/ n.º 2, pp.155 e ss.

³⁹ Para as sociedades por quotas não é obrigatória a inclusão de um ROC, exceto nos casos do art.º 262.º, n.º 2 do CSC, ou seja, sempre que “*não tenham conselho fiscal e que durante dois anos consecutivos ultrapassem dois dos três limites: a) Total de balanço - €1.500.000; b) Total de vendas líquidas e outros proveitos – € 3.000.000; c) Número de trabalhadores empregados em média durante o exercício – 50.*” A justificação encontra-se no facto de serem sociedades que têm a sua responsabilidade limitada perante terceiros, sendo obrigados a ter um controlo mais rígido, para salvaguardar o interesse público. Nas Sociedades Anónimas é imprescindível a função de um ROC - ou um conselho fiscal que terá de ser integrado obrigatoriamente por um ROC (cfr. art.ºs 278.º, n.º 1, 413.º, n.ºs 1 e 2, 414.º, n.º 1 e 446.º do CSC) - isto porque o seu capital se encontra dividido por acções, podendo ser qualquer um acionista, exigindo assim um maior controlo.

⁴⁰ Ao serem designados como ROC as suas funções poderão ser bastante variadas, tendo, para isso, de estar inscrito na lista de ROC (cfr. art.º 123.º do EOROC).

⁴¹ vide ob. cit. RAMOS, Tânia Cristiana Tavares.

⁴² cfr. ob. cit. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, p. 165.

Porém, de acordo com o art.º 68.º-A do EOROC, os ROC têm de atuar sempre “*livres de qualquer pressão, influência ou interesse e devem de evitar factos ou circunstâncias que sejam susceptíveis de comprometer a sua independência, integridade ou objectividade*”, além do “*dever de cuidado*” que deve de estar sempre presente nas suas atuações⁴³.

Assim, o instituto da revisão legal das contas/auditoria pressupõe que, primeiro o ROC verifique, de acordo com os seus conhecimentos, a veracidade da informação que lhe é fornecida e, só depois, emita a sua opinião, através da certificação legal das contas (art.º 44.º do EOROC). Terá de fazer uma certificação com o maior grau de rigidez possível sobre a informação financeira, fazendo uma correção às políticas técnico contabilísticas e de investimento, determinando, dessa forma, a real situação da empresa. O ROC nunca poderá deixar de ter em conta, além das dívidas contabilizadas, também outras situações de incumprimento que poderão traduzir-se futuramente em novas dívidas. Este deverá assegurar ou garantir que os documentos apresentados pelo órgão de gestão da empresa, validados pelo TOC no que concerne à regularidade técnico contabilística e fiscal, apresentam a “*imagem verdadeira e apropriada da situação patrimonial da empresa*”. Assim, “*tem vindo a generalizar-se uma certa convicção segundo a qual os auditores têm o supremo poder, mas também o supremo dever, de detectar, nas contas e relatórios de actividades das empresas auditadas, todas as falhas, desconformidades, fraudes, erros, etc.*”⁴⁴

No entanto, nessa análise, deverá ter em conta que há casos de omissões das quais não terá porventura conhecimento, bem como situações de incumprimento, por parte da entidade, de leis e regulamentos vigentes, que podem afetar as demonstrações financeiras. Tal sucede, porque nem sempre lhe são fornecidos todos os elementos para a necessária análise ou os elementos corretos, mas os ROC sabem, contudo, como se precaver de tais situações. Assim, ter-se-á de ter em atenção uma certa margem de probabilidade (embora mínima) de erro provocado pelo desconhecimento, a chamada materialidade⁴⁵. Nos casos em que o ROC se aperceba de tal facto, deverá emitir uma declaração de impossibilidade de certificação legal.

⁴³ cfr. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006, p.51.

⁴⁴ cfr. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006, pp. 18-19.

⁴⁵ Corresponde “*à linha de água, ao erro (incluindo omissões) máximo admissível pelo auditor no relato financeiro, de forma a que, por um lado, não ponha em causa a imagem verdadeira e apropriada da informação financeira, como também, por outra, não influenciar as decisões ou juízos de valor dos respectivos utilizadores.*” - MOREIRA, Nuno Ricardo de Oliveira, *A Forensic Accounting em Portugal: Evidências Empíricas*, 2009, p.22.

Além do disposto no presente Estatuto e em caso de dificuldade na prossecução dos objectivos da sociedade, deverão comunicar de imediato ao órgão de gestão a ocorrência (nas sociedades por quotas – art.º 262.º-A do CSC) e ao presidente do conselho de administração ou do conselho de administração executivo (nas sociedades anónimas – art.º 420.º-A do CSC), pois também lhes são “*conferidos deveres de vigilância e de prevenção*” para o efeito⁴⁶.

O órgão de gestão deve elaborar uma declaração a confirmar a sua responsabilidade pela preparação e a escolha das políticas contabilísticas das demonstrações financeiras, assim como as asserções nelas contidas e as informações que prestou no decurso da revisão/auditoria, de forma a protegê-lo de eventuais responsabilidades. Esta atividade revela-se bastante útil para os *stakeholders*⁴⁷, uma vez que transmite a situação financeira da sociedade de forma clara, credível e transparente, sendo dotados de forte interesse público.

De acordo com o art.º 80.º do EOROC, podem incorrer em responsabilidade disciplinar quando, por ação ou omissão, violarem culposamente algum dos seus deveres. Poderá também tratar-se de responsabilidade penal ou de responsabilidade civil pela prática de atos ilícitos. Segundo Gabriela Figueiredo Dias “*estes serão responsáveis sempre que se verifique a violação dos deveres que lhes cabia respeitar (ilicitude), de forma culposa ou negligente e que a sua conduta ilícita e culposa resultem danos.*”⁴⁸

O âmbito da sua responsabilidade pode ser variado. Podem ser responsabilizados “*por uma revisão/certificação das contas inqualificada*”⁴⁹, “*pela não detenção de fraudes e desconformidades e pela ausência de provisão de factos negativos (v.g. impossibilidade de continuidade de exploração da empresa, a situação de insolvência e etc.)*”⁵⁰.

No entanto, nas palavras de Gabriela Figueiredo Dias “*não pode afirmar-se a responsabilidade do ROC sempre que e apenas porque se verifique existirem erros ou desconformidades na informação financeira produzida pelo órgão de administração que o*

⁴⁶ cfr. PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 452.

⁴⁷ *Stakeholder* é, em termos genéricos, uma pessoa, grupo ou organização que possua interesse ou preocupação numa determinada organização. Estes *interessados* podem afetar ou ser afetados por ações, objetivos e políticas da organização. Alguns exemplos de principais interessados são os credores, diretores, funcionários, governo (e suas agências), proprietários (acionistas), fornecedores, sindicatos e a comunidade, isto é, no fundo a partir dos quais a empresa chama a si enquanto seus recursos (humanos, materiais, financeiros).

⁴⁸ cfr FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006, p. 41.

⁴⁹ É aquilo que se chama de falha de auditoria, traduzindo-se na emissão de uma opinião errada por ter falhado na aplicação das normas de auditoria.

⁵⁰ cfr. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Temas Societários*, IDET/ Colóquios/ n.º 2, pp. 177-178.

ROC não detectou ou revelou: será necessário, para a respectiva responsabilização, que a não detecção dos erros e desconformidades surja como o resultado de uma actuação profissional deficiente e negligente – isto é, como resultado de uma actuação ilícita e culposa”⁵¹.

Desta forma, caracterizados pela exatidão e veracidade no exercício das suas funções, os ROC são responsáveis pela fiscalização/auditoria das contas das empresas e, assim, pela imagem financeira que se tem da entidade à qual prestam os seus serviços, pois na senda de Pereira de Almeida “*as contas sociais devem de dar uma imagem verdadeira e apropriada da posição financeira e dos resultados das operações das empresas*”⁵².

⁵¹ cfr. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Temas Societários*, IDET/ Colóquios/ n.º 2, pp. 184-185.

⁵² cfr. PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 50.

Capítulo II

1. O incidente de qualificação de insolvência

“Um objectivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores das pessoas colectivas. É essa a finalidade de novo «incidente de qualificação da insolvência».”

Estas são as palavras que constam do Preâmbulo do CIRE e com as quais decidimos iniciar este novo capítulo, por tão bem enfatizar qual o objetivo primordial deste incidente⁵³.

A abertura deste incidente tem como propósito apurar quais foram as causas que conduziram ou agravaram a situação de insolvência, e se essas, por sua vez, foram puramente fortuitas ou corresponderam antes *“a uma actuação negligente ou mesmo com intuítos fraudulentos do devedor”*⁵⁴ ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao processo de insolvência⁵⁵. Citando Joana Oliveira, esta qualificação como culposa visa *“a responsabilização pessoal do devedor e dos seus administradores, de facto ou de direito ou ainda dos responsáveis pela elaboração ou revisão das contas, para as sociedades e outras entidades sujeitas a contabilidade organizada”*⁵⁶. Sendo esta qualificação, segundo Catarina Serra, um instituto civil⁵⁷.

Trata-se de um incidente que corre por apenso ao processo de insolvência e que, por isso, também tem carácter urgente, só sendo aberto quando o juiz possuir elementos que assim o justifiquem, devido ao seu carácter facultativo⁵⁸. Aliás, devido a esta faculdade, este poderá ser logo aberto na sentença declaratória da insolvência (cfr. art.º 36.º, n.º 1, al. i) do CIRE), ser aberto posteriormente⁵⁹, ou, simplesmente, nem ser aberto, tudo dependendo se os

⁵³ As disposições que regem este incidente de qualificação da insolvência constam do Título VIII do CIRE, dos art.ºs 185.º a 190.º.

⁵⁴ cfr. LEITÃO, Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2012, p.273.

⁵⁵ Posição defendida por Manuel Teles de Menezes Leitão, sendo também o preciso sentido para o qual aponta o quinto parágrafo do ponto preambular n.º 40 do CIRE.

⁵⁶ vide OLIVEIRA, Joana Albuquerque, *Curso de Processo de Insolvência e de Recuperação de Empresas*, 2.ª edição, Almedina, 2012, p. 95.

⁵⁷ cfr. SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21 janeiro/março 2008, p. 59.

⁵⁸ Este carácter facultativo do incidente de qualificação foi introduzido com a Lei n.º 16/2012, de 20 abril, pois anteriormente, aquando da declaração de insolvência, este incidente era sempre aberto (exceto no caso de apresentação de um plano de pagamentos aos credores [art.º 259.º, n.º 1, 2.ª parte]), tendo carácter obrigatório.

⁵⁹ Se na sentença que declara a insolvência o juiz não declarar aberto este incidente de qualificação, o administrador da insolvência ou qualquer interessado, podem, até 15 dias após a assembleia de apreciação do

elementos que o juiz possui justificam ou não tal abertura⁶⁰. Maria José Costeira partilha da opinião que *“dando-se a possibilidade de, logo na sentença que declara a insolvência, o juiz determinar a abertura do incidente, introduziu-se um factor de perturbação na fase inicial do processo que até agora corria com simplicidade e celeridade”*⁶¹, tornando-se todo o processo muito mais complexo, desde a fase dos articulados à própria sentença.

Como Maria do Rosário Epifânio realça, *“uma das grandes novidades introduzidas pelo CIRE, consiste no incidente de qualificação da insolvência”*⁶². Na verdade, este incidente não tem correspondência no CPEREF, tendo sido influenciado em muitos aspetos pela lei espanhola – Ley Concursal, de 9 de julho de 2003 –, concretamente nos seus art.^{os} 163 a 175, tal como consta do ponto 40 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o CIRE.

Por isso, na senda de Catarina Serra a *Ley Concursal* *“é uma referência obrigatória na interpretação do regime da qualificação da insolvência”*, acrescentando que *“talvez, não seja, à luz da lei espanhola que devem de ser apreciadas as medidas que compõe o regime português. Existem diferenças determinantes entre os dois sistemas e tal impede uma aproximação automática”*⁶³. De qualquer maneira, tendo a *Ley Concursal* estado na génese do nosso regime e possuindo primordial relevância, procederemos oportunamente à sua análise.

Porém, Catarina Serra não fica por aqui e lembra-nos que *“os antecedentes da qualificação da insolvência não se encontram no direito estrangeiro e sim no próprio direito português. Ao introduzir a qualificação de insolvência e, sobretudo, ao regular a insolvência culposa, o legislador pouco introduziu de novo. É verdade que antes do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não existia o incidente processual da qualificação da insolvência, nem existia o conceito de “insolvência culposa”, com um*

relatório (ou no caso desta não ter sido convocada, até sessenta dias após a data de prolação da sentença de declaração da insolvência), em requerimento apenso, alegar com os fundamentos que tenham por oportunos para que esta seja considerada culposa e as pessoas que também devam de ser identificadas, nos termos do art.º 188.º, n.º 1. Só depois é que o juiz decidirá se tais factos são suficientes para proceder à abertura do incidente. cfr. MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, in I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013.

⁶⁰ cfr. ob. cit. SERRA, Catarina, p.139.

⁶¹ cfr. COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas colectivas – Efeitos no insolvente e na pessoa do dos administradores*, in *Julgar 18*, setembro/dezembro 2012, p. 169.

⁶² vide EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in *Direito e Justiça*, n.º 19, Lisboa, 2005.

⁶³ cfr. SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência*, in *Julgar18*, setembro/dezembro 2012, pp. 180-181.

*regime unitário, organizado e coerente. Mas já existia o objectivo de responsabilizar os titulares das empresas e os administradores das pessoas jurídicas, já se dispunha sobre a possibilidade de apreciar o seu comportamento – com critérios idênticos – e sobre os efeitos de um juízo negativo. O Código Comercial de 1833 classificava a falência como causal, culposa ou fraudulenta, nos seus art.ºs 1146.º a 1151.º.”*⁶⁴

Posto isto, o atual regime do CIRE, no que concerne ao incidente da qualificação da insolvência, inicia-se com o art.º 185.º que dispõe que a “*insolvência pode ser qualificada como culposa ou fortuita*” e esclarece desde logo que esta qualificação “*não é vinculativa para efeitos do processo penal e das acções a que se reporta o n.º 3 do art.º 82.º*”⁶⁵. Reforçando este ponto, Carvalho Fernandes e João Labareda entendem que “*esta qualificação não revela no plano da decisão de causas penais em que o insolvente seja arguido. (...) Daqui resulta que o tribunal competente para decidir essas causas pode atribuir à insolvência uma qualificação diferente da fixada nestes incidentes do processo de insolvência. Mas resulta também que a eficácia da qualificação se reduz a este processo e, mesmo assim, em termos limitados*”⁶⁶.

Este incidente – independentemente da insolvência ser considerada culposa ou fortuita – pode ter carácter pleno ou limitado (art.ºs 188.º e 191.º do CIRE). Será um incidente limitado, de acordo com o art.º 191.º do CIRE, “*na hipótese de insuficiência da massa insolvente regulada no art.º 39.º, n.º 1, ou seja, para os casos em que o juiz, logo no momento da prolação da sentença declarativa da insolvência, se apercebe de que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para satisfazer as custas do processo e as dívidas previsíveis da massa insolvente, sendo o processo de insolvência declarado findo logo que a sentença transite em julgado (art.º 39.º, n.º 7, al.b)). E em segundo lugar, o incidente limitado aplica-se às situações em que o processo de insolvência encerra por insuficiência*

⁶⁴ cfr. SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21 janeiro/março 2008, p. 62.

⁶⁵ Apesar da letra da lei fazer referência ao n.º 2 do art.º 82.º, a doutrina dominante é no sentido de estarmos perante um lapso do legislador, pois realmente quererá referir-se ao n.º 3. Neste sentido Adelaide Menezes Leitão refere que “*só pode tratar-se das acções previstas neste número, de responsabilidade contra os administradores e fiscalizadores a favor da pessoa colectiva, das acções destinadas a indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência e ainda, das acções contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente.*” vide MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º16/2012, de 20 de abril*, in I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, 2013.

⁶⁶ vide CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Ed., Quid Juris, 2013.

da massa insolvente e que se encontram previstas no art.º 232.º, devendo o juiz, também nesta situação, decretar o encerramento do processo (art.º 230.º, n.º 1, al. d))”⁶⁷. Tratar-se-á de um incidente pleno, uma vez que a lei não refere, quando não se verificar no caso concreto as situações previstas para o incidente limitado.

Podemos, desta forma, concluir que o incidente foi criado como escopo de responsabilizar as atuações dolosas que levaram ou agravaram situações de insolvência, de forma a evitar que os credores sociais sejam gravemente prejudicados.

2. A insolvência qualificada como culposa

A lei só nos dá a noção de insolvência culposa, presumindo-se, portanto, que esta seja fortuita sempre que não seja qualificada como culposa⁶⁸ e, portanto, também sempre que o incidente de qualificação não for aberto.

É no n.º 1 do art.º 186.º do CIRE que consta a noção geral de insolvência culposa – “*A insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.*”

Na verdade, é necessário a existência de uma atuação culposa ou dolosa para que a insolvência seja considerada culposa, mas essa atuação culposa não tem de se ter verificado exclusivamente no momento de criação desta situação. Como Soveral Martins refere nas suas lições “*a situação de insolvência pode ter sido criada sem que existisse culpa mas pode ter havido culpa no agravamento da situação de insolvência*”⁶⁹.

O CIRE em momento algum nos diz o que se entende por dolo e culpa grave, no entanto, tal como refere Maria Elisabete Ramos, “*estes conceitos não são desconhecidos da nossa ordem jurídica*”⁷⁰. Assim, “*o dolo, como é geralmente aceite, é conhecimento e vontade da realização do facto, podendo este ser directo, necessário ou eventual, pois o CIRE não fez qualquer restrição. O que caracteriza a actuação dolosa, relevante para a*

⁶⁷ cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência e outras Pessoas*, in *STVDIA IVRIDICA 95 – in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henriques Mesquita*, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, p. 822.

⁶⁸ Inclusive, por interpretação da lei, as condutas negligentes porque praticadas com culpa leve ou levíssima não serão consideradas culposas, e, conseqüentemente, serão consideradas como fortuitas.

⁶⁹ cfr. SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

⁷⁰ vide RAMOS, Maria Elisabete, *Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIII, Universidade de Coimbra, 2007.

*qualificação da insolvência como culposa, é a circunstância de o agente, conhecendo as circunstâncias de facto, exercer a sua actividade com intenção de causar ou agravar a insolvência ou conformando-se com tal resultado.*⁷¹

Existirá, ainda, uma limitação temporal, pois, como resulta do preceito legal, esta atuação tem de se cingir até aos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. É neste contexto temporal que *“podem, ser responsabilizados administradores ou gerentes de uma sociedade que, ao tempo da insolvência já não exerciam funções, se vier a ficar demonstrado no processo que praticaram actos com dolo ou culpa grave, nos três anos anteriores ao início do processo, desde que esses actos tenham sido causa ou implicado o agravamento da situação de insolvência.*”⁷²⁻⁷³

Assim, neste n.º 1 é-nos dada uma *“noção genérica de insolvência culposa”*⁷⁴ *“quando a mesma resulta do comportamento censurável do devedor.*”⁷⁵

No n.º 2 do art.º 186.º do CIRE estabelece-se um conjunto de presunções que implicam sempre a qualificação da insolvência como culposa, as chamadas presunções absolutas, inilidíveis ou presunções *iuris et de iure*⁷⁶. Porém, estas presunções apenas *“dizem respeito à culpa e não à situação de insolvência”*⁷⁷, significando que sempre que estejamos perante uma situação de insolvência, se se verificar algum dos factos elencados nas diversas alíneas do n.º 2, então, nesse caso, presumir-se-á a atuação com culpa, não admitindo prova em contrário. Ou seja, ter-se-á de presumir *“quer a existência de culpa grave, quer do nexo de causalidade desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de*

⁷¹ No mesmo sentido vide OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in *O Direito*, Ano 142, V, Almedina, 2010, p. 696.

⁷² cfr. ob. cit. OLIVEIRA, Joana Albuquerque, p. 96.

⁷³ Joana Oliveira acrescenta ainda que *“estes membros que já não exerçam funções na sociedade poderão ter de vir ao processo apresentar a sua defesa, após serem notificados pelo tribunal para o efeito. Por isso, é aconselhável que as suas moradas facultadas para o efeito da matrícula da sociedade no registo comercial sejam correctas, pois não sendo notificados correctamente a falta de defesa no âmbito do incidente de qualificação poderá trazer graves consequências para a sua vida pessoal.”*

⁷⁴ vide *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, PLMJ, 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

⁷⁵ vide MENEZES LEITÃO, Luís, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 7.ª Edição, Almedina, 2013.

⁷⁶ Este n.º 2 do art.º 186.º é muito análogo ao art. 126.º-A, n.º 2 do CPREF, exceção feita relativamente ao facto de no regime anterior as presunções serem ilidíveis mediante prova em contrário.

⁷⁷ vide SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

insolvência, não adiantando a produção de prova em sentido contrário”⁷⁸⁻⁷⁹. Mas Catarina Serra questiona porque motivo os factos invocados nas diferentes alíneas do n.º 2 são suscetíveis de fazer presumir, de forma inilidível, a contribuição do sujeito para a insolvência ou o seu agravamento, se não se vê a exigência de umnexo lógico entre o facto que dá origem à presunção (facto-base) e o facto presumido. A autora admite que as condutas em questão são censuráveis, mas não é essa reprovação da conduta “*que autoriza a dizer que a produção ou agravamento da insolvência é uma consequência provável dela, pelo menos não de maneira a que, uma vez apurada tal conduta, possa presumir-se o nexode causalidade.*”⁸⁰⁻⁸¹

Na verdade, de acordo com a noção de presunção presente do Código Civil, designadamente no art.º 349.º, “*as presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*”. Esta “*pressupõe a existência de um facto conhecido e só provado esse facto, é que a lei ou o julgador concluem dele a existência de outro facto (presumido)*”, podendo assim “*ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir*” (cfr. art.º 350.º, n.º 2 do Código Civil).

Ora, este n.º 2 é um dos casos em que a lei proíbe a prova em contrário e daí a designação de presunções absolutas. Sendo certo que, de acordo com Carvalho Fernandes e João Labareda, este elenco legal tem de ser considerado de forma taxativa, “*exactamente para o efeito das situações contempladas determinarem, inexoravelmente, a atribuição de carácter culposo à insolvência.*”⁸²

Atentando em Maria Epifânio “*as al. do n.º 2 do art.º 186.º podem ser agrupadas em três categorias fundamentais, a saber: 1) actos que afectam, no todo ou em parte considerável o património do devedor; 2) actos que, prejudicando a situação patrimonial, em simultâneo trazem benefícios para o administrador que os pratica ou para terceiros; 3)*

⁷⁸ vide MENEZES LEITÃO, Luís, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 7.ª Edição, Almedina, 2013.

⁷⁹ Também neste sentido vai o entendimento de RAPOSO SUBTIL, António / ESTEVES, Maria José / MARTINS, Luis M. / MATOS ESTEVES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 2.ª ed., Ed. Vida Económica, 2006.

⁸⁰ cfr. ob. cit. SERRA, Catarina, pp. 65-66.

⁸¹ Neste sentido Adelaide Menezes Leitão e Manuel Frada entendem que com estas presunções constantes do n.º 2 se prescinde, em parte, dos pressupostos do n.º 1, mas terá sempre de se provar o nexode causalidade, “*pois não se compreenderia, de acordo com a justa medida das coisas, que a presunção funcionasse quando a destruição do património não agravasse ou não causasse a insolvência.*”

⁸² cfr. ob. cit. CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, p. 719.

*incumprimento de certas obrigações legais*⁸³. Neste primeiro grupo é enquadrada a al. a) e c), no segundo grupo a al. b), d), e), f) e g) e no terceiro grupo a al. h) e i).

Apesar de no n.º 1 deste preceito estar circunscrito o âmbito subjetivo de aplicação, deste não constam os TOC e/ou os ROC que poderão também vir a ser afetados por esta qualificação (como resulta do art.º 189.º do CIRE). Refere Maria Epifânio que este art.º 186.º deverá ser interpretado de harmonia com o art.º 189.º, n.º 2, al. a), do CIRE, pois “*a referência ao ROC e ao TOC parece estar intimamente relacionada com a hipótese prevista no art. 186.º, n.º 2, al. h)*”⁸⁴. Na verdade, compreende-se a presunção constante desta alínea, “*uma vez que os documentos aí exigidos reflectem a situação real da empresa (...). A al. h) abrange as situações de simulação da situação patrimonial do devedor, nomeadamente quando o devedor utiliza a contabilidade para simular uma situação patrimonial que não corresponde à realidade*”⁸⁵. Mas, será que foi este sentido de interpretação que o legislador pretendeu? Este será um ponto que retomaremos mais à frente.

Por sua vez, nas alíneas do n.º 3 do mesmo artigo encontramos aí descritas as situações cujo incumprimento faz presumir a existência de culpa grave, admitindo-se que estas presunções poderão ser afastadas mediante prova em contrário. São as chamadas presunções ilidíveis, ou presunções iuris tantum da culpa grave dos administradores e do devedor.

O âmbito objetivo destas é bastante discutível, havendo quem considere que o que consta deste n.º 3 é uma presunção de culpa grave, tendo de se provar o nexo de causalidade entre essa atuação e a situação de insolvência⁸⁶; por outro lado, há também quem considere tratar-se de “*presunções de insolvência culposa, pressupondo-se a existência do nexo de causalidade exigido no n.º 1 deste artigo*”⁸⁷.

A jurisprudência têm-se dividido. Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.01.2008, “*entendeu-se que o n.º 3 do art.º 186.º do CIRE consagra presunções relativas da culpa qualificada; logo, para que a insolvência seja dada como culposa, é necessário que a presunção da culpa qualificada não seja ilidida e, ainda, a prova do*

⁸³ cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 4ª edição, Almedina, 2012, p. 125.

⁸⁴ “*Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter a contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor.*” cfr. ob. cit. EPIFÂNIO, Maria do Rosário.

⁸⁵ vide ob. cit. RAPOSO SUBTIL, António / ESTEVES, Maria José / MARTINS, Luis M. / MATOS ESTEVES.

⁸⁶ Partilham deste entendimento Carvalho Fernandes e João Labareda, Raposo Subtil e Menezes Leitão.

⁸⁷ Neste sentido vide ob. cit. SERRA, Catarina.

requisito adicionalmente exigido pelo n.º 1 do art.º 186.º do CIRE – o nexo de causalidade entre o (f)acto omitido e a geração ou agravamento da situação de insolvência.”

Estas presunções ilidíveis apenas ocorrem em duas situações, como resulta do n.º 3: quando não for requerida atempadamente a declaração de insolvência ou não for cumprida a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, e de as submeter à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial. Na verdade, estas pouco se distinguem da al.ª h) e i) do número anterior. De acordo com Catarina Serra “*é, fundamentalmente, a violação ilícita e culposa de deveres legais que determina a aplicabilidade do regime a estas situações. Para este efeito, é assinalável somente uma diferença entre elas: o grau de probabilidade da existência de uma culpa qualificada, que talvez seja maior nas do n.º 2.*”⁸⁸

Assim sendo, todas estas presunções (quer as do n.º 2 quer as do n.º 3) são sintoma da falta de zelo por parte dos responsáveis pela empresa, relativamente aos seus deveres, com importância para a vida interna e externa da sociedade. Perfilha Catarina Serra que elas existem “*para impedir que, devido à dificuldade de provar o nexo de causalidade, fiquem, na prática, impunes os sujeitos que violaram obrigações legais. Oneram-se, assim, estes sujeitos com a prova de que não foi a sua conduta ilícita (e presumivelmente culposa) que deu causa à insolvência ou ao respectivo agravamento, mas sim uma outra razão, externa ou independente da sua vontade – por exemplo, a conjuntura económica ou as condições de mercado.*”⁸⁹

⁸⁸ cfr. ob. cit. SERRA, Catarina, p. 67.

⁸⁹ cfr. ob. cit. SERRA, Catarina, pp. 58-69.

Capítulo III

1. Os efeitos da insolvência qualificada como culposa

A declaração de insolvência determina sempre efeitos obrigatórios e, pode carrear também, os denominados efeitos eventuais. Estes efeitos só resultam se a insolvência for qualificada como culposa, tratando-se de efeitos civis que não se verificam automaticamente em todos os casos insolvenciais, mas apenas naqueles em que existe culpa, isto é, nos *casos criados ou agravados em consequência de uma atuação, dolosa ou com culpa grave, por parte do devedor ou dos seus administradores, de facto ou de direito, nos três anos anteriores ao início do processo* (art.º 186.º, n.º 1 do CIRE)⁹⁰, ou cuja atuação é abrangida por alguma das alíneas do n.º 2 ou do n.º 3 nos termos supra mencionados e que, por isso, necessitam, de efeitos mais gravosos.

Assim sendo, a aplicação destes efeitos eventuais exclui, desde logo, quem não se vê envolvido numa situação de insolvência culposa e, mesmo os sujeitos envolvidos, poderão não ser abrangidos por estes, no caso de, aberto o incidente, a insolvência não ser declarada culposa, ou, mesmo nos casos em que é considerada culposa, os sujeitos não são “*identificados*” por esta. Catarina Serra propugna que a aplicação destes efeitos eventuais “*comporta a isenção automática dos sujeitos sem culpa e permite uma aplicação mais rigorosa sobre os culpados e o seu agravamento*”⁹¹. No entanto, são efeitos que têm em vista um crivo sancionatório, mas também preventivo, motivo pela qual a duração destes efeitos civis não tem de coincidir com o encerramento do processo de insolvência, tendo a duração que for definida aquando da sua aplicação (art.º 233.º, n.º 1, al. a) do CIRE), que poderá ir de dois a dez anos.

Como adiante se demonstrará, é nossa opinião que consoante o disposto nos preceitos legais aqui apreciados, não nos parece que se trate sempre de “*uma aplicação mais rigorosa sobre os culpados*”, porquanto existe a possibilidade de serem identificados sujeitos que, dependendo do caso concreto, podem não ter atuado, designadamente os TOC e os ROC. Adianta-se, porém, que a importância que hoje é dada a este instituto se prende com a

⁹⁰ cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in *Direito e Justiça*, n.º 19, Lisboa, 2005, p. 199.

⁹¹ cfr. SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, pp. 58-59.

gravidade destes efeitos e que, perfilhando o entendimento de Catarina Serra, “*constituem verdadeiras sanções punitivas ou mesmo penas civis*”⁹².

Seguidamente procederemos à explanação dos efeitos da qualificação da insolvência como culposa, constantes do art.º 189.º, n.º 2, do CIRE, dando maior ênfase às duas alíneas que são fulcrais à verdadeira responsabilização dos ROC e dos TOC – a al. a) e a al.e) –, sem descurar que os efeitos constantes nas restantes alíneas também lhe poderão ser aplicados, se estes forem identificados como sujeitos afetos à insolvência.

1.1. Os sujeitos afetados pela qualificação da insolvência como culposa [al. a), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]

Na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz irá fixar os efeitos que desta resultam, sendo que dispõe a al. a) do n.º 2 do art.º 189.º que o juiz vai: “*Identificar as pessoas, nomeadamente, administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, afetadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respectivo grau de culpa*”. É certo que não se crê que se possa tratar de um verdadeiro efeito, isto porque a identificação das pessoas afetadas não é, em si, um efeito, mas uma menção/ uma referência a partir da qual os demais efeitos poderão ser aplicados a estes sujeitos, porquanto em todas as alíneas seguintes se faz referência às “*pessoas afectadas*”.

Nestes termos, vem consagrado no preceito em análise que poderão ser identificados “*nomeadamente os administradores, de direito ou de facto, os TOC e os ROC*”. A referência aos TOC e aos ROC foi uma novidade introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, mas em nosso entender e em face de tudo o exposto, não foi a mesma bem conseguida, devido a todas as dificuldades que a sua interpretação levanta.

Ademais, antes da menção a estes sujeitos temos de destacar o advérbio “*nomeadamente*” que, como sabemos, significa *especial* ou *especialmente*⁹³. Ora, desta forma, não se pode negar o relevo, o destaque que o legislador quis conferir a esta nova possibilidade e que, por isso, é de imprescindível análise, ainda mais quando conjugado com a alínea e) do mesmo artigo.

⁹² cfr. SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 21 janeiro/março 2008, p.59.

⁹³ vide *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Tomo V, Círculo de Leitores, p.2624.

Tomando em consideração o entendimento de Catarina Serra, a utilização deste advérbio pretende significar que esta referência é meramente “*exemplificativa*”⁹⁴. Mas, se é exemplificativa, permite-nos indagar que outros sujeitos é que poderiam ser afetados? Porquê a escolha destes dois sujeitos (TOC e ROC) para constarem nesta menção legal? Se o objetivo era uma maior e mais eficaz responsabilização de todos os verdadeiros culpados, porque não seguir de perto o que sucede na *Ley Concursal*, onde se faz uma referência mais abrangente, em vez desta referência objetiva a estes sujeitos? Soveral Martins também acha pertinente o facto de não encontrarmos aí “*a possibilidade do devedor ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa*”, mas não duvida que “*o devedor pessoa física possa ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa*”, parecendo também resultar da lei que “*a insolvência do devedor pode ser qualificada como culposa mas ele pode não ser afetado pela insolvência*”⁹⁵. A resposta a estas perguntas parece caminhar no sentido de se pretender verdadeiramente a responsabilização dos TOC e dos ROC, pois, caso contrário, a formulação deste preceito não teria sido a que foi consagrada.

Acontece que, como já se referiu, ao longo de todos os artigos referentes ao incidente da qualificação, apenas se faz referência pela primeira vez aos TOC e aos ROC no art.º 189.º do CIRE e neste se admite a possibilidade de serem responsabilizados. No entanto, o art.º 186.º do CIRE dispõe quando é que a insolvência se considera culposa, ou seja, quando “*tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto (...)*”, mas não faz referência aos TOC nem os ROC enquanto sujeitos responsáveis daquela situação. Contudo, prevê-se que possam ser responsabilizados. Então como é que devemos entender tal “*desarmonia*”?

Refere Maria Epifânio que “*o art.º 186.º deverá ser interpretado em harmonia com o disposto no art. 189.º, n.º 2, al.a)*”⁹⁶. Em nosso entender, e admitindo que o legislador até se possa ter esquecido de fazer tal adaptação, o certo é que já se passaram quase três anos desde que este diploma legal entrou em vigor no nosso ordenamento jurídico – e ainda não se procedeu a qualquer correção com vista a olvidar tal situação –, pelo que deveremos refletir seriamente se deverá ser entendido ou não como um esquecimento ou mero lapso.

Catarina Serra entende que o legislador se esqueceu de adotar o art.º 186.º, n.º 1, do CIRE, o que é “*pena*”, “*de forma a que a insolvência culposa não continuasse circunscrita*

⁹⁴ Neste sentido, *vide* também Soveral Martins.

⁹⁵ SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

⁹⁶ cfr. ob. cit. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, p. 124.

à actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor ou dos seus administradores e pudesse relacionar-se também com a actuação dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas e de outros sujeitos. Sem esta harmonização não se compreende com que base eles são susceptíveis de ser afectados pela qualificação. Por outras palavras: não se concebendo, dado o silêncio da cláusula geral, que sejam eles a causar ou a agravar a insolvência, não se vê como poderão ficar sujeitos às sanções da insolvência culposa.”⁹⁷

No entanto, na esteira de Soveral Martins “*a actuação do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto, é que conta para que a insolvência seja considerada culposa. Já não apenas a actuação dos TOC’s ou dos ROC’s na minha opinião. Ou seja, para que a insolvência seja considerada culposa é necessária uma certa actuação do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto. Mas se a insolvência é culposa podem ser afectados o devedor, os seus administradores de direito ou de facto, os TOC’s e os ROC’s.*”⁹⁸

Este sentido também é partilhado por Carvalho Fernandes e João Labareda, referem que “*sendo a insolvência considerada culposa, a primeira tarefa do juiz, na sentença, é a de determinar as pessoas – insolvente e, eventualmente, outras, sejam todos ou alguns dos seus administradores, de direito ou de facto e quaisquer outros elegíveis – que são atingidos pelos seus efeitos.*”⁹⁹

Acontece que, através da simples leitura deste artigo, parece resultar que essas pessoas afetadas à qualificação são sempre identificadas e só depois, *se for o caso*, é fixado o respetivo grau de culpa, o que poderá traduzir a ideia que pode inexistir *in casu* essa mesma culpa¹⁰⁰. Mas Soveral Martins¹⁰¹ refere que “*isso não significa que possam considerar-se afetadas pessoas que atuaram sem culpa*”, por isso entendemos que o dolo ou a culpa grave têm de estar sempre presente.

Assim, é nosso entender que a redação anterior desta mesma alínea a) – “*Identificar as pessoas afectadas pela qualificação*” – era muito mais congruente e não suscitava tantas

⁹⁷ SERRA, Catarina, *Emendas à lei portuguesa - primeiras impressões*, in *Revista IDET*, março 2012, Ano 4, vol. 7, pp. 100-101; SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, p.74.

⁹⁸ cfr. SOVERAL MARTINS, Alexandre, in *Alterações recentes ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20699/1/alteracoes_CIRE.pdf

⁹⁹ cfr. ob. cit. CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, p. 734.

¹⁰⁰ “*Obviamente que deverá ser fixado, sendo o caso, o respetivo grau de culpa, mas a lei nem precisava de o dizer para que fosse evidente a necessidade que decorre das regras gerais sobre a fundamentação das decisões.*” vide *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, PLMJ, 1.ª Edição, Coimbra Editora, 2012.

¹⁰¹ SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

dúvidas, podendo desencadear exatamente os mesmos efeitos sobre as pessoas que agora são concretamente definidas a título exemplificativo, na presente redação.

1.2. A Inibição para administrar patrimónios de terceiros [al. b), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]

De acordo com a al. b) do supra mencionado preceito legal, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz pode fixar a inibição para administrar patrimónios de terceiros às pessoas que sejam afetadas por essa qualificação, por um período que pode variar entre dois e dez anos.

Também este efeito foi consagrado na última grande revisão do CIRE, vindo substituir a *“inabilitação das pessoas afectadas”*, preceito que havia sido considerado inconstitucional pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/09, de 2 de abril. Na opinião de Catarina Serra com esta alteração da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril *“foi desferido o golpe de misericórdia”*¹⁰².

Esta inibição de administrar patrimónios de terceiros consiste na inibição de *“relações jurídicas que impliquem autonomia da atuação da insolvência e não se reconduzam a relações de trabalho subordinado.”*¹⁰³

De acordo com o n.º 3 do art.º 189.º do CIRE, esta inibição terá de ser registada oficiosamente na conservatória do registo civil ou na conservatória do registo comercial (caso se trate de um comerciante em nome individual).

Na opinião de Maria José Costeira, esta alternativa *“também não tem grande efeito útil e nem se revela adequada enquanto medida apta a exercer uma função repressora e simultaneamente preventiva dos comportamentos que podem conduzir a situações de insolvência.”*¹⁰⁴

A contrário, Maria Epifânio considera que *“esta inibição apresenta uma dupla faceta preventiva e sancionatória: por um lado, destina-se a proteger terceiros que poderiam ver os seus patrimónios prejudicados pela actuação da pessoa que não oferece a confiança*

¹⁰² SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência*, in *Julgar 18*, setembro/dezembro 2012, p. 175.

¹⁰³ SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

¹⁰⁴ cfr. COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas colectivas – Efeitos no insolvente e na pessoa do dos administradores*, in *Julgar 18*, setembro/dezembro 2012, p. 171.

necessária; por outro lado, tem um carácter repressivo, pois não se aplica às hipóteses de culpa leve.”¹⁰⁵

Neste sentido, concordamos com a posição propugnada por Maria José Costeira. Como função preventiva não nos parece que a restrição deste direito pessoal tenha grande peso, pois os sujeitos afetados poderão não ter outros patrimónios para administrar e, por isso, nem sentirão o impacto desta inibição. E ainda, porque quem fez uma má gestão patrimonial, não significa necessariamente que vá ter sempre más atuações. Como função sancionatória, também não nos parece demasiado pesada para quem provocou ou agravou uma situação de insolvência.

1.3. A inibição para o exercício do comércio e para a ocupação de cargos em órgãos sociais [al. c), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]

O juiz, na sentença que declara a insolvência como culposa, pode fixar também a inibição das pessoas afetadas para o exercício do comércio¹⁰⁶, e 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 cooperativa¹⁰⁷, por um período que pode variar entre os dois e os dez anos. Sendo certo que, também esta inibição é uma verdadeira restrição a um direito pessoal.

Assim, existe a proibição do exercício profissional do comércio, realizado de forma direta ou indireta (por interposta pessoa), realizado em nome próprio ou em nome de outrem, embora nos pareça não inibir a prática do exercício do comércio ocasionalmente.¹⁰⁸

Catarina Serra e Maria José Costeira consideram que a enumeração constante desta alínea é taxativa, impedindo que esta inibição se estenda a qualquer cargo de titular de órgão de qualquer outra pessoa coletiva não mencionada no preceito.

Por sua vez, Carvalho Fernandes e João Labareda consideram que esta inibição revela “*uma atitude de desconfiança quanto à actuação, na área económica, em relação a quem,*

¹⁰⁵ cfr. ob. cit. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, p. 130.

¹⁰⁶ A inibição para o exercício do comércio é registada na Conservatória do Registo Civil, mas esta não produz, na prática, qualquer efeito, designadamente, o efeito pretendido com o registo, isto é, a publicidade do ato sujeito a registo. cfr. COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas colectivas – Efeitos no insolvente e na pessoa do dos administradores*, in *Julgar* 18, setembro/desembro 2012, p.172.

¹⁰⁷ Este regime é muito semelhante ao latente no art.º 148.º do CPEREF, com as devidas alterações.

¹⁰⁸ Neste sentido, vide SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, 2012.

pelo seu comportamento, com dolo ou culpa grave, de algum modo contribui para a insolvência”.

De qualquer forma, sendo os TOC e os ROC afetos à qualificação da insolvência como culposa, também estes poderão estar sujeitos a esta inibição.

1.4. A perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e obrigação de restituíros bens ou direitos já recebidos em pagamentos desses créditos [al.d), n.º 2, art.º 189.º do CIRE]

Ainda na sentença que qualifica a insolvência como culposa, o juiz também poderá fixar a perda de créditos. No entanto, este efeito apenas poderá ser aplicado nas situações de incidente pleno da insolvência e nos casos dos sujeitos afetados serem titulares de créditos sobre a insolvência e/ou sobre a massa insolvente.

Citando Menezes Leitão *“trata-se de uma situação de confisco-sanção, sendo retirados aos afectados pela qualificação, como penalização pela sua responsabilidade na insolvência, quer os créditos que disponham sobre a insolvência (art.º 47.º), quer mesmo os créditos sobre a massa insolvente (art.º 51.º). Em consequência, o administrador da insolvência excluirá esses créditos do pagamento, a que deveria proceder, nos termos dos art.º 172.º e ss..”*¹⁰⁹ É, desta forma, um efeito patrimonial que se poderá verificar claramente severo no caso de algum dos sujeitos afetados possuir créditos perante a sociedade insolvente e esta tiver sido qualificada como culposa. Porém, compreendemos esta consagração, afinal se se está perante uma situação de insolvência culposa os sujeitos afetados tiveram, de certa forma, de contribuir para a criação ou agravamento dessa mesma situação, e, por isso, as pessoas identificadas não podem ser privilegiadas em relação aos demais credores, porquanto correr-se-ia o risco, caso não houvesse a condenação na restituição dos créditos recebidos, de verem os seus créditos satisfeitos, ao contrário dos restantes credores.

No caso dos TOC e dos ROC, também estes, caso sejam identificados nesta insolvência culposa, podem perder o direito aos seus créditos e, a experiência tem-nos mostrado que quando as entidades a que prestam os seus serviços começam a ficar com sérias dificuldades económicas, os TOC são, em regra, os primeiros a deixar de auferir a

¹⁰⁹ cfr. MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2012, p. 281.

renumeração pelo desempenho das suas funções, o que, por vezes, dá-se numa fase ainda muito embrionária, isto é, muito anterior ao estado de insolvência. Por isso, com este novo regime, perante uma situação destas, poderão correr o risco de não ver o seu crédito satisfeito e, conseqüentemente, o exercício das suas funções não remunerado.

1.5. Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente [al.e), n.º2, art.º 189.º do CIRE]

Para finalizar o leque de efeitos, na sentença poderá ainda ser fixado que os sujeitos afetados terão de *indemnizar “os credores do devedor”*. Trata-se de uma alínea que consagra uma verdadeira responsabilidade relativamente aos sujeitos identificados como afetos a esta¹¹⁰. Nas palavras de Adelaide Menezes Leitão é *“uma norma especial que prevê uma responsabilidade especial pela causação da insolvência, mas apenas em relação aos credores sociais”*¹¹¹.

Segundo Maria Epifânio, *“há vantagens em prever uma responsabilidade insolvencial: é facilitada a atividade probatória dos vários pressupostos constitutivos da responsabilidade civil; é facilitada a prova em matéria de danos indemnizáveis, cujo montante está dissociado do nexo de causalidade com o facto que os gerou”*¹¹². Na verdade, o disposto nesta alínea foi ao encontro do preceituado nos documentos de harmonização dos direitos da União Europeia em matéria de insolvência, que se têm debatido por um regime de sanções da responsabilidade para os sujeitos que tenham contribuído culposamente para a criação ou agravamento da insolvência¹¹³. Com esta alínea, o CIRE passou a consagrar um regime de responsabilização equiparado a alguns dos estados membros¹¹⁴⁻¹¹⁵. Também a 4

¹¹⁰ Este efeito foi introduzido com a alteração da Lei n.º 16/2012, de 2 de abril.

¹¹¹ MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, in I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013, p. 281.

¹¹² cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª Ed., Almedina, 2012, p. 137.

¹¹³ vide SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, 2012.

¹¹⁴ *“Os institutos homólogos são na lei inglesa o wrongful trading (section 214 do IA), na lei francesa a action en responsabilité pour l’insuffisance de l’actif (article L651-2 do Code de Commerce), na lei alemã a Insolvenzverschuldungshaftung [cfr.§15ª da InsO e §823(2) do Bürgerliches Gesetzbuch] e a Insolvenzverursachungshaftung [cfr.§64 da Gesetz betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung §92 da Aktiengesetz] e na lei espanhola a responsabilidade concursal ou condena al déficit (art.172 bis da LC)”*. cfr. SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, pp. 81-82.

¹¹⁵ Esta solução já tinha integrado o anteprojecto do diploma que aprovou o CIRE, no art.º 171.º, n.º 2, al. e) e f) – al. e): *“condenação das pessoas afectadas a indemnizarem os prejuízos causados, determinando-se na própria sentença o montante da indemnização ou os critérios aplicáveis à sua quantificação”*. al. f): *“quando*

de novembro de 2002, um relatório do grupo de peritos de direito societário “*previa um aumento de transparência das sociedades, através da publicação de diversas informações, do incremento da responsabilidade dos administradores pela verdade das informações financeiras contidas nos diversos documentos, pela falta de correcção e verdade nos documentos de acesso ao público, da responsabilidade pelas sociedades em situação de insolvência e da interdição de acesso ao cargo de administrador da sociedade em caso de misleading disclosure*”¹¹⁶.

Não se trata de um regime totalmente inovador no nosso ordenamento, pois o CPEREF já continha algo semelhante¹¹⁷. No entanto, o regime atual traz muito mais dúvidas que o regime anterior.

Tiago Barra afirma que “*o conceito de responsabilidade traduz sempre a ideia de sujeição às consequências de um comportamento. Trata-se de um conceito de base ética, que remete originariamente para uma relação causal entre a adoção consciente e voluntária de um comportamento lesivo de valores socialmente relevantes – e, por isso, merecedores de protecção – e as consequências reprováveis resultantes de tal comportamento. Aliás, consoante a natureza e a importância dos valores lesados pelo comportamento, podem se conceber diversas espécies de responsabilidade: I) a responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, decorrente de um prejuízo causado a alguém; II) a responsabilidade disciplinar, resultante de um ilícito desta natureza; III) a responsabilidade criminal, consequência da prática de um crime, uma conduta muito grave, por pôr em causa valores decisivos da vida em sociedade; IV) a responsabilidade pelo exercício da função política.*”¹¹⁸

for solidária a responsabilidade em virtude da imputabilidade do acto danoso a mais do que uma pessoa, a repartição da obrigação de indemnizar nas relações entre diferentes responsáveis.”

¹¹⁶ cfr. MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º16/2012, de 20 de abril, in I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013, p. 271.

¹¹⁷ No Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro, o art.º 126.º-A, cujo n.º 1 consagrava que “*no caso de falência de sociedade ou de pessoa colectiva, se para a situação de insolvência tiverem contribuído, de modo significativo, quaisquer actos praticados ao longo dos dois últimos anos anteriores à sentença por gerentes, administradores ou directores, 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 respectivo passivo*”. O n.º 2 esclarecia que “*entende-se que contribuíram em termos significativos para a insolvência da sociedade ou da pessoa colectiva os gerentes, administradores, directores ou outras pessoas que, de facto, a dirigiram (...).*”

¹¹⁸ BARRA, Tiago Viana, *Breves considerações sobre responsabilidade e tutela dos direitos fundamentais*, in *O Direito*, Ano 144.º, I, 2012, pp.148-149.

Cabe perguntar se a responsabilidade aqui em causa, é uma verdadeira responsabilidade civil?

No entendimento de Nuno Vieira “*existe um sancionamento com regras rígidas de responsabilidade civil a todos os devedores que, por culpa sua, criem situações de insolvência ou que não se apresentem atempadamente à insolvência*”¹¹⁹. Já para Rui Oliveira “*no incidente de qualificação estamos perante um conceito de culpa específico e cujos fundamentos não se reconduzem aos normais quadros da responsabilidade civil aquiliana, da responsabilidade civil contratual ou da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais perante a sociedade, os sócios e os credores.*”¹²⁰

Também Menezes Leitão refere que “*esta responsabilização é compreensível devido à culpa do devedor, e dos seus administradores de direito ou de facto, em relação à frustração de créditos que a insolvência provoca nos credores, o que constitui fundamento da responsabilidade civil, nos termos gerais (art.º 483.º CC)*”¹²¹. Perfilham o mesmo entendimento Carvalho Fernandes e João Labareda¹²².

Na verdade, trata-se de uma responsabilidade insolvencial, na qual o juiz só decidirá pela condenação caso se verifiquem os pressupostos que esta exige. Como Maria Epifânio refere “*não compete ao juiz qualquer apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil, mas apenas dos pressupostos da insolvência culposa. Por isso, será que este efeito da qualificação da insolvência como culposa é enquadrável na responsabilidade insolvencial extracontratual subjectiva. Os factos constitutivos da responsabilidade extracontratual (483.º) estarão aqui preenchidos? Facto voluntário (é o facto que serviu de fundamento à qualificação da insolvência como culposa); a culpa (art.º 186.º, n.º 1, faz depender a qualificação da insolvência como culposa, expresamente, do dolo ou da culpa grave; a culpa presume-se nos n.ºs 2 e 3; dano (não satisfação dos créditos no processo de insolvência); nexos de causalidade entre o facto e o dano (criação ou agravamento da situação de insolvência em consequência da actuação – art. 186.º, n.º 1, presumido no n.º 2); ilicitude*

¹¹⁹ cfr. VIEIRA, Nuno da Costa Silva, *Insolvência e Processo de Revitalização*, 2.º Ed., Quid Juris, 2012, p. 21.

¹²⁰ cfr. OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in *O Direito*, Ano 142, V, Almedina, 2010, p. 940.

¹²¹ MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2012, p. 282.

¹²² “*A grande modificação operada (...) respeita à imputação da responsabilidade civil aos culpados, nos termos da al. e).*” vide CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Ed., Quid Juris, 2013.

(os factos que agravam ou criam a situação de insolvência são ilícitos porque constituem disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, nos termos do art 483.º, n.º 1 do CC?). Esta responsabilidade aquiliana é subsidiária, pois só quando a massa é insuficiente para a satisfação de todos os credores é accionada – fica, por isso, sujeita a uma condição suspensiva.”¹²³

De forma muito sintética, a responsabilidade civil é vista como uma obrigação de reparar um dano que uma pessoa criou na esfera jurídica de outra. Pode tratar-se de responsabilidade contratual (art.ºs 798.º ss. do CC) quando resulta “*do incumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei*”. Ou ser extracontratual (art.ºs 483.º ss. do CC) quando resulta da “*violação de direitos absolutos ou da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízos a outrem*”. Ambas dão lugar à obrigação de indemnizar (art.º 562.º ss. do CC)¹²⁴.

No entanto, para que se possa verificar esta responsabilidade é necessário que o dano tenha sido provocado através da sua atuação culposa e ilícita, exigindo-se que entre o facto e o dano exista um nexo de causalidade. A existência de culpa terá de ser provada, pois de acordo com o princípio da culpa, não basta o mero comportamento lesivo dos bens de outrem, sendo necessário que tal violação se verifique culposamente¹²⁵, cabendo ao lesado o ónus da prova¹²⁶.

Posto isto, devemos realçar que esta al. e) se inicia com o verbo “*condenar*” e dúvidas não restam do intuito verdadeiramente sancionatório aqui consagrado, podendo esta

¹²³ cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4ª edição, Almedina, pp.134-135.

¹²⁴ vide ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Almedina, 2009.

¹²⁵ cfr. PINA, Carlos Costa, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, 1999, pp. 142-143.

¹²⁶ No caso em apreço, a existir esta responsabilidade terá de ser provada pelo lesado, porque não preenche nenhum dos casos em que a lei possa presumir a culpa do responsável (pessoas obrigadas à vigilância de outrem, danos causados por edifícios ou outras obras, por coisas ou animais ou por atividades perigosas, e por condutor de veículo por conta de outrem).

responsabilidade abranger também os TOC e os ROC¹²⁷⁻¹²⁸. Esta responsabilidade é solidária entre os sujeitos afetados, remetendo-nos, desta forma, para a alínea a) deste n.º 2 do art.º 189.º, que nos diz que o juiz deverá “*identificar as pessoas afectadas à insolvência*”.

O CIRE não nos concede uma noção de reponsabilidade solidária, por isso, temos de nos socorrer do Código Civil para entender o verdadeiro intuito desta responsabilidade, nomeadamente do seu art.º 497.º e 519.º. Assim, se for mais do que um, os sujeitos responsáveis culposamente pelos danos, tratar-se-á de uma forma de responsabilização que os poderá abranger a todos.

No nosso caso em concreto, esta responsabilidade solidária poderá abranger não só o devedor, mas também os administradores, de direito ou de facto, TOC e ROC, não significando isto que em todas as situações serão sempre todos estes sujeitos a ser responsabilizados. Aliás, a prática mostra que raramente algum destes membros o será, e quando é, apenas abrangerá o devedor e muito raramente os administradores.¹²⁹

Cumpre relembrar, na senda de Antunes Varela, que “*a obrigação diz-se solidária, pelo seu lado passivo, quando o credor possa exigir a prestação integral de qualquer dos devedores e a prestação efectuada por um destes os libera a todos perante o credor comum (art.ºs 512.º, n.º 1, 519.º, n.º 1 e 523.º do CC)*”¹³⁰. É esta a vantagem que esta responsabilização traz aos credores, aumentando a segurança no ressarcimento dos seus créditos. Incurrendo os sujeitos afetados em responsabilidade solidária, qualquer um destes

¹²⁷ Os TOC e os ROC também poderão ser responsabilizados tributariamente (art.º 24.º, n.ºs 2 e 3 da LGT). É uma responsabilidade subsidiária, que opera através do processo de reversão fiscal, e que se caracteriza pela afetação do seu património pessoal ao pagamento de dívidas de outrem, tornam-se titulares de uma situação tributária passiva não originária, cujos pressupostos ou factos tributários não se verificaram em relação a ele, mas aos quais é exigido o cumprimento (art.º 23.º, n.º 1 da LGT). Surge quando o devedor originário não tiver procedido ao pagamento voluntário das obrigações tributárias e contra ele tiver sido instaurado um processo de execução fiscal, constatando-se, nesse processo, que não existem bens ou que estes não são suficientes para garantir o pagamento da dívida tributária. Em relação aos TOC e aos ROC, esta responsabilidade só existirá quando se demonstre que a violação dos deveres tributários resultou do incumprimento das suas funções profissionais, dos seus deveres de lealdade e cooperação, e que existe um nexo de causalidade adequada entre a atuação ilícita e o dano resultante, tendo a Administração Fiscal de alegar e provar.

¹²⁸ Os ROC (quer atuando autonomamente, quer fazendo parte do órgão de fiscalização), também vêm a sua responsabilidade consagrada no CSC, concretamente o art.º 82.º, que se aplica exclusivamente ao ROC, mesmo que este integre o órgão de fiscalização, mas apenas relativamente às suas funções próprias enquanto ROC. Assim, os ROC respondem solidariamente com a administração, pelos danos que culposamente causem à sociedade e aos sócios, e respondem, ainda, “*perante os credores sociais nos mesmos termos dos titulares do órgão da administração*”. cfr. PUPO CORREIA, Miguel, *Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade*, in ROA, Ano 61, Vol. II, abril 2001, pp. 676-677.

¹²⁹ vide BASTOS DIAS, Mónica Maria, *Qualificação Culposa da Insolvência de Sociedades Comerciais e papel do Administrador de Insolvência*, in Dissertação de Mestrado em Gestão apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2014.

¹³⁰ vide ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Almedina, 2009.

sujeitos poderá ser chamado a responder integralmente, mesmo a pessoa a quem possa caber um menor grau de responsabilização, liberando todos os credores daqueles créditos.

No caso de algum dos devedores solidários também se encontrar em estado de insolvência ou se encontrar impossibilitado de cumprir a obrigação por qualquer outro motivo (quer no momento do cumprimento da obrigação ou no momento de ser exercido o direito de regresso), também se verificará aqui outra vantagem, pois nesse caso, não é o credor que fica prejudicado, mas sim, os restantes devedores, pois a sua parte será repartida por todos os outros.¹³¹ Quando estiver cumprida esta responsabilização, o devedor que a satisfizer, além da parte que lhe competiria, gozará do direito de regresso contra cada um dos codevedores, na parte que a estes competiria (art.º 524.º do CC).

Obviamente que estes devedores terão meios de defesa. Assim, em qualquer momento poderão socorrer-se dos meios pessoais de defesa contra o credor (sendo estes: o não decurso do prazo, a não verificação da condição estabelecida em seu favor, a incapacidade ou qualquer vício de consentimento), mesmo no momento em que o devedor que cumpriu a obrigação esteja a exercer o seu direito de regresso, os restantes devedores podem usar os meios comuns (ainda que o devedor que cumpriu os não tenha oposto, sem culpa sua, ao credor) (art.º 525.º, n.º 1 do CC) e ainda se poderão opor com os meios pessoais de defesa contra o próprio titular do direito de regresso.¹³²

No entanto, esta responsabilidade solidária é limitada pelo CIRE “*até às forças dos respectivos patrimónios*” pessoais, ou seja, podem ser chamados “*todos os bens do património de cada afetado*”¹³³. Na ausência deste limite, provavelmente, assistiríamos a novas situações de insolvências, provocadas pela insuficiência de bens pessoais por parte dos sujeitos identificados para fazer face ao cumprimento integral desta “*indenização*”¹³⁴, correndo o risco de entrarmos num verdadeiro ciclo vicioso. Além deste limite, esta disposição também tem de ser interpretada de harmonia com o art.º 601.º do CC, só podendo responder os bens “*susceptíveis de penhora*”.

Porém, apesar de se tratar de uma responsabilidade solidária, ela é também subsidiária. Apesar do CIRE não referir concretamente que os sujeitos identificados incorrem numa responsabilidade subsidiária, é ponto assente na doutrina este entendimento.

¹³¹ vide ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Almedina, 2009.

¹³² vide ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Ed., Almedina, 2009.

¹³³ cfr. SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

¹³⁴ Neste sentido vide MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2012, p. 282.

Na verdade, a massa insolvente, constituída por todo o património do devedor à data da declaração de insolvência e pelos bens e direitos adquiridos na pendência do processo, destina-se, depois de pagas as suas próprias dívidas, ao pagamento dos credores da insolvência (art.º 46.º, n.º 1 do CIRE). Ou seja, recairá sempre sobre a massa insolvente a satisfação dos titulares desses créditos (depois de cumpridas as próprias obrigações da massa). Sucede que, nem sempre a massa é suficiente para a satisfação de todos os créditos e, é neste momento, se estivermos no âmbito de uma insolvência culposa, que se poderá verificar uma responsabilização subsidiária. É a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE que estipula que “*as pessoas afectadas*” poderão ser condenadas a indemnizar, não os seus próprios credores (e tratar-se-ia de uma obrigação própria), mas “*os credores do devedor declarado insolvente*”, ou seja, poderão ser condenados a indemnizar uma dívida alheia, uma dívida da qual não são devedores originários. Acresce que, essa condenação será “*no montante dos créditos não satisfeitos*”, ou seja, o montante dos créditos que a massa insolvente não conseguiu cumprir, significando que houve um cumprimento inicial, originário, da parte da massa insolvente. Isto é, tendo primeiramente existido uma responsabilidade por parte da massa insolvente, só excepcionalmente (existindo aqui uma dupla excepcionalidade¹³⁵), quando o montante desta não for suficiente, é que os responsáveis subsidiários poderão ser chamados a cumprir o montante dos créditos em falta, sempre a título acessório.

Mas, de acordo com Carolina Cunha¹³⁶ levanta-se a dúvida se esta responsabilidade subsidiária é em relação à massa insolvente, ou se se verifica uma vez que a massa insolvente não responde? Parece-nos que se tratará sempre de responsabilidade subsidiária, pois a *ratio* desta alínea é de cariz condenatório e, como tal, seja qual for a situação da massa insolvente, a existirem créditos que não podem ser satisfeitos, porquanto não existe capital para os satisfazer, então deverão ser estes sujeitos subsidiários que deverão indemnizar com o seu próprio património.

Assim, a responsabilidade que resulta da qualificação da insolvência culposa para os sujeitos nela identificados, é uma responsabilidade subsidiária relativamente à massa insolvente, e solidária entre eles.

¹³⁵ Excepcionalidade por estarmos perante esta responsabilização no caso de a insolvência ser considerada culposa, e excepcionalidade porque primeiro responderá a massa e só depois, perante os créditos que esta não conseguiu satisfazer é que poderá existir esta responsabilidade subsidiária.

¹³⁶ cfr. lições proferidas pela Exm.^a Prof. Doutora Carolina Cunha, in 2.º Curso de Verão de Direito da Insolvência, em 22.06.2013.

Quanto ao beneficiário direto desta responsabilidade, a nossa lei é omissa, mas no entendimento de Maria Epifânio caberá à massa insolvente, pois *“os valores entrados serão depois distribuídos pelos credores cujos créditos tenham ficado por satisfazer, na medida dessa insatisfação e segundo a graduação fixada na sentença de graduação e verificação dos créditos.”*¹³⁷

Da leitura do n.º 4 deste art. 189.º do CIRE verifica-se que existe uma incongruência entre o consagrado neste número e o que está consagrado na al. e) do n.º 2 do mesmo artigo. A al.e) refere-se ao *“montante dos créditos não satisfeitos”* ao passo que o n.º 4 do mesmo artigo se refere ao *“montante dos prejuízos sofridos”*, o que, na prática parecem ser realidades distintas. Para Catarina Serra o legislador *“ter-se-á, seguramente, esquecido de adoptar o n.º 4 à redacção final que deu à norma da al. e) do n.º 2, tendo mantido o texto que resultava dos textos preparatórios (designadamente o ‘Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas’, 24 de Novembro de 2011)”*¹³⁸. Assim, entende a autora que deverá prevalecer o critério constante na al. e).

Em face de tudo o exposto, percebe-se o carácter verdadeiramente sancionatório que o legislador quis conferir aos responsáveis pelas situações de insolvência. Contudo, para Catarina Serra *“o reforço da responsabilização só será alcançado se se contemplarem outras medidas além desta, mais precisamente as medidas adequadas a eliminar os entraves à responsabilização dos sujeitos. É habitual, por exemplo, os sujeitos afectados esvaziarem antecipadamente os seus patrimónios, conseguindo assim inviabilizar o cumprimento da obrigação de indemnização. Atendendo à relação de instrumentalidade que existe entre a responsabilidade do insolvente e a responsabilidade destes sujeitos, quando eles sejam pessoas diferentes do insolvente, teria sido oportuno repensar os mecanismos especialmente conhecidos para fazer face aos actos prejudiciais à massa insolvente”*¹³⁹.

Na verdade, se os sujeitos responsáveis tiverem, de alguma forma, direta ou indiretamente, causado ou agravado culposamente a frustração dos créditos no caso da insolvência ter sido qualificada como culposa, somos levados a concordar com esta responsabilização. Os sujeitos têm de ser responsabilizados, mas a al.e) não se refere às pessoas consideradas culpadas pela criação ou agravamento daquela situação, refere-se, isso sim, às *“pessoas afetadas”*. Será que os TOC e os ROC, que podem ser afetados pela

¹³⁷ cfr. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª edição, Almedina, 2012, p. 137.

¹³⁸ cfr. SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, p. 82.

¹³⁹ cfr. ob. cit. SERRA, Catarina, p. 83.

insolvência culposa, são sempre responsáveis por ela? No entanto, a verdade é que independentemente disso, uma vez “*identificados como afetados*”, poderão ter de responder com o seu património pessoal.

Neste sentido, Rui Pinto Duarte entende que “*deve de haver responsabilidade pessoal dos administradores da sociedade por dívidas das mesmas – (...) – quando tenha sido demonstrado, em processo judicial a tanto destinado, que os mesmos contribuíram com dolo ou culpa grave para que os credores das sociedades sob sua gestão deixassem de receber os seus créditos. Concordo, pois, com o grau de culpa do CIRE, no art. 186, exige para que a insolvência seja considerada culposa, mas discordo da possibilidade de condenação das «pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos», (...) por julgar que a tramitação do incidente de qualificação não é adequada a tanto.*”¹⁴⁰

Na nossa opinião, se o objetivo primordial deste preceito era alcançar uma maior responsabilização, não será esta alínea, tão ambígua e indeterminada, que conseguirá, na prática, concretizar tal objetivo. Aliás, a realidade, até ao momento tem refletido isso mesmo. Ainda assim, se começar a ter aplicação prática, poderá tornar-se um mecanismo perigoso por forma a os credores verem os seus créditos satisfeitos à conta do património pessoal do TOC ou do ROC, acabando por se assistir a um verdadeiro “*jogo do empurra*” entre o devedor, administradores, TOC’s e ROC’s.

¹⁴⁰ DUARTE, Rui Pinto, *Reflexões de política legislativa sobre a recuperação de empresas*, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2014, p. 350.

CAPÍTULO IV

1. A criação ou agravamento da situação de insolvência com dolo ou culpa grave

As causas que originam ou agravam a situação de insolvência culposa, assim como os sujeitos responsáveis pela mesma, podem ser os mais diversos. Por vezes, e na maioria dos casos, como temos vindo de referir, essas situações resultam da atuação culposa por parte do devedor ou dos seus administradores de direito ou de facto. Mas será sempre assim? Serão apenas estes sujeitos, em todas as insolvências, os únicos responsáveis?

Nem sempre a insolvência resulta de condutas culposas e, como demonstra a prática, na maioria das vezes não resulta¹⁴¹. Porém, quando estamos no âmbito de insolvências qualificadas como culposas, tem de se determinar quem é que agiu nesse sentido, quer criando, quer agravando essa situação.

Assim, frequentemente, além da atuação do devedor ou dos seus administradores, os TOC e os ROC (entre outros membros), atuando com dolo ou culpa grave, acabam, também eles, por agravar esse estado. Por outro lado, podemos assistir precisamente ao inverso, casos em que são outros sujeitos, que não o devedor ou os seus administradores, que, culposamente, criam ou agravam a situação de insolvência. Isto não significa que todas as atuações do TOC e do ROC andem “*de mãos dadas*”. Ambos podem atuar autonomamente na criação ou agravamento da situação de insolvência, não tendo os dois de atuar em todas as situações.

1.1. A criação da situação da insolvência pelo devedor ou pelos seus administradores e agravamento dessa situação pelo TOC e/ou ROC

Devido à importância que a atividade dos TOC e dos ROC tem para as entidades a quem prestam os seus serviços, é frequente estes membros acabarem por se tornar imprescindíveis na *vida* dessas entidades, especialmente para as pequenas e médias empresas, criando fortes relações com os seus administradores.

¹⁴¹ vide BASTOS DIAS, Mónica Maria, *Qualificação Culposa da Insolvência de Sociedades Comerciais e papel do Administrador de Insolvência*, Dissertação de Mestrado em Gestão apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2014.

Obviamente, apesar dos benefícios que tais relações podem trazer, também se poderão verificar consequências negativas. Dessas poderão fazer parte a perda de independência no exercício das funções que desempenham os TOC e os ROC, pois quanto mais próximos *pessoalmente* estão dos membros da sociedade, mais forte será a possibilidade de atuarem de forma menos diligente e independente.

Apesar de serem os responsáveis pela empresa que criam culposamente a situação de insolvência, é neste âmbito que se poderá verificar que os TOC e os ROC acabam por ter intervenção nessa situação, quer *ab initio*, quer *a posteriori*, concorrendo para o seu agravamento, com dolo ou culpa grave.

Retrata o exposto quando os administradores, por exemplo, dissipam o património da própria entidade (art.º 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE) e o TOC não dá conhecimento disso nas demonstrações financeiras e/ou o ROC também não faz constar tal factualidade da sua certificação legal das contas; ou quando é o TOC, uma vez que é responsável pela escrituração das contas da entidade que “*cria ou agrava artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzindo lucros*” nas suas demonstrações financeiras (art.º 186.º, n.º 2, al. b) do CIRE) a pedido dos administradores e os ROC também não fazem constar tal irregularidade da sua certificação das contas; ou quando existe aquisição de bens para proveito pessoal ou de terceiros (como veículos ou imóveis), nos quais o TOC os faz figurar na contabilidade como património da empresa, quando não são para uso desta e apenas lhe vêm dar prejuízo (como o pagamento de seguros ou combustível) (art.º 186.º, n.º 2, al. e) do CIRE); ou o “*exercício de contabilidade fictícia ou dupla contabilidade ou praticado irregularidades*” sobre a concreta situação patrimonial ou financeira do devedor, abrangendo “*as situações de simulação da situação patrimonial do devedor*”¹⁴², sendo esta efetuada pelo TOC e revista pelo ROC (art.º 189.º, n.º 2, al. h) do CIRE); ou quando todos os membros da entidade já têm conhecimento da situação de insolvência e, o TOC ou o ROC, verificando que os administradores não requereram a sua abertura, também estes não a requerem (uma vez que também eles podem vir a ser responsáveis subsidiários pelas dívidas da sociedade) - art.º 189.º, n.º 3, al. a) do CIRE-, tendo também estes como móbil que a situação se mantenha encoberta; entre muitas outras atuações que poderão revelar que os TOC e os ROC, apesar de não terem atuado a título principal para a criação da situação de

¹⁴² *vide* ob. cit. RAPOSO SUBTIL, António / ESTEVES, Maria José / MARTINS, Luís M. / MATOS ESTEVES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 2.ª ed., Ed. Vida Económica, 2006.

insolvência, a sua ação ou omissão concorre de forma intencional para que as situações supra descritas sem mantenham ou mesmo se agravem.

Neste sentido, tendo os TOC e os ROC atuado com culpa, cooperando para tal desfecho com os administradores, dúvidas não podem restar que também estes merecem ser responsabilizados e, nestes termos, identificados e afetos à qualificação da insolvência como culposa, nos termos da al. a) do n.º 2, do art.º 189.º do CIRE. Pois, tendo conhecimento daquela situação, agem com o propósito de a criar ou agravar, colaborando “*com o devedor ou com os seus administradores em qualquer das atuações previstas no art. 186.º, n.º 2*” ou “*nas atuações abrangidas pelas alíneas do art. 186.º, n.º 3 (mais uma vez, desde que a presunção de culpa não seja afastada e se demonstre o nexo causal)*”¹⁴³.

No entanto, e apesar do exposto, tendemos a concordar que os TOC e os ROC devem de ser responsabilizados nestes termos, mas parece-nos demasiado excessivo os contornos em que efetivamente o são, nomeadamente, respondendo a título pessoal com o seu património, pois estas situações são reveladoras da culpa com que estes atuaram, mas tal não significa necessariamente que tenham enriquecido o seu património pessoal com o agravamento da situação de insolvência com a qual eventualmente colaboraram.

1.2. Criação da situação de insolvência com dolo ou culpa grave pelo TOC ou ROC, com a agravação da situação de insolvência pelo devedor ou pelo administrador

Poderá ainda suceder que o *causador* da insolvência culposa seja o TOC ou o ROC, e o devedor ou os administradores se tenham limitado a agravá-la.

Esta situação ocorrerá em casos, por exemplo, nos quais o TOC ao elaborar a contabilidade, por sua livre vontade, oculte o passivo, dando a imagem de uma situação líquida da sociedade que não corresponde à realidade, quando muitas vezes esse passivo é sintomático de uma situação de insolvência. Do mesmo modo, em casos em que o ROC, na auditoria às contas, deteta tal situação, mas não a dá a conhecer, não a fazendo constar do seu relatório. Neste caso o TOC ou o ROC são *causadores* da situação de insolvência, mas poderá acontecer que, posteriormente, o devedor ou os administradores ao terem

¹⁴³ cfr. SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

conhecimento de tal situação, em vez de tentarem regularizar, contribuam para a agravar criando mais passivo, por exemplo, ou fazendo desaparecer parte do património social, em benefício próprio.

Assim sendo, existe um agravamento da situação de insolvência de forma culposa por parte do devedor ou dos administradores, preenchendo o requisito constante do n.º 1 do art.º 186.º do CIRE e, dessa forma, cumprindo o requisito para que a insolvência seja considerada culposa. Porém, quem criou esta situação foi o TOC ou o ROC, então também estes terão de ser responsabilizados e, desta forma, fará todo o sentido que sejam identificados como sujeitos afetos à insolvência como culposa.¹⁴⁴

1.3. Criação da situação de insolvência com dolo ou culpa grave do TOC ou do ROC sem a intervenção pelo devedor ou administrador

Outra situação que poderá ocorrer consiste no caso em que o TOC ou o ROC são os responsáveis únicos pela criação da situação de insolvência.

Normalmente, na base desta situação estão relações de grande confiança entre o TOC e o ROC para com a administração da sociedade, que permitem que estas situações ocorram e quando a sociedade toma conhecimento delas já não existe forma de evitar verdadeiras situações de rotura financeira.

Exemplo destas atuações são os desvios de dinheiro das entidades para quem os TOC e os ROC prestam serviços, nomeadamente através de *“falsificações das declarações dos seus clientes e desviando dinheiro que deveria ter sido entregue nos cofres do Estado”*, ou apresentando às sociedades *“falsas dívidas ao Fisco que estas acabam por pagar, revertendo o dinheiro para o TOC”*.

São exatamente estas situações que destarte podemos encontrar por vezes noticiadas. A mais recente, datada de 6 de Setembro de 2014¹⁴⁵, no qual o TOC da empresa *Belgu* desviou avultada quantia em euros, que lhe havia sido entregue ao longo do tempo para o pagamento de impostos e contribuições à Segurança Social. Os administradores depositavam máxima confiança no TOC e quando descobriram tal situação já era tarde, pois o seu património já estava todo penhorado pelo Autoridade Tributária. Acresce que, *in casu*, o

¹⁴⁴ cfr. SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

¹⁴⁵ *in* http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/toc_desviou_dinheiro_e_morreu_a_empresa_faliu.html

TOC, durante esse período, não mantinha a contabilidade organizada e não remetia as competentes declarações fiscais, ou seja, não existia um depósito das contas da sociedade há vários anos. Como é óbvio, não restou outro fim que não fosse o encerramento da empresa e o encerramento do processo de insolvência dada a insuficiência da massa insolvencial. Porém, durante este processo o TOC faleceu e, por isso, não tivemos oportunidade de conhecer os contornos que este processo poderia ter (no que respeita ao assunto objeto de estudo).

Outro dos casos retratado é o caso de um TOC que desviou um milhão e oitocentos mil euros através da apresentação à empresa de documentos falsos com a chancela da Autoridade Tributária, subtraindo dinheiro que ficava para o próprio¹⁴⁶.

Certo assim é, que em casos como estes, dúvidas não existem que os TOC ou os ROC atuam com dolo ou culpa grave, podendo criar ou agravar verdadeiras situações de insolvência.

Porém, na esteira de Soveral Martins, *“só por si, essa atuação não permite a qualificação da insolvência como culposa, pois para isso é necessário que o devedor ou os seus administradores atuem nos termos descritos no art.º 186.º n.º 1”*¹⁴⁷, o que, nos exemplos descritos não acontece. Assim, nestes casos não podemos estar perante insolvências que sejam qualificadas como culposas. Acresce que, na maioria das vezes, estes culpados não saem impunes. É verdade que, nestes termos, não são responsabilizados no âmbito da insolvência culposa, mas vamos assistir a processos penais, no quais são responsabilizados e muitas vezes condenados com pena de prisão efetiva.

Outra situação que poderá ocorrer dá-se quando os TOC ou os ROC passam a intervir na administração da própria empresa, muitas vezes de forma totalmente autónoma, e aproveitando-se dessa posição, acabam por provocar, quer com dolo ou culpa grave, verdadeiras situações de insolvência, sem que o devedor ou os seus administradores para tal tenham contribuído. Contudo, reservamos esta situação para abordar no ponto seguinte.

2. Administradores de Facto?

O verdadeiro problema que, inúmeras vezes, se coloca na prática é que os TOC e os ROC atuam muito para lá das funções que lhe competem.

¹⁴⁶ in http://www.jn.pt/PaginaInicial/Seguranca/Interior.aspx?content_id=4112058

¹⁴⁷ cfr. SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

Além de meros executores da contabilidade ou de revisores de contas e das funções que lhe estão adjacentes (e que já mencionámos no capítulo anterior), passam a intervir, de alguma forma, na administração da entidade a que prestam os seus serviços, quer direta ou indiretamente, por forma a poderem justificar honorários mais elevados.

É neste âmbito de atuação que várias vezes são eles os principais causadores de situações complicadas no seio das entidades para as quais prestam os seus serviços, nomeadamente, ações ou omissões que podem criar ou agravar situações de insolvência. No entanto, devido ao facto de tal atuação não estar incluída no seu leque de funções próprias, na maioria das vezes é difícil inculir a estes sujeitos tais comportamentos quando culposos.

Assim, questiona-se se perante tais acontecimentos continuamos a estar perante um simples prestador de serviços/trabalhador dependente, que desempenha as funções comuns e próprias da sua profissão, ou seja, o exercício da contabilidade ou da revisão das contas, ou, ao invés, invadem a esfera de competências e/ou funções de verdadeiros administradores de facto?

O CIRE, no seu art.º 6.º, n.º 1, al. a), dá-nos uma noção de administrador:

“Para efeitos deste Código, são considerados como administradores:

a) Não sendo o devedor uma pessoa singular, aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social para o efeito competente; (...).”

Esta noção não nos permite identificar concretamente a que sujeito se faz referência. Ademais, esta noção não faz qualquer distinção entre administradores de direito e de facto, apesar dos afloramentos que se vão encontrando ao longo do CIRE.

Para Luís M. Martins¹⁴⁸, Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁴⁹ estamos perante um administrador / gestor de direito quando tenha sido investido legal ou voluntariamente de tais funções, isto é, nomeado como titular deste cargo social, de direção da empresa, constando no registo comercial da sociedade. Por sua vez, consideram administradores de facto aqueles que apesar de não terem sido legalmente nomeados para a titularidade do cargo,

¹⁴⁸ cfr. MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência*, 3.ª Edição, Almedina, 2014, p.74.

¹⁴⁹ cfr. CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª Ed., Quid Juris, 2013, pp. 100-101.

praticam de facto atos de gestão da sociedade, nomeadamente quando o fazem com carácter de permanência.

É neste âmbito que nos poderemos questionar se os TOC e os ROC, quando atuam nas sociedades para além das funções originárias que lhes competem no exercício da sua profissão, não estão a agir como administradores de facto. Isto sucede, em nosso entender, devido ao *know how* e experiência por eles detida e que determina a atuação dos administradores de direito; outras vezes, atuam perante terceiros gerindo a própria sociedade.

Neste sentido, Ricardo Santos Costa refere que “(...)em outras situações baseadas na existência da relação contratual particular com a sociedade, se pode colocar a possibilidade de a contraparte da sociedade ultrapassar a acção estipulada na esfera negocial, destinada à concretização do objecto do contrato estabelecido com a sociedade, e transmutarem-se em agentes activos, directa ou indirectamente na gestão dessa concreta sociedade e a dominarem a vontade e/ou exercício de influência no seio da sociedade: pelo menos no grau de potencialidade de se tomar as rédeas da administração da sociedade. Mesmo assim, em todas estas hipóteses continua a discutir-se a fronteira de domínio ilegítimo e sabotador da independência dos administradores formais da sociedade”¹⁵⁰. Logo, independentemente destas atuações na gestão da sociedade, teremos sempre de analisar cada caso concreto e perceber se a sua atuação foi determinante na tomada de decisões e na escolha dos caminhos que a sociedade seguiu.

Para a análise do nosso caso, importa atentar nas definições que Ricardo Santos Costa nos dá para os diferentes tipos de administradores de facto e que terão aplicação no nosso estudo. De acordo com este autor estamos perante um administrador de facto direto quando este “(...)exercer directamente os poderes que competem aos administradores regularmente nomeados, sem para tal se servir de qualquer actuação mediata sobre o ou os administradores de direito ou/e outros administradores de facto”. Dentro do grupo destes administradores, podemos encontrar a figura do administrador dissimulado, ou seja, aquele que “(...) não se apresenta, nomeadamente perante terceiros, como administrador da sociedade mas como detentor ou portador de um outro título com que se relacionam com a sociedade”¹⁵¹.

¹⁵⁰ vide COSTA, Ricardo Alberto Santos, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2014.

¹⁵¹ cfr. *ob. cit.* COSTA, Ricardo Alberto Santos, p. 646.

Ora, na prática esta situação ocorre diversas vezes. Os TOC e os ROC muitas vezes atuam para lá das suas funções (como por diversas vezes já referimos), exercendo verdadeiras ações de administração, mas na qualidade de TOC e de ROC, não ocultando esse facto.

Também pode ocorrer, que estes atuem “(...) *indirectamente sobre a administração (em princípio, a formalmente instituída) através do exercício de um condicionamento ou influência determinante – as modalidades de influência em sentido amplo – da gestão e, em regra, vinculante nas decisões e actuações tomadas pelo administrador de direito (enquanto objecto de remente da influência), de tal forma que as funções e competências do órgão são como que desempenhadas por essa pessoa*”¹⁵². São os chamados administradores de facto indireto. “*São os administradores de facto que, na sombra e servindo-se da interposta pessoa do administrador de direito (e/ou até do administrador de facto directo: ope legis ou, em alternativa, qualificado), impõem as suas orientações e directivas (mesmo que sob a forma institucional ou orgânica e, portanto, não oculta), de tal modo que as escolhas estratégicas e operativas dos administradores de direito (ou dos administradores de facto directos) são por ele determinadas ou induzidas – primeiro requisito – e habitualmente acatadas pelos administradores (de direito ou de facto) interpostos (sem qualquer auto-determinação reduzida ou parcial) – segundo requisito. Essas directivas não se bastam com a mera expressão de conselhos, sugestões, desejos ou intenções – implicam um factor impositivo ou vinculante e implicitamente transportam uma expectativa de obediência, ainda que parcial. Porém, um outro cenário se terá de abrir, uma vez que também podem (ainda que residualmente) essas instruções e directivas precipitar-se em actos materiais ou declarações negociais (...) dirigidos aos administradores de direito – neste caso será ostensivo (mesmo que só nas relações societárias internas ou nas relações negociais entre o terceiro e a sociedade).*”¹⁵³

Quantas vezes não verificamos isto na prática? Certo é a frequência de tal situação, porquanto os ROC e os TOC influenciam fortemente as decisões que os administradores têm de tomar. Influenciam quando preparam as decisões da administração com base na realidade financeira a que têm acesso e que pretendem demonstrar, dando aos administradores conselhos e recomendações (muito para além do aconselhamento e acessoria própria das

¹⁵² cfr. ob. cit. COSTA, Ricardo Alberto Santos, p. 648.

¹⁵³ cfr. ob. cit. COSTA, Ricardo Alberto Santos, p. 651.

suas funções), que, no fundo, traduzem-se em verdadeiras obrigações que estes têm de cumprir, acreditando que será o melhor caminho para a sociedade.

Aliado a estes conselhos e recomendações que os TOC e os ROC prestam, a atividade de contabilidade e de revisão/auditoria das contas pode ser exercida de forma desqualificada, não detetando fraudes, desconformidades e a ausência de previsão de factos negativos¹⁵⁴.

Assim, estes acabam por atuar diretamente de forma incorreta ou vinculam os administradores de direito a terem atuações/omissões incorretas e até ilegais, sendo tais comportamentos responsáveis pela criação ou agravamento da situação de insolvência. Não têm, estes verdadeiros administradores de facto, de ser responsabilizados como tal? Seguindo, analogicamente, o raciocínio de Ricardo Santos Costa, a resposta deve ser positiva¹⁵⁵ - *“Os administradores de facto não-de estar sujeitos a responder civilmente para com a sociedade e terceiros. Tal como os administradores de direito, eles administraram, devem por isso igualmente cumprir as regras da correcta administração, sob pena de arcarem com as responsabilidades.”*

¹⁵⁴ cfr. ob.cit. FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, pp. 177-178.

¹⁵⁵ cfr. COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in *Temas Societários*, Colóquios, n.º 2, IDET, Almedina, 2006, p. 104

CAPÍTULO V

Direito Comparado: *Ley Concursal*

Como consta do Preâmbulo do CIRE e que, por diversas vezes, já referimos ao longo deste trabalho, o regime português relativo ao incidente de qualificação da insolvência como culposa foi “*inspirado*” na LC, concretamente dos seus art.^{os} 163 a 175.

Nas palavras de Catarina Serra “*apesar das (pequenas) diferenças, a técnica legislativa adaptada parece ser a mesma*”¹⁵⁶ e, por isso, revela-se de primordial importância a análise deste regime para o final do presente estudo.

Começando pela leitura do Preâmbulo da LC¹⁵⁷ (ponto VIII), percebe-se que a reforma desta Lei foi bastante profunda quanto à qualificação da insolvência como culposa – “*Una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la calificación del concurso*”.

Neste âmbito, Ángel Rojo e Emilio Beltran referem que “*la sección de la calificación pueda ser considerada como un instrumento previsto para depurar no sólo las posibles responsabilidades de orden civil de quienes merezcan la calificación de concursado o de cómplices sino también de quienes han actuado por el deudor o han determinado su proceder, tanto si su actuación es de derecho como de hecho, contribuyendo a causar o agravar el estado de insolvencia origen de todo el juicio universal*”¹⁵⁸.

Esta “*sección sexta o de calificación*” ocorre quando se está perante insolvências que resultaram de atuações culposas, ou seja, quando estas resultaram de condutas quer por parte do devedor, quer dos seus possíveis “*cómplices*”, ou de terceiros que participaram em vez do devedor ou influenciaram a vontade deste, a fim de se poder ordenar os efeitos sancionatórios a nível pessoal e/ou patrimonial.

O art.º 163 da LC corresponde na íntegra ao art.º 185.º do CIRE. Também neste regime a insolvência poderá ser qualificada como culposa ou fortuita, não tendo esta qualificação qualquer efeito a nível penal. Será considerada culposa quando o estado de insolvência ou a sua agravação tiver sido consequência da atuação com dolo ou culpa grave “*del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus*

¹⁵⁶ SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 21 janeiro/março 2008, p. 62.

¹⁵⁷ cfr. Ley 22/2003, de 9 de julio.

¹⁵⁸ ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, 2008, pp. 2516-2517.

administradores liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones (...)” – art.º 164.

Por sinal, também a LC consagra um conjunto de presunções *iuris et de iure*, presunções que uma vez verificadas, não admitem prova em contrário, determinando, à semelhança do regime português, a qualificação da insolvência como culposa. No entanto, sempre se terá de provar “*la relación de causalidade entre la conducta del deudor tipificada en esos hechos y la insolvencia (...)*”¹⁵⁹. Quanto às presunções *iuris tantum*, o artigo seguinte (165) da LC também as consagra.

Verificam-se, contudo, algumas diferenças entre ambos os regimes, designadamente quanto à identificação das pessoas afetadas à insolvência culposa. Desde logo, o Preâmbulo da LC refere que “*la sentencia que califique el concurso como culpable hebrá de determinar las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices*”.

O art.º 166 da LC é referente aos “*Cómplices*”. Segundo o que aí se encontra consagrado “*se consideran cómplices las personas que, com dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable*”. Esta definição constante do artigo é fundamental para que, posteriormente, se possa aplicar as devidas sanções. Ou seja, a aplicação dos efeitos da insolvência culposa a estes “*cómplices*”, pois “*sin embargo, la colaboración prestada por el tercero puede obedecer a una justificación suficiente o bien obedecer al curso normal com que se producen los acontecimientos, sin que, en definitiva, esse proceder ajeno pueda merecer reproche alguno y responda a un actuar diligente*”¹⁶⁰. Desta forma, “*y en los supuestos en que una persona jurídica fuera calificada como concursado, merece igual consideración como cómplice el tercero que colaborara con los administradores o liquidadores, sean de hecho o de derecho, que hubieran llevado a cabo, con el dolo o la culpa grave exigidos, aquellos actos que por su incidencia en la causación o agravamento del estado de insolvencia desencadenan la calificación del concurso como culpable*”¹⁶¹. Sucede assim que ninguém será qualificado como “*cómplice*” sem primeiro existir uma

¹⁵⁹ cfr. ob. cit. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, p. 2526.

¹⁶⁰ cfr. ob. cit. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, p. 2541.

¹⁶¹ cfr. ob. cit. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, p. 2542.

audiência prévia para que tal seja declarado e, só depois, lhe sejam imputados os efeitos desta qualificação.

Posto isto, aquando da sentença de declaração de insolvência como culposa, de acordo com o art.º 172.2 da LC, esta determinará *“las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios (...)”*. Ora, este artigo corresponde à nossa al. a) do n.º 2 do art.º 189.º do CIRE, pelo que também com este artigo é definido o leque de pessoas sobre as quais os efeitos da insolvência culposa poderão recair.

Quanto aos efeitos, também estes são bastante semelhantes aos constantes do nosso CIRE. Quanto à *“indemnización de daños y perjuicios”* esta caberá àqueles que são identificados como afetos à qualificação como culposa e aos *“cómplices”*.

No entanto, quanto à *“responsabilidad concursal”*, consagrada no art.º 172 bis da LC, esta apenas se verifica caso haja uma fase de liquidação, a insuficiência da massa insolvente que não permita satisfazer na íntegra os credores, e a ocorrência do pressuposto subjetivo, pois esta só poderá ocorrer sobre os *“administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso fuera calificado como culpable, así como «quienes hubieran tenido esta condición dentro de los do años anteriores a la fecha de la declaración del concurso”*¹⁶², ou seja, esta responsabilidade já não terá aplicação aos *“cómplices”*.

Esta responsabilidade é autónoma dos efeitos pessoais e patrimoniais que resultaram do artigo anterior, podendo esta *“(...) extenderse a todo el deficit del concurso o, bien, limitarse a una parte del falido en la liquidación”*¹⁶³. Isto é, na senda de Ángel Rojo e Emilio Baltranesta responsabilização é *“personal, ilimitada, autónoma, no objectiva, de carácter cumulativo y solidaria de los administradores por las deudas sociales ante el incumplimiento de los deberes de promoción e remoción de la disolución social”*¹⁶⁴. Deste modo, o regime espanhol consagra, ao lado do dever de indemnizar os prejuízos causados

¹⁶² cfr. ob. cit. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, pp. 2594-2597.

¹⁶³ cfr. ob. cit. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, p. 2597.

¹⁶⁴ cfr. ob. cit. ROJO, Ángel / BELTRAN, Emilio, p. 2600.

(art.º 172.2 da LC), também, no caso de abertura da fase de liquidação, “*a responsabilidade al deficit del concurso*”, ou seja, o “*dever de satisfazer o passivo a descoberto*”.

Em suma, pode constatar-se que as semelhanças entre o regime do CIRE e da LC são muitas. Também os efeitos da qualificação da insolvência como culposa são pesados, não apenas para o devedor, mas também para os “*administradores, liquidadores, de derecho o de hecho*” e para os “*cómplices*”, figura esta, que, apesar de não estar consagrado no regime do CIRE, verificamos algumas aproximações e afloramentos.

Conclusão

Na reta final do presente trabalho, em face tudo o exposto, dúvidas não restam que a temática em apreço é de primordial importância e ainda de parca abordagem doutrinal e jurisprudencial.

Abordando os casos em que a insolvência é qualificada como culposa, é *mister* identificar as causas que lhe estão subjacentes, bem como os seus responsáveis, tendo estes de responder por essa atuação (ou omissão). É neste contexto que o regime que consta do atual CIRE consagra a possibilidade dos TOC e dos ROC poderem ser identificados e conseqüentemente responsabilizados pela insolvência culposa das entidades para quem prestam os seus serviços, tratando-se, em abono da verdade, de uma verdadeira responsabilização patrimonial.

Alguma doutrina tem defendido que a referência que consta do art.º 189.º, n.º 2, al. a) do CIRE é feita a título exemplificativo, mas, em nosso entender – apesar de concordarmos com a sua validade –, o legislador pretendeu que efetivamente fizessem parte do supramencionado preceito e, dessa forma, esta classe de profissionais passasse a ter consagrada uma verdadeira responsabilização, pois caso não fosse esse o objetivo, não existiria uma referência concreta e objetiva.

Torna-se importante analisar sempre *in casu*, atentando na especificidade de cada, pois todos são diferentes, inclusive as razões subjacentes e os sujeitos que criaram ou agravaram essa situação. Desta forma, não se poderá afirmar que os TOC e os ROC nunca são responsáveis pelas situações de insolvência e que nunca deveriam ser responsabilizados, pois como se tenta demonstrar ao longo do presente trabalho, existem bastantes situações em que são eles os principais causadores da situação de insolvência. Mas, mais uma vez afirmamos que cada caso é único, e o ponto de partida terá de ser sempre a análise da situação concreta.

Distinguimos duas situações: primeiro, aquelas em que os TOC e os ROC não tiveram qualquer interferência na situação de insolvência, quer na sua criação quer no seu agravamento; segundo, aquelas em que os TOC ou os ROC contribuíram culposamente para a criação ou agravamento da situação de insolvência.

Ao TOC compete-lhe, principalmente, entre outras funções, a de exercer a contabilidade. Terá de elaborar a contabilidade de acordo com os documentos e as

informações que lhe fornecem. A sua atuação deve pautar-se pela assunção da verdade e da real situação patrimonial e financeira da sociedade, abstendo-se de praticar quaisquer atos que omitam esse estado. Em face disso, torna-se indispensável que este atue no estrito cumprimento das suas funções, designadamente com zelo, profissionalismo e independência.

Já ao ROC compete principalmente a revisão/auditoria das contas das entidades, tendo de verificar a veracidade da informação que lhe é fornecida e, posteriormente, emitir a sua opinião técnica na certificação legal das contas, tendo esta de ser elaborada com o maior grau de rigidez possível e sendo ela capaz de transmitir, sempre que possível, a mais fiel situação financeira da sociedade, e isto, claro está, sempre de forma independente e objetiva.

Ora, se estes sujeitos se limitarem a desempenhar as funções que lhes competem, agindo sempre de boa-fé, cumprindo os seus deveres e respeitando os seus princípios, não interferindo na criação ou agravamento de situações económicas difíceis (ou apenas contribuindo com culpa leve), estes não poderão ser incluídos no leque de sujeitos identificados na sentença que qualifica a insolvência como culposa e, conseqüentemente, ser responsabilizados a esse título.

Aliás, o regime da responsabilidade tributária, também responsabiliza efetivamente os TOC e os ROC, exigindo para tal que se prove que estes incumpriram ou violaram as suas responsabilidades profissionais e que existe um nexo de causalidade adequada entre a atuação ilícita e o dano. Neste preciso entendimento, o regime insolvencial deveria captar a *ratio* do que dispõe a LC, na qual só serão condenados os sujeitos (a figura dos “*cómplices*”) que criaram ou agravaram aquela situação de insolvência com dolo ou culpa grave.

Assim sendo, perfilhamos o entendimento segundo o qual não havendo dolo/culpa ou em que esta não se prove, de forma alguma se poderá colocar a hipótese de tais sujeitos serem responsabilizados.

A situação já será, obviamente, diversa no caso dos TOC ou dos ROC terem contribuído, com dolo ou culpa grave, para agravar ou criar a situação de insolvência. Vimos que de acordo com o art.º 186.º, n.º 1, do CIRE, a insolvência só será culposa quando “*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*”, não se fazendo aqui qualquer

referência aos TOC e aos ROC. No entanto, partilhamos da opinião de Soveral Martins, na qual para ser qualificada culposa a insolvência tem de ser criada ou agravada pelo devedor

ou pelos administradores. Porém, admite-se que os TOC e os ROC possam ter contribuído de certo modo (já por diversas vezes mencionado) e que, por isso, sobre eles impenda esta responsabilização.

No âmbito de a insolvência ter sido criada pelo devedor ou pelos seus administradores com dolo ou culpa grave e o TOC ou o ROC contribuírem para o seu agravamento também com dolo ou culpa grave, estaremos, sem dúvida, perante a necessidade de responsabilizar a esse título tais sujeitos – situação que preenche o requisito constante do n.º 1 do art.º 186.º do CIRE –, pois foi criada pelo devedor ou pelos administradores. É a hipótese que na LC se chama de “*cómplice*”, isto é, aqueles que cooperam ou são coautores da situação supra descrita, fazendo-o com dolo ou culpa grave e com o intuito de criar ou agravar a situação insolvencial, pelo que, também serão responsáveis, sendo-lhes repercutidos os devidos efeitos.

No entanto, não poderemos deixar de referir que são excessivos os contornos desta responsabilidade. É certo que estes cooperaram com os verdadeiros responsáveis pelo estado insolvencial, mas a ideia, *prima facie*, não foi do TOC ou do ROC, tendo-se limitado, pela sua conduta (ação ou omissão) a agravar a situação já existente, e por isso, não devendo ser responsabilizados nos mesmos termos que o devedor e os administradores. Aliás, o facto de serem condenados solidariamente com os demais sujeitos, “*até às forças dos (seus) respetivos patrimónios*”, pode ser verdadeiramente catastrófico para os TOC e para os ROC, pois, provavelmente o devedor e os administradores já “*protegeram*” o seu património pessoal, acabando por incidir esta responsabilização solidária na íntegra sobre o património do TOC ou do ROC.

No caso de terem sido os TOC ou os ROC a criarem aquela situação e o devedor ou os seus administradores terem contribuído para o seu agravamento, nos termos já abordados, também aqui a insolvência poderá ser qualificada como culposa nos termos do disposto no n.º1 do art.º 186.º do CIRE. Sendo certo que, nestes termos, impenderá sobre si a devida responsabilização, porquanto foram os principais causadores de tal situação falimentar, sendo responsabilizados nos mesmos termos que os administradores e o próprio devedor.

Ainda outra das situações já supramencionadas, verifica-se quando os TOC ou os ROC criam autonomamente a situação de insolvência, sem qualquer intervenção por parte dos responsáveis da empresa. Nos termos do n.º 1, do art.º 186.º do CIRE, não tendo havido da parte do devedor ou dos administradores qualquer intervenção na criação ou agravamento

da situação da insolvência, esta não poderá ser qualificada como culposa. No entanto, isto não significa que os sujeitos responsáveis por aquele estado não sejam efetivamente responsabilizados. A responsabilidade não tem de ser exclusivamente insolvencial, podendo também haver lugar a condenações a nível penal, quando a gravidade da situação assim o justifique e, por isso, não ficando impunes em de face tal comportamento ou conduta.

Finalmente, outra das situações que merece o nosso destaque é o caso em que os TOC e os ROC atuam para além das suas funções estritamente profissionais, acabando por administrar, de certa forma, a própria sociedade ou entidade. Neste caso, somos confrontados com o problema, já enunciado, de saber se não estaremos perante verdadeiros administradores de facto, o que, francamente, teremos de admitir, muitas das vezes, ser verdade. Quando assim é, sucede que são estes sujeitos que podem despoletar situações periclitantes para a sociedade, podendo estas ter o seu *terminus* em situações de insolvência. Os sujeitos em causa podem fazê-lo, conforme se referiu, agindo sozinhos ou em coautoria com o devedor ou os administradores. Naquele caso, atuado sozinho, se se verificar que agiram com dolo ou com culpa grave na criação daquela situação insolvencial, então a insolvência também poderá ser qualificada como culposa, nos termos do art.º 186.º, n.º 1 do CIRE, pois para efeitos desse artigo, tanto podem ser os administradores de direito como os de facto, sendo responsabilizados nos precisos termos dos administradores.

Nestes termos, apesar do art.º 189.º, n.º 2, al. e) do CIRE consagrar uma verdadeira responsabilização dos TOC e dos ROC, esta não se poderá verificar em toda e qualquer situação, mas apenas naquelas em que atuarem com efetivo dolo ou culpa grave, prosseguindo com o intuito de prejudicar gravemente a situação financeira da entidade a que prestam os seus serviços, quer na qualidade de TOC ou de ROC – mas cooperando ou sendo coadjuvados pelo devedor ou pelos administradores –, quer na situação em que eles próprios agem como administradores de facto, devendo esta responsabilidade ser aferida em função do grau de culpa que o juiz vier a fixar na sentença de qualificação da insolvência, pois a sua atuação nem sempre terá os mesmos contornos.

Só assim entendemos que se conseguirá obter “*uma maior e mais eficaz responsabilização*” de todos, cumprindo a finalidade subjacente ao incidente da qualificação da insolvência culposa e uma ampliada garantia sobre o pagamento dos respectivos créditos, objetivo fundamental do processo de insolvência.

Bibliografia

ALVES, José A. Costa, *A responsabilidade Tributária dos Titulares dos Corpos Sociais e dos Responsáveis Técnicos*, in *Revista III*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2006.

ANDRADE, João Costa, *Responsabilidade Fiscal dos Gerentes e administradores. A culpa Jurídico –Tributária*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2004.

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a Ed., Almedina, 2009.

BARRA, Tiago Viana, *Breves considerações sobre responsabilidade e tutela dos direitos fundamentais*, in *O Direito*, Ano 144.^o, I, 2012.

BASTOS DIAS, Mónica Maria, *Qualificação Culposa da Insolvência de Sociedades Comerciais e papel do Administrador de Insolvência*, Dissertação de Mestrado em Gestão apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2014.

CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto / LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.^a Ed., Quid Juris, 2013.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos, *A Responsabilidade dos Gerentes, Administradores e Directores pelas Dívidas Tributárias das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2000.

Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, alterado e actualizado pelo Decreto-Lei n.º 200/2004, de 18 de agosto, Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, Decreto-Lei n.º 282/2007, de 7 de agosto, Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto, Lei n.º 16/2012, 20 de abril, e Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro).

Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, PLMJ, 1.^a Edição, Coimbra Editora, 2012.

Código Deontológico dos Técnicos Oficiais de Contas.

COSTA, Ricardo, *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, in *Temas Societários, Colóquios*, n.º 2, IDET, Almedina, 2006.

COSTA, Ricardo Alberto Santos, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2014.

CUNHA, Tânia Meireles da, *Da responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais – A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.^a Edição, Almedina, 2009.

COSTEIRA, Maria José, *A insolvência de pessoas colectivas – Efeitos no insolvente e na pessoa do dos administradores*, in *Julgar* 18, setembro/dezembro 2012.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Tomo V, Círculo de Leitores.

DUARTE, Rui Pinto, Reflexões de política legislativa sobre a recuperação de empresas, in *II Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2014.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in *Direito e Justiça*, n.º 19, Lisboa, 2005.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração de Insolvência e outras Pessoas*, in *STVDIA IURIDICA 95 – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henriques Mesquita*, vol. I, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 4ª edição, Almedina, 2012.

Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Gabriela, *Temas Societários*, IDET/ Colóquios/ n.º 2.

GAMEIRO, António / MOITA DA COSTA, Nuno, *Manual de Contabilidade para Juristas*, 1.ª Edição, Wolters Kluwer, 2013.

GONÇALVES, Stephanie, *Insolvência: recuperação ou liquidação*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011.

JANUÁRIO, Mário, *A questão sucessória dos tributos e das penas dentro da responsabilidade subsidiária fiscal*, in *Revista TOC*, n.º 102, setembro 2008.

LEITÃO, Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2012.

MACHADO DE ALMEIDA, Bruno José, *A ética da deontologia em contabilidade e auditoria: a economia a longo prazo*, in *Revista TOC*, Ano XIII, outubro 2012, n.º 151.

MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe, *O (Des)privilégio de Beneficium excussionis do responsável tributário subsidiário*, in *ROA*, Dez. 2007.

MARQUES, Paulo, *Responsabilidade Tributária dos Gestores e dos Técnicos Oficiais de Contas – A Reversão do Processo de Execução Fiscal*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Dez. 2011.

MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência*, 3.ª Edição, Almedina, 2014.

MENEZES LEITÃO, Adelaide, *Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º16/2012, de 20 de abril, I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013.

MENEZES LEITÃO, Luís, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 7.ª Edição, Almedina, 2013.

MENEZES LEITÃO, Luís, *Direito da Insolvência*, 4.ª Edição, Almedina, 2012.

MOREIRA, Nuno Ricardo de Oliveira, *A Forensic Accounting em Portugal: Evidências Empíricas*, 2009.

OLIVEIRA, Joana Albuquerque, *Curso de Processo de Insolvência e de Recuperação de Empresas*, 2.ª edição, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Rui Estrela de, Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência, *in O Direito*, Ano 142, V, Almedina, 2010.

PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2006.

PINA, Carlos Costa, *Dever de Informação e Responsabilidade pelo Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, 1999.

PUPO CORREIA, Miguel, Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade, *in ROA*, Ano 61, Vol. II, abril 2001.

RAMOS, Maria Elisabete, *Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil*, *in Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXIII, Universidade de Coimbra, 2007.

RAMOS, Tânia Cristiana Tavares, *Enquadramento Jurídico da Responsabilidade do TOC e do ROC*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

RAPOSO SUBTIL, António / ESTEVES, Maria José / MARTINS, Luís M. / MATOS ESTEVES, *in Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, 2.ª ed., Ed. Vida Económica, 2006.

Revista dos Técnicos Oficiais de Contas, ano XIV, Maio 2013, n.º 158.

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

SERRA, Catarina, *Decoctor ergo fraudator? – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções)*, *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 21 janeiro/março 2008.

SERRA, Catarina, *Emendas à lei portuguesa - primeiras impressões*, in *Revista IDET*, março 2012, Ano 4, vol. 7.

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.^a Edição, Almedina, 2012.

SERRA, Catarina, *Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência*, in *Julgar*, n.º 18, setembro/dezembro 2012.

SOVERAL MARTINS, Alexandre, in *Alterações recentes ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/20699/1/alteracoes_CIRE.pdf

SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um curso de Direito da Insolvência* (no prelo).

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10.^a Edição.

VIANA, João Matos, A (in)constitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade – Comentário ao acórdão do STA, de 4 de Fevereiro (Processo n.º 0829/08) e ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 129/2009, de 12 de Março, in *Finanças Públicas e Direito Fiscal 2 - Artigos, comentários de Jurisprudência, recensões, crónica de actualidade*, Verão, Ano II, 07 – 09.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva, *Insolvência e Processo de Revitalização*, 2.º Ed., Quid Juris, 2012.

VIEIRA NUNES, Marco, *Estatuto do Técnico Oficial de Contas – Anotado*, Ed. Vida Económica, 2010.

www.dgsi.pt