

Dever de apresentar à insolvência

A presente newsletter será dedicada à insolvência, nomeadamente ao dever de apresentação à insolvência do parte do devedor, mormente no caso das sociedades comerciais e as consequências da violação de tal dever. Pese embora se trate de um regime legal que não é propriamente uma novidade, pois foi implementado pelo DL 53/2004 de 18 de Março (alterado pelo DL 200/2004 de 18 de Agosto e pelo DL 282/2007 de 7 de Agosto), a conjectura e a situação económico-financeira tornam o tema em causa actual, justificando a presente exposição.

O artigo 18º do CIRE (Código da Insolvência e Recuperação de Empresas) consagra que **o devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 60 dias seguintes à data do condimento da situação de insolvência** ou à data em que devesse conhecê-la.

A situação de insolvência é definida legalmente como sendo a situação em que se encontra o devedor impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas. Ressalve-se que a situação de insolvência não corresponde linearmente à situação líquida negativa, ao invés, corresponde à impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações. O que pressupõe mais do que uma mera insuficiência patrimonial, na verdade, implica que não haja capacidade patrimonial nem haja capacidade de a ultrapassar. Por exemplo, um devedor que se encontre numa situação de incapacidade patrimonial mas que consiga cumprir as suas obrigações com recurso ao crédito bancário, não se encontra em insolvência.

Para além disso, as pessoas colectivas são, igualmente, consideradas em situação de insolvência quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, funcionando nestes casos, como indicador da situação de insolvência o critério do balanço e a insuficiência patrimonial. Todavia, este critério matemático cede perante a correcção dos valores pelo seu justo valor, pela valorização da perspectiva da continuidade, bem como, a exclusão de dívidas que hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do activo depois de acautelados os restantes credores (por exemplo, satisfação dos credores sociais, prestações complementares e acessórias, créditos subordinados como os créditos por suprimentos).

Assim, as pessoas colectivas encontram-se em situação de insolvência quando o seu passivo não seja assegurado pessoal ou ilimitadamente por nenhuma pessoa singular e quando se esteja em situação de desconformidade significativa e expressiva entre o passivo e o activo, não bastando um mero défice. Pelo que podemos concluir que a lei considera que uma sociedade se encontra em situação de insolvência quando, atendendo aos padrões normais

da vida e da actividade, torna-se insustentável, a prazo, o pontual cumprimento das obrigações do devedor, consagrando uma presunção como se verá.

Pese embora, a lei consagre que a situação de insolvência reporta-se ao incumprimento das obrigações vencidas, a situação de insolvência iminente quando apresentada pelo próprio devedor é equiparada à insolvência actual, pelo que entendemos que o devedor pode requerer a sua insolvência numa situação de iminência, enquanto um credor do devedor só o pode fazer numa situação de insolvência actual.

Nessa medida, a situação de insolvência tem de ser apreciada no caso concreto, sendo o conceito essencial a insusceptibilidade de satisfazer obrigações que, pelo seu significado no conjunto do passivo do devedor, ou pelas próprias circunstâncias do incumprimento, evidenciam a impotência e a incapacidade do devedor de continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos, interpretação que nos parece a única possível face à expressão legal do “incumprimento generalizado das obrigações”.

Questão igualmente pertinente é a existência do dever de apresentação à insolvência quando tal situação é iminente, e não actual. Efectivamente, a lei não é clara quanto a tal dever em situação iminente, pelo que entendemos que a solução se encontra no grau de iminência, ou seja, tendo em conta que a lei equipara a insolvência iminente à actual, se a situação de insolvência iminente não pode ser ultrapassável, se é certo e evidente que a sociedade atingirá uma situação de insolvência, então o dever de apresentação à insolvência existe desde o momento que se conhece a situação de iminência.

Tal como já aflorado, **quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º1 do artigo 20.º do CIRE** - dívidas tributárias, contribuições e quotizações para a segurança social, dívidas emergentes de contratos de trabalho, rendas de locação ou empréstimo garantido pela respectiva hipoteca de local onde exerce a actividade ou sede.

O dever de apresentação à insolvência trata-se de um dever autónomo, normativamente imposto, mas, para além disso, **o CIRE contempla uma panóplia de consequências muito gravosas para o devedor que não se apresenta à insolvência.**

O devedor que não se apresente à insolvência, nos termos legais, (no prazo de 60 dias a contar do conhecimento da situação, que no caso das empresas pressupõe 60 dias a contar dos três meses do incumprimento generalizado ou nos 60 dias a contar da situação de passivo manifestamente superior ao activo) sujeita-se a que:

1. a sua insolvência seja pedida por qualquer credor, Ministério Público ou responsáveis legais pelas dívidas do insolvente,
2. presume-se a existência de culpa grave na insolvência
3. qualificação da insolvência como culposa com sanções para o insolvente
4. consequências de carácter criminal.

A declaração de insolvência tem consequências processuais, sobre créditos - implicando o vencimento imediato de todas as obrigações - , bem como, sobre negócios em curso. Para além disso, a lei consagra a possibilidade de resolução (anulação) de negócios em benefício da massa insolvente quanto a actos praticados dentro dos 4 anos anteriores à insolvência por serem prejudiciais, nomeadamente situações de actos que diminuíram, frustraram, dificultaram ou colocaram em perigo ou retardaram a satisfação dos créditos.

Por outro lado, a declaração de insolvência implica sempre a abertura de um incidente de qualificação, podendo tal **incidente ser um incidente pleno ou um incidente limitado**.

A regra será processar-se como incidente pleno, sendo declarado aberto o incidente limitado e conseqüentemente processando-se a insolvência com carácter limitado quando o património seja presumivelmente insuficiente para a satisfação das custas do processos e das dívidas previsíveis da massa insolvente.

Pela alteração introduzida pelo DL 282/2007 de 7 de Agosto, presume-se tal insuficiência quando o património do devedor seja inferior a 5.000,00€

Independentemente do tipo de incidente de qualificação, **a insolvência é sempre qualificada como culposa ou como fortuita**, não sendo tal qualificação vinculativa para efeitos penais, nem para as acções de responsabilização.

A insolvência é culposa quando a situação de insolvência tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação dolosa ou com culpa grave de devedor ou dos seus administradores nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.

A lei consagra um conjunto de situação em que a insolvência se considera culposa relativamente a pessoas colectivas por comportamentos dos administradores, entre elas ocultação de património do devedor, criação artificial de passivos e prejuízos, disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros, incumprimento das regras e deveres da contabilidade organizada.

Consagrando-se, ainda, uma presunção de culpa grave quando os administradores incumpram o dever de requerer a declaração de insolvência ou quando incumpram a obrigação de elaborar as contas anuais e de submetê-las à fiscalização ou registo.

Pelo que, se conclui que, o incumprimento do dever de apresentação à insolvência gera uma presunção de culpa grave na situação de insolvência, o que significa que o **incumprimento do dever de apresentação presume que a insolvência é culposa.**

As consequências legais da insolvência ser qualificada como culposa são:

- **inabilitação das pessoas afectadas pela qualificação por um período de 2 a 10 anos, com a consequente nomeação de curador.**
- **declaração das pessoas afectadas pela qualificação de inibição para o exercício do comercio durante 2 a 10 anos, bem como, para ocupação de qualquer cargo titular de órgão social.**
- **perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e condenação na restituição de valores já recebidos a título desses créditos.**

Para além disso, a violação do dever de apresentação à insolvência, bem como, a pratica de actos de dissipação, ocultação ou diminuição de património, e o favorecimento de credores tem consequências criminais, tratando-se de ilícitos criminais, pelo que o incumprimento do dever de apresentação à insolvência e a qualificação da insolvência como culposa são **factores indiciadores da pratica dos crimes de natureza patrimonial**, nomeadamente dos crime de insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores.

A lei consagra ainda um agravamento das penalidades dos crimes elencados quando resulte frustração de créditos de natureza laboral ou frustração de créditos em sede de processo executivo ou processo de insolvência.

Resta-nos salientar que a declaração de insolvência interrompe o prazo de prescrição do procedimento criminal.

Março de 2009
Patrícia de Almeida Pinheiro
Advogada Associada