

Newsletter

Dinis Lucas e Almeida Santos Sociedade de advogados RL



Boutique law firm



geral@dlas.pt

www.dlas.com.pt

217816010

961277028

Av. Republica n 50

7 - A

1050-196

Lisboa

Insolvências e Revitalizações

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)**, justifica-se a presente exposição pela recente alteração legislativa implementada pela Lei 16/2012 de 20 de Abril.

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 30 dias seguintes à data do condimento da situação de insolvência** ou à data em que devesse conhecê-la. Tendo a recente alteração legislativa encurtado para metade o prazo legal previsto, o que apesar de, aparentemente, incutir celeridade, pode ter um efeito

de precipitação indesejável, nomeadamente quando a alteração surge em cumprimento do Memorandum de Troika que pretende promover a revitalização e recuperação em detrimento de insolvência e liquidação.

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 a apoio de terceiros ou ao crédito bancário, (se o conseguir na conjuntura actual) 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 indicadores alternativos da situação de insolvência o critério do balanço e o critério do cash-flow (ausência de liquidez). 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. Pese embora tal entendimento não seja unanime nem uniforme na Doutrina.

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 seis meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do nº1 do artigo 20º 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 30 dias a contar do conhecimento da situação, que no caso das empresas pressupõe 30 dias a contar dos seis meses do incumprimento generalizado ou nos 30 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 2 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. Salientar-se que, em defesa da estabilidade do mercado, o prazo foi encurtado de 4 para 2 anos, sendo tal prazo ainda menor nas situações de resolução incondicional (quando não depende da verificação da Má-fé do terceiro).

Por outro lado, a declaração de insolvência poderá implicar a abertura de um incidente de qualificação, podendo tal incidente ser um incidente pleno ou um incidente limitado. Salientando a alteração legislativa no sentido do incidente só ser aberto na sentença de declaração de insolvência quando existam elementos que o justifiquem.

A ocorrer a abertura do incidente de qualificação, a regra será processar-se como incidente pleno; quando o património seja presumivelmente insuficiente para a satisfação das custas do processos e das dívidas previsíveis da massa insolvente, a insolvência processar-se com carácter limitado e o incidente de qualificação será limitado. 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€

A insolvência é culposa quando a situação de insolvência tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação dolosa ou com culpa grave do 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 sendo inilidível tal presunção quando tenham decorridos 3 meses obre o incumprimento generalizado nos últimos 6 meses das dividas tributárias, segurança social, emergentes de contratos laborais ou decorrentes da locação das instalações ou sede, ou quando incumpram a obrigação de elaborar as contas anuais e de submetê-las à fiscalização e/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.**

A alteração legislativa introduziu igualmente novidades nas consequências legais da insolvência ser qualificada como culposa, as quais passaram a ser:

1 – Identificação das pessoas afectadas pela qualificação e o respectivo grau de culpa (abrangendo quer administradores de facto e de direito, quer TOC e ROC) com registo oficioso; 2 - Decretar a inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos;

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

4 - Determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos;

5 - Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afectados.

Pelo que, salvo melhor entendimento, a nova redacção introduz uma grave consequência ao nível da responsabilidade dos administradores, TOC e ROC perante os credores não satisfeitos, o que teoricamente não pode deixar de ser visto como um forte abalo à responsabilidade limitada que caracteriza as sociedades no regime português.

Para além disso, a violação do dever de apresentação à insolvência, bem como, a prática 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 prática dos crimes de natureza patrimonial**, nomeadamente do 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, sendo que a declaração de insolvência interrompe o prazo de prescrição do procedimento criminal.

Novembro de 2012

Advogada Associada

patricia.pinheiro@dlas.pt



Patrícia de Almeida Pinheiro