



**SOCIEDADE
CRISE E RECONFIGURAÇÕES**

VII CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA

19 a 22 Junho 2012

Universidade do Porto - Faculdade de Letras - Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação

ÁREA TEMÁTICA: Direito, Crime e Dependências

“EM TORNO DA CRISE DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA EM PROCESSO PENAL”

MOREIRA, Sara Leitão

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Instituto Superior Bissaya Barreto

samoreira@isbb.pt

Resumo

O nosso país está presentemente a atravessar uma fase, tida por muitos como uma verdadeira crise. Uma crise transversal a todas as áreas da nossa mundividência, atingindo, nomeadamente, a área do direito.

O direito penal visa, através da política-criminal, fazer jus à natureza constituenda da sociedade, às suas mudanças, criminalizando, despenalizando e descriminalizando condutas, tendo sempre como pano de fundo o princípio da legalidade.

Hodiernamente, face à situação de crise de insolvências no foro do direito comercial, somos confrontados com um outro flagelo, as insolvências dolosas de cariz criminal. Não é um fenómeno que deva ser descurado, tendo de haver uma atenção redobrada para o mesmo, pois envolve vários interesses.

Pretendemos demonstrar com o presente artigo que o crime de insolvência dolosa existe e que os meios de prova e de obtenção de prova têm de se adaptar aos fenómenos criminógenos que lhe são quotidianos. Tal passa não só por uma estreita conexão entre o processo de insolvência e o processo-crime, nomeada ou especialmente com o incidente de qualificação da insolvência, como também por um repensar dos meios de prova e meios de obtenção de prova, pois é um crime que não escolhe idades, estratos sociais, nem faixas etárias, estando, portanto, deveras ligado às constantes mudanças e inovações do mundo do crime e da sociedade.

Abstract

Our country is currently being trespassed by a phase, which is considered like a crisis in its full extent. It is a crisis whose range is clearly expandable to all areas of our worldly living, striking, namely, the law area.

Criminal Law, intends, through criminal-policy, to make amends with the continuous evolutionary nature of society, to its changes, criminalizing, un-punishing, and decriminalizing certain behaviors, always having as a background scenario the principle of legality.

Nowadays, due to the present situational crisis around the commercial insolvency, we are confronted with another vigorous matter, fraudulent insolvencies in a criminal sense. It's not a phenomenon which should be unobserved, for there should be a higher attention to this matter, due to the fact that it involves numerous interests, which lack legal/criminal attention.

With this brief article we intend to demonstrate that the fraudulent insolvency crime exists and that the evidence ruling and the ways to obtain evidence must adapt to the criminal phenomena which are contemporary to them. Meaning, that the ones we have established in our criminal law nowadays may not be the most adequate according to the evolution of the criminal scenario. Therefore there has to be, not only a strict connection between the insolvency case/procedure, namely or especially with the incident of qualifying insolvency; but, as we have mentioned above, there also has to take place a rethinking of evidence itself and the way evidence is obtained, for we are facing a crime that does not choose ages, social classes nor age, which is intrinsically linked to the constant changes and innovations in the world of crime and society.

Palavras-chave: insolvência dolosa; incidente de qualificação; prova; crise; processo penal

Keywords: fraudulent insolvency; incident of qualifying insolvency; evidence; crisis; criminal procedure

PAP1412

1. PRÓLOGO

Decidimos tomar um rumo um tanto ou quanto diferente e mais direccionado para uma situação que está inelutavelmente ligada à crise que temos hoje em dia instalada na nossa sociedade, as insolvências. Contudo, vamos relacionar toda esta questão à prova em processo penal, para tentarmos assinalar que podemos efectivamente estar perante uma crise dos meios de obtenção de prova, designadamente nos processos-crime pelo cometimento de um crime de insolvência. Por conseguinte, antes de chegarmos ao cume da nossa montanha, a responsabilidade criminal adveniente de uma insolvência e a questão da prova, cumpre-nos primeiramente fazer uma breve apreciação do processo de insolvência propriamente dito, não de um ponto de vista comercial, mas de um ponto de vista social.

Hodiernamente, especialmente considerando a situação económica da Europa (em geral) e do nosso país (em especial), deparamo-nos, numa base diária, com notícias de empresas e de pessoas singulares que incorrem em situações desesperantes, culminando com a sua declaração enquanto insolventes. A olho nu, isto é, não conhecendo afincadamente e a pormenor, as situações concretas dessas pessoas (como disse, colectivas e singulares), somos por vezes, de forma tendenciosa, levados a pensar que tal será fruto de uma vida acima das possibilidades económicas. Por certo que em determinados casos tal poderá efectivamente corresponder à verdade, mas é certo é que a vida é uma montanha russa, e aquilo que hoje é certo, amanhã poderá não sê-lo.

O simples acto de planearmos a nossa vida e a daqueles que dependem de nós, quer no seio familiar, quer no seio comercial ou laboral, não se afigura tão fácil como aparenta ser, pois podemos incorrer em erros de avaliação do “hoje”, a pensar no “amanhã”. E é precisamente devido a esse amanhã incerto, que a tempestividade, e o sermos levados pelo nosso “*gut feeling*”, pode por vezes conduzir a opções erradas e com repercussões nefastas, quer no que concerne ao nosso foro pessoal, quer no que tange à esfera de terceiros, mormente dos credores.

Não raras vezes existem situações de endividamento não provém apenas da actuação daquele que é declarado insolvente, nomeadamente, o atraso de pagamento de clientes, que, por seu turno conduzem à destabilização de finanças no seio da empresa; o cancelamento de encomendas que, por sua vez, já tinham implicado a aquisição de matéria-prima, havendo um acréscimo de despesa, sem a correspondente receita; o surgimento de condições precárias de emprego, de um ou mais elementos do agregado familiar, que impossibilitam o cumprimento de quaisquer obrigações. Todas as situações nomeadas correspondem a casos reais que não nos cumpre ora desenvolver, mas que espelham precisamente o *círculo vicioso* que é a nossa vida em sociedade, um *efeito borboleta* em termos comerciais, laborais, civis e criminais.

Não obstante esta visão “humanista” de que errar é humano e que nenhum de nós está livre de incorrer numa situação que de inócua nada tem, isto é, numa situação de insolvência, temos que ter presente que o Homem é um ser que tende para a desorganização e que cada vez mais tem uma visão solipsista do mundo, apenas se preocupando com o seu bem-estar, descurando, negligenciando, os demais e as consequências que poderão advir das suas acções.

Existem efectivamente situações de insolvência intencionalmente provocadas, isto é, situações em que um devedor, com a específica intenção de prejudicar os seus credores, dissipa o seu património, destruindo-o, fazendo-o desaparecer ou inutilizando-o; simule a gravidade da sua situação patrimonial; crie ou agrave prejuízos ficticiamente ou reduza os seus lucros intencionalmente; compre mercadorias a crédito com o intuito de as vender ou por preço sensivelmente inferior ao de mercado. A par destas situações podem existir outras fruto da incúria ou negligência do devedor, ou seja, quando este vai para além das suas possibilidades, exagerando nas despesas, não curando pelo exercício da sua actividade ou, não obstante saber que a situação da empresa é precária, não tomar quaisquer diligências no sentido de a sua recuperação. As hipóteses que ora descrevemos poderão conduzir à responsabilidade criminal do devedor, se o mesmo for considerado insolvente, quer seja uma pessoa singular, quer seja uma pessoa colectiva.

Ora, como é que podemos efectivamente reagir contra este flagelo nacional, que devia ser tido como uma prioridade de ordem político-criminal? Em termos de política criminal, temos hodiernamente em vigor a Lei n.º 17/2006 de 3 de Maio (Lei Quadro da Política Criminal), cujos objectivos, para o biénio de 2009/2011 – não tendo até à presente data sido publicada lei com os objectivos para o biénio seguinte e presente – estão hoje concretizados na Lei Nº 38/2009, de 20 de Julho, e cujo artigo 1.º estatui que “São objectivos gerais da política criminal prevenir, reprimir e reduzir a criminalidade, promovendo a defesa de bens jurídicos, a protecção das vítimas e a reintegração dos agentes do crime na sociedade” (COSTA ANDRADE, 2009, pp. 221 e ss.). Será que, considerando a situação presente do país, os ilícitos de ordem “insolvencial/falencial” não deveriam ocupar um lugar de destaque? Pois convenhamos que é em situações de crise que existem maiores oportunidades para se perpetrar determinadas condutas económicas menos lícitas, bem como tentativas de arrecadamento de vantagens de forma ilícita. Começa a ser quase comum que uma empresa não consiga “segurar as pontas” e caia num fosso financeiro, o que poderá conduzir a que os hipotéticos agentes destes ilícitos considerem que não serão criminalmente responsabilizados pelos seus actos, simplesmente porque não serão levantadas grandes suspeitas, porque afinal “isto está mau”.

Face ao exposto, consideramos profícua uma brevíssima análise do processo de insolvência e do incidente de qualificação da insolvência, bem como do crime de insolvência dolosa, que por seu turno, deve estar não só intimamente ligado à sua condição objectiva de punibilidade, a declaração de insolvência, mas também àquele incidente (ou aos incidentes de qualificação de insolvência, se preferirem) que deve ser visto como um excelso meio de obtenção de prova e meio de prova, se nos permitirem a ousadia, para então pugnarmos pela saída do nosso processo penal, da “crise” que o assoberba por mor da impunidade daqueles que levam a cabo estes tipos de ilícito, infelizmente comuns aos olhos de muitos.

2. O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA – BREVES CONSIDERAÇÕES

Cumpre-nos apenas fazer um breve enquadramento do processo de insolvência para conseguirmos situar as nossas restantes considerações. O processo de insolvência deve ser visto como a *última ratio* para quem se depara com uma situação de impossibilidade pagar as suas obrigações vencidas e, por seu turno, vincendas, quer estejamos perante uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva. Nas palavras de MENEZES LEITÃO (2011, p. 15) “a insolvência traduz a situação daquele que está impossibilitado de cumprir as suas obrigações, normalmente por ausência da necessária liquidez em momento determinado, ou em certos casos porque o total das suas responsabilidades excede os bens de que pode dispor para as satisfazer”.

Um processo de insolvência é deveras invasivo da esfera privada, tanto das empresas como das pessoas singulares, sendo auscultado todo o património, todos os rendimentos, isto é, toda a situação apriorística que conduziu à situação de insolvência. Tal poderá conduzir a graves consequências, tanto no que concerne à esfera comercial e pessoal, como social do devedor pois convenhamos que a declaração de uma situação de insolvência tem em si inerente uma conotação negativa, da qual não é fácil os afectados se apartarem.

Em termos estritamente processuais, o processo de insolvência reveste carácter urgenteⁱ e tem várias fases, entre as quais destacamos, para não sermos demasiadamente exaustivos, o pedido de declaração de insolvênciaⁱⁱ; a apreciação liminar do pedido e medidas cautelares; a oposição à insolvência; audiência de discussão e julgamento; a sentença de declaração de insolvência (ou de indeferimento do pedido de declaração de insolvência), a qual tem em si inerente vários efeitos, nomeadamente a transferência de disposição dos poderes de administração e disposição dos bens da massa insolvente para o administrador de insolvência, efeitos sobre acções judiciais, efeitos sobre créditos, efeitos sobre negócios em curso; reclamação e verificação de créditos; restituição e separação de bens; verificação ulterior de créditos; liquidação da massa insolvente; pagamento; incidente de qualificação da insolvência. Recentemente, mais propriamente por mor da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que entrou em vigor no transacto dia 20 de Maio, foi aditado um novo capítulo ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 16/2012, de 16 de Abril que

entrou em vigor no passado dia 20 de Maio (doravante CIRE), respeitante a um processo de revitalização (Artigos 17.º A – 17.º G), que pode, para muitos, ser considerado como uma válvula de segurança, ou uma última oportunidade antes de sucumbirem à situação de insolvência, mas deixaremos tais considerações para uma futura oportunidade.

Por economia de discurso, não iremos dissertar sobre as fases do processo de insolvência supra enunciadas, pelo que faremos incidir primacialmente estas nossas breves considerações sobre o incidente de qualificação da insolvência, por considerarmos que é o que se revela de maior interesse para o trabalho que nos traz aqui hoje. Posto isto, com uma visão bastante generalizada, consideramos que estamos em situação bastante para avançarmos no nosso breve excuro.

3. O (S) INCIDENTE(S) DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA

O incidente de qualificação da insolvência, o qual reveste um carácter deveras interessante e inovador na legislação nacional e estrangeira, tem em vista a classificação da insolvência enquanto culposa ou fortuita e pode revestir duas modalidades, o incidente pleno e o incidente limitado, sendo normalmente declarado aberto na sentença que declara a insolvência, correndo por apenso ao processo dito principal (EPIFÂNIO, 2011, pp. 118-119). No que tange ao incidente limitado, este terá lugar quando o património do devedor não seja suficiente para satisfação das custas e das dívidas da massa insolvente, tal como resulta da conjugação do artigo 191.º, n.º 1 que remete para o 39.º, n.º 1 e 232.º, n.º 5, todos do CIRE. Por exclusão de partes, o incidente pleno terá em vista qualificar uma insolvência cuja massa insolvência seja bastante para cobrir aqueles montantes e ainda ser distribuído pelos credores após a respectiva liquidação.

Ora, como já tivemos oportunidade de referir *supra*, estes incidentes terão em vista a qualificação da situação da insolvência enquanto culposa ou fortuita, sendo que no primeiro caso apenas o será 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, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”, tal como consta do n.º 1 do artigo 186.º do CIRE. Por conseguinte, será fortuita a situação de insolvência que não consubstanciar o comportamento descrito no referido artigo. Face ao exposto, para que a insolvência seja considerada culposa terá de ter sido fruto, não só de uma conduta dolosa ou com culpa grave, endo também de existir um nexo de causalidade entre essa conduta e a própria situação de insolvência, isto é, não basta que haja culpa grave ou dolo, é essencial que tal conduta reprovável tenha contribuído para o agravamento ou criação da situação de insolvência (MENEZES LEITÃO, 2011, p. 284).

Para além deste critério geral, o artigo 186.º do CIRE, presenteia-nos com presunções que poderão indiciar que a situação de insolvência deverá de facto ser considerada como culposa. Vejamos:

No n.º 2 temos presunções inilidíveis (*iuris et de iure*), isto é, comportamentos que indiciam por si só que houve culpa grave por parte daqueles que estão envolvidos (no caso de não ser insolvência de pessoa singular), e estabelecem inequivocamente o nexo de causalidade requerido, mormente pelo facto de o legislador frisar que “considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular (...)”ⁱⁱⁱ (MENEZES LEITÃO, 2011, P. 284). Assim sendo, como referem CARVALHO FERNANDES e LABAREDA (2009, p. 610), “esta circunstância explica, por si só, que o elenco legal tenha de considerar-se taxativo, exactamente para o efeito de as situações contempladas determinarem, inexoravelmente, a atribuição de carácter culposo à insolvência”.

Já no n.º 3 do artigo 186.º^{iv} do CIRE temos presunções ilidíveis (*iuris tantum*), pois não se estabelece necessariamente um nexo de causalidade entre a culpa grave ou dolo da actuação e o nexo de causalidade requerido pelo n.º 1. Assim sendo, nada indica que não possa ser produzida prova em sentido contrário ao contido na presunção.

Ora, este incidente tem em si inerente uma vasta panóplia de repercussões, mormente para aqueles que sejam afectados pela declaração da insolvência enquanto culposa (designadamente os administradores de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas), nomeadamente, implicações a nível criminal, no entanto, estas últimas considerações desenvolveremos *infra*. O artigo 189.º do CIRE enumera as

várias consequências que advêm da qualificação de uma insolvência enquanto culposa, que em nada são inócuas, designadamente, a inibição para administração de patrimónios de terceiros por um período consideravelmente longo (2 a 10 anos); inibição para o exercício do comércio durante um período idêntico ao anteriormente referido, bem como 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; perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a eventual restituição de quaisquer créditos que já hajam recebido em pagamento de tais créditos; e por fim, indemnizar os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até ao limiar dos respectivos patrimónios, em termos solidários entre os afectados pela qualificação. Facilmente conseguimos depreender que as consequências têm um cariz em nada inócuo para os que são abrangidos pela sentença de qualificação, no entanto, tal não implica que não possam ser objecto de responsabilização criminal, aliás, será que não podemos ter no incidente de qualificação de insolvência os indícios que são requeridos para uma eventual responsabilização a título penal? Quantas vezes é que já não foi do nosso conhecimento quotidiano que fulano ou sicrano foram declarados insolventes, que a insolvência foi qualificada enquanto culposa, e no entanto, continuam a exercer funções numa determinada empresa, ou continuaram a exercer o comércio?

O direito penal deverá apenas actuar como ultima ratio (FIGUEIREDO DIAS, 2007), temos isso inequivocamente enraizado na doutrina penal e tido como limite enquanto investigadores, ora, como tivemos oportunidade de referir, existem situações em que os outros ramos de direito, não obstante visarem dirimir certas situações, e sancionar os respectivos prevaricadores, tal como as situações de insolvência, não são meio indeficiente para restabelecer a paz jurídica, nem meio bastante para que aqueles que levaram a efeito certas condutas antijurídicas se abstenham de praticar novamente aqueles actos ou mesmo de cumprir o que é determinado pelo tribunal. Será precisamente nestes casos que o direito penal deverá actuar e o processo penal correr os seus trâmites com vista a restabelecer a paz jurídica e eventualmente ressocializar o agente. Não estamos a alegar fortuitamente que não existe responsabilização criminal pelo crime de insolvência, quer seja a título doloso ou negligente, pois existem indícios na nossa jurisprudência de que os ilícitos típicos dos artigos 227.º e 228.º são de facto alvo de aplicação, não sendo, portanto, letra morta, mas se fizemos um ratio entre as insolvências qualificadas como culposas e os processos de índole criminal, certamente que chegaremos a conclusões que em nada nos surpreenderão - de que são raríssimos os casos de condenação pela prática do crime de insolvência.

Cumpre-nos, por conseguinte, analisar o crime de insolvência dolosa, para melhor entendimento da presente questão.

4. O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

O crime de insolvência dolosa encontra-se previsto e punido pelo artigo 227.º do Código Penal. O bem jurídico protegido por este crime é o património (CAEIRO, 1999, pp. 407 e ss.), tal como se pode apreender pela sua inserção sistemática no Código Penal, que em nada foi ao acaso, para além de que considerações em sentido diverso teriam outras implicações, nomeadamente o apartar do cordão umbilical que ainda não foi quebrado (e que não poderá ser) do direito concursal. Aliás, convém salientar que, não obstante a parca produção jurisprudencial relativamente a este tipo de crime, certo é que existe um título específico no CIRE referente à indiciação da prática de um crime, mais propriamente o TÍTULO XVI - Indiciação de infracção penal (artigos 297.º a 300.º), que dita que quando existam factos que indiciem a prática dos crimes de insolvência dolosa ou fortuita, o juiz manda dar conhecimento dos mesmos ao Ministério Público para efeitos do exercício da acção penal. Certamente que a raridade de processos se deve ao facto, ou de não existirem indícios suficientes, ou de então ser considerado de um modo geral que o processo de insolvência e a respectiva declaração e efeitos são sanção bastante para aqueles que “caem nas suas garras”.

Voltando para o crime de insolvência dolosa. Como facilmente se depreende através de uma análise atenta, as disposições do Código Penal, são como que uma reprodução resumida do que se encontra estipulado no artigo 186.º do CIRE, relativamente à insolvência culpos (que já foi objecto de algumas considerações

supra). Trata-se de um tipo de ilícito, que tem por base a actuação de um devedor (pessoa singular ou colectiva) que, com o intuito de prejudicar os seus credores adoptou comportamentos que violaram o bem jurídico patrimonial destes, por exemplo, destruindo, danificando, inutilizando ou fazendo desaparecer parte do seu património; diminuindo ficticiamente o seu património, reconhecendo créditos fictícios, simulando uma situação patrimonial inferior à realidade; criando ou agravando artificialmente prejuízos ou reduzindo lucros, entre outros, e que por mor desse comportamento seja declarado insolvente. Todas as situações hipotéticas descritas são tidas como presunções inilidíveis, num incidente de qualificação, de que o devedor agiu de forma culposa ou dolosa. Coincidência ou não, a relevância da relação entre o direito concursal e o direito penal é indiscutível.

Este ilícito é um crime específico puro (CAEIRO, 1996, pp.174 e ss), pois apenas pode ser praticado pelo devedor cuja insolvência haja sido apreciada em sede judicial. O terceiro indicado no n.º 2 é uma mera excepção, no entanto, não deixa de estar inevitavelmente ligado à figura do devedor, pois tal como o n.º 2 do artigo 227.º do CP indica, o terceiro tem de praticar os actos com o conhecimento do devedor ou em benefício deste. Quanto às pessoas colectivas, em sede de análise do direito concursal tivemos oportunidade de ver que estas podem ser efectivamente ser declaradas insolventes, ora, no seio do direito penal, poderá ser objecto de responsabilização criminal “quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva e houver praticado alguns dos factos”^{vi} que mencionamos no parágrafo anterior.

Algo que merece especial apreço da nossa parte, e que revela espelha a relação umbilical existente entre o processo de insolvência e o processo de ordem criminal, é o facto de, para o devedor poder ser objecto de responsabilização criminal, ter necessariamente de ter ocorrido uma situação de insolvência e esta ter sido reconhecida judicialmente. Ora, estamos perante uma condição objectiva de punibilidade, uma condição sine qua non, para que o devedor possa ser objecto de responsabilização criminal. Para além de que nada seria mais lógico, pois, como refere CAEIRO (1999, p. 425) “é o reconhecimento judicial da insolvência que evidencia a insatisfação dos credores e, portanto, o perigo penalmente perseguido: se o devedor causa ilícita e culposamente a sua própria impotência económica mas consegue satisfazer os interesses dos credores (porque possui ainda um património superavitário, porque negocia com êxito uma redução das suas dívidas, etc.) e a insolvência não é, por esse facto, objecto de reconhecimento judicial, o facto carece de dignidade penal”. Não havendo sentença de declaração de insolvência, não havendo necessidade para tal, de acordo com a redacção do artigo, não haverá uma ofensa passível de uma sanção criminal, pelo menos no que tange a este tipo de ilícito, pois, dependendo da conduta, poderá esta consubstanciar outro tipo de ilícito.

Estando esclarecida esta relação inextrincável entre a declaração de insolvência, a recolha de indícios durante o processo de insolvência e, consequentemente, o cometimento do crime de insolvência e o respectivo processo-crime, vamos avançar, para a fase processual penal.

5. A “CRISE” DA INSOLVÊNCIA E A “CRISE” DA PROVA?

Já tivemos oportunidade de referir, não raras vezes que o processo concursal é como que uma pista de levantamento de voo para um eventual processo-crime, pelo cometimento de um crime de insolvência, isto é, os processos estão intrinsecamente ligados. Não obstante correrem termos separadamente, não é menos verídico que o processo-crime não terá lugar sem que seja declarada a insolvência do devedor.

O artigo 297.º do CIRE dispõe em termos específicos sobre esta relação, estabelecendo, como já se disse supra, que havendo indícios da prática de um crime de insolvência (dolosa ou negligente), o juiz dará conhecimento de tal ocorrência ao Ministério Público (doravante MP), para que este exerça a acção penal.

Sendo o MP, o “senhor da acção penal” especialmente na fase de inquérito^{vi}, cabe-lhe a direcção do mesmo pelo que praticará “os actos de investigação e as diligências probatórias que entender adequados aos fins dos inquérito” (PINTO DE ALBUQUERQUE, 2007, p. 672). Face a esta faculdade, será competente o MP que exercer funções no local do cometimento do crime, sendo então providenciadas todas as diligências de prova (com respeito pelos princípios relativos à prova – FIGUEIREDO DIAS, 2005, pp. 186 e ss.) tidas por

proficuas para apurar se existem indícios de que foi ou não cometido um crime, ora deduzindo acusação, ora arquivando o inquérito (EIRAS, 2010, p. 213).

Essencial se revela, portanto, para uma correcta decisão por parte do MP, uma diligente direcção do inquérito e respectiva recolha de prova. Assim sendo, em sede de investigação do cometimento de um crime de insolvência (dolosa ou negligente) será essencial um relacionamento óptimo com o processo de cariz concursal, especialmente com o Administrador de Insolvência (doravante AI). É este que também está encarregado de pugnar pela realização de justiça no processo de insolvência, pois será ele que recolherá todos os dados documentais, mormente de cariz contabilístico, será ele que terá uma relação privilegiada com os credores e com os devedores, será ele o verdadeiro *insider* e, na nossa singela opinião, a peça fundamental para o bom desenrolar do processo-crime. Não obstante o AI não dever ser considerado como um substituto do MP, em termos de competências de recolha de prova, certo é que muito do que este último necessitará para proferir uma qualquer decisão, estará na posse daquele.

Na eventualidade de estarmos perante um caso onde hajam sido recolhidos indícios da prática de um crime de insolvência, logo no requerimento inicial, isto é, no caso de haver denúncia neste, as testemunhas são ouvidas sobre os factos alegados na audiência de julgamento para a declaração de insolvência, extractando-se na acta os seus depoimentos sobre a matéria, sendo extraída certidão, cuja entrega é ordenada ao MP, bem como de quaisquer outros elementos tidos por proficuos.

Contudo, se estivermos perante um processo de insolvência onde já tenha sido proferida sentença e tiver sido aberto o incidente de qualificação de insolvência, o MP terá de se pronunciar sobre o parecer do AI, pelo que terá de ter recolhido alguns dados para fundamentar a sua opinião. Ora, já estará “*meio caminho andado*” para o sucesso ou insucesso de uma acção penal.

Resumindo, o código de processo penal (doravante CPP) não nos diz o que é prova ou não, no entanto refere no artigo 124.º, n.º1, que “constituem objecto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”, pelo que estará na livre disponibilidade do MP a recolha da prova que tiver por proficua, tendo apenas como limite aquelas que não são admitidas por lei (COSTA ANDRADE, 2006) (artigo 126.º CPP). De acordo com PINTO DE ALBUQUERQUE (2007, p. 325) “*os métodos proibidos de prova incluem os meios de prova e os meios de obtenção de prova. A amplitude da expressão utilizada na lei visa precisamente incluir todo e qualquer “método” de prova, isto é, todo e qualquer instrumento intelectual utilizado com o fito de provar um facto juridicamente relevante*”. Ora, como referimos, se tiver sido feita denúncia logo no requerimento inicial, terá sido extraída certidão do depoimento das testemunhas e este será apreciado pelo MP, sem prejuízo de serem ouvidas em sede de audiência de julgamento e/ou o constante do documento ser lido na mesma instância. Quanto à prova pericial, existem entidades especializadas para a apreciação da situação de insolvência dolosa^{vii}, no entanto, considerando que o AI esteve em contacto com tudo o que concerne ao processo de insolvência, terá, por conseguinte, uma posição privilegiada para coadjuvar a entidade judiciária na descoberta da verdade material (embora em muitos casos tal posição já possa estar viciada pela posição que o AI tomou no processo concursal). Será que a este respeito poderemos falar em uma crise nos meios de prova?

Outra preciosidade é o caso dos meios de obtenção de prova. Quando o arguido/devedor não tenha colaborado com o AI, não facultando dados essenciais para o processo, o MP poderá ordenar busca, uma vez que existam indícios de que os objectos do crime se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público (MARCOLINO DE JESUS, 2011, p. 180). Quanto às apreensões, estas são ordenadas por despacho do MP precisamente na fase de inquérito, ou então pelo juiz de instrução ou ao juiz presidente de julgamento, nas respectivas fases (MARCOLINO DE JESUS, 2011, p. 209). As apreensões poderão ser de facto essenciais quando tiverem por base objectos que houverem servido ou estivessem destinados a servir à prática de um crime bem como os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objectos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir a prova (artigo 178.º, n.º 1 CPP). Estes meios de obtenção de prova, serão essenciais especialmente nos dias de hoje, onde nos encontramos a atravessar uma crise avassaladora, e onde os

métodos de cometimento de crimes se tornam cada vez mais sofisticados. Mas será que, não obstante o mérito que merece o nosso CPP, não deveríamos tentar investir em meios de obtenção de prova e meios de prova que acompanhem o mundo do crime? Será que não devemos, a curto prazo, e considerando que a política-criminal não fez grandes esforços para se adaptar a esta criminalidade (COSTA ANDRADE, 2009, pp. 209 e ss.), repensar a nossa tática em termos de prova para combater este cenário que de inócuo nada tem? São algumas reflexões que deixamos para considerações futuras, mas que desde já avançamos que sim, isto é, somos de opinião que o nosso processo penal em matéria de prova necessita de uma revisão, para melhor se adequar às necessidades hodiernas do mundo do crime.

6. CONCLUSÃO

Considerando o rumo que a nossa comunicação tomou hoje, não nos atrevemos a concluir, mas apenas a introduzir. O cenário de crise instalado nas nossas vidas, com todas as medidas de austeridade que sofremos, com todas as restrições de que temos sido alvo, felizmente não faz com que todos tenhamos uma propensão para o crime. Contudo, certo é que estamos a atravessar uma fase em que se propiciam várias situações de crime, que têm como móbil o infortúnio de uns em prol do enriquecimento de outros.

Esta situação de crise, conduz igualmente a que surjam novas formas de criminalidade ou que sejam potenciadas as já existentes, é o caso da insolvência, que tem tido um aumento exponencial em termos civilísticos, mas sem correspondência directa no foro criminal. No entanto, será que devemos encarar este “fenómeno”, esta falta de correspondência entre responsabilidades, como algo de positivo ou como mais um indício de crise? Como um indicador de inércia? Somos da singela opinião que deverá haver uma maior interligação entre os vários processos para uma efectiva responsabilização, mormente para que haja um verdadeiro restabelecimento da paz jurídica e da confiança da comunidade no ordenamento jurídico que os rege.

Muito fica sempre por dizer, por investigar, por escrever, mas tal é fruto do continuum que é a sociedade, do seu cariz constituindo que nos é indissociável.

7. BIBLIOGRAFIA

Caeiro, Pedro (1996), Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a Falência, a Sua Incriminação e a Reforma Dela), *Studia Iuridica*, Coimbra Editora;

_____, (1999), Insolvência dolosa, in Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo II, artigo 227.º, Coimbra Editora, pp. 402-433;

Carvalho Fernandes, Luís A. e Labareda, João (2009), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Reimpressão, Quid Juris;

Costa Andrade, Manuel da (2006), Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Reimpressão, Coimbra Editora;

_____, (2009), “Bruscamente o Verão Passado”, a Reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra Editora;

Eiras, Henrique (2010), Processo Penal Elementar, 8.ª Edição Actualizada, Quid Juris;

Epifânio, Maria do Rosário (2011), Manual de Direito da Insolvência, Almedina, 3.ª Edição;

Figueiredo Dias, Jorge de (2004), Direito Processual Penal, Reimpressão, Coimbra Editora;

_____, (2007) Direito Penal, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora;

Marcolino de Jesus, Francisco (2011), Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Almedina;

Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de (2011), Direito da Insolvência, Almedina, 3.ª Edição;

Pinto de Albuquerque, Paulo (2007), Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos dos Homem, Universidade Católica Editora.

ⁱ De acordo com o artigo 1.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril (doravante CIRE) “O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”.

ⁱⁱ Que tanto pode ser o devedor como qualquer outro legitimado, nos termos do artigo 20.º do CIRE.

ⁱⁱⁱ Revela-se profícua a reprodução do n.º 2 do artigo 186.º do CIRE, para exemplificar as situações em que se presume iniludivelmente que se está perante uma insolvência culposa: “*Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham:*

- a) Destruido, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;*
- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;*
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;*
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;*
- e) Exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;*
- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto;*
- g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência;*
- h) Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter 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;*
- i) Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º”.*

^{iv} Considerou-se novamente conveniente a reprodução do que se encontra presentemente positivado no já exaustivamente referido artigo 186.º, agora no seu n.º 3 “*Presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:*

- a) O dever de requerer a declaração de insolvência;*
- b) A obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial”.*

^v N.º 3 do artigo 227.º do Código Penal

^{vi} Artigo 262.º, n.º 1 do Código de Processo Penal “o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

^{vii} Veja-se a título exemplificativo o Despacho n.º 04/99 do Exmo. Senhor Procurador da República, José Narciso da Cunha Rodrigues datado de 28-05-1999, relativamente ao Pedido de intervenção do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT). Falência dolosa. Formalidades a observar disponível em www.pgdl.pt.