

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 16

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 16 (janeiro/junho 2015)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2016.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A SANÇÃO DE INABILITAÇÃO NO DIREITO CONCURSAL ESPANHOL¹

CONSIDERACIONES SOBRE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

Juan Luiz Souza Vazquez

Resumo: A inabilitação é uma sanção pessoal prevista na Lei Concursal Espanhola, cuja consequência é a proibição para o exercício da atividade empresarial e a administração de bens alheios. Sem embargo, esta medida de natureza predominantemente repressiva não será aplicada em todos os processos concursais iniciados na Espanha, mas tão-somente naqueles em que for aberta a denominada “*Sección de Calificación*” do concurso de credores. Iniciada a referida seção, o juiz, ao reconhecer que o concurso é “*culpable*”, irá determinar a inabilitação das pessoas afetadas pelo concurso, por 2 a 15 anos. O presente trabalho tem a pretensão de analisar a sanção de inabilitação no direito concursal espanhol, explorando a razão de sua manutenção na legislação concursal, a possibilidade de ser aplicada de ofício pelo magistrado e a fixação de seu prazo de duração.

Palavras-chaves: Direito Falimentar. Responsabilidade Civil. Inabilitação. Falido. Atividade Empresarial.

¹ Artigo recebido em 13.09.2016 e aceito em 07.11.2016.

Resumen: La inhabilitación en el derecho concursal español es una sanción personal prevista en la Ley Concursal de España, cuya consecuencia es la prohibición del ejercicio de la actividad empresarial y la administración de bienes ajenos. Sin embargo, la inhabilitación no será aplicada en todos los procesos concursales iniciados en España, pero tan sólo en aquellos en que sea abierta la denominada sección de calificación del concurso de acreedores. El presente trabajo tiene la pretensión de hacer un análisis de la sanción de inhabilitación en el derecho concursal español, explorando la razón de su mantención en la legislación concursal, la posibilidad de ser aplicada de oficio por el magistrado y la fijación de su plazo de duración.

Palabras clave: Derecho Concursal. Responsabilidad Civil. Inhabilitación. Concursado. Actividad Empresarial.

Sumário: 1. Introdução. 2. As funções do processo concursal na Espanha e a manutenção do interesse público. 3. Modificação do regime de inabilitação a partir da vigência da LC 22/2003. 4. Possibilidade da sanção de inabilitação ser aplicada de ofício. 5. Fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação. 5.1. Ausência de pedido expresso pelas partes legitimadas e a duração do período de inabilitação. 5.2. A possibilidade do magistrado fixar o prazo de inabilitação por tempo superior ao pretendido pelas partes. 5.3. A fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação em casos de grupos de sociedades em concurso. 6. Conclusões.

1. Introdução.

O modelo espanhol construído para empresas em dificuldades é denominado simplesmente por “*concurso*”², conforme previsto na *Ley nº 22 de 9 de Julio de 2003 – Ley Concursal* (“LC”). De acordo

2 Após esclarecer que a Lei Concursal optou por adotar um sistema de unidade legal, de disciplina e de sistema, A Exposição de Motivos da referida norma, afirma: “(...) *El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de “concurso”*”.

com a referida legislação, o processo de insolvência contempla apenas dois institutos: o *convenio* e a *liquidación*. O *convenio* é considerado como sendo a opção mais adequada para a solução da insolvência, o que se faz mediante um acordo entre o devedor e seus credores, ao passo que a *liquidación*, como a própria expressão já sugere, é um procedimento que determinará a venda dos ativos do devedor para o pagamento dos credores, tendo efeitos, portanto, mais severos³.

O chamado processo concursal espanhol começará com um pedido de declaração de abertura de um concurso, formulado pelo próprio devedor, por seus credores, pelo mediador concursal quando se trate de um procedimento regulado no Título X da LC e, em alguns casos, pelos sócios da pessoa jurídica, nos termos do artigo 3 da LC⁴.

Após a sentença que declara o concurso aberto, terá início a *fase común* do processo concursal, destinada basicamente à determi-

3 A Exposição de Motivos da Lei Concursal de Espanha, afirma: “(...) *Las soluciones del concurso previstas en la Ley son el convenio y la liquidación para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento Los efectos de la liquidación son, lógicamente, más sever (...)*”. Não iremos tratar dos sistemas *preconcursal* (*Acuerdos de Refinanciación*) e *paraconcursais* (*Mediação Concursal e Acuerdos Extrajudiciais de Pagos*), que são instrumentos recentemente adotados no sistema jurídico Espanhol. Estes institutos têm por objetivo aumentar a eficiência de recuperação das empresas em dificuldades, potencializando a sua capitalização, além de permitir uma segunda oportunidade para os devedores insolventes.

4 “*Artículo 3. Legitimación. 1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación. 2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos ínter vivos y a título singular, después de su vencimiento. 3. Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella. 4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*”.

nação da massa ativa e passiva, podendo ser apresentada uma proposta de *convenio* ou de início da *liquidación*. Em regra, o concurso será considerado concluído, quando houver o cumprimento do convenio ou com o pagamento dos credores, mediante a liquidação dos ativos do devedor.

Além desta *fase común*, a LC estabelece várias “*secciones*”, cujas disposições irão ser aplicadas de acordo com a dinâmica adotada para cada processo de insolvência. Nesse contexto, a LC prevê a “*sección sexta*”, também conhecida por “*De la calificación del concurso*” ou, simplesmente, “*sección de calificación*”. É importante notar que a “*sección sexta*” é considerada eventual, portanto, não será obrigatoriamente iniciada em todos os processos concursais.

Esta “*sección de calificación*” tem por objetivo determinar a responsabilidade civil, pessoal e patrimonial, das “pessoas afetadas pelo concurso” e seus eventuais “*cómplices*”⁵. A responsabilidade pessoal se materializa na inabilitação para o exercício da atividade empresarial e administração de bens alheios, por um determinado período a ser fixado pelo magistrado, enquanto que o efeito patrimonial, por sua vez, ocorrerá com a perda de todo e qualquer direito contra o devedor ou massa falida, determinação da devolução de bens e direitos que tenham saído do patrimônio do devedor indevidamente, além da indenização por danos e prejuízos causados.

A manutenção de um sistema de responsabilidade civil nos processos concursais pela LC, ainda que sua aplicação não seja decorrente da simples declaração de abertura do concurso de credores, serve de argumento para se sustentar a presença da função repressora do processo de insolvência no direito concursal da Espanha⁶. Esse cenário, como será evidenciado ao longo deste trabalho, também se justifica pela existência de múltiplos interesses conflitantes em jogo e a preponderância do interesse público.

5 Conforme artigos 164.1 e 172.2.1º, ambos da LC.

6 A expressão “concurso” será sempre utilizada como sinônimo de processo concursal, conforme determinado na LC Espanhola.

Como se pode notar, o sistema de insolvência na Espanha apresenta algumas particularidades que o distanciam do modelo adotado no Brasil, inclusive em relação à questão pertinente à incapacitação do devedor insolvente, que é o tema objeto do presente texto. A aplicação desta sanção traz alguns pontos controvertidos, especialmente aqueles relacionados à possibilidade de o juiz agir de ofício e à fixação do prazo de duração dessa medida sancionadora, inclusive quando há concursos conexos, envolvendo pessoas jurídicas que integram um mesmo grupo societário.

O presente trabalho será iniciado com a análise das funções do processo concursal na Espanha e da manutenção do interesse público em procedimentos desta natureza. Em seguida, veremos a evolução da sanção de incapacitação a partir da LC, fazendo um paralelo com o sistema anterior revogado. Por fim, veremos as polêmicas que giram em torno da fixação da sanção de incapacitação.

2. As funções do processo concursal na Espanha e a manutenção do interesse público.

A compreensão do sistema de insolvência na Espanha passa pela identificação da função do concurso de credores naquele país, pois é a partir daí que se poderá entender como os espanhóis idealizaram uma estrutura jurídica para enfrentar um cenário de crise. Ao compreender a sua função, nós teremos uma visão mais abrangente do instituto da incapacitação no processo concursal espanhol.

Nesse passo, há consenso na doutrina, conforme esclarecem Emilio Benrán e Ángel Rojo⁷, no sentido de que a principal função

7 ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. El concurso de acreedores. In: MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel; LUISA APARICIO, Maria (Coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, v. II, p. 492: “(...) *En el Derecho español vigente, la función primaria del concurso de acreedores es la denominada función solutoria: el concurso tiene como finalidad satisfacer a los acreedores del deudor insolvente del modo más eficiente posible, sea mediante un convenio*

do sistema de insolvência na Espanha seria a satisfação dos credores do devedor insolvente⁸. Esta seria a denominada “*función solutoria*”, alcançada através de um *convenio* ou por meio de uma *liquidación* dos bens e direitos do devedor para o pagamento de seus credores.

Entretanto, esta função “*solutoria*” não seria o único objetivo a ser alcançado através de um processo concursal. Esta função deverá ser conciliada com a chamada “*función conservativa*”, pois o concurso também deve ser um instrumento para permitir a preservação de empresas insolventes, mas que ainda possam ser viáveis. De todo modo, como explica Ana Belén Campuzano⁹, a função conservativa

– un acuerdo entre el deudor concursado y la colectividad de acreedores –, sea mediante la liquidación de bienes y derechos del deudor y el pago a los acreedores con el líquido obtenido (...).”.

8 A Exposição de Motivos da referida norma afirma: “(...) *El convenio es la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*”.

9 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 397-398: “(...) *En el derecho español la finalidad esencial del concurso de acreedores reconocida así en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, es la llamada función solutoria, es decir, la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente Esta función solutoria convive con la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, la función conservativa del concurso, que es, sin embargo, dependiente de la primera, ya que la continuidad de la empresa no puede lograrse a costa de la satisfacción de los acreedores. Es por ello que se ha afirmado que, entre el “interés del concurso”, y el ‘interés del deudor’ a la continuidad de la actividad, la Ley Concursal da prevalencia al primero (...)*”. No mesmo sentido: ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. El concurso de acreedores. In: MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel; LUISA APARICIO, Maria (Coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, v. II, p. 492-493: “(...) *En este sentido, en el Derecho español, la función solutoria se quiere cobonestar con la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor Pero la Ley tiene muy claro que esa continuidad en modo alguno puede suponer la disminución de la masa con la que satisfacer a los acreedores... Entre el ‘interés del concurso’ entendido esencialmente como interés dela colectividad de los acreedores, y el “interés del deudor” a la continuidad de la actividad, la Ley, sin vacilación, prima al primero, y ello aunque cese de esa actividad y el cierre de esas oficinas, de esos establecimientos o de esas explotaciones traiga consigo la extinción colectiva de las relaciones laborales con los trabajadores (...)*”.

é dependente daquela primeira (“función solutoria”) e não prevalece sobre a mesma, considerando que não se admite a continuidade da empresa em prejuízo dos credores.

Juana Pulgar Ezquerria¹⁰ recorda que a reforma produzida no direito concursal espanhol pela LC 22/2003, deixou evidenciado que a finalidade do concurso de credores não seria solucionar eventuais problemas empresariais do devedor e proceder o seu saneamento. De acordo com a referida autora, o processo concursal tem por objetivo repartir coletivamente entre os credores, de acordo com o princípio do *par conditio creditorum*, a impotência do devedor para realizar seus pagamentos e, sempre que for possível, este escopo deverá ser atingido mediante a conservação da unidade produtiva que tenha valor empresarial.

Há, ainda, uma terceira função do concurso de credores, que é a chamada “*función sancionadora*”. O caráter sancionador do procedimento de insolvência sempre esteve presente nas legislações internacionais, desde as suas origens, pois a repressão à conduta de má-fé do devedor sempre foi um dos pilares do processo concursal. É interessante destacar, conforme ensina Ana Belén Campuzano¹¹,

10 PULGAR EZQUERRA, Juana. *La Declaración del Concurso de Acreedores*. Madrid: La Ley, 2005, p. 147: “(...) *La Reforma, sin embargo, parte de otros planteamientos probablemente motivados por el fracaso manifiesto de esas políticas concursales pretendidamente ‘sanatorias’ y por la tendencia manifestada en actuales reformas a entender que la razón de ser del Derecho Concursal no es solucionar, sino colectivizar y repartir entre los acreedores – sobre la base del principio de la par conditio creditorum, que sustituye al principio prior in tempore potior in iure, característico del las ejecuciones individuales – una impotencia patrimonial del deudor para el pago. No obstante esta satisfacción debería estar presidida en la medida de lo posible por el principio de conservación de empresas que evita la desmembración de las organizaciones económicas de producción de bienes o servicios y la correlativa destrucción del valor empresarial que ello conlleva (...)*”.

11 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 405-406: “(...) *La función represora o sancionadora del Derecho concursal no solo continúa vigente en el orde-*

que a atual legislação concursal da Espanha apresentou uma evolução para que o devedor não seja estigmatizado pelo simples fato de ser declarado em concurso, afinal, nem sempre o insucesso na condução dos negócios é fruto de uma atuação de má-fé pelo devedor ou proveniente de uma fraude contra os credores por ele engendrada.

Em referência a esse último ponto, é sempre oportuna a lição de Pablo González Huebra¹², explicando que na exploração de uma atividade comercial, as falências seriam inevitáveis e causariam um enorme dano ao comércio. Em sua obra “*Tratado de Quiebras*” de 1856, ao fazer referência ao sistema anterior “*de las quiebras*”^{13 e 14}, o

namiento español, sino que también se configura como uno de las funciones del concurso en el Derecho comparado y en los textos del derecho Internacional. El Derecho concursal, desde sus orígenes, ha cumplido una patente función represora del deudor, aunque, es cierto, que los principios de política jurídica inspiradores de las sanciones al deudor insolvente han evolucionado – y mucho – desde entonces (...)”.

12 GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Tratado de Quiebras*. Madrid: Imp. de C. González, 1856, p. 2. Disponível em: “<http://hdl.handle.net/2027/ucm.5319541635>”. Acesso em: 20 mai. 2016: “(...) *Las quiebras son una verdadera calamidad para el comercio, pero una calamidad inevitable, porque no se alcanza remedio alguno que las pueda impedir. El tino y la prudencia con que el legislador castigue el descuido y la temeridad, podrá disminuir los culpables: un sistema de contabilidad, lo mas perfecto posible, con un rigor inexorable en cuanto á su observancia, para impedir ocultaciones y simulaciones, y una prudente severidad en castigar las que se descubran, podrá disminuir las fraudulentas; mas las casuales y fortuitas, nada absolutamente puede impedir las, porque no hay medio en lo humano que alcance á precaver la mala suerte y tantos contratiempos como pueden malograr una negociación. No se hará poco, sin embargo, sise consigue disminuirlas, precaviendo y castigando no solo el fraude, sino también el descuido y la negligencia; porque las que provienen de estas causas, son las mas temibles y trascendentales; pero el legislador apenas tiene medios de que valerse mas que de los castigos y de la contabilidad, con respecto á la que nunca será excesivamente rigoroso, porque es el arma del comercio de buena fé (...)*” (texto en su original).

13 O Código Comercial Espanhol de 1829 estabeleceu uma classificação com 5 tipos de quiebras, de acordo com o artigo 1002: “*Se distinguen para los efectos legales cinco clases de quiebras: 1. a Suspensión de pagos. 2. a Insolvencia fortuita. 3. a Insolvencia culpable. 4. a Insolvencia fraudulenta. 5. a Alzamiento*”

14 O artigo 886 do Código Comercial Espanhol de 1885, por sua vez, distinguiu três classes de quiebras: “*Para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebras, a saber: 1.ª Insolvencia fortuita. 2.ª Insolvencia culpable. 3.ª Insolvencia fraudulenta*”.

referido doutrinador concluiu que seria possível diminuir as falências culpáveis ou fraudulentas, com a previsão de sanções aos comerciantes descuidados e de má-fé, mas não seria possível evitar as falências fortuitas ou casuais, pois não há meios humanos para precaver a má sorte e contratempos que podem prejudicar uma negociação ou a exploração de uma atividade comercial.

É importante notar que a Exposição da LC menciona que a lei concursal teria avançado para eliminar a função repressora do concurso, mas Ana Belén Campuzano¹⁵, de forma correta, adverte que tal cenário não corresponderia à realidade, considerando que a função sancionadora do concurso continua sendo prevista e aplicada na prática, ainda que a mesma esteja restrita à abertura da “*Sección Sexta*” ou “*Sección de Calificación del Concurso de Acreedores*”.

Nesse contexto, a mudança mais significativa que aconteceu com a entrada em vigor da LC foi eliminar o caráter repressivo, em razão do simples fato de ter sido aberto um concurso. Desse modo, a inabilitação somente poderá ocorrer com a abertura da chamada “*Sección de Calificación*” do concurso.

De acordo com a LC, portanto, a função sancionadora do concurso não tem um caráter geral, tal como ocorre com as duas outras funções já mencionadas (*solutoria e conservativa*), já que não irá ser aplicada em todos os processos de insolvência. Deve-se concluir, então, que a função repressiva possui caráter especial ou eventual¹⁶,

15 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 405-406: “*En el derecho actual la declaración en concurso de acreedores, por sí sola, no implica represión o “estigma” del deudor – por eso la Exposición de Motivos de la Ley Concursal habla de la desaparición del carácter repressivo de la insolvencia mercantil – pero, en determinados supuestos establecidos legalmente, si se produce la apertura de la sección de calificación, cuyo fin último es sancionar civilmente determinadas conductas (...)*”.

16 Esta é a opinião dos professores Ángel Rojo e Emilio Beltrán: “*(...) La función represora tiene carácter especial en la medida en que deja de operar cuando se apruebe “un convenio en que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior*

considerando que a denominada “*Sección de Calificación*” somente será iniciada se houver uma destas duas hipóteses: (a) aprovação judicial de um *convenio* “gravoso”¹⁷; ou (b) em todas as hipóteses que determinem o início da fase de *liquidación*¹⁸.

Não se pode olvidar que mesmo nas hipóteses em que a “*Sección de Calificación*” seja iniciada, isso não irá significar que haverá sempre uma sentença reconhecendo o concurso como sendo culpável. Deste modo, para que haja uma responsabilização das pessoas afetadas ou de seus cúmplices, deverão estar presentes as seguintes condições¹⁹: (a) abertura da “*Sección de Calificación*”; (b) prova de que as pessoas afetadas ou os seus eventuais cúmplices agiram ou deixaram de agir, a partir de um conduta dolosa ou por culpa grave, participado de atos que agravaram ou geraram a insolvência do deve-

a un tercio del importe de sus créditos o una inferior a tres años (...)”. (ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. El concurso de acreedores. In: MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO, Ángel; LUISA APARCIO, Maria (Coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, v. II, p. 493-494).

17 O “*convenio gravoso*” é aquele em que houve a aprovação judicial de um *convenio* em que se estabeleça para todos os credores ou para uma ou várias classes uma redução da dívida superior a 1/3 do importe de seus créditos ou um prazo de espera superior a três anos.

18 Artigos 142 e 143 da LC.

19 BELÉN CAMPUZANO, Ana. La Responsabilidad de los Administradores Sociales de la Persona Jurídica Concursada. In: QUETGLAS, Rafael Sebastián; COPO Abel B. Veiga (Directores). *Problemas Actuales del Concurso de Acreedores*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 407-408: “(...) Así, mientras que la función solutoria tiene carácter general, por cuanto que es inherente a cualquier clase de concurso, la función represora tiene carácter especial en la medida en que tan sólo opera en determinados concursos... La efectividad de esta función de represión es, pues, eventual. En primer lugar, porque pueden existir concursos real y efectivamente ‘culpables’... que, sin embargo, no den lugar a la formación de esa sección por no concurrir ninguno de los dos presupuestos objetivos señalados. En segundo lugar, porque, aun cuando exista culpa en la causación o generación de la insolvencia o culpa en el agravamiento de esa insolvencia, puede suceder que dicha culpa no sea ‘grave’, sino ‘media’ o ‘leve’, y sólo el dolo o el grado mayor de la culpa son tenidos en cuenta por la Ley a dos efectos de la calificación... Concurso culpable no es aquel en el que la insolvencia ha sido causada o aumentada por culpa del deudor, sino sólo aquel en el que en la generación o en el agravamiento de la insolvencia haya intervenido el dolo o la culpa grave del deudor (arts. 164.1 y 165 LC) o en la que concurren otras determinadas conductas que determinarán en todo caso la calificación culpable (art. 164.2 LC) (...)”.

dor; e (c) as partes legitimadas – Ministério Público e Administrador Concursal – não concluem que o concurso tenha sido fortuito, pois nessa hipótese, o art. 170 da LC determina o arquivamento do procedimento, sem possibilidade de recurso.

Como explica José Antonio García-Cruces²⁰, é possível identificar nesta função repressora, especialmente por conta do efeito da inabilitação, além da finalidade sancionadora, um escopo cautelar, servindo de mecanismo de prevenção geral para impedir, diminuir ou, ao menos, não incentivar a reiteração de condutas com abuso ou fraude na condução dos negócios.

Este caráter preventivo gerado pela inabilitação, a par de servir de freio para a realização de condutas ilícitas, também é instrumento fomentador do tráfico mercantil regular²¹. Nos termos da lição de Cristina Guilarte²², a função sancionadora tem a missão de proteger interesses de terceiros, o tráfico comercial regular e a sociedade em geral, com a consequente proibição do exercício do comércio, a

20 GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *La Calificación del Concurso*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 151: “(...) *La inhabilitación dispuesta en cuanto efecto de la calificación culpable del concurso responde a una doble finalidad, pues ésta es tanto sancionadora como preventiva, ya que se trata de reprimir al sujeto por la actividad desplegada y, a la vez, disponer de un mecanismo que impida reiterar la actuación desarrollada (...)*”.

21 MACHADO PLAZAS, José. *El Concurso de Acreedores Culpable*. Calificación y Responsabilidad Concursal. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 177: “(...) *En este ámbito ha de distinguirse la sanción personal de inhabilitación del resto de las sanciones patrimoniales que tienen naturaleza eventual y cuyo efecto común es incrementar la masa activa. La tipificación de una serie de deberes legales y las sanciones que se fundan en su incumplimiento tienden, en atención a una política jurídica de prevención general, a reforzar la efectiva observancia de aquéllos y, en sentido general, a fomentar en aras del tráfico mercantil, la conducta regular del concursado o, en su caso, de sus representantes legales, en la actividad empresarial o profesional*”.

22 GUILHARTE, Cristina. La Suspensión de la Inhabilitación. *Anuario de Derecho Mercantil*, Espanha, n. 15, 2008-3, p. 388: “(...) *La inhabilitación persigue, de una parte, sancionar civilmente a quien, en situación de insolvencia, se ha comportado culposa o dolosamente y, de otra, proteger a los terceros, al tráfico y a la sociedad en general. Esta protección e traduce en la prohibición de ejercer el comercio, de ejercer funciones de representación y de administrar bienes ajenos (...)*”.

função de representação e administração de bens alheios. Nesse ponto, também se revela oportuno o registro feito por Fernando Marin de La Bárcena:

(...) La inhabilitación para administrar bienes expresa el rechazo social hacia las personas afectadas por la calificación (un estigma en condiciones de moral social normales) y sigue sus propias reglas basadas en el principio de proporcionalidad que rige la imposición de auténticas sanciones (...).²³

A dupla finalidade da função sancionadora do concurso (repressiva e preventiva) já existia no sistema anterior à vigente LC, conforme destacado por Agustín Ferrer Barriendos²⁴. De acordo com o citado autor, no modelo das “*Quiebras*” previsto no Código Comercial Espanhol de 1885, já havia a percepção de que o sistema de ina-

23 MARIN DE LA BÁRCENA, Fernando. Responsabilidad Concursal. *ADCo*, España, n. 28, 2013, p. 129.

24 FERRER BARRIENDOS, Agustín. Art. 172: Sentencia de Calificación. In: TIZÓN, J. M. Sagrera; REIXACHS, A. Sala; BARRIENDOS, A. Ferrer (Coord.). *Comentarios a Ley Concursal*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 1777: “(...) *La inhabilitación, en los procesos concursales tenía una finalidad primaria claramente perceptible en lo que disponía el art. 878 del CCom. cuando establecía que el quebrado quedaba inhabilitado para la administración de sus bienes. Se trataba de evitar interferencias con la ocupación y de impedir que pudiera ocultar sus bienes, por eso el párrafo siguiente establecía la nulidad de los actos de administración y disposición posteriores. Sin embargo, esta faceta cautelar no era la única finalidad del precepto Obsérvese que esa inhabilitación no terminaba cuando acababa el proceso de quiebra, sino que perduraba en el tiempo y sólo cesaba si obtenía su rehabilitación. Habrá que reconocer, pues, que, aunque en teoría quepa distinguir entre la finalidad de la inhabilitación y la de las interdicciones, a realidad es que, junto a aquella finalidad cautelar, la inhabilitación que sufría el quebrado para la administración de sus bienes cumplía otra función de prevención característica de las medidas represivas; por un lado, la medida de la imposibilidad de administración de sus bienes, le impedía volver a ejercer un comercio en e que había utilizado de forma inadecuada su libertad negocial, impidiendo pueda perjudicar a otros acreedores; y, por otro lado, tenía también un efecto ejemplar y que iba acompañada de prohibiciones diversas de actividad (interdicciones) que, más allá de justificarse por la imposibilidad de administración, parecen entroncar con los efectos infamantes que la quiebra había significado históricamente y que justifica que profesiones que recaban de una cierta necesidad de honorabilidad, cerraran su acceso al quebrado no rehabilitado, sin darle oportunidad de subsanar o resolver en forma alguna los efectos de la inhabilitación respecto de sus facultades de administración de bienes (...)*”.

bilitação do devedor cumpriria esses dois objetivos: (a) cautelar; e (b) repressiva²⁵.

É importante notar o argumento sustentado por José Machado Plazas²⁶, sustentando que a função sancionadora do concurso também serviria de instrumento para concretização de seu principal objetivo, que é a satisfação dos credores do devedor (*“función solutoria”*), na medida em que, além do efeito pessoal (inabilitação), o juiz também irá impor sanções patrimoniais que irão proporcionar o aumento da massa ativa. Evidentemente que, com o acréscimo de bens e direitos na massa do devedor, haverá maior efetividade para a realização da função primária do concurso, inclusive com a aplicação da regra do art. 172bis da LC.

É necessário notar, ainda, que a justificação para a manutenção da função sancionadora no processo concursal espanhol também pode ser reforçada pelo interesse público que está presente em procedimentos desta natureza. Evidentemente, no concurso de credores há múltiplos interesses que necessitam da proteção do legislador²⁷,

25 José Machado Plazas sustenta que a sanção de inabilitação na LC 22/2003 tem natureza de medida repressivo-sancionadora e preventiva (MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (Coord.). *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 667).

26 MACHADO PLAZAS, José. *El Concurso de Acreedores Culpable*. Calificación y Responsabilidad Concursal. Aranzadi: Navarra, 2006, p. 177: *“(...) El sistema sancionador cumple dos funciones básicas: una tradicional de represión de las conductas ilícitas del concursado o, en su caso, de sus representantes legales o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores. Esta función punitiva es además compatible con la función de satisfacción de los acreedores mediante la imposición de sanciones de naturaleza patrimonial que tienen como efecto el incremento de la masa activa. En este sentido, puede afirmarse que el sistema de sanciones civiles, recogido especialmente en el art. 172 LC se adecua perfectamente a la finalidad del procedimiento concursal que es, en palabras de la Exposición de motivos de la Ley concursal, la satisfacción de los acreedores (...)”*.

27 A existência de múltiplos interesses em um processo concursal não constitui uma novidade, afinal, em obra publicada em 1856, Pablo González Huebra, expôs a importância da conciliação das classes de interesses presentes em um concurso de credores pelo legislador, especificando os três mais relevantes: (a) credores; (b) do comércio em geral e da sociedade; e (c) do devedor: *“(...) Cuando un comerciante se presenta en quiebra, se ofrecen á los ojos del legislador tres clases de intereses que tiene el deber de conciliar: el de los acreedores, que consiste en que no se oculten ni disminuyan los bienes con que han de ser pagados; el del comercio en general y*

especialmente quando estamos diante de uma atividade empresarial²⁸ em crise econômica, por força dos efeitos gerados em relação a terceiros, credores ou não²⁹, os quais são comumente denominados por *stakeholders*³⁰.

el de la sociedad, que lo tienen en que no se repitan estas escenas; y el del quebrado, cuya desgracia, si es verdadera, reclama la protección de la ley para que no se le deje espuesto al rigor de unos acreedores que preocupados con sus pérdidas agraven su situación, añadiendo aflicción al afligido. Estos son los objetos a que la ley tiene que atender, disponiendo la ocupación y venta de los bienes del quebrado para el pago de sus deudas en beneficio de sus acreedores: la calificación de la quiebra para imponer al que resulte culpable las penas a que se haya hecho acreedor, para escarmiento suyo, y para impedir que otros signen su mal ejemplo, y la rehabilitación del inocente para ayudar al desgraciado en cuanto lo permita su situación (...)” (texto original) (GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Tratado de Quiebras*. Madrid: Imp. de C. González, 1856, p. 2. Disponível em: “<http://hdl.handle.net/2027/ucm.5319541635>”. Acesso em: 20 mai. 2016).

28 No direito espanhol, a legislação concursal não se aplica apenas àquelas pessoas consideradas empresárias. O artigo 1º da LC esclarece que o processo concursal será aplicável a qualquer devedor, pessoa física ou jurídica, ou seja, independentemente de serem ou não definidas como empresárias. É diferente do sistema brasileiro, pois a Lei 11.101/2005 somente incidirá para aqueles que preenchem os requisitos para serem conceituados como empresários.

29 As conclusões extraídas das lições do referido doutrinador, atualmente, poderiam encontrar fundamento na racionalidade econômica do procedimento concursal, para se notar os efeitos prospectivos de suas ideias. Nesse sentido, o jurista italiano, Alessandro Nigro, escrevendo sobre a lei de falências italiana e os efeitos da crise financeira de uma empresa, identificou que a mesma não será suportada apenas pelos devedores. A crise financeira de uma empresa atingirá outros atores que estão envolvidos no cenário econômico de exploração de uma atividade econômica, tais como os credores, os empregados, os prestadores de serviços, a comunidade em que está estabelecida e o próprio Estado, os quais são denominados por “stakeholders”. Em razão desta complexidade, nos processos concursais se fazem presentes interesses naturalmente conflitantes. NIGRO, Alessandro. *La Disciplina Delle Crisi Patrimoniali Delle Imprese: Lineamenti Generali – Trattato di Diritto Privato, Diretto da Mario Bessone, Volume XXV*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 154: “(...) *Come osservato nel cap. I, la crisi finanziaria di un'impresa – alla cui soluzione (o governo) sono destinate propriamente, seppure non esclusivamente, le procedure concorsuali – coinvolge non soltanto il debitore, ma anche i soggetti che, per qualsivoglia ragione, sono legati al primo da rapporti giuridici patrimoniali (creditori, lavoratori dipendenti; controparti contrattuali; ecc), comunemente e sinteticamente definiti “Stakeholders”. Si è altresì evidenziato come gli Stakeholders siano portatori di interessi tra loro niente affatto omogenei ed anzi potenzialmente in contrasto e come, conseguentemente, tratto comune e caratteristico delle procedure concorsuali sia, appunto, la loro natura conflittuale. (...)*”.

30 O conceito e o próprio alcance dessa expressão pode ser encontrado em: “http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf”. Acesso em: 20 ago. 2016.

Há interesse público no processo concursal, ainda que na Espanha isso seja potencializado apenas se for iniciada a “*Sección de Calificación*”, quando, então, teremos a discussão sobre a responsabilidade civil das pessoas afetadas pelo concurso culpável e de seus eventuais cúmplices. Não se deve, contudo, confundir o *interesse geral do concurso* com o *interesse público* presente em um processo concursal, pois aquele seria representado pelo Administrador Concursal, ao passo que este é defendido pelo Ministério Público, exatamente como já decidiu o Tribunal Supremo Espanhol³¹.

Dessa forma, independentemente do país onde irá tramitar o procedimento concursal, o interesse público estará sempre presente, com maior ou menor representatividade. Em razão disso, devemos considerar que os interesses individuais de cada um dos envolvidos nessa relação processual não podem se sobrepor à “tutela coletiva do crédito”³².

31 STS 560/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 466/2013. Nº de Resolución: 10/2015. Procedimiento: Casación. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL, de 3 de feb. 2015. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7315316&links=concurso%20acreedores%20interes%20publico&optimize=20150306&publicinterface=true>”. Acesso em: 19 jul. 2016. Confira-se o seguinte trecho: “(...) 2. *La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, de 27 de abril de 2012, declaró el concurso como culpable y determinó como personas afectadas a Tomás y Luis Miguel. Les condenó a la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales, y les inhabilitó durante dos años para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona. No dio lugar a la condena del déficit concursal porque ‘ni el Ministerio Fiscal ni la Administración Concursal, únicos legitimados para su solicitud, instan condena alguna en tal sentido, por lo que ... no cabe establecer condena’.* La sentencia fue recurrida en apelación por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Tributaria e impugnada por los afectados por la declaración de culpabilidad. (...) 3. *La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y la impugnación, señalando, en lo que aquí interesa, que el interés general del concurso lo representa la administración concursal y el interés público el ministerio fiscal, siendo sus peticiones las que vinculan al Juez; las demás partes, incluida la Abogacía del Estado, ‘son terceros intervinientes cuya actuación se limita a hacer declaraciones sobre la culpabilidad del concurso; ... no existiendo previa petición de persona legitimada, no puede formularse condena’ (Fundamento de Derecho Primero).* Con ello, la Audiencia, le negaba a la AEAT legitimación para impugnar la sentencia por cuestiones que no habían sido incluidas por la administración concursal o el ministerio fiscal en sus respectivos escritos (informe y dictamen) (...)”.

32 NIGRO, Alessandro. *La Disciplina Delle Crisi Patrimoniali Delle Imprese*: Lineamenti Generali – Trattato di Diritto Privato, Diretto da Mario Bessone, Volume XXV. Torino: G. Giappichelli

Como exposto, no direito concursal espanhol, ainda subsiste a sua função sancionadora, especialmente pela presença do interesse público que está potencializado em sua fase de “*calificación*”. É certo, também, que a inabilitação das pessoas afetadas pela sentença que reconhece o concurso como culpável, é um dos principais argumentos para se sustentar a necessidade de manutenção da função repressora em ditos procedimentos, bem como a própria existência do interesse público nessa fase, considerando a sua natureza dúplice: repressiva/cautelara. A LC, portanto, não abandonou o sistema punitivo do concurso de credores, mas, como veremos, trouxe um avanço nesse aspecto, exatamente como pretendemos expor, em seguida.

3. Modificação do regime de inabilitação a partir da vigência da LC 22/2003.

Inicialmente, é necessário recordar que na legislação revogada, conforme determinava o artigo 878 do Código Comercial Espanhol de 1885³³, o devedor seria considerado inabilitado após a sentença de “*quiebra*”³⁴, portanto, tratava-se de um efeito imediato de

Editore, 2012, p. 156: “(...) *Orbene, le procedure concorsuali, in virtù dei principi cardine alle quali sono ispirate – e di cui si è dato conto in precedenza –, tendono a scongiurare tale corsa all'accaparramento delle risorse del debitore insolvente, sostituendo alla tutela individuale quella che può essere definita la tutela collettiva del credito. Ed invero, la c.d. 'collettivizzazione' delle procedure esecutive, imposta dal diritto concorsuale, si caratterizza, per un verso, per il blocco delle azioni individuali e per la perdita (per i titolari di garanzie reali) del diritto di esecuzione separata sui beni del debitore, consentendo così di monetizzare –ove esistente – il valore di avviamento dell'impresa insolvente; e, per altro verso, nell'assicurare luguaglianza di trattamento tra tutti i creditori –salve le cause legittime di prelazione –escludendo qualsiasi rilevanza, ai fini del riparto dell'attivo, del criterio cronologico. Si può concludere sul punto ricordando l'efficace espressione di Renouard (che ebbe un ruolo determinante nella redazione della legge del 1838 di riforma della disciplina del code de commerce napoleonico in materia di fallimento): 'tout le mond perd dans une faillite; la sagesse consiste, non à empêcher ou à prévenir des sacrifices forcés, mais à les mesurer et les coordonner' (...)*”.

33 Art. 878 do Código de Comercio de 1885 afirmava que: “*Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes*”.

34 URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 28. ed. Madrid: Marcial Pons, Revisada y Puesta al Día

corrente da falência, como dizia Pablo González Huebra³⁵ e, por conta disso, a partir deste momento o falido estaria impedido de administrar os seus próprios bens³⁶.

José Machado Plazas³⁷ expõe que a LC 22/2003 alterou tal ce-

con la Colaboración de María Luisa Aparicio, 2002, p. 157-158: “(...) *El empresario declarado en quiebra queda ‘inhabilitado para la administración de sus bienes’ (art. 878) y pierde con ello la posibilidad de continuar en el ejercicio de su actividad empresarial. De ahí que el Código afirme que no podrá ‘ejercer el comercio, ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales’, en tanto que no haya obtenido la rehabilitación o esté autorizado en virtud de convenio celebrado con sus acreedores para continuar al frente de su establecimiento... La quiebra, pues, no incapacita al quebrado de un modo total ni definitivo; abre sencillamente un paréntesis en su actividad empresarial, que puede ser cerrado por medio de convenio o por la rehabilitación que hace cesar ‘todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra’... El quebrado no puede continuar el ejercicio de su empresa ni por sí ni por medio de representante (...)*”.

35 GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Tratado de Quiebras*. Madrid: Imp. de C. González, 1856, p. 2. Disponível em: “<http://hdl.handle.net/2027/ucm.5319541635>”. Acesso em: 20 mai. 2016: “(...) *Con respecto al quebrado, produce la inhabilitación para administrar sus bienes, y por consiguiente la prohibición de ejercer actos de dominio sobre todos y sobre cualquiera clase y porción de los que le pertenezcan al tiempo de hacerse la declaración, ó adquiriera después de hecha por cualquiera título hasta que se haya finalizado la quiebra, pagando ó conviniéndose con los acreedores (1). Esta inhabilitación principia desde la suspensión de pagos que es desde cuando existe la quiebra, convierte al quebrado en un simple depositario, por decirlo así, de los bienes que se han de aplicar al pago de sus acreedores, y por consiguiente son nulos todos los actos que ejecute después de la época á que se retrotrae (...)*”.

36 BORJABAD GONZALO, Primitivo. *Derecho Mercantil*. 3. ed. Lleida: Lleida, 1998, v. I, p. 314: “(...) *El quebrado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.2 del Código de Comercio, no puede ejercer el comercio mientras no haya obtenido rehabilitación o esté autorizado, en virtud de un convenio aceptado en Junta General de Acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento, en cuyo caso la habilitación se entiende limitada a lo expresado en el convenio... Así, pues, el quebrado no puede ejercer el comercio ni por sí ni por representante (...)*”.

37 MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (Coord.) *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 667: “(...) *La tipificación de esta sanción personal y la regulación que actualmente se contempla en el art. 172.2.2, rompe el criterio histórico recogido en el art. 878 del CCom 1885, a cuyo tenor, ‘declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes’. En el sistema concursal derogado, la inhabilitación tenía su inicio con la declaración judicial de la quiebra. En el régimen jurídico vigente, la sanción de inhabilitación sólo se justifica en caso de concurso culpable y con el límite temporal de quince años (...)*”.

nário, pois atualmente a inabilitação somente poderá ser determinada se aberta a “*Sección de Calificación*”. Como já expusemos, essa fase do processo concursal é considerada eventual, pois somente será iniciada se houver um “*convenio gravoso*” ou a abertura da fase de *liquidación*. Nota-se, assim, que não é mais considerada como um efeito imediato da sentença que determina a abertura de um concurso³⁸.

É certo que o novo regime adotado pela LC atenuou os efeitos gerados pela inabilitação e que estavam previstos no artigo 878.1 do Código Comercial Espanhol de 1885, tornando-a mais benéfica para as pessoas afetadas pelo concurso culpável³⁹.

38 FERRER BARRIENDOS, Agustín. Art. 172: Sentencia de Calificación. In: TIZÓN, J. M. Sagrera; REIXACHS, A. Sala; BARRIENDOS, A. Ferrer (Coord.). *Comentarios a Ley Concursal*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 1777-1778: “(...) *La Ley Concursal, al refundir procesos concursales liquidatorios y preventivos en un único procedimiento, podría haber relacionado la inhabilitación del concursado con la suspensión de sus facultades de administración, o incluso con la apertura de la liquidación, pero fiel al sentido represivo de esta institución acaba ‘reservándola’ según expresión de la exposición de motivos, a los supuestos de calificación del concurso como culpable. El sentido represivo cobra así su cabal transparencia y oportunidad: se trata de una clara sanción civil temporal que responde a criterios de prevención especial (el concursado que usó inadecuadamente su libertad negocial no podrá hacerlo durante el tiempo de la condena) y de ejemplaridad de la sanción (...)*”.

39 FERNÁNDEZ PÉREZ, Núria. Consideraciones en Torno a la Inhabilitación Tras la Ley 38/2011. In: ROJO, Ángel; CAMPUZANO, Ana Belén (Coord.). *La Calificación del Concurso y la Responsabilidad por Insolvencia – V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia e IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 452: “(...) *Pese a esta primera apreciación, de entrada crítica, debemos reconocer que se han producido mejoras en el régimen de la inhabilitación, al haberse producido una determinación del ámbito subjetivo de la calificación, esto es de las personas afectadas por la calificación*”. Entendemos que essa última afirmação deve ser aceita com reservas, pois a doutrina ainda faz críticas à LC 22/2003 por não ter indicado o devedor como sendo uma das pessoas afetadas pelo concurso culpável. Nesse sentido, confira-se: “(...) *El precepto no se refiere, en absoluto, a la figura del concursado. Si se repasa el tenor literal del artículo 172, 2, 2º LC podrá comprobarse cómo no existe referencia alguna al deudor común. Dada esa omisión, podría llegarse al resultado, desde luego inaceptable, de excluir al concursado de este efecto de la inhabilitación... Ante la anterior conclusión, que obviamente ha de rechazarse, una primera solución podría consistir en ampliar la literalidad de la norma y considerar que bajo la noción de persona afectada por la calificación también ha de incluirse al concursado (...)*” (GARCÍA-CRUCES, José Antonio. *La Calificación del Concurso*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 153).

É possível perceber esse ambiente mais favorável em relação à sanção da inabilitação, observando-se que no regime anterior, se a falência fosse considerada fraudulenta, o devedor não poderia obter a sua reabilitação em nenhum caso, ou seja, teríamos uma hipótese de inabilitação permanente ou perpétua. Por outro lado, nas hipóteses de falências não consideradas fraudulentas, a inabilitação perduraria até a existência de uma outra sentença que determinasse a reabilitação do falido.

Entretanto, já no sistema vigente determinado pela LC, já não há mais espaço para a inabilitação perpétua⁴⁰. A legislação concursal em vigor fixou um prazo de 2 a 15 anos⁴¹ para duração da sanção de inabilitação. E, diferentemente do que acontecia nas falências sem atos considerados fraudulentos, como adverte Salvador Vilata⁴², não

40 FERNÁNDEZ PÉREZ, Núria. Art. 172: Sentencia de Calificación. In: SÁNCHEZ, Esperanza Gallego (coord.). *Ley Concursal: Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*. Madrid: La Ley, 2002, tomo II, p. 650-651: “(...) Como es sabido, la declaración de la quiebra daba lugar inexorablemente a la inhabilitación del quebrado (art. 878.1 CCom), situación en la que permanecía en tanto no hubiera otra resolución judicial que lo habilitara, salvo en los supuestos de quiebra fraudulenta en la que no procedía en ningún caso la rehabilitación. En la Ley Concursal también se recoge la inhabilitación, si bien de forma mucho más atenuada... Bajo el régimen del Código, declarada la quiebra, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes, esto es, queda privado no sólo de la posesión de sus bienes sino también de los poderes de administración y disposición sobre los mismos... En la actualidad, la situación varía notablemente... La inhabilitación en el sentido clásico, únicamente se produce en el caso de que venga declarada por el juez del concurso en la sentencia de calificación con la que concluye la sección sexta (...)”.

41 FERNÁNDEZ PÉREZ, op. cit., p. 651: “(...) Además de lo anterior, también en la tramitación parlamentaria de la ley se flexibilizó el régimen de la inhabilitación y se optó por rebajar el período durante el cual podría ser aplicable la inhabilitación, así como por suprimir la inhabilitación para administrar bienes propios, al considerarlo excesivamente gravoso... En el Anteproyecto la inhabilitación se extendía a la administración de los bienes propios y ajenos y por un período temporal de 5 a 20 años (...)”.

42 VILATA, Salvador. La Sentencia de Calificación. La Responsabilidad Concursal. In: CAMPUZANO, Ana Belén; SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (Directores). *El Derecho de la Insolvencia: EL Concurso de Acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 891: “(...) En el régimen del Código de Comercio, la declaración de quiebra llevaba aparejado como efecto directo la inhabilitación del quebrado (art. 878- Ccom), con pérdida de los poderes de administración y disposición sobre sus propios bienes, y que no se recuperaban con la conclusión del procedimiento sino antes bien

há mais a necessidade de uma sentença para reabilitar a pessoa afetada pela inabilitação, bastando ser concluído o prazo estabelecido para o cumprimento da medida sancionadora.

Além disso, no sistema anterior, a inabilitação gerava o impedimento de administrar os seus próprios bens, mas as regras previstas na LC 22/2003 alteraram esse cenário, pois a referida medida sancionadora terá efeito apenas quanto à administração de bens alheios, ou seja, a pessoa afetada pela inabilitação está autorizada a administrar os seus próprios bens⁴³.

con la rehabilitación (y recuérdese que los quebrados personas físicas cuya quiebra fuera calificada como fraudulenta no podían ser rehabilitados) (...).

43 Com esse cenário, sempre mais favorável às pessoas que podem ser afetadas pela referida medida sancionadora, ainda que os fatos que determinaram a abertura da “*sección de calificación*” sejam anteriores à vigência da LC, esta norma retroagir para que o juiz, por exemplo, possa fixar o prazo de duração da sanção de acordo com o período previsto na LC (2 a 15 anos), além de restringir os efeitos da sanção à administração de bens alheios, conforme já decidido na Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Municipio de Oviedo. Sección 1. Nº de Recurso: 149/2010. Nº de Resolución: 422/2010. Ponente: JAVIER ANTON GUIJARRO. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database-match=AN&reference=5876003&links=inhabilitacion&optimize=20110310&publicinterface=true>”. Acesso em: 4 mai. 2016: “(...) CUARTO: *El siguiente motivo de apelación hace referencia a la sanción de inhabilitación que la Sentencia de primera instancia impone a Don Olegario para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. Sostiene el recurrente que la aplicación retroactiva de dicha sanción para unos hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal, como ocurre en el supuesto aquí examinado, únicamente será posible cuando la conducta imputada a la concursada ya estuviera contemplada por la legislación anterior como merecedora de tal sanción, y ello solo ocurría para los casos de quiebra fraudulenta, pues en tales casos y de conformidad con lo que preceptuaba el art. 920 C.Com. ‘los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados’, mientras que los quebrados no comprendidos en el caso anterior ‘podrán obtener su rehabilitación justificando el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubiesen hecho con sus acreedores’ según disponía el art. 921 C.Com. El motivo de apelación así planteado no podrá, empero, prosperar. Olvida el recurrente que también el art. 878 C. Comercio disponía que ‘declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes’, tratándose por lo tanto de una sanción que operaba desde el inicio mismo del proceso de quiebra, sin una duración determinada, que operaba al margen de la calificación de la quiebra, de manera tal que la consideración de la quiebra como fraudulenta lo único que añadía a estos efectos era el rigor de impedir que el quebrado pudiera obtener la rehabilitación (art. 920 C. Comercio). En cualquier caso, la presencia de deficiencias relevantes en la llevanza de contabilidad ya aparecía*

Não há dúvida de que o novo sistema representou um avanço nesse ponto, mas ainda assim, há algumas questões que continuam gerando muitas dúvidas na doutrina e jurisprudência em relação à sanção de inabilitação. Nesse sentido, iremos analisar a possibilidade do juiz aplicar a sanção de inabilitação de ofício, ou seja, sem que tenha sido postulada expressamente por ao menos uma das partes legitimadas na “*Sección de Calificación*”: o Administrador Concursal e o Ministério Público.

4. Possibilidade da sanção de inabilitação ser aplicada de ofício.

O artigo 172 da Lei Concursal Espanhola⁴⁴ estabelece que a

contemplada en la vieja legislación como causa para incurrir en quiebra fraudulenta (así en los nº 2, 4, 5 y 6 del art. 890 C.Com.), existiendo incluso una presunción iuris tantum de quiebra fraudulenta en el art. 891 C.Com. cuando el estado de la contabilidad no permitía conocer la verdadera situación del quebrado. En definitiva, no se trata de que la sanción de inhabilitación no estuviera prevista para una conducta como la que aquí nos ocupa, pues tal sanción existía y se aplicaba ope legis con la sola declaración de quiebra, sino que en el caso de ser calificada la quiebra como fraudulenta el quebrado no era rehabilitable, consideraciones que conducen a entender que no existe impedimento alguno derivado del art. 2-3 C.Civil y del principio tempus regit actum para que con la legislación vigente le pueda ser impuesta al ahora apelante la sanción de inhabilitación por un tiempo de dos años (...).

44 “Ley Concursal Nº. 22 de 09 de julio de 2003 – Artículo 172. Sentencia de calificación. 1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación. 2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 1º La determinación de 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 que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios. 2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos

sentença que considera o concurso como culpável deverá expressar as causas em que se fundamenta a “*calificación*” e conterà, ademais, pronunciamentos que são específicos⁴⁵: (a) a determinação das pessoas afetadas; (b) a inabilitação das pessoas afetadas pela “*calificación*” para administrar bens alheios durante um período de dois a quinze anos, assim como para representar a qualquer pessoa durante o mesmo período; (c) a perda de qualquer direito que as pessoas afetadas pela “*calificación*” ou declaradas cúmplices tiveram como credores do falido ou da massa falida e a condenação para devolver os bens ou direitos que tenham obtido indevidamente do patrimônio do devedor ou que tiveram recebido da massa falida, assim como a indenizar os danos e prejuízos causados; (d) condenar os cúmplices que não tiveram a condição de credores à indenização pelos danos e prejuízos causados.

Após reconhecer que um determinado processo concursal deve ser considerado como culpável, de acordo com a LC, o juiz deveria reconhecer, nessa mesma decisão, o efeito da inabilitação. O problema que poderia surgir em um caso concreto, como já antecipamos, é a omissão das partes legitimadas em postular expressamente a aplicação da sanção da inabilitação em suas manifestações. Em uma hipótese como essa, o juiz teria liberdade para reconhecê-la de ofício?

durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos. 3º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados. 3. La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

45 Em razão do conteúdo deste trabalho, não iremos abordar as demais questões referentes ao conteúdo da sentença de “*calificación*”. Assim, nos limitaremos a analisar o tema pertinente à sanção de inabilitação.

A polémica se justifica, em especial, porque o artigo 172 da LC parece utilizar o verbo “conter” de forma imperativa para o magistrado. A redação do referido dispositivo é a seguinte: “*la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá*”. A interpretação literal desse dispositivo conduziria à conclusão de que a inabilitação é uma consequência necessária e direta da sentença que reconhece o concurso como sendo culpável, o que significaria uma exceção ao princípio dispositivo⁴⁶, segundo o qual as partes legitimadas deverão provocar o juiz para que ele possa prestar a jurisdição.

Desse modo, seguindo essa primeira linha de interpretação, Alfonso Muñoz Paredes⁴⁷ sustenta que o juiz não poderia deixar de

46 MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (Coord.) *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 667: “(...) *Esta inhabilitación constituye, en sentido propio, una sanción personal, esto es, un reproche de desvalor social de la concreta conducta ilícita. Que se trata de una sanción, si bien temporal, no hay duda; así lo manifiesta la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Su imposición corresponde al juez en sentencia, sin estar sometido al principio dispositivo (...)*”.

47 MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 711-712: “(...) *En materia de inhabilitación, en cuanto afectante al orden público económico, hay consenso en que constituye un efecto directo de la calificación culpable del concurso, de modo que aunque no exista petición o ésta sea genérica la sentencia ha de declarar la inhabilitación (...)*”. No mesmo sentido, vide, também: VILATA, Salvador. La Sentencia de Calificación. La Responsabilidad Concursal. In: CAMPUZANO, Ana Belén; SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (Directores). *El Derecho de la Insolvencia: EL Concurso de Acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 891: “(...) *La sanción de inhabilitación debe imponerse en todo caso cuando el concurso se califique como culpable: esto es, aun cuando tal medida no se hubiere solicitado expresamente Al respecto, debe tenerse en cuenta que el principio dispositivo que inspira el proceso civil no rige propiamente en esta sede en cuanto que viene inspirada por criterios de orden público (...)*”. GUILHARTE, Cristina. La Suspensión de la Inhabilitación. *Anuario de Derecho Mercantil*. Espanha, n. 15, 2008-3, p. 388-389: “(...) *Así pues, declarado el concurso culpable, la inhabilitación es un efecto ex lege, indisponible, y provoca, ineludiblemente, las consecuencias negativas que la Ley anuda a tal declaración. No hay un margen de discrecionalidad concedido al juez para que adapte la previsión legal a las circunstancias del caso, no existe aquí la flexibilidad que se reconoce en otras fases del procedimiento concursal (...)*”. GARCÍA-CRUCES, José Antonio. La Calificación del Concurso. *Revista Del Poder Judicial*, Madrid, XVIII, Número Especial, 2004, p. 539: “(...) *La pena de inhabilitación, en cuanto efecto propio de la calificación del concurso como culpable, tiene carácter necesario. La sentencia de calificación ha de incorporar*

aplicar a sanção de inabilitação quando for proferir a sentença que qualifique o concurso como sendo culpável, não existindo, dessa maneira, uma discricionariedade para o magistrado nessa hipótese. É possível encontrar essa mesma orientação na jurisprudência, havendo convergência de entendimento nos tribunais com sede em Barce-

este efecto *personal siempre y cuando medie la previa calificación de culpabilidad del concurso y en el momento en que se dicta existan sujetos sobre los que tal efecto pueda recaer. Si la sentencia contiene los dos primeros pronunciamientos – calificación del concurso como culpable y determinación subjetiva del concurso culpable – el juez del concurso está obligado a hacer recaer esa pena de inhabilitación sobre tales sujetos (...)*”. MACHADO PLAZAS, José, op. cit., p. 667: “(...) A nuestro juicio, aunque la Administración concursal no la solicite, declarado culpable el concurso, la sanción personal ha de imponerse por el juez, de oficio, conforme a los criterios determinados en la ley concursal. Esta tesis fue la acogida en el III Encuentro de Jueces especialistas celebrado en Salamanca los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 (...)”. ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. *La Calificación en el Concurso de Acreedores*. Barcelona: Bosch, 2014, p. 359: “(...) La inhabilitación tiene carácter necesario una vez declarado culpable el concurso y determinadas las personas afectadas por la misma, para que el juez la imponga de oficio, aunque no hayan solicitado los legitimados para ello: la administración concursal o el Ministerio Fiscal (...)”. SANZ ACOSTA, Luis. Sentencia de Calificación. In: LÓPEZ, Enrique; CASTILLO, Agustín Macías (Coord.). *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2012, p. 789-790: “(...) La sanción de inhabilitación es necesaria y, por tanto, debe obrar en la sentencia que califique el concurso como culpable, como un efecto personal ineludible, aunque no sea solicitada por la administración concursal ni el Ministerio Fiscal (...)”. FERNÁNDEZ PÉREZ, Núria. Consideraciones en Torno a la Inhabilitación Tras la Ley 38/2011. In: ROJO, Ángel; CAMPUZANO, Ana Belén (Coord.). *La Calificación del Concurso y la Responsabilidad por Insolvencia – V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia e IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 463: “(...) Habida cuenta, como se comentó anteriormente, que nos encontramos ante una sanción, debe en todo caso imponerse de oficio – el propio artículo 172.2. LC dice que la sentencia ‘contendrá’, aún cuando no haya habido petición expresa por parte de la administración concursal o del Ministerio Fiscal. Son por otra parte abundantes los pronunciamientos en los que se alude a la obligatoriedad de la imposición de la sanción, aún cuando no haya petición por la administración concursal (...)”. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Calificación del Concurso*. Doctrina y Jurisprudencia. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 282: “(...) Este pronunciamiento **tiene carácter necesario**, es decir, constituye un contenido obligado de la sentencia que califique el concurso como culpable, que debe contener la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, la cual tiene, como en la legislación anterior, una doble finalidad, sancionadora y preventiva. En consecuencia, si la sentencia declara el concurso como culpable tiene que acordar la inhabilitación, aunque la administración concursal y el ministerio fiscal no lo hubieran interesado (...)” (o negrito é nosso).

lona⁴⁸ e Madrid⁴⁹. Ademais, esse raciocínio também se sustentaria em razão do interesse público que está presente na “*Sección de Calificación del Concurso*”, bem como por conta da própria natureza sancionadora da norma⁵⁰.

48 Audiencia Provincial. Sala de Audiencia Provincial de Barcelona. Sede: Barcelona. Sección 15. Nº de Recurso 596/2006. Nº de Resolución: 231/2007. Procedimiento: Civil. Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, de 27 abr. 2007. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=340883&links=curso%20acreedores&optimize=20071004&publicinterface=true>”. Acesso em: 10 mai. 2016: “(...) *Para interpretar el alcance de esta inhabilitación debemos atender al sentido de la calificación concursal, que viene determinado por la consideración del interés público afectado por la insolvencia de un deudor común. Antes y ahora, la insolvencia de un deudor común, máxime si se trata de un comerciante, por sus consecuencias perniciosas para la economía de la comunidad y para la particular de sus acreedores, se consideraba y se considera una defraudación del crédito recibido. La seguridad del tráfico exige que cuando esta defraudación ha sido provocada por una conducta dolosa o culpable del deudor o de las personas que actúan por él, o han incurrido en alguna de las conductas que la Ley equipara para calificar culpable el concurso, los responsables sean apartados temporalmente del tráfico económico, y en concreto de: la realización del comercio y de formar parte de un órgano de administración de una compañía mercantil (art. 13.2 Ccom); y de la administración de patrimonios ajenos, o de la representación o administración de cualquier persona (art. 172.2.2º LC). No se le considera digno de administrar los bienes e intereses económicos de otros, ya sean personas físicas o compañías o demás entidades jurídicas que actúan en el tráfico, durante el tiempo impuesto en la sentencia de calificación, que no será inferior a dos años ni superior a quince (...)*”.

49 Audiencia Provincial. Sala de Audiencia Provincial con sede en Madrid. Sede: Madrid. Sección 28. Nº de Recurso: 399/2013. Nº de Resolución: 182/2015. Procedimiento: Recurso de Apelación. Ponente: ENRIQUE GARCIA GARCIA. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=7460075&links=%22182%2F2015%22&optimize=20150904&publicinterface=true>”. Acesso em: 13 mai. 2016: “(...) *Calificado el concurso como culpable, y determinadas las personas afectadas por la misma, debe pronunciarse el juez, además, sobre el alcance de la inhabilitación que resulte procedente imponer al afectado por aquella para administrar los bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona, al ser una consecuencia necesaria de la calificación en defensa del interés público. Así se deduce de los imperativos términos del artículo 172.2.2º de la Ley Concursal cuando afirma que: ‘La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: ...2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación (...)*”.

50 Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Madrid. Sede: Madrid. Sección: 7. Nº de Recurso: 182/2006. Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores. Ponente: SANTIAGO SENENT MARTINEZ. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=128494&links=&optimize=20080529&public>”.

É importante destacar a observação feita por Javier López Sánchez⁵¹, no sentido de que os tribunais espanhóis consideram que ao menos três conteúdos da “*sentencia de calificación*” são consequências que deverão ser impostas de ofício pelo magistrado: (a) *sanción de inhabilitación*; (b) *sanción de pérdida de derechos de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices*; y (c) *la condenada en devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa*.

Merece ser ressaltada, ainda, a menção feita por Carlos Nieto Delgado⁵², no tocante ao posicionamento dos Juízes Especialistas fir-

interface=true”. Acesso em: 10 mai. 2016: “(...) *No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita. Es una medida represivo-sancionadora y preventiva (Machado Plazas, El concurso de acreedores culpable, Cizur Menor, 2006 pág. 177 y ss). Estamos, por tanto, según indica la Exposición de Motivos de la Ley concursal, ante una sanción. Una sanción no penal, pero que se basa en algunos principios comunes (...)*”.

51 LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier. *El Proceso Concursal*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 754: “(...) *En este punto, conviene advertir la existencia de tres posibles contenidos de la sentencia de calificación que nuestros tribunales han considerado como consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable, que se impondrán por el juez del concurso de oficio, sin necesidad de que haya mediado solicitud de parte. Se trata de la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona (art. 172.2.2 LCon) y de la sanción de pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declarada cómplices tuvieran como acreedores concursales o de masa, así como la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2.3 LCon) (...)*”.

52 NIETO DELGADO, Carlos. La Calificación del Concurso. In: SANZ, Fernando Martínez (Director); PUETZ, Achim (Coord.). *Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 922: “(...) *En el III Encuentro de Jueces Especialistas celebrado en Salamanca los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2006 se aprobó como conclusión que los pronunciamientos relativos a la inhabilitación, pérdida de derechos y devolución de lo indebidamente percibido no precisaban de una previa petición de parte, debiendo la sentencia contener la oportuna condena sobre tales extremos por ser consecuencia necesariamente anudada a la declaración del concurso culpable. Dichas conclusiones carecen obviamente de valor vinculante. En los casos en que los escritos de calificación de la Administración concursal y el Ministerio Fiscal hubieran omitido cualquier petición en tal sentido, la praxis judicial ha oscilado desde la facultad de imposición y graduación de oficio en la Sentencia (SJM n. 1 de Madrid de 16 de enero de 2007), hasta la imposición de la sanción en su grado mínimo (SJM de Oviedo de 2 de junio de 2007) (...)*”.

mado no III Encontro celebrado em Salamanca nos dias 30 de novembro e 1 de dezembro de 2006, quando foi aprovada a conclusão de que a sanção de inabilitação, a declaração de perda dos direitos e devolução daquilo recebido indevidamente não demandariam um pedido expresso das partes legitimadas.

Em sentido contrário, Juli de Miquel Berenguer⁵³ sustenta que a inabilitação somente poderia ser imposta quando houvesse um pedido expresso pelas partes legitimadas, estando o magistrado impedido de reconhecê-la de ofício, especialmente porque isso significaria uma violação direta ao artigo 218 da “*Ley de Enjuiciamiento Civil*”⁵⁴ que disciplina o princípio da congruência entre a pretensão deduzida e a sentença a ser proferida.

Ademais, de acordo com o referido autor, quando o legislador deseja se valer de uma presunção *iure et iure*, ele utiliza a expressão

53 MIQUEL BERENGUER, Juli de. *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores*: concurso fortuito – concurso culpable. 1. ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 120: “(...) *En mi opinión para que proceda la inhabilitación la misma debe haber sido solicitada. No parece admisible que en un régimen procesal de justicia rogada en el que la congruencia con las peticiones de las partes es fundamental, tal como establece el artículo 218 de la LEC, se pueda admitir que el juez per se pueda introducir la inhabilitación como sanción específica sin haberla solicitado ninguna de las partes comparecidas. Hay dos argumentos más que creo apoyan esta: cuando el legislador pretende una determinada calificación del concurso, como es el caso de las presunciones iuris et de iure utiliza una expresión imperativa, que no ofrece lugar a dudas: ‘en todo caso’. En segundo lugar hay que destacar la importancia que tienen al respecto el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal, hasta el punto de que si ambos coinciden con calificar como fortuito del concurso, pese que ésta no sea la posición de los acreedores o interesados legítimos comparecidos, el juez se va a ver obligado a archivar las actuaciones dictando el pertinente auto. En definitiva la sentencia de calificación va a estar sometida a una congruencia especial que deriva de la posición que adopten el administrador y el Ministerio Fiscal. De la misma forma es razonable opinar que si ellos en su calificación, al formular la propuesta de resolución, a la que están obligados según el artículo 169.1 de la LC, nada dicen respecto a la inhabilitación, creo que lo procedente procesalmente es que el juez no pueda aplicarle per se (...)*”.

54 “Artículo 218º Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación 1º Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate (...)”.

“em todo o caso”, mas isso não teria ocorrido nessa hipótese, deixando margem para se deduzir que não há possibilidade do magistrado atuar de ofício. E, por fim, um outro argumento é perceber que o juiz, mesmo quando há provas inequívocas de um concurso culpável, deverá arquivar o procedimento quando as manifestações do administrador concursal e do Ministério Público forem coincidentes no sentido de qualificar o concurso como fortuito. Esta posição tomada pelas duas partes legitimadas, ainda que não representem a posição de terceiros interessados ou dos próprios credores, vincularia o magistrado e, por consequência, haverá o arquivamento do procedimento, sem possibilidade de recurso⁵⁵.

Nessa linha de raciocínio, há decisão do “*Juzgado de lo Mercantil de Coruña*”⁵⁶, na qual foi feita uma dura crítica à possibilidade

55 “Artículo 170. Tramitación de la sección. 1. Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno”.

56 SJM. Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Coruña. Sede: Coruña (A). Sección: 1. Nº de Recurso: 49/2004. Procedimiento: Apelación. Ponente: PABLO SOCRATES GONZALEZ-CARRERO FOJON, de 20 jun. 2006: “(...) Ni el informe de la administración concursal ni el dictamen del Ministerio Fiscal se han pronunciado acerca de la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación, que es contenido necesario de la sentencia que declara el concurso como culpable (artículo 172. 2 2º). Y es discutible desde la perspectiva del derecho de defensa y del principio de congruencia que el Juez pueda imponer a una de las personas afectadas por la calificación una sanción civil que ninguna de las partes legitimadas ha solicitado. Ocurre, además, que los hechos que determinan la calificación del concurso como culpable son todos ellos de una época anterior a la entrada en vigor de la Ley concursal – el 1 de septiembre de 2004 – excepto alguno de los pagos hechos por la sociedad a los administradores por un importe total de 67.414,20 Euros, que se sitúan, sin mayor precisión, ‘entre agosto y septiembre de 2004’. Ni el informe de la sección de calificación ni el de la fase común del concurso concretan las fechas y los importes de los reintegros que sitúan entre agosto y septiembre de 2004, ni los asignan por su respectivo importe a cada administrador de PAIS LAGO S.L., con lo que no es posible saber qué actos de esta naturaleza se han realizado, y por quién, con posterioridad al 1 de septiembre de 2004 y cuáles, en su caso, antes de esa fecha. La precisión es relevante porque, siendo la inhabilitación de los administradores de las personas jurídicas deudoras una pena o sanción civil creada por la ley concursal e inexistente en el derecho anterior, su imposición en función de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley choca con la prohibición de la

de um juiz aplicar, de ofício, a sanção de inabilitação. De acordo com a referida decisão, a atuação do magistrado nesse cenário poderia ensejar uma violação ao direito de defesa e ao princípio de congruência.

Como se pôde perceber, o posicionamento amplamente majoritário é no sentido de que a sanção de inabilitação será considerada como uma consequência necessária do reconhecimento de um concurso culpável, podendo o magistrado aplicá-la de ofício, sem que haja ofensa à congruência, pois estaríamos diante de uma exceção ao referido princípio, justificada especialmente pelo interesse público que predomina nessa fase do processo concursal e pela própria redação do artigo 172 da Lei Concursal que determina em caráter imperativo a aplicação da aludida sanção. Ademais, não haveria ofensa ao direito de defesa, considerando que as pessoas afetadas pela sentença de qualificação do concurso se defendem, na verdade, dos fatos que justificariam a condenação do concurso como sendo culpável e não da inabilitação propriamente dita.

Note-se que o enfoque dado a esse ponto, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, independentemente da corrente defendida, é a possibilidade ou não de o juiz atuar de ofício para reconhecer a sanção de inabilitação. Em nossa percepção, contudo, a questão deveria ser resolvida de outra forma: o juiz não atuaria de ofício, reconhecendo a inabilitação não postulada expressamente pelas partes, pois o que o magistrado faz, em realidade, é introduzir em sua sentença um conteúdo que representa uma consequência necessária decorrente de um concurso considerado como culpável.

Há, portanto, uma verdadeira obrigação em se introduzir na sentença que reconhece o concurso como culpável, os seus efeitos

aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras (artículo 9. 3 de la C.E. y disposición transitoria tercera del Código civil). En función de lo expuesto no se impondrá a las personas afectadas por la calificación la sanción de inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar o administrar a cualquier persona (...)”.

previstos no art. 172 da LC e, dentre estes, há a inabilitação da pessoa afetada. Não se trata de agir de ofício, pois houve uma pretensão expressamente deduzida pelas partes para que o concurso fosse considerado culpável. O magistrado somente agiria de ofício se ele próprio tivesse determinado a culpabilidade do concurso sem que as partes legitimadas o tivessem expressamente postulado.

De toda forma, a aplicação da sanção da inabilitação fará com que o juiz tenha que fixar o prazo de sua duração, que poderá ser de 2 a 15 anos. Analisaremos, em seguida, os critérios que o juiz deverá empregar na fixação deste prazo, inclusive quando a sanção for aplicada de ofício ou envolvendo concursos conexos de sociedades integrantes do mesmo grupo societário.

5. Fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação.

De acordo com o artigo 172.2.2⁵⁷ da LC, o juiz deverá fixar o prazo de duração da inabilitação entre 2 a 15 anos, atendendo a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a culpabilidade reconhecido em outros concursos⁵⁸, sempre em decisão fundamentada para cada pessoa afetada pela sentença que considere o concurso como sendo culpável⁵⁹. Vê-se, portanto, que o juiz não tem total liberdade para

57 “Art. 172.2º *La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos*”.

58 GARCÍA-CRUCES, José Antonio. La Calificación del Concurso. *Revista Del Poder Judicial*, Madrid, XVIII, Número Especial, 2004, p. 539.

59 GURREA MARTÍNEZ, Aurelio. *La Calificación Culpable del Concurso por Errores e Incumplimientos Contables*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 232: “(...) *De hecho, el juez del concurso tiene el deber de especificar; para cada sujeto afectado, la duración de la inhabilitación, que puede oscilar entre dos y quince años (...)*”.

fixar o prazo de inabilitação⁶⁰, o que, aliás, seria inconcebível⁶¹.

Ademais, como já foi decidido pelo Tribunal Supremo da Espanha⁶², espera-se que o juiz tenha maior cuidado ao fundamentar a sua decisão sempre que ela se aproximar do prazo máximo de 15

60 A professora Núria Fernández Pérez considera que o arbítrio judicial ainda é muito amplo.

61 MACHADO PLAZAS, José. La Sentencia de Calificación. In: DELGADO, Carlos Nieto (coord.). *Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 668: “(...) *La duración del período de inhabilitación se determinará, a discreción del juez del concurso, conforme a tres criterios legales amplios: la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y la declaración culpable en otros concursos* (...)”.

62 Sobre este tema relacionado à fundamentação da decisão que determina o prazo de inabilitação da pessoa afetada pelo concurso considerado culpável, é importante fazer referência à decisão do Tribunal Supremo, Resolución de 1º jun. 2015. STS 2451/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1449/2013. Nº de Resolución: 327/2015. Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA, de 1º jun. 2015, quando foi esclarecido que o juiz tem uma certa discricionariedade para a fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação, se a impõe em um grau médio, ou seja, não se aproxima do máximo legal permitido, como foi decidido no caso concreto em que a penalidade foi ajustada em 5 anos: “(...) 5. – *Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad para realizar determinados pronunciamientos (como, por ejemplo, la duración de la inhabilitación en la sentencia que califique el concurso como culpable). No habiéndose optado por una duración máxima ni mínima de la sanción, no se entiende exigible una especial motivación para imponer tal medida, dado que la misma es consecuencia ineludible de la calificación del concurso como culpable y de la declaración de determinadas personas como especialmente afectadas por tal calificación.* El Juzgado Mercantil razonó por qué se imponía la sanción de inhabilitación en esa extensión, con unos argumentos que no fueron cuestionados ante la Audiencia Provincial y que esta, al confirmar la sentencia en este extremo, asumió (...) 2. – *Respecto de la inhabilitación, al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal ya se ha expresado que, tratándose de un pronunciamiento necesario cuando el concurso ha sido calificado como culpable, no es precisa una especial justificación cuando se impone en un grado medio, no obstante lo cual el Juzgado Mercantil lo razonó en su fundamento tercero. Los órganos de instancia gozan de un margen de discrecionalidad en la fijación de la duración de la inhabilitación que imponen a las personas especialmente afectadas por la declaración del concurso como culpable. La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto de recurso de casación, salvo casos de evidente y notorio error de hecho, o cuando el tribunal de instancia resuelva el tema de que se trata de forma caprichosa, desorbitada o injusta* (...)” (o negrito é nosso).

anos, sendo tal posicionamento observando por outras instâncias, como é exemplo a decisão do “*Juzgado de lo Mercantil de Oviedo*”⁶³ e do “*Juzgado de lo Mercantil de Murcia*”⁶⁴.

Além da necessidade de serem observados tais critérios, existem outros pontos específicos relacionados à fixação do prazo de duração da inabilitação. Assim, por exemplo, será necessário analisar como o juiz irá fixar o tempo de vigência desta medida sancionadora quando não houver o pedido expresso pelas partes legitimadas, o que faremos a seguir.

5.1. Ausência de pedido expresso pelas partes legitimadas e a duração do período de inabilitação.

Quando adotada a tese da possibilidade de o juiz agir de ofício, para introduzir em sua sentença a sanção de inabilitação, será necessário analisar, por consequência, se o magistrado terá liberdade para graduar a sanção de inabilitação dentro do intervalo legal esta-

63 Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Oviedo. Sede: Oviedo. Sección: 1. Nº de Recurso: 67/2009. Nº de Resolución: 69/2016. Procedimiento: Apelación. Concurso de acreedores. Ponente: ALFONSO MUNOZ PAREDES: “*Con respecto a la inhabilitación, el número y gravedad objetiva de las conductas concurrentes, unido a los daños y perjuicios causados (a los que nos referiremos a continuación) nos debe llevar al grado superior de la borquilla, fijándola en 10 años (...)*”. A referida decisão analisa com profundidade o conjunto probatório para aplicação da inabilitação.

64 SJM MU 4362/2015. Juzgado de lo Mercantil. Juzgado de lo Mercantil de Murcia. Sede: Murcia. Sección: 1. Nº de Recurso: 71/2014. Nº de Resolución: 338/2015. Procedimiento: Apelación. Concurso de acreedores. Ponente: MARIA DOLORES DE LAS HERAS GARCIA, de 3 dez. 2015. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database-match=AN&reference=7650761&links=%22complice%22%20Y%20%22calificacion%22%20Y%20%22concurso%22&optimize=20160427&publicinterface=true>”. Acesso em: 16 jun. 2016: “*(...) La fijación del período de inhabilitación debe efectuarse atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Teniendo en cuenta los hechos que han motivado la calificación del concurso como culpable y su imputación se estima procedente imponer la inhabilitación en el grado que se interesa por el Ministerio Público de 12 años (...)*”.

belecido pelo legislador – entre 2 e 15 anos –, ou, ao contrário, se a mesma deverá ser fixada obrigatoriamente em seu mínimo legal de 2 anos.

A primeira orientação acerca desta discussão é defendida por, Jacinto-José Pérez Benítez⁶⁵, o qual sustenta que a sanção de inabilitação poderá ser aplicada de ofício pelo magistrado, pois não estaria submetida ao princípio da congruência (entre o pedido e a sentença), mas, nesse caso, a sanção teria que ser forçosamente fixada em seu grau mínimo de 2 anos⁶⁶.

Seguindo essa linha de orientação, o Tribunal Supremo da Espanha já enfrentou esta discussão e admitiu que, não havendo pedido expresso das partes legitimadas, o juiz deverá reconhecer a sanção da inabilitação de ofício, mas não poderá fixar a penalidade além de seu mínimo legal⁶⁷.

65 PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto-José. Problemas Procesales de la Calificación del Concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, Navarra, n. 14, 2008-2, p. 175: “(...) *El efecto personal, consistente en la sanción de inhabilitación, no se encuentra, a diferencia del resto de posibles pronunciamientos, sometido al principio de congruencia, pudiendo ser impuesta aunque no solicitada, si bien, en tal caso, forzosamente en su grado mínimo de dos años (...)*”.

66 Da mesma forma, Antonia Magdaleno e Killian Beneyto, também admitem a possibilidade da medida sancionadora de inabilitação ser reconhecida de ofício pelo magistrado, mas, quanto ao seu prazo de duração, o juiz teria que fixá-lo em 2 anos, que é o mínimo legal. MAGDALENO, Antonia; BENEYTO, Killian. *Aspectos Procesales de la Práctica Concursal*. Barcelona: Bosch, 2015, p. 301-302: “(...) *De su lectura y la del propio mandato del precepto (contendrá, además los siguientes pronunciamientos) se desprende la aparente capacidad de oficio para imponer los referidos efectos inhabilitadores, incluso aunque la estima pretensión de calificación culpable no lo previera expresamente en su petitum Aunque pueda defenderse que estamos ante una consecuencia anudada a la culpabilidad, como bien señala algún autor no deja de ser llamativo que ni tan siquiera en el orden jurisdiccional penal se permita al juez la imposición de una pena no solicitada expresamente, con el único y pobre límite del generoso baremo orientativo en cuanto a su duración Es por ello que existe más de una resolución que interpreta, ante la ausencia de una petición de inhabilitación expresa, limitar a la interposición del plazo mínimo que señala la LC (dos años), solución que en estas circunstancias nos parece de la más acorde (...)*”.

67 Nesse sentido, pode-se observar a Resolución, el Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1331/2013. Nº de Resolución: 128/2015. Procedimiento:

Casación. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL (STS 1407/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Nº de Recurso: 1331/2013. Nº de Resolución: 128/2015. Procedimiento: Casación. Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL, de 18 mar. 2015. Disponible em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7357494&links=concurso%20acreedores%20y%20inhabilitaci%C3%B3n&optimize=20150424&publicinterface=true>”. Acesso em: 31 mai. 2016). A Corte Suprema acabou reduzindo a sanção, inicialmente fixada em 3 anos, para o mínimo legal de 2 anos, justamente por não ter sido feito um pedido expresso pela parte legitimada. Não se acolheu a justificativa de que o prazo de 3 anos estaria dentro de um intervalo considerado mínimo, pois a sanção poderia ser fixada em até 15 anos e, por isso, poderia ser mantida em 03 anos. “(...) 8. *La representación de D. Pio y D. Samuel, interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos: (...) SEGUNDO.- Infracción del art. 172.2.2º LC. En este segundo motivo el interés casacional estará en determinar el alcance del periodo de inhabilitación de las personas afectadas por la calificación cuando en los informes de calificación no se ha hecho petición expresa de esta inhabilitación.*” (...)4. *El Juzgado de lo mercantil dictó sentencia, calificando el concurso como culpable, confirmando como personas afectadas las propuestas por la administración concursal, e inhabilitándoles por un periodo de tres años para administrar bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona. Este último pronunciamiento lo dicta de oficio, por entender que la inhabilitación es un efecto necesario y ex lege que impone el art. 172.2.2º LC.* (...)5. *La sentencia del Tribunal de apelación desestimó los recursos de apelación interpuestos por D. Samuel, D. Pio y la concursada. (...) Confirmó la sentencia de primer grado y la completó por auto de 1 de abril de 2013, en el sentido de confirmar la condena de inhabilitación que no razonó en sus fundamentos de derecho, señalando que el periodo de tres años está dentro del grado mínimo en un tramo que va de dos a quince años.* (...) CUARTO.- *Formulación del segundo motivo y su estimación parcial. El motivo segundo descansa en la “infracción del art. 172.2.2º LC. En este segundo motivo el interés casacional estará en determinar el alcance del periodo de inhabilitación de las personas afectadas por la calificación cuando en los informes de calificación no se ha hecho petición expresa de esta inhabilitación.” En cuanto a la infracción del art. 172.2.2º LC, referida a la inhabilitación temporal (entre dos y quince años) de las personas afectadas, destaca el recurrente que los criterios de las Audiencias son contradictorios o, mejor, no existe un criterio unánime. La sentencia recurrida, señala el recurrente, sigue la corriente según la cual se trata de un pronunciamiento necesario de la sentencia que califique como culpable el concurso; otras siguen la orientación contraria y, en base al principio de justicia rogada (art. 216 LEC), al no haberse solicitado la inhabilitación por la administración concursal ni por el ministerio público, aún siendo un pronunciamiento necesario, entienden que sólo puede fijarse el tiempo mínimo legal, es decir, dos años, que sería el caso enjuiciado. En este extremo debe estimarse, en parte, el motivo. Cuando no se ha solicitado la inhabilitación a que se refiere el art. 172.2.2º LC por ninguna de las partes legitimadas a quienes se les encomienda la formulación de las pretensiones en la sección de calificación (la administración concursal y el ministerio fiscal), en forma de propuesta de resolución (ex art. 169.1 LC), el Juez, de acuerdo con el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), no puede condenar más allá del mínimo legalmente establecido, es decir, dos años. El motivo se estima, en parte”.*

Esta primeira posição está fundamentada no princípio de justiça rogada, previsto no artigo 216 da *Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC*⁶⁸, segundo o qual o juiz ou o tribunal deverão fundamentar suas decisões com base nos fatos, provas e pretensões deduzidas pelas partes, salvo quando a lei dispuser expressamente em sentido contrário.

Há, todavia, posicionamento minoritário em sentido contrário, concedendo liberdade ao magistrado para a fixar o prazo de duração sanção da inabilitação dentro do intervalo legal de 2 a 15 anos, observando-se, para tanto, a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a inabilitação em outros concursos. Assim, por exemplo, em um caso concreto, atendendo aos parâmetros já citados, o juiz poderia fixar o prazo de inabilitação em 10 anos, afastando-se, por consequência, do seu mínimo legal⁶⁹.

Em nossa opinião, o juiz deve ter a possibilidade de fixar o prazo de duração da sanção de inabilitação de acordo com o que dispõe a própria LC, independentemente de ter sido postulado expressamente ou não a aplicação dessa medida sancionadora por uma das partes legitimadas. Ora, se há posicionamento majoritário, inclusive do Tribunal Supremo da Espanha, admitindo que a inabilitação é consequência necessária de uma sentença que reconhece o concurso como culpável, não nos parece adequado limitar a atuação do magis-

68 “Artículo 216 – Principio de justicia rogada: Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

69 ROMERO SANZ DE MADRID, Carlos. *La Calificación en el Concurso de Acreedores*. Barcelona: Bosch, 2014, p. 359: “(...) La inhabilitación tiene carácter necesario una vez declarado culpable el concurso y determinadas las personas afectadas por la misma, para que el juez la imponga de oficio, aunque no hayan solicitado los legitimados para ello: la administración concursal o el Ministerio Fiscal Pero dentro de la obligación del Juez, éste podrá graduar la duración entre el mínimo de dos años y el máximo de quince años, atendiendo a la concreta intervención de las personas afectadas en la insolvencia generada o agravada por su actuación (gravidad de los hechos), la entidad del déficit patrimonial, y la inhabilitación en otros concursos. Pero también se ha sostenido que si no se pidiese una determinada duración en los escritos de formulación de pretensiones, el juez deberá imponerla en su duración mínima de dos años (...)”.

trado para fixar o prazo de duração dessa medida, sob a alegação de que haveria violação ao princípio de justiça rogada.

É perfeitamente adequada à hipótese a denominada teoria dos poderes implícitos⁷⁰. Note-se que, se o juiz pode reconhecer a inabilitação mesmo sem pedido expresso de uma das partes legitimadas, não deveria existir restrição quanto à graduação do prazo de duração da medida, salvo aquelas já determinadas pela própria LC, ou seja, deverá ser observado o marco temporal legal entre 2 a 15 anos, a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a inabilitação em outros concursos. Deve ser registrado, também, que não há restrição ou disposição legal afirmando que o juiz deverá obrigatoriamente fixar o prazo em seu mínimo legal, acaso não haja um pedido expresso pelas partes legitimadas⁷¹.

Em nossa percepção, o princípio de justiça rogada somente poderia ser utilizado para sustentar o debate principal: poderia ou não o juiz aplicar a sanção de inabilitação sem pedido expresso das partes? Superada essa questão principal, com o reconhecimento de que o magistrado deve aplicar esse conteúdo obrigatório da sentença sempre que o concurso for considerado culpável, não seria pertinente aplicar o princípio de justiça rogada para restringir a atuação do juiz em relação à fixação do prazo de duração da medida sancionadora, que, em comparação à primeira questão, deve ser tida como uma medida secundária.

Em decorrência da controvérsia acima debatida, há um outro

70 Assim, conforme decidido no caso *McCulloch vs. Maryland*, que deu origem à referida teoria, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1891, se o fim é legítimo, de acordo com a constituição e todos os meios são adequados e claramente adaptados para esse fim, além de não serem proibidos, então poderão ser empregados para alcançar essa finalidade. Disponível em: "http://alvaradohistory.com/yahoo_site_admin/assets/docs/1". Acesso em: 11 ago. 2016.

71 "*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.*" Página 6 do julgamento *McCulloch vs. Maryland*.

ponto que merece nossa atenção: seria possível, em grau de recurso, postular o reconhecimento da aplicação da sanção da inabilitação pelo Tribunal, mesmo quando não tenha sido solicitada expressamente perante o juízo de primeiro grau? E, em decorrência deste cenário, poderia o tribunal acolher um pedido de fixação de um prazo de duração da inabilitação superior ao mínimo legal, pois devidamente fundamentada nas razões recursais?

O cenário para justificar tal discussão poderia ser descrito da seguinte forma: as partes legitimadas (Ministério Público e Administrador Concursal) não formularam pedido expresso de aplicação da sanção de inabilitação e o juiz de primeiro grau, ao contrário da corrente majoritária já citada, entendeu que, diante da omissão, não caberia ao magistrado reconhecê-la. Ao tomar ciência da sentença, o Administrador Concursal interpôs recurso, postulando que a sanção da inabilitação fosse reconhecida, independentemente de ter sido feito um pedido expresso em sua manifestação, sob o argumento, como já se sabe, de que a referida medida sancionadora deveria ser considerada um conteúdo necessário da sentença de um concurso culpável. Além disso, em suas razões recursais, o Administrador Concursal aproveitou a oportunidade para delimitar os graves fatos praticados pelas pessoas afetadas e a extensão do dano, solicitando ao Tribunal que fosse fixado um prazo de duração da inabilitação acima do mínimo legal de 2 anos.

A descrição deste exemplo tem como base o precedente julgado pela “*Audiencia Provincial de Barcelona*”⁷², tendo o referido Tri-

72 SAP B 5648/2008. Audiencia Provincial. Audiencia Provincial de Barcelona. Sede: Barcelona. Sección: 15. Nº de Recurso: 673/2007. Nº de Resolución: 11/2008. Procedimiento: Civil. Ponente: BLAS ALBERTO GONZALEZ NAVARRO. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=39891&links=&optimize=20080828&publicinterface=true>”. Acesso em: 30 mai. 2016: “*TERCERO – Respecto a la impugnación que plantea la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, debe ser estimada. Al no existir oposición a la calificación como culpable, lo que no puede reputarse un allanamiento, el Juzgado a quo se ha limitado a aprobar la propuesta al efecto de los administradores concursales, sin apercibirse de que la misma no incluía ninguna propuesta en relación a la inhabilitación consiguiente. Sin embargo, la inhabilitación de las personas afectadas, si bien no integra de forma obligatoria la propuesta de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, según se lee en el artículo*”

bunal reconhecido: (a) a possibilidade de o juiz agir de ofício, para aplicação da sanção da inabilitação em caso de omissão dos legitimados; (b) o prazo de duração da medida, nessa hipótese, não poderia ser superior a 2 anos; e (c) a possibilidade, em grau recursal, de serem descritas a gravidade dos fatos e a extensão do dano, com o fim de justificar a fixação de um prazo de duração da inabilitação superior a dois anos. Ao final, o Tribunal deu provimento ao recurso nesse ponto, fixando o tempo de inabilitação em 6 anos.

O resultado deste julgamento demonstra a importância que as partes legitimadas deverão ter em relação ao conteúdo da sentença que considera o concurso culpável, pois seria possível postular ao Tribunal a reforma da decisão de primeiro grau que não apenas deixou de aplicar a sanção da inabilitação, por ausência de pedido expresso dos legitimados, mas também, quando a reconhece, aplicando, porém, o prazo mínimo de dois anos, sob o argumento do respeito ao princípio de justiça rogada.

*169.1 de la LC, sí que forma parte, con arreglo al artículo 172.2.2º, de la sentencia de calificación como un contenido necesario de la misma, obviamente si finalmente la calificación es de culpabilidad y existen personas afectadas por esa declaración. Así se desprende de los pronunciamientos de la sentencia que, según el artículo 172.2, 'además' de la correspondiente calificación como culpable, debe ésta contener. En consecuencia, la calificación de concurso culpable conlleva necesariamente, según el artículo 172.2.2º de la LC, otro pronunciamiento de 'inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio'. Este precepto debe integrarse con el artículo 13 del Código de Comercio, según el cual '(N)o podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: (...) 2º las personas que hayan sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso'. **En nuestro caso, de no haber existido petición ad hoc por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, necesariamente hubiéramos debido acudir al plazo mínimo previsto en la LC, de dos años de inhabilitación.** No obstante, ante la ausencia de pronunciamiento en la sentencia final de calificación, sí que se solicita una condena comprendida entre los plazos legales de dos a quince años, por lo que, a la vista la entidad de la conducta, no generadora pero sí determinante de la agravación de la insolvencia, que se incrementó de forma manifiesta, y el artificio del nombramiento del Sr. Domingo como un testaferro de quien verdaderamente siguió llevando las riendas de la sociedad, el Sr. Fernando, con el resultado indicado, la inhabilitación de ambos se extenderá durante 6 años (...)' (o negrito é nosso).*

Além da discussão envolvendo a obrigação do juiz em fixar no mínimo legal o prazo de duração da sanção de inabilitação, quando não há sido realizado um pedido expresso por uma das partes legitimadas, temos que fazer uma análise sobre a hipótese em que as partes não apenas fizeram um pedido expresso de aplicação da inabilitação, como também delimitaram em suas manifestações um prazo específico para a sua duração. Nesse caso, o juiz estaria impedido de fixar um prazo maior do que aquele que foi pretendido pelas partes?

5.2. A possibilidade do magistrado fixar o prazo de inabilitação por tempo superior ao pretendido pelas partes.

Devemos considerar, nesse momento, a discussão que gira em torno da possibilidade de fixar um prazo maior de duração da sanção de inabilitação do que aquele que foi expressamente postulado pelas partes. Assim, por exemplo, se o Administrador Concursal tiver realizado um pedido de aplicação da pena de inabilitação pelo prazo de 5 anos, o juiz estaria impedido de fixar um prazo maior para esta sanção? O pedido feito pelas partes limitaria, desse modo, a atuação do magistrado?

Essa é uma questão que também já foi enfrentada pela doutrina e jurisprudência, havendo, nesse caso, coincidência de conclusões no sentido de que o juiz estaria vinculado ao pedido das partes legitimadas. Nessa hipótese, se uma das partes legitimadas tiver solicitado o prazo de 05 anos para duração da sanção de inabilitação, o entendimento seria no sentido de que o magistrado não poderá fixar um tempo superior aos cinco anos já pretendidos pelas partes. Ao prevalecer tal posicionamento, teríamos mais uma limitação à liberdade de julgar do magistrado.

Como referência desta doutrina, podemos citar Luis Sanz Acosta⁷³, o qual afirma que o magistrado estará vinculado ao pedido

73 SANZ ACOSTA, Luis. Sentencia de Calificación. In: LÓPEZ, Enrique; CASTILLO, Agustín Macías (Coord.). *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2012,

formulado pelas partes, não possuindo liberdade absoluta para fixação do prazo de duração da medida sancionadora além daquilo que foi solicitado pelos legitimados, por força do princípio dispositivo e congruência das sentenças. No mesmo sentido, há precedente julgado pela *Audiencia Provincial de Barcelona*⁷⁴.

Esse entendimento, contudo, não nos parece estar correto. O juiz deveria ter liberdade para fixar o tempo de duração da inabilitação, observando-se o limite de 02 a 15 anos, além de tomar em consideração a gravidade dos fatos, a extensão do dano e outras inabilitações fixadas em distintos concursos. Isso deveria ocorrer, em nossa visão, independentemente de ter sido ou não formulado um pedido

p. 790: “(...) *En este caso, es decir, en lo que se refiere a la cuantificación temporal de la inhabilitación, el juez sí está vinculado por la petición efectuada y, con arreglo al principio dispositivo que rige en esta materia no podrá imponer una inhabilitación de mayor duración que la solicitada (...)*”.

74 SAP de Barcelona 6111/2009. Audiencia Provincial. Audiencia Provincial de Barcelona. Sede: Barcelona. Sección: 15. Nº de Recurso: 659/2008. Nº de Resolución: 100/2009. Procedimiento: Incidente. Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO, de 27 mar. 2009. Disponível em: “<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4722553&links=&optimize=20091001&publicinterface=true>”. Acesso em: 8 jun. 2016: “(...) *TERCERO: Inhabilitación de la administradora de la sociedad concursada La sentencia condena a la persona afectada por la calificación, en este caso la administradora legal de la sociedad concursada, la Sra. Angeles, a dos años de inhabilitación. Este pronunciamiento es impugnado porque contradice los principios dispositivo y de congruencia, pues no había sido solicitado por la administración concursal ni por el ministerio fiscal. La calificación de concurso culpable conlleva necesariamente, según el art. 172.2.2º LC, otro pronunciamiento de ‘inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio’. El Juez goza de discrecionalidad para fijar el tiempo de la inhabilitación, aunque siempre afectado por los principios dispositivo y de legalidad, pues no podrá imponer un tiempo superior al solicitado, ni inferior al legal (dos años). Pero, en este punto, los principios dispositivo y de congruencia quedan mitigados por el de legalidad. No cabe una calificación culpable sin la consiguiente inhabilitación de la persona afectada por esta calificación, por lo que aunque no haya sido solicitada, la sentencia impondrá el mínimo legal de 2 años. Y por otra parte, no puede imponerse más de lo solicitado ni del límite legal de 15 años. Es por ello que la sentencia de primera instancia resolvió correctamente cuando, a pesar de que ni el informe de la administración concursal ni el dictamen del ministerio fiscal solicitaban la inhabilitación, la acordó de oficio por el mínimo tiempo legal, de dos años (...)*”.

expresso pelas partes legitimadas com a solicitação de um prazo específico de vigência da medida sancionadora. Exatamente como já expusemos, a inabilitação é uma sanção que está prevista na LC por força do interesse público presente nessa fase do processo, garantindo-se que as pessoas afetadas que contribuíram para que o concurso fosse considerado fraudulento ou culpável, sejam afastadas da atividade empresarial e não possam administrar bens alheios, preservando-se, assim, a segurança da atividade comercial.

A fixação de um prazo proporcional à conduta fraudulenta das pessoas afetadas é necessária, ainda, para que seja mantida a confiança legítima da sociedade em geral na atuação daqueles que a representam no Poder Judiciário, os quais tem o dever de garantir a tutela da ordem pública e do interesse público.

De fato, o juiz não pode ser um ator coadjuvante no processo. Ao contrário, ele é protagonista no cenário processual e, portanto, deverá estar limitado apenas pelas restrições legais expressas, as quais já mencionamos em nosso texto. Voltamos a insistir que a aplicação dos princípios de justiça rogada, de dispositivo ou congruência deveriam ser debatidos apenas para definir se o juiz poderia agir ou não de ofício, mas não para delimitação do prazo de duração da medida, pois em muitos casos haveria a possibilidade de violação do próprio interesse público que justifica a existência desta penalidade.

Nesse sentido, bastaria imaginar uma hipótese onde tenham sido comprovados fatos muito graves, com um dano extremamente relevante, mas com um pedido de fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação, pelo Administrador Concursal, em apenas 3 anos. Aplicando-se a posição de que o juiz estaria vinculado ao pedido formulado pelas partes legitimadas, não haveria outra solução para o magistrado, salvo aplicar o máximo de 3 anos de inabilitação. Note-se, mesmo que, diante do cenário exposto, o juiz estivesse convencido de que a pena deveria se aproximar do máximo legal de 15 anos, não seria possível fixar um tempo maior do que aquele que foi pretendido pelas partes.

Evidentemente, se o que justifica a manutenção da inabilitação na lei concursal é o interesse público, inclusive como forma de prevenção geral, não poderíamos admitir que o mesmo fosse disposto por aqueles que não tem a destinação constitucional de preservá-los. Observe-se, ainda, que o Administrador Concursal somente está interessado na maximização dos interesses da massa e não representa o interesse público no concurso de credores. Além disso, o próprio Ministério Público, que também é parte legitimada na “*Sección de Calificación*”, não poderia dispor do interesse público e, ainda que dito órgão seja omissor, é o juiz que deverá, como seu destinatário final, tutelá-los, impedindo que um prazo ínfimo de inabilitação seja fixado por conta da omissão ou ausência de adequada valoração pelas partes deste lapso temporal.

Estes cenários, que geram uma incerteza quanto aos limites de atuação do magistrado na fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação, não esgotam os problemas que ainda existem na LC da Espanha. Além desses casos, temos polêmicas quanto à duração da inabilitação em casos envolvendo grupos de sociedades que solicitam o concurso, exatamente como veremos em seguida.

5.3. A fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação em casos de grupos de sociedades em concurso.

De acordo com a LC, um dos critérios que o juiz deverá utilizar para fixar o prazo de duração da sanção de inabilitação é a existência de outros concursos considerados culpáveis. O magistrado, nesse caso, poderá ter em conta tal cenário para agravar a situação das pessoas afetadas pela qualificação culpável do concurso, aumentando o tempo de duração da medida.

A primeira discussão envolvendo sociedades que estão em concursos distintos, mas pertencem ou estão vinculadas a um mesmo grupo econômico, diz respeito à possibilidade de o magistrado utilizar o critério de aumento do prazo de inabilitação por conta da exis-

tência de outras inabilitações em concursos anteriores, mesmo quando não há solicitação expressa de uma das partes legitimadas em suas manifestações.

Ao tratar desse tema, Alberto Muños Paredes⁷⁵ afirma que o magistrado poderá considerar tal fato em sua sentença, no momento em que houver o reconhecimento de um concurso culpável, aumentando o prazo de duração da sanção da inabilitação por conta da existência de outros concursos culpáveis. O referido autor se vale da essência da teoria dos poderes implícitos, pois conclui que se o juiz poderia reconhecê-la de ofício, em razão de seu caráter imperativo, que seria mais grave, poderia, com maior razão agravá-la, que seria de menor gravidade.

Além disso, o mesmo autor afirma que, para ocorrer o agravamento dessa sanção nesses termos, não seria sequer necessária a existência de uma sentença com trânsito em julgado, pois, ainda que pendente de recurso, ela poderia ser utilizada pelo magistrado para agravar o tempo de inabilitação⁷⁶.

Destarte, há outra questão importante sobre a fixação do prazo de duração da sanção de inabilitação e que está relacionada com os chamados concursos conexos. Nesses casos, haverá um processo concursal para cada uma das pessoas jurídicas que solicitarem a sua abertura ou que estejam a ele sujeitas por um pedido formulado por

75 MUÑOZ PAREDES, Alfonso. *Protocolo Concursal*. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 738: “(...) *La administración concursal deberá acreditar esa declaración de culpabilidad en otros concursos. A falta de acreditación o, incluso alegación, ¿puede el juez tenerla en cuenta si la conoce por haber tramitado él el concurso e, incluso, dictado la sentencia correspondiente? La respuesta, aun dudosa, ha de ser positiva, pues dado aceptado su carácter imperativo, si es posible imponerla de oficio, que es lo más, con mayor razón podrá agravarla, que es lo menos (...)*”.

76 *Ibidem*, p. 738: “(...) *¿Ha de ser firme la anterior declaración de culpabilidad que funciona como agravante? La ley no exige, luego el juez podrá valorarla aunque esté pendiente recurso, lo que puede originar problemas de coordinación temporal entre las dos secciones de calificación, como en el caso de que la primera de las sentencias sea revocada y la posterior, que tomó aquella como antecedente, haya quedado firme (...)*”.

cada um dos legitimados, especialmente, os seus credores. Note-se que, na hipótese acima descrita, cada um destes processos poderá demandar o início de uma “*Sección de Calificación*”, cuja tramitação será independente e, por conta disso, poderão ser impostas diversas penas de inabilitação envolvendo uma mesma pessoa.

Trata-se, sem dúvida, de uma situação que pode se tornar extremamente gravosa, como observa Juli de Miquel Berenguer⁷⁷, pois dependendo do caso concreto, as circunstâncias poderão conduzir a sanção de inabilitação para um patamar superior ao período máximo de 15 anos, somando-se os períodos fixados pelo magistrado.

Assim, por exemplo, bastaria imaginar que uma mesma pessoa seja considerada pessoa afetada pela qualificação culpável do concurso da sociedade “A”, por ser um administrador de direito desta pessoa jurídica, bem como nas sociedades “B” e “C”, por ostentar a condição de administrador de fato destas duas últimas, sendo todas integrantes de um mesmo grupo econômico. Imagine-se, agora, que tenha sido fixado um prazo de 8 anos de inabilitação em cada um destes três concursos. Nesse caso, o prazo de inabilitação total, somando-se as três inabilitações de 8 anos, seria de 24 anos. Note-se, evidentemente, que foi adotada a tese da soma do total das condenações, pois a LC assim o determina, afastando a possibilidade de ser adotada a tese da absorção da pena considerada de menor gravidade por aquela que é mais gravosa⁷⁸.

77 MIQUEL BERENGUER, Juli de. *La Pieza de Calificación en el Concurso de Acreedores*: concurso fortuito – concurso culpable. 1. ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 121: “(...) cuando afecta a dos o más concursos, es la suma de cada uno de ellos, podemos fácilmente llegar a la conclusión de que nos encontramos con una sanción que tiene efectos sumamente graves y que constituye una medida, no ya sancionadora sino casi represiva de bondo calado, lo que obliga a los tribunales, a nuestro entender, a ponderar con detalle y cautela, dentro de la discrecionalidad que el precepto concede, la concurrencia de los elementos que el legislador establece para la fijación de la sanción (...)”.

78 Artigo 172.2.2, terceiro inciso da LC: “En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos”.

Considerando tal cenário, Marta Flores Segura⁷⁹ também observa que poderia ocorrer um *bis in idem* nessas hipóteses, especialmente quando se utilizam os mesmos fundamentos para justificar a culpabilidade em todos os concursos conexos. Sobre esta questão, concordando com a referida professora, devemos lembrar o posicionamento de Aurelio Gurrea Martínez⁸⁰, ao destacar que haveria a possibilidade de o juiz modular o prazo de duração da medida sanciona-

79 FLORES SEGURA, Marta. *Los Concursos Conexos*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 317-318: “(...) En los concursos conexos, puede suceder que, en diferentes procedimientos, se impongan varias sanciones de inhabilitación sobre un mismo sujeto (por ejemplo, una inhabilitación de cinco años en tanto que administrador de derecho de la sociedad A y otra de ocho años en tanto que administrador de hecho de la sociedad B, ambas integrantes del mismo grupo). Hasta la reforma de 2011, surgía la duda de cuál debía ser el periodo finalmente efectivo de inhabilitación. Tras la misma, sin embargo, dicho periodo es la suma de las sanciones impuestas en cada uno de los concursos (artículo 172.2.2 tercer inciso LC). El inconveniente de la solución “adictiva” por la cual se ha decantado el legislador es que puede dar lugar a inhabilitaciones desmesuradas (recuérdese que el máximo son quince años por concurso). Además, puede implicar una suerte de *bis in idem* si la calificación de todos los concursos como culpables se basa en una misma actuación u omisión por parte de la persona afectada (...)”.

80 GURREA MARTÍNEZ, Aurelio. *La Calificación Culpable del Concurso por Errores e Incumplimientos Contables*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 232-233: “(...) Una mención especial en el ámbito de la inhabilitación derivada de la calificación culpable del concurso merecen los supuestos de concursos conexos. En concreto, en el ámbito de estos procedimientos en los que, habitualmente, las personas afectadas por la calificación suelen ser los mismos sujetos, puede plantearse si todas las penas de inhabilitación eventualmente impuestas al mismo sujeto deberían sumarse; o si, por el contrario, la pena de mayor duración debería absorber a las demás. Como ha puesto de manifiesto la doctrina que, con mayor rigor, ha profundizado en la problemática de los concursos conexos, el problema de la primera solución es que podría dar lugar a inhabilitaciones desmesuradas, además de una suerte de *bis in idem* si la calificación de todos los concursos como culpables se basa en una misma actuación u omisión por parte de la persona afectada. Por su parte, la segunda solución podría generar el efecto pernicioso e indultar a sujetos a los que se le hubiera impuesto una condena de menor duración, incluso en aquellos casos en los que la calificación culpable del concurso se deba a comportamientos diferentes. Por este motivo, el legislador concursal puso remedio a este problema mediante la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal, que, en este sentido, y ante las deficiencias puestas de manifiesto por ambos sistemas, optó por una solución intermedia, que, aunque parte de la solución adictiva (esto es, imponer, en principio, la suma de los periodos de inhabilitación), incluye una modulación judicial de la condena, no sólo – como estaba previsto – en función de la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio, sino también atendiendo a la declaración culpable en otros concursos (...)”.

dora de inabilitação, tomando em referência a existência de outros concursos culpáveis, justamente para não se criar uma pena praticamente perpétua para aquele que irá sofrer a punição.

Por sua vez, Luis Sanz Acosta⁸¹ sustenta que o ideal seria prever a impossibilidade da soma das condenações superar o prazo máximo de 15 anos fixado pelo legislador, o que, a nosso sentir, seria mais justo, em se tratando de concursos conexos, quando as inabilitações estão fundamentadas em uma relação fática.

6. Conclusões.

A legislação concursal da Espanha (LC) não abandonou a função sancionadora dos concursos, ainda que esta somente possa ter aplicação se for iniciada a chamada “*Sección de Calificación*”. Esta função repressiva se justifica pela necessidade de ser tutelado o interesse público em processos desta natureza, especialmente quando se trata de empresas em dificuldades, pois a sua insolvência irá causar prejuízos não apenas aos seus titulares, mas também a terceiros, credores ou não, afetando a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento da atividade empresarial.

A “*Sección de Calificación*” tem por objetivo disciplinar a apuração da responsabilidade civil das pessoas que agravaram ou geraram a insolvência da concursada e, se acaso for concluído que agiram com dolo ou culpa grave, o juiz deverá determinar a inabilitação destas, proibindo-as de exercer a atividade empresarial e administrar bens alheios.

A sanção de inabilitação, ainda que não tenha sido postulada

81 SANZ ACOSTA, Luis. Sentencia de Calificación. In: LÓPEZ, Enrique; CASTILLO, Agustín Macías (Coord.) *Comentario Práctico a la Nueva Ley Concursal*. 1. ed. Madrid: La Ley, 2012, p. 790: “(...) Si hubiera sido más razonable aclarar que el límite máximo del efecto de la inhabilitación, que es de 15 años, opera como límite máximo de todas las sanciones concurrentes, lo que no se hace (...)”.

expressamente pelo Administrador Concursal ou pelo Ministério Público, deverá ser reconhecida pelo juiz, por ser uma consequência necessária da sentença que considerou o concurso como sendo culpável. Nesse caso, o magistrado deverá ter a liberdade para fixar o prazo de duração desta medida sancionadora, respeitando-se, evidentemente, o marco temporal estabelecido pelo legislador de 02 a 15 anos, além de sempre levar em consideração a gravidade dos fatos, a extensão do dano e a inabilitação em outros concursos.

Deve-se garantir, ainda, que o magistrado tenha a possibilidade de fixar o prazo de duração da sanção de inabilitação além do período postulado expressamente pelas partes, justamente para se garantir a proporcionalidade entre a gravidade dos fatos e a extensão do dano, com o tempo de duração dessa penalidade, preservando-se, desse modo, a confiança legítima da sociedade em geral e a tutela do interesse público, o qual não pode ser objeto de disposição pelas partes.

Em caso de concursos conexos, a soma das diversas penas de inabilitação fixadas em cada processo, envolvendo a mesma pessoa afetada, não deveria ultrapassar o prazo máximo de 15 anos.

