



Dissertação

Mestrado em Solicitação de Empresa

***A responsabilidade dos Administradores Societários
no Processo de Insolvência: Em especial o Incidente
de Qualificação de Insolvência***

Ana Cristina Ascensão Fidalgo

Leiria, março de 2017



Dissertação

Mestrado em Solicitação de Empresa

***A responsabilidade dos Administradores Societários
no Processo de Insolvência: Em especial o Incidente
de Qualificação de Insolvência***

Ana Cristina Ascensão Fidalgo

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação da Doutora Ana Filipa Conceição, Professora da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria, e coorientação da Doutora Maria Emília Teixeira, Professora Universidade Portucalense-Infante D. Henrique.

Leiria, março de 2017

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Resumo

Encontramo-nos cientes das adversidades práticas e jurídicas que o direito da insolvência alberga, por se encontrar entre a disciplina geral da imputação de danos aos administradores do Código das Sociedades Comerciais e o conjunto de regras específicas do direito da insolvência, ademais é necessário reconhecer que é o recurso à doutrina comum da responsabilidade civil que nos proporciona o melhor enquadramento desta matéria.

Sem embargo, o número crescente de insolvências que têm vindo a ocorrer nas várias sociedades comerciais, geram danos significativos para os credores, para os sócios e para os trabalhadores, sendo por isso esta matéria merecedora de estudo.

Com o fim de dar resposta à problemática da tutela dos credores societários, foi criado o incidente de qualificação da insolvência, com vista a responsabilizar os administradores pela sua atuação na iminência da insolvência da sociedade, na medida em que seja manifesto que a sua gestão terá contribuído para a criação ou o agravamento da insolvência.

Este instituto jurídico pela sua novidade e complexidade tem despertado copiosas dúvidas e controvérsias, tanto na doutrina como na jurisprudência. Configura-se-nos que tal sucede, muitas das vezes, da transposição *ipsis verbis* dos preceitos legais consagrados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, com destaque para a *Ley Concursal* do país vizinho.

Daqui dimana que a responsabilidade civil dos administradores das empresas declaradas insolventes, raramente tem sido efetivada, para insatisfação de credores e do próprio legislador.

Palavras-chave: Insolvência, administradores, responsabilidade civil, incidente de qualificação.

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Abstract

We are aware of the practical and legal adversities that insolvency law contains, for being between the general discipline of imputation of damages to the administrators of the Commercial Companies Code and the set of specific rules of insolvency law. Furthermore, it is necessary to recognize that it is the use of the common doctrine of civil liability that gives us the best framework in this matter.

However, the increasing number of insolvencies that have been occurring in several commercial companies, generate significant damages for creditors, partners and employees. This is the reason why we should study this matter.

In order to respond to the problem of protecting the corporate creditors, the insolvency qualification incident was created, in order to hold the directors accountable for their action in the imminence of the company's insolvency, as long as it is clear that their management have contributed to the creation or worsening of the insolvency. This legal institute for its novelty and complexity has created numerous doubts and controversies, both in the doctrine and in the jurisprudence. We are told that this is often the case with the *ipsis verbis* transposition of the legal precepts enshrined in foreign legal systems, especially the Insolvency Law of the borderer country.

It follows from this that the civil liability of the administrators of companies that are declared insolvent has rarely been effected, to the insatisfaction of creditors and the legislator himself.

Keywords: Insolvency, administrators, civil responsibility, qualification incident.

Esta página foi intencionalmente deixada em branco

Lista de siglas

A/ AA.	Autor / Autores
AA. VV.	Autores vários
Ac.	Acórdão(s)
al. / als.	alínea / alíneas
art. / arts.	artigo / artigos
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
cfr.	conferir
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
cit.	<i>citado</i>
CJ	Coletânea de Jurisprudência
coord.	coordenador
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência
CRC	Código de Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código de Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
LC	<i>Ley Concursal</i>
MP	Ministério Público

n.º / n.ºs	número / números
p. / pp.	Página / páginas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
v.	ver
vd.	<i>vide</i>
v.g.	<i>verbi gratia</i>
vol.	volume

Índice

RESUMO	III
ABSTRACT	V
LISTA DE SIGLAS	VII
ÍNDICE	IX
INTRODUÇÃO	1
1. DIREITO DA INSOLVÊNCIA	4
2. ADMINISTRADORES	7
2.1. Breve Análise	7
2.2. No Direito das Sociedades	7
2.3. Administradores de Facto	9
2.4. Administrador para efeitos do CIRE	10
3. INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	12
3.1. Breve introdução	12
3.2. Processamento do incidente	14
4. LEGITIMIDADE DO ADMINISTRADOR DA INSOLVÊNCIA PARA EFETIVAR A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES	19
5. SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES PELOS DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE	22

6. SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS CAUSADOS AOS CREDITORES DA SOCIEDADE	26
6.1. Responsabilidade para com os credores	26
6.2. Responsabilidade para com os sócios e terceiros	27
6.3. Responsabilidade por Danos Diretos	29
6.4. Responsabilidade por Danos Indiretos	31
6.4.1. Insolvência vs Insuficiência do Património da Sociedade	32
6.4.2. Conexão causal entre a infração de disposições de proteção e a insuficiência	35
7. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PELO PEDIDO INFUNDADO DE INSOLVÊNCIA	38
8. PRESSUPOSTOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	40
8.1. Requisitos de aplicação da cláusula geral de insolvência culposa	40
8.2. As presunções do n.º 2 do art. 186.º	43
8.3. As presunções do n.º 3 do art. 186.º	46
9. EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA	49
9.1. Inibição para Administrar o Património de Terceiros	49
9.2. Inibição para o exercício de comércio e ocupação de cargos de gestão	52
9.3. Perda de créditos	54
9.4. Indemnizar os credores	55
10. DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA	57
CONCLUSÃO	63
BIBLIOGRAFIA	68

Introdução

“O direito da insolvência representa um daqueles recantos da ordem jurídica que poucas vezes é objeto, entre nós, de atenção, significando para muitos reserva de iniciados. No entanto, além da sua grande relevância prática, particularmente em épocas, como a nossa, de crise e transformação acelerada do tecido produtivo, apresenta um enorme interesse dogmático-crítico, ao constituir como que um laboratório jurídico avançado onde o direito civil (em particular, a parte geral, o direito das obrigações e os direitos reais) se mescla com o direito comercial e o direito processual, e se testam as suas fronteiras e implicações recíprocas, sob o olhar atento da política económica”¹.

Encontramo-nos cientes das adversidades práticas e jurídicas que o direito da insolvência alberga por se encontrar entre a disciplina geral da imputação de danos aos administradores do Código das Sociedades Comerciais e, o conjunto de regras específicas do direito da insolvência. Ademais é necessário reconhecer que é o recurso à doutrina comum da responsabilidade civil que nos proporciona o melhor enquadramento desta matéria.

Sem embargo, o número crescente de insolvências que têm vindo a ocorrer nas várias sociedades comerciais, geram danos significativos para os credores, para os sócios e para os trabalhadores. Os primeiros vêm os seus créditos insatisfeitos (total ou parcialmente), os sócios enfrentam a dissolução da sociedade e a liquidação do respetivo património, vendo as suas participações sucumbir, os trabalhadores perdem os seus postos de trabalho e conseqüentemente o seu sustento. É por tudo isto que esta matéria é merecedora de estudo.

Pode ler-se no n.º 40 do Diploma Preambular que o “objetivo da reforma introduzida pelo [Código de Insolvência e Recuperação de Empresas²] reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas”. Para tal, e com fim de dar resposta à problemática da tutela dos credores societários, foi criado o incidente de qualificação da insolvência, com vista a responsabilizar os administradores pela sua atuação na iminência da insolvência da sociedade, na medida

¹ Cfr. Frada, Manuel A. Carneiro da (2006) *A responsabilidade dos administradores na insolvência*. In: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, II Lisboa. pp. 654 e 655.

² Aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de março e alterado pelo DL n.º 200/2004, de 18 de agosto, pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, pelo DL n.º 282/2007, de 7 de agosto, pelo DL n.º 116/2008, de 4 de julho, pelo DL n.º 185/2009 de 12 de agosto, pela Lei n.º 16/2012 de 20 de abril, pela Lei n.º 66-B/2012 de 31 de dezembro e pelo DL n.º 26/2015 de 6 de fevereiro.

em que seja manifesto que a sua gestão terá contribuído para a criação ou o agravamento da insolvência.

Este instituto jurídico pela sua novidade e complexidade tem despertado dúvida e controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência. Configura-se-nos que tal sucede, muitas das vezes, da transposição *ipsis verbis* dos preceitos legais consagrados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, com destaque para a *Ley Concursal* do país vizinho.

Daqui dimana que a responsabilidade civil dos administradores das empresas declaradas insolventes, raramente tem sido efetivada, para insatisfação de credores e do próprio legislador.

A insolvência é declarada pelo tribunal. Este trabalho pressupõe essa declaração.

Neste estudo começaremos por enquadrar juridicamente o direito da insolvência e a sua génese, expondo a relevância que assume a satisfação dos interesses dos credores enquanto finalidade do processo de insolvência. De seguida, pretendemos clarificar o conceito de administrador à luz do direito das sociedades e do direito da insolvência, sem nos abstermos de dissertar sobre os administradores de facto, que apesar de não terem título bastante, exercem na prática, de forma direta ou indireta, funções próprias da administração de direito.

Logo depois, abordaremos o incidente de qualificação de insolvência, criado para colmatar o vazio legal com que nos deparamos na versão originária do CIRE, no que respeita à responsabilização dos administradores. O incidente de qualificação da insolvência constitui a fase do processo em que se apuram as razões que conduziram à situação de insolvência e se essas razões foram causadas por uma atuação negligente ou fraudulenta. Porém, ainda que legitimada uma conduta imprevidente por parte dos administradores, os efeitos que resultam do incidente não cominam em causas penais ou de apreciação da responsabilidade civil. Não seguisse o nosso estudo, para a legitimidade do administrador da insolvência para efetivar a responsabilidade dos administradores, que quase figurava que a questão da responsabilidade civil dos administradores teria ficado preterida pelo legislador insolvencial. Nesta senda, o legislador reservou ao administrador da insolvência legitimidade exclusiva para propor e fazer seguir ações de responsabilidade civil contra os administradores societários, perante a sociedade e os credores sociais.

Posto isto, percorreremos o sistema de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados à sociedade, aos seus credores, aos sócios e ainda a terceiros, sucedendo a responsabilidade dos administradores pelo pedido infundado de insolvência.

Aqui chegados, vamos discorrer sobre aos pressupostos de qualificação da insolvência como culposa. O n.º 1 do art. 186.º CIRE oferece-nos a definição de insolvência culposa, já os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo estabelecem presunções legais e, na sua esfera, manifesta-se crucial o entendimento acerca do nexó de causalidade entre a atuação dos administradores de direito ou de facto e, a criação ou o agravamento da situação de insolvência, que tanto na doutrina, como na jurisprudência tem levantado controvérsias merecedoras de estudo. Ocorrendo a qualificação da insolvência como culposa é necessário compreender os efeitos produzidos por essa qualificação.

Por fim, abordaremos o dever de apresentação à insolvência, que pela relevância que assume, é merecedor de especial atenção.

1. Direito da Insolvência

O presente estudo integra-se no âmbito do Direito da Insolvência³, por essa razão, é necessário compreender o enquadramento jurídico deste ramo do Direito e qual a sua génese.

Etimologicamente insolvência é o inverso de solvência, vocábulo originário do verbo latino *solvere*, que significa “desatar, livrar, pagar, resolver”⁴.

Neste quadro, insolvência representa a situação daquele que se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações, em princípio, por falta de liquidez, num determinado momento, ou em alguns casos, porque o total das suas responsabilidades excede os bens que pode dispor para as satisfazer.

Nas palavras de Menezes Leitão (2015, p. 16) “o Direito da Insolvência pode [...] ser considerado como o complexo de normas jurídicas que tutela a situação do devedor insolvente e a satisfação dos direitos dos seus credores [...] pode[endo] abranger normas de índole muito variada”.

O CIRE estabelece no art. 3.º, n.ºs 1 e 2, os critérios da insolvência, que compreendem dois pressupostos: *i*) a sociedade se encontrar impossibilitada de cumprir as suas obrigações vencidas⁵⁻⁶, ou, *ii*) a sociedade estar insolvente por o seu passivo ser manifestamente superior ao ativo⁷.

³ Atendendo ao tema em estudo e a sua dimensão, optámos por não discorrer a evolução histórica da insolvência no direito português. Para maiores desenvolvimentos sobre este estudo vd. Epifânio, Maria do Rosário (2014) *Manual de Direito da Insolvência* (6.ª ed). Almedina: Coimbra.

⁴ V. Leitão, L. M. T. de Menezes (2015), *Direito da Insolvência* (6ª ed). Coimbra: Almedina. p. 15

⁵ A impossibilidade de cumprimento não tem que abranger todas as obrigações vencidas do insolvente, nesse sentido cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João (2013). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado* (2ª ed.). Lisboa: Quid Juris, p. 85; Leitão, L. M. T. Menezes (2013) Pressupostos da declaração de insolvência, *In: I Congresso de direito da insolvência* Almedina: Coimbra pp. 175 e 176, propõe dois critérios de avaliação da incapacidade de cumprimento através do fluxo de caixa e do balanço do ativo patrimonial.

⁶ A noção resultante do n.º 2 é aplicável, somente, a pessoas coletivas e a determinados patrimónios autónomos, aproximando-se do conceito económico de falência técnica, isto pois, existe insolvência quando o passivo destas entidades seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo normas contabilísticas vigentes, sem prejuízo do disposto no art. 3.º, n.º 3 do CIRE.

⁷ Para maior desenvolvimento sobre o pressuposto objetivo da insolvência Freitas, José Lebre de (2005) Pressupostos Objetivos e Subjetivos da Insolvência, *In: Themis – Novo Direito da Insolvência*. Almedina: Coimbra pp. 11-23; Serra, Catarina (2012) *O Regime Português da Insolvência* (5ª ed.) Almedina: Coimbra, pp. 36 ss.

Como se pode ler no art. 1º CIRE, a finalidade do processo de insolvência é a *satisfação dos interesses dos credores*⁸.

Para alcançar a satisfação dos interesses dos credores existem duas vias, a liquidação dos bens do património do devedor ou o recurso a um plano de insolvência, aprovado no processo, que pode assumir diferentes formas, sendo a mais importante, em caso de sucesso, a recuperação da empresa insolvente⁹.

Os credores dispõem de total autonomia no processo através dos meios facultados pela lei para proteger os seus interesses, até porque ninguém melhor que eles, os credores visados, para avaliarem qual a melhor forma de efetivar os seus interesses.

Pode tratar-se o processo de insolvência numa *formulação restrita* e numa *formulação ampla*. *Formulação restrita*, em virtude de o processo de insolvência compreender uma sequência ordenada de atos. Tem início com a apresentação ou com o pedido de declaração da insolvência, e, conclui-se, ora com pagamento aos credores ora com alguma causa de extinção do processo. No que concerne à *formulação ampla*, o processo abrange tramitações autónomas que surgem com o processo de insolvência e em consequência da sua declaração, tais como, os embargos à sentença declaratória de insolvência, os apensos ao processo, a resolução em benefício da massa insolvente, a verificação de créditos e a restituição e separação de bens.

O processo de insolvência, tendo por fim a reparação efetiva de créditos violados, constitui uma ação executiva. Conquanto, é uma execução com características particulares. O processo de insolvência qualifica-se como uma execução *coletiva e genérica ou total*¹⁰.

É uma execução coletiva e não singular, sendo o seu fim a satisfação dos direitos de todos os credores do devedor; é genérica e não parcial, abrangendo todo o património do devedor e não apenas os bens necessários para fazer face a algum ou alguns créditos determinados. Com efeito, o processo de insolvência pode implicar a execução de todo o

⁸ Neste sentido, Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, op. cit., p. 13; Leitão, L. M. T. de Menezes (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (8ª ed.) Coimbra: Almedina, p. 51; Martins, Luís M. (2014). *Processo de Insolvência* (3ª ed.) Almedina: Coimbra, p.58; Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João (2013). *Código da Insolvência ...*, op. cit., pp. 68 e 69.

⁹ Quanto à primazia (ou falta dela) que é dada à recuperação da empresa insolvente no processo cfr. Fernandes, Luís A. Carvalho, Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 744 que consideram que a liquidação universal do património é o modelo *supletivo* que a lei define para defender os interesses dos credores. No mesmo sentido Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, op. cit., p. 81; Serra, Catarina, *O Regime ...*, op. cit., pp. 20 e ss.

¹⁰ Adotámos a classificação sugerida por Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, op. cit., pp. 19 e 20. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, op. cit., p. 12 classifica o processo de insolvência como *concural e universal*.

património do devedor, contudo, tal não implica necessariamente que se venha a verificar uma liquidação integral ou de parte do património do devedor, mas apenas que todo esse património se submete à esfera de atuação dos credores, que decidirão a melhor forma de obter tal satisfação.

Obviamente que neste processo há uma grande incidência de elementos declarativos, a título de exemplo, a declaração de insolvência e a respetiva oposição, a verificação e a graduação de créditos. Porém, tal não afeta a sua qualificação como processo executivo uma vez que o seu objetivo é a obtenção da realização coativa de uma obrigação¹¹.

O processo de insolvência é o único instrumento judicial disponibilizado para dar solução à situação de insolvência.

O Direito da Insolvência compreende as decorrências da impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações, resulta daí, que este direito engloba um complexo de normas jurídicas que visam tutelar a situação do devedor e satisfazer os interesses dos credores¹². Posto isto, o direito da insolvência é um direito substantivo, de natureza privada, mais concretamente um direito de responsabilidade patrimonial¹³.

¹¹ A este respeito Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, *op. cit.*, p. 72 consideram que “em bom rigor, só quando, à falta de medidas alternativas, se segue o modelo geral da liquidação global do ativo, é que, verdadeiramente, se concretiza a natureza executiva e universal do processo de insolvência”. No mesmo sentido cfr. Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 19 e 20.

¹² O Direito da insolvência reúne normas emergentes do Direito Comercial, do Direito Civil, do Direito Processual Civil, do Direito Penal, do Direito Processual Penal e de Direito Internacional Privado.

¹³ Cfr. Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 16 e 17; Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, p. 11; Cordeiro, António Menezes (2005) Introdução ao Direito da Insolvência, *in: O Direito*. Ano 137.º, III, Almedina: Coimbra, p. 468.

2. Administradores

2.1. Breve Análise

As sociedades comerciais gozam de personalidade jurídica em relação a terceiros e perante os seus sócios, nos termos do art. 5.º CSC.

Após a sua constituição, as sociedades comerciais gozam de uma capacidade que compreende os “direitos e as obrigações necessárias ou convenientes à prossecução do seu fim” (art. 6.º CSC). Por não existirem enquanto pessoas físicas, as sociedades carecem de alguém que atue em sua representação, que pratique os atos que irão produzir efeitos na esfera jurídica da sociedade, alguém que atue por elas e no seu interesse. É através de órgãos eleitos e constituídos para o efeito que as sociedades vão ter capacidade de querer e atuar, de formar a vontade e manifestá-la perante terceiros, ligados por um nexo de organicidade.

Face ao exposto, fica claro, que a qualificação da insolvência de uma sociedade comercial como culposa, tem que se repercutir sobre as pessoas que constituem o órgão que forma e manifesta a sua vontade, os administradores.

Importa compreender quem é administrador, e quais os deveres decorrentes das suas funções, tanto quanto, ocorrida a insolvência da sociedade, saber que efeitos podem ocorrer na esfera jurídica destes, percebendo se o seu património pessoal pode ou não ser atingido. Neste quadro, é ainda de interesse compreender se a gestão levada a cabo pelos administradores pode, ou não, contribuir para a criação ou agravamento da insolvência da sociedade

2.2. No Direito das Sociedades

Administradores são as pessoas que têm a seu cargo a condução de determinado património. Os poderes gerais relevantes para a qualificação dos mandatários como administradores são os que respeitam à administração.

Sobre os administradores e gerentes de uma sociedade comercial recaem deveres, decorrentes das suas funções, cujo incumprimento origina responsabilidade.

No exercício das suas funções os administradores e gerentes das sociedades ao agirem contra os deveres legais que lhes são investidos através da lei ou dos estatutos que os vinculam¹⁴, podem causar danos à sociedade, aos sócios ou a terceiros.

Os administradores devem ser diligentes na execução de todos os seus deveres e não apenas no seu cumprimento.

O sistema de responsabilidade civil dos administradores e gerentes tem sido objeto de considerável atenção por parte da doutrina nacional¹⁵ e estrangeira¹⁶. No direito das sociedades, assenta em três aspetos: *i*) a responsabilidade para com a sociedade; *ii*) a responsabilidade para com os credores; *iii*) a responsabilidade para com os sócios e terceiros.

Em qualquer uma delas, a responsabilidade é subjetiva, assentando na culpa, que terá que ser provada, presumindo-se apenas no caso da responsabilidade para com a sociedade.

¹⁴ O “Contrato de Administração” e as deliberações da Assembleia Geral, podem constituir, também elas, fontes de deveres.

¹⁵ A este propósito vd., entre outros, Leitão, Adelaide Menezes (2011) *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção*, In: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Lisboa, pp. 19-53.

¹⁶ Cfr. Ventura, Raul, Brito Correia *Responsabilidade civil dos administradores e diretores das sociedades anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas: Estudo comparativos dos direitos alemão, francês, italiano e portugueses*. Nota explicativa do capítulo II do Decreto-Lei n.º 49381 de 15 de novembro de 1969, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.ºs 192, 193, 194 e 195, 1970.

No ordenamento jurídico alemão, estão previstos dois tipos de responsabilidade de administradores na insolvência da sociedade. O §15ª do InsO, impõe a gerentes e administradores a obrigação de apresentação à insolvência da sociedade, no prazo de três semanas após a verificação da situação de incapacidade de pagamento das respetivas dívidas, ou de sobre endividamento. A sua violação imprime a responsabilização nos termos do §823, II do BGB (responsabilidade delitual por violação de normas de proteção) perante os credores sociais. Já o 864 do GmHG e o 892 do AktG impõe aos gerentes e administradores a obrigação de indemnizarem a sociedade pelos pagamentos efetuados quando a sociedade já se encontrava insolvente, e este propósito, cfr. Ribeiro, Maria de Fátima, (2010), *A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela atuação na proximidade da Insolvência da Sociedade Comercial*, In: O Direito, I, Ano 142.º, pp. 81 a 128.

No ordenamento jurídico espanhol, o art. 262.5 da *Ley de Sociedades Anónimas*, prevê a responsabilidade de gerentes e administradores pelo incumprimento do seu dever de, na insolvência da sociedade, convocarem assembleia geral de sócios, ou de apresentação à insolvência, quando tendo havido assembleia geral, não tenha sido deliberada a apresentação à insolvência.

2.3. Administradores de Facto

Os arts. 72.º e ss CSC aludem, logicamente, aos gerentes e administradores *de jure* (devidamente designados e que se mantêm regularmente em funções).

Todavia, há que atender a três situações: *i*) pessoas que atuam como um administrador de direito, mas sem título bastante por alguma razão¹⁷; *ii*) quem, para não se sujeitar aos riscos do estatuto de administrador, dê outra designação ao seu cargo¹⁸ independentemente de exercer funções de gestão com a autonomia de um administrador de direito; *iii*) e aqueles que apesar de não desempenharem nenhum cargo na administração, determinem a atuação dos administradores de direito¹⁹.

Todos estes atuam como administradores de facto, exercendo funções de gestão próprias dos administradores de *jure* e com a autonomia destes²⁰.

A lei não define o que sejam administradores de facto, não obstante, a doutrina tem vindo a preencher este conceito. Coutinho de Abreu (2010, p. 101) oferece como noção de administrador de facto, em sentido amplo, “quem, sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade”.

Fica a questão de como se vinculam estes “administradores” à sociedade.

No caso das situações *ii*) e *iii*), estes não se apresentam perante terceiros como administradores de direito, não podendo vincular a sociedade enquanto administradores. Já no caso da situação explanada em *i*), estes apresentam-se como administradores de direito aos terceiros, sendo que os sócios e/ou administradores de direito conhecem e admitem este comportamento e, como tal, vinculam a sociedade.

¹⁷ São exemplo do exposto, a designação da pessoa como administrador ser nula, por a deliberação da eleição ser igualmente nula; o título ter caducado ou ter sido extinto; a inexistência de título.

¹⁸ V.g., diretor geral, gerente de comércio, procurador para praticar determinado ato.

¹⁹ Veja-se o exemplo de um sócio inibido de para ocupar um cargo de administração, que instrua os administradores da sociedade.

²⁰ Para maior aprofundamento cfr. Coutinho de Abreu, J. M. (2010) *Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades* (2ª ed.), Coimbra: Almedina; Costa, Ricardo (2006) *Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*, In: Colóquio Temas Societários – “IDET”, Coimbra: Almedina pp. 29-35; Antunes, Engrácia (2002) *Os grupos de sociedades (Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária)*, (2ª ed.), Coimbra: Almedina, pp. 79 e 593. Na jurisprudência AcRelCoimbra 11 dezembro 2012 (Albertina Pedrosa) e 24 janeiro 2012 (Barateiro Martins).

Os administradores de facto devem estar sujeitos à responsabilidade civil para com a sociedade e terceiros, pois, da mesma forma que os administradores de direito, eles administram, devendo estar sujeitos às regras da administração, sujeitando-se também à responsabilidade no caso do seu incumprimento. Esta perspetiva funcional será bastante para sujeitar os administradores de facto aos arts. 72.º e ss. CSC²¹.

2.4. Administrador para efeitos do CIRE

Indagando pelo direito pregresso, o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência²² não encerrava qualquer norma que determinasse quem eram os administradores. Ficava assim, a cargo da doutrina e da jurisprudência, preencher este vazio.

No direito atual, o CIRE, trouxe-nos prontamente no ponto 20 do Diploma Preambular a definição de administradores como sendo as pessoas “que disponham ou tenham disposto, nalguma medida, e tanto por força da lei como de negócio jurídico, de poderes incidentes sobre o património do devedor”. Tal definição consubstancia-se no art. 6.º CIRE que determina que são tidos como administradores, não sendo o devedor uma pessoa singular, “aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, designadamente os titulares do órgão social que para o efeito for competente”.

As noções de administradores e responsáveis legais facultadas pelo art. 6.º CIRE prevalecem somente para efeito do mesmo. Não importam questões de exatidão dogmática, mas objetivos de carácter preeminentemente pragmático. Tais noções devem ser consideradas sempre que a lei se reporte às figuras em causa, e com respeito à realidade envolvida num processo de insolvência²³.

O conceito tem inequívoco interesse quando se reporte à competência para a apresentação à insolvência, em sede de representação do devedor no processo e nas relações

²¹ Ainda que em outros domínios, nos quais não haja previsão expressa da responsabilidade desta categoria de administradores, predominantemente, a doutrina tem considerado que a ausência de título bastante não deve impedir a sua responsabilização. Este conceito é familiar noutras legislações, veja-se v.g. a noção de *dirigeant de fait* no direito francês e belga, de *shadow director* no direito inglês, ou de *administrador de hecho* no direito espanhol. Foi a conveniência de responsabilizar os verdadeiros autores materiais, dos atos que levaram a situação de insolvência da sociedade, que levou à utilidade do conceito de administrador de facto.

²² Aprovado pelo DL n.º 13/93 de 23 de abril.

²³ Neste sentido cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 99.

internas, e ainda, no tocante aos efeitos da qualificação da insolvência, contudo parece esgotar-se em si mesmo, ora veja-se, o legislador continua a abordar os “administradores de facto” (cfr. arts. 82.º, n.º 3, a), 186.º n.ºs 1 e 3 e 189.º, n.º 2, a) CIRE), sem esclarecer a sua definição expressa e precisa.

Em regra, o exercício da administração cabe a quem esteja legal ou voluntariamente investido nas correspondentes funções, sendo essas as pessoas encerradas na definição legal. Não obstante, somos da opinião que devem ainda considerar-se todos os que desempenham funções de facto, particularmente quando o façam com carácter permanente, mesmo faltando o apoio em determinação legal ou voluntária do titular do património gerido. Parece-nos que a noção de administrador de facto está contida no espírito da lei do art. 6.º, n.º 1, a) CIRE, a começar pela epígrafe do artigo “noções de administradores e de responsáveis legais” que configura, conter em si, tanto os administradores direito como os de facto. Outro argumento que afigura a inclusão dos administradores de facto na definição é a utilização do advérbio de modo *designadamente* no texto da alínea a) do n.º 1 do art. 6.º CIRE, expondo o carácter meramente enunciativo da referência aos “titulares do órgão social que for [...] competente” para a administração ou liquidação²⁴.

Sendo o devedor pessoa singular, parece-nos normal que este faça a gestão do seu património, tratando-se de pessoa incapaz, a administração há-de ficar confiada ao representante legal.

Pode, por outro lado, a pessoa singular confiar a gestão do seu património a um terceiro por ato voluntário, porém, neste quadro só interessa a administração que incida genericamente sobre todo o património, como resulta da alínea b) *in fine* do n.º 1 do art. 6.º CIRE.

A administração pode ser: singular ou coletiva, conforme esteja confiada a uma ou mais pessoas; alternativa ou colegial, consoante a forma como for exercida.

Para efeitos do artigo *supra* citado tais noções são desconsideradas. Importa meramente que todas as pessoas encarregadas de administrar bens de outrem são havidas como administradores, o que para efeito do CIRE se reflete em caso de insolvência que envolva o património do administrado.

²⁴ Cfr. *ibidem.*, p. 101.

3. Incidente de Qualificação da Insolvência

3.1. Breve introdução

Na versão originária do CIRE deparávamo-nos com um vazio legal, não existindo nenhuma norma que versasse, no plano substantivo, sobre a responsabilidade dos administradores²⁵. Tal omissão causava estranheza considerando o n.º 40 do Diploma Preambular, no qual se lê, “Um objetivo da reforma introduzida pelo presente diploma reside na obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas”. Contudo, para obtenção do fim descrito na transcrição acima, foi criado o “incidente de qualificação da insolvência”²⁶ com inspiração na *Ley Concursal* espanhola de 9 de julho de 2003²⁷, que resta saber se vem cumprir ou não a sua finalidade.

No anteprojeto do CIRE, no art. 171º, e) e f) (correspondente ao art. 189º CIRE) abrangia-se, no que toca aos efeitos de qualificação da insolvência como culposa a “condenação das pessoas afetadas a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados, determinando-se na própria sentença o montante da indemnização ou os créditos aplicáveis à sua qualificação” e, que quando fosse “solidária a responsabilidade em virtude

²⁵ Contrariamente ao que sucedia no direito pretérito. O CPEREF na sua versão original continha uma norma que, apenas abordava as consequências da falência da sociedade sobre os titulares do órgão de administração. O art. 148.º, n.º 1 estipulava que simultaneamente à declaração de falência da sociedade se decretava a inibição dos administradores da mesma para o exercício de comércio e para a “ocupação de qualquer cargo titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa”. Em 1998, com a revisão dada pelo DL n.º 315/98, de 20 de outubro, foi dada a esta matéria novos contornos. O diploma introduziu as normas expressas de responsabilização dos administradores nos arts. 126.º-A, 126.º-B e 126.º-C CPEREF, alargando o âmbito da falência. Com esta revisão legislativa os efeitos automáticos da inibição (que haviam sido alvo de duras críticas pela doutrina), quando decretada a falência da sociedade, passaram a ser eventuais, dependendo da verificação dos pressupostos nesses artigos previstos, conferindo ao art. 148.º CPEREF uma nova redação.

²⁶ Com a criação deste mecanismo foram afastados cabalmente todos os mecanismos previstos no CPEREF. Lê-se no n.º 40 do Diploma Preambular “O CPEREF, particularmente após a revisão de 1998, não era alheio ao problema, mas os regimes então instituídos a este propósito - a responsabilização solidária dos administradores (com pressupostos fluidos e incorretamente explicitados) e a possibilidade de declaração da sua falência conjuntamente com a do devedor - não se afiguram tecnicamente corretos nem idóneos para o fim a que se destinam”.

²⁷ A *LC*, regula no título VI a “*Calificación del concurso*”, o capítulo I refere-se dos arts. 163º a 166º às “*Disposiciones generales*” enquanto que o capítulo II dispõe acerca “*De la seccion de calificación*” subdividindo-se em duas secciones, cumprindo destacar a I, “*De la formación y tramitación*” dos arts. 167º a 173º.

da imputabilidade do ato danoso a mais do que uma pessoa, a repartição da obrigação de indemnizar nas relações entre os diferentes responsáveis”. O legislador denotou tal cuidado em efetivar a tutela destes efeitos que no art. 76º, n.º 3 do Anteprojeto (correspondente ao art. 82º CIRE) concedeu ao juiz poderes para, oficiosamente ou a requerimento fundamentado do administrador da insolvência, ordenar o arresto de bens²⁸ e direitos dos administradores de direito e de facto do devedor, desde que se verificassem dois requisitos: ser provável a qualificação da insolvência como culposa, e, que existisse insuficiência da massa insolvente para o pagamento de todos os créditos da insolvência. Não obstante, na versão final do CIRE, não foi este o caminho abraçado, tendo-se abolido as duas alíneas. Só com a alteração introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de abril é que se verificou um retorno ao sistema do art. 126.º-A CPEREF, com a introdução da al. e) do art. 189º, n.º 2 onde a sentença de declaração da insolvência como culposa passou a “condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”. Esta alteração permitiu que se responsabilizassem os administradores pelas dívidas da pessoa coletiva insolvente.

O incidente de qualificação da insolvência, previsto nos arts. 185.º e ss. CIRE, constitui a fase do processo em que se apuram (sem efeitos quanto ao processo penal ou à apreciação da responsabilidade civil²⁹⁻³⁰) as razões que conduziram à situação de insolvência e, conseqüentemente, se essas razões foram fortuitas ou causadas por uma atuação negligente

²⁸ Para esclarecer o conceito V. Cunha, Paulo Olavo (2010) *Lições de Direito Comercial*, Coimbra: Almedina p. 122.

²⁹ Oliveira, Rui Estrela de (2010) *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in: O Direito, II, Ano 142.º, p. 941, considera que “a autonomia das causas penais e das ações referidas no n.º [3] do artigo 82.º [...] concretiza-se na circunstância de a decisão factual proferida no incidente vincular o juiz dessas causas e na inexistência de uma relação de prejudicialidade entre a qualificação jurídica decidida no incidente e essas mesmas causas”, o mesmo autor considera ainda que “no incidente de qualificação estamos perante um conceito de culpa específico e cujos fundamentos não se reconduzem aos normais quadros da responsabilidade civil aquiliana, da responsabilidade civil contratual ou da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais perante a sociedade, os sócios e os credores”. Para Frada, Carneiro, *A responsabilidade.. op. cit.*, p. 672 a “independência da ação de responsabilidade civil em relação ao incidente da qualificação da insolvência tem conseqüências. Assim, o caso julgado absolutório (de culpa) neste incidente (quando se decidiu, portanto, pelo caráter fortuito da insolvência) não atinge as ações de responsabilidade civil. Mas as últimas também não aproveitam do caso julgado condenatório” considerando-a assim de “exacerbada”. Neste sentido, vd. AcRelPorto 22 maio 2007 (Mário Cruz), em que se considera que o incidente de qualificação foi alvo de uma “divisão maniqueísta” quanto à sua forma (culposa ou fortuita). O mesmo sucede no direito espanhol, no art. 163.º, n.º 2 da LC.

³⁰ O art. 185.º CIRE foi alvo de uma incorreção do legislador, isto é, houve uma omissão em relação à remissão prevista por esta norma. O art. 82.º CIRE foi alterado pela Lei 16/2012 de 20 de abril. O art. 185.º deveria ter acompanhado a alteração e sido modificado conjuntamente. Com o nascimento de um novo n.º 2 do art. 82.º CIRE e com a transposição do texto legal do n.º 2 para o atual n.º 3 o art. 185.º deveria remeter para o n.º 3. Cfr., Leitão, Adelaide Menezes (2013). *Insolvência culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei 16/2012 de 20 de abril*, In: ICDJ. Coimbra: Almedina., pp. 273 e 274.

ou mesmo com intuitos fraudulentos do devedor. Em face disto, entendemos que o incidente de qualificação não tem qualquer função indemnizatória, mas sim sancionatória, podendo desencadear uma *verdadeira responsabilidade que é específica e autónoma* de outras responsabilidades³¹.

3.2. Processamento do incidente

Traçando com maior precisão, não se trata do incidente, mas sim dos incidentes de qualificação de insolvência, visto que este assume duas modalidades: o incidente pleno, ou o incidente limitado.

O legislador não estabelece diretamente quando o incidente de qualificação da insolvência é pleno nem nos dá a sua distinção do incidente limitado, é por isso necessário fazer a devida articulação entre o arts. 188º e 191.º CIRE.

Articula o 191.º CIRE que o incidente limitado só se aplica nos casos nele previstos, isto é, sempre que o tribunal verificar que o património do insolvente não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas da massa insolvente (arts. 39.º, n.º 1 e 232.º, n.º 5 CIRE)³². Conclui-se, que nos demais casos, se processa o incidente pleno. Assume, a nosso ver, o incidente pleno de qualificação da insolvência, um carácter residual³³.

³¹ Cfr. Branco, José Manuel, *Novas questões na qualificação da insolvência*, In: Seminário sobre a Insolvência do Centro de Estudos Judiciários.

³² Da análise dos arts. 39.º, n.º 1 e 232.º, n.º 5 CIRE, resulta que a situação neles prevista reconduz à insuficiência da massa insolvente para satisfazer os custos do processo e as restantes dívidas da massa insolvente como caracterizadas no art. 51.º CIRE. Entre os dois preceitos a diferença é apenas a do momento em que é apurada. Enquanto no primeiro a insuficiência é manifesta no momento da declaração da insolvência e, e como tal, considerada como previsível pelo juiz, no segundo é verificada numa fase posterior pelo administrador da insolvência e determina o encerramento do processo.

³³ Contudo, não se pode excluir a possibilidade do incidente pleno se convolar em incidente limitado e vice-versa. Nos termos do art. 39.º, n.º 4 CIRE, o incidente de qualificação da insolvência prosseguirá com carácter pleno se for pedido complemento da sentença. Ao completar as indicações da sentença o juiz deve convolar o incidente, por outro lado, nos termos do art. 232.º, n.º 5 CIRE, encerrado o processo de insolvência por insuficiência da massa, nos casos em que tenha sido aberto incidente de qualificação da insolvência e se o mesmo não estiver terminado, este prossegue nos termos como incidente limitado. Cfr. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual ...*, *op. cit.*, p. 156.

Com a sentença de declaração de insolvência abre-se o incidente de qualificação da insolvência³⁴ (art. 36.º, i) CIRE) que termina com a prolação da sentença que pode qualificar a insolvência como fortuita ou culposa. Será fortuita a insolvência para a qual não haja elementos que sustentem a sua qualificação como culposa³⁵. Será culposa, nos termos do art. 186.º, n.º 1 CIRE quando “a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo³⁶ de insolvência”³⁷⁻³⁸. Como mais à frente neste estudo se vai tratar, com o objetivo de facilitar a compreensão da norma do art. 186.º, n.º 1 CIRE, foram estabelecidas presunções de culpa sobre os administradores, nos números seguintes do mesmo artigo.

A sentença de declaração da insolvência não tem que mencionar expressamente a não abertura do incidente, nem tão pouco que a fundamentar e sendo omissa, tal omissão vale como a não abertura. Na fase de prolação da sentença, caso existam elementos que indiciem

³⁴ Este corre por apenso ao processo principal, exceto nas situações em que seja aprovado um plano de pagamentos (vd. art. 259.º, n.º 1 CIRE) ou nos casos do art. 187.º CIRE.

³⁵ V. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual ...*, op. cit., p. 128; Oliveira, Rui Estrela, op. cit., p. 934. O art. 186.º CIRE dispõe sobre a definição de insolvência culposa, contrariamente, não se encontra no CIRE nenhuma norma que defina insolvência fortuita, pelo que, pela negativa, ou por omissão, serão fortuitas todas aquelas que não se qualifiquem como culposas à luz dos arts. 185.º e 186.º CIRE.

³⁶ Diferentemente do CPEREF que no art. 126º-A, estabelecia que os atos tinham de ser praticados nos dois anos anteriores à sentença da falência. Também no anteprojeto se verificava uma diferença, nos termos do art. 160.º, n.º 1 o prazo contava-se a partir da data de declaração da insolvência e não na fase inicial do processo.

³⁷ Só relevam para efeito do incidente comportamentos dolosos ou com culpa grave. Nos casos em que se trate de culpa leve ou levíssima estão isentos de qualquer consequência no âmbito do CIRE, o n.º 1 aplica-se indistintamente para qualquer insolvência, diversamente dos n.ºs 2 e 3 que só têm aplicação direta a devedores que não sejam pessoas singulares. Atendendo ao silêncio da lei, as noções de dolo e culpa grave devem ser entendidas nos termos gerais do direito.

A noção de dolo deve ser entendida enquanto conhecimento e vontade de produção do facto por parte do agente, podendo ser necessário, direto ou eventual. Por sua vez, a culpa ou negligência pode ser consciente ou inconsciente. A primeira sucede quando o agente prevê como possível a produção do resultado, mas por desleixo ou levandade acredita na sua não verificação, não tomando medidas para o evitar. A segunda ocorre quando, por descuido ou inaptidão, o agente não prevê sequer a possibilidade de realização ou produção do desleixo ou levandade acredita na sua não verificação, não tomando medidas para o evitar. A segunda ocorre quando, por descuido ou inaptidão, o agente não prevê sequer a possibilidade de realização ou produção do facto, embora, se usasse a diligência necessária o pudesse fazer. A culpa pode ser grave, leve ou levíssima. A grave traduz-se no facto de o agente não observar os cuidados que a generalidade das pessoas, em regra, observa produzindo a sua conduta, uma situação de negligência grosseira *nímia* ou *magneta negligentia*. A leve, ocorre quando é omitida a negligência normal e a levíssima quando são omitidos cuidados especiais que só as pessoas mais prudentes observam.

Para maiores desenvolvimentos cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 718; Frada, Carneiro, *A responsabilidade... op. cit.*, p. 689; Costa, Mário Júlio de Almeida (2013) *Direito das Obrigações, 12ª ed.*, Coimbra: Almedina, 578-610; Varela, João de Matos Antunes, (2015). *Das obrigações em geral*, reimpressão da 10.ª ed. de 2000. Coimbra: Almedina, pp. 566-589; Oliveira, Rui Estrela, op. cit., p. 968 e 969.

³⁸ Previsão semelhante encontra-se no art. 164.º, n.º 1 da LC.

a existência de culpa na insolvência, por parte de alguém exigível, deve o tribunal declarar a abertura do incidente na sentença, caso contrário deve abster-se.

A ponderação da existência, ou não, de elementos que justifiquem a abertura cabe ao juiz. Caso este opte por esta, a decisão é de caráter interlocutório, e, por consequência, a sentença não é recorrível na parte respeitante à decisão de abertura do incidente de qualificação da insolvência³⁹ (art. 188.º, n.º 2 CIRE).

Não sendo o incidente de qualificação da insolvência aberto na sentença, qualquer interessado tem a faculdade de até quinze dias depois da realização da assembleia de apreciação do relatório (ou após o 45º dia posterior à sentença, caso aquela não tenha lugar, no caso do incidente ser limitado (art. 36.º, n.º 4 CIRE)), para alegar por escrito, fundamentadamente “o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência”, e indicar as pessoas que devem ser afetadas por tal qualificação, sendo o juiz mediante a sua análise a decidir se o incidente é aberto ou não, nos dez dias subsequentes.

O administrador da insolvência pode por sua iniciativa alegar a favor da qualificação da insolvência como culposa, enunciando quem considera ser afetado por ela, quando não faça, deverá nos vinte dias seguintes⁴⁰⁻⁴¹, se prazo mais longo não for fixado pelo juiz, emitir um parecer fundamentado e documentado, sobre os factos relevantes, onde incluirá uma proposta de decisão, referindo as pessoas que devem ser afetadas pela qualificação da insolvência, caso a considere como culposa⁴².

Não obstante, não nos parece que o juiz esteja impedido de, mesmo quando o administrador da insolvência haja no âmbito do n.º 1, notificá-lo para que se pronuncie quanto às alegações de outros interessados. Ao fazê-lo procede no âmbito do art. 11.º CIRE,

³⁹ Caso o devedor já tenha sido declarado insolvente em processo anteriormente encerrado, o facto de a insolvência não ter naquele processo sido qualificada como culposa impede, em virtude do princípio *non bis in idem*, que essa questão seja chamada ao processo atual. Tal acontece, somente, se a qualificação no processo anterior tiver resultado da aprovação de um plano de pagamentos aos credores ou for provado que a situação de insolvência se manteve interruptamente desde da data da sentença de declaração anterior (art. 187.º CIRE).

⁴⁰ No caso de se tratar de incidente limitado o prazo é de quinze dias.

⁴¹ Antes da alteração introduzida pela Lei 16/2012, o AcRelPorto 23 fevereiro 2012 (Pinto de Almeida), determinou que o decurso do prazo de quinze dias, não precludia a eventual apresentação do parecer por parte do administrador, a qualificar a insolvência como culposa, devendo considerar-se o prazo como ordenador e não prescricional. No mesmo sentido, o AcRelPorto 17 novembro 2008 (Sousa Lameira).

⁴² A exigência de fundamentação deste parecer será distinta consoante haja ou não alegações e ainda consoante a qualificação da insolvência seja culposa ou fortuita. Considerando a qualificação como culposa, o administrador tem que apreciar os factos invocados nas alegações ou outros e que tenha conhecimento e compreender se eles correspondem efetivamente à qualificação da insolvência como culposa. Caso a qualifique como fortuita, basta invocar a inexistência de factos que justifiquem a qualificação como culposa, assim como a inexistência de alegações dos interessados. Neste sentido, cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit. 727.

a decisão do incidente de qualificação da insolvência pode ser baseada em factos não alegados pelas partes, exigindo-se, no entanto, que o visado tenha sido chamado a pronunciar-se sobre eles, para efeitos de exercício do seu direito de defesa e contraditório (art. 188.º, n.º 3 CIRE).

O parecer do administrador da insolvência é remetido ao Ministério Público⁴³ que terá dez dias para se pronunciar podendo concordar ou divergir da posição do administrador da insolvência, quer no que respeita à qualificação da insolvência quer no que refere às pessoas por ela afetadas no caso de insolvência culposa. Os interessados também podem apresentar parecer, nas palavras de Maria do Rosário Epifânio (2014, p. 153) a utilidade prática deste parecer reside no suporte que pode trazer à abertura do incidente a oportunidade de ouvir os interessados e, como tal, só terá lugar na abertura ulterior do incidente.

Os pareceres destas entidades constituem elementos relevantes na decisão do incidente de qualificação da insolvência e da própria tramitação, não podendo nenhum deles deixar de observar a obrigação que lhes compete sem incorrer em violação dos seus deveres funcionais⁴⁴.

O juiz tem a faculdade de quando sejam coincidentes os pareceres do administrador da insolvência e do Ministério Público quanto à qualificação da insolvência como fortuita de proferir decisão nesse mesmo sentido, a qual é irrecorrível⁴⁵. Não obstante, se o processo revelar factos que se submetam à presunção do art. 186.º, n.º 2 CIRE, esta faculdade do juiz não pode ser exercida, não podendo qualificar a insolvência como fortuita, sendo que se o fizer não prevalece o regime da irrecorribilidade estabelecida no n.º 5⁴⁶.

⁴³ O Ministério Público age em conformidade com o interesse público, o que resulta dos arts. 1 e 3, n.º 1, l) da Lei Orgânica n.º 47/86 de 15 de outubro.

⁴⁴ Verifica-se uma omissão da lei sobre a consequência da não emissão do parecer. A este propósito Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 728 consideram que “na omissão da lei, não pode ser atribuído valor ao silêncio, cabendo ao juiz, se for o caso, providenciar para que, mesmo tardio, seja emitido. No caso do administrador, há então justa causa de destituição”.

⁴⁵ Solução semelhante verifica-se no direito espanhol, no n.º 1 do art. 170.º LC.

⁴⁶ Com as alterações introduzidas na Lei 16/2012, o juiz passou a ter a mera faculdade, e não um dever (como sucedia) de proferir de imediato decisão nestas situações. O dever que anteriormente pertencia ao juiz era amplamente criticado pelo grosso da doutrina, entendia-se haver violação da reserva de competência jurisdicional, bem como, do princípio do inquisitório, tornando a medida excessiva, o que para alguns autores ocorreu por se tratar de uma má cópia do art. 170.º/1 LC. Veja-se, em relação às críticas ao regime anterior, entre outros, Fernandes, L. A. Carvalho e Labareda, João, em anotação ao n.º 4 do art. 188.º CIRE (na anterior redação), que referiam que “significa este regime um tratamento (mais) favorável para o insolvente e uma reduzida relevância da alegação dos interessados, que invocaram factos para qualificar a falência como culposa. (...) na interpretação do n.º 4 tem de se entender que não pode ser ignorada a presunção *iuris et de iure* contida no n.º 2 do art. 186.º, sob pena de vir a ser inutilizada. (...) Na verdade, se estiver evidenciado qualquer dos factos previstos nas alíneas desse número, nem o administrador da insolvência nem o Ministério Público podem deixar de se pronunciar no sentido de qualificar a insolvência como culposa”; Epifânio, Maria do Rosário,

Cabe lembrar que o juiz na qualificação da insolvência terá que atender a todos os factos do processo, ainda que estes não tenham sido alegados em nenhum dos pareceres.

Não proferindo de imediato decisão no sentido da qualificação da insolvência como fortuita, o juiz irá chamar ao processo além do devedor, todas as pessoas que possam ser afetadas pela qualificação da insolvência como culposa, para deduzirem oposição (art. 188.º, n.º 6 CIRE)⁴⁷.

Segue-se o regime estabelecido para as reclamações de crédito (art. 188º, n.º 8 CIRE), o que implica, para além da obrigação de indicar os meios de prova (arts. 134.º e 25.º, n.º 2 CIRE), a emissão de parecer pela comissão de credores (art. 135.º CIRE), o saneamento do processo (art. 136.º CIRE), a realização de diligências instrutórias (art. 137.º CIRE) e a audiência de julgamento (arts. 138.º e 139.º CIRE)⁴⁸.

Da lei não decorre nenhum prazo para o juiz proferir sentença qualificando a insolvência como culposa ou fortuita, assim sendo, deve considerar-se que o juiz dispõe do prazo geral fixado no art. 607.º, n.º 1 CPC do qual não nos parece resultarem dificuldades visto que o imperativo de celeridade que domina o processo de insolvência não é extensível à decisão do incidente por não existir quanto a este, carácter de especial urgência.

Manual de Direito ..., op. cit., p. 154; Oliveira, Rui Estrela, op. cit., pp. 961-962. Por um bom acolhimento da alteração legislativa vd. Serra, Catarina, *O Regime...*, op. cit. pp. 142 e 143. Na jurisprudência AcRelGuimarães 5 fevereiro 2013 (António Santos), 24 julho 2012 (Frenando Freitas); AcRelLisboa 20 abril 2012 (Ezagüy Martins) AAcRelPorto 25 outubro 2007 (José Ferraz).

⁴⁷ Só quem vier a ser efetivamente citado poderá ser considerado culpado, sendo que a intervenção destes (devedor e culpados) destina-se a dar-lhes a possibilidade de se oporem à qualificação da insolvência como culposa. A oposição de cada uma das pessoas chamadas ao incidente deve ser apresentada no prazo de quinze dias a contar da notificação ou da citação que são acompanhadas dos pareceres do administrador da insolvência e do MP e dos respetivos documentos. O n.º 7 do art. 186.º CIRE admite resposta à oposição, por quem assuma, no incidente, posição contrária à das oposições; administrador da insolvência, Ministério Público ou qualquer interessado, sendo que para este efeito se consideram interessados, todas as pessoas que tenham apresentado alegações no sentido de qualificar a insolvência com culposa. Releva-se aqui um problema, o de quando se começa a contar o prazo do n.º 7. Em razão das diferenças de formalismos dos meios porque são chamados ao processo e visto que o que se encontra na norma é que quem possa responder dispõe de “10 dias subsequentes ao termo do prazo referido no número anterior”, há que saber quando se começam a contar estes dez dias. Faz sentido que o prazo se comece a contar quando termine o último dos prazos do n.º 6. Nesse sentido Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da ...*, op. cit., p. 730 consideram que se assim não fosse “teriam que se apresentar tantas respostas quanto as oposições deduzidas em prazos diferentes, o que não sendo imposto pelo n.º 7 não parece ser o que mais se enquadra no princípio da economia processual”.

⁴⁸ Discordando da aplicação de determinadas regras da tramitação da verificação de créditos ao incidente de qualificação veja-se Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da ...*, op. cit., pp. 730 e 731; Oliveira, Rui Estrela, op. cit., pp. 963-965; Duarte, Rui Pinto (2005). *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor, in:*” Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial - *Novo Direito da Insolvência*. p. 144. O último autor defende que esta remissão genérica é fruto de uma subvalorização da qualificação da insolvência por parte do legislador qualificando as suas regras processuais como deficientes.

No caso de a insolvência ser qualificada como fortuita, aplica-se o disposto nos arts. 81º a 84º CIRE quanto aos efeitos gerais em relação ao insolvente e aos seus administradores, tal e qual a quando não chega sequer a ser aberto incidente de qualificação.

Por outro lado, se for considerada como insolvência culposa, emergem os efeitos especiais regulados nos arts. 189.º, n.º 2 e 3 em complemento com o 190.º CIRE, cabendo ao juiz, na sentença, determinar as pessoas atingidas, e, se for caso disso, distinguir o grau de culpa dos atingidos, obviamente para efeitos de graduação das medidas aplicadas⁴⁹.

A sentença que qualifique a insolvência como culposa é suscetível de recurso nos termos gerais do art. 14.º CIRE, o qual pode ser interposto por qualquer das pessoas afetadas pela qualificação⁵⁰⁻⁵¹.

4. Legitimidade do Administrador da Insolvência para Efetivar a Responsabilidade dos Administradores

Não é exato reiterar que o CIRE tenha ignorado a questão da (eventual) responsabilidade dos administradores. No Título IV, intitulado de “Efeitos da declaração de insolvência”, no Capítulo I⁵², destinado aos “Efeitos sobre o devedor e outras pessoas”, regulou alguns aspetos adjetivos⁵³ da legitimidade do administrador da insolvência para

⁴⁹ Além dos administradores podem ser “pessoas afetadas” pela qualificação da insolvência como culposa, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas.

⁵⁰ Para um estudo mais aprofundado cfr. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, op. cit., pp. 150-153; Leitão, Luís M.T. Menezes, *Código da Insolvência*, op. cit., pp. 272-274.

⁵¹ É a sentença declaratória da insolvência que opera na esfera do insolvente e produz os efeitos jurídicos inerentes à situação. Até à declaração o insolvente pode estar impossibilitado de cumprir as suas obrigações, independentemente de tal se dar por razões de liquidez, ou de insuficiência patrimonial, ainda assim não é considerado insolvente, isto por até esse momento, nem ele, nem outro com legitimidade ter promovido o processo.

⁵² Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João (2013). *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 334, n.º 2, assim como Leitão, Luís M.T. Menezes, *Código da Insolvência*, op. cit., p. 125, criticam a localização sistemática da regulação da competência exclusiva do administrador da insolvência. Isto porque as competências do administrador da insolvência se encontram positivadas num artigo próprio, o 55.º CIRE.

⁵³ V. Frada, Manuel Carneiro da. *Responsabilidade...*, op. cit., p. 672. No mesmo sentido Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João (2013). *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 346, n.º 7.

propor e fazer seguir ações de responsabilidade dos administradores perante a sociedade e os credores sociais.

O n.º 3⁵⁴ do art. 82.º CIRE estipula que “durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir: a) as ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros; b) as ações destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência; c) as ações contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente”.

O preceito refere-se a uma legitimidade extraordinária e exclusiva⁵⁵. Extraordinária por se atribuir ao administrador legitimidade para propor ações que, caso não estivéssemos perante uma situação de insolvência, caberiam ao próprio devedor e aos seus credores, por serem os titulares do interesse na obtenção da indemnização. Foi o próprio legislador que concedeu ao administrador da insolvência poderes para litigar em nome próprio e assumir enquanto sujeito processual o papel de autor na ação.

No decurso do processo de insolvência, o n.º 3 do art. 82.º CIRE determina desvios no que toca à responsabilidade civil, v.g. no que refere à legitimidade ativa para propor ou seguir com as respetivas ações. Na pendência do processo, a sociedade, os sócios e os credores estão privados de legitimidade ativa para propor ações de responsabilidade civil contra administradores de direito ou de facto, tal regime justifica-se, para evitar uma proliferação de ações. O art. 82.º, n.º 1, a) CIRE implica um deslocamento relativamente ao previsto no art. 77.º, n.º 4 CSC⁵⁶, por se preterir a intervenção da sociedade no processo.

O reconhecimento desta legitimidade como exclusiva do administrador da insolvência fundamenta-se, na medida em que este assume “a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessam à insolvência”. Por um lado, nos

⁵⁴ Antigo n.º 2, antes das alterações preconizadas pela Lei 16/2012.

⁵⁵ A exclusividade da legitimidade decorre da própria lei.

⁵⁶ Na qual, em caso de ação de responsabilidade proposta pelos sócios ou credores sociais, a sociedade tem que ser chamada à causa, e ainda, que a devedora seja citada, em conformidade com o art. 608.º CC *ex vi* n.º 2 do art. 78.º CSC.

termos do art. 81.º, n.ºs 1 a 4⁵⁷ CIRE, o insolvente fica imediatamente privado dos poderes de administração e disposição dos bens, por outro, o interesse dos credores, na satisfação dos seus créditos, determina a unificação do poder de reclamar, a favor do devedor, as indemnizações devidas, que vão integrar a massa insolvente. Este normativo legal protege os direitos dos sócios e dos credores sociais, diante da inatividade da sociedade devedora, no decorrer do processo de insolvência.

Prevalece na doutrina o entendimento de que o administrador atua em representação da massa insolvente (cfr. art. 46.º, n.º 1 CIRE), isto por a este órgão da insolvência serem atribuídos poderes que devem ser exercidos no interesse dos credores e que se reconduzem aos chamados deveres funcionais ou poderes-deveres⁵⁸. Satisfeita a indemnização devida pelo administrador (de direito ou de facto) por forma a ressarcir os danos causados à sociedade, o seu valor reverte em benefício da massa insolvente, de onde vão provir os pagamentos aos credores sociais, o que vai propiciar a sua satisfação “reflexa ou indiretamente”⁵⁹.

Neste quadro, é fundamental a aplicação efetiva do princípio *par conditio creditorum*⁶⁰, impossibilitando que algum dos credores possa obter, por via distinta ao processo de insolvência, uma satisfação mais rápida dos seus créditos e contendo uma multiplicação de ações com o mesmo fim, que viriam a atrasar a satisfação dos credores.

A legitimidade remetida ao administrador da insolvência, não coloca em questão os direitos dos credores, mormente nas situações em que se verifique a sua inércia, pois o legislador previu expressamente a sua responsabilidade nos arts. 59.º e 82.º, n.º 3, b)⁶¹ CIRE.

⁵⁷ De qualquer modo, nos termos do n.º 5 do art. 81.º CIRE, a representação conferida ao administrador da insolvência não se estende à intervenção no âmbito do processo de insolvência, seus incidentes e apensos, salvo expressa disposição em contrário, que cabe ao próprio devedor.

⁵⁸ Neste sentido Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, op. cit., p. 259, n.º 13 e Epifânio, Maria do Rosário op. cit., p. 62.

⁵⁹ Cfr. Frada, Manuel Carneiro da, *Responsabilidade...* op. cit., p. 673.

⁶⁰ Este princípio determina, nas palavras de Duarte, Rui Pinto, *Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor*, in:” Themis – RFDUNL, Ed. Especial - Novo Direito da Insolvência., p. 54 que “na ausência de factos que determinem a aplicação de regras especiais, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor”.

⁶¹ O art. 82.º, n.º 5 CIRE estipula que “toda a ação dirigida contra o administrador da insolvência com a finalidade prevista na alínea b) do n.º 3 apenas pode ser intentada por administrador que lhe suceda”. O disposto neste artigo deve ser conjugado com o art. 56.º, n.º 1 CIRE, que estabelece a possibilidade de o juiz poder destituir o administrador da insolvência com fundamento em justa causa, e com o n.º 2 do mesmo preceito que prevê a designação de um substituto para o cargo. Na jurisprudência v. AcRelPorto 9 junho 2009 (Carlos Moreira), onde se lê “a destituição do administrador da insolvência, ao abrigo do art. 56.º, n.º 1 CIRE, apenas pode ocorrer quando se prove cabalmente a sua inaptidão ou incompetência para o exercício do cargo ou a violação pelo mesmo, de forma culposa e injustificada, dos deveres que lhe são legalmente impostos e de que resulte um relevante prejuízo para a massa insolvente”.

Por fim, há que referir um problema de ordem sistemática quanto a esta matéria: a alínea b) do n.º 3 do art. 82.º CIRE e o n.º 4 do art. 78.º CSC, no que respeita à legitimidade ativa dispõem soluções contrárias. O art. 78.º, n.º 4 prevê que “no caso de falência da sociedade, os direitos dos credores podem ser exercidos, durante o processo de falência, pela administração da massa falida”, tratando-se de uma legitimidade facultativa, o que é incompatível com o art. 82.º, n.º 3, b) CIRE, que estipula como exclusiva a legitimidade do administrador da insolvência para propor ações na pendência do processo de insolvência. Em razão do exposto, deve considerar-se que o CIRE revogou tacitamente o n.º 4 do art. 78.º CSC, que vê a sua norma desatualizada⁶².

5. Sistema de Responsabilidade Civil dos Administradores pelos danos causados à sociedade

Nos termos do art. 72.º, n.º 1 CSC “os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticadas com preterição dos deveres legais ou contratuais⁶³, salvo se provarem que procederam sem culpa⁶⁴”.

⁶² A este propósito, tenha-se em consideração o previsto no art. 7.º n.ºs 1 e 2 CC, “quando se não destine a ter vigência temporária, a lei só deixa de vigorar se for revogada por outra lei. A revogação pode resultar de declaração expressa, da incompatibilidade entre as novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior”.

⁶³ A responsabilidade dos administradores prevista neste preceito é uma responsabilidade contratual e subjetiva, depende da culpa que se presume (v. arts. 798º e 799º CC). A doutrina entende que se trata de uma responsabilidade contratual numa dupla perspetiva, por se considerar que estes sujeitos são mandatários da sociedade e por estes darem o seu assentimento. A aplicação da ideia de mandato, à situação jurídica dos administradores, tem sido alvo de duas grandes tradições críticas. Uma interna, relacionada com a natureza jurídica do mandato e que se desenvolveu na Alemanha, e outra externa, respeitante ao âmbito das funções dos administradores, que surgiu em Itália. Configura-se razoável admitir que a base da situação jurídica dos administradores das sociedades privadas assente num contrato. A este propósito vd. Cordeiro, António Menezes (1997), *Da responsabilidade civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, pp. 337 a 341.

⁶⁴ Refere-se a uma presunção de culpa, com significativo interesse neste quadro. É aos gerentes e administradores que cabe ilidir a presunção legal estabelecida na norma, demonstrando que atuaram com diligência, norteados por deveres de cuidado e competência técnica. O esforço exigível aos administradores no cumprimento dos seus deveres deve obedecer ao critério do “gestor criterioso e ordenado” numa interpretação uniforme do art. 64.º CSC.

A ação de responsabilidade pode ser proposta pela própria sociedade (art. 75.º CSC⁶⁵) ou pelos sócios (art. 77.º CSC⁶⁶). O art. 82.º, n.º 2 a) CIRE, confirma que a sociedade é titular de um direito de indemnização contra os administradores.

A responsabilidade a que nos referimos é solidária (art. 73.º, n.º 1 CSC). Tal significa que se a administração for plural, a sociedade (ou quem a substitua) pode exigir a indemnização integral a qualquer um dos administradores desde que seja um administrador responsável, isto é, não existe solidariedade pelo simples facto de integrarem um órgão administrativo, é necessário que haja culpa e facto próprio, ou seja, a responsabilidade dos administradores perante a sociedade não atinge aqueles que não tenham participado na deliberação da administração danosa ou tenham votado contra ela, assim como, se a conduta dos administradores tiver assentado em deliberações dos sócios, ainda que anuláveis.

Por sua vez, o administrador-devedor solidário que satisfizer os créditos da sociedade tem direito de regresso contra cada um dos restantes administradores responsáveis (cfr. arts. 524.º CC e 73.º, n.º 2 CSC).

Na norma estão presentes os pressupostos exigidos (regra geral) para a responsabilidade civil por factos ilícitos: a *ilicitude* do comportamento dos administradores, a culpa, o dano⁶⁷ e o nexó de causalidade⁶⁸, isto é, do art. 72.º, n.º 1 CSC resulta uma responsabilidade em que estão em causa danos ilícitos provocados pela inobservância de deveres específicos, e, com presunção de culpa.

⁶⁵ Consagra o direito de ação da sociedade (*uti universi*) devendo ser precedida da deliberação dos sócios, por simples maioria, estando sujeita ao prazo de caducidade de seis meses a contar da data da deliberação.

⁶⁶ Oferece aos sócios o direito de “propor ação social de responsabilidade contra gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido quando a mesma a não haja solicitado” (ação *uti singuli*).

⁶⁷ O dano da sociedade será “real” quando algum interesse legalmente protegido for lesado, e será “patrimonial” como reflexo do dano real sobre o património da sociedade.

⁶⁸ No que toca ao nexó de causalidade, prevalece entre os civilistas a doutrina da *causalidade adequada*, em que se entende por causa o facto que além de ser condição *sine qua non* do dano, se mostra em abstrato ou em geral congruente a produzi-lo.

Com efeito, os administradores societários têm deveres gerais (art. 64.º CSC)⁶⁹ e deveres específicos⁷⁰⁻⁷¹ que compreendem as condutas a que estão implicitamente ligados e os deveres a que estão obrigados por força dos estatutos da sociedade.

Posto isto, o administrador será civilmente responsável para com a sociedade, quando o ato por ele praticado for considerado pelo direito como ilícito (abrangendo a ilicitude civil obrigacional e a ilicitude delitual), sendo contrário a um preceito imperativo ou a um dever imposto por uma norma, em outras palavras, é ilícito o ato (ou omissão) que se traduza na inexecução do dever geral a que está vinculado o agente (responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana) ou na violação de uma obrigação (responsabilidade contratual)⁷².

O nosso legislador seguiu de perto o sistema alemão, concebendo a ilicitude configurada como um juízo de desvalor, atribuído pela ordem jurídica, relativamente ao comportamento do agente (teoria do desvalor do facto). A ilicitude não é apreciada em relação ao resultado, mas sim em relação ao comportamento do agente. Tal significa que não existirá ilicitude, sempre que o comportamento do agente não proceda qualquer fim contrário à lei, ainda que, represente uma lesão de bens jurídicos. Por assim ser, e verificados os pressupostos responsabilidade civil será o administrador responsável perante a sociedade.

Atendendo a que a conduta dos administradores obriga ao dever de cuidado e ao dever de lealdade, importa compreender o que estes implicam.

O dever de cuidado (art. 64.º, a) CIRE) exige que o administrador aplique nas atividades de organização, decisão e controlo societário o tempo, esforço e conhecimento necessário no desempenhar das suas funções. Daqui emergem os deveres de disponibilidade, de competência técnica e de conhecimento da atividade da sociedade.

Já o dever de lealdade⁷³ (art. 64.º, b) CIRE), obriga a que os administradores atuem unicamente consoante os interesses da sociedade e na prossecução dos mesmos, abstenendo-

⁶⁹ Nomeadamente o dever de gestão e de representação, que estão vinculados a deveres de cuidado e lealdade.

⁷⁰ São vários os deveres dos administradores que resultam imediata e especificamente da lei. O CSC prevê os deveres gerais (cfr. arts. 6.º, n.º 4, 31.º, n.ºs 1, 2, e 4, 32.º, 33.º, n.ºs 1, 2 e 3, 35.º, 254.º, 398.º, n.ºs 3 e 5, 428.º, 203.º e ss, 285.º, 286.º, 316.º, 319.º, n.º 2, 323.º, n.º 4, 325, n.º 2, 220.º, 412.º n.º 4 e 433.º, n.º 1 CSC).

⁷¹ A responsabilidade civil dos administradores tem que decorrer da omissão de deveres contratuais legais, é necessário que se verifique sempre uma desconformidade entre a sua conduta e aquela que lhe era normativamente exigível.

⁷² Neste sentido, AcSTJ 31 março 2011 (Serra Batista) e AcRelLisboa 28 junho 2012 (Carla Mendes).

⁷³ Este dever aplicar-se-á: nas relações dos sócios com a sociedade e entre si, englobando a ideia básica de *status* de sócio; nas relações da sociedade para com os sócios, implicando um alargamento *ex bona fide* da competência da assembleia geral; e nas relações dos administradores com as sociedades e os próprios sócios (este dever obriga a seguir as regras do bom governo das sociedades (*corporate governance*)).

se do seu próprio benefício ou de interesses alheios. Está, deste modo, autonomizado do dever de diligência e aparece associado, entre outros, à obrigação de não concorrência, de não aproveitar em benefício próprio eventuais oportunidades de negócio, atuar de acordo com o interesse societário, não abusar do seu estatuto⁷⁴ e comportar-se com correção quando contratam com a sociedade.

As alíneas do art. 64.º CSC carecem de interpretação conjunta, na nossa opinião, o facto de o legislador nacional separar estes dois deveres provém, tão só, da sua natureza jurídica e evolução histórica.

No que concerne à responsabilidade dos administradores, não obstante do que fica dito, é de referir que esta será excluída se o administrador atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, nos termos do art. 72.º, n.º 2 CSC⁷⁵. Este preceito legitima a *business judgment rule*⁷⁶⁻⁷⁷ estabelecendo que a responsabilidade dos administradores será afastada se se demonstrar que o desempenho do administrador foi ponderado, ocorreu de forma pessoalmente desinteressada e consistiu numa prática normal e adequada de gestão⁷⁸.

Deve ser encarada, no direito português, como uma cláusula de exclusão da ilicitude ou da culpa. É uma disposição central porque se tange aos diversos planos em que se dispõe sobre a responsabilidade dos administradores, seja, ou não, objeto de previsão específica.

A norma contende com os arts. 72.º, 78.º e 79.º CSC, tendo, obviamente sentido e alcance diferentes quando conjugado com cada um deles. O seu valor resulta de nela estarem

⁷⁴ O administrador não pode receber vantagens patrimoniais de terceiros ligados à celebração de negócios com a sociedade. Se tal suceder, o administrador pode ser obrigado a entregar à sociedade os valores indevidamente recebidos, aplicando-se, por analogia o disposto no art. 1161.º, e) CC.

⁷⁵ A este propósito, Costa, Ricardo (2007), *Responsabilidade dos administradores e business judgment rule*, In: Reforma do Código das Sociedades Comerciais, IDET, Colóquios, n.º 3, Almedina: Coimbra.

⁷⁶ A origem desta norma, data do princípio do século XIX. Krieger defende que a *business judgment rule* configura, no direito alemão, uma delimitação negativa da violação de deveres de cuidado e, ainda, que a consagração desta regra teve um significado meramente declarativo, porquanto a jurisprudência da instância judicial superior alemã já admitia a existência de um espaço de atuação empresarial livre de escrutínio. Considera, por isso, que se trata de uma delimitação da ilicitude e não da culpa, não constituindo também uma pura regra relativa à prova, mas uma disposição com conteúdo material-normativo próprio que visa proteção da discricionariedade empresarial do administrador, Krieger, *Organpflichten und Haftung in der AG*, 3, 45, ex vi, Leitão, Adelaide Menezes, *Responsabilidade... op. cit.*, pp. 28 e 29.

⁷⁷ Esta regra tem sido, de forma diferenciada, recebida na doutrina e na jurisprudência de vários países (inclusive por países não anglo-saxónicos), e em algumas leis, v.g. na Aktiengesetz alemã, em 2005, e no CSC, em 2006. Sobre este tema vd. Frada, Manuel Carneiro da (2007), *A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in: Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Vol. III, Coimbra; Costa, Ricardo, *Responsabilidade ... op. cit.*, p. 32; Coutinho de Abreu, J. M. (2006) *Governança das Sociedades Comerciais (2ª ed.)*. Coimbra, p. 70.

⁷⁸ Neste sentido, AcSTJ 9 maio 2006 (Paulo Sá).

contidas um modelo de culpa e de ilicitude, suscetíveis de integrarem os preceitos *supra* citados e de lhes precisar o alcance.

6. Sistema de Responsabilidade Civil pelos danos causados aos credores da sociedade

6.1. Responsabilidade para com os credores⁷⁹

Nos termos do art. 78.º, n.º 1 CSC “os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”. Tratando-se da violação de disposições legais ou contratuais, indubitavelmente que a ilicitude aqui alcança a violação, não de todo e qualquer dever que recaí sobre os administradores, mas somente, dos deveres prescritos em “disposições legais ou contratuais” de proteção dos credores.

Coutinho de Abreu (2010, p. 70), não densifica o conceito de “disposições legais ou contratuais” de proteção dos credores sociais, mas dá alguns exemplos de normas que o CSC estabelece, que embora não concedam direitos subjetivos aos credores da sociedade, importam na defesa dos seus interesses, nomeadamente as que proveem à conservação do capital social, v.g. arts. 31.º a 34.º, 514.º, 236.º, 346.º, n.º 1, 513.º, 220.º, n.º 2 e 317.º, n.º 4 CSC; as relativas à constituição e utilização da reserva legal, arts. 218.º, 295.º e 296.º CSC; e a norma tuteladora dos interesses dos credores que é a que delimita a capacidade jurídica das sociedades (art. 6.º CSC). Além destes, fora do CSC, enumera o art. 18.º CIRE, que estabelece o dever de os administradores se apresentarem à insolvência.

No que respeita à culpa, e por oposição ao que sucede na responsabilidade para com a sociedade, o legislador afastou a presunção de culpa. É aos credores que cabe o ónus de prova da culpa, o que resulta simultaneamente do facto de o art. 78.º, n.º 5 CSC não remeter

⁷⁹ Sobre esta responsabilidade, vd. AcSTJ 5 dezembro 2006 (Borges Soeira) que condena o administrador por responsabilidade para com o credor social.

para o n.º 1 do art. 72.º CSC, e do art. 487.º, n.º 1 CC. Mais que ilícito, o ato tem que ser danoso, trata-se de um dano indireto⁸⁰, sofrido pela afetação total ou parcial da garantia dos seus créditos, noutras palavras, do património social. Há que apurar, caso a caso, quais as disposições que têm em vista a proteção dos credores sociais, obedecendo para o efeito ao fim da norma.

6.2. Responsabilidade para com os sócios e terceiros

Nos termos do art. 79.º, n.º 1 CSC “Os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções”. Está em causa uma responsabilidade delitual com expressa remissão para o previsto nos arts. 483.º e 487.º CC, por danos diretamente causados a sócios e a terceiros. Do facto ilícito praticado pelo administrador, deve resultar um dano que afete direta e imediatamente os créditos dos sócios ou dos credores⁸¹. Assim sendo, percebe-se a difícil verificação da presunção do art. 79.º, n.º 1 CSC.

Neste contexto há que compreender quem são “terceiros”: trabalhadores, fornecedores, clientes, credores sociais (que não beneficiem do art. 78.º CSC) e sócios enquanto terceiros (nomeadamente o Estado). O artigo *supra* citado coloca a par sócios e terceiros, porém, no que respeita à responsabilidade dos administradores, essa é diferente de uns para com os outros.

A responsabilidade surge através de atos (ilícitos, culposos e danosos) praticados pelos administradores, durante e em razão da sua atividade. Nesta lógica, trata-se de uma responsabilidade orgânica.

⁸⁰ O dano indireto implica a diminuição do património do credor, que, contudo, está ligada à diminuição do património da sociedade, nos termos em que este se torna insuficiente para a satisfação dos seus créditos. O dano direto está ligado à diminuição do património de terceiros que não implica a diminuição do património da sociedade. Cfr. Coutinho de Abreu, J. M. (2010) *Responsabilidade Civil op cit.* pp. 74, 85 sobre estas definições e Vasconcelos, Pedro Pais de (2009). Responsabilidade Civil dos gestores das sociedades comerciais, *In: Direito das sociedades em revista*, Vol 1. Coimbra: Almedina.

⁸¹ A este propósito, vd. AcRelLisboa 28 junho 2012 (Carla Mendes) e AcSTJ 23 maio 2002, onde se lê que o art. 79.º CSC atende aos danos causados diretamente pelos gerentes aos sócios ou a terceiros, de forma delituosa, em violação de uma obrigação e não, aqueles outros danos que resultem de uma gestão que os prejudique.

Para que haja responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros, o dano causado terá que incidir diretamente no património destes, não importando o dano reflexo, derivado do dano sofrido pela sociedade. A conduta dos administradores é tida como ilícita quando estes violem direitos de sócios ou de terceiros, normas legais de proteção e certos deveres jurídicos específicos.

Por fim, há que distinguir a responsabilidade para com os sócios da responsabilidade para com terceiros.

Para com os sócios os administradores têm responsabilidade por violação dos seus direitos (cfr. arts. 266.º CSC, 53.º e 54.º CVM), por violação das normas legais de proteção dos sócios (cfr. 515.º, n.º 1 e 3 CSC), ou por violação de deveres jurídicos (cfr. arts. 214.º e ss., 288.º e ss., 518.º e 519.º e 114.º, n.º 1 CSC).

Para com terceiros os administradores têm responsabilidade por violação de direitos de terceiros, por violação de normas legais de proteção de terceiros, por violação de deveres jurídicos (cfr. arts. 134.º, 135.º e 149.º e ss., CVM).

Assim sendo, e compreendendo que o regime geral da responsabilidade dos administradores pelos danos causados a terceiros implica que o dano seja direto, tal como, o regime especial da responsabilidade dos administradores pelos danos causados a alguns terceiros (credores), implica que o dano seja indireto, devemos considerar que o art. 79.º, n.º 1 CSC corresponde à aplicação, ao passo que o art. 78.º, n.º 1 CSC, corresponde a uma derrogação do princípio geral da não ressarcibilidade dos danos indiretos. Em regra, segundo Antunes Varela (2015, p. 620 e 621) “tem direito a uma indemnização o titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado com a violação da disposição legal, não o terceiro que só reflexa ou mediatamente seja prejudicado”. O art. 79.º CSC atribui aos terceiros o que decorre do estabelecido no regime geral da responsabilidade civil, sendo que o requisito de que os danos sejam diretos não representa uma especial delimitação⁸². O art. 78.º CSC, por sua vez, dá aos credores da sociedade, enquanto terceiros, mais do que o que decorre da aplicação do regime geral da responsabilidade civil.

⁸² Em sentido oposto, *vide*, Cordeiro, António Menezes (2011) *Direito das sociedades*, vol I, 3ª ed., Coimbra: Almedina 996: “A responsabilidade para com os sócios e terceiros é remetida [...] para o regime geral da responsabilidade aquiliana [...] À primeira vista, temos uma responsabilidade por violação de direitos de outrem ou por inobservância de normas de proteção, nos termos do art. 483.º, n.º 1, CC. Todavia, tal responsabilidade sofre uma especial delimitação: apenas cobre os danos diretamente causados”.

6.3. Responsabilidade por Danos Diretos

O art. 79.º, n.º 1 CSC, estabelece, como se disse, que os administradores respondem pelos danos causados aos credores das sociedades, desde de que preenchidos os requisitos da responsabilidade extracontratual, da responsabilidade contratual, ou da *terceira via* do direito da responsabilidade civil.

Quanto à responsabilidade extracontratual, que reveste provavelmente o maior número de casos, os administradores respondem pelos danos causados aos credores da sociedade administrada desde que haja *violação de direitos subjetivos* (cfr. art. 483.º, n.º 1 CC), *violação de disposições legais de proteção* (cfr. art. 483.º, n.º 1 CC), *ou abuso de direito* (cfr. art. 334.º CC).

No que respeita à responsabilidade contratual, regra geral, não há relações obrigacionais em sentido estrito entre os credores e os administradores.

Entre estas duas está a violação de deveres especiais ou específicos de proteção, dentro das relações obrigacionais em sentido amplo.

O art. 227.º, n.º 1 CC deve interpretar-se de forma a que se admita a constituição de relações obrigacionais sem deveres primários de prestação entre pessoas que não são, nem devem ser partes num contrato, o art. 79.º, n.º 1 CSC, deve interpretar-se de forma a admitir a responsabilidade civil dos administradores pelos danos que causem a pessoas que não sejam parte no contrato, nomeadamente os credores da sociedade, por violação de deveres específicos de proteção. A título de exemplo, o administrador que tenha criado um determinado grau de confiança com os credores, há-de responder pelos danos causados, pela frustração da confiança assumida.

Importa, neste âmbito, a responsabilidade pré-contratual pela violação de deveres de esclarecimento, a responsabilidade extracontratual pela violação das disposições legais de proteção dos arts. 18.º e 19.º CIRE e a responsabilidade extracontratual pelo abuso de direito.

A responsabilidade pela violação de deveres de esclarecimento pode remeter-se à regra específica do art. 171.º, n.º 2 CSC ou ao princípio geral do art. 227.º CC. O art. 171.º, n.º 2 CSC obriga os administradores a esclarecerem eventuais futuros credores acerca da circunstância de o montante do capital próprio da sociedade ser inferior a metade do capital

social⁸³. Não é o que sobrevém da letra da lei, todavia, o estatuído na norma sugere uma “formalização” do dever de esclarecimento. Este devia cingir-se ao de indicar o capital próprio e o capital social, desta maneira, os administradores não teriam, o dever de advertir os eventuais futuros credores, de que o capital próprio da sociedade é inferior à metade do capital social. Conquanto, dos argumentos retirados do art. 171.º, n.º 2 CS,C, e em específico do micro-sistema constituído pela relação entre este e o art. 227.º, n.º 1 CC sugerem uma “materialização” do dever de esclarecimento aos credores da situação económica e financeira da sociedade, inclusive sobre a ocorrência de insolvência atual ou iminente, ou de situação económica difícil.

Não obstante, parece que este dever dos administradores de esclarecem ou informarem os eventuais credores sobre a situação de insolvência atual da sociedade é praticamente irrelevante. Veja-se, estando a sociedade em situação de insolvência atual, os administradores estão adjudicados de dois outros deveres, o de apresentação da sociedade à insolvência e o dever (pré-contratual) de esclarecimento. A violação do primeiro é facto constitutivo de responsabilidade extracontratual (cfr. art. 483.º, n.º 1, 2ª alternativa CC), e a violação do segundo é facto constitutivo de responsabilidade pré-contratual (cfr. art. 227.º, n.º 1 CC em ligação com o art. 79.º, n.º 1 CSC). Assim sendo, a responsabilidade extracontratual pela violação do dever de apresentação da sociedade à insolvência resultante dos arts. 18.º e 19.º CIRE em ligação com o art. 483.º, n.º 1, 2ª alternativa CC delapida a responsabilidade pré-contratual por violação de um dever de esclarecimento.

Sendo o dever de esclarecimento, dos eventuais credores sobre a insolvência atual, praticamente irrelevante levanta-se a questão de se os administradores terão um dever pré-contratual de esclarecimento dos credores sobre a situação de insolvência iminente, ou, sobre a situação económica difícil da sociedade administrada. Ora, tal dever surge no contexto de ligações especiais entre o administrador e o credor da sociedade, sendo que o primeiro só estará coadunado a este dever se existirem “circunstâncias particulares” capazes de justificar essa relação especial, nomeadamente se assumir, chamar a si ou pretender uma relação de confiança pessoal particularmente elevada⁸⁴, ou, mesmo que administrador não crie nem pretenda criar essa relação de confiança, ela constituir-se-á desde que este tenha um interesse

⁸³ Dispõe o 171.º, n.º 2 CSC que as sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações devem ainda indicar o capital social, o montante do capital realizado, se for diverso, e o montante do capital próprio segundo o último balanço aprovado, sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social.

⁸⁴ Mormente se o administrador der ao credor uma garantia pessoal de que as informações ministradas são completamente corretas.

pessoal na conclusão do contrato, principalmente perante as circunstâncias de o administrador ser um sócio da sociedade, de ter concedido crédito, ou garantias pessoais ou reais à sociedade.

A responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência será tratada mais à frente neste estudo.

Por seu turno, a responsabilidade por abuso de direito pode relacionar-se com a provocação dolosa de um dano a um credor ou um grupo de credores, através de favorecimento de credores⁸⁵, da indução em erro sobre a capacidade da sociedade para o cumprimento de determinado contrato (cfr. arts. 253.º e 254.º CC), ou da prestação intencional de esclarecimentos errados ou de informações incorretas a um credor ou grupo de credores.

6.4. Responsabilidade por Danos Indiretos

Como se disse, os administradores respondem pelos danos indiretos causados aos credores da sociedade desde que se cumpram dois requisitos cumulativamente: o primeiro é o de que a ação ou omissão infrinja deveres legais ou deveres contratuais de proteção dos credores da sociedade; o segundo é de estes só respondem por estes danos se o património da sociedade se tornar insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.

Quanto ao primeiro requisito, o art. 78.º, n.º 1 CSC exige uma ilicitude qualificada, isto é, ainda que haja uma infração de um dever legal ou contratual de proteção, os administradores apenas respondem perante os credores se houver uma conexão de ilicitude específica entre o dano e o fim do dever legal ou contratual infringido.

No que concerne ao n.º 2 do art. 78.º CSC, este consagra a ação sub-rogativa dos credores sociais, que se destina à responsabilidade dos gerentes e administradores para com os credores sociais, quando se verifique a ilicitude qualificada, fundada na inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à sua proteção. Posto isto, podem

⁸⁵ O devedor que, conhecendo a sua situação de insolvência ou prevendo a sua iminência e com intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solver dívidas ainda não vencidas ou as solver de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para suas dívidas a que não era obrigado, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se vier a ser reconhecida judicialmente a insolvência. (art. 229.º CP)

os credores sociais exercer o direito de indemnização, sempre que a sociedade ou outros sócios dele abdicarem, o que resulta da lei, sendo que essa pode existir em simultâneo, e pelos mesmos factos que uma ação de responsabilidade para com a sociedade⁸⁶.

No caso de não se verificar essa ilicitude qualificada, os credores não dispõem desse mesmo direito autónomo, sendo que apenas se poderão fazer substituir à sociedade no exercício dos direitos da sociedade contra os administradores⁸⁷.

Quanto ao segundo requisito, estando preenchida a ilicitude qualificada, o art. 78.º CSC exige um dano qualificado, isto é, os administradores só vão responder perante os credores se o património da sociedade se manifestar insuficiente para a satisfação dos créditos.

O art. 78.º CSC concretiza o conceito de dano indireto aos credores. Ou seja, se o património da sociedade for suficiente para a satisfação de todos os créditos, os direitos e interesses dos credores são satisfeitos, não obstante, se o património da sociedade não é suficiente, os direitos e interesses dos credores não o são. Ou seja, a má gestão não pode causar danos indiretos se o património da sociedade for suficiente para satisfazer os créditos, contudo se não o for, a má gestão pode causá-los.

Importa esclarecer a diferença conceitual entre insolvência e insuficiência do património da sociedade.

6.4.1. Insolvência vs Insuficiência do Património da Sociedade⁸⁸

Estipula o art. 78.º CSC como critério de insuficiência “que o património social se torne insuficiente para a satisfação dos créditos”. Como se disse, a insuficiência é um dos critérios da insolvência, contudo, é apenas um dos pressupostos.

⁸⁶ O art. 487.º CC aplica-se à responsabilidade extracontratual e é deste modo que a responsabilidade dos administradores para com os credores deve ser entendida. Trata-se forçosamente de uma responsabilidade delitual. A génese desta norma encontra-se no §823, II do CC alemão (Bürgerliches Gesetzbuch), matriz do nosso 483.º CC.

⁸⁷ Neste caso o regime a aplicar é o regime geral da ação sub-rogatória dos arts. 606.º a 609.º CC com ligação ao art. 78.º, n.º 2 CSC.

⁸⁸ Na jurisprudência veja-se AcRelLisboa 13 janeiro 2011 (Ezagüy Martins) e AcRelLisboa 24 fevereiro (António Valente).

Se a sociedade for insolvente por o seu passivo ser superior ao ativo, a aplicação do art. 78.º CSC não causa problemas, por se tratarem de casos em que o património social é sempre insuficiente para a satisfação dos créditos, contudo, se a sociedade estiver insolvente por não conseguir cumprir as suas obrigações vencidas a aplicação deste artigo pode causar dúvidas, pois a letra da lei sugere que os administradores não respondem para com os credores pelos danos a estes causados, desde que o património social seja suficiente para a satisfação dos créditos.

Para superar este problema existem duas opções: a aplicação do regime geral da responsabilidade civil; ou, a aplicação do regime especial da responsabilidade civil dos administradores do art. 78.º, n.º 1 CSC.

A aplicação do regime geral da responsabilidade civil não implica nenhuma interpretação extensiva das normas legais, excluído o regime especial da responsabilidade civil dos administradores, aplica-se o regime geral.

Por outro lado, a aplicação do regime especial da responsabilidade civil obriga a essa interpretação. Observe-se, a aplicação do art. 78.º, n.º 1 CSC carece de uma interpretação declarativa do previsto no art. 3.º, n.º 2 CIRE, e de uma interpretação extensiva do previsto no art. 3, n.º 1 CIRE. Destarte, ainda que não houvesse diminuição do património social, aplicar-se-ia o art. 78.º, n.º 1 CSC sempre que a diminuição do património do credor estivesse causalmente ligada à diminuição da capacidade da sociedade para cumprir as suas obrigações vencidas.

Carneiro da Frada (2006, p. 671) conclui da diferença entre o conceito de insolvência do art. 3.º CIRE e, do conceito de insuficiência do património da sociedade do art. 78.º CSC, que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores pode resultar da aplicação do regime especial do art.º 78, n.º 1 CSC ou da aplicação do regime geral do 483.º, n.º 1 CC.

O autor esclarece que se a sociedade se encontrar com o “património social [...] manifestamente deficitário (com os ativos muito abaixo do passivo)” tal situação ficaria “coberta pelo [...] art. 78.º CSC” Sem embargo, no caso de a sociedade ser insolvente por estar impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações “a responsabilidade para com os credores teria de ter outros referentes legais”.

Para tal estabeleceu duas hipóteses. A aplicação do art. 79.º CSC ou a aplicação do art. 483.º, n.º 1, 2ª parte CC, esclarecendo que “para defesa dos credores, o recurso ao art. 79.º

CSC, [...], é limitado, dado que a imputação de danos por mera negligência dependerá ordinariamente da possibilidade de afirmar, perante o caso concreto, a existência de deveres especiais do administrador perante o terceiro”.

Sob outra perspectiva, discordando de Carneio da Frada, Pinto Oliveira (2014, p. 221) acredita que o CSC faz uma distinção entre o regime geral de responsabilidade dos administradores pelos danos diretos causados aos credores e o regime especial pelos danos indiretos. Atendendo ao facto de os administradores responderem perante os credores pelo facto de criarem ou agravarem a situação de insolvência tratar-se-á sempre de uma responsabilidade por danos indiretos. O património dos credores diminui na medida em que o património social diminui, em termos de se tornar insuficiente.

Estando em causa danos indiretos “ou bem que a responsabilidade dos administradores pela insolvência resulta da aplicação do regime especial do art. 78.º CSC, ou [...] não resulta da aplicação de regime nenhum”. Prejudicando a aplicação do art. 78.º CSC, nos “casos de insolvência, por impossibilidade de incumprimento (pontual) das obrigações vencidas, os administradores só poderiam ser responsabilizados pelos danos (diretos) causados aos credores da sociedade dentro dos limites do art. 79.º CSC”.

Pinto Oliveira (2014, pp. 221 e 222) faz uma proposta com vista a superar a controvérsia da aplicação do regime geral da responsabilidade civil através da interpretação extensiva do art. 78.º, n.º 1 CSC, fundamentando que a questão está em “averiguar se pode haver um dano indireto ou reflexo para os credores ainda que o património social não se tenha tornado insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”, ou seja, estando a sociedade impedida de cumprir pontualmente as suas obrigações vencidas, os direitos e interesses dos credores não serão satisfeitos, daqui decorre a possibilidade de poder haver danos indiretos ou danos reflexos. O autor considera que se deve fazer uma interpretação restritiva do conceito de dano direto e simultaneamente uma interpretação extensiva de dano indireto.

Para que se faça uma interpretação restritiva de dano direto do art. 79.º, n.º 1 CSC, o preceito só deve aplicar-se em dois casos: quando a diminuição do património do credor esteja causalmente desligada da diminuição do património social, ou, quando a diminuição do património do credor esteja causalmente desligada da capacidade da sociedade para o cumprimento das obrigações vencidas.

Por outro lado, para que se faça uma interpretação extensiva de dano indireto do art. 78.º, n.º 1 CSC, este deve aplicar-se por interpretação declarativa, aos casos em que a diminuição do património do credor esteja causalmente ligada à diminuição do património social, e por interpretação extensiva aplicar-se aos casos em que a diminuição do património do credor está causalmente ligada à diminuição da capacidade da sociedade para fazer cumprir as suas obrigações vencidas.

Face ao exposto, o requisito da insuficiência do património social do art. 78.º CSC, não é mais que a exigência da insolvência, portanto, havendo insuficiência do património sem insolvência, o credor não terá constituído o direito a ser indemnizado pelos administradores, por seu turno, verificando-se a insolvência sem insuficiência do património social, o credor terá um direito próprio de indemnização pelos danos indiretos causados pela má gestão dos administradores.

6.4.2. Conexão causal entre a infração de disposições de proteção e a insuficiência

O estabelecido no art. 78.º, n.º 1, sugere que este só se aplica desde que haja uma dupla relação de causalidade entre a atuação ilícita e o dano.

Em primeira linha, devia existir uma relação de causalidade entre a ação ou omissão ilícita e a diminuição do património da sociedade, por outras palavras, o administrador teria que causar um dano à sociedade administrada e este dano teria de ser um dano direto qualificado. O administrador ao provocar a diminuição do património da sociedade, teria de torná-lo insuficiente para a satisfação dos créditos.

Em segundo, devia existir uma relação de causalidade entre a diminuição do património social e a diminuição do património dos credores da sociedade, o dano direto da sociedade administrada deveria causar um dano indireto aos credores da sociedade.

Para Coutinho de Abreu (2010 pp. 74 e 75), o dano direto da sociedade apenas causa dano indireto para os credores quando “consista numa diminuição do património social em montante tal que ele fica sem forças para cabal satisfação dos interesses dos credores”.

Caso o entendimento do art. 78.º, n.º 1 CSC seja o de que este artigo ao exigir a insuficiência do património da sociedade está a exigir a insolvência da sociedade, o sentido da dupla relação de causalidade que se verifica que este artigo exige, necessita de esclarecimento.

Em primeiro lugar, haveria de existir relação de causalidade entre a ação ou omissão ilícita e a diminuição do património social ou da capacidade da sociedade para o cumprimento das obrigações vencidas.

Em segundo, deveria existir essa mesma relação de causalidade entre a diminuição do património social ou da capacidade para o cumprimento das obrigações vencidas e a insolvência. De qualquer forma, o art. 78.º, n.º 1 CSC aplicar-se-ia somente à insuficiência do património (da insolvência da sociedade). Assim, os administradores tornar-se-iam responsáveis para com os credores pelos danos (indiretos) causados pela má gestão, desde que o facto ilícito fosse condição suficiente da insolvência, não o sendo, não seriam responsáveis. Face ao explanado, se assim fosse, os administradores não seriam responsáveis, nomeadamente nos casos de agravamento da insolvência da sociedade.

Desta forma, a aplicação do requisito da dupla relação de causalidade compreende resultados sistemática e teleologicamente inaceitáveis.

O tratamento entre a criação e o agravamento da insolvência deve ser indiferenciado, ao contrário do que sucede, podendo os administradores ser responsabilizados pelos danos decorrentes da criação e pelos danos decorrentes do agravamento da insolvência, entendendo-se o art. 78.º, n.º 1 CSC de modo a abranger todos estes casos.

Coutinho de Abreu (2010, p. 77) admite a aplicação do regime especial da responsabilidade dos administradores considerando que quando “o administrador que [...] não requer, quando deva, a declaração de insolvência da sociedade (antes continuando a realizar negócios em nome dela, de que resulta a insuficiência do património social, ou o seu agravamento, para a satisfação dos débitos) merecerá normalmente o juízo de censura: ele podia e devia ter agido de outro modo”.

Face ao que ficou dito, a responsabilidade dos administradores pelos danos indiretos causados aos credores estará no âmbito subjetivo e objetivo do art. 186.º, nºs 1 a 3 CIRE?

As normas de comportamento do n.º 1 e n.º 2 a) a g) CIRE destinam-se à proteção do interesse económico dos credores contra danos patrimoniais⁸⁹ causados por um comportamento doloso ou gravemente negligente dos administradores da sociedade comercial. O interesse dos credores numa boa gestão é somente um interesse económico. Exclui-se a existência de um interesse dos credores protegidos por um direito absoluto, logo os danos causados são danos patrimoniais primários ou danos patrimoniais puros⁹⁰.

O art. 64.º, n.º 1, b) CSC ao estabelece que os administradores devem ponderar os interesses dos “sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus [...] credores”.

Posto isto, estando em causa danos patrimoniais primários ou puros, cabe apreciar a compatibilidade da responsabilidade pela insolvência culposa com o sistema da responsabilidade civil.

Carneiro da Frada⁹¹ dá três argumentos absolutamente decisivos a este propósito: i) O sistema de responsabilidade civil admite a indemnização dos danos patrimoniais primários “em determinadas circunstâncias”, nomeadamente no caso de abuso de direito ou de lesão de um “mínimo ético”; ii) O tipo de ilícito construído da articulação do art. 186.º CIRE e do 78.º, n.º 1 CSC só admite indemnização dos danos patrimoniais primários causados aos credores desde que haja dolo ou culpa grave do administrador, “a simples negligência não basta”. Os princípios e os valores envolvidos na responsabilidade por infração do art. 186.º CIRE conciliam-se com os envolvidos na responsabilidade por abuso de direito ou por lesão do mínimo ético; iii) O tipo de ilícito civil construído através da articulação destes dois artigos corresponde, em parte, aos tipos de ilícitos criminais dos arts. 227.º a 229.º-A CP.

Concluimos que em virtude destes argumentos a resposta à questão colocada terá que ser positiva.

⁸⁹ Segundo Varela, João de Matos Antunes, *Das obrigações op. cit.*, p. 598 estes são o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado, considerando-se dano real a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto nos interesses que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar.

⁹⁰ Cfr. Frada, Manuel Carneiro da (2004) *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coleção Teses, Coimbra: Almedina, pp. 238 ss.

Note-se que, como salienta Vasconcelos, Maria Pestana de (2007) Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português, *In: Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, pp. 149 ss., este conceito é distinto do de “dano patrimonial”, que surge em consequência da violação de um direito subjetivo.

⁹¹ Cfr. Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 686.

7. Responsabilidade dos Administradores pelo pedido infundado de insolvência

O art. 22.º CIRE estabelece uma sanção para o requerimento da insolvência do devedor sem real fundamento, dispondo que “a dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ou a indevida apresentação por parte do devedor, gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores, mas apenas em caso de dolo”

O processo de insolvência pode causar danos vultosos, muito para além de qualquer outro processo, podendo levar à total ou parcial destruição moral e patrimonial do requerido.

Para que haja responsabilização dos administradores, na dedução de pedido infundado, é necessária uma conduta dolosa, em que se prove o dano e a atuação intencional do administrador. Tal responsabilidade será tratada nos termos dos arts. 71.º ss CSC.

Assim sendo, para que os administradores sejam civilmente responsáveis pelo pedido infundado de insolvência, têm que se verificar os pressupostos da responsabilidade civil; uma atuação ilícita e culposa, com a existência de um nexo de causalidade entre os danos sofridos pelo lesado e a atuação.

Nasce aqui um problema, não nos parece aceitável que a lei consagre uma responsabilidade limitada ao dolo, sabendo-se que no caso da responsabilidade civil a regra é que tanto se responde por dolo como por negligência (art. 483.º, n.º 1 CC), apenas se permitindo uma limitação da indemnização no caso da segunda (art. 484.º CC).

Neste tipo de ações, regra geral, é aplicada a responsabilidade tanto por dolo como por negligência, como se pode observar quer no regime geral da litigância da má fé (art. 542.º CPC), quer nos regimes específicos para a dedução de providências cautelares injustificadas (art. 374.º CPC), quer da execução sem citação prévia do exequente (art. 819.º CPC). Por analogia, o art. 22.º CIRE ao se reportar a uma ação especialmente grave, que é o pedido de insolvência, está a estabelecer uma menor responsabilização para ao agente que a pratica, que o que seria comum em ações de consequências bem menos gravosas.

Tal situação pode suportar profundas discordâncias, nomeadamente pela necessidade de coerência valorativa com o sistema geral da responsabilidade civil e, ainda, pela necessidade de observância dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Não nos parecendo existir nenhuma razão para que, quem de forma negligente mova um pedido infundado de declaração de insolvência, deixe de responder pelos prejuízos causados, consideramos que esta disposição não exclui a responsabilidade por negligência grosseira, podendo invocar-se o princípio *culpa lata dolo aequioaritur*⁹².

Se um pedido negligente de declaração de insolvência a provocar efetivamente, quando de outro modo tal não viesse a ocorrer, deparamo-nos com uma insolvência culposa com a conseqüente responsabilidade criminal, tal como decorre dos arts. 188.º e ss CIRE e 228.º CP.

Parece-nos, que na prática, não há nenhum interesse por parte dos administradores na apresentação desnecessária à insolvência, julgamos que a dedução de um pedido infundado será causada por um erro de avaliação, e se assim for, não importa nenhuma responsabilidade para o administrador. Pesa mais para este pensamento, o facto de existindo o dever de apresentação à insolvência, este sim, que comporta conseqüências nefastas para o administrador que o incumpra, e conseqüentemente o receio do seu incumprimento ocasione o pedido infundado.

⁹² Sustentando esta posição cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da ...*, *op. cit.*, p. 144; Albuquerque, Pedro de (2006). *Responsabilidade pessoal por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de atos praticados no processo (A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*. Coimbra: Almedina, pp. 153 ss.

Em sentido oposto, Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...op. cit.* p. 654, considera que o legislador foi expresso em restringir a responsabilidade admitindo-a “apenas em caso de dolo” rejeitando a analogia “com base numa máxima histórica de identificação de culpa grave ou dolo, *culpa lata dolo aequioaritur*. No mesmo sentido Costa, Teresa Nogueira da, *op. cit.*, p. 53 afirma que se o “legislador ressalvou que é aplicável apenas em caso de dolo, não relevam outras circunstâncias subjetivas”.

8. Pressupostos da qualificação da insolvência

8.1. Requisitos de aplicação da cláusula geral de insolvência culposa

O art. 186.º, n.º 1 CIRE distingue os requisitos de aplicação da cláusula geral de insolvência culposa aos administradores das sociedades comerciais que merecem esclarecimento. A cláusula geral de insolvência culposa só pode aplicar-se quando:

- i) Haja uma “atuação dos administradores de direito ou de facto da sociedade”;

O termo atuação deve entender-se como sinónimo de comportamento ou facto. Interpretado como sinónimo de comportamento/facto, o termo atuação compreende comportamentos/factos positivos e negativos. O primeiro corresponde ao dever de adotar um comportamento que salvguarde o perigo ou risco da insolvência da sociedade, enquanto que o segundo corresponde ao dever de não adotar nenhum comportamento que cause ou agrave a situação de insolvência, sendo que tanto uns como outros podem corresponder a ações ou omissões. Quanto às omissões contempla-se a infração do dever de contabilidade organizada, do dever de apresentação, do dever de requerer a declaração de insolvência ou do dever de colaboração.

- ii) Desde que haja ilicitude;

O art. 186.º, n.º 1 CIRE ao exigir explicitamente a culpa através da expressão “atuação dolosa ou com culpa grave” está a exigir implicitamente a ilicitude. A culpa só pode surgir através da ilicitude. O comportamento do administrador terá de ser conforme ao estatuído no art. 64.º, n.º 1 CSC relativamente aos deveres de cuidado e lealdade⁹³.

Os atos descritos nas alíneas a) a g) do art. 186.º, n.º 2 CIRE concretizam os deveres de lealdade do art. 64.º, n.º 1, b), trata-se de deveres de conteúdo negativo.

⁹³ O CSC usa o termo *deveres de lealdade* para descrever o fim de administrar e o termo *deveres de cuidado* para descrever o conteúdo do dever de administrar.

Por outro lado, os atos que vão ao encontro dos deveres de cuidado⁹⁴ (de conteúdo positivo) devem dividir-se em dois grupos, os que contendem com o dever genérico descrito no art. 64.º, n.º 1, a) CSC, e os que contendam com deveres específicos, como o dever de apresentação da sociedade à insolvência (cfr. arts. 18.º a 20.º CIRE em ligação com o 186.º, n.º 3, a) CIRE), o dever de elaboração das contas anuais dentro do prazo legal (cfr. art. 65.º, n.º 1 em ligação com o 66.º- B CSC e com o 186.º, n.º 3, b) CIRE), ou o dever de depósito das contas anuais na conservatória do registo comercial (cfr. art. 70.º, n.º 1 CSC, em ligação com o art. 3.º, n.º 1, n) e 15º CRC, e com o art. 186.º, n.º 3, b) CIRE).

iii) Haja dolo ou culpa grave;

Quando a conduta dos administradores seja ilícita quanto ao seu fim o art. 186.º CIRE exige (sempre ou quase sempre) *dolo*, em relação ao conteúdo exige a *culpa grave*⁹⁵.

iv) Haja a verificação de umnexo de causalidade entre a atuação ilícita dos administradores e a “criação” ou o “agravamento” da insolvência;

A causalidade é uma questão que gera muitas dificuldades, sendo uma questão dúbia no que respeita à responsabilidade dos administradores⁹⁶.

O incidente de qualificação da insolvência configura o comportamento dos administradores na criação ou agravamento da insolvência, de modo a que se conclua, se existe, conforme a teoria da causalidade adequada, umnexo de causalidade entre os factos praticados (ou omitidos) e a criação ou o agravamento da situação de insolvência, e o nexode imputação dessa situação à conduta, a título de dolo ou de culpa grave. A teoria da causalidade adequada está consagrada no art. 563.º CC, que dispõe que para que se possa dizer que um facto foi causa de determinado dano, não basta que no caso concreto seja a sua condição, é necessário que, em abstrato, constitua causa adequada desse dano.

⁹⁴ Há uma diferença fulcral entre o dever de cuidado relevante para o art. 64.º, n.º 1, a) CSC e o dever de cuidado relevante para o art. 186.º, n.º 1 CIRE. Enquanto que o primeiro observa uma medida normal de cuidado, o segundo atende a uma medida mínima. O administrador que não adote um comportamento proporcional ao cuidado exigível para a prevenção do perigo ou do risco de insolvência só é atingido pela qualificação como culposa se omitir um comportamento proporcional ao mínimo exigível.

⁹⁵ Na análise de Oliveira, Rui Estrela, *op. cit.*, pp. 967-973 em relação ao dolo o art. 186.º CIRE compreende todos os factos que consubstanciem situações de dolo direto, eventual ou necessário. O autor aborda a questão da aplicação da *business judgment rule* no domínio da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade comercial por violação do dever legal de cuidado considerando a possibilidade da sua aplicação para afastar os factos imputados ao administrador no incidente de qualificação quando for demonstrada boa-fé na administração.

⁹⁶ No sentido de o nexode causalidade ser um elemento fundamental na avaliação do conceito de insolvência culposa vd. Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...op. cit.* pp. 687-692; Leitão, Adelaide Menezes, *Insolvência culposa... op. cit.*, p. 275; Oliveira, Rui Estrela, *op. cit.*, p. 968.

Configura o estatuído no art. 186.º, n.º 1 CIRE que o sentido da conexão causal entre a atuação ilícita dos administradores e a “criação” ou “agravamento” da insolvência se verifica desde que a atuação ilícita dos administradores contribua para a situação de insolvência, isto é, basta que atuação ilícita contribua para a diminuição da capacidade da sociedade comercial para o cumprimento das obrigações, e/ou para a diminuição do património da sociedade. Nas palavras de Pinto Oliveira (2014, pp. 200 e 201) “o princípio do *igual tratamento* dos casos em que a atuação do administrador “cria” e dos casos em que a atuação do administrador “agrava” a insolvência implica o *igual tratamento* dos casos (de todos os casos) em que a atuação do administrador *contribui* para a insolvência”.

Acompanhando o disposto no art. 186.º, n.º 1 CIRE, há argumentos sistemáticos e teleológicos que lhe dão ênfase, nomeadamente o critério da *contribuição relevante* ou da *contribuição significativa* que é exigido para a responsabilização dos administradores sempre que a atuação contribua para a diminuição do património ou da capacidade⁹⁷ (para cumprir as obrigações) da sociedade devedora.

Por fim, o artigo estabelece um limite temporal para a qualificação da insolvência como culposa. Os factos ilícitos praticados ou omitidos pelo administrador só são relevantes se tiverem sido cometidos ou omitidos nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁹⁸.

Não obstante do que fica dito, poderão ser responsabilizados administradores de uma sociedade que ao tempo da insolvência já não exerciam funções, se se provar no processo que produziram atos com dolo ou culpa grave, nos três anos anteriores ao início do processo, desde que tais atos tenham criado ou agravado a situação de insolvência.

O legislador não achando a definição de insolvência culposa, a fixação dos seus pressupostos legais e tramitação bastante, foi mais longe ao estatuir, através dos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º presunções *iuris et de iuri* e *iuris tantum* no quadro das situações ali descritas⁹⁹.

⁹⁷ Poderá haver diminuição da “capacidade” da sociedade devedora para o cumprimento das suas obrigações sem que haja, diminuição do património líquido. Particularmente quando o administrador cumpre obrigações não vencidas, ou quando o administrador de uma sociedade anónima adquire para a sociedade ações próprias desrespeitando os arts. 316.º a 319.º, ou os casos em que o gerente de uma sociedade por quotas adquire para a sociedade quotas próprias desrespeitando o art. 220.º CSC.

⁹⁸ No sentido da oficiosidade do conhecimento deste prazo, v. Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...op. cit.* pp. 690 e 691.

⁹⁹ Sobre a natureza das presunções Machado, João Batista (2012). *Introdução ao discurso legitimador*, 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, pp. 109-113.

8.2. As presunções do n.º 2 do art. 186.º

O n.º 2 do art. 186.º CIRE, estabelece uma presunção *iuris et de iure* de insolvência culposa, reconhecendo-a como tal¹⁰⁰ sempre que os administradores de direito ou de facto do devedor, que não seja pessoa singular¹⁰¹, tenham praticado atos destinados a empobrecer o património do devedor ou incumprido determinadas obrigações legais.

Os atos destinados a empobrecer o património, violando os deveres de fidelidade/cuidado, por atentarem contra a sociedade ou pelo menos contra o património, previstos integram: a dissipação do seu património (art. 186º, n.º 2, a) CIRE); a criação artificial de passivos ou a redução de lucros (art. 186º, n.º 2, b) CIRE); a revenda com prejuízo de mercadorias não pagas (art. 186º, n.º 2, c) CIRE); a disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo do mesmo (art. 186º, n.º 2, d) CIRE); a exploração, eventualmente a coberto da personalidade coletiva da empresa, da sua atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da mesmo (art. 186º, n.º 2, e) CIRE); a utilização de crédito ou dos bens do devedor por forma contrária aos interesses deste (art. 186º, n.º 2, f) CIRE); e a prossecução de uma exploração deficitária no interesse pessoal ou de terceiros (art. 186º, n.º 2, g) CIRE).

Por seu turno, verifica-se incumprimento das obrigações legais, violando o dever de cuidado, sempre que se tenha incumprido em termos substanciais a obrigação de manter a contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou dupla, ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação financeira ou patrimonial da sociedade (art. 186º, n.º 2, h) CIRE) ou o incumprimento reiterado dos deveres de apresentação e colaboração no processo de insolvência (art. 186º, n.º 2, i) CIRE). Estas, por sua vez, prejudicam a possibilidade de avaliação rigorosa da situação patrimonial da empresa, tal como os casos previstos no n.º 3 do art. 186.º CIRE.

No estudo da natureza das presunções desta norma salientamos dois entendimentos da doutrina.

¹⁰⁰ Da expressão “sempre culposa” extrai-se que o legislador teve a intenção de estabelecer uma presunção inilidível, de acordo com o previsto no art. 350.º, n.º 2 CC. A este propósito veja-se AcRelLisboa 27 novembro 2007 (Rodrigues Pires).

¹⁰¹ Contudo, o n.º 4 do art. 186.º prevê uma possível aplicação do disposto nos n.ºs 2 e 3 à atuação da pessoa singular insolvente e seus administradores, onde isso não se opuser à diversidade de situações.

A primeira¹⁰², aglomera as presunções do n.º 2 em três espécies fundamentais: situações que afetam, no todo ou em parte considerável o património do devedor (als. a) e c)); situações em que para além do prejuízo no património do devedor, oferecem benefício para a pessoa que o pratica ou para terceiro (als. b), d), e), f) e g)); e situações que se concretizam na violação de obrigações legais (als. h) e i)). Todas estas conjecturas, desde que provadas, determinam uma situação de insolvência culposa não admitindo prova em contrário. São, em harmonia com o art. 350.º CC, consideradas presunções absolutas de insolvência culposa que dispensam a verificação do nexu causal. Trata-se de causas em que há um nexu lógico entre si e a criação ou o agravamento da situação de insolvência. Assim sendo, o legislador apenas se limitou a constatar um facto, presumindo-se a causalidade entre estes factos e a situação de insolvência.

A segunda, considera que o art. 186.º, n.º 2 contém um *sistema de imputação objetivo* do qual derivam causas *semi-objetivas de insolvência culposa* (als. a) a g)) e *causas puramente objetivas* (als. h) e i))¹⁰³. Nas causas semi-objetivas, que correspondem aos factos que mais frequentemente motivam a insolvência e que conduzem a uma redução do património do devedor, encontramos conceitos abertos (vg. “*parte considerável*”, “*negócio ruinoso*” ou “*prejuízo*”) que prejudicam o julgamento das condutas, não parecendo possível a dispensa do recurso ao nexu causal, para que se garanta um grau de coerência teleológica e substantiva, pois este é fundamental para clarificar o facto base que origina a presunção. É o nexu causal do n.º 1 que auxiliara o interprete no preenchimento desses conceitos abertos.

Quanto às causas puramente objetivas, é legítimo concluir que houve culpa qualificada do sujeito no ato, mas duvidosa, será a conclusão de que existe culpa na insolvência, como é exigido no n.º 1. Estes factos traduzem um comportamento que propende impedir que se determine com a exatidão necessária, no âmbito do processo de insolvência, o valor da conduta do agente e a responsabilidade na criação ou agravamento da situação de insolvência, observa-se uma responsabilidade por omissões, sendo que delas não decorre diretamente a insolvência. Trata-se da violação de um dever específico do comerciante e da

¹⁰² Seguindo este pensamento Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, op. cit., pp. 131-133; Serra, Catarina, *O Regime...*, op. cit. pp. 140-141; Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da ...*, op. cit., p. 719; Ramos, Elisabete, op. cit., pp. 23-25.

¹⁰³ Cfr. Oliveira, Rui Estrela, op. cit., pp. 974-980; Branco, José Manuel, op. cit..

violação de um dever elementar do insolvente, podendo prescindir-se do nexo causal na mediada em que se verifica um comportamento direto e particular do agente¹⁰⁴.

Na jurisprudência, tal como na doutrina, a controvérsia é grande e encontram-se argumentos nos dois sentidos. A jurisprudência maioritária, tende a considerar, de forma indiscriminada, que para o funcionamento da presunção não é necessário alegar o nexo de causalidade, a lei presume, não só a existência de culpa, como a existência de causalidade entre o comportamento do administrador e a criação ou o agravamento da insolvência. Tal sucede, por estarem em causa situações graves que não podem estar dependentes da prova desta relação de causalidade. No AcSTJ 6 outubro 2011 (Serra Batista), pode ler-se que “o n.º 2 do art. 186.º CIRE estabelece, em complemento da noção geral fixado no n.º 1, presunções inilidíveis que, como tal, não admitem prova em sentido contrário, originando os comportamentos elencados a qualificação da insolvência como culposa”¹⁰⁵.

Sem embargo dos argumentos descritos, porque podem surgir soluções desajustadas e excessivamente ofensivas, somos da opinião que deveria ser necessário alegar e provar o nexo de causalidade “(...) entre a atuação ali presumida e a situação da insolvência nos termos previstos no n.º 1 do mesmo artigo”¹⁰⁶. Mais que não fosse atendendo às diferenças presentes nas diferentes alíneas do n.º 2 e os deveres aí contemplados.

Não nos afigura que o propósito do legislador fosse responsabilizar agentes da prática ou preterição de atos que eram insuficientes ou desajustados à criação ou agravamento da insolvência. Na condição de ser demonstrado o nexo causal, a condenação certamente seria (mais) justa.

¹⁰⁴ Cfr. Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...op. cit.* pp. 692-694 que defende uma posição que fica entre estes dois entendimentos.

¹⁰⁵ No mesmo sentido, vd, AcRelPorto 27 fevereiro 2014 (Leonel Serôdio); AcRelGuimarães 29 junho 2010 (Rosa Tching), 5 junho 2014 (Estelita de Mendonça) 20 fevereiro 2014 (António Veiga); AcRelLisboa 26 abril 2012 (Ezagüy Martins), 22 janeiro 2008 (Graça Amaral); AcRelÉvora 26 janeiro 2012, (António Cardoso), e de 17 janeiro 2013 (Maria Moura Santos); AcRelCoimbra 23 junho 2009 (Gonçalves Ferreira), de 6 novembro 2012 (Fernando Monteiro), 7 fevereiro 2012 (Henrique Antunes) e de 5 fevereiro 2013 (Maria José Guerra), 21 janeiro 2014 (Moreira do Carmo) 14 janeiro 2014 (Catarina Gonçalves).

Sobre estas decisões, Carneiro da Frada, *Responsabilidade... op. cit.* pp. 692 e 693 considera que “facilita-se, por outras palavras, a vida ao prejudicado no que concerne ao estabelecimento da ilicitude do comportamento dos administradores porque, sempre que ocorra alguma das hipóteses previstas, essa ilicitude da conduta é especificamente apontada como tal pelo legislador”.

¹⁰⁶ AcRelPorto 10 fevereiro 2011 (Freitas Vieira).

8.3. As presunções do n.º 3 do art. 186.º

No que concerne ao n.º 3 do art. 186.º é estatuída uma presunção *iuris tantum*¹⁰⁷ de culpa grave do devedor que não seja pessoa singular, atinente a comportamentos dos administradores de direito ou de facto, sempre que estes tenham incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ ou a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal¹¹⁰⁻¹¹¹ e de submetê-las à devida fiscalização e depósito na conservatória do registo comercial (nos termos do art. 18.º CCom e 2.º e 3.º CRC), correspondendo estes à violação dos deveres de cuidado.

A natureza jurídica das presunções do n.º 3 é uma matéria onde a controvérsia é ainda maior que no ponto anterior, isto devido à falta de consenso na doutrina e na jurisprudência.

Na doutrina não há consenso quanto ao alcance das presunções, debatendo-se se a lei exige a prova do nexos de causalidade entre a não apresentação à insolvência ou o incumprimento da obrigação de elaboração, fiscalização ou depósito das contas anuais, com a criação ou o agravamento da situação de insolvência.

Maioritariamente, a doutrina, tem interpretado a presunção do n.º 3 no sentido de se estabelecer uma presunção *iuris tantum* de culpa grave, mas já não do nexos de causalidade. De acordo com esta corrente doutrinária, a qualificação da insolvência como culposa exige

¹⁰⁷ Neste sentido doutrina e jurisprudência têm sido unânimes ao atribuir às presunções do n.º 3 a natureza de presunção relativa. Cfr. Leitão, Luís M.T. Menezes, *Código da Insolvência*, *op. cit.*, pp. 215 e 216; Oliveira, Rui Estrela, *op. cit.*, pp. 973 e 974; Fernandes, Luís A. Carvalho, *A qualificação da Insolvência... op. cit.*, p. 94; Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, pp. 129 e ss.

Na jurisprudência, v.g., o AcRelLisboa 27 novembro 2007, *in* CJ, 2007, p. 104, e AcSTJ 6 outubro 2011 (Serra Batista).

¹⁰⁸ Cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da ...*, *op. cit.*, p. 720 e 721

¹⁰⁹ Se o devedor instaurar processo especial de revitalização ao abrigo dos novos artigos 17.º-A e ss, esse facto não faz paralisar, no decurso do processo o dever de apresentação se ocorrer uma situação de insolvência atual.

¹¹⁰ Vd. arts. 18.º e 62.º CCom e 9.º, n.º 1, i) CSC. Da lei resulta que a presunção se verifica logo que ocorra o incumprimento de qualquer um dos deveres identificados na alínea b). Verificada a especificidade da atividade dos comerciantes e do respetivo regime legal, estes estão sujeitos a determinadas obrigações, entre as quais, ter escrituração comercial, a dar balanço e a prestar contas. No mesmo sentido v.g. AcRelCoimbra 6 março 2012 (Barateiro Martins).

¹¹¹ Vd. art. 165.º LC, larga dissemelhança se demonstra na 2ª § deste preceito e o 186.º, n.º 2 i) CIRE, pois no nosso ordenamento jurídico assume a natureza de presunção absoluta. Quanto às restantes presunções a afinidade é visível. Cfr. García-Cruces, José António (2004). *La Calificación del Concurso*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Arandi, pp. 2535-2539; Battle, Mercedes Farias (2004). *Calificación del Concurso: Presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales*, *in*: RDM n.º 251, enero-marz, p. 67.

uma relação de causalidade entre a conduta do devedor e a insolvência, cabendo à parte que as alega provar esse nexo de causalidade¹¹².

A restante doutrina, com a qual concordamos, defende uma presunção ilidível de insolvência culposa, abrangendo também o nexo de causalidade. Tal justifica-se na utilidade que o n.º 3 há-de ter, se não, devido à dificuldade de prova do nexo de causalidade, estes comportamentos haviam de ficar impunes, esvaziando a utilidade prática da presunção¹¹³.

A tese de que a presunção de culpa do n.º 3 é uma presunção de insolvência culposa justifica-se teleologicamente, o legislador teria como objetivo que as pessoas responsáveis, nomeadamente os administradores, ficassem onerados com a prova de que a causa da insolvência sucedeu independentemente da sua vontade.

Já na jurisprudência, maioritariamente, o entendimento é de que as alíneas do n.º 3, consagram meras presunções relativas de culpa qualificada, ou seja, que admitem prova em contrário nos termos do art. 350.º, n.º 2 CC¹¹⁴. O juiz deve considerar existir um nexo causal entre a conduta do administrador e a situação de insolvência sempre que esta não seja indiferente à verificação do resultado¹¹⁵.

Aqui, a qualificação da insolvência como culposa por violação de algum dos deveres descritos no n.º 3 do art. 186.º CIRE, pressupõe que a presunção de culpa qualificada não seja ilidida, bem como, o nexo de causalidade entre o facto omitido e a criação ou o agravamento da situação de insolvência¹¹⁶.

¹¹² Neste sentido, vd, Fernandes, Luís A. Carvalho, Labareda, João, *Código da Insolvência ...*, *op. cit.* pp. 719 e 720; Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, *op. cit.* p. 275; Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, pp. 134-136; Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...op. cit.* pp. 700 e 701; Martins, Luís, *op. cit.*, p. 404.

¹¹³ Cfr. Branco, José Manuel, *op. cit.*; Serra, Catarina, *O Regime...*, *op. cit.* p. 141

¹¹⁴ Neste sentido vd. AcRelGuimarães 29 junho 2010 (Rosa Tching): "(...) contemplando o n.º 3 do citado artigo 186.º meras situações de presunção *juris tantum* de culpa grave do administrador ou gerente que incumpriu algum dos deveres mencionados nas suas alíneas a) e b), para qualificar a insolvência como culposa, torna-se necessário demonstrar o nexo de causalidade entre aquela omissão culposa e a criação ou o agravamento da situação de insolvência (...). Vd. ainda AcRelCoimbra 21 janeiro 2014 (Moreira do Carmo); AcRelÉvora 8 maio 2014 (Francisco Xavier); AcRelLisboa 22 janeiro 2008 (Graça Amaral); AcRelPorto 5 junho 2012 (M. Pinto dos Santos) e de 25 outubro 2007 (José Ferraz); AcSTJ 6 outubro 2011 (Serra Batista).

¹¹⁵ Na determinação da relação causal, veja-se o AcRelGuimarães 6 março 2012 (Eduardo Azevedo): "O julgador não pode nem deve ater-se secamente à simples consideração dos factos literal e expressamente provados e decorrentes das alegações das partes, podendo e devendo sobre eles operar uma interpretação crítica, dinâmica e dialética – atenta, vg., a globalidade do factualismo apurado – a qual, por força das regras da experiência comum e dos ensinamentos da lógica, pode acarretar que ele permita inferir a verificação ou ocorrência de outros, que são a consequência necessária, ou, pelo menos, normal daqueles".

¹¹⁶ Nesta perspetiva vd. AcRelPorto 13 setembro 2007 (José Ferraz), 5 junho 2012 (M. Pinto dos Santos), 25 novembro 2010 (Pinto Almeida), 11 novembro 2010 (Teresa Santos) e 7 janeiro 2008 (Anabela Carvalho); AcRelÉvora 17 abril 2008 (Sílvio Sousa); AcRelGuimarães 12 março de 2009 (Manso Rainho), 29

Por outro lado, a jurisprudência que se afasta deste entendimento, considera que as situações previstas nas alíneas a) e b), do n.º 3 do art. 186.º, fundamentarão presunção ilidível de insolvência culposa e não apenas da culpa grave do infrator, presumindo-se o nexo de causalidade exigido pelo n.º 1¹¹⁷.

Tal entendimento surge por não existir uma conexão entre o facto omitido e a criação ou o agravamento da situação de insolvência¹¹⁸. A prova deste nexo de causalidade seria praticamente impossível, tornando este n.º 3 inútil, uma mera enumeração de factos propensos à qualificação da insolvência como culposa, mas, de facto, sem efeitos práticos.

Estamos perante factos que conduzem ao incumprimento de deveres, e que por isso, devem ocasionar a qualificação da insolvência como culposa, exigir o nexo causal impediria que essa qualificação pudesse ser atingida. No limite, poderia exigir-se uma prova positiva do nexo causal no agravamento da insolvência.

Não se apresentando nos n.ºs. 2 e 3 contemplado nenhum limite temporal para a relevância dos factos neles previstos, a sua articulação com o n.º 1 faz-nos crer que será o prazo neste estatuído que se vai aplicar.

maio 2012 (Araújo de Barros) e 29 de junho 2010 (Rosa Tching); AcRelCoimbra 20 abril 2010 (Gonçalves Ferreira), 8 fevereiro 2011 (António Beça Pereira).

¹¹⁷ Neste sentido, AcRelCoimbra 22 maio 2012 (Barateiro Martins); AcRelLisboa 14 dezembro 2010 e 17 janeiro 2012 (Luís Espírito Santo), 19 janeiro 2010 (Isaías de Pádua); AcRelPorto 22 maio 2007 (Mário Cruz), 24 setembro 2007 (Sousa Lameira) e 27 novembro 2007 (Rodrigues Pires).

¹¹⁸ Pode ler-se no AcRelCoimbra de 22 maio 2012 (Barateiro Martins): “Não é plausível, a nosso ver, que o legislador tenha introduzido, com o art. 186.º n.º 3 CIRE, um preceito vazio de sentido útil e – interpretado como consagrando uma simples presunção de culpa (qualificada) no facto omitido – é o que na prática acontece. Entre o facto omitido (incumprimento do dever de apresentação à insolvência e incumprimento do dever de elaboração e depósito das contas) e a criação ou o agravamento da situação de insolvência não há, logo em abstrato, um perceptível nexo lógico ou uma qualquer conexão; o que torna mais ou menos “impossível” a prova, em concreto, do nexo de causalidade e redundante – exigindo-se a prova de tal nexo causal – na inutilidade e no esvaziamento do art. 186.º/3 do CIRE (enquanto enumeração de atos/factos suscetíveis de desencadear como consequência a qualificação da insolvência como culposa).

9. Efeitos da qualificação da insolvência como culposa

A qualificação da insolvência como culposa projeta consequências sobre o próprio insolvente e demais pessoas singulares que efetivamente contribuíram para a situação. Está em causa avaliar a conduta dos administradores de direito ou de facto do insolvente, devendo atender-se às presunções estabelecidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE.

Nos termos do art. 189.º, n.º 2 CIRE, a qualificação da insolvência como culposa desencadeia uma série de efeitos¹¹⁹, decretados na respetiva sentença¹²⁰, onde o juiz deve identificar as pessoas a afetar pela qualificação como culposa e fixar o seu grau de culpa¹²¹.

9.1. Inibição para Administrar o Património de Terceiros

Este efeito foi introduzido pela Lei 16/2012 de 20 de abril e chega como o “correspondente”, ou a melhor “alternativa” à inabilitação que além de ser o mais gravoso era também o mais controverso.

Tendo sido desde logo objeto de contenda na doutrina e na jurisprudência. O legislador, reconhecidamente, tentou aproximar-se da *LC* na previsão, contudo, aquando da

¹¹⁹ Ao longo do CIRE verificamos que vários são os efeitos que decorrem da qualificação da insolvência como culposa, particularmente quanto à cessação da administração pelo devedor e em sede de exoneração do passivo restante que não são tratados neste artigo. Fernandes, Luís A. Carvalho, *A qualificação da Insolvência... op. cit.*, p. 96 cuida que “a razão que explícita o facto destes efeitos não contarem da enumeração do art. 189.º reside, por certo, em decorrerem *ipso iure*, de factos que relevam na qualificação da insolvência como culposa, enquanto os contidos nas alíneas do art. 189.º, n.º 2 CIRE dependem da decisão judicial específica relativa a essa qualificação.

¹²⁰ Para além destes efeitos, expressamente previstos na sentença de qualificação da insolvência, produzir-se-ão outros, v.g. a preclusão da exoneração do passivo restante (arts. 238.º n.º 1, b), e) e f), 243.º, n.º 1, c) e 246.º, n.º 1 CIRE) e da administração da massa pelo devedor (art. 228.º, n.º 1 c) CIRE).

¹²¹ A fixação do grau de culpa interessa sobretudo para os efeitos decorrentes das als. b) e c) do art. 189.º. Cfr. Carvalho Fernandes, Luís A., Labareda, João, *Código da ...*, *op. cit.*, p. 734; Serra, Catarina, *O Regime...*, *op. cit.* pp. 74 e 75 faz uma apreciação positiva à introdução do grau de culpa como critério para aferir da pena/efeito e o seu montante.

regulação arredou-se desta. Prevê a LC no art. 172/2.2º a inabilitação de pessoas para a administração de bens alheios¹²². A disparidade dos dois regimes fez com que na doutrina se insurgissem opiniões da excessividade do CIRE no seu regime. Carvalho Fernandes e João Labareda (2013, p. 104) consideraram o regime consagrado no CIRE desnecessário e excessivo; Pinto Duarte (2005, pp. 145 e 146), analisou as normas como absurdas entendendo que houve um equívoco quanto ao sentido da fonte inspiradora. Posto isto o Tribunal Constitucional¹²³ declarou inconstitucional¹²⁴ a al. b) do art. 189, n.º 2 CIRE com força obrigatória geral¹²⁵, por violar os arts. 18º n.º 2 e 26º CRP¹²⁶, na medida em que a norma impunha ao juiz que ao qualificar a insolvência como culposa, tivesse que declarar a inabilitação do administrador da sociedade insolvente, pondo em causa o princípio da proporcionalidade.

A inabilitação consagrada no CIRE determinava uma incapacidade patrimonial de cumprir as obrigações vencidas (art. 3.º CIRE), por assim ser, não se coadunava com a aplicação do regime das incapacidades civis. Veja-se, o regime das incapacidades civis tem como propósito proteger uma “incapacidade natural”, que desencadeia uma série de incapacidades pessoais de gozo, de exercício e de agir, preservando os interesses dos incapazes, por seu turno, o CIRE pretendia assegurar os interesses dos credores e não os do insolvente, por meio de mecanismos próprios (vd. arts. 81.º e ss CIRE)¹²⁷.

¹²² Esta norma pretende assegurar que os bens do devedor não se perdem durante a pendência do processo, não tendo qualquer objetivo de incapacitar o devedor do exercício dos seus direitos. No nosso ordenamento jurídico a inabilitação era fixada por um período de 2 a 10 anos, o que nos termos dos arts. 152.º e ss CC gerava uma verdadeira incapacidade para o exercício de direitos, o que em nada se assemelhava com o alcance da norma espanhola. Cft. García-Cruces, José António, *op. cit.*, p. 2590.

¹²³ Ac. Tribunal Constitucional n.º 173/2009 2 abril 2009, publicado no Diário da República, IS., 4 de maio de 2009, pp. 2518-2523.

¹²⁴ Já haviam sido proferidas três decisões em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade material (Acórdão n.º 564/2007; decisão sumária n.º 615/2007 e decisão sumária n.º 85/2008), daí decorreu a decisão de o MP requer (ao abrigo dos arts. 281.º, n.º 3 CRP e 82.º LTC) ao Tribunal Constitucional a apreciação da al. b) do n.º 2 do art. 189.º CIRE, mas somente em relação ao segmento aplicativo da norma “que impõe que o juiz, na sentença que qualifica a insolvência como culposa, decrete a inabilitação do administrador da sociedade comercial decretada insolvente”, deixando arredados os restantes sujeitos passivos (art. 186.º, n.º 2 CIRE)

¹²⁵ Nos termos do art. 282.º CRP, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, produz efeito desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional.

¹²⁶ O Acórdão n.º 564/2007 e a decisão sumária n.º 85/2008 apontam como causa da inconstitucionalidade a violação dos arts. 18.º e 26.º CRP, em sentido contrário, a decisão sumária n.º 615/2007 decidiu julgar inconstitucional a norma “quando aplicad[a] a administrador de sociedade comercial declarada insolvente”.

¹²⁷ Veja-se v.g. AcRelCoimbra 28 outubro 2008 (Artur Dias) – “Esta inabilitação prevista no CIRE não visa a a proteção e defesa do inabilitado, não se destina à defesa dos interesses dos credores e nada acrescenta à defesa da integridade da massa insolvente, além de que nada contribui para a defesa dos interesses gerais do tráfego comercial (...), trata-se, portanto, de uma restrição à capacidade civil do insolvente que, tendo também presente a globalidade dos efeitos da insolvência e, em particular, a inibição para o exercício de comércio, tem

O Tribunal Constitucional julgou esta inabilitação como não provendo a “defesa os interesses gerais do tráfego”, por efetivamente não resguardar os interesses dos futuros credores, dado que estes não podem invocar a invalidade dos atos praticados pelo insolvente. Considerou-a ademais como desproporcional, por estabelecer “uma restrição à capacidade civil do sujeito afetado” e determinou-a como tendo “um alcance punitivo, traduzindo-se numa verdadeira pena para o comportamento ilícito e culposo do sujeito atingido”¹²⁸.

A derrogação da inabilitação foi positiva, e vista como uma vitória para a doutrina e a jurisprudência, resta agora compreender se a inibição para administrar o património de terceiros, é um efeito eficaz a ponto de suprir as falhas do regime precedente.

Este efeito pretende inibir as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos.

Esta inibição está sujeita a registo civil e no caso de a pessoa afetada ter a qualidade de comerciante em nome individual, e a registo comercial. O registo é oficioso e deve ser promovido com base em comunicação eletrónica ou telemática acompanhada do extrato relevante da sentença, não podendo a conservatória lavrá-los se tal documento faltar, devendo solicitá-lo. No âmbito do registo civil, decorridos cinco anos após o final do período fixado para a inibição, o seu averbamento é eliminado mediante a elaboração de um novo assento de nascimento (art. 81.º-A, n.º 1, c) CRC).

de se considerar inadequada e excessiva”, no mesmo sentido AcRelPorto 23 março 2009 (Gonçalves Ferreira) e AcRelCoimbra 17 fevereiro 2009.

¹²⁸ Decidindo o Tribunal Constitucional pela inconstitucionalidade da al. b) do n.º 2 do art. 189.º CIRE, com base no que ficou dito, há que sublinhar três posições dissemelhantes que foram assumidas por relatores, das quais duas, que embora duas sejam no sentido da inconstitucionalidade, comportem fundamentações diferentes da do Tribunal Constitucional e uma terceira, no sentido da constitucionalidade da norma.

O relator Joaquim de Sousa Ribeiro considerou que o requerimento apresentado pelo MP não abrangia toda a extensão da norma, julgando não fazer sentido que a inconstitucionalidade se prendesse apenas com a inabilitação dos administradores das sociedades comerciais declaradas insolventes, entendendo que o âmbito do requerimento deveria abranger os restantes sujeitos passivos do art. 186.º, n.º 2 CIRE.

Por sua vez, o relator João Cura Mariano, compreende que o motivo que provoca a qualificação da insolvência como culposa, e conseqüentemente a inabilitação, decorre da conduta dolosa do administrador da sociedade insolvente, por assim ser, o relator considera “desadequadas e desnecessárias” as conseqüências da inabilitação na esfera pessoal do administrador da sociedade. Em resultado do exposto, o relator entende que a aplicação da inabilitação ao administrador, restringindo a sua capacidade civil (art. 26.º, n.º 1 CRP), viola o princípio da proporcionalidade (art. 18.º CRP) o que seriam argumentos suficientes para a declaração de inconstitucionalidade.

Por outro lado, o relator Benjamim Rodrigues, entendeu que do instituto jurídico da inabilitação não resulta exclusivamente a satisfação dos interesses dos inabilitados, alegando que aquele é atinente a assegurar a tutela jurídica e o tráfego comercial, destacando o Acórdão n.º 564/2007, “(...) não pode deixar de reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração (...) uma prerrogativa de avaliação (...) em casos destes, em princípio, o Tribunal não deve substituir uma sua avaliação da relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efetuada pelo legislador”, discordando, por estas razões da inconstitucionalidade. No mesmo sentido AcRelGuimarães 11 janeiro 2007 (Conceição Bucho) e AcRelPorto 13 setembro 2007 (José Ferraz).

Este efeito pretende alcançar duas funções, uma preventiva e outra repressiva, em relação à primeira protege o património de terceiros de quem não inspira confiança às pessoas e ao mercado, já em relação à segunda, pretende sancionar atuações culposas¹²⁹⁻¹³⁰.

9.2. Inibição para o exercício de comércio e ocupação de cargos de gestão¹³¹

Trata-se de inibir as pessoas afetadas pela qualificação para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa¹³².

Esta resulta do art. 189.º, n.º 2, c) CIRE, na sequência da sentença que declara a insolvência como culposa. A inibição aqui prevista constitui uma incapacidade em sentido técnico¹³³, sendo antes uma incompatibilidade, consequência da qualificação da insolvência como culposa. O fundamento é a defesa geral da credibilidade do comércio e dos cargos vedados, que poderia ser posta em causa se os mesmos fossem ocupados por pessoas culpadas na insolvência.

¹²⁹ Para Serra, Catarina, *O Regime...*, *op. cit.* p. 73, trata-se de uma tentativa de moralizar o sistema.

¹³⁰ Para um estudo mais aprofundado sobre o alcance e natureza deste efeito veja-se Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, p. 138.

¹³¹ Este é um efeito que há muito que se encontra presente no ordenamento jurídico português. No CCom de 1933, o art. 29.º invocava a inibição como forma de proibir o exercício de comércio. Entre 1933 e 1935 esta proibição não constava de nenhum diploma, sendo que foi regulada no Código de Falências de 1935, no art. 22.º §1.º que decretava a inibição para “o exercício de comércio, diretamente ou por interposta pessoa, e bem assim para o desempenho das suas funções de gerente, diretor ou administrador de qualquer sociedade comercial ou civil”. O CPC de 1939 transcreveu a norma para o seu art. 1158.º, n.º 1. Em 1988 foi criada uma comissão que revolucionou a matéria das falências e por influência desta foi criado o CPEREF que consagrou o regime da inibição para o exercício de comércio que resultava da declaração de falência independentemente de se tratarem de pessoas singulares ou coletivas. Em 1998 depois de uma reestruturação do CPEREF ficou preconizada a distinção da falência de pessoas singulares ou de pessoas coletivas. Quanto às primeiras, eram de forma imediata declaradas insolventes, já as pessoas coletivas o tribunal teria que ponderar o grau de culpa na criação da situação de falência e se fosse caso disso aplicava as inibições previstas nos arts. 126.º-A, 126.º-B e 148.º, n.º 2. Atualmente a inibição aplica-se a todos desde que se verifique a existência de dolo ou culpa grave.

Já a proibição de ocupação de certos cargos não consta do projeto (DL n.º 132/93 de 23 de abril) do CPEREF.

¹³² Para maiores desenvolvimentos sobre este efeito cfr. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, *cit.*, pp. 136-139.

¹³³ Neste sentido Leitão, Luís Menezes *op. cit.* p. 277, pois considera que se trata antes de uma incompatibilidade ou restrição à capacidade pela qualificação da insolvência como culposa.

Esta incompatibilidade está sujeita a nível de registo às mesmas formalidades que as que se viram para a inibição para administrar o património de terceiros¹³⁴.

A lei não define quais os critérios a atender para apurar a duração da inibição, tal com sucede com a inibição para administrar o património de terceiros, nesta medida, a doutrina tem entendido que se deve atender ao grau da culpa e ao comportamento do devedor, e assim, parece-nos estar em causa uma proibição ampla, que impede qualquer forma de exercício de comércio. Não obstante, somos da opinião de que esta inibição não deve ser levada veementemente ao rigor de proibir o comércio ocasional, mas sim o exercício de comércio profissional¹³⁵.

O art. 189.º, n.º 2 c) CIRE, proíbe ainda os afetados pela qualificação da insolvência de ocuparem cargos de titular de órgãos de sociedades comerciais ou civis, associações ou fundações privadas de atividades económicas, empresas públicas ou cooperativas, a doutrina tem considerado este elenco taxativo, o que permite aos afetados a ocupação de cargos de pessoas coletivas não incluídas na norma¹³⁶.

Importa ressaltar que a lei não estabelece nenhuma sanção para o incumprimento desta imposição legal, assim sendo, e mais uma vez, devemos procurar a solução noutros normativos legais, neste caso, no Direito Comercial, privando aos afetados a aquisição da qualidade de comerciante¹³⁷.

¹³⁴ Quanto ao regime da contagem do prazo das inibições decretadas, não há nada na lei que o estabeleça. Assim sendo, parece-nos existirem duas opções quanto ao início da contagem do prazo: i) começa com o trânsito em julgado da sentença que qualifica a insolvência como culposa; ii) começa com o encerramento do processo a que respeita. Parece-nos que a primeira opção será a melhor a seguir, pois a segunda não tem qualquer apoio na lei, nem o mínimo apoio exigido pelo n.º 2 do art. 9.º do CC, podendo conduzir na prática a períodos de vigência efetiva da inabilitação diferentes, sendo igual o período fixado pelo juiz, dependendo da duração do processo onde se aplicasse. Tal justificação serve no que respeita ao *terminus a quo* do prazo de duração das inibições.

¹³⁵ Neste sentido cfr. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, p. 139.

¹³⁶ Cfr. Serra, Catarina, *O Regime...*, *op. cit.* p. 79.

¹³⁷ Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, pp. 140 e 141.

9.3. Perda de créditos

Este efeito comporta a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência, ou, sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação, e, a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos^{138_139}.

Realça-se que este efeito é exclusivo ao incidente pleno de qualificação da insolvência¹⁴⁰.

Trata-se de uma situação de “confisco-sanção”¹⁴¹, sendo retirados aos afetados pela qualificação, como penalização pela sua responsabilidade na insolvência, quer os créditos que disponham sobre a insolvência (art. 47.º CIRE), quer os créditos sobre a massa insolvente (art. 51.º CIRE).

O administrador da sociedade pode ser titular de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente¹⁴², compreende-se que caso a sua atuação tenha contribuído para criar ou agravar a situação de insolvência o administrador da insolvência exclua esses créditos do pagamento, o que sucede nos termos dos arts. 172.º e ss CIRE. Se, eventualmente, já se tiver verificado o pagamento desses créditos, a sentença condena na restituição dos bens e direitos recebidos em virtude dos mesmos. Em consequência dessa condenação, não parece que o administrador da insolvência tenha que recorrer à resolução em benefício da massa

¹³⁸ Este efeito é uma das novidades introduzidas pelo CIRE. Serra, Catarina, *O Regime...*, *op. cit.* p. 80, e AcTRLisboa 20 janeiro 2011 (Farinha Alves).

¹³⁹ Este efeito, mais uma vez, tem como fonte inspiradora a *LC* no art. 172/2.3, sendo que no ordenamento jurídico espanhol esta norma tem sido muito criticada por não tipificar as razões pelas quais se imputa a perda de créditos às pessoas afetadas e em que termos se processa essa obrigação nas relações internas, bem como, relativamente ao pagamento, por nada estar preceituado. Cfr. García-Cruces, José Antonio, *op. cit.*, pp. 2591 e 2592.

¹⁴⁰ A doutrina tem justificado esta exclusão, no âmbito do incidente limitado de qualificação da insolvência, pela circunstância de este se aplicar aos casos em que há insuficiência da massa (para satisfazer as custas processuais e restantes dívidas da massa insolvente) o que leva ao encerramento do processo e legitima o alcance limitado do incidente. Neste sentido, Fernandes, Luís A. Carvalho, *A qualificação da Insolvência...* *op. cit.*, p. 93; Serra, Catarina, *O Regime...*, *op. cit.* p. 80. De outro ponto de vista Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, *op. cit.*, p. 155 expõe, criticamente, que “salvo devido respeito, se a massa é insuficiente, o efeito até será vantajoso, pois reforça a posição dos credores, [...] no caso do art. 39.º, tem haver com a não abertura na fase da liquidação e verificação do passivo e, no caso do art. 232.º, tem haver com a disciplina do art. 223.º, n.º 2, b). Por isso, se a massa for insuficiente e o processo encerrar, mas o administrador só se aperceber de tal facto muito tarde [...], apesar da insuficiência da massa, o efeito do art. 189.º, n.º 2, d), mantém-se intocado.

¹⁴¹ Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, *op. cit.*, p. 293.

¹⁴² Contrariamente, o insolvente apenas pode ser titular de créditos sobre a massa, confinando a extensão deste efeito quando em causa está a sua atuação (cfr. art. 51.º, n.ºs 1 e 2 CIRE).

insolvente (arts. 120.º e ss. CIRE), competindo-lhe antes proceder à cobrança desses créditos.

Coloca-se aqui a questão de saber se os créditos que se perdem, ou, que têm que se restituir, são aqueles que têm origem na conduta do administrador, ou, se se estendem a todos os créditos. Do que decorre da lei, parece que se perdem (ou tem que se restituir) “quaisquer créditos”.

Não se conjectura nenhum nexo de causalidade entre a conduta culposa do administrador e os créditos que este vai perder ou restituir. O sentido teleológico deste efeito estabelece uma penalização das pessoas afetadas pela qualificação¹⁴³. Assim sendo, consideramos que este efeito é provido de carácter global por abranger todos os créditos (anteriores, simultâneos, ou posteriores à conduta censurável)¹⁴⁴.

9.4. Indemnizar os credores

Pretende-se condenar as pessoas afetadas pela qualificação a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados¹⁴⁵.

As pessoas afetadas pela insolvência vão suportar com todo o seu património pessoal, na medida do necessário, os créditos sobre a insolvência, sempre que a massa não seja suficiente. Tal responsabilização compreende-se, devido à culpa do devedor, e dos seus administradores de direito ou de facto, em relação à frustração de créditos que a insolvência provoca nos credores, o que constitui fundamento de responsabilidade civil nos termos gerais

¹⁴³ V. *ibidem.*, p. 293.

¹⁴⁴ Duarte, Rui Pinto, *op. cit.* pp. 147 e ss, ainda que não se prenuencie de forma clara quanto ao nexo de causalidade, considera este efeito “pouco amadurecido” depreciando a falta de proporção entre a conduta ilícita e a sanção. O autor afirma que a perda se gera “qualquer que seja o grau da sua culpa, qualquer que seja o valor desses créditos, qualquer que seja a sua origem, qualquer que seja a época em que se constituíram! E no caso de terem recebido bens ou direitos em pagamento de créditos serão condenados à sua restituição, com igual desconsideração dos fatores em causa”.

¹⁴⁵ Tal solução foi introduzida pela Lei 16/2012, de 20 de abril e é um retorno ao sistema do art.º 126.º-A CPEREF. A introdução desta alínea do corpo do art. 189º, a nosso ver, foi uma aproximação daquela que foi assumidamente a fonte inspiradora do legislador português, a LC e vem dar maior resposta aquilo que no n. 40 do preâmbulo do CIRE o legislador mostrava como objetivo do incidente, “a obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresas e dos administradores de pessoas coletivas”. A este propósito cfr. arts. 172.º, n.º 1 e 48.º, n.º 3 LC.

(art. 483.º CC) A responsabilidade é solidária (art. 497.º CC) abrangendo apenas os créditos não satisfeitos, e subsidiária¹⁴⁶. Trata-se mais de uma penalização pela culpa na insolvência do que propriamente de uma função ressarcitória.

O meio processual de fixação de responsabilidade é uma consequência da qualificação da insolvência e é no próprio incidente que corre.

Apesar de todo o património pessoal dos culpados estar sujeito à responsabilidade esta não é adjectivada de ilimitada para que erroneamente não fique a ideia de que abrange todo o passivo do devedor. No entanto, a lei refere que a responsabilidade é apenas “ate á força dos respectivos patrimónios”, causando esta expressão alguma confusão. Ora veja-se, o direito de execução apenas abrange o património do próprio devedor, só podendo estender-se a terceiros segundo o estatuído no art. 818.º CC, é evidente que os direitos de indemnização dos credores sobre os afetados pela qualificação estão limitados ao próprio património.

Parece que a lei pretende excluir a possibilidade de os afetados pela qualificação da insolvência como culposa serem declarados insolventes por não poderem cumprir esta obrigação de indemnização na sua integralidade, dado que ela se reduz ao montante correspondente aos seus patrimónios. Assim sendo, não se devem admitir novos processos de insolvência contra afetados em virtude de não poderem cumprir a obrigação de indemnização aos credores.

A alínea e) do n.º 2 consagra uma presunção de que o montante dos danos ou prejuízos causados corresponde ao “montante dos créditos não satisfeitos”, não obstante, determina o n.º 4, que o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas, sempre que o processo na altura já disponha de elementos suficientes para computar o montante dos prejuízos a ressarcir ou, quando não disponha, indicar os critérios a utilizar para a quantificação a efetuar em liquidação da sentença¹⁴⁷. Entre o n.º 2, e) e o n.º 4 do art. 189.º CIRE parece existir alguma *desconformidade*.

A maior dúvida, nesta senda, será quanto ao que deverá orientar o juiz na fixação dos critérios a utilizar quantificação dos prejuízos, aquando da liquidação da sentença.

¹⁴⁶ Porque apenas é acionada quando a massa insolvente se revela insuficiente para o pagamento de todas as dívidas, ficando sob uma *condição suspensiva*. Neste sentido v. Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito ...*, op. cit., pp. 143 e 144.

¹⁴⁷ Serra, Catarina, *O Regime...*, op. cit. p. 82 considera que o legislador, por lapso, esqueceu-se de adaptar o n.º 4 ao novo efeito e acabou por manter o texto do Anteprojeto de 24 de novembro de 2011. Refere ainda que, havendo conflito entre as duas normas, deve dar-se prevalência à al. e).

Objetivamente está em causa a diferença entre o valor global do passivo e o que o ativo pode cobrir. Contudo, será de relevo o juiz poder referenciar fatores, em razão das circunstâncias do processo, que devem mitigar o recurso puro e simples a cálculos do passivo subtraído ao ativo¹⁴⁸.

Parece-nos que este efeito confere uma proteção acrescida aos credores que não conseguem ver os seus créditos satisfeitos pela massa insolvente.

10. Dever de apresentação à insolvência

Constitui uma presunção ilidível de culpa grave dos administradores, de direito ou de facto, de uma sociedade, o incumprimento do dever de requer a declaração de insolvência (cfr. art. 186º, n.º 3, a) CIRE)¹⁴⁹.

Por entendermos ser digna de especial cuidado pela nossa parte, justifica-se a independência deste capítulo.

O processo de insolvência desencadeia-se com o pedido de declaração da mesma, mediante a realização das diligências necessárias¹⁵⁰, especificamente a entrega do requerimento inicial e demais documentações.

A legitimidade para apresentar o pedido cabe em primeiro lugar ao devedor, que no caso de se tratar de um incapaz, passa para o seu representante legal. No caso de o devedor não se tratar de pessoa singular capaz, têm legitimidade aqueles que estejam encarregados da administração ou liquidação do património a atingir com insolvência¹⁵¹. Sempre que exista um órgão social incumbido da administração, é competência deste a apresentação do

¹⁴⁸ A este propósito, cfr. Serra, Catarina 2012, *Emendas à (lei da insolvência portuguesa - primeiras impressões*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, pp. 97-132; Idem, *O regime português da insolvência*, op. cit., p. 82.

¹⁴⁹ O incumprimento deste dever, comporta consequências ainda no que refere ao eventual pedido de exoneração do passivo restante, caso esteja em causa um devedor singular. Vd. a este propósito os arts. 235.º e 238.º, n.º 1, d). Na jurisprudência, vd, entre outros, AcRelPorto 4 janeiro 2013 (Manuel Fernandes).

¹⁵⁰ Constatam-se aqui dois momentos, o do cumprimento do dever de apresentação à insolvência, e o relativo à execução das diligências necessárias à materialização do processo (arts. 23.º e 24.º CIRE) e que é meramente instrumental relativamente ao primeiro. Obviamente que o momento fulcral é o da decisão da apresentação.

¹⁵¹ Têm ainda legitimidade para apresentar o pedido qualquer credor, independentemente da natureza do seu crédito e o Ministério Público em representação das entidades cujos interesses lhes tenham sido confiados (cfr. art. 20.º, n.º 1 CIRE).

devedor à insolvência, independentemente da natureza, estrutura, composição ou nomenclatura com que é legal ou estatutariamente designado¹⁵².

O art. 19.º CIRE abrange mais do que o simples depositar nos administradores a confiança destes praticarem os atos necessários à concretização da apresentação, conferindo-lhes a faculdade legal de tomarem a decisão¹⁵³ de apresentação independentemente da sua organização e distribuição de poderes e competências para o exercício dos direitos, práticas dos atos, e cumprimento de obrigações que incumbam o devedor. Mais que um direito, trata-se de uma obrigação face ao regime desencadeado em caso de incumprimento. Por força dos arts. 186.º n.ºs 3 a) e 4, 188.º e 189.º CIRE os administradores ficam pessoalmente sujeitos a sanções diversas, de carácter pessoal e patrimonial. Na realidade, o art. 18.º CIRE tem carácter de disposição de protecção o que pressupõe que o seu incumprimento implica sempre responsabilidade no sentido do art. 483.º, n.º 1 CC, 2ª modalidade e/ou art. 78.º, n.º 1 CSC¹⁵⁴.

O legislador estabeleceu que o devedor, exceto se se tratar de pessoa singular não titular de empresa¹⁵⁵, tem o dever de requerer a declaração de insolvência no prazo de trinta dias¹⁵⁶ após a data do conhecimento da situação, definida como a impossibilidade de cumprimento das suas obrigações vencidas, ou à data em que devesse conhecê-las (cfr. art. 3, n.º 1).

Relativamente aos devedores titulares de empresas, o art. 18.º, n.º 3 CIRE presume inilidívelmente esse conhecimento passados três meses¹⁵⁷ da verificação do incumprimento generalizado de dívidas ao fisco ou à segurança social (art. 20.º, n.º 1, g), sub-alíneas (i) e (ii) CIRE), de dívidas emergentes de contrato de trabalho (art. 20.º, n.º 1, g), sub-alíneas (iii)

¹⁵² A doutrina tem assente que este dever se estende aos administradores de facto, usando para tal, o argumento literal da menção expressa que lhe é feita no art. 186.º, n.º 1 CSC. A este propósito cfr. Ribeiro, Maria de Fátima *op. cit.* p. 88, n.º 24 e Costa, Ricardo *op. cit.* p. 43.

¹⁵³ Os administradores não estão vinculados a nenhuma deliberação de outros órgãos sociais, ainda que esta exista, e seja no sentido de que o devedor não se deva apresentar à insolvência. Desconsiderando tais deliberações os administradores não exercem nenhum ato ilícito e não podem ser penalizados em nenhum plano. Ressalva-se que o art. 19.º CIRE não exclui a vicissitude de a assembleia geral de sócios intervir para que a apresentação se concretize, isto desde que o faça dentro dos seus normais poderes que, ao contrário do que sucede com os administradores, não constitui uma fonte autónoma de poderes.

¹⁵⁴ A doutrina aqui diverge, enquanto alguns autores responsabilizam os administradores, pelo incumprimento do dever de apresentação, por danos causados aos credores sociais nos termos do disposto no art. 78.º CSC, outros defendem a aplicação do art. 483.º CC. Consideramos que esta responsabilidade civil deve decorrer do previsto no art. 78.º CSC, por esta ser uma norma específica (face ao CC) que se refere em concreto à violação de “disposições legais ou contratuais destinadas à protecção” dos credores e consequente impossibilidade de satisfazer os seus créditos.

¹⁵⁵ O CIRE no seu art. 5º imprime a noção de empresa.

¹⁵⁶ Carneiro da Frada, *Responsabilidade... op. cit.* p. 700 considera este período como o “lapso de tempo que pode permitir ao administrador as diligências adequadas a impedir um processo de insolvência”.

¹⁵⁷ Trata-se de um prazo dilatatório nos termos do art. 121.º, n.º 2 CPC.

CIRE) ou de dívidas emergentes de contrato de compra e venda, de locação ou de mútuo “relativamente a local em que o devedor realize a sua atividade ou tenha a sua sede ou residência” (art. 20.º, n.º 1, g), sub-álneas (iv) CIRE)¹⁵⁸.

Configura-se-nos que o sentido frutífero da presunção pode parecer mais extenso do que realmente é, ora, mesmo ocorrendo um incumprimento generalizado de uma obrigação por mais de três meses e evidenciando-se o conhecimento de tal, o devedor terá que se apresentar se verdadeiramente não se encontrar em situação de impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (no sentido do art. 3.º, n.º 1 *ex vi* art. 18.º, n.º 1 *in fine*)?

Uma empresa com uma dívida fiscal em contencioso, até à decisão em julgado vai permanecer devedora durante (certamente) mais que três meses, não nos parece que nesta situação se admita que se considere que seja uma presunção inilidível de insolvência. Faz todo o sentido, que em situações como esta, ainda que tenha sido desencadeado o processo de insolvência, o devedor tenha a possibilidade de deduzir oposição, obviamente alegando e provando que não se encontra insolvente, atendendo à faculdade de poder cumprir as suas obrigações, ou que não está perante uma situação de incumprimento generalizado. A invocação do poder de oposição à ação instaurada por qualquer legitimado com fundamento na inexistência da situação de insolvência, prevista no art. 30.º, n.º 3 CIRE, corrobora este entendimento.

Contudo, resulta do n.º 4 do art. 3.º CIRE que a situação de insolvência atual é equiparada à meramente iminente¹⁵⁹ no que concerne ao dever de apresentação do devedor à insolvência. Sem embargo, este artigo não estabelece qualquer diferença entre a insolvência atual e a iminente, que não seja a de a segunda relevar para os casos de apresentação ao devedor à insolvência. A lei integra o dever de apresentação, acoplado ao conhecimento da situação da insolvência e não com o efetivo incumprimento de obrigações vencidas.

A iminência da insolvência caracteriza-se pela ocorrência de circunstâncias que não tendo levado ao incumprimento das obrigações vencidas façam presumir a possibilidade de

¹⁵⁸ O dever de conhecimento a que nos remontamos deve ser apreciado nos termos gerais, face às circunstâncias e recorrendo à figura do *bonus pater familias*. Carneiro da Frada, *Responsabilidade... op. cit.* p. 700 dispõe que com vista ao cumprimento desse dever, o administrador deve observar com diligência o curso da empresa.

¹⁵⁹ Para aprofundar conhecimentos sobre o conceito de insolvência iminente veja-se Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito..., op. cit.*, pp. 24 e 25.

a curto prazo tal ocorrer, pela insuficiência de ativo líquido disponível satisfazer o passivo exigível.

Destarte, coloca-se uma questão; no caso de se verificar insolvência iminente, nasce ou não imediatamente a possibilidade de se iniciar o processo de insolvência?

A este propósito Carvalho Fernandes e João Labareda (2013, p. 84) alegam que “embora a questão não possa haver-se como suficientemente firme, temos, para nós, como melhor solução, em ponderação dos elementos de hermenêutica interpretativa disponíveis, a que aponta o sentido de, à vista de insolvência iminente, o devedor dever requerer a sua declaração se a situação não puder ser ultrapassada”.

Em sentido oposto, Menezes Leitão (2015a, p. 138) considera estarmos antes perante uma faculdade.

Posto isto, será necessário atender à expectativa de um homem médio face ao normal desenvolvimento da situação do devedor de acordo com os factos conhecidos e não se prevendo nada de anormal no decorrer dos acontecimentos.

O regime legal previsto limita copiosamente o interesse prático da caracterização da situação da insolvência iminente. No caso de incumprimento do dever de apresentação à insolvência, a insolvência iminente determina que se inicie de imediato o prazo constante do art. 18.º, n.º 1 CIRE, ou esse prazo só se inicia a partir do momento em que ocorre a insolvência atual? Parece-nos que é profundamente incerto definir o momento em que se verifica a insolvência iminente¹⁶⁰, o que nos faz crer que esse prazo apenas se começa a contar a partir do momento em que se verifica a insolvência atual, facto que ganha relevo ao verificar que o art. 18.º, n.º 1 CIRE remete exclusivamente para o art.º 3, n.º 1 CIRE e não para o n.º 4.

O dever de apresentação constitui um dever autónomo e em sentido técnico próprio¹⁶¹. A sua existência resulta na premência de assegurar rápida solução de acordo com os parâmetros legais, para evitar prejuízos maiores.

No nosso entendimento, o decurso do prazo de apresentação sem que ela ocorra não faz cessar o dever nem retira a legitimidade ao insolvente para a instauração da ação. Em primeiro lugar por não se tratar de um prazo peremptório, em segundo, porque se retirássemos ao administrador a possibilidade de se apresentar, seria necessário esperar pela iniciativa de um outro legitimado.

¹⁶⁰ A este propósito veja-se v.g. AcRelCoimbra 6 março 2012 (Barateiro Martins).

¹⁶¹ V. Fernandes, Luís A. Carvalho, Labareda, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, cit. p. 192.

Seria incoerente, face ao exposto, ter que aguardar o decurso do prazo para que a ação pudesse ser desencadeada por iniciativa dos credores ou outros legitimados¹⁶². Não obstante, ultrapassado o prazo à data da apresentação, o insolvente sujeita-se às consequências.

Trata-se de uma responsabilidade extracontratual por não existir nenhum vínculo, entre os administradores e os credores da sociedade, que gere responsabilidade obrigacional.

A responsabilidade é pessoal, pelo que os lesados podem intentar uma ação contra os administradores sem a necessidade de uma ação social.

São os credores que têm o ónus de provar que a conduta dos administradores, foi causadora de danos, e que do incumprimento deste dever, originaram para si prejuízos.

Há, a este respeito que distinguir os novos dos antigos credores. Se não veja-se, se os créditos não satisfeitos são anteriores à data em que os administradores deviam requerer a declaração de insolvência, são créditos antigos, de um credor antigo, no caso de serem posteriores o seu titular é um novo credor. O dano causado aos antigos credores em caso de violação do art. 18.º, n.º 1 CIRE depende de um agravamento da situação de insolvência, isto é, o seu património irá diminuir em função da diminuição do património da sociedade. Por outro lado, o dano causado aos novos credores não depende do agravamento da situação de insolvência, se estes soubessem da situação não concluiriam contratos com a sociedade em crise, logo o património destes (novos credores) diminui ainda que o património da sociedade não diminua¹⁶³.

O dano causado aos antigos credores é um dano indireto, por estar conceptualmente ligado a um agravamento da situação de insolvência da sociedade, devendo aplicar-se-lhe o art.º 78.º, n.º 1 CSC, por sua vez, o dano causado aos novos credores, estando desligado desse agravamento, é um dano direto, devendo aplicar-se-lhe o art. 79.º CSC.

O administrador há-de indemnizar os antigos credores pelo interesse contratual positivo, e os antigos pelo interesse contratual negativo.

O art. 562.º em ligação com o art. 566.º, n.º 2 CC, causa a impressão de que a indemnização por danos causados aos antigos credores corresponde à diferença entre aquilo

¹⁶² Essa iniciativa está sujeita ao preenchimento de certos pressupostos (v. art. 20.º CIRE) efetivados pelo decurso de certos prazos. Acrescente-se que está afastada a declaração oficiosa de insolvência que durante muitos anos vigorou.

¹⁶³ Neste sentido, Frada, Manuel Carneiro da, *A responsabilidade...*, op. cit., p. 700; Leitão, L. M. T. de Menezes, *Direito da Insolvência*, op. cit. pp. 137 e 138

a que estes teriam direito, caso o administrador tivesse cumprido o dever de apresentação à insolvência, e aquilo a que estes têm direito por aplicação dos arts. 172.º a 184.º CIRE.

Conclusão

Aqui chegados, podemos concluir que o cenário da responsabilidade dos administradores na insolvência, que se desenhou é extremamente complicado no plano técnico-jurídico, sendo necessário empreender a devida articulação entre as regras gerais e especiais.

Nos meandros da lei insolvencial, parece que a dificuldade surge em razão do precário empenho que o legislador nacional empreendeu na transposição dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mais concretamente da *Ley Concursal*, o que causou institutos jurídicos evasivos e antagónicos a outros ramos do direito português.

Todavia, proporcionar a devida eficiência da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por comportamentos condenáveis na criação ou agravamento da situação de insolvência, assume ampla relevância, sobretudo no plano económico-social, em virtude do crescente número de insolvências e, por essa razão, é fundamental prevenir e combater comportamentos com resultados danosos.

Entendemos que sobre os administradores das sociedades comerciais recaem deveres, decorrentes das suas funções, e que se procederem contra estes podem causar danos à sociedade ou a terceiros. Importa não esquecer que há quem exerça funções próprias do administrador, sem título bastante, os administradores de facto. Consequentemente, estes não devem eximir-se da sua responsabilidade, podendo ser responsabilizados na mesma medida que os administradores de direito. O CIRE, no seu art. 6.º estabeleceu o conceito de administradores e englobou os administradores de facto na norma.

Na versão originária do CIRE existia um vazio legal relativamente à responsabilidade dos administradores. A preterição de normas neste sentido causava desagrado, sobretudo atendendo ao objetivo da reforma do código, onde se lia, no n.º 40 do Diploma Preambular, que o “objetivo... reside na maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresas e administradores de pessoas coletivas”. Para colmatar esta falha, com inspirações na lei espanhola, foi criado o incidente de qualificação da insolvência.

Previsto nos arts. 185.º e ss CIRE este constitui a fase do processo em que se apuram as razões que conduziram à insolvência e se essas foram fortuitas ou em virtude de uma gestão negligente ou com intuítos fraudulentos. A partir da sentença que declare a insolvência é aberto o incidente de qualificação, com carácter pleno ou limitado, em regra, o incidente de

qualificação assumirá caráter pleno, pois o incidente limitado reporta-se apenas às situações em que exista insuficiência patrimonial para satisfazer as dívidas da massa insolvente.

Porém, tudo o que for apurado em sede de incidente de qualificação não produz efeitos penais, nem em relação à apreciação de responsabilidade civil. Deste modo consideramos que o incidente de qualificação tem uma função sancionatória mas, já não, uma função punitiva.

Não fosse o legislador ter regulado, no Capítulo I do Título IV, destinado aos “efeitos sobre o devedor e outras pessoas”, alguns aspetos adjetivos da legitimidade do administrador da insolvência para propor e fazer seguir ações de responsabilidade dos administradores perante a sociedade e os credores sociais, que quase parecia que a questão da (eventual) responsabilidade dos administradores tinha sido ignorada.

A legitimidade para propor e fazer seguir ações de responsabilidade é exclusiva do administrador da insolvência. O legislador, terá concebido esta legitimidade, para proteger os direitos dos sócios e dos credores sociais na inércia da sociedade devedora, sendo que o administrador da insolvência representa o devedor para todos os efeitos de caráter patrimonial que interessam à sociedade.

Por conseguinte, no caso de atuação dos administradores, com dolo ou culpa grave, deve admitir-se o recurso ao instituto da responsabilidade civil, pela sua atuação na iminência da situação de insolvência da sociedade, determinando o ressarcimento dos danos (diretos ou indiretos) causados à sociedade, aos credores e a terceiros, no âmbito dos arts. 78.º e 79.º CSC, numa articulação necessária com o regime de insolvência consagrado no CIRE. Sempre que a lei não disponha de modo direto ou indireto sobre esta responsabilidade, a obrigação de indemnizar coliga-se à violação do dever de lealdade (ou de alguma das suas concretizações).

Trata-se de proteger interesses puramente económicos dos credores perante os administradores da sociedade insolvente. A tutela ressarcitória confere eficácia a essa finalidade, sendo que a sua admissibilidade não levanta nenhuma questão ao direito da responsabilidade delitual.

O art. 186.º do CIRE oferece a noção de insolvência culposa dispondo que “a insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da atuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”. O legislador não

achando esta definição, a fixação dos seus pressupostos legais e tramitação bastante, foi mais longe ao estatuir nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE presunções *iuris et de iure* e *iuris tantum* de insolvência culposa.

É precisamente a heterogeneidade dos comportamentos descritos nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE que tem gerado grande controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência. É primordial uma reflexão ponderada, atendendo a que em causa poderão (ou não) estar comportamentos causadores da insolvência, dado que a relação entre a violação dos deveres dos administradores elencados e a verificação da situação da insolvência não é a mesma em todos os casos.

Questão importante nesta senda, é a se se presume onexo causal entre a conduta tipificada dos administradores e a criação ou o agravamento da situação de insolvência nas presunções estabelecidas no artigo *supra* citado. A solução não é pacífica.

Analisando a jurisprudência, constata-se que em grande parte dos casos, a dificuldade de alegação e prova de que o ato contribui para a criação ou o agravamento da insolvência resulta na insatisfação da pretensão, tal, pode reconduzir a um fracasso do instituto legal da insolvência culposa, em prejuízo da responsabilidade dos administradores de direito e de facto que conduziram à situação de insolvência.

Concluindo, embora com boa intenção por parte do legislador em auxiliar o interprete no preenchimento do conceito de insolvência culposa através da fixação de presunções, o caminho revelou-se desajustado, criando problemas na sua aplicação devido à existência de conceitos indeterminados e a ausência de critérios orientadores no seu preenchimento.

Parece-nos que o artigo necessita de reestruturação, o que se consolida atendendo a toda a controvérsia doutrinal e jurisprudencial que se tem observado.

No nosso ordenamento jurídico para que pudesse ser feita uma condenação justa por insolvência culposa com base no n.º 2 do art. 186.º deveria ser demonstrado onexo causal, porque, assim não sendo, podem surgir soluções excessivas, o que por certo não seria o objetivo do legislador, contudo, a letra da lei é incompatível com este argumento, atendendo a que as presunções absolutas dispensam a verificação do nexo causal.

Quanto às presunções do n.º 3, assentimos como melhor opção a da sua qualificação como presunções ilidíveis de insolvência culposa abrangendo o nexode causalidade.

Independentemente do entendimento que se faça destas presunções constatamos que pela dificuldade prática que surge na sua aplicação, a melhor opção legal seria revogar as presunções dos n.ºs 2 e 3. Se analisarmos o n.º 1 do art. 186.º CIRE, verificamos que a norma é suficiente. O nexó causal não se extingue com a supressão das presunções, sendo alegada e provada a sucessão de factos pelos interessados, devem as pessoas a afetar pela qualificação da insolvência como culposa comprovar que as causas não ocorreram ou que não criarão ou agravaram a situação de insolvência.

No que concerne aos efeitos previstos no CIRE, no caso de insolvência culposa, verificam-se consequências de índole não ressarcitória, a inibição para a administração de património de terceiros e ainda para o exercício de comércio e ocupação de determinados cargos de gestão, que não pretendem apenas obter a prevenção de condutas danosas futuras por parte dos administradores atingidos, mas também dissuadir os administradores de determinados comportamentos lesivos de terceiros.

E ainda consequências patrimoniais, a perda de créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente, a condenação na restituição de bens ou direitos já recebidos em pagamentos desses créditos, e a condenação na indemnização aos credores no montante dos créditos já satisfeitos, até à força dos respetivos patrimónios, numa responsabilidade solidária entre eles.

Analisados os efeitos da qualificação da insolvência como culposa, verificamos que o objetivo destes é a responsabilização do administrador societário pela sua conduta pouco idónea. Entendendo-se o art. 186.º CIRE como uma disposição de proteção, consideramos que o legislador quis no seio do processo de insolvência imputar uma responsabilidade *ad hoc*, que apresenta questões parentes ao instituto da responsabilidade civil extracontratual que é consequência do art. 483.º CC, e ainda responsabilidade civil articulada com a norma do art. 78.º, n.º 1 CSC.

Estes efeitos, que resultam da qualificação como culposa da insolvência no incidente, propõem-se a proteger os credores da sociedade declarada insolvente e assim sendo, o incidente de qualificação de insolvência parece predisposto a coadjuvar na determinação dos comportamentos que podem vir a ser objeto de responsabilidade civil pela insolvência.

Há que não esquecer que no que respeita à responsabilidade pela insolvência da responsabilidade pela não apresentação à insolvência. Porque, como se sabe, o administrador é suscetível de responder se não se apresentar à insolvência.

“Só a experiência permitirá comprovar em que medida este regime é idóneo e suficiente. Refleti-la criticamente constitui, no futuro, uma missão indeclinável a que a doutrina e os profissionais do foro estão convocados”¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Frada, Manuel Carneiro da, *Responsabilidade...*, *op. cit.*, p. 702.

Bibliografia

- Albuquerque, Pedro de (2006). *Responsabilidade pessoal por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de atos praticados no processo (A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor)*. Coimbra: Almedina.
- Antunes, Engrácia (2002). *Os grupos de sociedades (Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária)*, 2ª edição. Coimbra: Almedina.
- Battle, Mercedes Farias (2004). *Calificación del Concurso: Presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales*, in: RDM n.º 251, enero-marz.
- Branco, José Manuel. Novas questões na qualificação da insolvência, In: *Seminário sobre a Insolvência do Centro de Estudos Judiciários*: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf. (consultado em 27 de fevereiro de 2017).
- Cordeiro, António Menezes (2011). *Direito das sociedades*, vol I, 3ª edição. Coimbra: Almedina.
- Cordeiro, António Menezes (2005). Introdução ao Direito da Insolvência, In: *O Direito*, III, Ano 137.º. Coimbra: Almedina, pp. 465-506.
- Cordeiro, António Menezes (1997). *Da responsabilidade civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: Lex.
- Costa, Mário Júlio de Almeida (2013) *Direito das Obrigações*, 12ª edição. Coimbra: Almedina.
- Costa, Ricardo (2007). Responsabilidade dos administradores e business judgment rule, In: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho - *Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios*, n.º 3. Coimbra: Almedina. pp. 49-86.
- Costa, Ricardo (2006). Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto, In: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho – *Colóquios, Temas Societários*. Coimbra: Almedina, pp. 29-35.

- Costa, Teresa Nogueira da (2015). A responsabilidade pelo pedido infundado ou apresentação indevida ao processo de insolvência previsto no artigo 22.º do CIRE, *In: Estudos de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina. pp. 51-98
- Coutinho de Abreu, J. M. (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades*, 2ª edição, Cadernos do IDET – n.º 5, Coimbra: Almedina.
- Coutinho de Abreu, J. M. (2006). *Governança das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- Cunha, Paulo Olavo (2010). *Lições de Direito Comercial*. Coimbra: Almedina.
- Duarte, Rui Pinto (2005). Efeitos da Declaração de Insolvência Quanto à Pessoa do Devedor, *In:” Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição Especial - *Novo Direito da Insolvência*. pp. 131-150.
- Epifânio, Maria do Rosário (2014). *Manual de Direito da Insolvência*, 6.ª edição. Coimbra: Almedina.
- Fernandes, Luís A. Carvalho (2005). A qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo devedor, *In:” Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição Especial - *Novo Direito da Insolvência*. pp. 81-104.
- Fernandes, Luís A. Carvalho, Labareda, João (2013). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 2ª edição. Lisboa: Quid Juris.
- Frada, Manuel Carneiro da (2007). A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores, *In: Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III. Coimbra. pp. 207-248.
- Frada, Manuel Carneiro da (2006). A responsabilidade dos administradores na insolvência. *In: Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, II Lisboa. pp. 653-702.
- Frada, Manuel Carneiro da (2004). *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coleção Teses, Coimbra: Almedina.
- Freitas, José Lebre de (2005). Pressupostos Objetivos e Subjetivos da Insolvência, *In: Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição Especial - *Novo Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina. pp. 11-23.
- García-Cruces, José António (2004). *La Calificación del Concurso*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Arandi.

- Leitão, Adelaide Menezes (2013). Insolvência culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei 16/2012 de 20 de abril, *In: I Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina. pp. 269-283.
- Leitão, Adelaide Menezes (2011). Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção, *In: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Lisboa. pp. 19-53.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2015). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, 8ª edição*. Coimbra: Almedina.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2015). *Direito da Insolvência, 6ª edição*. Coimbra: Almedina.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2013). Pressupostos da declaração de insolvência, *In: I Congresso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina. pp. 175-186.
- Machado, João Batista (2012). *Introdução ao discurso legitimador*, 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina.
- Martins, Luís M. (2014). *Processo de Insolvência, 3ª edição* Coimbra: Almedina.
- Oliveira, Nuno Manuel Pinto (2014). Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa. *In: I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*. Santo Tirso: Almedina pp. 198-255.
- Oliveira, Rui Estrela de (2010). *Uma Brevíssima Incursão pelos Incidentes de Qualificação da Insolvência*, in: *O Direito*, V, Ano 142.º. pp. 931-987.
- Ramos, Maria Elisabete (2005). A Insolvência da sociedade e a responsabilização dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português, *In: "Prima Facie, Revista de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas"*, n.º 7, 2005. pp. 23-28.
- Ribeiro, Maria de Fátima (2010). A Responsabilidade de Gerentes e Administradores pela atuação na proximidade da Insolvência da Sociedade Comercial, *In: O Direito*, I, Ano 142.º. pp. 81 a 128.
- Serra, Catarina (2012). *O Regime Português da Insolvência, 5ª edição*. Coimbra: Almedina.
- Serra, Catarina (2012). Emendas à lei da insolvência portuguesa - primeiras impressões, *In Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol. 7. Coimbra: Almedina. pp. 97-132.

- Varela, João de Matos Antunes (2015). *Das obrigações em geral*, reimpressão da 10.^a edição de 2000. Coimbra: Almedina.
- Vasconcelos, Maria Pestana de (2007). Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português, *In: Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, p. 147-206.
- Vasconcelos, Pedro Pais de (2009). Responsabilidade Civil dos gestores das sociedades comerciais, *In: Direito das sociedades em revista*, Vol 1. Coimbra: Almedina. pp. 11-32.
- Ventura, Raul, Brito Correia *Responsabilidade civil dos administradores e diretores das sociedades anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas: Estudo comparativos dos direitos alemão, francês, italiano e português*. Nota explicativa do capítulo II do Decreto-Lei n.º 49381 de 15 de novembro de 1969, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.ºs 192, 193, 194 e 195, 1970.