



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

A Responsabilidade dos Administradores nas suas diversas vertentes e no âmbito do
Processo de Insolvência

Mafalda Sofia de Carvalho Silva

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas

Orientador:
Doutor António do Espírito Santo,
Professor Auxiliar do ISCTE - IUL

Outubro de 2017

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelo incentivo, apoio e ajuda no financiamento do presente mestrado.

À minha amiga Patrícia Sobral pelo incentivo, apoio e motivação demonstrada ao longo do curso de mestrado.

Ao meu orientador, Dr. António do Espírito Santo, pelos ensinamentos transmitidos, apoio, motivação e disponibilidade demonstrada ao longo do curso de mestrado.

A todos os docentes deste mestrado pelos ensinamentos transmitidos e em especial ao Professor Manuel Pita pela disponibilidade demonstrada ao longo do curso de mestrado.

À minha Colega Rosário Lira pelo companheirismo, incentivo e apoio demonstrado para terminar o curso de mestrado.

RESUMO

A insolvência de uma sociedade é, como todos nós sabemos, suscetível de ocasionar danos diversos, que atingem sócios, credores e trabalhadores. São de fato afetados múltiplos interesses. Os credores, por exemplo, não conseguem amiúde cobrar os seus créditos, pelo menos na íntegra, os sócios são confrontados com a dissolução da sociedade e a liquidação do respetivo património, vendo esfumar-se o valor das suas participações sociais, os trabalhadores perdem, em consequência da extinção da empresa, os seus postos de trabalho e, com eles, o meio de sustento próprio e das suas famílias.

Atravessamos uma época de aguda sensibilidade para o problema. Infelizmente, os custos económicos, sociais e humanos das situações de insolvência alimentam, diária ou semanalmente, noticiários televisivos e jornais.

Deve, por isso, apreciar-se no contexto do processo de insolvência as atuações dos administradores societários que são suscetíveis de conduzir à sua responsabilidade, ou perante a sociedade insolvente, ou face à generalidade dos credores e também de terceiros.

O património de uma sociedade comercial é constituído por bens e direitos. O objetivo essencial do processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores.

Os administradores ao aceitarem o cargo de gestão e administração de uma empresa assumem indeclináveis deveres, nomeadamente, o dever de honrar os compromissos assumidos com os seus credores. Assim, devem estes ser dotados de meios idóneos para fazer face à insolvência dos seus devedores.

Quando na massa insolvente esteja compreendida uma empresa que não gerou os rendimentos necessários ao cumprimento das suas obrigações, é importante averiguar se existe responsabilidade dos seus administradores e que tipo de responsabilidade lhes deve ser imputada.

Pretende-se verificar se o processo de insolvência tem como finalidade evitar insolvências fraudulentas ou dolosas e se para os administradores das empresas de direito ou de fato sobrevêm consequências sempre que contribuam para tal situação de insolvência.

Palavras Chave: responsabilidade dos administradores, insolvência, administração da massa insolvente e incidente de qualificação

ABSTRACT

The insolvency of a company, as all we know, is likely to cause damage which affect partners, creditors and employees. Multiple interests are in fact affected. Creditors, for example, are often unable to collect their claims, at least in full. The partners are confronted with the dissolution of the company and the liquidation of its assets, seeing that the value of its shares disappears. The employees lose as a result of the extinction of the company their jobs and, with them, their own means of support and of their families.

We are going through a time of acute sensitivity to the problema. Unfortunately, the economic, social and human costs of insolvency situations feed daily or weekly television news and newspapers.

It is therefore necessary to assess, in the context of the insolvency proceedings, the actions of the corporate managers that are likely to lead to its responsibility, or to the insolvent company or to the generality of the creditors and also third parties.

The assets of a commercial company consist of assets and rights. The essential objective of the insolvency proceedings is to satisfy, in the most efficient way possible, the rights of creditors.

The managers, when accepting the management and administration position of a company, assume undeniable duties, namely, the duty to honor the commitments entered into with their creditors. They must therefore be equipped with adequate means to deal with the insolvency of their debtors.

Where an insolvent estate comprises a company which did not generate the income necessary to fulfill its obligations, it is important to ascertain whether there is liability of its directors and what type of liability should be attributed to them.

. The intention is to verify if the insolvency proceedings are intended to avoid fraudulent or fraudulent insolvencies and if for the administrators of the companies in law or in fact there are consequences when they contribute to this insolvency situation.

Keywords: managerial liability, insolvency, insolvency management and qualification incident

INDICE

INTRODUÇÃO-----	1
CAPTÍTULO I - Evolução do conceito de Insolvência-----	3
CAPTÍTULO II - Alteração do objeto do CIRE-----	7
CAPTÍTULO III - Causas de Insolvência-----	13
CAPTÍTULO IV - A Responsabilidade dos Administradores-----	17
1- A Responsabilidade dos Administradores antes da Insolvência – artigo 64º do CSC	
Responsabilidade Civil – artigos 72º e ss do CSC-----	17
1.1- Deveres Fundamentais-----	17
1.2- A Responsabilidade Civil e a Business Judgment Rule-----	25
1.3- O artigo 72º, n.º 2 do CSC como causa de exclusão de responsabilidade civil-----	30
2- A administração da massa insolvente pelo Administrador de Insolvência-----	38
2.1- Efeitos sobre o devedor e administradores-----	39
2.2- Privação de poderes e administração de bens do devedor para efeitos patrimoniais-----	42
2.3- Efeitos Processuais-----	44
3- A Declaração de Insolvência e a manutenção dos órgãos sociais-----	52
3.1- Com a administração do Administrador de Insolvência-----	52
3.1.1- O Dever de Colaboração-----	52
3.1.2- Manutenção da Responsabilidade perante os credores-----	54
3.1.3- Culpa nos atos susceptíveis de resolução-----	55
3.1.4- Imputação da insolvência como culposa-----	58
3.2- Com a administração do Devedor-----	62
3.2.1- Âmbito de aplicação e regime de concessão da administração da massa pelo devedor insolvente-----	62
3.2.2- A problemática da administração da massa insolvente pelo devedor: conflitos da sua aplicação no CIRE-----	67
4- A manutenção dos antigos administradores na prática de atos anteriores à Declaração de insolvência-----	71
4.1- Atos Tributários-----	71
4.2- Atos perante a Segurança Social-----	74
4.3- Atos Laborais-----	75
CAPTÍTULO V - Caracterização do Plano de Insolvência nas duas vertentes em termos de Administração-----	83
1- Caracterização do Plano de Insolvência-----	83
2- As suas vertentes em termos de administração-----	85
2.1- A assunção da administração pelo Devedor-----	85
2.2- Fiscalização pelo Administrador de Insolvência-----	85
CAPTÍTULO VI – A responsabilidade dos Administradores face á insolvência da sociedade-----	85

1- Generalidades-----	85
2- A responsabilidade dos Administradores e a sua efetivação civil na pendência do processo de insolvência-----	88
2.1- A litigância entre o CIRE e o CSC na aplicação da responsabilidade civil contratual dos Administradores perante a sociedade-----	88
2.2- Responsabilidade civil extracontratual dos Administradores perante os credores sociais, sócios e terceiros-----	90
CAPTÍTULO VII – Incidente de Qualificação-----	95
1- Causas-----	95
2- Nexo de causalidade e a necessidade da sua arguição específica no momento de abertura do incidente de qualificação-----	96
3- Distinção entre os tipos de insolvência: o dolo e a culpa grave dos Administradores-----	98
4- A graduação da culpa na insolvência: a diferença entre insolvência culposa e Insolvência fortuita e os deveres dos Administradores-----	100
5- Responsabilidade Criminal-----	101
5.1- Insolvência culposa e responsabilidade criminal-----	101
5.2- Autonomia de um processo crime face à qualificação da insolvência como culposa-----	103
CONCLUSÃO-----	105
BIBLIOGRAFIA-----	107

ABREVIATURAS

BJR – Business Judgment Rule

CC – Código Civil

CCOM – Código Comercial

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CP – Código Penal

CPEREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e da Falência

CPP - Código de Processo Penal

CRCIV - Código do Registo Civil

CRCOM - Código do Registo Comercial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

LOFTJ - Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais

INTRODUÇÃO

Em Portugal, nos tempos que correm, são declaradas insolventes cerca de 80 empresas por dia. O principal motivo será a crise económica que se vive atualmente, e as consequentes medidas de austeridade, que levaram ao aumento dos impostos, à diminuição do poder de compra e, consequentemente, da procura de bens e serviços. Foi neste contexto que se procedeu à sexta alteração ao Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

A insolvência surge como último recurso, requerida muitas vezes por credores (bancos, na maioria dos casos), e apresenta-se já num cenário de incumprimento acentuado. Tal panorama, muitas vezes com dívidas ao Estado, inviabiliza qualquer perspectiva de recuperação.

A insolvência pode ser, de fato, uma solução, face ao passivo elevado do devedor, mas influi diretamente na vida dos credores, principalmente dos trabalhadores.

A nova lei trouxe novas medidas, como o encurtamento de diversos prazos processuais para minimizar danos e efetivar o carácter urgente do processo de insolvência, bem como o processo especial de revitalização (PER), colocando uma tónica na recuperação. É por isso que a doutrina afirma que o Código da Insolvência e Recuperação da Empresa deveria ser só Código da Insolvência.

A alteração ao CIRE teve também como propósito cumprir as diretivas acordadas no Memorando de Entendimento celebrado entre o Governo Português e o Fundo Monetário Internacional. Aliás, o surgimento do processo especial de revitalização surge mesmo nessa esteira, com o intuito de resgatar as empresas do destino cruel da insolvência.

Porém, a lei 16/2012, de 20 de abril, eliminou também a inabilitação como consequência de insolvência culposa. Se era uma alteração há muito pedida, e que se aplaude, coloca-se também a questão de quais as consequências, civis ou penais, prevê a lei portuguesa para insolvências culposas? Não se trata apenas do devedor singular que recorreu a inúmeros créditos ao consumo, por exemplo, e que agora se vê desempregado e sem forma de satisfazer os seus credores.

Deve-se acautelar, agora mais do que nunca, todas as situações em que as empresas, por incúria ou incompetência dos seus administradores ou gerentes, fecham as suas portas, deixando não só no desemprego os seus trabalhadores, como todos os seus credores por satisfazer.

Em 2107, com o Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, apostou-se na credibilização do processo especial de revitalização (PER) enquanto instrumento de recuperação, reforçou-se a transparência e a credibilização do regime e desenhou-se um PER dirigido às empresas, sem abandonar o formato para as pessoas singulares não titulares de empresa ou comerciantes.

O CIRE, através do mecanismo do incidente de qualificação da insolvência, o CP e o CC são, atualmente, as balizas da responsabilidade civil e penal dos administradores e gerentes das pessoas coletivas.

Pretende-se analisar o regime português da responsabilização dos administradores e gerentes em caso de insolvência culposa, à luz da conjuntura social, económica e financeira.

Com esta dissertação proponho-me fazer uma breve resenha sobre a responsabilidade dos administradores e gerentes nas suas diversas vertentes e no âmbito do Processo de Insolvência.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE INSOLVÊNCIA

Em Portugal, o instituto da insolvência, designado de quebra e mais tarde de falência, está consagrado desde o tempo das Ordenações Afonsinas. É, porém, com o Código Comercial aprovado pelo Decreto de 18 de setembro de 1833, o qual tem o nome do seu autor, denominando-se de Código Ferreira Borges que, pela primeira vez em termos sistemáticos, surge regulado este instituto. O primeiro Código português possibilitava ao devedor travar a liquidação do seu ativo, após a declaração de falência, através da obtenção de uma concordata que dependia da aceitação de uma maioria de dois terços dos credores que, por sua vez, deveriam representar três quartos dos credores comuns.

O regime instituído pelo Código Ferreira Borges vem a ser retomado, com poucas alterações, pelo Código Comercial de 1888 (Veiga Beirão). Este Código admite a possibilidade da suspensão do processo de falência em qualquer fase, por meio de concordata prevista no Parágrafo 2º do artigo 730º. Ambas as figuras estavam sujeitas a homologação pelo tribunal.

O Decreto de 26 de julho de 1899, por sua vez, aprova o Código das Falências desse ano. O Código então aprovado regulava a matéria da Concordatas no título IX (artigo 107º e ss). Esta primeira versão unificada revelou-se de curta duração, vindo o Decreto de 14 de dezembro de 1905 proceder à junção daqueles dois diplomas, que se reuniram num só, passando a existir o Código de Processo Comercial de 1905. Este código não acrescentou, todavia, grandes alterações ao regime anterior. As concordatas, reguladas nos artigos 286º e ss passaram a ser consideradas preventivas ou suspensivas, conforme fossem prévias ou posteriores à declaração de falência, situação já prevista no Código de 1899.

Em 1932, o Decreto n.º 21758, de 22 de outubro, para além de inserir na nossa ordem jurídica a matéria relativa à insolvência de não-comerciantes, (artigo 1º), proibiu as concordatas suspensivas, em termos de falência, aceitando somente a concordata resolutiva, depois de a mesma estar decretada, após a declaração de insolvência (artigo 19º), promovendo uma inovação, materializada na possibilidade de inclusão de uma cláusula “salvo regresso de melhor fortuna” com a vigência de 20 anos, e a existência de uma hipoteca ou fiança, a favor e em garantia de todos os credores (artigo 19º, parágrafo 2º).⁽¹⁾

Em 1935 foi publicado pelo Decreto-Lei n.º 25918, de 26 de Outubro, o novo Código das Falências. Quatro anos depois, foi unificado todo o processo civil e comercial no Código de Processo Civil de 1939, ficando assim incluído neste, o Código das Falências, estamos na fase de “falência liquidação”. Falência liquidação, que se aplicava apenas a duas partes no processo, sendo o credor, a quem se deveria pagar e o comerciante, o falido, que deveria cumprir com o pagamento, através da punição, que era a liquidação do seu património, sem apelo nem agravo.

O Decreto-Lei nº 29637, de 28 de maio de 1939 que aprovou o Código de Processo

(1) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), Direito da Insolvência, 3ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 52-63

Civil do mesmo ano, revogando o Código das Falências de 1935, diferenciava o instituto da falência e insolvência, prevendo “meios preventivos ou suspensivos da falência”. A Concordata, o Acordo de Credores e a Moratória eram os três meios que permitiam afastar as consequências da falência, podendo ser desencadeados pelo devedor ou pelos seus credores.

O Código do Professor José Alberto dos Reis regulava dois processos especiais: o de falência (artigos 1135º a 1354º) e o de insolvência civil (artigos 1355º a 1368º). Através destes dois processos operava-se a liquidação do património do devedor em benefício dos credores. A distinção entre estes dois processos era determinada pelo facto de o devedor ser ou não comerciante. Ou seja, a falência destinava-se a liquidar o património do devedor comerciante; e a insolvência tinha como fim a liquidação do património do devedor não comerciante.

Com o Código de Processo Civil de 1961, aprovado pelo Decreto-lei nº44.129, de 28 de dezembro de 1961, inicia-se a fase da falência saneamento.

A falência saneamento viria a entender-se assim, pelo facto de se ter tomado consciência de que, na falência, não existiam apenas dois sujeitos contrapostos, o que pela liquidação do património do falido acabava, por vezes e na grande maioria, por criar desequilíbrios económicos, uma vez constatado que, para além de credor e falido, existiam outros sujeitos e outros interesses que poderiam ser ressarcidos através da recuperação da empresa embora não sendo credores. Entendia-se que tinham interesses na empresa, os trabalhadores, instituições de crédito, investidores e empresários. Passou assim a falência a ter uma possibilidade de, através do saneamento, identificar entre agentes económicos cumpridores e que mereciam uma oportunidade e agentes económicos desonestos, que não mereciam apoio legal à recuperação.

Em 1986, o Decreto-Lei n.º177/86, de 2 de julho, contrariou o conceito de insolvência definido no Código de Processo Civil de 1961 e introduziu o processo especial de recuperação da empresa e da proteção de credores. Em 1990, o Decreto-Lei n.º10/90, de 5 de janeiro, reforça o regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de julho, ao introduzir sinais de um saneamento em substituição de uma liquidação do património do devedor. Este diploma caracterizou-se por estabelecer pela primeira vez a recuperação de empresa por via judicial em alternativa a um processo judicial de falência, que funcionava previamente a este, e muito embora subsistindo a dualidade processual, manteve-se ainda o processo de falência no Código de Processo Civil. ⁽²⁾

Após ter sido retirada a regulamentação da insolvência do Código de Processo Civil do Professor José Alberto dos Reis e a posterior reforma de 1961, o diploma que mais se destacou, até então foi o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), aprovado em 1993 e revisto em 1998. Este código privilegiava a

(2) O diploma denominava-o no seu capítulo I “Processo especial de recuperação da empresa e da proteção dos credores”. O preâmbulo explicava que, com esse processo se visava a instituição “com carácter sistematizado e coerente, de um direito pré-falimentar”, intencionalizado à recuperação de empresa e à adequada proteção dos credores; com isto se tutelam, obviamente, os interesses dos trabalhadores”

recuperação das empresas em detrimento da insolvência que acabava sempre por ser o último recurso após falharem as medidas de recuperação previstas naquele diploma. O referido diploma apresentava uma unidade processual em relação às medidas de recuperação, só sendo declarada a insolvência após a insustentabilidade de qualquer daquelas medidas. Consagrou-se a prioridade da recuperação.

O CPEREF manteve os dois conceitos, o processo de falência unificado passou a ter pressupostos comuns, sendo que, se o devedor não fosse titular de empresa poderia ser declarado falido, mas não beneficiava do processo de recuperação.

O processo de recuperação, tal como consagrava o Relatório do Diploma Preambular que aprovou o CPEREF (Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de abril), só tinha aplicação quando, efetivamente o comerciante ou a sociedade comercial devedora, tinham alguma hipótese de se recuperar economicamente, razão pela qual se estabeleceu os pressupostos indispensáveis para a recuperação.

Na década de noventa, com a liberalização dos mercados financeiros, entra em expansão na Europa o crédito ao consumo, já com grande sucesso nos EUA. Porém com o agravar da situação económica a nível mundial e com grandes reflexos na nossa economia, bem como, com o aumento de desemprego de um ou até de ambos os cônjuges, começam os desequilíbrios orçamentais das famílias, iniciando-se o recurso a créditos ao consumo para retardar o incumprimento do crédito à habitação e depois mais outro crédito para pagar outro crédito vencido e assim nasce o sobre endividamento.

Prevendo já estas situações de recuperação de pessoas singulares, em 2004 é aprovado o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) – Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, com as alterações do Decreto-Lei n.º 200/2004, de 1 de agosto, que o republicou, tendo posteriormente sido alterado pelo do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, pelo Decreto-Lei n.º 282/2007, de 7 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho e pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho.

Como se constata do artigo 1º do CIRE, o único processo admissível é o de insolvência, sendo a recuperação apenas uma das suas finalidades, em alternativa à liquidação por meio de um plano de insolvência para pessoas coletivas ou de um plano de pagamentos para pessoas singulares. É o retorno ao sistema de falência liquidação. O processo deixa de ter como fim principal a recuperação da empresa, passando a ter como único fim a satisfação dos credores à semelhança alemã de 1994, da legislação em que se inspira, essencialmente na Insolvenzordnung. Não obstante como acima se referiu, o CIRE teleologicamente apontar a satisfação dos credores, não impede, todavia, que esta satisfação seja conseguida através da recuperação da empresa, por meio de um plano de insolvência.

Recentemente houve uma alteração significativa ao CIRE, imposta pelo memorando de entendimento celebrado entre o Governo Português e o Fundo Monetário Internacional, a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril. A principal alteração, para além do encurtamento de alguns prazos no sentido de agilizar o processo, tem a ver com a criação do processo especial de

revitalização (PER), perfeitamente enquadrado no panorama económico português, mas que, em parte, surge quase como uma duplicação do Plano de Recuperação, após a declaração de insolvência. Com o Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, apostou-se na credibilização do processo especial de revitalização (PER) enquanto instrumento de recuperação.

Pelo exposto se conclui, que no direito da insolvência em Portugal, distinguiram-se três fases: a primeira teve o seu início com o Código Comercial de 1833 e durou até à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1961, e consagrou o sistema de falência-liquidação; a segunda fase, situa-se entre o Código de Processo Civil de 1961 e o CPEREF, e consagra um sistema de falência-saneamento; e a terceira fase, que se iniciou com o CIRE e retomou o sistema de falência-liquidação.

CAPÍTULO II – ALTERAÇÃO DO OBJETO DO CIRE COM BASE NA LEI N.º 16/2012, DE 24 DE ABRIL

O contexto recessivo que Portugal atravessava em 2011 e que abalou em especial o setor imobiliário, da construção e turístico, aliado à escassez de crédito disponível, causou sérias dificuldades a todas as empresas que operavam no mesmo, tendo-se assistido a um aumento gradual de situações de insolvências (efetivas ou iminentes) de empresas que eram vistas pelo mercado como economicamente viáveis.

Neste contexto, a matéria de insolvência e da recuperação de empresas assumiu um papel cada vez mais central, tendo essa importância sido desde logo destacada no memorando de entendimento celebrado em 17/05/2011 entre a República Portuguesa, o Banco Central Europeu, a Comissão Europeia e o Fundo Monetário Internacional, nos termos do qual foi assumido o compromisso de definir “princípios gerais de reestruturação voluntária extra-judicial em conformidade com boas práticas internacionais” (compromisso 2.18).

Foi assim, na senda daquele compromisso e, ainda da Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de outubro, que prevê um conjunto de princípios orientadores de recuperação extra-judicial de devedores, que surgiram a sexta e sétima alterações ao CIRE, as quais, em síntese, por um lado, visam simplificar formalidades e procedimentos e, por outro, instituíram o designado processo especial de revitalização (PER), enquanto objeto de recuperação, operando-se, como se verá, uma alteração no objeto do próprio CIRE.

Conforme resulta da exposição de motivos da proposta de lei que deu lugar à Lei 16/2012, o principal objetivo desta alteração ao CIRE consiste em reorientar este diploma para a recuperação de empresas devedoras, “privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação”.

A redação dada pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, trouxe algumas alterações significativas ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE).

A primeira grande alteração consta no seu artigo 1º e respeita à finalidade do processo de insolvência: até aqui a finalidade do processo de insolvência era liquidar o património do devedor insolvente para, então, proceder à repartição do produto obtido pelos credores, ou o pagamento destes através de um plano de insolvência. Agora, a finalidade primeira do processo é a satisfação dos credores, como previsto num plano de insolvência (baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente) e, apenas quando tal se mostre impossível, a satisfação dos credores por via da liquidação do património do devedor insolvente.

De acordo com a Lei 16/2012, o originariamente designado “*plano de insolvência*” passa agora a designar-se “*plano de recuperação*” quando se destine à recuperação do devedor declarado insolvente, com isto se pretendendo retirar o estigma que advém da associação do devedor à situação formal de insolvência, bem como a separação dos planos

que visam a recuperação face aos planos que visam a liquidação do património do devedor declarado insolvente.

Como se pode ler hoje no artigo 1º, n.º 1 do CIRE, “O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”.

Na versão do CIRE anterior à reforma de 2012 lia-se no artigo 1º que o processo de insolvência tinha “como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se basei na recuperação da empresa na massa insolvente.”

Atualmente, como se vê, resulta com maior clareza do artigo 1º, n.º 1 do CIRE que o processo de insolvência tem sempre como finalidade a satisfação dos credores e que essa finalidade norteia todo aquele processo.

Na versão inicial do artigo 1º, não era dada preferência a qualquer uma das alternativas ali indicadas. A satisfação dos credores teria lugar através da liquidação do património do devedor insolvente da repartição do produto obtido pelos credores ou através de um plano de insolvência, que podia conter medidas de recuperação da empresa que eventualmente integrasse a massa insolvente.

Os credores surgem vistos como os “proprietários económicos da empresa” que têm a seu cargo “a decisão de recuperar a empresa, e que em termos, nomeadamente quanto à sua manutenção na titularidade do devedor insolvente ou na de outrem” (ponto 3 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004). Para Menezes Leitão “nem sequer se compreendia a designação do Código como Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, sendo suficiente a designação Código da Insolvência, dado que a ideia de recuperação é secundária ou subalternizada”.⁽³⁾ Como revela Lebre de Freitas, “o projeto denominava-o Código da Insolvência *tout court*. O batismo ocorreu aquando da sua aprovação pelo 15º Governo Constitucional, visando diminuir o impacto social negativo que o desaparecimento da finalidade da recuperação poderia ter.”⁽⁴⁾

O regime supletivo contido no CIRE era o do “imediato ressarcimento dos credores mediante a liquidação do património do insolvente” (ponto 6 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004). Para outra via, existia o plano de insolvência. Só que, para ser afastado o regime supletivo de liquidação, era necessário que esse plano fosse elaborado e, mais importante ainda, que fosse aprovado e depois homologado. Para isso, seria necessário encontrar

(3) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2012), “Direito da Insolvência”, 4ª edição, Coimbra, Almedina, p. 75

(4) Freitas, Lebre de (2005), “Pressupostos objetivos e subjetivos da insolvência”, Themis, Edição Especial, Novo Direito da insolvência, p. 12, nota 11

credores disponíveis em número ou importância suficiente. Daí que a alternativa teórica não o fosse na prática.⁽⁵⁾

O plano de insolvência, no entanto, não tinha nem tem de visar necessariamente a recuperação da empresa. Isso está bem claro no artigo 192º, n.º 1 do CIRE, onde se extrai que tal plano pode servir para, em derrogação das normas do CIRE, regular o pagamento de créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos e pelo devedor, e a responsabilidade do devedor depois de findo o processo de insolvência.

Salienta-se, que a liquidação já podia abranger a alienação da empresa como um todo e que a recuperação da empresa servirá para obter meios de satisfação dos credores (artigo 195º, n.º 2, alínea b) do CIRE).

Atualmente, e após as alterações de 2012 introduzidas no CIRE, a finalidade do processo de insolvência continua a ser a satisfação dos credores. O artigo 1º, n.º 1 parece dar a entender que o plano de insolvência é sempre necessário. A satisfação dos credores “terá lugar pela forma prevista num plano de insolvência”. Esse plano de insolvência pode basear-se na recuperação da empresa ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do insolvente e a “repartição do produto obtido pelos credores”.

No entanto, aquela aparente obrigatoriedade de existência de um plano de insolvência é desmentida por outras normas do CIRE. Basta ver, por exemplo, o que resulta do artigo 250º. Com efeito, decorre deste preceito que os processos de insolvência abrangidos pelo capítulo em causa, aplicável à insolvência de pessoas singulares não empresárias ou titulares de pequenas empresas, nos termos descritos no artigo 249º, não estão sujeitos às “disposições dos títulos IX e X”. Como as pessoas singulares não empresárias ou titulares de pequenas empresas são abrangidas pelo referido Capítulo (porque o mesmo lhes é aplicável de acordo com o artigo 249º, n.º 1), os processos que lhes dizem respeito não podem incluir um plano de pagamentos ou a administração da massa pelo devedor. Os “processos de insolvência abrangidos” pelo Capítulo são os processos de insolvência que dizem respeito aos devedores identificados no artigo 249º.

Além disso, continua a ser necessário que o plano de insolvência seja aprovado pelos credores (artigo 212º). Se não for aprovado, também não existirá plano de insolvência: só existirá, quando muito, uma proposta de plano de insolvência.

Note-se igualmente que a alternativa ao plano de insolvência não é forçosamente a liquidação. Como revela o artigo 259º, n.º 4, o trânsito em julgado das sentenças de homologação do plano de pagamentos e de declaração de insolvência conduz ao encerramento do processo de insolvência. A própria sentença de declaração de insolvência apenas contém as menções do artigo 36º, n.º 1, alíneas a) e b).

(5) Considerando que na “esmagadora maioria dos casos” os credores nada decidem, Costeira, Maria José/Silva, Fátima, Reis, “Classificação, verificação e graduação de créditos no CIRE – Em especial os créditos laborais”, *Prontuário de direito do trabalho*, CEJ, Jan-Dez 2007, p. 359

A nova redação do artigo 1º, n.º 1 também indicia que aparentemente surge colocada em primeiro lugar a recuperação da empresa. Só quando essa não se afigura possível é que se passaria à liquidação do património do devedor insolvente. Contudo, e tendo em conta que o plano de insolvência tem de ser aprovado pelos credores, se isso não acontecer a alternativa é a liquidação.

O artigo 1º, n.º 1, é ainda equívoco porque dá a entender que a liquidação só pode ser afastada com um plano de insolvência que preveja a recuperação da empresa do devedor. Mas não parece estar excluída a possibilidade de o plano de insolvência visar apenas a recuperação do devedor, ainda que empresário.

A recuperação da empresa prevista num plano de insolvência será tentada no âmbito do processo de insolvência. E a aprovação do plano de insolvência só ocorrerá após a declaração de insolvência do devedor. Essa é, aliás, uma diferença significativa em relação ao CPEREF.

O n.º 2 do artigo 1º é inteiramente novo e refere o novo Processo Especial de Revitalização (PER), aplicando-se a todos os devedores que estiverem “em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente”, bem como, em termos gerais, a legitimidade e requisitos para que seja requerido. O PER apresenta-se como sistema alternativo ao processo de insolvência, sendo menos burocrático e tendo uma intervenção diminuta do Tribunal, e visa evitar que a empresa tenha que se apresentar à insolvência e, em última instância, à liquidação. Este processo urgente promove uma maior eficiência e celeridade do sistema judicial e dele podem lançar mão todos os devedores que se encontrem em situação económica comprovadamente difícil ou em situação de insolvência iminente, quando ainda seja suscetível de recuperação. O Decreto-lei 79/2017 vem dar ênfase essa eficiência e celeridade ao reforçar a transparência e a credibilização do regime.

A Lei 16/2012, alterada pelo Decreto-lei 79/2017, aditou ao CIRE os artigos 17.º-A a 17.º-I que regulam o PER. Trata-se de um processo urgente inspirado no *Chapter 11* norte-americano, traduzindo uma realidade já adotada noutras jurisdições europeias (p.e. em Espanha, França e no Reino Unido), que visa combater o desaparecimento prematuro de agentes económicos do tecido empresarial que, não obstante as dificuldades financeiras que atravessam, sejam economicamente viáveis.

Deste modo, o PER tem como finalidade, em momento anterior ao da insolvência, permitir ao devedor que se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente, mas cuja recuperação seja ainda possível, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a alcançar um acordo com estes endente à sua recuperação.

Contudo, há que fazer a distinção entre o processo de revitalização de que tratam os artigos 17º-A a 17º-H e aquele que surge regulado no artigo 17º-I.

O processo de revitalização dos artigos 17º-A a 17º-H destina-se a estabelecer negociações entre devedor e credores para a conclusão do acordo de revitalização. Já o processo previsto no artigo 17º-I é um processo que visa a homologação de um acordo de recuperação que foi alcançado extrajudicialmente antes de iniciado o processo em causa.

Este novo mecanismo de recuperação das empresas pretende, assim, constituir uma “*bolsa de oxigénio*” para as empresas que se encontram numa situação económica difícil ou de insolvência iminente, e que sejam economicamente viáveis, criando as condições necessárias para que as mesmas tenham ao seu dispor um período de negociação “protegida” com os respetivos credores, durante o qual estejam imunes à pressão a que habitualmente estão sujeitas, v.g. suspendendo-se durante esse período todas as ações para cobrança de dívidas que contra si corram termos, e não sendo possível instaurar novas ações durante esse período.

Espera-se que dessa negociação possa resultar um plano de recuperação que permita a revitalização destas empresas.

A introdução do processo de revitalização é uma opção de política legislativa que visa favorecer a recuperação de empresas em situação económica difícil, em detrimento da satisfação dos direitos dos credores mediante o produto da liquidação dos seus bens. Há, com efeito, vários traços neste regime que claramente favorecem a posição do devedor e o estimulam a iniciar o processo.

Podemos dizer que a finalidade do PER é prover o devedor com meios de financiamento suficientes para viabilizar a sua recuperação. Conforme resulta da exposição de motivos da proposta de lei que deu lugar à Lei 16/2012, o principal objetivo desta alteração ao CIRE consiste em reorientar este diploma para a recuperação de empresas devedoras, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação.

A diferença entre a perentória impossibilidade de cumprir e a dificuldade séria de o fazer, dão-nos pois, a zona de atuação do PER em vez da Insolvência, situando tal solução como a adequada para a empresa em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação.

Conseguir-lo é um trabalho a encetar pelo devedor, sendo que o sucesso da recuperação que a Lei prevê permite-lhe (e obriga-o) a estabelecer negociações com os respetivos credores (pelo menos com um deles numa primeira fase), de modo a celebrar com estes acordos conducentes à sua revitalização económica e a possibilitar a sua “solvência” temporária com vista à recuperação.

Ainda assim, é de notar que o diploma procura igualmente, na medida do possível, proteger os direitos dos credores e estimulá-los a cooperar com o devedor na negociação do plano de recuperação. Nessa medida, são introduzidas algumas regras com vista a evitar que o processo seja utilizado como manobra dilatória, bem como a responsabilizar o devedor e os respetivos administradores em caso de violação de deveres de informação no contexto de negociação do plano de recuperação.

Nota-se contudo, que a falta de meios nos Tribunais, a cultura de ceticismo em relação o risco empresarial, a estrutura desse setor (onde predominam as PME'S com poucos recursos para negociar planos de recuperação) e a atual crise económica (que leva várias empresas a simplesmente não ter expectativas de recuperação) poderão vir a dificultar a plena realização dos objetivos em que assentou a introdução deste processo.

No entanto, se, como pretendido pelo diploma, for possível que o processo decorra de forma expedita e não seja utilizado pelo devedor com finalidades dilatórias, e predomine uma cultura de responsabilidade e cooperação entre todos os intervenientes no processo, este poderá dar um enquadramento jurídico favorável à adoção de medidas de recuperação económica das empresas, tendo assim efeitos sociais positivos, em detrimento da respetiva liquidação das mesmas.

CAPÍTULO III – CAUSAS DE INSOLVENCIA

As causas de insolvência vêm enunciadas no artigo 3º do CIRE e são essencialmente três:

- a) O “critério geral”: impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas;
- b) A manifesta superioridade do passivo em relação ao ativo;
- c) A insolvência eminente.

a) O “critério geral”: impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas

Encontra-se em situação de insolvência “o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir a suas obrigações vencidas” (artigo 3º, n.º 1 do CIRE). Como se vê, apenas são consideradas as obrigações vencidas e não as vincendas. E só releva a impossibilidade de cumprir.

Não há impossibilidade se o devedor tem meios para cumprir mas não o faz porque contesta a existência da obrigação. A impossibilidade em causa não se confunde também com a impossibilidade objetiva que constitui causa de extinção das obrigações (artigo 790º do CC). Do que se trata, isso sim, é de não ter meios para cumprir as obrigações vencidas. Meios que o devedor não tem porque nem sequer consegue obtê-los junto de terceiros.

Em rigor, a impossibilidade de cumprir as obrigações vencidas não significa que se tenha de fazer a prova de que o devedor está impossibilitado de cumprir todas e cada uma dessas obrigações. Basta a prova de que o devedor não consegue cumprir obrigações vencidas que *demonstrem não ter possibilidade de cumprir as restantes*.⁽⁶⁾ Como se lê no sumário do Acórdão da Relação de Lisboa, de 13/07/2010, (Márcia Portela), estão em causa “as obrigações que, pelo seu significado no conjunto do passivo do devedor, ou pelas próprias circunstâncias do incumprimento, evidenciam a impotência, para o obrigado, de continuar a satisfazer a generalidade das suas obrigações”⁽⁷⁾

Mas, por outro lado, não basta que não consiga cumprir pontualmente uma parte insignificante das suas obrigações vencidas.

O cumprimento em causa é o que ocorre pontualmente. Embora o CIRE não tenha recuperado o que constava do artigo 3º, n.º 1 do CPREF, que, ao caracterizar a situação de insolvência, fazia expressa referência à impossibilidade de “cumprir pontualmente”, a melhor leitura parece ser aquela que considera que é “inerente à ideia do cumprimento a realização

(6) Exigindo que esteja em causa uma parte essencial das obrigações, tendo em conta o montante, Abreu, Coutinho de (2003), Curso de Direito Comercial, vol. I, 9ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 135. Bastando-se com “um único incumprimento desde que assuma um peso significativo no passivo do devedor”, Costeira, Maria José (2012), “A Insolvência das Pessoas Coletivas. Efeitos no insolvente e na pessoa dos administradores”, Julgar, 18, p. 162.

(7) www.dgsi.pt, Proc. 863/10.1TBALM.L1-6. Formulação muito próxima, alias, da que é fornecida por Fernandes, Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, cit. p. 85. Referindo-se a um incumprimento tal que, “no caso concreto, face ao passivo do devedor a possibilidade deste não cumprir seja manifesta”

atempada das obrigações a cumprir”⁽⁸⁾. Mas não basta a mora para haver impossibilidade de cumprir. O Acórdão da Relação de Lisboa, de 20/05/2010, identifica um conjunto de aspetos que foram considerados relevantes para se determinar a existência de uma situação de insolvência: “Deve ser considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações vencidas. A situação de insolvência da ora apelante é evidenciada pela diminuição do passivo reconhecido, sem que tenham ficado demonstrados pagamentos significativos, pela falta de informação em relação aos resultados da sua atividade, sabendo-se que não permitiram fazer face ao pagamento do passivo, e pela ausência de crédito, quer junto da banca, quer dos fornecedores. E é particularmente evidenciada pela dimensão e antiguidade do crédito da ora apelada, pelo incumprimento quase total dos dois planos de pagamento da dívida que foram acordados entre as partes, sendo que o último já teve como contrapartida a extinção da instância em anterior processo de insolvência, e ainda pela inexistência de qualquer pagamento, ou proposta de pagamento deste crédito, posterior à instauração da presente ação”.⁽⁹⁾

Acrescenta-se que o teor do artigo 30º, n.º 4 do CIRE ilustra bem a posição do devedor que não seja requerente da declaração de insolvência ao estabelecer que “cabe ao devedor provar a sua solvência, baseando-se na escrituração legalmente obrigatória, se for o caso, devidamente organizada e arrumada, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 3º”. Porém, este é um preceito que só pode ser devidamente compreendido tendo também em conta o artigo 20º, n.º 1 do CIRE, e o que é aí exigido aos requerentes que não sejam o devedor.

b) A manifesta superioridade do passivo em relação ao ativo

O critério geral enunciado no artigo 3º, n.º 1 do CIRE não parte da situação relativa do ativo e do passivo do devedor. Pelo contrário, o n.º 3 do referido artigo 3º, considera que, em certos casos, já é relevante a situação do passivo e do ativo (embora continue a poder aplicar-se o critério geral).⁽¹⁰⁾

Os casos em que se considera relevante a situação do passivo e do ativo, são aqueles em que os devedores são pessoas coletivas e patrimónios autónomos “por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta”.⁽¹¹⁾

(8) Fernandes, Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, p. 83.

(9) www.dgsi.pt, Proc. n.º 2509/09.1TBPDL-2 (Sumário elaborado pelo Relator, Desembargador Farinha Alves)

(10) Epifânio, Maria do Rosário, Manual de direito da insolvência, cit. p. 25. Para uma crítica ao artigo 3º, n.º 2, Abreu, Coutinho de (2003), Curso de Direito Comercial, vol. I, 9ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 136 e ss; Serra, Catarina, O regime português da insolvência, cit. p. 36 e ss.

(11) Admitindo que essa responsabilidade seja “assumida por via de garantia, desde que inclua a totalidade das responsabilidades”, Santos, Cassiano dos (2007), Direito Comercial Português, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, cit. p. 220

Quanto a essas pessoas e patrimónios, a lei considera que também são considerados insolventes “quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis” ⁽¹²⁾ A eventual manifesta superioridade do passivo em relação ao ativo “segundo as normas contabilísticas aplicáveis” não conduz necessariamente à existência de uma situação de insolvência. Com efeito, a lei prevê a possibilidade de uma eventual reavaliação. E dessa reavaliação, efetuada tendo em conta algumas regras especiais, pode resultar que, afinal, o ativo é superior ao passivo.

As regras especiais de reavaliação referidas são as seguintes (artigo 3º, n.º 3 do CIRE): serão considerados “no ativo e passivo os elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor”; ⁽¹³⁾ se o devedor é titular de uma empresa, “a valorização baseia-se numa perspectiva de continuidade ou de liquidação, consoante o que se afigure mais provável, mas em qualquer caso com exclusão da rubrica de trespasse; o passivo não incluirá “dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do ativo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores do devedor”.

A referência que é feita ao “justo valor” a propósito dos elementos identificáveis no ativo e passivo suscita dúvidas na doutrina.

Para João Labareda, a solução pode conduzir ao eventual benefício do infrator que viola as regras sobre organização da sua escrita. Mas não parece que assim seja. A situação de que se parte é de um passivo manifestamente superior ao ativo de acordo com “as normas contabilísticas aplicáveis”. E, portanto, sem que tenham sido violadas essas normas e sem que haja por isso infrator. ⁽¹⁴⁾

Já se defendeu que o n.º 2 do artigo 3º do CIRE tem de ser relacionado com o n.º 1. ⁽¹⁵⁾

(12) Se o passivo é manifestamente superior ao ativo, então está perdida muito mais de metade do capital social (artigo 35º, n.º 2 do CSC). Daí resulta uma dificuldade adicional: a de saber se prevalece, para os devedores sujeitos ao regime do artigo 35º, n.º 1 do CSC, o dever aí estabelecido para os gerentes e administradores relativamente à convocação de assembleia geral, ou se podem estes avançar com o requerimento de declaração de insolvência sem prévia deliberação dos sócios. Sobre o problema, Abreu, Coutinho de (203), Curso de Direito Comercial, vol. I, 9ª Ed., Coimbra, Almedina, p. 132, defendendo que o disposto no artigo 35º prevalece; no mesmo sentido, Serra, Catarina, O regime português da insolvência, p. 38. Martins, Alexandre de Soveral (2015), Um Curso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 27, afirma ter dúvidas que deva ser sempre assim tendo em conta os riscos que correm os gerentes e administradores em caso de qualificação da insolvência como culposa.

(13) Só haverá alteração relativamente ao que resulta da aplicação das normas contabilísticas aplicáveis (artigo 3º, n.º 2 do CIRE) se estas não tiverem já imposto a tomada em consideração dos elementos em causa e a utilização do justo valor como critério de avaliação.

(14) Labareda, João (2004), “O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Almedina/IDET, Coimbra, p. 32

(15) Fernandes, Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, p. 88

Contudo, a relação não é muito próxima. Se o passivo excede manifestamente o ativo, a lei considera que o risco para os credores de o devedor continuar a exercer normalmente a sua atividade é demasiado elevado. Daí o artigo 3º, n.º 2 do CIRE. Mas não se pode por isso concluir que só é manifesta a superioridade do passivo em relação ao ativo quando revelar uma qualquer probabilidade de não cumprir pontualmente no futuro as suas obrigações. Este será, certamente, um aspeto a considerar para se ver se a superioridade é ou não manifesta. Mas não é único, nem o necessário. Lembre-se, que estão em causa devedores que são pessoas coletivas e patrimónios autónomos “por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta”.

a) A insolvência iminente

Decorre do artigo 3º, n.º 4 o CIRE que se equipara “à situação de insolvência atual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência”. Como se vê, apenas o devedor pode requerer a declaração de insolvência com base na sua situação de insolvência iminente. Compreende-se que assim seja, pois de outra forma o devedor poderia ficar sujeito a pressões injustificadas. Além disso, a liberdade de iniciativa económica do devedor seria consideravelmente restringida. ⁽¹⁶⁾

Como é evidente, se estamos a falar de insolvência iminente é porque nos encontramos já perante uma ameaça. Mas não basta um medo ou pavor por parte do devedor. É preciso que se trate de uma probabilidade objetiva. Daí que seja necessário efetuar um juízo de prognose, que pode ser auxiliado pela elaboração de um estudo sobre a liquidez do devedor. Será preciso averiguar qual a probabilidade de o devedor não pagar as obrigações vencidas e as obrigações atuais não vencidas no momento em que se vencerem. Se for previsível que isso venha a acontecer, há insolvência iminente.

O artigo 3º, n.º 4 do CIRE, contudo, não indica qual é a situação atual que se equipara à de insolvência iminente. Ora, as pessoas coletivas e patrimónios autónomos que podem ser declarados insolventes nos termos do artigo 3º, n.º 2, também podem apresentar-se à insolvência. Mas poderão fazê-lo nos casos em que estão na eminência de ver o seu passivo ficar manifestamente superior ao seu ativo?

A letra da lei não o exclui. E, com efeito, não se pode afastar aquela possibilidade.

Questão também importante é a de saber se há dever de apresentação à insolvência por parte do devedor que se encontra em situação de insolvência iminente. Carvalho Fernandes e João Labareda entendem que sim. Já Alexandre de Soveral Martins entende não ser essa a melhor opção. ⁽¹⁷⁾

(16) O devedor pode apresentar um requerimento para o início de um PER quando “se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação” (artigo 17º-A, n.º 1 do CIRE)

(17) Fernandes, Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, p. 85; Martins, Alexandre de Soveral (2015), Um Curso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, p. 32

Concordamos com a posição de Alexandre de Soveral Martins. O artigo 18º, n.º 1 do CIRE dispõe que “O devedor deve requerer a declaração da sua insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência, tal como descrita no n.º 1 do artigo 3º, ou à data em que devesse conhecê-la”. A situação de insolvência relevante parece assim ser apenas a descrita no n.º 1 do artigo 3º e já não a de insolvência iminente, pois esta encontra-se prevista no n.º 4 do referido artigo 3º. Ainda que o n.º 4 equipare a insolvência iminente à insolvência atual, não é válido o argumento de que essa equiparação teria lugar para todos os efeitos, designadamente, quanto à existência de dever de apresentação à insolvência. Porquanto, o artigo 18º, n.º 1 do CIRE remete para o artigo 3º, n.º 1 do mesmo diploma de uma forma que não deixa margem para dúvidas: o dever existe nos casos em que há situação de insolvência tal como descrita no n.º 1 do artigo 3º. A forma como a descrição de insolvência é feita foi considerada determinante pela lei.

Não estando em situação de insolvência, o devedor pode não querer avançar para o processo de insolvência por pensar nas consequências que isso pode trazer para a sua imagem. E isso afastará muitos dos devedores do recurso ao processo de insolvência em caso de insolvência iminente. Tanto mais que hoje é possível recorrer ao Processo Especial de Revitalização (PER) se o devedor se encontrar comprovadamente “em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação” (artigo 17º-A, n.º 1 do CIRE) ou ao Sistema de Recuperação de Empresas por via Extrajudicial (SIREVE) também quando a empresa esteja em “situação económica difícil ou numa situação de insolvência iminente” e, até à entrada em vigor do DL 26/2015 em situação de insolvência atual (artigo 2º, n.º 1 do DL 178/2012, de 03/08) desde que preenchidos outros requisitos.

CAPÍTULO IV – A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

1- A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES ANTES DA INSOLVÊNCIA

1.1- OS DEVERES FUNDAMENTAIS

O artigo 64º do CSC elenca os deveres fundamentais que os gerentes ou administradores da sociedade devem observar.

Importa que se tente precisar o conteúdo normativo desses deveres. Assim:

a) Dever de cuidado – alínea a) do n.º do artigo 64º

O dever de cuidado (*duty of care*) começa logo no momento da aceitação das funções de administração ou gerência. É apresentado como uma atuação em que se manifeste a disponibilidade, a competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade, adequado à função do gestor em causa. Estas qualidades subjetivas são aferidas por um padrão de diligência de um gestor criterioso e ordenado. A avaliação destas qualidades é mais exigente

quando se trata de sociedades anónimas abertas admitidas à negociação em mercado regulamentado, onde a distância entre a administração e os acionistas e o público é maior. À culpa *in eligendo* (artigo 83º do CSC) deverá também contrapor-se a culpa *in acceptando*.

A operacionalidade deste dever de cuidado obriga a um prévio esforço de precisão. É possível no atual quadro do artigo 64º do CSC decantar os seguintes subdeveres de cuidado: i) dever de vigilância; ii) dever de preparar adequadamente as decisões de gestão; iii) dever de tomar decisões substancialmente razoáveis ⁽¹⁸⁾.

i) O dever de vigilância

Assume uma dupla vertente: o dever de vigilância propriamente dito (*duty of monitor*) e o dever de averiguação (*duty in inquiry*).

A obrigação de acompanhar e vigiar a atividade social não significa que o gestor deve saber tudo o que se passa no dia a dia em cada departamento e seção da sociedade. Este dever impõe aos gestores o dever de instalar sistemas adequados de vigilância e controlo da informação (*monitoring procedures*) e eventualmente realizar uma investigação quando tome conhecimento de fatos anómalos (*duty of inquiry*) e também a obrigação de obter a informação apropriada para o habilitar a tomar uma decisão ponderada (*process due care*), a qual deverá ser avaliada, por um lado, em função da complexidade, do grau de risco da decisão e, por outro lado, da urgência e necessidade da rapidez de decisão. Em suma, este dever impõe aos gestores a obrigação de se informarem relativamente à evolução económico-financeira da sociedade e de acompanharem o desempenho daqueles que exercem funções de gestão (não apenas gestores executivos ou delegados, mas também trabalhadores ou colaboradores com tais funções). Veja-se este propósito o artigo 407º, n.º 1 do CSC, relativamente ao dever de vigilância dos administradores não executivos sobre a atuação dos administradores delegados ou daqueles que pertençam à comissão executiva. Note-se que a vigilância deverá também ser exercida pelos administradores executivos com relação à atividade dos demais administradores executivos e, em geral, à de todos aqueles que exerçam funções de gestão.

No que respeita à obtenção da informação, este dever implica uma de duas coisas: ou que o gestor a adquira pelos seus próprios meios ou, alternativamente, que a solicite de terceiros, designadamente de outros departamentos da estrutura societária.

A obrigação de conhecimento efetivo da atividade da sociedade implica que recaia sobre os gestores o dever de averiguar e investigar quaisquer fatos ou situações que sejam suscetíveis de acarrear um dano à sociedade. Importa referir, uma vez mais, o artigo 407º, n.º 8 do CSC responsabiliza os administradores não executivos pelos prejuízos causados por atos

(18) Lourenço, Nuno Calaim (2011), “Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule”, Almedina, p. 17.,

O Autor não se afasta da nomenclatura proposta por Coutinho de Abreu que propõe a seguinte ordenação: i) deveres de controlo ou vigilância organizativo-funcional; ii) dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões); iii) dever de tomar decisões substancialmente razoáveis. Cfr. Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2007), “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, Coimbra, Almedina, p. 19.

ou omissões dos administradores executivos quando tenham conhecimento de tais atos, ou do propósito de os praticar, e não provoquem a intervenção do conselho de administração para tomar as medidas adequadas. Daqui pode extrair-se um princípio mais geral que obriga o gestor a participar ao órgão societário competente qualquer irregularidade com que se depreenda revelar a disponibilidade e o conhecimento da atividade da sociedade.

ii) O dever de preparar adequadamente as decisões de gestão

Este dever implica que o gestor proceda à recolha e ao tratamento da informação em que assentará a futura decisão empresarial. É um dever que vincula os gestores a obterem as informações que se reputem necessárias e adequadas à tomada de uma decisão conscienciosa. Na opinião de Paulo Câmara “o dever de recolha da informação tem como corolário o direito a estar informado sobre os negócios e a atividade da empresa.”⁽¹⁹⁾

Questão diversa é a da *razoabilidade* da exigência de recolha de informação que não esteja imediatamente disponível e ao alcance do gestor. Parece-nos que esta razoabilidade dependerá, essencialmente, das circunstâncias que, em concreto, rodeiem a tomada de decisão, mormente a importância da mesma, o tempo de que se dispõe para decidir ou o seu custo de obtenção.

Poderá ser necessária a preparação de estudos, o recurso a consultores externos para a preparação e tratamento da informação ou a presença de trabalhadores ou outros colaboradores nas reuniões do conselho de administração para prestação de esclarecimentos ou informações relacionadas com a futura decisão. Por outro lado, e sempre que o órgão administrativo seja colegial, parece-nos atendendo à necessidade de se alcançar uma decisão coletiva informada, que o “homework” desenvolvido individualmente por cada um dos seus membros deverá ser previamente partilhado com os demais administradores que venham, no decurso dessa reunião, a pronunciar-se sobre a adoção da decisão.

Este dever procedimental de preparação da decisão traduz uma obrigação de resultados e não de meios. O gestor responderá para com a sociedade pelos danos emergentes de quaisquer decisões que, se houvessem sido preparadas com informação razoavelmente disponível, não teriam sido tomadas. Uma outra questão é a do gestor tomar uma decisão com base em informação errada fornecida pelos seus colaboradores.

Sendo certo que cabe ao gestor a obrigação de efetuar uma apreciação crítica sobre a informação que lhe é prestada, tendo, portanto, a oportunidade de ignorar toda aquela que considere errada ou impertinente, cremos que, salvo a existência de qualquer suspeita ou indício sobre a sua veracidade e/ou qualidade, lhe será lícito confiar nos elementos fornecidos pela sua equipa. A questão da responsabilidade deslocar-se-á, nesta hipótese, para a esfera dos seus colaboradores.

As decisões que respeitem ao dever procedimental de obtenção prévia de informação poderão, verificados os demais requisitos do n.º 2 do artigo 72º do CSC, ficar isentas de

(19) Câmara, Paulo (2008), “O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais” in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Coimbra, Almedina, p. 31

responsabilidade civil, ainda que, posteriormente, se venham a revelar adversas aos interesses societários, como se verá adiante.

A BJR não obriga, forçosamente, a uma estruturação do processo deliberativo, mas a recolha, preparação e fundamentação da decisão poderá mais facilmente justificar a exclusão de responsabilidade que a norma visa operar.

iii) O dever de tomar decisões substancialmente razoáveis

A efetiva prossecução do interesse social implica que aos gerentes seja reconhecida uma margem de autonomia e discricionariedade na tomada de decisões empresariais.

A atividade de administração é arriscada e frequentemente exercida em cenários de incerteza e volatilidade. O gestor é confrontado, amiúde, com conjunturas incertas, com múltiplas alternativas de decisão, com escolhas complexas e com um sem número de variantes de que não raras vezes sugerem uma contradição de possíveis soluções.

A questão da razoabilidade conteúdo decisório pode, por conseguinte, ser mais ou menos difusa. Não o será, certamente quando a decisão do gestor for vinculada ao cumprimento de um dever específico legal, contratual ou estatutário. Não haverá, nessa hipótese, qualquer margem de discricionariedade e a decisão substancialmente razoável será aquela a que a lei, o contrato ou o estatuto o obriguem. Não se olvide, todavia, que a esmagadora maioria das decisões de gestão têm como pano de fundo aquela mesma incerteza e volatilidade. A verdadeira arte deste ofício radica na capacidade de, não obstante, conseguir fazer frutificar os meios de que a sociedade dispõe e promover a criação de riqueza para os sócios. Num cenário de múltiplas alternativas possíveis a decisão razoável será, por excelência, aquela que melhor satisfizer o interesse da sociedade. Não se pense, contudo, que o gestor será responsabilizado sempre que não opte pela melhor solução: ele será responsabilizado quando essa solução não for de todo compatível com os interesses societários.

Sendo aferida pela bitola do interesse social, a decisão razoável implicará, pelo menos, duas obrigações: a) a obrigação de não delapidar o património da sociedade; e, b) a obrigação de não incorrer em riscos desmedidos.

O gestor delapida ilicitamente o património da sociedade quando adquire onerosamente um bem ou serviço que se revele sem qualquer valor patrimonial e inútil ao escopo da atividade da empresa.

O gestor corre riscos desmedidos quando a sua decisão possa irreparavelmente comprometer a subsistência financeira da sociedade. Como refere Coutinho de Abreu "a sociedade não deve poder perecer por causa de uma só decisão falhada".⁽²⁰⁾ Impõe-se ao gestor uma ponderação prévia das consequências económicas em caso de frustração dos objetivos prosseguidos pela decisão. Assim, por exemplo, viola o dever de tomar decisões razoáveis o gestor que aplique a quase totalidade dos recursos financeiros da empresa na

(20) Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2007), Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, Coimbra, Almedina, p. 22

modernização das suas instalações, e que fique, por essa razão, impedido de fazer face aos pagamentos das despesas correntes *máxime* dos salários dos trabalhadores, das faturas dos fornecedores, etc.

Este sub-dever de tomar decisões substancialmente razoáveis encontra eco no artigo 64º, n.º 1, alínea a) do CSC quando aí se refere à “competência técnica” do gestor. O gestor tecnicamente competente saberá, certamente, fazer uma avaliação global da dimensão económico-financeira da sociedade e gerir os seus recursos de forma equilibrada, prudente e racional, designadamente não delapidando o património social e/ou não correndo riscos desmedidos.

Coutinho de Abreu desdobra o dever de cuidado nos seguintes deveres: (a) dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional; (b) dever de atuação procedimentalmente correta (para tomada de decisões) e (c) o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis.”⁽²¹⁾

O dever de controlo implica a obrigação de instituir mecanismos adequados de recolha e preparação de informação necessária para o acompanhamento da atividade social, avaliação dos riscos e a tomada de decisões.

O dever de atuação procedimentalmente correta significa que os administradores devem preparar as decisões tendo em atenção a informação disponível e a importância das decisões.

O dever de tomar decisões razoáveis impõe um critério de racionalidade empresarial na tomada das decisões de gestão, conforme, aliás, também resulta da parte final do artigo 72º, n.º 2 do CSC.

De qualquer forma, não são obrigações de resultado, mas obrigações de meios, isto é do modo como devem ser desempenhadas as funções.

Há uma separação do conteúdo do dever fiduciário (disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade) do esforço exigido para o seu cumprimento (empregar diligência de um gestor criterioso e ordenado). O primeiro revela-se como fator determinante da ilicitude da atuação do gestor, o segundo importa em sede de culpa. A diligência, como medida daquele esforço, permitirá graduar o juízo de censurabilidade pessoal do gestor, isto é, a diligência é consagrada no preceito como critério de apreciação da culpa e não como dever autónomo de conduta.

Por fim, trata-se de um critério não taxativo destes três comandos.

b) O dever de lealdade

O artigo 64º, n.º 1, alínea b) dispõe que os gestores devem observar “*deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.*”

(21) Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, “Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social”, pp. 20 e ss

O comando normativo parece inequívoco: o gestor é obrigado a efetuar uma gestão adequada das situações de conflito de interesses em jogo, dando primazia ao interesse da sociedade. A conduta desleal é, pois, aquela que promove ou potencia, de forma direta ou indireta, situações de benefício ou proveito próprio do gestor (ou do seu grupo de influência ou familiares), em prejuízo do conjunto dos interesses diversos da sociedade, dos sócios,⁽²²⁾ dos trabalhadores, clientes, credores e demais sujeitos potencialmente afetados pelas decisões societárias.⁽²³⁾

A formulação legal deste dever é algo genérica. Consequentemente, a doutrina tem vindo a desenvolver um esforço de precisão e concretização, formulando alguns sub-deveres que pretendem entroncar diretamente naquele primeiro mandamento. É defendido que o gestor: i) deve agir corretamente quanto contrate com a sociedade; ii) deve abster-se de entrar em concorrência com a sociedade; iii) não deve aproveitar-se, em benefício próprio, de oportunidades de negócio da sociedade, de meios ou de informação privilegiada a que tenha acesso por virtude do exercício das suas funções. Os dois primeiros sub-deveres têm disciplina legal no CSC, considerando-se, por conseguinte, como deveres específicos legais de execução vinculada.

i) Negócios celebrados com a Sociedade

Os administradores das sociedades anónimas não podem celebrar certos negócios com a sociedade, sob pena de nulidade. Nos termos do artigo 397º, n.º 1 do CSC “é proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês”. Esta proibição é extensível aos administradores executivos (artigo 428º do CSC) e aos membros do conselho geral e de supervisão (artigo 445º

(22) O preceito refere-se aos “*interesses de longo prazo dos sócios*”. Segundo Nuno Calaim Lourenço, “importa precisar o sentido hermenêutico da expressão. O texto da lei pretende subalternizar, ou mesmo desconsiderar, os interesses dos sócios de curto prazo, isto é, daqueles cuja efémera participação no capital social da empresa apenas serve propósitos de mera especulação financeira. Falamos, pois dos investidores-acionistas (v.g. *day-traders*) preocupados apenas com fatores de rentabilidade a curto prazo, muitas vezes numa base diária.” (Cf. Lourenço, Nuno Calaim (2011), “Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule”, Almedina, p. 23, nota 26.

(23) Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, a expressão “(...) outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade (...)”, refere-se aos *stakeholders*. O professor oferece uma definição de *stakeholders* como sendo “as pessoas, grupos organizações ou instituições que têm um especial interesse na sociedade porque podem afetar ou ser afetados pelos seus atos, comportamentos ou estratégias” (cf. Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), “Responsabilidade Civil dos Gestores Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Março 2009, Ano I, Vol. 1, Coimbra, Almedina, p. 20, nota 15). O autor manda atentar na *ratio legis* e alerta para o eventual equívoco decorrente de uma mera interpretação literal da expressão legal. A categoria de *stakeholders* abrangerá, assim, não só as pessoas que sejam relevantes para a sustentabilidade da sociedade, mas também “*aquelas para cuja sustentabilidade a sociedade desempenhe um papel relevante.*”

n.º 1 do CSC) nas sociedades com estrutura dualista, bem como aos membros do conselho de auditoria (artigo 423º do CSC) nas sociedades organizadas de **acordo com o modelo anglo-saxónico**. No n.º 2 do referido artigo 397º encontram-se as situações em que os negócios celebrados entre o administrador e a sociedade dependem de aprovação do órgão a que o administrador pertence e de parecer favorável do órgão de fiscalização: “são nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por interposta pessoa, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal.” Por “interposta pessoa” entende-se aquela que se encontre sob o domínio de influência do administrador.

A celebração de negócios será livre quando se enquadrem no próprio comércio da sociedade e deles não resultem vantagens especiais para o administrador (cfr. artigo 397º, n.º 5 do CSC). O administrador poderá, por exemplo, adquirir um bem produzido pela sociedade, desde que as condições acordadas (preço, tempo de pagamento, garantias, etc.) sejam equivalentes àquelas que a sociedade costuma praticar nas vendas a retalhistas.

Estas proibições deverão, por analogia, considerar-se extensíveis a outros tipos de sociedades.

ii) Dever de não concorrência

Os gestores não devem exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da sociedade, salvo se para tal estiverem devidamente autorizados (artigo 254º, n.º 1 do CSC, para os gerentes de sociedades por quotas e artigos 398º, n.º 3 e 428º do CSC, para os administradores de sociedades anónimas).

Para as sociedades por quotas, o artigo 254º, n.º 2 do CSC estabelece o seguinte: *“Entende-se como concorrente com a da sociedade qualquer atividade abrangida no objeto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios.”* A delimitação do conceito de *“atividade concorrente”* deverá ter por referência a atividade que é efetivamente exercida pela sociedade dita concorrida, independentemente de esta poder ou não extravasar o seu objeto social, e a atividade que esta planeie exercer no futuro.

Discute-se a questão de saber se a prática de um ato isolado de concorrência é suficiente para se considerar o dever infringido. Para Nuno Calaim Lourenço “a resposta dependerá, essencialmente, do tipo de atividade desenvolvida pela sociedade. Certamente que consubstanciará uma violação deste dever o ato isolado que inviabilize um contrato de uma sociedade que se dedique, exclusivamente, à promoção de um único evento por cada semestre do ano (v.g. a organização de um concerto). Salvo melhor doutrina, cremos que nestes casos se poderá atender a um critério de proporcionalidade e de repercussão económica na esfera da sociedade concorrida. Ainda que o ato isolado possa, objetivamente, traduzir uma violação deste dever, cremos que o mesmo só deverá ser atendível, para efeitos de responsabilidade ou destituição, quando o dano que cause se individualize e ganhe uma

expressão que seja digna de relevo no património da sociedade concorrida.”⁽²⁴⁾ Note-se, todavia, que os atos isolados violarão sempre o dever de lealdade quando se traduzam num aproveitamento indevido de oportunidades de negócios da sociedade.

A atividade concorrente será exercida por conta própria quando em nome e no interesse do gestor (pessoalmente ou por representante). O n.º 3 do artigo 254º do CSC opera uma extensão do exercício por conta própria a casos de participação em sociedades. O preceito esclarece que “no exercício por conta própria inclui-se a participação, por si ou por interposta pessoa, em sociedade que implique a assunção de responsabilidade ilimitada pelo gerente, bem como a participação de, pelo menos, 20% no capital ou nos lucros da sociedade em que ele assuma responsabilidade limitada.” A ideia base do preceito é, pois, a do controlo da sociedade concorrente. Note-se que uma participação social de 20% permite, frequentemente, o controlo de uma sociedade anónima de capital aberto.

Exerce atividade concorrente “por conta alheia” o gestor que atua por conta e no interesse de um terceiro (v.g. comissão comercial). Enquadra-se aqui, fundamentalmente (mas não exclusivamente), a situação do gestor que exerce paralela e simultaneamente, cargos de administração em duas ou mais sociedades concorrentes.

O exercício de atividade concorrente pode ser autorizado por deliberação dos sócios (artigos 254º, n.º 1 e 398º, n.º 3 do CSC) ou do conselho geral e de supervisão (artigo 428º do CSC).

iii) Deveres de não apropriação de oportunidades de negócio da sociedade

A oportunidade de negócios pertencerá à sociedade quando a esta lhe seja especialmente dirigida a proposta contratual; quando a sociedade se encontre em negociações a respeito dessa proposta; quando a sociedade manifeste, *in concreto*, interesse relevante na conclusão do negócio, ou quando a oportunidade possa objetivamente interessar à sociedade (v.g. a compra de um terreno que sirva os propósitos manifestados de instalação de uma nova unidade fabril).

A oportunidade de negócio será ainda societária quando o gestor dela tomar conhecimento *por força ou ocasião* do exercício das suas funções. Note-se que pouco importará por que forma ou em que momento é que o gestor toma conhecimento da oportunidade. O administrador pode conhecê-la, inclusivamente, quando esteja no gozo de férias ou de fim de semana. O que interessa é que a oportunidade se apresente ao gestor por razão exclusiva do seu estatuto profissional. A oportunidade só não será societária quando for dirigida apenas à pessoa do gestor, desconsiderando o cargo e posição por este ocupado. Será o caso, por exemplo, de o proponente querer negociar com o gestor por este ser seu conhecido ou familiar.

A apropriação indevida da oportunidade de negócio poderá envolver a violação do dever de não concorrência quando implique o exercício de uma atividade que esteja

(24) Lourenço, Nuno Calaim (2011), “Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule”, Coimbra, Almedina, p. 25.

compreendida no objeto social da sociedade concorrida, de atividade que esteja, não obstante, efetivamente a exercer, ou que planei vir a exercer (neste último caso parece ser de exigir que o gestor tenha conhecimento desses planos). A apropriação poderá ser o resultado de um ato isolado, caso em que serão válidas as mesmas considerações.

O dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias pode também ser infringido quando o gestor celebre um negócio que lhe seja vantajoso com utilização de informação privilegiada, de património ou de pessoal da sociedade. Integram-se aqui, em primeiro plano, as situações em que o conhecimento da oportunidade de negócio resulta do acesso a informações privilegiadas obtidas por força do exercício de funções. Considera-se informação privilegiada aquela que é reservada e se encontra fora do domínio do conhecimento público (v.g. informação sobre clientes, sobre projetos empresariais). Pode também suceder que o negócio do gestor seja possibilitado pela utilização do pessoal e do património da sociedade. Esta situação será, todavia, lícita se houver acordo com a sociedade e o gestor se encontrar na disposição de pagar pelos serviços e bens disponibilizados.

O aproveitamento de oportunidades pode ser consentido pela sociedade. Aplicar-se-á por analogia, o regime de consentimento social relativo ao dever de não concorrência (artigos 254º, 398º, n.º 3 e 428ª do CSC).

1.2- A RESPONSABILIDADE CIVIL E A BUSINESS JUDGMENT RULE

Após análise dos deveres a que os gerentes e os administradores estão obrigados pelo exercício das suas funções, passemos a analisar as situações em que há responsabilidade civil por parte dos mesmos para com a sociedade.

No título I do CSC, o capítulo VII, intitulado “Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade”, formado pelos artigos 71º a 84º, incorpora, de modo sistematizado, as disposições principais em matéria de responsabilidade civil dos gestores. Este sistema de responsabilidade (que o artigo 81º manda aplicar também “a outras pessoas a quem sejam conferidas funções de administração”) assenta em três pilares fundamentais: (i) a responsabilidade para com a sociedade; (ii) a responsabilidade para com os credores sociais e (iii) a responsabilidade para com os sócios e terceiros por danos a estes diretamente causados.

O artigo 72º, n.º 1 do CSC consagra o princípio da responsabilidade dos gestores para com a sociedade pelos danos a esta causados com preterição dos deveres legais e contratuais, estabelecendo uma *presunção de culpa*. Com efeito, o preceito esclarece que a responsabilidade dos gestores subsistirá “salvo se provarem que procederam sem culpa.” Percebe-se a razão de ser desta presunção (aplicável igualmente ao órgão de fiscalização – artigo 81º do CSC): é a regra de Direito Comum (artigo 799º, n.º 1 do CC). Note-se que a responsabilidade dos membros da administração para com a sociedade reveste natureza

contratual: é o que “decorre do contrato de sociedade e do contrato de gestão”.⁽²⁵⁾ Para este efeito, é pouco relevante saber se essa relação jurídica tem subjacente um contrato de mandato, de prestação de serviços, de trabalho, de “administração”, ou até um negócio jurídico unilateral. Em qualquer caso, a responsabilidade será sempre obrigacional.

Caberá aos gestores demandados ilidir a presunção legal de culpa, demonstrando que o ato de gestão foi praticado com o cuidado e com a diligência de um gestor criterioso e ordenado (artigo 64º, n.º 1 do CSC). Caso o gestor logre esta prova, a responsabilidade para com a sociedade não ocorrerá por falta de culpa, apesar da ilicitude cometida (violação de um dever legal, contratual ou estatutário protetor do interesse social).

O n.º 2 do artigo 72º do CSC estabelece que “a responsabilidade é excluída se o administrador provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”. O texto legal acolhe uma formulação daquilo a que os tribunais norte americanos designam de *business judgment rule*: uma regra de atuação judicial, criada jurisprudência estadunidense no início do século XIX,⁽²⁶⁾ e que visa, essencialmente, reconhecer ao gestor um espaço de imunidade jurídica pelos atos de administração, assim, salvaguardando a autonomia e a margem de discricionariedade no processo decisório. O sentido fundamental da regra é o de tornar insindicáveis as decisões empresariais que tenham sido tomadas em termos informados e sem conflitos de interesses. Verificados que estejam estes pressupostos, e ainda que a decisão adotada acabe por revelar-se danosa aos interesses da sociedade, o gestor é eximido de qualquer responsabilidade.

Note-se que o objetivo último da regra é o de procurar evitar que, no processo de determinação de infrações aos deveres de cuidado, as decisões empresariais sejam substituídas por opiniões de juízes tomadas *a posteriori*.

Nos EUA, as formulações desta regra variam e a sua interpretação está longe de se considerar inequívoca. Segundo Brainbridge, coexistem na jurisprudência norte-americana, duas conceções distintas da regra. A primeira entende a *business judgment rule* como um *standard of liability*, isto é, como uma regra de conduta cuja infração apresenta-se como requisito de responsabilidade ou da possibilidade de um juízo de responsabilidade. Ao tribunal impõe-se, pois, uma prévia avaliação substantiva do ato de gestão (o autor refere, como paradigmático desta conceção, o caso *Cede & Go v. Technicolor, Inc., de 1993*). A segunda vê a regra como uma doutrina de abstenção, nos termos da qual os tribunais se coíbem de pronunciar sobre o mérito substantivo da decisão sempre que a presunção de boa fé não seja

(25) De acordo com a regra geral da responsabilidade aquiliana (artigo 487º, n.º 1 do CC), não haverá qualquer presunção de culpa nas hipóteses de responsabilidades para com credores sociais (artigo 78º do CSC) ou para com sócios e terceiros (artigo 79º do CSC).

(26) A sua origem é fixada numa decisão de 1829 do *Louisiana Supreme Cour*, no caso *Percy vs Millaudon*. Cf. Block, Denis J./Nancy E. Barton /Stephen A. Radin, *The business Judgment Rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors, Volume I, 5ª Edition, Aspen Law & Business, New York, 1998, p. 9.*

ilidida pelos queixosos (o autor descreve esta conceção por referência ao caso *Schlensky v. Wrigley, de 1968*).⁽²⁷⁾

Note-se que se trata de uma regra de origem jurisprudencial num país que não conhece uma verdadeira codificação do Direito Comercial. Sem prejuízo, são tidas como paradigmáticas as fórmulas dos Estado de Delaware e do *American Law Institute*, esta última constante do §4.01 dos Principles of Corporate Governance.⁽²⁸⁾

A primeira consagra a “presunção de que ao tomar uma decisão empresarial o gestor da sociedade atuou informadamente, de boa fé e na honesta crença de que agia no melhor interesse da sociedade”. Já na expressão do *American Law Institute*, “um administrador que toma uma decisão sobre o negócio de boa fé cumpre o seu dever (...) se o administrador não tem qualquer interesse na matéria da decisão relativa ao negócio; está informado com respeito a essa matéria na extensão em que o administrador acredita razoavelmente ser apropriado segundo as circunstâncias; e racionalmente acredita que a decisão é tomada no melhor interesse da sociedade”.⁽²⁹⁾

(27) Brainbridge, Stephen M., “*The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*”, University of Califórnia, Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series, Research Paper n.º 03-18, pp. 1-50 (pp. 6 e ss) disponível em <http://www.ssrn.com> e Eisenberg, Melvin A., “*Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto Americano*” in *Giurisprudenza Commerciale* 19(4), 1992, pp. 621 e ss. No mesmo sentido Brandson, Douglas M., “*The rule that isn’t a rule – The Business Judgement Rule*”, in *Valparaíso University Law Review*, Vol. 36, 2002, pp. 631-651 (p. 634), disponível em <http://www.ssrn.com>.

(28) A enunciação da regra consta da alínea c) daquela seção, segundo a qual “*A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty this Section if the director or officer: (1) is not interest in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation*”.

(29) A redação é oferecida pela sentença do Supremo Tribunal de Justiça de Delaware no caso *Aronson v. Lewis, de 1984*. Aí se lê: “*The business judgment rule (...) is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basics, in good faith and in honest belief that the action taken was in the best interest of the company (...) absent an abuse of discretion, that judgment will be respect by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption (...) protection can be claimed by disinterested directors whose conduct otherwise meets the test of business judgment rule. From the stand point of interest, this means that directors can neither appear on both sides of a transaction nor expect to derive any personal financial benefit from it in the sense of self dealing, as opposed to a benefit which devolves upon the corporation or all stockholders generally (...). To invoke the rule’s protection directors have a duty to inform themselves, prior to making business decision, of all material information reasonably available to them. Having become so informed, they must then act with requisite care in the discharge of their duties. While the Delaware cases use a variety of terms to describe the applicable standard of care, our analysis satisfies us that under the business judgment rule director liability is predicated upon concepts of gross negligence (...).*”

Segundo Branson, a diferença fundamental entre as duas fórmulas radica no fato de no Delaware a *business judgment rule* se configurar como uma presunção de ilicitude, cabendo à sociedade queixosa, por conseguinte, o ónus da prova dos fatos que a ilidam. Contrariamente, na versão do American Law Institute só se iliba o gestor de uma apreciação do mérito da sua administração quando ele logra fazer a prova dos requisitos colocados pela referida regra.⁽³⁰⁾

De uma forma ou de outra, o êxito da filosofia subjacente à regra acabou por inspirar a atividade legislativa de outros países.

Como bem nota o Professor Carneiro da Frada, o sucesso da BJR explica-se “*tendo em conta a função que serve a forma como a desempenha*”.⁽³¹⁾

Como já referido anteriormente, a atividade de gestão empresarial é desenvolvida frequentemente em cenários de incerteza e de risco. A conjuntura é volátil e não existem ensinamentos seguros. As alternativas que se oferecem ao gestor são várias e nem sempre a escolhida é a que melhor serve os interesses da sociedade e dos seus sócios. Uma decisão com maus resultados pode ser uma excelente decisão ao momento da sua prolação. A dificuldade passa, essencialmente, pela circunstância de não existirem modelos de conduta profissional suficientemente definidos que permitam tomar decisões arriscadas. São estas, amiúde, que mais frutificam o património social e que estão na base da criação de maior riqueza. A assunção de riscos decorre do carácter criativo e inovador que se exige da atividade económica empresarial. Nas palavras de Buxbaum: “*it is prudent to take risks and imprudent not to do so*”.⁽³²⁾ Importa, pois, encorajar pessoas de capacidade e intelecto a tomarem a dianteira de projetos empresariais que se pretendam arrojados e competitivos. Note-se, todavia, que nenhum gestor terá especial predisposição em assumir riscos quando a sua atuação esteja invariavelmente sujeita ao escrutínio judicial e aos abusos chantagistas de alguns acionistas. É legítimo que o gestor receie um controlo judicial *ex post*, particularmente quando dos seus atos advenham resultados menos positivos. A este receio não será de todo alheia a constatação de que os juízes não possuem formação específica que lhes permita, com rigor, levar a cabo um juízo de oportunidade e adequação em relação às decisões empresariais adotadas.

A *business judgment rule* surge, assim, como um “porto seguro” para os gestores, permitindo delimitar um espaço de autonomia livre de responsabilidade. Assenta no reconhecimento de que o dever de boa administração traduz uma obrigação de meios e não de

(30) Branson, Douglas M., “*The rule that isn't a rule – The Business Judgment Rule*”, in *Valparaíso University Law Review*, Vol. 36, 2002, pp. 631-651 (p. 635), disponível em <http://www.ssrn.com>.

(31) Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores” in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Coimbra, Almedina, pp. 61-102 (p. 80).

(32) Buxbaum, Richard M. (1991), “The Duty of Care and the Business Judgment Rule in American Law – Recent Developments and Current Problems”, in *Die Haftung der leitungsorgane von Kapitalgesellschaften* 79, Baden-Baden, p. 81.

resultado, e que mesmo gestores bem intencionados, informados e livres de conflitos, podem, por vezes, tomar decisões que, analisadas *a posteriori*, se consideram lesivas o interesse social. É este, aliás, o entendimento do próprio artigo 64º, n.º 1, alínea a) do CSC. Repare-se que o preceito não vincula o gestor a obtenção de resultados, impondo-lhe, tão somente, um mero dever de cuidado na condução dos negócios societários. Esse cuidado concretiza-se na disponibilidade, na competência e conhecimento adequado da atividade societária. A *business judgment rule* segue na esteira deste raciocínio, cingindo o controlo da atividade empresarial aos aspetos formais e procedimentais da gestão, isto é, ao modo de administrar. Verificados que sejam os pressupostos que a regra prescreve – atuação informada, racional e desinteressada – a atividade torna-se insindicável, passando o gestor a gozar de uma presunção inilidível de ter satisfeito os deveres de cuidado.

Em resumo, a *business judgment rule* aplica-se exclusivamente a decisões de gestão e aplica-se apenas quando haja margem de discricionariedade e autonomia, ou seja, num contexto de liberdade de escolha não pode haver uma obrigação de não cometer erros ou de tomar sempre as decisões mais adequadas ou convenientes. Só neste contexto se pode admitir a desresponsabilização do gestor em caso de danos causados à sociedade gerida.

Se a *business judgment rule* se estrutura por referência ao dever de bem administrar, este dever é apenas válido perante a sociedade a quem o gestor se encontra juridicamente vinculado pelo contrato de gestão. Apenas ela o pode invocar. Pelo que, sócios, credores ou terceiros não têm legitimidade para, na prossecução dos seus próprios interesses, reclamar do gestor um comportamento informado, isento de interesse pessoal e empresarialmente racional.

É certo que perante estes sujeitos o gestor se encontra adstrito ao cumprimento de determinados deveres, contudo, tratam-se, na sua maioria, de deveres específicos sem autonomia no cumprimento (deveres legais ou contratuais). Carneiro de Frada fala ainda de deveres de boa fé e lealdade sempre que estabeleçam um relacionamento específico com o gestor.⁽³³⁾

O artigo 78º, n.º 1 do CSC dispõe que “os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa de disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.” O que está aqui é causa é a violação de normas de proteção como, por exemplo, os artigos 6º (capacidade da sociedade); 32º (limite de distribuição de bens aos sócios); 218º (constituição de reserva legal); 236º (amortização de quota); 317º, n.º 4 (entrega de bens sociais como contrapartida de aquisição de ações próprias).

Por sua vez, o artigo 79º do CSC estabelece que “os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com sócios e terceiros pelos danos que

(33) Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores” in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Coimbra, Almedina, pp. 61-102 (p. 80).

diretamente lhes causarem no exercício das suas funções.” O preceito consagra uma responsabilidade de tipo “comum”, derivada da infração de direitos subjetivos absolutos ou de normas de proteção do sócio ou de terceiro. Também aqui se trata de violação de deveres de execução vinculada, não havendo, normalmente, espaço de discricionariedade. Repare-se que, neste caso, o gestor só responde pelos danos diretamente causados aos lesados. Excluem-se os danos reflexos, derivados de dano sofrido pela sociedade. Obviamente que, havendo prejuízo para a sociedade, haverá, em princípio, prejuízo para os sócios e terceiros, mas neste caso têm cabimento as ações sociais de responsabilidade (artigos 75º e ss do CSC) e ações sub-rogatórias de credores sociais, não as ações do artigo 79º do CSC. O gestor responderá apenas para com a sociedade.

Para Coutinho de Abreu e Nuno Calaim Lourenço, as remissões para o artigo 72º, n.º 2 do CSC devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas, nos casos em que os credores se sub-rogam à sociedade (artigo 78º, n.º 2 do CSC).⁽³⁴⁾

1.3- O ARTIGO 72º, N.º 2 DO CSC COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A *business judgement rule* pode ser entendida de duas maneiras distintas.

De acordo com a primeira interpretação, a *business judgement rule* apresenta-se como uma regra de conduta que concretiza ou densifica o conteúdo dos deveres dos gestores, particularmente na vertente do dever de cuidado. Neste sentido a *business judgement rule* complementa a definição positiva do artigo 64º do CSC, esclarecendo-se que a atuação do gestor deve ser bem informada, independente e racional. A infração desta regra configura-se como requisito de responsabilidade, cabendo à sociedade lesada o ónus de prova sobre os fatos que integram a violação destes deveres e do dano sofrido. Esta construção assenta numa presunção de ilicitude da atuação do gestor, aceitando-se, *a priori*, que este observou, pelo menos, o procedimento exigido pela lei (conteúdo mínimo do dever de boa administração) – uma decisão informada, racional e isenta de interesse pessoal. A decisão torna-se insindicável quando é de interesse pessoal. A decisão torna-se insindicável quanto à sua substância e razoabilidade sempre que a sociedade não consiga ilidir esta presunção “procedimental”.

Na segunda interpretação, a *business judgement rule* configura antes uma causa de exclusão de responsabilidade. É o caso do artigo 72º, n.º 2 do CSC. O gestor é ilibado de uma apreciação de mérito sobre a sua decisão apenas quando logre fazer prova dos requisitos prescritos pela regra. À sociedade lesada incumbirá uma prova meramente indiciária da violação daqueles deveres. Contrariamente ao que sucede com a primeira interpretação, é sobre o gestor que recai o risco e a consequência do não esclarecimento judicial da questão de

(34) Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2007), in Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, Coimbra, Almedina, p. 19; Lourenço, Nuno Calaim (2011), “Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule”, Almedina, p. 38.

saber se houve ou não cumprimento daqueles requisitos.

A diferença entre estes dois entendimentos é substancial, sendo o primeiro o que mais privilegia a autonomia e a liberdade do gestor.

Com efeito, sempre que subsista a dúvida sobre se este atuou ou não de forma informada, desinteressada ou racional, a sua responsabilidade decairá, prevalecendo a presunção.

É esta a configuração adotada pelos tribunais de Delaware e a que melhor se coaduna com o sentido histórico e teleológico da regra.

Note-se, porém, que não existe qualquer correspondência ou simetria entre a fórmula norte-americana e a que consta do artigo 72º, n.º 2 do CSC.

Em Portugal, a doutrina diverge relativamente à questão de saber se a *business judgment rule* se configura como uma causa de exclusão de ilicitude ou de exclusão de culpa, pese embora, a larga maioria converge claramente para uma cláusula de exclusão da ilicitude.

Pedro Pais de Vasconcelos, considera que a BJR assume no ordenamento jurídico português uma posição clara e inequívoca de exclusão da responsabilidade do administrador por via da ilicitude da conduta. Para tanto apresenta três argumentos: (1) em primeiro lugar porque o n.º 2 do artigo 72º do CSC terá sempre que ser interpretado à luz da disposição plasmada no artigo 64º do mesmo diploma, na medida em que este dispositivo contém em si mesmo uma “norma percetiva com um claro conteúdo prestacional”, uma vez que é nesta norma que estão consagrados os dois grandes deveres fiduciários dos administradores para com a sociedade: o dever de cuidado e o dever de lealdade; (2) em segundo lugar, porque a dicotomia diligência/negligência, não é de aceitar, uma vez que a diligência pode ser “entendida em sentido subjetivo como a tensão da vontade para o cumprimento do dever, em sentido normativo como o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento desse dever e em sentido objetivo como o grau de esforço necessário para atingir certo fim, independentemente de se saber se este é devido e sem referência a nenhuma pessoa concreta.” Qual o sentido que deve ser dado à diligência para apreciação da conduta do administrador? Quando o dever de comportamento é indeterminado e a sua determinação é feita em função do fim (como é o caso do dever do administrador) a diligência “contribui para a determinação do próprio conteúdo do comportamento devido, o que não se reporta ao aspeto subjetivo da culpa, mas sim, ao aspeto objetivo da omissão do comportamento devido”, isto é, à licitude ou ilicitude do administrador; (3) em terceiro lugar, não há razões para interpretar a BJR como uma referência, ainda que indireta, ao dever de diligência, tal como é normalmente acolhido no direito civil. O que se encontra contido no n.º 2 do artigo 72º do CSC, são dois deveres fiduciários *duty of care* e *duty of loyalty*, tal qual se encontram consagrados na sua origem (Delaware). É fundamental ter presente que o âmbito da BJR se resume ao campo da discricionariedade que o administrador possui, cabendo-lhe responder perante a sociedade. Trata-se “de gestão de interesses e bens alheios, em que, a

diligência é definidora do cumprimento devido e, com tal, matéria da ilicitude.”⁽³⁵⁾

Carneiro da Frada, sufraga opinião similar. Partindo, também, da interpretação ao n.º 2 do artigo 72º do CSC, com base no disposto no artigo 64º, n.º 1, alínea a) do CSC (deveres gerais dos administradores), sustenta que se o n.º 2 do artigo 72º do CSC fosse somente interpretado como cláusula de exclusão de culpa, “tal implicaria que a conduta do administrador seria ilícita. O que importaria referir a ilicitude a um resultado ao êxito/inêxito da medida da administração. Só que tal é inconciliável com o disposto no artigo 64º, n.º 1, alínea a), que preserva a autonomia de que o administrador tem que estar munido e o salvaguarda em relação ao resultado da ação”.⁽³⁶⁾

No mesmo sentido, Gabriela Figueiredo Dias, partindo da análise formal e sistemática da norma, constata que a questão da culpa já se encontra resolvida no n.º 1 do artigo 72º, que aí estabelece a presunção de culpa e o conseqüente ónus da prova da inexistência dessa mesma culpa a correr por conta do administrador. Assim, enquanto no n.º 1 se estabelece as condições em que a culpa é excluída, o n.º 2 reportar-se-á às circunstâncias da ilicitude. Para esta autora, a classificação do artigo 72º, n.º 2 como uma cláusula de exclusão da ilicitude é o que mais se ajusta, apesar de por vezes poderem surgir dúvidas acerca da prática de um fato ilícito no cumprimento de um dever ou no exercício de um direito. Se outro fosse o raciocínio, então teríamos que a interpretar como uma cláusula de exclusão da culpa, partindo do pressuposto que o comportamento em causa já era por si ilícito. “Ora se o administrador agiu de acordo com os critérios que definem um empresário ordenado e um representante leal (...), difícil será conciliar o respeito por essa exigência com um juízo de ilicitude, isto é, de violação de preceitos legais: o que parece estar aqui em jogo é, precisamente, uma causa de justificação e elimina a carga axiologicamente negativa do comportamento abstratamente ilícito”⁽³⁷⁾

Nuno Calaim Lourenço entende que “o preceito do CSC vem estatuir uma verdadeira presunção de ilicitude da conduta do gestor. A letra da lei não deixa dúvidas: o gestor é onerado com a prova de um comportamento que se conforme aos deveres prescritos no artigo 64º do CSC, isto é, de um comportamento ilícito. Para tal, deverá demonstrar que agiu informadamente, sem interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial. Na impossibilidade de demonstrar esta conformidade, resta-lhe, para evitar a responsabilidade, a prova de que agiu sem culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 72º do CSC. O desiderato do legislador português é claro: pretende-se facilitar a responsabilização e a condenação dos

(35) Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), “Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Illicitude e Culpa e o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais, in Direito das Sociedades em Revista, n.º 2, pp. 56 e ss

(36) Frada, Manuel Carneiro da (2007), “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in Jornadas Sociedades Abertas, valores mobiliários e intermediação financeira, Universidade Católica do Porto

(37) Figueiredo Dias, Gabriela (2006), “Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)”, Coimbra, pp. 74-75

gestores. (...) É certo que uma leitura sequencial do n.º 1 e do n.º 2, poderia fazer concluir que a BJR opera como cláusula de desculpabilização, limitando-se a concretizar a segunda parte do n.º 1. Poderia, de fato, entender-se que o gestor atua sem culpa quando proceda “em termos informados, livre de qualquer interesse e segundo critérios de racionalidade empresarial”. Não nos parece que assim seja. Com efeito, se de culpa se tratasse, a regra só poderia operar uma vez feita a prova concreta da violação de dever legal e da conduta ilícita. Note-se que não existe culpa sem ilicitude. Porém, e como já se observou, esta exigência de prova seria excessivamente onerosa e implicaria, no espaço da autonomia e discricionariedade do gestor, uma erosão da tutela e das garantias da lesada. (...) A exequibilidade desta ferramenta depende, pois, da admissão de uma prova que seja meramente indiciária e não conclusiva. A configuração do n.º 2 como cláusula de exculpação suscita outras dificuldades. A principal é, sem dúvida, a circunstância de inutilizar a BJR, deixando o gestor protegido pela distribuição do ónus da prova da ilicitude. À parte, porém, dessa particularidade, esta configuração confronta-se ainda com o problema adicional da circunscrição das causas de desculpação. Nos termos do n.º 2, só se afastará o juízo de censurabilidade quando o gestor faça prova de ter agido informadamente, sem interesse e segundo critérios de racionalidade empresarial. Ora, é patente que o não cumprimento dos deveres do gestor – sejam eles deveres de gerais ou de conteúdo específico – pode ser desculpável por outras razões que não aquelas que se enunciam no preceito. Imagine-se, por exemplo, que o gestor não obteve todos os elementos de informação adequados à tomada de decisão por ter adoecido ou por ter um familiar hospitalizado. Por outro lado, é perfeitamente configurável que a conduta seja censurável pese embora o fato de ter agido em conformidade com o n.º 2. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o gestor não ter honrado em contrato de fornecimento de determinada matéria-prima por a empresa a ter conseguido obter pelos seus próprios meios. Na realidade, a regra do n.º 2, não tem qualquer aptidão normativa para delimitar, positiva ou negativamente, o campo da desculpação do n.º 1. Impõe-se um outro entendimento. Façamos uma apreciação dos elementos de que depende a exclusão de responsabilidade: a atuação em termos informados; a inexistência de interesse pessoal e a obediência a critérios de racionalidade empresarial. É fácil constatar que estes requisitos correspondem a padrões objetivos de conduta a cujo respeito se obriga o gestor. São critérios genéricos e abstratos, de sentido comportamental, que servem de extensão ao núcleo fundamental do artigo 64º, n.º 1 e que visam concretizar o seu conteúdo prescritivo. (...) Contas feitas, é forçoso tomar duas conclusões: i) a de que a BJR se apresenta como uma cláusula de exclusão de ilicitude; ii) a de que a BR presume a ilicitude do gestor. Significa isto, em suma, que a lei exige *ab initio* a prova da conformidade legal. A responsabilidade é afastada se o gestor lograr demonstrar que atuou de modo imparcial, informado e racional. Se esta prova se frustra a sua conduta qualificar-se-á de ilícita.”⁽³⁸⁾

(38) Lourenço, Nuno Calaim (2011), “Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule”, Almedina, pp. 43-47

Os autores Raúl Ventura e Brito Correia face ao disposto no citado artigo 72º, n.ºs 1 e 2 do CSC que afirmam “decorre da parte final do n.º 2 deste artigo que a responsabilidade dos administradores é subjetiva, quer dizer assenta na culpa deles. Simplesmente recai sobre o próprio administrador, autor do ato, o ónus de que não procedeu com culpa. Esta era já a regra do direito civil português no campo da responsabilidade obrigacional (...)”⁽³⁹⁾

Também o autor Calvão da Silva, tem uma posição favorável à interpretação da norma como uma cláusula de exclusão de culpa. Destaca, em primeiro lugar, o fato do legislador português ter invertido o ónus da prova fazendo “recair sobre os gestores (...) a demonstração de que a decisão empresarial – decisão positiva (*de facere*) ou negativa (*de non facere*), mas sempre uma ativa decisão empresarial (...) – foi tomada”. Continua, salientando o fato de a decisão do administrador não poder ser apreciada *ex post* pelo tribunal, caso este prove ter cumprido os três requisitos essenciais e obrigatórios para a aplicação da BJR: 1) informação adequada para a tomada da decisão em causa; 2) livre de qualquer interesse pessoal na decisão adotada; e 3) seguindo um critério de racionalidade empresarial, sempre no melhor interesse da sociedade. Assim, graças à força da BJR, os “tribunais respeitam decisões/deliberações empresariais tomadas com cuidado (...), no exercício do poder discricionário que preside à administração das sociedades (...)”, contribuindo, igualmente, para que os administradores não tenham o incumprimento do dever de cuidado a que se encontram adstritos, por absolutamente incumprível, fomentando em simultâneo a criatividade e a liberdade de assunção responsável de risco indispensáveis ao progresso da própria sociedade. Prossegue, relevando o fato de ao tribunal caber tão-somente o fato de apurar se ao tempo a decisão tomada foi uma decisão de boa fé, independente (desinteressada), informada, com racional propósito empresarial, na convicção séria e honesta de ser no melhor interesse da sociedade. Na prática, com a BJR não é apreciado o juízo do mérito da decisão, mas apenas e tão só o *modus operandi* para a tomada da decisão. Se todos os requisitos se encontrarem cumpridos, defende este autor que os administradores “não responderão por violação do dever de cuidado, pois (como que) lhes é reconhecido o direito de errar na decisão em si mesma (*error in indicando*) honesto e meramente negligente – culpa leve). Afirma mais, ao defender que “a exclusão da responsabilidade está (...) mais facilitada do que antes (...), pois só haverá responsabilidade por decisões dificilmente explicáveis por fundamento diferente de má fé, decisões arbitrárias ou irracionais, portanto, normalmente tiradas em procedimento/processo doloso ou gravemente negligente. No fundo, a exoneração de responsabilidade civil (...) assenta na presunção de que os seus autores não violam o exigível dever objetivo de cuidado e diligência profissional e reforça a auctoritas de decisões livres no exercício das suas funções (...). Conclui, defendendo a ideia de que “o dever de cuidado e a business judgment rule interrelacionam-se de modo tensional, complexo, intrincado, uma vez que: por um lado, se a BJR não puder ser aplicada por não cumprimento de qualquer um dos requisitos exigidos no

(39) Ventura, Raúl e Correia, Brito, in “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas”, Suplemento aos BMJ n.ºs 192º a 195º, p. 414

processo decisório, isso não basta para que haja uma efetiva violação do dever de cuidado, cabendo, neste caso ao tribunal, apurar se a decisão tomada foi, ou não, razoável, em conformidade com o plasmado no n.º1 do artigo 72º do CSC; por outro lado, se os três requisitos previstos no n.º 2 do artigo 72º do CSC forem cumpridos, a lei exclui a responsabilidade (como que) presumindo a observância do exigível cuidado profissional (art. 64º) no exercício do poder discricionário dos decisores (...) sem que o tribunal aprecie (*ex post*) a razoabilidade substantiva, a oportunidade e o mérito da decisão em si mesma (...). Razões mais do que suficientes para defender que a BJR se relaciona em permanente e subtil tensão com o dever de cuidado e diligência, e não com a ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil distinto e autónomo da culpa.”⁽⁴⁰⁾

Numa posição mitigada, Coutinho de Abreu, entende que o legislador português não acolheu a *business judgment rule* como uma regra de constituição da responsabilidade, que equivaleria, no seu entender, a uma “uma presunção de ilicitude da atuação do administrador e implicaria uma fratura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis.” No seu entendimento, a verificação dos pressupostos mencionados no n.º 2 do artigo 72º ilide a presunção de culpa estabelecida no n.º 1 do mesmo artigo e, simultaneamente, exclui a ilicitude. “Se o administrador provar ter cumprido as três condições estatuídas na letra da lei – informação adequada (“em termos informados”), ausência de situação de conflito de interesses (dele e/ou de sujeitos próximos, tais como o cônjuge ou sociedade por ele dominada) e atuação segundo critérios de racionalidade empresarial – não só (...) ilidirá a presunção de culpa (estabelecida no n.º 1, do art. 72º) como também (e mais decisivamente) demonstrará a ilicitude da sua conduta, a não violação (relevante) dos deveres de cuidado e a não violação dos deveres de lealdade”. Prossegue afirmando, que ainda, que a decisão do administrador pudesse ser considerada “irrazoável”, ainda assim o dever de cuidado não sairia beliscado, pois o que aqui importa é a racionalidade/irracionalidade da decisão, na medida em que não podemos classificar de anti-jurídica uma decisão “racional” apesar de “irrazoável”⁽⁴¹⁾

Idêntica opinião é sufragada por Ricardo Costa, que após se questionar se o artigo 72º, n.º 2 do CSC deveria ser lido em articulação com a primeira parte do n.º 1 do artigo 72 do CSC (onde reside a ilicitude), ou em articulação com a segunda parte do mesmo artigo, onde se presume o comportamento culposos dos administradores, entendeu que os pressupostos do artigo 72º, n.º 2 do CSC têm a função de atuar ao mesmo tempo sobre a ilicitude do fato e sobre a culpa do agente. Desenvolve o seu raciocínio partindo do princípio que o objetivo maior do artigo 72º, n.º 2 do CSC, é encorajar os administradores “a tomar decisões audazes e empreendedoras” não descurando, no entanto, “a exigência de se observar um dever

(40) Silva, João Calvão da, Corporate Governance, responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, RLJ 136 (Set/Out 2006), p. 55 e ss

(41) Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, p. 41-47

procedimental de conduta na formulação dessas decisões”. Agindo desta forma, e mesmo “perante uma decisão não razoável, porque (...) demasiado arriscada, o administrador, em princípio, não será condenado, pois a decisão, ao tempo da sua assunção, não poderia considerar-se irracional”. Prossegue afirmando que “o cuidado devido no contexto da escolha da decisão é um cuidado procedimental, a razoabilidade é pedida quanto à obtenção de informação” decaindo “no conteúdo da decisão em favor da racionalidade”. Segundo este autor, a ilicitude prevista no artigo 64º, n.º 1 do CSC, enquanto dever geral de cuidado de prestação mais exigente, “pode ser afastada pelo cumprimento desse dever (legal) mínimo de conduta” plasmado no n.º 2, do artigo 72º do CSC. E sendo assim, cairá a responsabilidade pelo requisito da ilicitude e consequentemente a culpa. Do mesmo modo, que os critérios previstos no n.º 2, do artigo 72º do CSC “devem também servir para excluir a responsabilidade como elementos constitutivos de atuação não culposa”, uma vez que muito embora “o administrador pudesse ter adotado outro comportamento, o mesmo não lhe era exigido para efeitos de desresponsabilização, pois é a própria lei que lhe permite agir de forma a que o “juízo de reprovabilidade pessoal da conduta que a culpa transporta seja excluído”, o que significa que tendo em conta a forma como a decisão foi tomada com todos os cuidados e procedimentos de gestão tido em atenção, “não é suscetível um juízo de censura, uma vez que, de entre outras opções legítimas porque ainda bem informadas e racionais, a sua opção é lícita à luz do ordenamento jussocietário e não merece reprovação do direito.” Desta forma e desde que se provem “as três condições nomeadas no art. 72º, n.º 2 do CSC, o administrador logra ilidir a presunção de culpa firmada no n.º 1 do mesmo artigo 72º do CSC”.⁽⁴²⁾

Por sua vez, António Pereira de Almeida, considera não ser “adequado configurar a *business judgement rule* como uma presunção de *ilicitude* e os *Principles* nunca referem qualquer *presumption*. O que acontece é simplesmente que não se verifica a responsabilidade civil do agente se não se provar que ele violou quaisquer normas ou direitos subjetivos. Aliás, não é tradição do nosso ordenamento jurídico a *presunção de ilicitude*. Admite-se, no entanto, a presunção de culpabilidade, como acontece no artigo 72º, n.º 1, “*in fine*”, e nos art. 491º, 492º, 493º e 503º, n.º 3 do C. Civ. (...) Por conseguinte, no nosso sistema jurídico, compete ao demandante provar os fatos em que assenta a ilicitude da conduta do agente (art. 342º, n.º 1, do C. Civ) – para além de outros requisitos – e não nos parece que o art. 72º, n.º 1, sequer estabeleça a inversão do ónus da prova da ilicitude, para além da inversão do ónus da prova de culpabilidade (art. 72º, n.º 1, “*in fine*”). Se assim não fosse, isso iria ao arrepio da nossa tradição jurídica e consistiria num desmesurado agravamento da responsabilidade dos administradores, ao contrário do que foi a intenção do legislador. Na verdade, (...) o art. 71º, n.º 2, não acrescenta nada em relação ao que já resultaria de outros preceitos, nomeadamente do art. 64º, n.º 1, limitando-se a explicitar, para efeitos de responsabilidade civil, o conteúdo dos deveres gerais, que já estavam enunciados neste preceito. (...) Em suma, não teria qualquer

(42) Costa, Ricardo (2007), “Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule”, in Reforma do Código das Sociedades, Colóquios n.º 3, IDET, Coimbra, Almedina

sentido que a causa de exclusão de ilicitude tivesse o mesmo conteúdo que os fatos integrantes da própria ilicitude, como aconteceria com a conjunção do art. 64º, n.º 1 com o art. 72º, n.º 2, para aqueles que interpretam este preceito como uma cláusula de exclusão da ilicitude. Ou, ainda, que o demandado tivesse o ónus de excluir a ilicitude sem que desta houvesse prova. Com efeito, as causas de exclusão da responsabilidade, em particular, da ilicitude, são circunstâncias exteriores aos fatos constitutivos de responsabilidade e que justificam a conduta do agente – veja-se o art. 31º do Código Penal – ou que acrescem ao fato. (...) Ora, nada disto acontece no art. 72º, n.º 2, que não refere quaisquer fatos estranhos ao conteúdo dos próprios deveres gerais, em que se baseia a responsabilidade civil. (...) Concluindo, a *business judgment rule*, constitui, em nosso entender, também em direito português uma regra de avaliação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade – e não uma causa de justificação – contanto que não se verifique a violação de deveres específicos. Assim, em caso de violação de deveres gerais de conduta dos administradores, competirá à sociedade demandante o ónus da prova – ainda que *indiciária* - de fatos integrantes da violação desses deveres – por ação ou omissão – ficando a cargo do administrador demandado a impugnação dessa prova. Como a culpa se presume (art. 72º, n.º 1, *in fine*), os administradores têm, ainda, o ónus da prova de que agiram sem culpa, se os outros pressupostos da responsabilidade civil se verificaram. De qualquer forma, para haver responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, é necessário que esta prova, para além da violação dos deveres gerais, que dessa conduta faltosa resultaram danos para a sociedade e que existe nexo de causalidade entre a conduta e esses danos. (...) O art. 72º, n.º 2, tem a virtualidade de consagrar expressamente a regra *business judgment rule* e deverá ser interpretado, apesar da sua redação menos feliz, como *standard of judicial review*, no sentido de explicitar os meios de que os administradores se podem servir para destruir a prova em caso de violação dos deveres dos administradores. Em resumo, o autor defende que o artigo 72º, n.º 2 do CSC não estipula nenhuma causa de exclusão de culpa nem de ilicitude, mas antes constitui uma regra constitutiva da responsabilidade dos administradores por violação dos deveres fundamentais prescritos no artigo 64º do CSC. Acrescenta, que é o demandante (sociedade ou sócios em sua representação) que tem o ónus de provar os fatos que integram a ilicitude, e portanto, a violação dos deveres gerais ou especiais, padronizados de acordo com os critérios explicitados no artigo 72º, n.º 2, presumindo-se a culpa, por força do artigo 72º, n.º 2 *in fine*. Referindo o autor, que, para tanto, a expressão “provar que atuou” do artigo 72º, n.º 2 deve ser interpretada como “ilusão da prova contrária.”⁽⁴³⁾

Feita uma breve resenha sobre as principais posições doutrinárias da natureza jurídica da BJR, incumbe-nos tomar posição sobre a presente querela. A responsabilidade prevista nos

(43) Almeida, António Pereira de (2011), “Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados”, Volume 1, 7ª edição, Coimbra Editora, pp. 294-297 e “A Business Judgment Rule, I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, p. 370

n.ºs 1 e 2 do artigo 72º do CSC é uma responsabilidade contratual, funcional e subjetiva, que pressupõe a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: prática de um fato (que pode constituir uma ação positiva ou uma omissão) ilícito, a culpa do administrador, a produção de um dano e um nexo de causalidade estabelecido entre este dano e a prática daquele fato. O n.º 1 patenteia um propósito de individualização da responsabilidade, ou seja, responsáveis são os titulares do órgão de administração ou gerência e não o próprio órgão. O teor literal da norma revela, no seu n.º 1, este intuito subjetivo ao prever que “os gerentes, administrações ou diretores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados”. Logo o que está em causa é a responsabilidade destes por fatos próprios. Há uma rejeição da norma a imputações objetivas.

Acresce, que no sistema português não se presume a ilicitude da conduta dos administradores, que quanto à responsabilidade em face da sociedade, apoia-se numa presunção de culpa dos administradores (art. 72º, n.º 1 do CSC). O legislador português consagrou a BJR como pretexto para uma causa de exclusão da responsabilidade, cujos requisitos não se presumem, pelo contrário têm de ser demonstrados. A própria Comissão de Valores Mobiliários (CMVM) considerou que os requisitos do artigo 72º, n.º 2 do CSC são uma “explicitação dos elementos probatórios a ser(em) utilizados pelo administrador demandado para ilidir a presunção de culpa.”⁽⁴⁴⁾

Assim, salvo melhor opinião, o n.º 2 do artigo 72º do CSC constitui uma exclusão de culpa, e nessa medida, a presunção de culpa prevista na segunda parte do n.º 1 do artigo 72º do CSC não seria ilidida se os administradores provassem que atuaram em termos informados, livres de quaisquer interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial.

2- A ADMINISTRAÇÃO DA MASSA INSOLVENTE PELO ADMINISTRADOR DE INSOLVÊNCIA

O Administrador de insolvência é um administrador judicial, como decorre do artigo 2º, n.º 2 do Estatuto do Administrador Judicial -EAJ⁽⁴⁵⁾.

A nomeação de um administrador de insolvência é necessária, face à desconfiança na capacidade de administração do devedor, que a sua insolvência naturalmente pressupõe. Assim, a administração tem que ser atribuída a um administrador autónomo do devedor o administrador de insolvência. Essa atribuição tem normalmente carácter absoluto com a integral subtração ao devedor e seus administradores (cfr. artigo 6º do CIRE), dos poderes de administração da massa insolvente, os quais ficam a pertencer ao administrador de insolvência (artigo 81º, n.º 1 do CIRE). Pode, porém, ter carácter meramente relativo, no caso de

(44) Governo das Sociedades Anónima: proposta de articulado modificativo do Código das Sociedades Comerciais, Complemento ao Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, Fevereiro de 2006

(45) Lei 22/2013, de 26 de Fevereiro (Lei que regula o estatuto do administrador judicial) e que revogou a Lei 32/2004, de 22 de Julho.

administração da massa insolvente pelo devedor (artigo 22º do CIRE), caso em que a intervenção do administrador de insolvência se limite à fiscalização e aprovação dos atos mais importantes (artigo 226º do CIRE).

2.1 - EFEITOS SOBRE O DEVEDOR E ADMINISTRADORES

Por efeito da declaração de insolvência, o insolvente fica, de imediato, por si ou pelos seus administradores, privado da administração e da disposição dos bens que integram a massa insolvente. (artigo 81º, n.º 1 do CIRE).⁽⁴⁶⁾

A prática desses atos compete ao administrador de insolvência, que, segundo o n.º 4 do artigo 81º do CIRE “assume a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência.”

A declaração de insolvência importa assim que o devedor fique privado dos seus poderes de administração e disposição do seu património. Este perde conseqüentemente a posse material e as faculdades de administração e disposição, quer dos bens que possui aquando da declaração de insolvência, quer dos rendimentos que de futuro lhe advenham (artigo 46º do CIRE).

Esta representação não abrange, porém, os atos que o insolvente pratique no âmbito do próprio processo de insolvência, seus incidentes e apensos. Esta exclusão consta no n.º 5 do referido artigo 81º. Segundo Carvalho Fernandes e João Labareda “bem se compreende, porquanto, mesmo que tais atos tenham conteúdo patrimonial, estão em causa os interesses pessoais, do próprio insolvente, e não dos credores, em função dos quais a intervenção do administrador da insolvência é orientada”.⁽⁴⁷⁾

Esta privação não se estende, portanto, a bens excluídos da massa insolvente, como os bens impenhoráveis ou os abrangidos por uma separação de patrimónios, em relação aos quais o devedor conserva a liberdade de disposição. A provação também não se estende a negócios obrigacionais, uma vez que o devedor pode contrair dívidas, as quais no entanto não responsabilizam a massa insolvente.⁽⁴⁸⁾

A limitação de poderes do insolvente estatuída no n.º 1 do artigo 81º não é restrita só ao insolvente mas abrange os seus administradores, no sentido fixado no artigo 6º do mesmo diploma legal. Estão, pois, em causa, não apenas os administradores de pessoas singulares, mas os de pessoas coletivas ou de entidades sem personalidade (alíneas b) e a), respetivamente).

(46) A massa insolvente abrange “todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo” (artigo 46º, n.º 1 do CIRE)

(47) Fernandes, Luís Carvalho E./Labareda, João (2009)in “Coletânea de Estudos sobre a Insolvência”, Quid Juris – Sociedade Editora

(48) Leitão, Luís Manuel Menezes (2011), “Direito a Insolvência”, 3ª Edição, Almedina

O artigo 82º, n.º 1 do CIRE determina que a declaração de insolvência não implica a cessação de funções dos órgãos sociais do devedor. Estes mantêm-se em funcionamento ainda que com algumas competências reservadas ao administrador de insolvência (artigo 82º, n.ºs 2, 3 e 4 do CIRE), mas não são remunerados, salvo no caso particular, de a administração da insolvência, como se verá adiante, competir ao insolvente (artigo 227º do CIRE).

Aos titulares dos órgãos sociais do insolvente reconhece, porém, o n.º 1 do referido artigo 82º *in fine*, a faculdade de renunciar aos seus cargos, com efeitos imediatos.

A declaração de insolvência interdita o devedor de ceder os rendimentos ou de alienar bens futuros suscetíveis de penhora, qualquer que seja a sua natureza. Esta limitação abrange rendimentos obtidos ou bens adquiridos após o encerramento do processo (artigo 81º, n.º 2 do CIRE).

A privação de poderes de atuação sofrida pelo insolvente, no que respeita à administração e dos seus bens apreendidos para a massa insolvente levanta a questão de saber qual o valor dos atos por ele praticados, após a declaração de insolvência.

O valor dos atos praticados pelo insolvente, abrangidos pelos efeitos da insolvência, vem regulado nos n.ºs 6 a 8 do artigo 81º do CIRE. Nesta matéria importa saber se se trata, ou não, de atos abrangidos nas limitações dos poderes de administração e disposição emergentes da declaração de insolvência.

Se o insolvente praticar atos abrangidos nas limitações dos poderes de administração e disposição emergentes da declaração de insolvência, de acordo com o referido n.º 6, os mesmos são ineficazes, a menos que se verifiquem os seguintes requisitos:

- a) se o ato for oneroso e praticado antes do registo da sentença de declaração de insolvência e se o terceiro estiver de boa fé;
- b) se se tratar de atos não previstos no artigo 121º, n.º 1 do CIRE.

Nos atos ineficazes do insolvente, se, em cumprimento dos mesmos, algo tiver sido prestado à massa insolvente, esta fica apenas vinculada à restituição segundo as regras do enriquecimento sem causa (parte final do corpo do n.º 6 do artigo 81º do CIRE).⁽⁴⁹⁾ Assim, por exemplo, se o devedor tiver alienado um bem da massa insolvente, tendo recebido o respetivo preço, esta não está obrigada a restituir o preço que não recebeu, cabendo antes ao devedor essa obrigação. Se, porém, o preço respetivo tiver dado entrada na massa insolvente, existe uma obrigação de restituição por parte da massa de tudo o que tiver recebido à custa do terceiro ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente (artigo 479º,

(49) Serra, Catarina, "O Novo Regime", pp. 45-46 e Ascensão, José Oliveira, in "Insolvência: Efeitos sobre os negócios em curso", ROA 65 (2005), pp. 281-312 (311-312) = Themis, edição especial, 2005, pp. 105-130 (129-130) = DJ 19 (2005), 2, pp. 233-261 (260-261) = AAVV, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António Sousa Franco, II, Coimbra 2006, pp. 255-280 (279-280), sustentam, porém, a possibilidade de o administrador da insolvência ratificar o ato praticado pelo insolvente. Negando essa possibilidade Epifânio, Maria do Rosário, in "Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, DJ 19 (2005), 2, pp. 191-203.

n.º 1 do CC), a qual não pode exceder, porém, a medida do locupletamento da massa (artigo 479º, n.º 2 do CC).⁽⁵⁰⁾

Esses atos serão, porém, considerados eficazes em relação a massa se, não sendo suscetíveis de resolução incondicional, nos termos do artigo 121º, n.º 1 do CIRE, tiverem sido celebrados a título oneroso com terceiros de boa fé anteriormente ao registo da sentença de declaração de insolvência, efetuado nos termos do artigo 38º, n.º 2 do CIRE (artigo 81º, n.º 6, *in fine* a) e b)).⁽⁵¹⁾ Essa eficácia excecional que resulta da antecipação da celebração do ato em relação ao registo de insolvência compreende-se em face da boa fé do terceiro, que confiou na ausência desse registo. No caso, porém de os atos serem suscetíveis de resolução incondicional pareceria resultar da lei que os mesmos serão igualmente considerados ineficazes, independentemente da existência do registo da insolvência, não tendo assim o administrador sequer que desencadear a resolução em benefício da massa. Essa interpretação parece, porém, colocar gravemente em causa a posição do terceiro de boa fé, ao qual deverá ser reconhecida a possibilidade de defesa, exigindo-se assim igualmente a instauração da resolução pelo administrador de insolvência.

Para além deste regime geral, o n.º 7 do referido artigo 81º, dispõe que os pagamentos de dívidas à massa efetuados após a declaração de insolvência efetuados ao insolvente de dívidas de que ele seja credor, só libertam o devedor se estiver de boa fé e se forem efetuados antes do registo da sentença de declaração de insolvência, ou se se provar que o respetivo montante entrou na massa insolvente.

O CIRE também regula os atos do insolvente não abrangidos pelos efeitos da declaração de insolvência. Tendo em conta o disposto nas três alíneas do n.º 8 do artigo 81º, esses atos não são afetados pela declaração de insolvência, são válidos e eficazes, mas sujeitos a um regime particular.

Assim, a prestação feita ao insolvente pela parte contrária tem eficácia extintiva da sua obrigação, mas pelas dívidas contraídas pelo insolvente relativamente a esses atos só respondem os bens que não integram a massa insolvente [alíneas b) e a)]. Noutro plano, a contraparte pode invocar contra a massa insolvente todos os meios de defesa que possa usar contra o insolvente [alínea c)].

Há, porém, algumas situações que excecionam a retirada ao devedor dos poderes de administração e disposição do seu património, em caso de insolvência.

Assim ocorre se o tribunal concluir pela insuficiência da massa insolvente e nenhum credor requerer o complemento da sentença, nos termos do artigo 39º, n.º 7, alínea a) do CIRE. Nesse caso, “o devedor não fica privado dos poderes de administração e disposição do seu património, nem se produzem quaisquer efeitos que normalmente correspondem à declaração de insolvência.”

(50) Epifânio, Maria do Rosário, “Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas DJ 19 (2005), 2, p. 195.

(51) AC RL 28/2/2008 (Salazar Casanova), CJ 33 (2008), 1, pp. 122-124.

Mantêm-se igualmente os poderes de administração e disposição na esfera do devedor se, tratando-se de insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas (artigo 249º e ss do CIRE), vier a ser aprovado um plano de pagamentos (artigo 251º e ss do CIRE) face ao que se dispõe no artigo 259º, n.º 1 do CIRE.

Finalmente, pode ser aprovada a administração da empresa pelo próprio devedor, caso em que naturalmente ele conserva a faculdade de a administrar (artigo 223º e ss do CIRE). Nesta situação, os poderes do administrador resumem-se à fiscalização da atividade do devedor (artigo 226º, n.º 1 do CIRE), sendo os atos por este praticados considerados eficazes, ainda que o devedor tenha o dever de não os realizar sem o consentimento do administrador da insolvência, tratando-se de atos de administração extraordinária, ou verificada a oposição deste no caso de atos de administração ordinária (artigo 226º, n.º 2 do CIRE). Apesar de a lei nada dizer a este respeito, parece que se deverá sustentar que nesse caso os atos de disposição continuam a ser da exclusiva competência do administrador de insolvência (artigo 81º, n.º 1 do CIRE).⁽⁵²⁾

2.2- PRIVAÇÃO DE PODERES E ADMINISTRAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR PARA EFEITOS PATRIMONIAIS

Nos termos do artigo 36º, alínea g) do CIRE, na sentença que declarar a insolvência o juiz “decreta a apreensão, para entrega imediata ao administrador de insolvência, dos elementos da contabilidade do devedor e de todos os seus bens, ainda que arrestados, penhorados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos.” Esta disposição é concretizada do artigo 149º do CIRE, que estende a apreensão aos bens que tenham sido objeto de cessão aos credores, nos termos do artigo 831º do CC (artigo 149º, n.º1, al. b) do CIRE), mas dela exclui, no entanto, os bens apreendidos em virtude de infração, quer de carácter criminal, quer de mera ordenação social (artigo 149º, n.º 1, al. a) do CIRE). No caso de os bens já terem sido vendidos, a apreensão ocorre antes em relação ao produto da venda, caso este não tenha sido pago aos credores ou entre eles repartido (artigo 149º, n.º 2 do CIRE).

A apreensão abrange assim todos os bens suscetíveis de penhora, ainda que os mesmos tenham sido penhorados, arrestados ou por qualquer forma apreendidos ou detidos noutro processo. Apenas serão excluídos da apreensão os bens insuscetíveis de penhora, nos termos dos artigos 822º e ss do CPC, salvo, nos casos de bens relativamente impenhoráveis, se voluntariamente oferecidos pelo insolvente, e quanto aos bens parcialmente impenhoráveis em relação à parte sujeita a penhora. À semelhança do que sucede com a cessão de bens aos credores (artigo 833º do CC) também outros casos de impenhorabilidade convencional como os estabelecidos nos artigos 602º (impenhorabilidade por convenção das partes) ou 603º do CC (impenhorabilidade por determinação de terceiro) não deverão excluir a apreensão para a massa insolvente, atento o seu carácter universal. Da mesma forma, os casos de

(52) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), “Direito da Insolvência”, 3ª Edição, Almedina, p. 166

penhorabilidade subsidiária de certos bens no património do devedor, como os casos do direito ao produto da liquidação da quota do sócio nas sociedades civis, em nome coletivo ou em comandita simples, não impedem a apreensão desses bens, uma vez decertada a insolvência, dado que a insuficiência do património está demonstrada pelo que não faria sentido a exigência da prévia excussão de outros bens.⁽⁵³⁾

O poder de apreensão resulta da declaração de insolvência, pelo que deve a mesma ser realizada de imediato pelo administrador de insolvência (artigo 150º, nº 1 do CIRE), salvo se for decretada a administração da massa insolvente pelo devedor, em que a apreensão só tem lugar quando cessa essa administração (artigo 22º, n.º 2 do CIRE).

Pode, porém, suceder que ao administrador de insolvência não convenha fazer pessoalmente a apreensão quanto a bens sitos em comarcas que não seja a da insolvência. Quando assim seja, a apreensão será realizada por deprecata e os bens ficam confiados a depositário especial e à ordem do administrador de insolvência (artigo 150º, n.º 3 do CIRE). Não sendo esse o caso, é o administrador de insolvência, como se referiu supra, que ficará, em regra, depositário dos bens que lhe sejam entregues. Contudo, se os bens apreendidos já estiverem confiados a depositário judicial, esse depósito também administrador de insolvência (artigo 154º, n.º 4, al. a) do CIRE).

Se o administrador de insolvência receber somas em dinheiro, deve proceder ao depósito imediato das mesmas em instituição de crédito escolhida por aquele. Só assim não será no que diz respeito às quantias “estritamente indispensáveis às despesas correntes de administração” (artigo 150º, n.º 6 do CIRE).

A apreensão é efetuada mediante arrolamento ou entrega direta de balanço, devendo ser efetuada de acordo com as regras estabelecidas nas alíneas do artigo 150º, n.º 4 do CIRE, sendo sempre elaborado auto (alínea e)), que será junto por apenso ao processo de insolvência, sendo apenas junta cópia se efetuado e comarca deprecada (artigo 151º do CIRE). Nesse auto serão descritos os bens em verbas numeradas. Se for conveniente, o valor dos bens será fixado por louvado. No auto será ainda destacada a entrega dos bens ao administrador de insolvência, ficando este como depositário dos bens e sendo o depósito regulado pelas normas gerais e, em especial, pelas que disciplinam o depósito judicial de bens penhorados (artigo 150º, n.º 1 do CIRE).

Conforme escreveu Lebre de Freitas, “tendo por objeto, além dos elementos da contabilidade, todos os bens penhoráveis do falido, a apreensão reveste-se dum carácter definitivo que a distingue das providências cautelares. Com ela realiza-se, é certo, uma *finalidade de acautelamento*”, uma vez que o fato de os bens serem apreendidos pelo administrador de insolvência, impede o insolvente de proceder à sua ocultação ou dissipação. “Mas a função da apreensão consiste, essencialmente, em concretizar o conteúdo da massa falida e o objeto dos atos executivos (administração e alienação) que sobre ela subsequentemente se irão realizar. Trata-se de uma função semelhante à da penhora no

(53) Freitas, Lebre de, in RFDUL 36 (1995), n.º 2, p. 375

processo executivo (...). A função da apreensão dos bens do falido extravasa assim a função cautelar, constituindo uma função executiva.⁽⁵⁴⁾

2.3- EFEITOS PROCESSUAIS

Designam-se por processuais os efeitos que atingem processos que, sendo exteriores ao processo de insolvência e podendo, inclusivamente, envolver pessoas distintas do devedor, são relevantes para a massa insolvente. Têm subjacente o princípio da *par conditio creditorum* e dirigem-se, basicamente, a impedir que algum credor possa obter, por via distinta do processo de insolvência, uma satisfação mais rápida ou mais completa, em prejuízo dos restantes credores.

Consistem em três providências: Apensação (cfr. artigo 85º, n.º 1, artigo 86º, n.ºs 1 e 2 e artigo 89º, n.º 2 todos do CIRE); Impossibilidade de instauração (cfr. artigo 88º, n.º 1 e artigo 89º, n.º 2 ambos do CIRE) e Suspensão da eficácia (cfr. artigo 87º, n.º 1 e artigo 88º, n.º 1 ambos do CIRE) de certas ações, como se explicará adiante.

a) Efeitos sobre as ações judiciais

A declaração de insolvência desencadeia efeitos de vária ordem sobre as ações judiciais. Assim, a restrição que se verifica em relação às faculdades de administração e disposição por parte do insolvente implica que se lhe retire a possibilidade de instaurar ou prosseguir ações em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente (artigo 85º, n.º 1 do CIRE). A requerimento do administrador de insolvência é feita a apensação das ações em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente e cujo resultado possa influenciar o valor da massa, das ações de natureza exclusivamente patrimonial intentadas pelo devedor e dos processos de insolvência de pessoas legalmente responsáveis pelas dívidas do insolvente (artigo 86º, n.º 1 do CIRE). A apensação é oficiosa nos processos nos quais se tenha efetuado qualquer ato de apreensão ou detenção dos bens do insolvente (cfr. artigo 85º, n.º 2 do CIRE) e das ações, declarativas ou executivas, relativas às dívidas da massa insolvente que puderem ser propostas ou prosseguir, com exceção das execuções por dívidas de natureza tributária (cfr. artigo 89º, n.º 2 do CIRE).

O administrador de insolvência substitui o insolvente em todas as ações referidas, independentemente da apensação ao processo da insolvência e do acordo da parte contrária (artigo 85º, n.º 3 do CIRE). Excetua-se, no entanto, dessa solução a intervenção do devedor no próprio processo de insolvência, seus incidentes e apensos, salvo expressa disposição em contrário (artigo 81º, n.º 5 do CIRE). Face a esta exceção decidiu o Acórdão da Relação de Lisboa “que o mandatário do devedor, com base em procuração junta aos autos, tem legitimidade para requerer no próprio processo o incidente de destituição do administrador da insolvência (artigo 56º do CIRE), ou para impugnar a resolução de bens em benefício da massa

(54) Freitas, Lebre de (1995), in RFDUL 36, n.º 2, p. 374

insolvente (artigo 125º do CIRE) ou para invocar nulidade processual no âmbito do apenso de reclamação e verificação de créditos (artigos 201º e 205º do CPC).”⁽⁵⁵⁾

Para além disso, a declaração de insolvência determina a suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente, e obsta à instauração ou ao prosseguimento de qualquer ação executiva intentada pelos credores da insolvência; porém, se houver outros executados, a execução prossegue contra estes (artigo 88º, n.º 1 do CIRE). Daqui resulta que o processo de insolvência determina a proibição de instauração ou prosseguimento de ações executivas, bem como de qualquer penhora, arresto ou arrolamento sobre os bens que integram a massa insolvente, vigorando essa proibição enquanto durar o processo. Em consequência desta proibição é nula a venda de bens em processo executivo realizada após ter sido decretada a insolvência do executado.⁽⁵⁶⁾ Apenas após o seu encerramento, os credores recuperam a possibilidade de instaurar e fazer seguir ações executivas, salvo se houver restrições a essa faculdade instituídas por plano de insolvência ou plano de pagamentos (artigo 233º, n.º 1, al. c) do CIRE). Não pode por esse motivo ser decretada a extinção da instância executiva por impossibilidade superveniente da lide, em virtude da insolvência do executado, ocorrendo apenas a suspensão da mesma, enquanto durar o processo.⁽⁵⁷⁾

Os referidos processos são apensados ao processo de insolvência, desde que o administrador o requeira com fundamento na conveniência para os fins do processo (artigo 85º, n.º 1 do CIRE). Para além disso, o juiz deve requisitar ao tribunal ou entidade competente a remessa, para efeitos de apensação aos autos de insolvência, de todo e qualquer processo em que se tenha efetuado qualquer ato de apreensão ou detenção de bens compreendidos na massa insolvente (artigo 85º, n.º 2 do CIRE).

O administrador pode ainda requerer ao tribunal a apensação dos autos dos processos de sociedades que se encontrem com o devedor em relação de domínio ou de grupo (artigo 86º, n.º 2 do CIRE). No entanto, quando os processos corram termos em tribunais com diferente competência em razão da matéria, a apensação só determinada se for requerida pelo administrador de insolvência do processo instaurado em tribunal de competência especializada (artigo 86º, n.º 3 do CIRE).

O insolvente perde igualmente a possibilidade de submeter questões a decisão arbitral, ficando por isso “suspensa a eficácia de convenções arbitrais em que o insolvente seja parte respeitantes a litígios cujo resultado possa influenciar o valor da massa, sem prejuízo do disposto em tratados internacionais aplicáveis”. (artigo 87º, n.º 1 do CIRE). Os processos arbitrais já instaurados prosseguem, porém, os seus termos, sem que sejam apensados ao

(55) Ac. Rel. Lx, de 06/03/2008 (Salazar Casanova), CJ 33 (2008), 2, pp. 85-88

(56) Ac. Rel. Guim, de 05/06/2008 (Manso Rainho), CJ 33 (2008), 3, pp. 273-274

(57) Ac. Rel. Guim., de 05/06/2008 (Antero Veiga), CJ 33 (2008), 3, pp. 274-275 e Ac. Rel. Coimbra, de 22/09/2009 (Emídio Santos), CJ 34 (2009), 4, pp. 27 e 28

processo de insolvência⁽⁵⁸⁾, com a substituição do devedor pelo administrador de insolvência (artigos 87º, n.º 2 e 85º, n.º 3 do CIRE).

Ocorre, porém, um regime especial em relação às ações e execuções por dívida da massa insolvente (cfr. artigo 51º do CIRE). Em relação a estas, o artigo 89º, n.º 1 do CIRE limita-se a estabelecer que durante os três meses seguintes à data da declaração de insolvência, não podem ser propostas as respetivas execuções. Por outro lado, quaisquer ações, incluindo as executivas, relativas a dívidas da massa insolvente correm obrigatoriamente por apenso ao processo de insolvência, com exceção das execuções por dívidas de natureza tributária (artigo 89º, n.º 2 do CIRE).

b) Efeitos sobre os créditos

Em geral, os efeitos sobre os créditos visam aquilo que se pode designar como a estabilização geral do passivo do devedor. Destacam-se os seguintes:

- exercício dos direitos dos credores apenas no âmbito do processo de insolvência (artigo 90º do CIRE);
- vencimento imediato de dívidas (cfr. artigo 91º, n.º 1 do CIRE); o cálculo especial dos juros de obrigações não vencidas (cfr. artigo 91º, n.ºs 2, 3, 4, 5, 6 e 7 do CIRE);
- suspensão de todos os prazos de prescrição e caducidade oponíveis pelo devedor, durante o decurso do processo (artigo 100º do CIRE);
- extinção de privilégios creditórios e garantias reais (cfr. artigo 97º do CIRE);
- direito de compensação condicionado (cfr. artigo 99º do CIRE);
- constituição de um privilégio mobiliário geral a favor do credor requerente (cfr. artigo 98º do CIRE).

A declaração de insolvência tem efeitos consideráveis sobre os créditos. Efetivamente, a razão de ser do processo de insolvência é a de fazer com que todos os credores do mesmo devedor exerçam os seus direitos no âmbito de um único processo e o façam em condições de igualdade (*par conditio creditorum*), não tendo nenhum credor quaisquer outros privilégios ou garantias, que não aqueles que sejam reconhecidos pelo Direito da Insolvência, e nos precisos termos em que este os reconhece.

Consequentemente, durante a pendência do processo, os credores apenas poderão exercer os seus direitos no âmbito do processo de insolvência (artigo 90º do CIRE), deixando, como se viu, de poder instaurar ações independentes ou continuar a prosseguir outros processos à margem do processo de insolvência. Assim se garante a intangibilidade do património do devedor, já que a massa insolvente deixa de poder utilizada como garantia geral de outros créditos que não aqueles que sejam exercidos no processo de insolvência.

(58) Neste sentido Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, “Código da Insolvência”, sub artigo 87º, n.º 2, pp. 128-129 e Fernandes, Carvalho/Labareda, João, “Código da Insolvência”, sub artigo 87º, n.º 4, p.362.

Por outro lado, a declaração de insolvência vai produzir o vencimento imediato de todas as obrigações do insolvente (artigo 91º, n.º 1 do CIRE), com exceção dos créditos suspensivamente condicionados (cfr. artigo 50º do CIRE).

Já em relação aos créditos resolutivamente condicionados, a lei equipara-os a créditos incondicionados enquanto a condição não se preencher, sem prejuízo de os pagamentos recebidos deverem ser restituídos, uma vez verificada a condição (artigo 94º do CIRE). Sendo apenas estas obrigações excecionadas, vencem-se tanto as obrigações puras (artigo 777º, n.º 1 do CC), como as obrigações a prazo, e ainda as que tenham sido sujeitas às cláusulas *cum potuerit* (artigo 778º, n.º 1 do CC) ou *cum voluerit* (artigo 778º, n.º 2 do CC). A razão desse vencimento antecipado prende-se com a falta de confiança dos credores na solvabilidade do devedor, bem como com a necessidade de verificar e liquidar a massa insolvente de uma só vez.

Em consequência desse vencimento antecipado, as obrigações passarão a vencer juros legais a partir dessa data, ainda que esses juros legais tenham a natureza de créditos subordinados, salvo se estiverem abrangidos por garantia real ou por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respetivos (artigo 48º, alíneas b) e f) do CIRE). No caso, porém, de a prestação não ser exigível à data da insolvência, pela qual não fossem devidos juros remuneratórios, ou pela qual fossem devidos juros inferiores à taxa de juros legal, a obrigação é reduzida em ordem a evitar que a antecipação do vencimento permita ao credor beneficiar do *interusuriumi* (artigo 91º, n.ºs 2, 3, 4 e 5 do CIRE). Verifica-se portanto, um cálculo especial dos juros de obrigações não vencidas, ou seja, trata-se, mais concretamente, de atualizar/reduzir a obrigação para o montante que, se acrescido de juros calculados sobre ele por aplicação da taxa legal (no caso de obrigação que não vença juros) ou de uma taxa igual à diferença entre a taxa legal e a taxa convencionada (no caso de obrigação que vença juros inferiores à taxa legal), pelo período de antecipação do vencimento, corresponderia ao valor a pagar na data do seu normal vencimento. Assim supondo, por exemplo, que vence hoje, por força da declaração de insolvência uma obrigação que não vence juros e que só seria exigível daqui a cinco anos, a dívida da massa insolvente não é no montante x, que as partes acordaram pagar nessa data, mas apenas, por força do artigo 91º, n.º 2, no montante y, que é aquele que equivaleria daqui a cinco anos ao montante x.

Para além disso, a sentença de declaração de insolvência determina a suspensão de todos os prazos de prescrição e caducidade oponíveis pelo devedor, durante o decurso do processo (artigo 100º do CIRE). Assim, a sentença de declaração de insolvência vai permitir não apenas a suspensão dos prazos de prescrição, mas também a dos prazos de caducidade, ao contrário de que normalmente resulta do regime geral (artigo 328º, *in fine* do CC).

Em consequência, sendo possível aos credores recorrer à impugnação pauliana antes da declaração de insolvência (artigo 618º do CC), o prazo para esse efeito ficará suspenso enquanto decorrer o processo. Deve-se considerar que a suspensão cessa com o encerramento do processo reiniciando-se nesse momento a contagem dos prazos (artigo 233º, n.º 1, al. a) do CIRE).

Poderia colocar-se, porém, um problema relativamente aos créditos previstos no artigo 257º, n.º 3 do CIRE, em relação aos quais se suspende o prazo de prescrição e caducidade com a sentença declaratória de insolvência, a qual é proferida após o trânsito em julgado da sentença que homologa o plano de pagamentos (artigo 259º, n.º 1 do CIRE), mas esse prazo é logo reiniciado com o trânsito em julgado dessa mesma sentença, dado que ela determina o encerramento do processo (artigo 259º, n.º 4 do CIRE).

A declaração de insolvência determina igualmente a extinção de certas garantias.

Assim, o artigo 97º do CIRE determina que a declaração de insolvência faz extinguir:

- a) Os privilégios creditórios gerais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, constituídos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência;
- b) Os privilégios creditórios especiais que forem acessórios de créditos sobre a insolvência de que forem titulares o Estado, as autarquias locais e as instituições de segurança social, vencidos mais de doze meses antes da data do início do processo de insolvência;
- c) As hipotecas legais cujo registo haja sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência, e que forem acessórias de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social;
- d) Se não forem independentes de registo, as garantias reais sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo integrantes da massa insolvente, acessórias de créditos sobre a insolvência, e já constituídas mas ainda não registadas nem objeto de pedido de registo;
- e) As garantias reais sobre bens integrantes da massa insolvente acessórias dos créditos havidos como subordinados.

A declaração de insolvência restringe ainda a faculdade de os credores da insolvência compensarem os seus créditos com dívidas à massa.⁽⁵⁹⁾ Efetivamente, os credores da insolvência apenas podem efetuar a compensação na hipótese de o preenchimento dos pressupostos legais da compensação ser anterior a declaração de insolvência (artigo 99º, n.º 1, al. a) do CIRE) e de ter o crédito sobre a insolvência preenchido antes do contra-crédito da massa os requisitos estabelecidos no artigo 847º do CC (artigo 99º, n.º 1, al. b) do CIRE, ou seja, de que o crédito é exigível judicialmente e não procede contra ele exceção perentória ou dilatória de direito material e que as duas obrigações têm por objeto coisas fungíveis do mesmo género e qualidade. Relativamente a este último pressuposto, o artigo 99º, n.º 3 do CIRE, determina, no entanto, que “a compensação não é prejudicada pelo fato de as obrigações terem por objeto divisas ou unidades de cálculo distintas, se for livre a sua conversão

(59) Esse regime não é aplicável à compensação pelo administrador da insolvência, que continua a regular-se pelos requisitos gerais dos artigos 847º e ss do CC. Deve, no entanto, distinguir-se entre as dívidas da massa e os créditos sobre a insolvência. Em relação às dívidas da massa, a compensação deverá operar em pleno. Já em relação aos créditos sobre a insolvência, o administrador apenas poderá efetuar a compensação na percentagem em que os mesmos puderem ser satisfeitos. Neste sentido Leitão, Luís Manuel de Teles Menezes (2011), “Direito da Insolvência”, 3ª edição, p.179 e para o Direito Alemão, Bromeier, Rudolf, in “Die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter”, ZinsO 2007, pp. 1208-1210

recíproca no lugar do pagamento do contra-crédito, tendo a conversão lugar na data em que a compensação produz os seus efeitos". Não são, no entanto, relevantes para o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 99º, n.º 1 do CIRE, para se poder operar a compensação a perda do benefício do prazo, prevista no n.º 1 do artigo 780º do C (artigo 99º, n.º 2, al. a) do CIRE) e a conversão em dinheiro e o vencimento antecipado resultantes do disposto no n.º 1 do artigo 91º e no artigo 96º, ambos do CIRE (artigo 99º, n.º 2, al. b) do CIRE).

O artigo 99º, n.º 4 do CIRE estabelece ainda que a compensação não é admissível:

- a) Se a dívida à massa se tiver constituído após a data da declaração de insolvência, designadamente em consequência da resolução de atos em benefício da massa insolvente, prevista nos artigos 120 e ss do CIRE;
- b) Se o credor da insolvência tiver adquirido o seu crédito de outrem, após a data da declaração de insolvência;⁽⁶⁰⁾
- c) Com dívidas do insolvente pelas quais a massa não seja responsável;
- d) Entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência.

Sendo admissível a compensação, a sua declaração extingue tanto o crédito do declarante como o do insolvente. Desta forma, o declarante obtém em termos económicos o valor integral do seu crédito, sendo subtraído ao regime do concurso de credores, que apenas lhe asseguraria uma percentagem do mesmo. Consequentemente, neste caso, o declarante não necessita de efetuar a reclamação do seu crédito. Apenas quando o valor do mesmo ultrapasse o montante do crédito do insolvente, poderá ele efetuar essa reclamação pelo remanescente.⁽⁶¹⁾

Posição diversa, teve o Acórdão da Relação de Coimbra, datado de 12/01/2010, que se pronunciou no sentido de que apenas o credor que tivesse reclamado o seu crédito poderia exercer a compensação no processo de insolvência.⁽⁶²⁾

Artigo 101º do CIRE ressalva o regime especial estabelecido nos artigos 283º e ss do CVM. Efetivamente estes artigos na redação do Decreto-Lei 375-A/2007, de 31 de outubro, estabelecem um regime especial que prevalece sobre as disposições do CIRE. Esse regime caracteriza-se por a abertura do processo não ter efeitos retroativos em relação aos direitos e obrigações dos participantes, nem afetar a irrevogabilidade das ordens de transferência ou o carácter definitivo da compensação (artigo 283º do CVM), nem sequer as garantias prestadas (artigo 284º do CVM). No caso de insolvência de um dos participantes, os seus direitos e obrigações regem-se pelo direito aplicável ao sistema (artigo 286º do CVM), sendo obrigatória a notificação da abertura do processo à CMVM.

(60) Aplicar-se-á esta disposição à transmissão dos créditos posterior à declaração de insolvência, havendo assim nesse caso um benefício em consequência dessa transmissão. Cfr. Leitão, Luís Manuel de Teles Menezes (25), "Cessão de Créditos", Coimbra, Almedina, p. 387.

(61) Leitão, Luís Manuel de Teles Menezes (2011), "Direito da Insolvência", 3ª edição, Coimbra, Almedina, pp.180-181

(62) Acórdão da Relação de Coimbra, de 12/01/2010 (Gonçalves Ferreira), CJ 35 (2010), 1, pp. 8-10.

Prevê-se, por fim, o ressarcimento do credor requerente das despesas inerentes à promoção do processo, através de um privilégio creditório mobiliário geral graduado em último lugar, relativamente a ¼ do montante do seu crédito, num máximo correspondente a 500 unidades de conta) (cfr. artigo 98º, n.º 1 do CIRE). A intenção é boa, mas nas palavras de Catarina Serra, “é possível que a tentação faça precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos e sem fundamento.”⁽⁶³⁾

a) Efeitos sobre os negócios em curso

Em relação aos negócios em curso, a lei estabelece genericamente o direito de opção do administrador de insolvência entre a execução do contrato e a recusa do seu cumprimento. Esse direito de opção é genericamente reconhecido no artigo 102º do CIRE, que a lei qualifica como “princípio geral”, mas que, no entanto, apenas se aplica a contratos bilaterais em que, à data da declaração de insolvência não haja ainda total cumprimento, nem pelo insolvente, nem pela outra parte.⁽⁶⁴⁾ Esses contratos ficam suspensos com a declaração de insolvência até que o administrador comunique se opta pela execução ou recusa o cumprimento (artigo 102º, n.º 1 do CIRE). A outra parte tem, porém, a faculdade de fixar ao administrador da insolvência um prazo para este exercer a sua opção, findo o qual se considera que recusa o cumprimento (artigo 102º, n.º 2 do CIRE).

A concessão deste direito de opção ao administrador de insolvência resulta do fato de a insolvência consistir numa impossibilidade geral de cumprimento das obrigações, que justifica a adoção de medidas em defesa dos credores. Ora, se o insolvente se visse forçado a cumprir negócios em curso, os pagamentos que efetuasse beneficiariam alguns credores em detrimento de outros, sendo por isso que a lei estabelece que os credores perdem, com a declaração de insolvência a possibilidade de exigir autonomamente os seus créditos. Correspondendo, no entanto, esses negócios em curso a contratos bilaterais, o sinalagma leva a que a outra parte não seja obrigada a cumprir, se o insolvente não o fizer. Ora, como o cumprimento desses contratos pode ser conveniente aos interesses da massa, concede-se ao administrador a possibilidade de optar entre o cumprimento do contrato ou a sua recusa,

(63) Serra, Catarina (2004), “O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução”, Coimbra, Almedina

(64) Ascensão, Oliveira, in ROA 65 (2005), pp. 288 e ss. = Themis, edição especial, 2005, pp. 111 e ss. = DJ 19 (2005), 2, pp. 239 e ss. = Estudos Sousa Franco, II, pp. 260 e ss. propõe a aplicação analógica desta disposição não apenas aos contratos bilaterais, mas também aos contratos e negócios unilaterais. Esta posição é contrariada por Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), “Direito da Insolvência”, 3ª edição, Coimbra, Almedina e por Vasconcelos, Luís Miguel Pestana, “O novo regime de insolvência da compra e venda”, RFDUP 3 (2006), pp. 521-559 (537), que não vêem que a analogia se justifique. No entender de ambos, ficam excluídos desta disposição os negócios unilaterais, os contratos unilaterais, os contratos bilaterais imperfeitos, assim como aqueles que contratos bilaterais sinalagmáticos em que uma das partes já tenha cumprido na íntegra.

consoante for ou não conveniente para a massa. Assim se consegue conciliar os interesses da massa e a tutela da igualdade dos credores com o regime característico dos contratos bilaterais. A lei determina assim que os contratos bilaterais ainda não integralmente cumpridos pelas partes se mantêm após a declaração de insolvência, ainda que num estado de suspensão até ao exercício pelo administrador do seu direito de opção. Daqui resulta a conclusão de que a declaração de insolvência afeta as pretensões de cumprimentos desses contratos bilaterais pela outra parte, apenas as suspende provisoriamente. É apenas a decisão do administrador de insolvência, no caso de optar pela recusa do cumprimento, que inviabiliza essas pretensões, gerando um direito de indemnização na outra parte, o qual se deve considerar correspondente a uma responsabilidade por fatos lícitos.

A opção pela recusa não afeta os direitos de separação de bens, a que se referem os artigos 141º e ss, os quais podem continuar a ser exercidos. Implica, no entanto, que o contrato deixe de poder ser executado para o futuro, embora a recusa não tenha de ser retroativa, já que nenhuma das partes tem direito de restituição do que já prestou (artigo 102º, n.º 3, alínea a) do CIRE). A massa insolvente pode, porém, exigir o valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que ainda não tenha sido realizada pela outra parte (artigo 102º, n.º 3, alínea b) do CIRE), assim como a outra parte tem direito a exigir, como crédito sobre a insolvência, o valor da prestação de devedor, deduzido do valor da contraprestação correspondente que ainda não tenha sido realizada (artigo 102º, n.º 3, alínea c) do CIRE).

A recusa de cumprimento por parte do administrador de insolvência não prejudica o direito à indemnização pelos prejuízos causados à outra parte pelo incumprimento, ainda que esta indemnização seja fortemente restringida (artigo 102º, n.º 3, alínea d) do CIRE). Assim, para além de esta indemnização ter a natureza de crédito sobre a insolvência (artigo 102º, n.º 3, alínea d) (iii) do CIRE), o seu montante é limitado ao valor da contraprestação correspondente à prestação já efetuada pelo devedor, na medida em que não tenha sido realizada pela outra parte (artigo 102º, n.º 3, alíneas d) (i) e b) do CIRE), sendo ainda abatida do quantitativo a que a outra parte tenha direito (artigo 102º, n.º 3, alínea d) (ii) do CIRE), ou seja, o valor da prestação do devedor, na parte incumprida, deduzido do valor da contraprestação de que a outra parte ficou exonerada (artigo 102º, n.º 3, alínea c) do CIRE).

No caso de o administrador de insolvência optar pelo cumprimento do contrato, ele adquire o direito de exigir as prestações contratualmente acordadas, tendo a outra parte igualmente o direito de exigir esse cumprimento, o qual constitui dívida da massa, nos termos do artigo 51º, n.º 1, alínea f) do CIRE, salvo na medida correspondente à contraprestação já realizada pela outra parte anteriormente à declaração de insolvência ou que se reporte a período anterior a essa declaração. Daqui resulta, por exemplo, que num contrato de fornecimento de mercadorias, o pagamento das que tiverem sido entregues antes da declaração de insolvência constitui simples dívida da insolvência, ao passo que o pagamento das que tiverem sido fornecidas após a declaração constitui dívida da massa. Como dívida da massa, a satisfação dos contratos cujo cumprimento não seja recusado pelo administrador

goza de prioridade em face dos créditos sobre a insolvência (artigo 172º, n.º 1 do CIRE). Salienta-se, no entanto, que é considerada abusiva a opção pela execução do contrato se o cumprimento pontual das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável (artigo 102º, n.º 4 do CIRE).

O CIRE nos artigos 103º e ss estabelece uma sequência de efeitos especiais sobre as particulares situações ou relações jurídicas que podem envolver o devedor. São elas as seguintes:

- prestações indivisíveis (cfr. artigo 103º);
- contrato de compra e venda (cfr. artigos 104º e 105º);
- promessa de contrato (cfr. artigo 106º);
- operações a prazo (cfr. artigo 107º);
- contrato de locação (cfr. artigos 108º e 109º);
- contratos de mandato e de gestão (cfr. artigo 110º);
- contrato de prestação duradoura de serviço (cfr. artigo 111º);
- procurações (cfr. artigo 112º);
- insolvência do trabalhador (cfr. artigo 113º);
- prestação de serviço pelo devedor (cfr. artigo 114º);
- cessão e penhor de créditos futuros (cfr. artigo 115º);
- contas correntes (cfr. artigo 116º);
- associação em participação (cfr. artigo 117º);
- agrupamento complementar de empresas (ACE) e agrupamento europeu de interesse económico (AEIE) (cfr. artigo 118º).

3- A DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA E MANUTENÇÃO DOS ÓRGÃOS SOCIAIS

3.1- COM A ADMINISTRAÇÃO DO ADMINISTRADOR DE INSOLVÊNCIA

3.1.1- DEVER DE COLABORAÇÃO

Nos termos do artigo 36º, alínea c) do CIRE, na sentença que declara a insolvência, o juiz deve fixar residência, quer ao próprio devedor, quer aos administradores do devedor (cfr. artigo 6º do CIRE). Estas entidades passam assim a estar sujeitas a um regime de residência fixa, o que os impede de mudar de residência ou de dela se afastarem sem comunicação ao Tribunal.

O regime desta fixação de residência deve ser integrado a partir do artigo 196º do CPP.

O devedor e os seus administradores ficam também, em consequência da declaração de insolvência, vinculados por várias obrigações, constantes do artigo 83º do CIRE.

Em primeiro lugar, o devedor fica vinculado por um dever genérico de prestar toda a colaboração que lhe for requerida pelo administrador de insolvência para efeitos de desempenho das suas funções (artigo 83º, n.º 1, alínea c) do CIRE), tendo igualmente o dever

de prestar todas as informações relevantes para o processo que lhe sejam solicitadas pelo administrador de insolvência, pela assembleia de credores, pela comissão de credores ou pelo tribunal (artigo 83º, número 1, alínea a) do CIRE).⁽⁶⁵⁾

Ocorrendo a recusa de cumprimento de qualquer destes deveres é a mesma objeto de livre apreciação pelo tribunal, nomeadamente para efeitos de qualificação da insolvência como culposa (artigo 83º, n.º 3 do CIRE). No caso, porém, de ocorrer o incumprimento reiterado do dever de colaboração até à data de elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188º do CIRE, o juiz perde a possibilidade de livre apreciação, devendo declarar necessariamente a insolvência como culposa (artigo 186º, número 2, alínea i) do CIRE).

Na opinião de Luís Menezes Leitão, Rosário Fernandes e de Carvalho Fernandes e João Labareda, dado que o incumprimento reiterado dos deveres de colaboração e de apresentação estabelece uma presunção inilidível de insolvência culposa, o n.º 3 do artigo 83º só pode ser aplicável fora dessa situação.⁽⁶⁶⁾

Outro dever que recai sobre o insolvente é o de se apresentar pessoalmente no tribunal, sempre que tal lhe seja determinado pelo juiz ou pelo administrador de insolvência, salvo a ocorrência de legítimo impedimento ou expressa permissão de se fazer representar por mandatário (artigo 83º, n.º 1, alínea b) do CIRE). Em caso de falta sem justificação, o juiz ordena a comparência do devedor sob custódia, sem prejuízo de multa aplicável (artigo 83º, n.º 2 do CIRE) tendo, ainda, no caso de incumprimento reiterado desse dever, que declarar a insolvência como culposa (artigo 83º, n.º 3 do CIRE). A lei sujeita aos mesmos deveres de colaboração, informação e apresentação e, conseqüentemente às mesmas sanções, os administradores do devedor (cfr. artigo 6º, n.º 1 do CIRE), e os membros do seu órgão de fiscalização, bem como as pessoas que tenham desempenhado esses cargos nos dois anos anteriores (artigo 83º, n.º 4 do CIRE). Já os empregados e prestadores de serviços do devedor, bem como as pessoas que o tenha, sido nos dois anos anteriores ao início do processo, são sujeitos aos deveres de colaboração e de informação, mas não ao dever de apresentação pessoal (artigo 83º, n.º 5 do CIRE).

(65) Como referem Montón Redondo e Montón Garcia, obra citada p. 106, estes deveres de informação destinam-se a proporcionar todos os dados, normalmente económicos, de que o administrador de insolvência necessite, relacionados com os aspetos patrimoniais da atividade do devedor. É de notar, que a própria sentença de insolvência decreta a apreensão da contabilidade do devedor para entrega ao administrador de insolvência (artigo 36º, alínea g) do CIRE) e dela pode constar a determinação de que o devedor entregue imediatamente ao administrador de insolvência os documentos referidos no número 1 do artigo 24º do CIRE, quando estes ainda não constem dos autos.

(66) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, "Código da Insolvência", sub artigo 83º, n.º 2, p. 126, Epifânio, Rosário, Manual, p. 75 e Carvalho, Fernandes e Labareda, João, "Código da Insolvência", sub artigo 83º, n.º 2, p. 348.

3.1.2- MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE PERANTE OS CREDORES

Como já referido anteriormente, nos termos do artigo 82º, n.º 1 do CIRE os órgãos sociais do devedor mantêm-se em funcionamento após a declaração de insolvência, não sendo os seus titulares remunerados, salvo no caso previsto no artigo 227º do CIRE, podendo, no entanto, renunciar aos cargos logo que procedam ao depósito das contas anuais com referência à data da decisão de liquidação em processo de insolvência (artigo 82º, n.º 2 do CIRE).

Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador de 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 fato, 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.

Todas estas ações correm por apenso ao processo de insolvência (artigo 82º, n.º 6 do CIRE).

A ação dirigida contra o administrador de insolvência com a finalidade prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 82º do CIRE, apenas pode ser intentada por administrador que lhe suceda (artigo 82º, n.º 5 do CIRE).

Compete unicamente ao administrador de insolvência a exigência aos sócios, associados ou membros do devedor, logo que que a tenha por conveniente, das entradas de capital diferidas e das prestações acessórias em dívida, independentemente dos prazos de vencimento que hajam sido estipulados, intentando para os efeitos as ações que se revelem necessárias.

Em resumo, a declaração de insolvência, não exclui o devedor e os seus administradores da responsabilidade perante os credores. Relativamente aos administradores do devedor, o artigo 82º enumera como efeitos exclusivos da declaração de insolvência os seguintes:

- perda do direito à remuneração dos titulares dos órgãos sociais do devedor (artigo 82º, n.º 1 do CIRE);
- obrigação de indemnizar dos sujeitos que causem a diminuição do património integrante da massa insolvente pelos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência (artigo 82º, n.º 2, alínea b) do CIRE);
- exigibilidade imediata das entradas de capital diferidas e das prestações acessórias em dívida (artigo 82º, n.º 3 do CIRE).

Deve todavia, ter-se presente que eles não são efeitos únicos, pois os efeitos sobre o devedor são, quase na sua totalidade, extensíveis aos administradores.

A norma do artigo 82º do CIRE parece ter por finalidade principal reduzir os riscos de insuficiente satisfação dos credores do insolvente. Há medidas tendentes a evitar a diminuição do valor da massa insolvente e a aumentá-lo e medidas destinadas a constituir e a reforçar a garantia que os patrimónios de outros responsáveis representam para os credores do insolvente.

O seu n.º 1 pode no entanto causar alguma estranheza – como podem manter-se em funcionamento os órgãos de administração do insolvente após a declaração de insolvência se, por força do artigo 81º, n.º 1, a partir da declaração de insolvência, eles ficam privados dos poderes de administração e disposição dos bens do insolvente? Segundo Catarina Serra, “Não se trata da hipótese de administração da massa insolvente pelo devedor (cfr. artigos 223º e ss), pois aí mantêm-se as remunerações dos administradores (cfr. artigo 227º). Admite-se que o preceito vise regular uma situação temporária (entre a data da declaração de insolvência da entidade devedora e a data da decisão definitiva sobre o seu destino) e homenagear o princípio da não interrupção da atividade (mínima) da empresa (cfr. artigo 156, n.º 2). Não sendo possível, antes da decisão sobre o destino da empresa uma “reinvestidura” formal dos órgãos nos seus cargos, compreende-se que, durante este período, eles não sejam remunerados e tenham, em contrapartida, o direito de renunciar aos seus cargos com efeitos imediatos. Ao atribuir este direito de renúncia, a norma deixa na exclusiva disponibilidade dos órgãos a realização daquele que é, aparentemente, o seu fim: garantir a continuidade da empresa até à decisão definitiva sobre o seu destino. Nem outra solução seria admissível, dada a extinção do direito de remuneração.”⁽⁶⁷⁾

3.1.3- CULPA DOS ATOS SUSCETÍVEIS DE RESOLUÇÃO

Nos termos do disposto no artigo 120º, n.º 1 do CIRE, “podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa praticados dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência”.

São atos prejudiciais à massa “os atos que diminuam, frustrem, dificultem, ponham em perigo ou retardem a satisfação dos credores da insolvência” (artigo 120º, n.º 2 do CIRE). Esses atos prejudiciais encontram-se descritos no artigo 121º, n.º 1 do mesmo diploma legal (artigo 120º, n.º 2 do CIRE).

O que significa resolução em benefício da massa e quais são os seus requisitos? A resolução permite resolver atos praticados ou omitidos (nos casos em que, por força do contrato ou da lei, o silêncio tem força declarativa) pelo insolvente no período anterior à data de início do processo (artigo 4º, n.º 2 do CIRE). Este instituto da resolução em benefício da massa

(67) Serra, Catarina (2004), “O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução”, Coimbra, Almedina.

tem, assim, em vista a proteção da generalidade dos credores, no confronto com o interesse individual deste ou daquele credor em particular, através da reconstituição do património do devedor.

Os requisitos gerais da resolução são: a **temporalidade** – o ato tem de ser praticado nos quatro anos anteriores ao início do processo e insolvência, nos termos do n.º 1 do artigo 120º do CIRE (artigo 4º n.º 2 do CIRE); e a **prejudicialidade** – o ato praticado tem de ser prejudicial à massa no sentido em que afeta os interesses dos credores, ou seja, implica uma diminuição da massa, ou um atraso no pagamento (artigo 120º, n.º 2 do CIRE).

A resolução pode ser:

- a) Condicional – a prevista no n.º 2 do artigo 120º do CIRE – porque exige a verificação de certos requisitos gerais;
- b) Incondicional – a que dispensa a verificação de quaisquer outros requisitos – os previstos no artigo 121º do CIRE – que, nos termos no n.º 3 do artigo 120º do CIRE, se presumem prejudiciais à massa, sem admissão de prova em contrário – **presunção tantum iuris**.

Contrariamente à resolução incondicional, a resolução condicional depende da verificação dos requisitos gerais (prejudicialidade e temporalidade) e ainda da má fé do “terceiro” que contrata com o insolvente, tal como definida no n.º 5 do artigo 120º do CIRE. Ou seja, o terceiro tem de conhecer, à data do ato, uma das circunstâncias referidas nas três alíneas do n.º 5 do referido artigo 120º:

- a) a situação de insolvência atual do devedor (artigo 3º do CIRE);
- b) a situação de insolvência iminente do devedor (artigo 3º, n.º 4 do CIRE) e o prejuízo à massa, que implicava tal ato – prejudicialidade definida n.º 2 do artigo 120º ;
- c) o início do processo de insolvência (artigo 4º, n.º 2 do CIRE).

Todavia, o n.º 4 do artigo 120º do CIRE configura a presunção da má fé do “terceiro” preenchidos dois pressupostos: (i) a ocorrência do ato, ou omissão, nos dois anos anteriores ao início do processo (artigo 4º, n.º 2 do CIRE); e (ii) o aproveitamento/benefício por parte da pessoa especialmente relacionada com o devedor (artigo 49º do CIRE), ainda que a relação não existisse à data da prática do ato, ou da sua omissão.

Os casos em que opera a presunção, não é necessário estarem preenchidos os requisitos da má fé enumerados no n.º 5 do artigo 120º do CIRE.

Para que a resolução extrajudicial de negócio em benefício da massa insolvente opere, nos termos dos artigos 120º e 121º, n.º 1 do CIRE, é indispensável que o administrador remeta declaração resolutória a todos os intervenientes no negócio, mesmo a terceiros e independentemente de se tratar de uma resolução incondicional. Tal declaração concretiza-se nos seis meses seguintes ao conhecimento do ato, mas nunca depois de dois anos sobre a data da declaração de insolvência (artigo 123º, n.º 1 do CIRE). Salienta-se que o prazo conta-se a partir do conhecimento do ato resolúvel por parte do administrador de insolvência e não do conhecimento dos requisitos necessários à existência do direito de resolução dos atos em causa.

A declaração resolutiva é uma declaração recetícia sujeita ao regime do artigo 224º do CC, pelo que para produzir efeitos tem de chegar ao poder do destinatário ou ser dele conhecida. Não basta remeter a carta resolutiva para a morada conhecida do destinatário, que não a reclama, e por isso é devolvida, para que se considere eficaz a declaração. Por razões probatórias e de certeza, o legislador exige a respetiva transmissão por carta registada com aviso de receção, ficando ainda possibilitada a demonstração da comunicação não ter chegado ao conhecimento do destinatário apenas por culpa sua, já que remetida para o seu domicílio.⁽⁶⁸⁾ Nos termos do artigo 224º, n.º 1 do CC é necessário que se prove quando o declaratório não recebeu a declaração por razões que lhe são imputáveis. De acordo com este normativo legal, só a responsabilidade exclusiva do destinatário na não receção da declaração faz equivaler a declaração não recebida a uma declaração plenamente eficaz.

A culpa e a exclusividade da culpa enquanto conceitos indeterminados impõem uma apreciação casuística, ponderando designadamente, o específico contexto que os fatos negociais ocorreram, pelo que, a dificuldade residirá sempre na valoração dos comportamentos (ações ou omissões) dos destinatários suscetíveis de integrarem tal situação.

Na ausência de outro critério delimitador do conceito de culpa e inexistindo presunção de culpa em tal caso é ao declarante que incumbe fazer a prova da culpa do declaratório no não recebimento da declaração (art. 342º, n.º 1 do CC). A culpa deve ser apreciada casuisticamente, relevando as circunstâncias especiais e gerais da situação concreta e em função do critério do *bónus pater familiae* (artigo 487º, n.º 2 do CC), critério que nos remete para o padrão do cidadão médio, uma vez que a situação não cabe no âmbito da responsabilidade contratual.

Contudo, o artigo 121º do CIRE prevê a denominada “resolução incondicional”, em que se dispensam os requisitos gerais da resolução e se consagra uma presunção inilidível de prejudicialidade para a massa insolvente dos atos indicados nas várias alíneas do n.º 1 do referido artigo 120º do CIRE.

Igualmente nas situações elencadas no n.º 1 do artigo 120º do CIRE, a resolubilidade do ato prejudicial à massa insolvente não carece da demonstração da má fé de terceiros intervenientes no ato objeto de resolução (art. 120. n.º 4 do CIRE). Para além disso, a lei não impõe a necessidade de comunicar a terceiros não intervenientes no ato resolutivo, a declaração resolutória.

Em resumo, nos casos de resolução incondicional, a prejudicialidade à massa insolvente é presumida *júris er de jure* (artigo 120º, n.º 3 do CIRE), não carecendo a resolução da demonstração da má fé do terceiro interveniente no ato objeto de resolução (artigo 120º, n.º 4 do CIRE).

Fora do âmbito de previsão do artigo 121º, n.º 1 do CIRE, ou seja, nos casos de resolução condicional, terá de ser demonstrada a prejudicialidade à massa insolvente (artigo 120º, n.º 2 do CIRE) e, bem, assim, a má fé do terceiro, sendo essa má fé presumida, *jusris*

(68) Morais, Gravato de, “Resolução em Benefício da Massa Insolvente”, p. 154

tantum, quanto a atos cuja prática ou omissão tenha ocorrido dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência e em que tenha participado ou de que tenha aproveitado pessoa especialmente relacionada com o insolvente, ainda que a relação especial não existisse a essa data (artigo 120º, n.º 4 do CIRE). Ou seja, o terceiro pode ilidir a presunção por prova em contrário, nomeadamente pela não verificação de qualquer das circunstâncias previstas no n.º 5 do artigo 120º do CIRE, de cujo conhecimento, por parte do terceiro, decorre a existência de má fé.

3.1.4- IMPUTAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

A insolvência é classificada culposa, de acordo com o n.º 1 do artigo 189º do CIRE, quando a sua criação ou agravamento resulte de comportamento doloso, ou com culpa grave, do devedor e/ou dos seus administradores (de fato ou de direito, nos termos do artigo 6º do CIRE) nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Se os fatos ocorrerem num período anterior àqueles três anos, as condutas não são passíveis de punição, via incidente de qualificação.

A insolvência é sempre classificada como culposa quando os administradores, de fato ou de direito, do devedor pratiquem os fatos descritos nas alíneas a) a i) do n.º 2 do artigo 189º do CIRE. A mera prática destes atos constitui presunção inilidível da qualificação da insolvência como culposa.

A noção geral de insolvência culposa no n.º 1, aplica-se a todos os devedores (pessoas singulares ou coletivas). Contudo, os n.ºs 2 e 3 apenas se aplicam a pessoas coletivas, com exceção da ressalva feita no n.º 4.

As pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa devem ser condenadas na sentença de qualificação a pagarem uma indemnização aos credores do devedor insolvente que deve ser “no montante dos créditos não satisfeitos, até à força dos respetivos patrimónios.” (artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE).

Assim, quanto ao âmbito de aplicação, serão sujeitos passivos desta obrigação de indemnização, as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa: administradores de direito ou de fato, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas (artigo 189º, n.º 2, alínea a) do CIRE).

Todos os afetados pela qualificação são solidariamente responsáveis pelo pagamento do montante referido e a sua responsabilidade pode afetar todo o seu património, Mas evidentemente, é limitada ao montante dos créditos não satisfeitos: não diz respeito a todos os créditos. Se a responsabilidade dos afetados pela qualificação é solidária, pode ser exigido de qualquer um deles todo o montante (artigo 519º, n.º 1 do CC). Por outro lado, “se a obrigação de indemnizar se estende “até à força” dos patrimónios dos afetados (de cada um deles), isto parece significar que se pretende tornar claro que todos os bens do património de cada

afetado respondem.”⁽⁶⁹⁾

Os credores com direito à indemnização são os credores do devedor que não viram os seus créditos (totalmente) satisfeitos. Integram-se aqui, os credores da insolvência que viram os seus créditos verificados por sentença transitada em julgado (cfr. artigo 173º do CIRE). Mas que dizer dos credores da massa? Também estes podem não conseguir receber tudo aquilo a que tinham direito. No entanto, os credores da insolvência são titulares de créditos cujo fundamento é anterior à data da declaração de insolvência (artigo 47º do CIRE). Já não parece justificar-se que a obrigação de indemnizar prevista no artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE, beneficie também os titulares de créditos cujo fundamento é posterior à data da declaração de insolvência. E, sobretudo, isso não seria razoável tendo em conta o que conduz a considerar alguém como afetado pela qualificação da insolvência como culposa.⁽⁷⁰⁾

A condenação de indemnizar não parece estar dependente de pedido formulado nesse sentido, o que é estranho. O CIRE também não esclarece a quem deve ser efetuado o pagamento: à massa ou a cada um dos credores? Apesar de no artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE, se ler que as pessoas afetadas serão condenadas a “indemnizarem os credores do devedor”, o pagamento direto a cada credor na pendência do processo de insolvência iria permitir que surgisse violação ao princípio da igualdade ou à graduação de créditos realizada. As indemnizações devem, por isso, integrar primeiro a massa insolvente e, só depois, servirem para pagar aos credores.⁽⁷¹⁾

É, também, possível invocar o regime do artigo 82º, n.º 3, alínea b) do CIRE, cuja aplicação analógica parece fazer sentido para alguns autores.⁽⁷²⁾ Este preceito atribui exclusiva legitimidade ao administrador de insolvência para, na pendência do processo de insolvência, propor e fazer seguir as “ações destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa

(69) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra Almedina, p. 388. Considerando que a lei “pretende é excluir a possibilidade de os afetados pela qualificação serem declarados insolventes por não poderem cumprir esta obrigação de indemnização na sua integralidade”. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2012), “Direito da Insolvência”, 4ª edição, Coimbra, Almedina, p. 282.

(70) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, p. 388. Considerando que a lei “pretende é excluir a possibilidade de os afetados pela qualificação serem declarados insolventes por não poderem cumprir esta obrigação de indemnização na sua integralidade”. Também parece ser essa a opinião de Fernandes, Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, pp. 736 e ss

(71) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 389; Epifânio, Maria do Rosário (2014), “Manual de direito da insolvência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, p. 142.

(72) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 389; Epifânio, Maria do Rosário (2014), “Manual de direito da insolvência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, p. 142.

insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência.” E isto tanto em relação às ações declarativas como às ações executivas. A lei não distingue.

Porém, com o encerramento do processo de insolvência, cessam em regra as atribuições do administrador de insolvência (artigo 233º, n.º 1, alínea b) do CIRE) e os credores da insolvência e da massa podem exercer os seus direitos nos termos do artigo 233º, n.º 1, alíneas c) e d) do CIRE.

A obrigação de indemnizar deve constar obrigatoriamente da sentença que qualifica a insolvência como culposa, não competindo ao juiz qualquer apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil, mas apenas dos pressupostos da insolvência culposa. ⁽⁷³⁾

Esta responsabilidade aquiliana é subsidiária, pois só quando a massa é insuficiente para a satisfação de todos os credores é acionada – fica, por isso, sujeita a uma condição suspensiva.

O momento do apuramento do montante indemnizatório depende da tramitação do processo em concreto – mas, se for aprovado um plano de insolvência, em que momento e em que termos se fixa o valor da indemnização? O artigo 180º, n.º 4 do CIRE, preceitua que, caso não seja possível no momento da prolação da sentença qualificadora calcular o montante do prejuízo sofrido, deverá pelo menos estabelecer os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença. Compreende-se que assim seja. Se não estiver terminada a liquidação da massa insolvente, pode não ser possível saber qual será o montante dos créditos não satisfeitos. E é esse montante que parece ser também o montante dos prejuízos sofridos tido em conta no artigo 189º, n.º 4 do CIRE.

Note-se, porém, que o artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE, não se aplica apenas nos casos em que há liquidação nos termos previstos no CIRE. Se foi aprovado e homologado um plano de insolvência, podem ficar créditos por satisfazer. O artigo 127º, alínea c) do CIRE estabelece que o cumprimento do plano de insolvência “exonera o devedor e os responsáveis legais da totalidade das dívidas da insolvência remanescentes”.

Coloca-se a questão se, para os efeitos acabados de referir, os afetados pela qualificação da insolvência como culposa e que estão obrigados a indemnizar nos termos do artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE, são “responsáveis legais”. No entendimento de Alexandre de Soveral Martins, não parece, “uma vez que, segundo o art. 6º, 2, só o são “as pessoas que, nos termos da lei, respondam pessoal e ilimitadamente pela generalidade das dívidas do insolvente, ainda que a título subsidiário”. E (...) os referidos afetados não respondem ilimitadamente pelas dívidas do insolvente. Esse será, por isso, um dos aspetos a ter em conta na redação do plano de insolvência. Tanto mais que os sujeitos afetados pela qualificação da

(73) Defendendo que a imposição deste dever ao juiz confere carácter automático à responsabilidade, veja-se o Parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre o Anteprojecto de 24 de Novembro de 2011, p. 5. Epifânio, Maria do Rosário (2104), tem uma posição contrária, no seu entendimento a responsabilidade não é automática, pois depende do preenchimento dos pressupostos previstos no artigo 186º do CIRE, “Manual de direito da insolvência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, p. 140, nota de rodapé n.º 446.

insolvência como culposa e condenados de acordo com o disposto no art. 189º, 2, e), não são codevedores nem garantistas da obrigação (art. 217º, 4).”⁽⁷⁴⁾

Esta responsabilidade é solidária assim, se houver várias pessoas afetadas pela qualificação da insolvência, vale a regra “um todos e todos por um”.

O artigo 189º, n.º 4 do CIRE, permite afirmar que na qualificação da insolvência como culposa o juiz, se o puder fazer, terá que fixar o valor da indemnização devida a cada um dos credores. O plural utilizado assim o indica: “fixar o valor das indemnizações devidas”. Mas essa fixação parece depender não apenas da liquidação, como da verificação e graduação de créditos. Esses são aspetos que estarão certamente entre os critérios a utilizar para a quantificação em liquidação de sentença. E, em liquidação da sentença, até se pode acabar por concluir que não há nada a pagar.

Assim, quanto ao critério de repartição interna da responsabilidade, no entendimento de Maria do Rosário Epifânio, “o artigo 189º, n.º 2, alínea a) do CIRE impõe ao juiz a fixação do grau de culpa das pessoas afetadas, o que poderá ter relevância para efeitos do artigo 497º, n.º 2 do CC, e, assim, de uma mais justa repartição interna da responsabilidade.”⁽⁷⁵⁾

Para Alexandre de Soveral Martins, “a obrigação de indemnizar que recai sobre as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa compreende-se melhor se pensarmos no que conduziu à sua afetação. Mas a lei já não parece exigir que a concreta atuação de cada uma das pessoas afetadas seja causa da insuficiência do património do insolvente para satisfazer todos os créditos. E isso mostra que ainda se pode falar de uma dimensão punitiva ou sancionatória da responsabilidade. Tanto mais que o juiz tem o dever de proferir a condenação em causa. Tudo o que foi dito leva a afastar uma leitura que visse no artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE apenas uma presunção legal de culpa e/ou de nexo causal.”⁽⁷⁶⁾

Por fim, acrescenta-se que esta responsabilidade é limitada, pois abrange apenas “o passivo a descoberto” e não os danos causados aos credores.⁽⁷⁷⁾ Isto significa, desde logo, que, ao abrigo do artigo 189º, n.º 2, alínea e) do CIRE, o montante da indemnização não poderá ser superior.

(74) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 390

(75) Epifânio, Maria do Rosário (2014), “Manual de direito da insolvência”, 6ª edição, Coimbra, Almedina, p. 141

(76) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 391

(77) Se, no Anteprojecto, a lei se referia aos prejuízos sofridos pelos credores, o texto final da Lei n.º 16/2012, de 20/04, manda indemnizar os credores no montante dos créditos não satisfeitos

3.2- COM A ADMINISTRAÇÃO PELO DEVEDOR

3.2.1- ÂMBITO DE APLICAÇÃO E REGIME DE CONCESSÃO DA ADMINISTRAÇÃO DA MASSA PELO DEVEDOR INSOLVENTE

Com aplicação restrita às situações em que na massa insolvente esteja compreendida uma empresa (artigo 223º do CIRE), prevê-se nos artigos 224º e seguintes a possibilidade de a massa insolvente ser administrada pelo devedor. Tal pode resultar de decisão do juiz na sentença que declara a insolvência (artigo 36º, alínea e) do CIRE). Em face deste regime, o pedido correspondente pode ser formulado em dois momentos distintos: se o processo de insolvência começar por apresentação do devedor, deve o pedido de concessão da administração constar da petição inicial; se o processo for da iniciativa de terceiros, o pedido deve ser feito na contestação ou, não querendo o devedor contestar, no prazo correspondente (10 dias – artigo 30º, n.º 1 do CIRE). Pode, no entanto, a atribuição dessa administração ser decidida pela assembleia de credores, após requerimento do devedor (artigo 224º, n.º 3 do CIRE). O regime jurídico num caso (decisão do juiz) e noutro (deliberação da assembleia de credores) não é o mesmo, pois os pressupostos são diferentes, mas o requerimento do devedor é sempre necessário: o juiz não pode decidir oficiosamente atribuir a administração da massa insolvente ao devedor nem a assembleia de credores pode deliberar no mesmo sentido sem aquele requerimento. Tendo em conta os pressupostos cuja verificação é exigida, o devedor tem que fundamentar o seu requerimento.

Para que o juiz determine a administração pelo devedor (artigo 224º, n.º 1 do CIRE), é necessário que considere não haver “razões para recear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores” (artigo 224º, n.º 2, alínea c) do CIRE). Da formulação legal extrai-se que não será concedida a administração da massa ao devedor se há razões para os receios mencionados, isto é, razões que conduzam ao juízo de prognose ali previsto.

Haverá razões para recear atrasos na marcha do processo se, por exemplo, já houver manifestações sérias de credores em sentido contrário à atribuição da massa insolvente ao devedor quando a importância desses credores permita recear que facilmente terá lugar uma deliberação da assembleia de credores pondo termo à referida administração.

As desvantagens para os credores existem se os seus interesses são postos em perigo ou se ficam em pior situação do que ficariam no caso de não haver administração da massa pelo devedor.

Se a insolvência não for requerida pelo devedor (cfr. artigo 20º, n.º 1 do CIRE), é necessário que o requerente dê o seu acordo quanto à administração da massa pelo devedor (artigo 224º, n.º 2, alínea d) do CIRE). Isto significa que o requerente da declaração de insolvência tem neste caso um verdadeiro direito de veto.

É ainda exigido que o devedor já tenha apresentado plano de insolvência ou que se comprometa a apresentá-lo no prazo de trinta dias após a sentença de declaração de

insolvência. Esse plano deverá prever a continuidade da exploração da empresa pelo devedor (artigo 224º, n.º 2, alínea b) do CIRE).

Se estão reunidos os pressupostos legalmente previstos para que o juiz possa determinar que a administração da massa insolvente seja assegurada pelo devedor, a dúvida que pode surgir é a de saber se o juiz fica então obrigado a decidir nesse sentido. Na verdade, o artigo 224º, n.º 1 do CIRE, parece conferir ao juiz o poder de não atribuir aquela administração ao devedor ainda que estejam preenchidos os pressupostos previstos.

No caso de administração da massa pelo devedor ser decidida por deliberação da assembleia de credores, já não é preciso que não existam “razões para rezear atrasos na marcha do processo ou outras desvantagens para os credores”, nem é necessário que o requerente da insolvência, quando não seja o devedor, dê o seu acordo. Isso significa que a assembleia de credores pode ultrapassar a recusa de acordo do requerente da insolvência que não seja o devedor (artigo 224º, n.º 2, alínea d) do CIRE). Mas é ainda exigido que o devedor requeira aquela administração e que já tenha apresentado o plano de insolvência ou se comprometa a apresentá-lo no prazo de trinta dias a partir da deliberação dos credores. Esse plano deve igualmente prever a continuidade da exploração da empresa pelo devedor.

Aparentemente, o artigo 224º, n.º 3 do CIRE, confere à assembleia de credores o poder de confiar ou não ao devedor a administração da massa insolvente. Entendido assim o preceito, uma vez tomada a decisão pela assembleia de credores, a administração da massa insolvente foi conferida ao devedor. Embora a norma pudesse ser mais clara, na opinião de Alexandre de Soveral Martins e de Rui Pinto Duarte, é necessária uma subsequente decisão judicial a confiar a administração ao devedor. ⁽⁷⁸⁾

No entendimento de Alexandre de Soveral Martins, é sempre necessária uma subsequente decisão judicial a confiar a administração da massa insolvente ao devedor, “desde logo, porque o artigo 224º, n.º 3, não estabelece que são os credores que confiam essa administração ao devedor. O que resulta do preceito é que os credores podem deliberar que a administração é confiada ao devedor. Encontramos uma redação semelhante à do artigo 224º, número 3, no artigo 22º, n.º 1, alínea b): a assembleia de credores pode deliberar pôr termo à administração da massa pelo devedor, mas ainda quando delibera assim é exigida decisão judicial a pôr termo à referida administração. O próprio artigo 224º, n.º 3, liga-se ao disposto no n.º 1 através da palavra “também”: a administração da massa insolvente “é também confiada ao devedor (...)” Confiada pelo juiz mediante deliberação dos credores. Note-se que a leitura defendida parece ser também a que estava no espírito do legislador: no *Preâmbulo não publicado do Decreto-Lei que aprova o Código*, surgia escrito que a assembleia de credores podia dar a “anuência” à manutenção da administração da massa insolvente pelo devedor.” ⁽⁷⁹⁾

(78) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 313; Duarte, Rui Pinto, “A administração da empresa insolvente: rutura ou continuidade?”, in Catarina Serra (coord.), I Congresso de Direito da Insolvência, cit. P. 166.

(79) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 314.

Qualquer que seja a leitura adotada, a verdade é que nos casos em que a administração foi confiada ao devedor por assim ter sido deliberado pelos credores torna-se necessário que o devedor, se ainda não o fez, apresente plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa por si próprio no prazo de 30 dias após a deliberação dos credores.

A atribuição da administração da massa insolvente ao devedor está, como se viu supra, dependente de requerimento formulado nesse sentido pelo próprio devedor. Mas em que momento deve ser apresentado esse requerimento? Até que momento ele pode ser apresentado? A lei não é clara. Tanto mais que a atribuição da administração da massa insolvente ao devedor pode ter lugar por decisão do juiz na sentença de declaração de insolvência ou pode ser deliberada pelos credores na assembleia de apreciação do relatório ou em assembleia que a preceda (artigo 224º, n.º 3 do CIRE).

Para que o juiz decida na sentença de declaração de insolvência atribuir a administração da massa insolvente ao devedor, já deve constar do processo o referido requerimento. No caso de ser o próprio devedor a apresentar-se à insolvência, a sentença de declaração de insolvência é proferida num prazo muito curto (artigo 28º do CIRE). Logo, nesta situação, o devedor para ver ser-lhe atribuída a administração da massa insolvente naquela sentença, deve apresentar o correspondente requerimento na petição inicial. Não pode, no entanto, condicionar o pedido de declaração de insolvência à atribuição da administração da massa insolvente ao devedor.

Se, porém, não foi o devedor quem requereu a declaração de insolvência, pode também apresentar o requerimento por si na oposição ou no prazo desta. Mas poderá fazê-lo mais tarde? Poderá fazê-lo até ao momento de ser proferida a sentença de declaração de insolvência?

Na opinião de Alexandre de Soveral Martins “O requerimento pode ser apresentado até ser proferida sentença de declaração de insolvência: é isso que decorre do disposto no artigo 224º, 1 e 2, alínea a).”⁽⁸⁰⁾ Carvalho Fernandes e João Labareda e também Pedro Pidwell, consideram que o requerimento pode ser apresentado pelo devedor que não se apresentou à insolvência antes de proferida a sentença declaratória da insolvência, dando assim a entender que não tem que ser apresentado na oposição ou no prazo desta se a mesma não for apresentada.⁽⁸¹⁾ Catarina Serra, por sua vez defende que o pedido tem necessariamente de ser apresentado na contestação caso o processo de insolvência não seja da iniciativa do devedor.⁽⁸²⁾

(80) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 315.

(81) Fernandes, Carvalho e Labareda, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, p. 85; Pidwell, Pedro, in “O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada”, p. 304.

(82) Serra Catarina, “Os efeitos patrimoniais da declaração de insolvência após a alteração da Lei n.º 16/2012 ao Código da Insolvência”, p.188

Como de referiu supra, a decisão de atribuir a administração da massa insolvente devedor pode ser tomada pela assembleia de credores. Coloca-se a questão de saber se o devedor poderá apresentar o seu requerimento antes dessa mesma assembleia. No entendimento de Alexandre de Soveral Martins e de Carvalho Fernandes e João Labareda o devedor pode apresentar o seu requerimento antes da realização da assembleia de credores.⁽⁸³⁾

Do que foi exposto torna evidente que o devedor não tem um direito a administrar a massa insolvente e que não basta o seu requerimento para que essa administração lhe seja conferida.

A atribuição da administração da massa insolvente ao devedor está sujeita a publicidade e registo, nos termos dos artigos 37º e 38º do CIRE (cfr. também o artigo 9º, alínea l) do CRCOM e o artigo 1º, n.º 1, alínea m do CRCIV).

Sendo conferida a administração da massa ao devedor, não lhe são retirados os poderes de administração e disposição do seu património (cfr. artigo 81º, n.º 1, primeira parte de CIRE), devendo, no entanto, o administrador de insolvência dar o seu consentimento à assunção de obrigações que resultem de atos de administração extraordinária (artigo 226º, n.º 2, alínea b) do CIRE), podendo ainda opor-se à assunção de quaisquer obrigações, mesmo que resultantes de gestão corrente (artigo 226º, n.º 2, alínea a) do CIRE). Caso a oposição se verificar, o ato é na mesma eficaz, é o que resulta do citado artigo 22º, n.º 2, alínea a). Note-se que embora o preceito estabeleça o dever de não contrair as obrigações mencionadas, parece que está a impedir a prática do próprio ato de que resulta a obrigação. Por outro lado, também dele resulta que o devedor pode em regra praticar atos de gestão corrente.

O CIRE não diz o que são atos de gestão corrente. No entendimento de Alexandre de Soveral Martins, são atos de gestão corrente “a gestão do dia-a-dia, quotidiana, que não pode exceder a prática de atos de mera administração (os que correspondem a uma gestão patrimonial limitada e prudente, em suma, atos de conservação dos bens administrados ou destinados a promover a respetiva frutificação normal)”⁽⁸⁴⁾

No entanto, o juiz pode, oficiosamente ou a pedido da assembleia de credores, proibir que determinados atos sejam praticados pelo devedor sem a aprovação de administrador de insolvência (cfr. artigo 226º, n.º 4 do CIRE e quanto à publicidade e registo, artigos 229º e 9º, alínea l) do CRCOM e artigo 1º, n.º 1, alínea m) do CRCIV). Esses atos podem ser atos de gestão de corrente. Quando essa proibição ocorra, a violação da mesma tem as consequências previstas no artigo 81º, n.º 6 do CIRE e, por isso, o ato será, em regra, ineficaz (com as exceções ali previstas).

(83) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 316; Fernandes, Carvalho e Labareda, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, p. 860.

(84) Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 320

No que diz respeito a atos de administração extraordinária de que resultem obrigações a solução é diferente, necessitam de consentimento do administrador de insolvência, apesar de a falta desse consentimento não afetar a eficiência do ato (artigo 226º, n.º 2, alínea b) do CIRE). Mais uma vez, e apesar da redação da lei, o que exige o consentimento é o ato de que resulta a obrigação. Mas também parece que, a contrário, o devedor pode praticar atos de administração extraordinária de que não resultem obrigações sem necessidade, em regra, de consentimento do administrador de insolvência.

Porém, também, pode agora o juiz, mais uma vez oficiosamente ou a pedido dos credores, proibir que determinados atos sejam praticados pelo devedor sem a aprovação do administrador de insolvência. Quando essa proibição ocorra, a grande diferença está em que a violação da mesma tem as consequências previstas no artigo 81º, n.º 6 do CIRE (ineficácia, com as exceções ali referidas).

O devedor que administra a massa insolvente pode receber dinheiro e pagamentos. No entanto, o administrador de insolvência pode exigir que esses recebimentos fiquem a seu cargo. E pode fazer essa exigência ao devedor se necessidade de autorização dos credores ou do juiz ⁽⁸⁵⁾.

Se o devedor está obrigado a elaborar a contas anuais, continua a ser ele que tem de o fazer enquanto tiver a seu cargo a administração da massa.

Relativamente aos atos de disposição, a lei não faz qualquer referência a esses atos, sendo, na opinião de Luís Menezes Leitão, “manifesto, por interpretação extensiva, que eles exigirão o consentimento do administrador de insolvência, à semelhança do que sucede com os atos de administração extraordinária.” ⁽⁸⁶⁾

No caso da administração da massa insolvente ficar a caber ao devedor, terá lugar a correspondente remuneração. Nesta situação, os administradores e membros de órgãos sociais do devedor mantêm-se as remunerações que já tinham (artigo 227º, n.º 1 do CIRE).

Os poderes do administrador de insolvência resumem-se, assim, à fiscalização da atividade do devedor (artigo 226º, n.º 1 do CIR), sendo os atos por este praticados considerados eficazes, ainda que o devedor tenha o dever de não os realizar sem o consentimento do administrador de insolvência, tratando-se de atos de administração extraordinária, ou verificada

(85) Neste sentido, Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 322. Em sentido contrário, defendendo que o administrador de insolvência deve apresentar a exigência o juiz Fernandes, Carvalho/Labareda, Luís, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, p. 866 (para os autores, a parte final do artigo 226º, n.º 4 e o artigo 22º do CIRE são aqui aplicáveis) e também Silva, Fátima Reis in “Dificuldades da Recuperação de Empresa no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa”, p. 168.

(86) Leitão, Luís Manuel Menezes de Teles (2011), “Direito da Insolvência”, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 166

a oposição deste, no caso de atos de administração ordinária (artigo 226º, n.º 2 do CIRE). No entender de Luís Menezes Leitão, “apesar de a lei nada dizer a esse respeito, parece que se deverá sustentar que nesse caso os atos de disposição continuam a ser da exclusiva competência do administrador de insolvência (artigo 81º, n.º 1 do CIRE).”⁽⁸⁷⁾

Sendo a administração da massa entregue ao devedor, importa saber quais são os efeitos dessa administração? Entre outros, obsta à apreensão de bens (artigos 149º e 228º, n.º 2 do CIRE) e à liquidação, com a ressalva para os bens que não possam ou não devam ser conservados por estarem sujeitos a deterioração ou depreciação (nos termos do art. 158º do CIRE), bens que, mediante prévia concordância da comissão de credores ou, não a existindo, do juiz, são imediatamente vendidos pelo devedor.

Verificados alguns pressupostos estabelecidos no artigo 228º, n.º 1 do CIRE, o juiz põe termo à administração da massa insolvente pelo devedor. Tal determina a apreensão dos bens, nos termos do artigo 149º do CIRE (artigo 228º, n.º 2 do CIRE), passando a ter lugar a liquidação (artigo 225º do CIRE).

3.2.2- A PROBLEMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO DA MASSA INSOLVENTE PELO DEVEDOR: CONFLITOS DA SUA APLICAÇÃO NO CIRE

Como vimos, a administração da massa insolvente pode ser feita pelo próprio devedor. A lei não determina a extensão dos poderes do devedor enquanto dura a sua administração. Apesar de o artigo 226º, n.º 5 do CIRE determinar que ao devedor cabe exercer os poderes conferidos ao administrador da insolvência nos artigos 90º a 101º do CIRE, a remissão é desprovida de conteúdo, na medida em que nos referidos preceitos legal não se estabelecem quaisquer poderes para o administrador da insolvência. Deve, no entanto, entender-se que os poderes do devedor são análogos aos do administrador da insolvência, com exceção dos atos de resolução em benefício da massa insolvente, nos termos do n.º 5 do artigo 226º do CIRE.⁽⁸⁸⁾

Já no que diz respeito aos poderes do administrador da insolvência, enquanto a sua administração está confiada ao devedor, o artigo 226º do CIRE fixa o seu regime.

Contudo, o administrador de insolvência tem um papel ativo no processo, pois o artigo 226º do CIRE vem delimitar as competências do devedor na administração dos bens que constituem a massa insolvente através da estatuição dos poderes do administrador da insolvência. Este continua a existir como órgão da insolvência, reservando para si uma série de diferentes atuações.⁽⁸⁹⁾

(87) Leitão, Luís Manuel Menezes de Teles(2011), “Direito da Insolvência”, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 311

(88) Neste sentido, Luís Carvalho Fernandes (2005), a “Qualificação da Insolvência e a Administração da Massa Insolvente pelo Devedor”, in Themis – Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, Coimbra, Almedina, p. 85.

(89) Neste sentido, veja-se o AC. Relação do Porto, de 23/03/2010 (Ana Resende), in www.dgsi.pt

Assim, diz-nos o n.º 1 do referido artigo 226º, que incumbe ao administrador da insolvência fiscalizar a atuação do devedor e comunicar ao juiz e à comissão de credores ou aos credores que reclamaram créditos, caso aquela não exista, “quaisquer circunstâncias que desaconselhem a subsistência” da administração pelo devedor.

Carvalho Fernandes e João Labareda fazem uma ressalva relativa à comunicação aos credores, já que a norma diz que ela deve ser feita a todos os credores que tenham reclamado créditos, não interessando para este efeito que esses créditos tenham ou não sido já reconhecidos. Portanto, a comunicação das circunstâncias que levantam desconfiança acerca da possibilidade de o devedor continuar ou não com a administração deve ser feita a todos os credores. Os Autores dizem que esta solução contraria o disposto na alínea b), do n.º 1, do artigo 228º do CIRE, onde se estipula que, no que toca aos credores, é a assembleia que tem poder para deliberar sobre o termo da administração da massa pelo devedor, aludindo ao fato e que faria mais sentido se a comunicação em causa fosse dirigida à assembleia de credores e não a todos os credores. Para além disso, rejeitam uma interpretação corretiva da norma que leve ao entendimento de que se deve comunicar não só a todos os credores as circunstâncias em causa, mas também à assembleia, já que, neste caso, estaríamos perante uma “duplicação de tarefas”. Por fim, apontam como solução a seguinte fórmula: verificando-se alguma circunstância anómala na atuação do devedor, o administrador da insolvência convoca a assembleia de credores, nos termos do artigo 75º, n.º 1 do CIRE, que nos diz que o pedido de convocação desta assembleia tem que passar pelo juiz. Desta forma, cumpre-se o disposto no n.º 1, do artigo 226º do CIRE, já que não só os credores constituídos em assembleia como também o juiz terão conhecimento da situação.⁽⁹⁰⁾

Pelo que foi dito, podemos afirmar que o administrador da insolvência tem “uma função genérica de fiscalização” da administração, podendo indagar sobre a sua continuação ou não. A par desta função, ele tem também que se opor ou aprovar, dar ou não o seu consentimento, a certas obrigações que o devedor queira contrair, nomeadamente, as expressas nas alíneas a) e b), do n.º 2, do artigo 226º do CIRE, podendo com isso o devedor ver a sua administração bastante restringida.⁽⁹¹⁾

Estas duas alíneas referem-se a atos de gestão corrente, relativamente aos quais o administrador da insolvência não se pode opor, e a atos de administração extraordinária, sendo que para estes o devedor tem que obter o consentimento do administrador.⁽⁹²⁾ O legislador podia ter sido mais claro, no momento em que fez esta distinção, já que temos que perceber o que se considera que são “atos de gestão corrente”. Por contraposição aos atos de administração extraordinária, e seguindo o entendimento de Carvalho Fernandes e João

(90) Fernandes, Carvalho/Labareda, João (208), “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, Quid Juris Editora, p. 750, nota 3

(91) Neste sentido, Serra, Catarina, “O regime português da insolvência”, p. 127

(92) Nota-se aqui uma dualidade: na primeira alínea requer-se do administrador de insolvência uma omissão, ou seja, que não se oponha, enquanto que, na segunda alínea, já é necessário que haja uma ação por parte desse órgão

Labareda, diríamos que esses atos são os atos de administração ordinária.

O proémio do n.º 2 do artigo 226º do CIRE estabelece o que acontece caso o devedor pratique os atos em causa em violação do disposto, dizendo que se mantém a eficácia dos atos realizados. No entanto, os autores acima referidos estão contra esta posição do legislador, precisamente por causa da publicidade e registo a que está sujeito este instituto da administração pelo devedor. Sustentam que a manutenção da eficácia destes atos só se justifica para salvaguardar os terceiros de boa fé, defendendo que o legislador deveria ter optado pelo “regime da ineficácia, salvo quando o terceiro provasse estar de boa fé.”⁽⁹³⁾

Continuando na análise dos poderes do administrador da insolvência, encontramos no n.º 3, do artigo 226º do CIRE uma faculdade que causa alguma estranheza à doutrina, a qual analisaremos de seguida. Esta norma diz que “o administrador da insolvência pode exigir que fiquem a seu cargo todos os recebimentos em dinheiro e todos os pagamentos.” Temos aqui um poder que, para ser exercido, só depende da vontade do administrador. No entanto, alguns autores entendem que esta competência deveria passar pelo escrutínio do tribunal, não obstante o fato de o juiz estar limitado na sua decisão, pois não deve recusar este poder ao administrador, quando o mesmo lhe exija. Para os autores que defendem esta posição, uma decisão judicial de concessão deste poder iria conferir-lhe eficácia. Para além disso, consideram que essa decisão deveria ser objeto de publicidade e registo, de acordo com o artigo 229º do CIRE. Como corolário dessa publicidade, aplicar-se-ia, *mutatis mutandis*, a ineficácia prevista no artigo 81º, n.º 6.⁽⁹⁴⁾ Entendemos que esta solução pode trazer vantagens ao nível da segurança jurídica, já que este poder do administrador pode passar despercebido aos credores e outros interessados, uma vez que a administração da massa está entregue ao devedor. No entanto, também percebemos a posição de Rui Pinto Duarte que, em sentido oposto, diz não partilhar deste entendimento porque, nas suas palavras, não há “base textual”.⁽⁹⁵⁾

Quanto à estranheza que referimos acima, Catarina Serra aponta um outro problema nesta norma. Todo o regime da administração da massa insolvente pelo devedor pressupõe uma confiança e crença, precisamente, no devedor, no fato de ele ser capaz de recuperar a sua empresa mediante essa administração. No entender da autora, se o administrador da insolvência pode, a qualquer momento e em qualquer circunstância, arrogar-se desta função em análise, estamos a considerar que, provavelmente, a confiança depositada no devedor não é assim tão grande, podendo, também, levantar-se dúvidas relativas à viabilidade da empresa, nos seus parceiros económicos. Diz a autora que o administrador da insolvência só deveria

(93) Os autores justificam a necessidade desta prova para que não fique sem sentido os atos de publicidade e registo in Fernandes, Carvalho/Labareda, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, Quid Juris Editora

(94) Fernandes, Carvalho/Labareda, João (2008), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, Quid Juris Editora, p. 751, nota 5

(95) Duarte, Rui Pinto, 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, 2005, pp. 124-127

recorrer a este poder “apenas quando haja risco sério de má realização das operações” em causa, considerando, no entanto, que se existe um risco na administração do devedor, esta não deveria prosseguir, indo de encontro à alínea c), do n.º 2, do artigo 224º do CIRE. O problema é que para se pôr um fim a esta administração tem que se verificar uma das situações o artigo 228º, n.º 1 do CIRE e, para isso, tem que existir iniciativa processual de algumas das pessoas com legitimidade para tal, a saber, o devedor, a assembleia de credores ou algum credor. ⁽⁹⁶⁾

No n.º 4, do artigo 226º do CIRE temos outra grande limitação aos poderes do devedor. Trata-se da faculdade de o juiz, oficiosamente ou por requerimento da assembleia de credores, estabelecer que alguns atos não podem ser praticados pelo devedor sem o consentimento do administrador de insolvência. Nesta norma, o legislador não especifica que atos serão esses, por isso o juiz tem que os enumerar na decisão judicial. O que a norma estatui é a consequência para o fato de o devedor praticar um dos atos proibidos, aplicando-se, novamente, com as devidas adaptações, a ineficácia do artigo 81º, n.º 6 do CIRE. Tendo em conta a importância desta decisão, ela fica sujeita a publicidade e registo, nos termos do, já mencionado, artigo 229º do CIRE.

Acresce que apesar da administração da massa ser feita pelo devedor, com as limitações que foram expostas, o administrador da insolvência conserva os poderes que lhe cabiam e que não sejam incompatíveis com a administração pelo devedor (artigo 226º, n.º 7 do CIRE).

Em resumo, o artigo 226º do CIRE é peça chave de todo o regime pois consagra os poderes que o administrador da insolvência mantém durante a administração pelo devedor. Assim, o administrador para além de exercer uma função geral de fiscalização, tem também um dever de comunicação para com o juiz e os credores, devendo informá-los caso ocorra algum problema com a administração pelo devedor, de tal forma grave que se deva acabar com essa administração. Para além dessas funções, cabe-lhe ainda uma função de controlo e até de aprovação de alguns atos do devedor. Por fim, como referimos, um dos poderes que mais levanta discussão é a possibilidade que o administrador tem de pedir que fiquem à sua responsabilidade “todos os recebimentos em dinheiro e todos os pagamentos”, ocorrendo, desta forma, uma grande limitação à administração que o devedor quer levar a bom porto, já que se poderá ver privado de uma ferramenta importantíssima para a gestão diária dos bens integrantes da massa insolvente.

(96) Nesta situação será muito pouco provável que o próprio devedor, que se encontra à frente da administração da massa, admita que existe um risco sério de desvio ou má utilização do dinheiro recebido ou dos pagamentos, sendo estes os riscos que a autora indica. Não obstante, seria positivo se essa tomada de consciência acontecesse, pois é com esse tipo de responsabilidade que se conseguiria mudar a visão que existe na sociedade e nos tribunais sobre este instituto da administração da massa pelo devedor. Serra, Catarina, “O regime português da insolvência”, Coimbra, Almedina, p. 127

4- A MANUTENÇÃO DOS ANTIGOS ADMINISTRADORES NA PRÁTICA DE ATOS ANTERIORES À DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA

4.1- ATOS TRIBUTÁRIOS

Mesmo após a declaração de insolvência, os administradores ficam responsáveis pelo pagamento das dívidas junto da Autoridade Tributária.

Em relação aos gestores, a Lei Geral Tributária prevê a sua responsabilidade tributária subsidiária em relação à sociedade – artigo 24º da LGT. Significa isto que o gestor apenas responde depois de verificada a inexistência de património do sujeito passivo originário, ou seja, da sociedade, ou se verifique a sua fundada insuficiência – artigo 23º, n.º 2 da LGT.

A responsabilidade subsidiária dos gestores vem consagrada no n.º 1 do artigo 24º da LGT, de acordo com o qual, “os administradores, diretores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de fato, funções de administração ou gestão em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si”.

O regime da LGT, consagra a responsabilização pela culpa, e vem estabelecer, dois regimes distintos para duas distintas situações. Por um lado o gestor é subsidiariamente responsável pelas dívidas tributárias cujo fato constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da sociedade se tornou insuficiente para a sua satisfação (artigo 24º, nº 1 LGT).

O artigo 24, n.º 1 LGT exige que a atuação do gestor tenha causado culposamente a insuficiência do património da empresa para a satisfação de créditos tributários.

Alguns autores referem que não é uma culpa genérica, não é uma culpa por falta do cumprimento das disposições legais, como está previsto no CSC. Estar-se-á perante uma culpa por o património da sociedade, garantia geral dos credores e também do Estado, se ter tornado insuficiente para a satisfação das obrigações tributárias. O responsável subsidiário deve ter culposamente dissipado ou maltratado o património da empresa. A mensagem que a LGT diz é a de que os gestores não devem apenas cuidar dos seus negócios com diligência, mas não devem servir-se do incumprimento das obrigações tributárias como meio preferencial de financiamento.

É notório o carácter preventivo e dissuasório, pretende-se evitar que o gestor em dificuldades opte, sistematicamente por sacrificar os interesses da Fazenda Pública aos interesses dos credores privados. O Estado, neste particular padece de uma debilidade que o diminui no concurso com outros entes ou entidades, à realização de créditos sobre empresas, não podendo em princípio exercer atitudes coativas ou ameaçadoras de suspensão, ou interrupção de fornecimentos como os fornecedores, de cancelamento de financiamentos como as instituições bancárias ou para bancárias, perpetrar greves ou outras ações de protesto. Daí a necessidade de consagrar na lei, um específico dever de pagamento de determinada dívida,

consubstanciando fato ilícito suscetível de gerar responsabilidade subsidiária do administrador ou gerente, a sua omissão.

Os gestores são solidariamente responsáveis pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período de exercício do seu cargo, quando não provem que de tal falta de pagamento, lhes não pode ser imputada a culpa.

É indubitável que o critério norteador de culpabilidade e as atitudes a avaliar, sempre farão apelo ao conceito civilístico do “*bónus pater familias*”, um homem médio colocado na posição de gestor, ou seja um gestor diligente, que não admite inaptidões imperícias, incompetências, que providenciará o pagamento tempestivo da dívida, competindo-lhe se tal se não verificar demonstrar provando que não omitira a diligência que lhe era exigível, que não teve um comportamento censurável, que não agiu, com culpa. Assim a culpa exigida aos administradores, gerentes, diretores, é uma culpa efetiva.

De acordo com Casalta Nabais “ a exigência da prova de ausência de culpa, justamente porque assenta numa inadequada ponderação entre os bens jurídicos constituídos, de um lado, pelo interesse público na perceção dos impostos que está por detrás da responsabilidade dos administradores e gerentes e, de outro lado pelos diversos direitos (como o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa económica ou empresarial) destes particulares, que uma tal presunção de culpa acarreta, revela-se a nosso ver, não inteiramente conforme os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Efetivamente, estamos perante uma situação cujo grau de injustiça impressiona sobretudo pelo fato de, por essa via e sem que o Fisco retire daí qualquer proveito visível, a administração ou gestão das sociedades se converter, em certa medida, numa atividade de alto risco que afugenta os administradores ou gestores sérios ou fomenta os mais variados e imaginativos expedientes lícitos para obstar à apreciação de tão severos efeitos”.⁽⁹⁷⁾

A Lei nº 41/98, de 4 de agosto (Lei de autorização Legislativa), no seu artigo 2º, n.º 15, aliena c) somente autorizou a previsão de uma presunção de culpa pela falta de pagamento. O artigo 24º n.º 1, alínea b) da LGT faz menção a imputação e não culpa.

A doutrina diverge quanto à definição do conceito de imputação, defendendo alguns autores tratar-se de ligação do fato ilícito ao agente, logo constituindo a culpa, outros preferem configurar a imputação enquanto elencos de pressupostos de responsabilidade civil, no qual se insere a culpa do fato ilícito e o nexos de causalidade.

Poderíamos concluir que não estamos diante de um nexos de imputação, mas antes perante um nexos de culpa, até porque só assim haverá identidade no objeto da prova constante nas diferentes alíneas que constam do artigo 24, nº 1 da LGT. A responsabilidade constitui matéria enquadrável na reserva absoluta de Lei em sentido formal, logo o Decreto-Lei autorizado deverá estar subordinado aos limites estabelecidos na Lei de Autorização Legislativa. O artigo 24º não abrange a responsabilidade do gestor pelas dívidas tributárias da Sociedade, se

(97) Nabais, Casalta, Direito Fiscal

assumiu as suas funções de gerência, administração ou direção posteriormente ao termo legal para a satisfação de créditos, mesmo que tenha contribuído para o agravamento da situação económica da empresa. A Lei nº 41/98 (Lei de Autorização Legislativa) previa essa possibilidade no seu artigo 2º, n.º 15, alínea c).

No que diz respeito ao âmbito material da responsabilidade, o artigo 24º da LGT e o artigo 22º da LGT identificam como objeto da responsabilidade tributária, as dívidas tributárias, os juros e os demais encargos legais. Por sua vez, o art.º 3º, n.º 2 da LGT, estabelece, ainda, que os tributos compreendem os impostos, incluindo os aduaneiros e os especiais, mas também outras espécies de tributos criados por lei, designadamente as taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas.

A conjugação daquelas normas legais, leva-nos a concluir que a responsabilidade tributária dos gestores abrange a generalidade das dívidas tributárias incluindo as taxas e outras contribuições financeiras ⁽⁹⁸⁾ ⁽⁹⁹⁾, mas também as dívidas à Segurança Social, quer se entenda que as mesmas têm natureza de imposto ou de receita parafiscal. Sobre as dívidas à Segurança Social falaremos mais à frente.

Nos termos do artigo 8º do RGIT, a responsabilidade tributária subsidiária dos gestores abarca também as multas e as coimas resultantes de infrações praticadas pela sociedade, recaindo sobre a Administração fiscal, o ónus da prova da culpa dos gestores na insuficiência do património ou na falta de pagamento.

Esta norma tem sido, porém, alvo de controvérsia sobre a sua constitucionalidade. Assim, se no Ac. n.º 129/2009, de 12 de março, o Tribunal Constitucional julgou constitucional a norma do n.º 1 do artigo 8º do RGIT, por entender que a responsabilidade das pessoas aí referidas não decorre da responsabilidade e contraordenacional subjacente ao ato ilícito

(98) Assim, Vasques, Sérgio, (2009), "A Responsabilidade dos Gestores na Lei Geral Tributária", *Fiscalidade*, 1, p. 61 e ss. Em sentido contrário, Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa (2012), "Lei Geral Tributária Anotada e Comentada", Lisboa, encontro da escrita editora, anotação ao art.º 24º, p. 237 e ss. Estes últimos autores sustentam a sua opinião no facto de o art.º 3º, n.º 3 da LGT dispor que o regime geral das taxas e das contribuições financeiras referidas no n.º 2 daquele art.º devem constar de lei especial e que a LGT, onde se insere o art.º 24º que regula a responsabilidade subsidiária dos gestores, não é lei especial. Porém, como salienta Sérgio Vasques, obra supra citada, "É certo que, logo no art.º 3º, o legislador aduz que o regime geral das taxas consta de lei especial. Mas na falta deste regime, ou na insuficiência das suas disposições, é a Lei Geral Tributária que se lhes aplica, pois que a relação entre um e outro textos é de especialidade".

(99) Tem-se também colocado a questão de saber se as dívidas por entregas por conta do imposto devido a final a que a sociedade está obrigada no âmbito do IRC podem ser exigidas aos gestores. Alguma doutrina tem entendido que sim, porém, outra parte da doutrina entende que não por as mesmas não terem natureza tributária na medida em que, tratando-se umas vezes de antecipação do pagamento e noutras de uma prestação de caução legalmente imposta, a dívida tributária ainda não se constituiu quando a entrega por conta é exigida.

praticado pela pessoa coletiva, mas sim de um fato autónomo a si imputável ⁽¹⁰⁰⁾, já no Ac. n.º 24/2011, de 12 de janeiro, o mesmo Tribunal Constitucional, se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade daquela mesma norma legal, por “(...) violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade (...) na parte em que se refere à responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelos montantes correspondentes às coimas aplicadas a pessoas coletivas em processo de contra ordenação fiscal, efetivada através do mecanismo de reversão da execução fiscal”. ⁽¹⁰¹⁾

Deste modo, em relação às coimas e às multas deve vigorar o princípio da intransmissibilidade, não podendo as mesmas ser exigidas aos responsáveis subsidiários.

Em resumo, a responsabilidade subsidiária dos administradores, gerentes, diretores e outras pessoas que exerçam funções de administração, nas empresas e sociedades de responsabilidade limitada, em caso de ter sido por culpa sua, que o património da empresa ou sociedade se tornou insuficiente, para o pagamento das dívidas fiscais vencidas no período do exercício do seu cargo, a responsabilidade é simultaneamente solidária e, no caso de o fundamento ser a falta de pagamento das dívidas fiscais, a culpa presume-se, só podendo a presunção ser elidida na oposição à execução.

A reversão contra o responsável subsidiário depende da fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal e dos responsáveis solidários, sem prejuízo do benefício da excussão. Os créditos serão pagos através do património pessoal dos administradores ou gerentes.

4.2- ATOS PERANTE A SEGURANÇA SOCIAL

No Código dos Regimes Contributivos do Sistema Providencial de Segurança Social, no seu artigo 185º, vem a definição de dívida à Segurança Social. É considerado dívida à Segurança Social, todas as dívidas contraídas perante instituições do sistema de Segurança Social pelas pessoas singulares, pelas pessoas coletivas e outras entidades a estas legalmente equiparadas, designadamente as relativas às contribuições, quotizações, taxas, incluindo as adicionais, juros, coimas e outras sanções pecuniárias relativas a contraordenações, custos e outros encargos legais.

As empresas aquando da contratação de trabalhadores, ficam obrigadas à entrega de contribuições (parte devida pela empresa) e quotizações (parte devida pelo trabalhador), ficando estas consideradas como entidades contribuintes.

A obrigação contributiva constitui-se com o início do exercício de atividade profissional pelos trabalhadores ao serviço das entidades empregadoras (artigo 37º do Código Contributivo).

(100) V. Américo Fernando Brás Carlos (2010), “Impostos – Teoria Geral”, Coimbra, Almedina, p. 77; Consulta do Ac. www.dgsi.pt

(101) Consulta do Ac. www.dgsi.pt

No âmbito da insolvência, como vimos, a Lei Geral Tributária no seu artigo 24º, n.º 1, prevê a responsabilidade tributária subsidiária dos gestores em relação à sociedade.

Essa responsabilidade é efetivada por via do mecanismo da reversão fiscal, que se encontra previsto no artigo 23º da LGT.

Como vimos, a reversão da execução fiscal contra os responsáveis subsidiários pode ser decidida sem estar executado o património da sociedade, bastando que hajam fundadas razões para concluir que os bens penhorados são insuficientes para o pagamento da totalidade da dívida, não sendo necessário que esteja determinada com exatidão a medida dessa insuficiência, designadamente a parte da dívida cuja responsabilidade será definitivamente exigida ao responsável subsidiário (artigo 23º, n.º 3 da LGT e artigo 153º, n.º 2, alínea b) do CPPT).

Conforme referido no n.º 4, do artigo 23º da LGT, a reversão da execução depende de audiência prévia do responsável subsidiário (artigo 60º da LGT) em que este pode, nos casos em que lhe cabe provar a culpa na falta de pagamento, pronunciar-se sobre os fundamentos da sua responsabilidade. A reversão deve, por outro lado, ser fundamentada de fato e de direito de acordo com a matéria eventualmente apurada ou confirmada por meio de audiência prévia.

Dado a responsabilidade subsidiária dos gestores no âmbito do pagamento das dívidas à Segurança Social funcionar de igual forma no pagamento das dívidas à Autoridade Tributária, remetemos para o que aí foi dito.

4.3- ATOS LABORAIS

O CIRE não refere especificamente os efeitos da insolvência do trabalhador no contrato de trabalho, o que suscita a dúvida sobre qual o regime a aplicar.

Para Pedro Romano Martinez, é aplicável ao caso o artigo 111º do CIRE, que remete para o artigo 108º do mesmo diploma legal. Assim a insolvência do empregador não acarreta a cessação imediata do contrato de trabalho por caducidade, o qual subsiste, continuando a ser executado, embora se admita a sua denúncia por qualquer das partes. Após a declaração de insolvência, o administrador de insolvência pode proceder à sua denúncia num prazo de sessenta dias (artigo 108º, n.º 1 por força do artigo 111º, n.º 1 do CIRE). Essa denúncia antecipada do contrato pelo administrador de insolvência implica o pagamento de uma compensação à outra parte (artigo 11º, n.º 2 do CIRE, ainda o autor considere a forma de cálculo dessa compensação, prevista no artigo 108º, n.º 3, como de difícil aplicação no âmbito laboral). O autor defende, no entanto, a necessária conjugação desse regime com o anterior artigo 391º do CT (hoje artigo 347º do CT).⁽¹⁰²⁾

Já Luís Carvalho Fernandes e João Labareda contestam a aplicabilidade do artigo 111º do CIRE e, conseqüentemente, do artigo 108º do mesmo diploma legal, em matéria de contrato

(102) Martinez, Pedro Romano (2001), "Da Cessação do Contrato", 2ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 421 e ss

de trabalho, por entenderem que não é adequado ao regime deste contrato. Para estes autores, a norma reguladora dos efeitos da insolvência do empregador nas relações de trabalho encontra-se no artigo 277º do CIRE, norma que não exclusivamente aplicável em sede de Direito Internacional Privado, mas também em sede de substantiva. Estes autores sustentam assim que é com base no anterior artigo 391º do CT (hoje artigo 347º do CT), por força dessa remissão, que se podem encontrar quais os efeitos da insolvência do empregador no âmbito das relações laborais.⁽¹⁰³⁾

Para Luís Menezes Leitão, é manifesto que o artigo 111º do CIRE não é aplicável ao contrato de trabalho, dado que apenas se refere a contratos de prestação duradoura de serviço. Mas também não resulta do artigo 277º do mesmo diploma legal, qualquer indicação do regime substantivo aplicável em sede de relações laborais, uma vez que esta disposição constitui manifestamente uma norma de conflitos e não uma disposição remissiva de natureza substantiva. Tem assim que se concluir que o CIRE não contém qualquer disposição regulando os efeitos da insolvência do empregador no âmbito das relações laborais. É no Código de Trabalho que é referida especificamente a situação da insolvência e recuperação de empresas (hoje artigo 347º do CT), estabelecendo-se que a declaração judicial de insolvência do empregador não faz cessar os contratos de trabalho, devendo o administrador de insolvência continuar a satisfazer integralmente as obrigações que dos referidos contratos resultem para os trabalhadores enquanto estabelecimento não for definitivamente encerrado (artigo 347º, n.º 1 do CT). Aplicando o artigo 347º, n.º 1 do CT, resulta que a declaração judicial de insolvência mantém em vigor os contratos de trabalho, a menos que se verifique o encerramento do estabelecimento.⁽¹⁰⁴⁾

Maria do Rosário Ramalho, entende, de forma semelhante, que a norma não é aplicável, já que o artigo 277º do CIRE trata-se de uma norma de conflitos e não de uma norma de remissão geral, querendo isto dizer que a mesma é aplicável num processo de insolvência transfronteiriço, em que os aspetos laborais desse mesmo processo serão disciplinados pela lei laboral aplicável à situação. Relativamente ao artigo 111º do CIRE, também esta autora atenta contra a sua aplicação, pois o mesmo refere-se apenas a contratos de prestação de serviço e não a contratos de trabalho, sendo que o próprio CIRE distingue ambos os tipos de contrato, referindo-se a contrato de trabalho em várias disposições e não naquela.⁽¹⁰⁵⁾

Estes dois últimos autores defendem, então, a aplicação do artigo 347º do CT, que esclarece que a declaração de insolvência do empregador não extingue, *ipso iure*, os contratos

(103) Fernandes, Carvalho, in “RDES 45 (2004), n.ºs 1/3, pp 20-21 e Fernandes, Carvalho E Labareda, João, in “Código da Insolvência, sub artigo 11º, n.º 4, p. 415

(104) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), Direito da Insolvência, 3ª edição, Coimbra, Almedina, p. 20

(105) Ramalho, Maria do Rosário (2007), “Aspetos Laborais da Insolvência. Notas sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas”, em António Menezes Cordeiro e Ruy de Albuquerque (orgs.), Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, Almedina

de trabalho, mas as obrigações do empregador passam a caber ao administrador de insolvência, de acordo com os artigos 55º, n.º 1, alínea b) e os n.ºs 1 e 4 do artigo 81º ambos do CIRE.

A este propósito, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03/05/2011, (Rosa Tching): “Sendo o CIRE o omissivo quanto aos efeitos da declaração de insolvência nos contratos de trabalho vigentes na sociedade insolvente, há que colmatar tal lacuna mediante remissão para o Código de Trabalho, designadamente para o seu artigo 391º, o qual estabelece um princípio geral de manutenção dos contratos de trabalho após a declaração judicial de insolvência. (...) No caso de transmissão da empresa ou do estabelecimento, os contratos de trabalho seguem a empresa ou o estabelecimento, transmitindo-se para o adquirente a posição jurídica do empregador, de acordo com o regime geral da transmissão estabelecido no artigo 318º do CT.”

E contra a aplicação do artigo 111º do CIRE e a favor da aplicação do artigo 391º do CT (atual artigo 347º do CT), embora entenda que o mesmo seja por remissão do artigo 277º do CIRE, veja-se o entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06/07/2010, (Sílvia Pires): “Não resultando a manutenção após a insolvência do disposto no artigo 11º do CIRE, mas sim do artigo 391º do CT, por força da imposição consagrada no artigo 277º do CIRE, não é aplicável a estes contratos o disposto no artigo 108º do CIRE, para o qual remetia o referido artigo 111º, pelo que a extinção desses contratos por iniciativa do administrador de insolvência não é regulada pelo disposto nesse artigo 108º, mas sim pelas normas constantes do artigo 391º do CT.”

Há, no entanto, efeitos especiais em resultado da administração judicial da empresa insolvente.

A repercussão da insolvência do empregador no contrato de trabalho existente enquanto se verificar a administração da empresa insolvente

Se e enquanto não for determinado o encerramento ou transmissão do estabelecimento, em princípio a administração da empresa passa a ser realizada pelo administrador de insolvência (artigo 81º, n.º 1 do CIRE), o qual passa a representar o devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessam à insolvência (artigo 81º, n.º 4 do CIRE). O artigo 55º, n.º 1, alínea b) do CIRE, refere mesmo que se inclui entre as competências do administrador “prover, no entanto, à conservação e frutificação dos direitos do insolvente e à continuação da exploração da empresa, se for o caso, evitando quando possível o agravamento da sua situação económica”. Assim, o administrador da insolvência adquire os poderes do empregador relativamente aos vínculos laborais, ainda que lhe seja vedado agravar a situação económica da empresa. Parece, por isso, que o administrador de insolvência não poderá aumentar os encargos laborais existentes, designadamente, celebrando novas convenções coletivas de trabalho, aumentando unilateralmente os salários ou atribuindo gratificações aos trabalhadores. Apesar desta situação, não parece que o administrador de insolvência assumirá a qualidade de empregador, uma vez que essa

administração é realizada na qualidade de órgão da insolvência, o que implica a não assunção de qualquer risco empresarial.

Em certos casos, admite-se, porém, que a administração da massa insolvente seja realizada pelo próprio devedor (artigos 223º e ss do CIRE), situação em que ao administrador de insolvência são apenas atribuídas competências de fiscalização (artigo 226º do CIRE). Neste caso, a liquidação da empresa só tem lugar depois de ter sido retirada a administração ao insolvente (artigo 225º do CIRE). No entendimento de Luís Menezes Leitão e de Carvalho Fernandes, apesar do artigo 347º, n.º 1 do CT, apenas atribuir ao administrador de insolvência o dever de cumprir obrigações resultantes do contrato de trabalho, é manifesto que idêntico dever recai sobre o devedor, quando a administração da insolvência lhe seja atribuída. ⁽¹⁰⁶⁾

Enquanto não se verificar o encerramento definitivo, o administrador de insolvência pode fazer cessar os contratos dos trabalhadores cuja colaboração não seja indispensável ao regular funcionamento da empresa (artigo 347º, n.º 2 do CT).

Em regra, o procedimento adotado em caso de insolvência segue em grande parte o regime do despedimento coletivo, mas com algumas adaptações. Desde logo, não se exige que o empregador tenha posto à disposição do despedido, até ao termo do prazo de aviso prévio, a compensação a que se refere o artigo 366º do CT, bem como os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho, ao contrário do que dispõe o artigo 383º, alínea c) do CT (cfr. o artigo 363º, n.º 5 do CT). Tal não significa que os trabalhadores não tenham direitos a estes créditos, mas apenas que a sua satisfação não é condição para a cessação dos respetivos contratos. Efetivamente, embora do artigo 347º do CT não conste a remissão para o artigo 366º do CT, ao contrário do que se prevê no artigo 3 e no artigo 346º, n.º 5 do CT, para Luís Menezes Leitão, “não há qualquer dúvida que os trabalhadores têm direito à respetiva indemnização, naturalmente nos termos do processo de insolvência.” ⁽¹⁰⁷⁾

Estes créditos, vêm a ser considerados dívidas da massa insolvente (artigo 51º, n.º 1, al. c) do CIRE), cuja satisfação obedece a um regime especial privilegiado (artigo 172º do CIRE).

Para além disso, não parece existir uma fundamentação específica para o despedimento coletivo, incluída na comunicação (cfr. artigo 360º, n.º 2, al. a) do CT), bastando os pressupostos da insolvência e da desnecessidade dos trabalhadores, sendo essa desnecessidade o critério a indicar nos termos do artigo 360º, n.º 2, alínea c) do CT. Verificada essa desnecessidade, não parece possível o recurso à fase de informações e negociações quanto a medidas alternativas, a que se refere o artigo 366º do CT, as quais até poderiam agravar a situação de insolvência. No caso específico das microempresas Pedro Romano Martinez, coerentemente, com a sua tese de aplicação do artigo 108º do CIRE ao contrato de

(106) Fernandes, Carvalho, in “RDES 45 (2004), n.ºs 1/3, pp 22; Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Direito da Insolvência, 3ª edição, 2011, Almedina, Coimbra, p. 205

(107) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), Direito da Insolvência, 3ª edição, Coimbra, Almedina, p. 207.

trabalho, sustenta que basta o aviso prévio de sessenta dias, a que se refere esta disposição.⁽¹⁰⁸⁾ Para Luís Menezes Leitão, não parece, porém, que se exija um aviso prévio tão dilatado, antes se justificando que a cessão dos contratos de trabalho nas microempresas em caso de insolvência se processe de forma mais expedita.⁽¹⁰⁹⁾

A possibilidade de celebração de novos contratos de trabalho por parte do administrador de insolvência

O artigo 55º, n.º 2 do CIRE dispõe que “o administrador de insolvência pode contratar a termo certo ou incerto os trabalhadores necessários à liquidação da massa insolvente ou à continuação da exploração da empresa, mas os novos contratos caducam no momento do encerramento definitivo do estabelecimento onde os trabalhadores prestam serviço, ou, salvo convenção em contrário, no da sua transmissão”. Desta disposição resulta que o administrador da insolvência tem competência para celebrar novos contratos de trabalho, tomando apenas em consideração a necessidade dos trabalhadores para liquidação da massa insolvente ou para continuação da exploração da empresa. Os contratos de trabalho podem, porém, ser celebrados a termo certo ou incerto, sendo que esta hipótese de contrato a termo, no entendimento de Luís Menezes Leitão, parece ter enquadramento no artigo 140º, número 2, alínea g) e n.º 3 do CT. Em sentido contrário, Luís Carvalho Fernandes considera o artigo 55º, n.º 4 do CIRE, uma nova hipótese de celebração do contrato de trabalho a termo que extravasa do disposto no artigo 140º do CT.⁽¹¹⁰⁾

Para Luís Menezes Leitão, “em relação ao regime dos contratos a termo, o artigo 55º, n.º 4 do CIRE apenas determina que estes contratos caducam com o encerramento definitivo do estabelecimento ou, salvo, convenção em contrário, no momento da sua transmissão.

Efetivamente, o administrador de insolvência pode contratar trabalhadores a termo, não apenas para continuação da exploração da empresa, mas também para a liquidação da massa insolvente. Ora, estando em causa esta última situação, o trabalhador não é afeto à exploração de qualquer empresa (a qual até pode nem existir na massa insolvente), pelo que a caducidade do contrato de trabalho neste caso não pode ser determinada pelo encerramento do estabelecimento, apenas devendo ocorrer quando se verifica o termo certo ou então quando estiver concluída a liquidação da massa. Propomos, assim, a interpretação extensiva do artigo 55º, n.º 4 do CIRE, acrescentando a liquidação da massa insolvente como causa de caducidade do contrato de trabalho a termo celebrado pelo administrador tenha sido contratado para esse efeito específico.

(108) Martinez, Pedro Romano (2001), “Da Cessação do Contrato”, 2ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 423-424.

(109) Leitão, Luís Manuel Teles De Menezes (2011), “Direito da Insolvência”, 3ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 207-208.

(110) Leitão, Luís Manuel Teles De Menezes (2011), “Direito da Insolvência”, 3ª edição, Coimbra, Almedina, p. -208; Fernandes, Carvalho, “RDES 45 (2004), n.ºs 1/3, pp 35.

Apenas se o trabalhador for afeto a continuação da exploração de um estabelecimento é que se justifica a caducidade do contrato, com o encerramento desse estabelecimento. Esta situação não difere, porém, do que genericamente se prevê no artigo 347º, n.º 1, *in fine* do CT, salvo o fato de a lei a considerar desde o início com um termo resolutivo incerto, atenta a grande probabilidade de verificação do encerramento a partir do momento em que se inicia o processo de insolvência. O regime especial do artigo 55º, n.º 4 do CIRE, admite, porém, a estipulação de termo certo e não apenas de termo incerto, pelo que poderá o administrador de insolvência acordar com os trabalhadores um termo certo para o contrato, prevendo ou não a possibilidade da sua renovação (cfr. art. 149º do CT). As eventuais renovações não afetarão, porém, que o encerramento definitivo da empresa determine a caducidade do contrato de trabalho a termo.”

A lei prevê ainda, a título supletivo, que o contrato a termo (do trabalhador afeto à exploração de estabelecimento) caduque igualmente com a alienação desse estabelecimento. Podem, porém, as partes estipular o contrário, sendo que, a ocorrer essa estipulação, a posição jurídica do empregador nos contratos de trabalho celebrados pelo administrador de insolvência transmite-se o adquirente do estabelecimento (artigo 285º, n.º 1 do CT), podendo até o contrato transformar-se em contrato sem termo, nos termos do disposto no artigo 147º, n.º 2 do CT.

Efeitos em caso de encerramento da empresa

Pode resultar do artigo 347º, n.º 1, *in fine* do CT que o encerramento definitivo do estabelecimento faz cessar os contratos de trabalho, sendo uma hipótese de caducidade do contrato de trabalho, porque se verifica uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o empregador receber a prestação de trabalho (artigo 343º, al. b) do CT). Nos termos do artigo 156º, n.º 2 do CIRE, a deliberação sobre o encerramento ou manutenção em atividade do estabelecimento é tomada normalmente na assembleia de credores de apreciação do relatório do administrador de insolvência, onde deve ser dada oportunidade à comissão de credores ou aos representantes destes de se pronunciarem sobre o mesmo (artigo 156º, n.º 1 do CIRE). Pode, porém, o administrador de insolvência determinar o encerramento antecipado com o parecer favorável da comissão de credores, ou com o acordo do devedor, no caso de esta não existir, o qual pode ser suprimido por intervenção judicial (artigo 157º do CIRE). O encerramento da empresa determina a caducidade do contrato de trabalho, mas não deixa de ter que se seguir, com as necessárias adaptações, o procedimento exigido para o despedimento coletivo, referido nos artigos 360º e ss do CT (artigo 347º, n.º 3 do CT).

O artigo 347º, n.º 5 do CT vem, porém, determinar que “o disposto n.º 3 aplica-se em caso de processo de insolvência que possa determinar o encerramento do estabelecimento”.

Como se referiu, o encerramento definitivo da empresa em resultado da insolvência do empregador obriga à aplicação com as necessárias adaptações do procedimento exigido para o despedimento coletivo, a que se referem os artigos 360º e ss do CT. Há, porém, várias modificações a observar.

A primeira modificação, que se encontra especialmente prevista no artigo 363º, n.º 5 do CT, é que não é condição para a obtenção do despedimento coletivo que o empregador ponha à disposição do trabalhador a compensação a que se refere o artigo 366º do CT, bem como os créditos vencidos ou exigíveis em virtude da cessação do contrato de trabalho, ao contrário do que normalmente dispõe o artigo 383º, alínea c) do CT.

Parecem justificar-se ainda outras modificações nos procedimentos adotados para o despedimento coletivo. Assim, não se justifica que a comunicação a que se refere o artigo 360º, n.º 2, alínea a) do CT faça referência aos motivos invocados para o despedimento, bastando indicar a situação de insolvência. Também não se justificaria que fossem indicados os critérios que servem de base para a seleção dos trabalhadores a despedir, ao contrário do que dispõe o artigo 360º, n.º 2, alínea c) do CT dado que o encerramento afeta, em princípio, todos os trabalhadores da empresa. Por outro lado, não parece que o administrador de insolvência possa, ao abrigo do artigo 360º, n.º 2, alínea f) do CT atribuir aos trabalhadores qualquer indemnização acima da que resulte dos critérios legais, uma vez que lhe está vedado agravar a situação financeira da empresa. Finalmente, também não parece haver lugar às informações e negociações previstas no artigo 361º do CT, dado que elas pressupõem uma continuação da empresa que neste caso é necessariamente excluída, não se justificando por isso a sua adoção, que só resultaria em maiores encargos para a massa insolvente.

Efeitos em caso de alienação da empresa

Uma alternativa ao encerramento da empresa é a sua alienação. Esta encontra-se prevista no artigo 162º do CIRE, competindo ao administrador de insolvência, logo que inicia as suas funções efetuar diligências com vista à alienação da empresa do devedor ou dos seus estabelecimentos (artigo 162º, n.º 2 do CIRE). A lei manifesta preferência pela alienação como um todo, a menos que haja proposta satisfatória ou se reconheça vantagem na alienação separada de certas partes (artigo 162º, n.º 1 do CIRE). Caso seja aprovado um plano de insolvência, este pode ainda prever a transmissão da empresa a terceiro (artigo 195º, n.º 2, al. b) do CIRE), podendo ainda ocorrer no caso de saneamento por transmissão a constituição de uma nova ou novas sociedades, para onde se transferem os estabelecimentos do insolvente (artigo 199º do CIRE).

A transmissão da empresa ou estabelecimento é regulada autonomamente nos artigos 285º e ss do CT, que parecem ser igualmente aplicáveis à transmissão da empresa, quer esta ocorra por determinação do administrador de insolvência, quer em resultado da aprovação de um plano de insolvência. Na doutrina, Carvalho Fernandes tem, porém, defendido alguma aplicação limitada deste regime. Assim, para o autor não se aplicaria ao processo de insolvência o artigo 286º do CT, relativo à informação e consulta dos representantes dos trabalhadores, por tal lhe parecer pouco compatível com a transmissão forçada que ocorre em processo de insolvência. E igualmente não se aplicaria o regime da responsabilidade solidária do transmitente, previsto atualmente no artigo 285º, n.º 2 do CT, não apenas porque o pagamento das dívidas pelo insolvente obedece a um regime especial, mas também porque o

destino da pessoa coletiva insolvente é normalmente a sua extinção, ocorrendo igualmente a liquidação dos patrimónios autónomos.⁽¹¹¹⁾

Para Luís Menezes Leitão, não existe razões para excluir a aplicação de qualquer desses preceitos. “Relativamente ao artigo 286º do CT, a informação e consulta dos representantes dos trabalhadores constitui um dever legal que incumbe tanto sobre o transmitente como sobre o adquirente devendo o administrador de insolvência ao transmitente nos termos legais, (art. 81º, n.ºs 1 e 4 do CT).⁽¹¹²⁾

Já quanto à responsabilidade do transmitente, esta abrange solidariamente por um ano as obrigações vencidas antes da transmissão (art. 285º, n.º 2 do CT). Se se tratar de obrigações laborais contraídas no processo de insolvência por parte do administrador de insolvência, são consideradas dívidas da massa (art. 51º, n.º 1, al. c) do CIRE) e liquidadas nos termos do artigo 172º do CIRE. Se se tratar das obrigações laborais contraídas antes do processo de insolvência, são considerados créditos sobre a insolvência (artigo 46º do CIRE), os quais são liquidados nos termos dos artigos 173º e ss do CIRE. Com a transmissão da empresa naturalmente que os credores preferirão reclamar esses créditos ao adquirente, que será previsivelmente mais solvente, mas não há motivo para se excluir a responsabilidade do transmitente, quando o pagamento pelo adquirente não se verificar. O fato de a insolvência poder levar à extinção do devedor pessoa coletiva e à liquidação do património autónomo, não é argumento em sentido contrário, dado que estes efeitos normalmente ocorrem apenas após o encerramento do processo (vide arts. 234º, n.º 3 e 235º)⁽¹¹³⁾

Efeitos sobre as ações laborais pendentes contra o empregador

Após a declaração de insolvência poderá ser requerida a apensação dessas ações, nos termos do artigo 85º do CIRE. No entanto, os trabalhadores serão forçados a reclamar os seus créditos no âmbito do processo de insolvência, de harmonia com o disposto nos artigos 90º e 128º e ss do CIRE. Por isso, uma vez transitada em julgado a insolvência, verifica-se a inutilidade superveniente da lide em relação às ações que tenham sido instauradas contra o empregador.

Como vimos, o direito do trabalho e o direito de insolvência prosseguem escopos distintos. O direito do trabalho, pelo menos tradicionalmente através da tutela do posto de trabalho, procura garantir a continuidade das relações laborais, enquanto o escopo do direito de insolvência é, fundamentalmente a satisfação dos créditos dos credores do devedor. Tal já levou a afirmar que enquanto o direito de insolvência procura melhorar a relação entre o rendimento e os custos, ou seja, diminuir os custos, o direito do trabalho com a continuidade das relações laborais e tendencialmente com a perpetuação dos custos. Daí que encontrar um

(111) Fernandes, Carvalho, in “RDES 45 (2004), n.ºs 1/3, pp 30 e ss

(112) Leitão, Luís Manuel Teles De Menezes (2011), Direito da Insolvência, 3ª edição, Coimbra, Almedina, pp. 208-209

(113) Leitão, Luís Manuel Teles De Menezes, Direito da Insolvência, 3ª edição, 2011, Almedina, Coimbra, pp. 212-213

ponto de equilíbrio entre o direito de insolvência e o direito do trabalho seja delicado e tenha já sido comparado à tarefa da “quadratura do círculo.”

Em todo o caso, é pacífico e resulta inequivocamente do nosso Código do Trabalho que a insolvência do empregador não faz cessar automaticamente os contratos de trabalho, continuando a valer, após a declaração de insolvência, em princípio, as normas de direito de trabalho que anteriormente se aplicavam. Por outro lado, embora o direito de insolvência procure fundamentalmente a satisfação do interesse dos credores que frequentemente será realizada através da liquidação do património do devedor pode não lhe ser estranha, ainda que secundária, a tentativa de recuperação da empresa.

CAPÍTULO V – CARATERIZAÇÃO DO PLANO DE INSOLVÊNCIA NAS DUAS VERTENTES DE ADMINISTRAÇÃO

1- CARATERIZAÇÃO DO PLANO

Conforme resulta do artigo 1º do CIRE, a satisfação dos credores tanto pode ocorrer segundo os trâmites processuais da liquidação estabelecida em processo de insolvência, como através de um plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente. Daqui resulta que a liquidação da massa insolvente se apresenta como supletiva, já que os credores podem optar por outra solução, através do plano de insolvência previsto nos artigos 192º e ss do CIRE. Essa solução pode ser a recuperação da empresa insolvente, mas também outro modo de liquidação do património do insolvente, decidido pelos credores ao abrigo da sua autonomia.

Ou seja, o plano de insolvência pode prever a recuperação da empresa – **Plano como Recuperação** (artigo 192º, n.º 1 do CIRE) ou, estabelecer em derrogação das normas do CIRE - o pagamento dos créditos, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos ou pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor, depois de findo o processo de insolvência – **Plano como acordo de credores** (artigo 192º, n.º 3 do CIRE).

O Plano de insolvência aplica-se **apenas a sociedades comerciais** – sociedades por quotas, sociedades unipessoais por quotas ou sociedades anónimas – e a pessoas singulares que explorem uma empresa.

Assim, as **pessoas singulares que não explorem uma empresa** não podem recorrer ao plano de insolvência; em alternativa, poderão recorrer a outro mecanismo, também previsto no CIRE, que é o **plano de pagamentos**.

Têm legitimidade para apresentar uma proposta de plano de insolvência o próprio devedor, o Administrador de insolvência, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas e qualquer credor ou grupo de credores cujos créditos representem pelo menos um quinto do total dos créditos nos termos da Lei. (artigo 193º, n.º 1 do CIRE)

O plano de insolvência, que só pode ser aprovado e homologado após a declaração de insolvência do devedor, tanto pode surgir nos casos em que essa insolvência foi declarada por o devedor se encontrar numa situação de insolvência atual, como naqueles em que a declaração ocorreu porque o devedor estava em situação de insolvência iminente. É precisamente porque o plano de insolvência tem que ser aprovado e homologado no processo de insolvência que hoje o PER e o SIREVE surgem como alternativas sedutoras.

As matérias que podem ser abrangidas pelo plano de insolvência são: (i) o pagamento dos créditos sobre a insolvência; (ii) a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares dos créditos sobre a insolvência; e (iii) a responsabilidade do devedor depois de findar o processo de insolvência.

No entanto, a Lei confere uma ampla margem de liberdade de modelação, podendo livremente adotar algumas das soluções previstas no CIRE ou outras quaisquer. (artigo 195º do CIRE)

Há, porém, **algumas limitações à liberdade de modelação de conteúdo** uma vez que a Lei determina que o plano só pode afetar por forma diversa a esfera jurídica dos interessados, ou interferir com direitos de terceiros, na medida em que tal seja expressamente autorizado pela Lei ou consentido pelos visados.

Para que o plano de insolvência possa ser aprovado é necessário que, estejam presentes ou representados na votação credores que representem, pelo menos, 1/3 dos votos (**quórum constitutivo**); para além disso, é necessário que o plano obtenha o voto favorável de, pelo menos, 2/3 da totalidade dos votos efetivamente emitidos (**quórum deliberativo**), sendo que, pelo menos, metade (1/2) desses votos devem corresponder a créditos não subordinados. (artigo 212º, n.º 1 do CIRE)

Importa sublinhar que na contagem dos votos é atribuído **um voto por cada Euro de crédito (1 Euro, 1 voto)**.

O plano de insolvência deverá obedecer ao **princípio da igualdade dos credores**, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objetivas e deve também indicar as alterações dele decorrentes para os credores. Por outro lado, deve indicar a sua finalidade, descrever as medidas necessárias à sua execução e conter todos os elementos relevantes para efeitos da sua aprovação pelos credores e homologação pelo Juiz. (artigo 194º do CIRE)

A nova Lei nº 16/2012 de 20 de Abril veio introduzir alterações significativas nesta matéria ao determinar logo no artigo 1º do CIRE que a satisfação dos credores deve ocorrer preferencialmente através de um *plano de insolvência*, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa, compreendida na massa insolvente.

Na verdade, o CIRE determina que o pagamento dos créditos no âmbito do processo de insolvência deve ocorrer preferencialmente por via de um plano, que designadamente se suporte na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, só devendo caminhar-se para a liquidação quando isso não se demonstrar praticável.

Deste modo, o legislador manifesta a sua preferência pela recuperação do devedor; porém, continua a atribuir total autonomia aos credores para escolher entre a recuperação ou a

liquidação, podendo estes optar, em termos de racionalidade económica, pela via que julgarem ser a melhor para os seus interesses.

2- AS SUAS VERTENTES EM TERMOS DE ADMINISTRAÇÃO

2.1- A ASSUNÇÃO TOTAL DA ADMINISTRAÇÃO PELO DEVEDOR

Como já referido anteriormente, o devedor que requer a atribuição ao próprio da administração da massa tem de apresentar um plano de insolvência que “preveja a continuidade da exploração da empresa por si próprio” (artigo 22º, n.º 2, alínea b) do CIRE).

Ora, isso parece excluir a possibilidade de apresentação de um plano de insolvência apenas destinado à liquidação. Aliás, nos termos do disposto no artigo 225º do CIRE, enquanto de mantiver a administração da massa pelo devedor o administrador de insolvência não pode efetuar a liquidação.

Assim, o devedor que assume a total administração da massa tem poderes de administração. Mas, tal como já anteriormente referido, nos quadros desses poderes, pode praticar atos de gestão corrente e atos de administração extraordinária para poder executar o plano. É o que se extrai do artigo 226º, n.º 2 do CIRE. No entanto não tem poderes de liquidação, como resulta do referido artigo 225º do CIRE.

2.2- FISCALIZAÇÃO PELO ADMINISTRADOR DE INSOLVÊNCIA

O devedor que executa o plano de insolvência fica sujeito, como já referido, à fiscalização do administrador de insolvência.

Muito embora lhe pertença a administração da massa insolvente, está sujeito à oposição do administrador de insolvência quanto aos atos de administração ordinária (artigos 226º, n.º 2, alínea a) do CIRE) e depende do consentimento do administrador de insolvência para a prática de atos de administração extraordinária (artigos 226º, n.º 2, alínea b) do CIRE).

CAPÍTULO VI – A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES FACE À INSOLVÊNCIA DA SOCIEDADE

1- GENERALIDADES

A responsabilidade civil dos administradores tem sido objeto de significativa atenção por parte da doutrina portuguesa. Contudo, o CIRE não regula esta matéria, no plano substantivo. Ao invés, introduziu o incidente de qualificação da insolvência, com o objetivo de obtenção de uma maior e mais eficaz responsabilização dos titulares de empresa e dos administradores de pessoas coletivas. Tratar-se-á de uma responsabilidade *ad hoc*, no âmbito do processo de insolvência, que apresenta algumas semelhanças com a responsabilidade civil

extracontratual, prevista no artigo 483º do CC. Tal como afirma Carneiro da Frada, o artigo 186.º ao prever o incidente de qualificação da insolvência como culposa e as situações que o fundamentam, impõe uma “disposição de proteção de interesses alheios cuja violação é delitualmente relevante *ex vi* do artigo 78º, n.º 1 do CSC e/ou do artigo 483º do CC.”⁽¹¹⁴⁾

Sendo um tema sobejamente analisado, fará todo o sentido apreciar, no contexto do processo de insolvência, as atuações dos administradores societários que poderão acarretar a sua responsabilização, tal como regulada pelos artigos 71º a 84º do CSC, uma vez que a imputação dos prejuízos aos administradores passará, em última instância, por estas disposições legais. A qualificação da insolvência como culposa afeta e reflete-se sobre as pessoas que conceberam e praticaram os atos de administração e disposição que conduziram à situação de insolvência.⁽¹¹⁵⁾

Não é totalmente exato afirmar que o CIRE tenha ignorado o problema da responsabilidade dos administradores.⁽¹¹⁶⁾ Fê-lo regulando aspetos adjetivos de legitimidade, no Título IV do CIRE, intitulado “Efeitos da declaração de insolvência”, no Capítulo I, reservado aos “Efeitos sobre o devedor e outras pessoas”⁽¹¹⁷⁾. No seu artigo 82.º, n.º 3, estatui que o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir, durante o processo de insolvência: (i) as ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra, nomeadamente, os administradores de direito ou de fato, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros; (ii) 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; (iii) as ações contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente. Tratar-se-á de uma legitimidade extraordinária⁽¹¹⁸⁾ e exclusiva⁽¹¹⁹⁾, na medida em que é atribuída ao administrador legitimidade para propor ações que, em situações de não insolvência da sociedade, caberiam ao próprio devedor ou aos

(114) Fraga, Manuel A. Carneiro da, A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II Lisboa, Setembro 2006, p. 670

(115) Neste sentido Ac. Rel. Coimbra, de 24/01/2012 (Barreto Martins)

(116) Realce-se, mais uma vez, a importância do incidente de qualificação da insolvência nesta matéria da responsabilidade dos administradores das sociedades

(117) Fernandes, Carvalho/Labareda, João (2008), “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, Quid Juris Editora, p. 344. Estes autores criticam a localização sistemática da regulação da competência exclusiva do administrador de insolvência. De fato, esta competência insere-se no âmbito das competências do administrador da insolvência, as quais se encontram positivadas num artigo próprio – artigo 55º. Este preceito regula as funções do administrador da insolvência e o seu exercício. Neste sentido, cfr Ribeiro, Maria de Fátima (2009), “A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Almedina, p. 481.

(118) Ramos, Elisabete, “A Insolvência da sociedade e a responsabilidade dos administradores no ordenamento jurídico português”, n.º 7, p. 15.

(119) Isto de acordo com a própria lei – n.º 3 do artigo 82º do CIRE.

seus credores. Durante este processo, a sociedade, os sócios e os credores da sociedade estão privados de legitimidade ativa para propor a ação social de responsabilidade contra os administradores de fato ou de direito.

Cabendo a legitimidade exclusiva ao administrador da insolvência, evita-se uma multiplicação de ações com identidade de sujeitos e de objeto. A alínea a) do n.º 3 do artigo 82.º prevê a legitimidade exclusiva do administrador da insolvência para propor a respetiva ação de responsabilidade contra, nomeadamente, os “administradores de direito ou de fato”, em favor da sociedade devedora. Esta disposição parece implicar um afastamento relativamente ao previsto no artigo 77º, número 4 do CSC ⁽¹²⁰⁾, prescindindo-se da intervenção da sociedade no processo judicial em que se discute a responsabilidade civil dos administradores perante aquela. Tal ação de responsabilidade civil não depende de prévia deliberação da assembleia geral dos sócios. ⁽¹²¹⁾.

Acresce que, o próprio interesse dos credores, na satisfação dos seus créditos, determina a centralização do poder de reclamar, a favor do devedor, as indemnizações devidas, que irão integrar a massa insolvente. Esta previsão legal, atribuindo legitimidade exclusiva ao administrador da insolvência, irá proteger os direitos dos sócios e dos credores sociais, perante a inércia da sociedade devedora, na pendência do processo de insolvência. As alterações decorrentes da Lei n.º 16/2012, nomeadamente no que se refere ao n.º 1 do artigo 1.º, conferiram, ainda, um maior relevo à satisfação dos credores enquanto finalidade primordial do processo de insolvência. Portanto, os poderes – deveres atribuídos ao administrador da insolvência deverão ser exercidos no interesse daqueles.

Demonstra-se, ainda, essencial a aplicação efetiva do princípio *par conditio creditorium* ⁽¹²²⁾, impondo a igualdade entre os vários credores e impossibilitando que algum deles possa obter, por via distinta do processo de insolvência, uma satisfação mais rápida ou completa dos seus créditos e evitando uma proliferação de ações com o mesmo fim, que acarretariam um atraso na satisfação dos credores.

Note-se que, a legitimidade atribuída ao administrador da insolvência não coloca em causa os direitos dos credores, nomeadamente nas situações em que se verifique a inércia daquele, na medida em que o legislador previu expressamente a sua responsabilidade, no

(120) Note-se que, no caso da ação de responsabilidade proposta pelos sócios ou credores sociais, tal exige o chamamento da sociedade à causa, nos termos do n.º 4 do artigo 77º, e, ainda, que a devedora seja citada, de acordo com o artigo 608º do CC *ex vi* n.º 2 do artigo 78º.

(121) Tal justificar-se-á na hipótese de a maioria da assembleia se opor a uma ação de responsabilidade dos próprios administradores que elegeu, privando o património social do montante de indemnização em que os administradores viessem a ser condenados pelos danos causados à sociedade.

(122) Este princípio determina que “na ausência de fatos que determinam a aplicação de regras especiais, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor”. Cfr. 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. 54.

artigo 59.º e, ainda, em termos adjetivos, na al. b) do n.º 3 do artigo 82.º. Estipula o n.º 5 do artigo 82.º 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”.

Para concluir, importa salientar também um problema de ordem sistemática quanto a esta matéria. A alínea b) do n.º 3 do artigo 82º do CIRE e o n.º 4 do artigo 78º do CSC apresentam soluções opostas no tocante à legitimidade ativa. Com efeito, a norma societária 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”, estipulando assim uma legitimidade facultativa. Tal demonstra-se incompatível com o teor do n.º 3 do artigo 82º do CIRE, ao prever a exclusiva legitimidade, na pendência do processo de insolvência, do administrador da insolvência para propor as ações. Face ao exposto, deverá considerar-se que, o CIRE, nos termos do número 2 do artigo 7º, revogou tacitamente ⁽¹²³⁾ este n.º 4 do artigo 78.º do CSC. ⁽¹²⁴⁾ Esta última norma apresenta-se, nitidamente, desatualizada, por referência ao CIRE. Portanto, a disposição do CSC deve ser interpretada à luz desta, consagrando uma legitimidade exclusiva, e não meramente facultativa, do administrador da insolvência para propor e fazer seguir estas ações.

2- A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E A SUA EFETIVAÇÃO CIVIL NA PENDÊNCIA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

2.1- A LITIGÂNCIA ENTRE O CIRE E O CSC NA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DOS ADMINISTRADORES PERANTE A SOCIEDADE

O artigo 72º, n.º 1 do CSC dispõe que os gestores respondem para com a sociedade, quando, com desrespeito por deveres legais ou estatutários, pratiquem atos ou omissões que lhe causem danos, salvo se provarem que agiram sem culpa.

A correspondente ação de responsabilidade pode ser proposta pela própria sociedade (art. 75.º CSC) ⁽¹²⁵⁾ ou pelos sócios (art. 77.º CSC). ⁽¹²⁶⁾

(123) Ramos, Elisabete, “A Insolvência da sociedade e a responsabilidade dos administradores no ordenamento jurídico português”, n.º 7, p. 17. No mesmo sentido Abreu, Coutinho de (2010), Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades, n.º 5, Almedina, 2ª Edição, p. 82.

(124) Tenha-se em atenção o previsto no artigo 7º do CC sob a epígrafe “Cessação da vigência da lei”, dispõe que “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 novas disposições e as regras precedentes ou da circunstância de a nova lei regular a matéria da lei anterior”.

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

(126) Este normativo confere aos sócios o direito de “(...)propor ação social de responsabilidade contra

A responsabilidade dos administradores, prevista neste preceito, é uma responsabilidade contratual e subjetiva, dependente de culpa que se presume (artigos 798º e 799º do CC), na medida em que resulta exclusivamente dos atos praticados pelos gestores em função do cargo que exercem na sociedade.

Esta presunção de culpa representa o aspeto mais relevante nesta matéria. Compete aos gerentes e administradores ilidir a presunção legal estabelecida neste normativo, demonstrando que atuaram diligentemente, tendo a gestão sido norteada por deveres de cuidado e competência técnica. Em relação a esta presunção há ainda que referir que ela implica uma responsabilidade solidária pelos danos a ressarcir (n.º 1 do artigo 73.º), embora admita o direito de regresso (n.º 2 do artigo 73.º). Isto implica que o administrador possa ser chamado a responder solidariamente com os demais.

Assim, do n.º 1, do artigo 72.º do CSC resulta, uma responsabilidade nos seguintes termos: “a) estão em causa danos ilícitos; b) provocados pela inobservância de deveres específicos; c) com presunção de culpa”.

Com efeito, os administradores societários têm deveres gerais, previstos no artigo 64º do CSC, e deveres específicos, que se traduzem em determinadas condutas a que implicitamente estão ligados e outras a que estão obrigados por força dos estatutos da própria sociedade.

Decorre do artigo 64º do CSC, que os gerentes ou administradores, no exercício da sua atividade, têm dois deveres essenciais – o de gestão e o de representação - devendo atuar vinculados a deveres de cuidado e de lealdade. A alínea a) do artigo 64º consagra uma disponibilidade, de competência técnica e de conhecimento da atividade da sociedade. A cláusula geral, quanto à forma como os membros da administração devem pautar a sua atuação, mediante deveres de cuidado. Desse preceito emergem os deveres de observância de tais deveres deverá ser norteada pela diligência de um gestor criterioso e ordenado.

As alíneas deste artigo 64º do CSC deverão ser interpretadas conjuntamente. Com efeito, quer os interesses que se evidenciam em relação aos deveres de lealdade, quer o critério do gestor criterioso e ordenado que se acrescenta aos deveres de cuidado, aplicam-se simultaneamente a ambos os deveres - de cuidado e de lealdade.

Para que o administrador seja civilmente responsável para com sociedade é necessário que o ato por ele cometido seja considerado pelo Direito como ilícito, aqui se abrangendo tanto a ilicitude civil obrigacional, como a ilicitude delitual. Considera-se formalmente ilícito o ato contrário a uma norma imperativa ou a um dever imposto por uma norma. Será, em princípio, 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).

(126 cont.) gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado”. É a denominada ação *uti singuli*.

O nosso legislador optou claramente pelo sistema alemão, construindo a ilicitude sempre configurada como um juízo de desvalor atribuído pela ordem jurídica (*maxime*, art. 483.º do CC), juízo esse referente ao comportamento do agente (teoria do desvalor do fato). A ilicitude não é aferida em relação ao resultado, pressupondo antes uma avaliação do comportamento do agente. Não haverá ilicitude sempre que o comportamento do agente, apesar de representar uma lesão de bens jurídicos, não prossiga qualquer fim proibido por lei. Portanto, verificados os pressupostos da responsabilidade civil – fato (atos ou omissões praticados), ilicitude (com preterição dos deveres legais ou contratuais), culpa (presumida), dano (à sociedade) enexo de causalidade entre o fato e o dano – será o administrador responsável perante a própria sociedade.

A propósito da responsabilidade é, ainda, de referir que esta será excluída se o administrador atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de pura racionalidade empresarial, nos termos do n.º 2 do art. 72.º do CSC. Esta disposição consagra a *business judgment rule*, impondo que a responsabilidade dos administradores será afastada se demonstrarem que a sua intervenção foi ponderada, ocorreu de forma pessoalmente desinteressada e consistiu numa prática normal e adequada de gestão. No direito português constitui uma específica via de exclusão da culpa.

No que diz respeito aos danos, relevam apenas aqueles que não se teriam verificado não fosse a conduta ilícita do gestor – art.º 563º do CC – e a obrigação de reparar existe tanto para os danos emergentes como para os lucros cessantes – art.º 564º, n.º 1 do CC.

Por último, a responsabilidade entre administradores responsáveis, ou seja, nas relações internas, é solidária entre si, embora na medida das culpas de cada um e com direito de regresso – art.º 73º, n.º 1 do CS.

2.2- RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DOS ADMINISTRADORES PERANTE OS CREDORES SOCIAIS, SÓCIOS E TERCEIROS

Por força da regra da limitação da responsabilidade constante dos artigos 197º, n.º 3 e 271º do CSC, os credores só podem fazer-se cobrar por dívidas da sociedade à custa do património da própria sociedade. Por outro lado, nos termos do artigo 6º, n.º 5 do CSC: “a sociedade responde civilmente por atos ou omissões de quem legalmente a represente (...).”

O artigo 78º n.º 1 do CSC prevê a responsabilidade dos administradores para com os **credores sociais** “(...) 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”. Estando em causa a violação de disposições legais ou contratuais, decerto que a ilicitude, aqui, compreende a violação, não de todo e qualquer dever que impende sobre os administradores, mas tão só dos deveres prescritos em “disposições

legais ou contratuais” de proteção dos credores sociais.⁽¹²⁷⁾ Perfilhando Menezes Cordeiro, “a lei exige, para este tipo de responsabilidade, a violação de normas de proteção aos credores, proteção essa que seja causa da insuficiência patrimonial.⁽¹²⁸⁾ Além disso, haverá que verificar os demais requisitos da imputação aquiliana, com relevo para a ilicitude, a culpa e o nexos causal: Nenhum desses fatores se presume: haverá – por parte dos interessados – que deduzir, com êxito, a competente prova”.

Note-se que, ao contrário do estabelecido no art. 72.º, o legislador afastou aqui a presunção de culpa. Acrescentamos que, para além de ilícito, o ato tem de ser danoso. Tratar-se-á de um dano indireto, sofrido pela afetação, total ou parcial, da garantia dos seus créditos, isto é, do património social.⁽¹²⁹⁾ Portanto, estarão em causa, *prima facie*, todas as disposições

(127) Neste sentido, vd. Coutinho de Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, p. 70. Este autor não densifica o conceito de “disposições legais ou contratuais” de proteção dos credores sociais, mas dá alguns exemplos: é o caso das que provêm à conservação do capital social (v. g., arts. 31.ª a 34.ª, 514.ª; 236.ª, 346.ª n.º I, 513.ª; 220.ª n.º 2 e 317.ª n.º 4): proibição, em princípio, de distribuição de bens sociais aos sócios sem prévia deliberação destes, proibição de distribuição de bens sociais quando o património líquido da sociedade seja ou se tornasse (em consequência da distribuição) inferior à soma do capital e das reservas legais e estatutárias, interdição da distribuição de lucros do exercício em certas circunstâncias e de reservas ocultas; ilicitude da amortização de quotas e de ações sem ressalva do capital social; ilicitude da aquisição de quotas e de ações próprias sem ressalva do capital social. E também o caso das normas relativas à constituição e utilização da reserva legal (arts. 218.º, 295.º e 296.º). Cita, ainda, a norma tuteladora dos interesses dos credores que é a que delimita a capacidade jurídica das sociedades (art. 6.º). Fora do CSC, cita o art. 18º do CIRE (v. também o art. 19.º), que prescreve o dever de os administradores requererem a declaração de insolvência da sociedade em certas circunstâncias. Acrescenta ainda que, “a inobservância de normas de proteção leva à responsabilização dos administradores perante os credores sociais desde que tal inobservância cause (nexo de causalidade) uma diminuição do património social (dano direto da sociedade) que o torna insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos (dano indireto dos credores). Tem de haver um dano, portanto, para a sociedade. E decorrente da violação das normas de proteção dos credores sociais. Um dano causado à sociedade pela violação de outras normas é suscetível de conduzir à responsabilidade para com a sociedade, não para com os credores – ainda que estes sejam afetados, medianamente, por aquele dano.” Finalmente, Pereira de Almeida, Sociedades Comerciais, cit., pp. 174 e 175 considera que estamos perante uma responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais, sendo uma responsabilidade necessariamente aquiliana ou delitual. Mas, salienta que se trata de prejuízos indiretamente causados aos credores sociais, prevenindo que “não basta que a conduta dos administradores tenha provocado prejuízos à sociedade para os administradores serem diretamente responsáveis para com os credores, é necessário que, por causa desses prejuízos, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”.

(128) Cordeiro, Menezes, “Da Responsabilidade Civil”, pp. 492-495

(129) Neste sentido, Cunha, Tânia Meireles da, na sua dissertação de Mestrado, “Da Responsabilidade dos Gestores das Sociedades perante os Credores Sociais (A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária)”, 2.ª ed., Almedina, p. 68. e Ac. STJ de 12/012012 (Álvaro Rodrigues), em que pode ler-se que

que se propõem prover à realização e conservação do património social, bem como de outras normas que, indubitavelmente, visam a proteção de interesses de terceiros. Haverá, assim, que apurar, caso a caso, quais as disposições que têm em vista a proteção dos credores sociais, atendendo para o efeito ao fim da norma.⁽¹³⁰⁾

Por sua vez, o n.º 2, do artigo 78.º do CSC consagra a denominada ação sub-rogatória dos credores sociais, que visa a responsabilidade dos gerentes e administradores para com os credores da sociedade fundada na “inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes”.⁽¹³¹⁾ Nesta conformidade, podem os credores sociais exercer o direito de indemnização, sempre que a sociedade ou os outros sócios dele abdicarem, hipótese que resultaria da própria lei civil.

Têm legitimidade para intentar a ação, os credores que não tenham visto os seus créditos sobre a sociedade pagos por insuficiência do património desta. No entanto, neste caso, não existe presunção de culpa uma vez que o artigo 78º, n.º 5 do CSC, ao remeter apenas para os n.ºs 3 a 6 do artigo 72º do CSC, expressamente afastou a aplicação do n.º 1, pelo que, por força do artigo 483º do CC, cabe aos credores, para além dos outros pressupostos da responsabilidade civil, fazerem prova de que foi por facto imputável ao gestor que o património da sociedade se tornou insuficiente para lhes pagar.

Por outro lado, a responsabilidade dos gestores perante os credores, sendo pessoal e direta – artigo 78º, n.º 1, n.º 2 do CSC – obriga a que a ação seja diretamente instaurada pelos credores contra os gestores independentemente da ação social, a qual, em todo o caso, não lhes aproveita, uma vez que beneficia apenas quem a instaurou.

É pertinente questionar se existe conexão entre a insuficiência exigida pelo art.º 78º, n.º 1 do CSC, na responsabilidade para com os credores e a exigida pelo CIRE, para ser decretada a insolvência.

O artigo 78º, n.º 1, dispõe que “Os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando (...) o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”. Por sua vez, o art.º 3º, n.º 1 do CIRE, dispõe que “ É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir

(129 cont) “a diminuição do património social produzida pela inobservância de normas legais do direito societário, constitui um dano direto da sociedade, desde que se verifique o necessário de causalidade, e um dano indireto dos credores sociais, desde que essa diminuição se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”.

(130) A este propósito Rodrigues, Ilídio Duarte, “A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores”, considerando que “não basta que a norma também, aproveite ao credor social, antes sendo necessário que ela tenha também em vista a sua proteção.” No mesmo sentido, Correia, Miguel Pupo, que neste ponto segue de perto Ilídio Duarte Rodrigues, “Sobre a Responsabilidade por Dívidas Sociais dos Membros dos Órgãos da Sociedade”, in ROA, ano 61 (Abril 2001), p. 667.

(131) Cordeiro, Menezes, “Código das Sociedades Comerciais”, pp. 275 e 276, em comentário ao citado art. 78.º.

as suas obrigações vencidas”. E, por último, o n.º 2, diz que “As pessoas coletivas (...) são também consideradas insolventes quando o seu passivo seja manifestamente inferior ao passivo...”.

Ora, dada a redação do artigo 78º, n.º 1 do CSC, seguimos o entendimento segundo o qual essa norma se está a referir à insuficiência do património da sociedade no sentido de a mesma deter um património inferior ao das suas dívidas, desde que, simultaneamente, se encontre impedida de proceder ao pagamento aos seus credores. Mesmo que a sociedade se encontre impedida de pagar as suas dívidas por para tanto não ter liquidez suficiente, desde que o seu património seja em montante superior a essas dívidas, os gestores não podem ser responsabilizados. Ou seja, os credores sociais apenas poderão responsabilizar os gestores quando a sociedade não tiver liquidez para satisfazer os seus créditos e quando constatarem que o património da sociedade é inferior ao valor do seu crédito.

Contudo, a aplicação do artigo 78º, n.º 1 do CSC não fica condicionada à prévia declaração de insolvência da sociedade com fundamento quer no artigo 3º, n.º 1, quer no artigo 3º, n.º 2 do CIRE. Tanto assim é que a sociedade pode-se encontrar na situação do artigo 3º, n.º 1 ou do n.º 2 mas nenhuma das entidades com legitimidade para pedir a insolvência nos termos dos artigos 18º, 19º e 20º do CIRE, o fazer. Aliás, doutro modo, a redação do artigo 78º, n.º 4 do CSC não fazia sentido, especialmente na sua parte inicial onde expressamente se refere “no caso de falência”. A utilização dessa expressão demonstra, sem margem para dúvidas, que os direitos dos credores podem ser exercidos sem que tenha sido decretada a insolvência da sociedade.

Porém, a ação dos credores contra os gestores só tem viabilidade depois de ter sido acionada a própria sociedade e quando se verifique a inexistência de património ou a insuficiência do mesmo para pagar o crédito, mediante a prévia instauração de uma acção executiva. Ou seja, no caso da responsabilidade dos gestores perante os credores sociais, a mesma só pode ser efetivada após a excussão do património da sociedade.

No que respeita à responsabilidade dos administradores perante os **sócios e terceiros**, a responsabilidade dos gestores para com os sócios, acionistas e terceiros está prevista no art.º 79º e ss do CSC.

A responsabilidade dos gestores perante os sócios e terceiros é por muitos questionada por força do disposto no já acima referido artigo 6º, n.º 5 do CSC. Em face do estatuído naquela norma, e uma vez que os gestores agem em nome e em representação da sociedade, questiona-se se não deveria ser apenas esta a responder.

Dispõe o artigo 79.º do CSC, sob a epígrafe, “Responsabilidade para com os sócios e terceiros”, que os administradores respondem perante estes pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções. Trata-se de uma responsabilidade delitual ou aquiliana, com expressa remissão para os termos gerais previstos nos artigos 483º e 487º do CC, por danos diretamente causados a sócios e a terceiros. Do facto ilícito do administrador, praticado no exercício das suas funções, deverá resultar um dano que afete direta e imediatamente os créditos dos sócios ou dos credores, o património destes, a validade e a

subsistência dos créditos dos credores perante a sociedade. ⁽¹³²⁾ Nestas condições, compreende-se que seja difícil a verificação da previsão do artigo 79º, n.º 1 do CSC.

Exemplos de violações de direitos, de normas legais ou de deveres jurídicos que visam proteger os sócios e que podem conduzir à responsabilização dos gestores, são: a subscrição pelos gestores ou atribuição a terceiros da subscrição de novas participações sociais em aumento de capital por entradas em dinheiro, violando o direito de preferência dos sócios – artigos 266º e 458º do CSC, o caso dos gestores que convencem acionistas a adquirir ações da sociedade mediante a apresentação de registos contabilísticos falsos, a recusa de informação ou a prestação de informação incompleta ou falsa aos sócios – artigos 214º, 288º, 518º e 519º do CSC.

Exemplos de situações que consubstanciam violações de normas legais ou de deveres jurídicos que visam proteger terceiros e que podem conduzir à responsabilização dos gestores, são: os gestores convencerem terceiros a adquirir ações da sociedade mediante a apresentação de registos contabilísticos falsos, a omissão de informação importante relativamente ao património social no prospeto relativo à oferta pública da distribuição de ações da sociedade – artigos 134º, 135º, 149º do CVM.

O artigo 79º, n.º 2 do CSC, remete-nos para os “termos gerais”, ou seja, para a aplicação do artigo 483º do CC mas também para o regime da responsabilidade para com a sociedade, mais concretamente para o artigo 72º, nºs 2 a 6, para o artigo 73º e para o artigo 74º, n.º 1 do CSC. Por força da aplicação do artigo 483º do CC, também, neste caso, a responsabilidade não se presume e o ónus da prova, mais uma vez, recai sobre os sócios e terceiros.

À semelhança da responsabilidade para com os credores, também aqui estamos perante uma responsabilidade extracontratual uma vez que nenhuma relação direta existe entre os gestores e os sócios e terceiros, e é pessoal, na medida em que tem que ser diretamente instaurada contra os gestores e apenas beneficia quem a instaurou. Mas como refere Maria Elisabete Ramos, “É de questionar a responsabilidade solidária entre a sociedade e os administradores responsáveis. (...) A sociedade é responsável perante os credores e terceiros quando para com eles também os administradores sejam responsáveis nos termos dos artigos 78º, n.º 1, e 79º, n.º 1, do CSC (cfr. art.º 500º, n.º 1, do CC.). Por sua vez, a sociedade, se satisfizer a indemnização, tem o direito de exigir do(s) administrador(es) o reembolso de tudo quanto haja pago (art.º 500º, n.º 3, do CC)”. ⁽¹³³⁾

(132) Neste sentido, vd. Ac. Rel. Lisboa, de 28/06/2012 (Carla Mendes) e Ac. STJ, de 23/05/ 2002. Neste pode ler-se que o art. 79.º do CSC tem em vista os 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.

(133) Ramos, Maria Elisabete, “A Insolvência da sociedade e a responsabilidade dos administradores no ordenamento jurídico português”, n.º 7, p. 17. No mesmo sentido Abreu, Coutinho de (2010), “Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades”, n.º 5, Almedina, 2ª Edição

Neste caso, como na responsabilidade perante a sociedade, o gestor não é responsabilizado quando o ato ou omissão assente em deliberação dos sócios – artigo 72º, n.º 5 *ex vi* do artigo 79º, n.º 2 do CSC.

Têm sido desenvolvidas várias teorias para fundamentar a responsabilidade perante os sócios e terceiros: desconsideração da personalidade jurídica, abuso de direito, relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, contrato com eficácia de proteção para terceiros, etc. Em todo o caso, e independentemente de qual das teorias se decida seguir, só em casos especiais se justifica a responsabilização dos gestores perante os sócios e terceiros. Alguns desses casos são: a não distribuição aos sócios e acionistas, no prazo legal, de metade dos lucros do exercício – artigo 217º, n.º 2 e artigo 294º, n.º 2 do CSC, a não notificação aos sócios e acionistas para exercício do direito de preferência em casos de aumento de capital social – artigo 268º e artigo 458º e ss. do CSC, a recusa de prestação de informações ou a prestação de informações falsas sobre a situação financeira da sociedade aos sócios e acionistas mas também aos terceiros, induzindo-os em erro, e levando os a comprar participações com falsas expectativas – artigos 214º; 518º e 519º do CSC, a não observação da diligência devida em operações de fusão – artigo 114º do CSC, e a responsabilidade nas informações prestadas aos mercados – artigos 149º e 251º do CSC.

Por último, os danos têm de ter sido causados direta e imediatamente aos sócios ou a terceiros, não se confundindo, portanto, com a ação *ut singuli*. Isto é, para existir nexos de causalidade, o dano não pode ter sido causado na sociedade e só indiretamente no património daqueles, como acontece na responsabilidade para com os credores sociais. Podem, no entanto, existir, em simultâneo, as duas responsabilidades: para com a sociedade e para com os sócios e terceiros.

CAPÍTULO VII – INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO

1- CAUSAS

O incidente de qualificação de insolvência, previsto nos artigos 185º e ss do CIRE, constitui uma fase do processo que se destina a averiguar quais as razões que conduziram à situação de insolvência, e conseqüentemente se essas razões foram puramente fortuitas ou correspondem antes a uma atuação negligente ou mesmo com intuítos fraudulentos do devedor. Essa avaliação pode ter naturalmente conseqüências penais (cfr. arts. 227º e ss do CP), mas estas não podem ser avaliadas neste incidente, o qual tem, no entanto, a máxima relevância para efeitos civis, dado que a insolvência culposa pode envolver responsabilidade para o devedor, o que não sucede com a fortuita.

Ou seja, o incidente de qualificação da insolvência destina-se a qualificar a insolvência como culposa ou fortuita (artigo 185º do CIRE). No artigo 186º, a lei define apenas a insolvência culposa, nada prevendo quanto à definição de insolvência fortuita – por isso, a insolvência é fortuita quando não é culposa.

Quais são as suas causas? O qualifica a insolvência como culposa?

A insolvência é classificada como culposa, de acordo com o n.º 1, do artigo 186º do CIRE, quando a sua criação ou agravamento resulte de comportamento **doloso**, ou com culpa grave, do devedor e/ou dos seus administradores (de fatos ou de direito, nos termos do artigo 6º do CIRE) nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência. Se os fatos ocorrerem num período anterior àqueles três anos, as condutas não são passíveis de punição via incidente de qualificação.

A insolvência é sempre classificada como culposa quando os **administradores de facto ou de direito** do devedor, que não seja uma pessoa singular, pratiquem os fatos descritos nas alíneas a) a i) do n.º 2 do artigo 186º do CIRE. A mera prática desses fatos constitui **presunção inilidível** da qualificação da insolvência como culposa.

A noção geral de insolvência culposa estatuída no n.º 1 do referido artigo 186º do CIRE, aplica-se a todos os devedores (pessoas singulares ou coletivas). Contudo, os números 2 e três apenas se aplicam a pessoas coletivas, com exceção da ressalva do número 4.

2- NEXO DE CAUSALIDADE E A NECESSIDADE DA SUA ARGUIÇÃO ESPECÍFICA NO MOMENTO DE ABERTURA DO INCIDENTE DE INSOLVÊNCIA

A abertura do incidente de qualificação é oficiosamente concretizada com a declaração de Insolvência, que tem a sua moldura no artigo 36º, alínea i) do CIRE, que dita que “Na sentença que declara a insolvência, o juiz: (...) Declara aberto o incidente de qualificação de insolvência, com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto do art.º 187º.”

Nos termos do artigo 188º, n.ºs 1 e 2 do CIRE, o juiz poderá declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência em momento ulterior, através de despacho (irrecorrível), publicado no portal Citius, de imediato.

Ou seja, em todos os processos de insolvência é obrigatória a abertura do incidente, à exceção daqueles que é apresentado um plano de pagamento aos credores aprovado por estes e “homologado pelo juiz por meio de sentença e, após o seu trânsito determina as consequências do artigo 230º, n.º 1, alínea b) do CIRE.

Tendo o incidente de qualificação como finalidade a responsabilização do devedor e/ou dos administradores, quando o mesmo é declarado aberto, é nesse momento que é obrigatória a apreciação da conduta do devedor e verificação da existência de nexo de causalidade entre a conduta legalmente tipificada e a criação ou agravamento da situação de insolvência.

Como vimos, o n.º 2, do artigo 186º do CIRE classifica a insolvência como culposa se o devedor e/ou os seus administradores tiverem praticado os factos descritos nas suas diversas alíneas.

A doutrina e a jurisprudência tem-se questionado acerca do alcance destas presunções: será que também se presume o nexo de causalidade entre a conduta legalmente tipificada e a criação ou agravamento da situação de insolvência?

Carvalho Fernandes e João Labareda defendem que as alíneas do n.º 2, direta ou indiretamente, envolvem efeitos negativos para o património do insolvente.⁽¹³⁴⁾ Pelo contrário, Carneiro da Frada concorda com os autores quanto às alíneas a) ou g), Já quanto às alíneas d) ou f) tem as suas reservas (pois estão em causa fatores fortuitos). Para este autor, estas soluções legais aparentemente excessivas são determinadas pela necessidade de dissuadir ou prevenir condutas indesejáveis que, de acordo com a experiência, são suscetíveis de ocasionar insolvência e estão intimamente ligadas a ela (prevenção abstrata de um perigo). Por isso o legislador incluiu na alínea d) a disposição em proveito dos bens do devedor, independentemente da prova do prejuízo daí adveniente.⁽¹³⁵⁾

Tratando-se de presunções ilidíveis, quando se preencha alguns dos fatos elencados no n.º 2, do artigo 186º do CIRE, a única forma de escapar à qualificação da insolvência como culposa será a prova, pela pessoa afetada, de que não praticou o ato.

Luís m. Martins, considera que “o n.º 2 do artigo não presume apenas a existência de culpa, mas também a existência de nexos de causalidade entre a atuação dos administradores do devedor e a criação ou o agravamento do estado de insolvência.”⁽¹³⁶⁾

Igualmente o objetivo das presunções previstas no n.º 3, do artigo 186º do CIRE não reúne o consenso da doutrina e tão pouco da jurisprudência. Para a maioria da jurisprudência⁽¹³⁷⁾ e da doutrina.

No entendimento de Carvalho Fernandes e João Labareda,⁽¹³⁸⁾ Raposo Subtil⁽¹³⁹⁾ e

(134) Fernandes, Carvalho/Labareda, João(2008), Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado, Quid Juris Editora

(135) Frada, Manuel A. Carneiro da, A Responsabilidade dos administradores na Insolvência, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, Setembro 2006, pp. 692-697

(136) Martins, Luís M., Processo de Insolvência (2011), Coimbra, Almedina, 2ª edição, p. 349

(137) Segundo o Ac. do STJ, de 06/10/2011 (Serra Baptista), “(...)III- o n.º 3 do mesmo art. 186º estabelece, por seu turno, presunções ilidíveis, que admitem prova em contrário, dando-se por verificada a culpa grave quando ocorram as situações aí previstas. IV- Não se dispensando neste n.º 3 a demonstração do nexos causal entre o comportamento (presumido) gravemente culposos do devedor ou dos seus administradores e o surgimento ou o agravamento da situação de insolvência. Sendo, pois necessário, nessas situações verificar se os aí descritos comportamentos omissivos criaram ou agravaram a situação de insolvência, pelo que não basta a simples demonstração da sua existência e a consequente presunção de culpa que sobre os administradores recai. Não abrangendo tais presunções ilidíveis a do nexos causal entre tais atuações omissivas e a situação (sic) da verificação da insolvência ou do seu agravamento. No mesmo sentido, veja-se, entre outros, os Acs. da Relação Lisboa, de 22/01/2008 (Graça Amaral) e de 21/04/2009 (SÍLVIA PIRES) e o Ac. Relação Coimbra, de 08/02/2011 (Beça Pereira).

(138) Fernandes, Carvalho/Labareda, João (2008), “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, Quid Juris Editora, p. 611, nota 8.

(139) Subtil, A. Raposo/Esteves, Matos/Esteves, Maria José/Martins, Luís M. (2006), “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, 2ª edição, Vida Económica, Porto, p. 265

Menezes Leitão ⁽¹⁴⁰⁾ o que resulta do artigo 186º, n.º 3 do CIRE, é apenas uma presunção de culpa grave, em resultado da atuação dos seus administradores, de direito e de fato, mas não uma presunção de causalidade da sua conduta em relação à situação de insolvência, exigindo-se a demonstração nos termos do artigo 186º, n.º 1, que a insolvência foi causada ou agravada em consequência dessa mesma conduta.

Porém, Catarina Serra defende que se trata de presunções de insolvência culposa, sob pena de esvaziar de utilidade estas presunções. ⁽¹⁴¹⁾

Alguns jurisprudência minoritária também vai nesse sentido. A título de exemplo, no Tribunal Constitucional, o Acórdão n.º 564/2007, de 13/11, no Tribunal da Relação de Coimbra, o Acórdão de 22/05/2012 (Barateiro Martins), no Tribunal da Relação do Porto, os Acórdãos de 22/05/2007 e de 05/02/2009, consideram que a simples verificação das situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 3, do artigo 186º do CIRE constitui uma presunção ilidível não apenas de culpa grave do agente infrator, mas também de suspeita de insolvência culposa, pressupondo-se à partida o nexo de causalidade.

3- DISTINÇÃO ENTRE OS DOIS TIPOS DE INSOLVÊNCIA CULPOSA: O DOLO E A CULPA GRAVE DOS ADMINISTRADORES

O artigo 186º prevê dois conjuntos de presunções: o n.º 2 contém um elenco de presunções *iuris e de iure* de insolvência culposa dos administradores de direito ou de fato do insolvente; por seu turno o n.º 3 prevê um elenco de presunções *iuris tantum* de culpa grave dos administradores de direito ou de facto do devedor.

A opção por esta técnica jurídica justifica-se pela necessidade de garantir uma “maior eficiência da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências”, ⁽¹⁴²⁾ para além disso, favorece a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos.

I- As presunções do n.º 2 artigo 186º do CIRE

As alíneas do n.º 2 podem ser agrupadas em três categorias fundamentais: (i) atos que afetam, no todo ou em parte considerável o património do devedor; (ii) atos que, prejudicando a situação patrimonial, em simultâneo trazem benefícios para o administrador que os pratica ou

(140) Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2012), “Direito da Insolvência”, 4ª edição, Almedina, Coimbra, p. 275

(141) No sentido da taxatividade dos fatos previstos nos números 2 e 3, veja-se Fernandes, Carvalho/Labareda, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, Quid Juris Editora, 2008, p. 610, nota 5; Frada, Manuel A. Carneiro, A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II Lisboa, Setembro 2006, pp. 653-702

(142) Segundo o Ac. Rel. Guimarães, de 01/10/2013 (Maria da Purificação Carvalho), “a ocultação prevista no art. 186º, n.º 2, al. a), do CIRE basta-se com uma mera atuação que, alternando a situação jurídica do bem – por ex: vendendo um imóvel a terceiro, com uma relação próxima direta ou indireta com o alienante – impeça ou dificulte a sua identificação, acesso ou acionamento pelo credor”.

para terceiros; e (iii) incumprimento de certas obrigações legais.

No primeiro grupo podemos subsumir a destruição, danificação, inutilização, ocultação ou desaparecimento, no todo em parte considerável, do património do devedor (alínea a)) ⁽¹⁴³⁾, a compra de mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação (alínea c)).

No segundo grupo, podemos enquadrar as alíneas b) (criação ou agravamento artificial de passivos ou prejuízos, ou redução de lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com ele especialmente relacionadas), d) (disposição dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros), ⁽¹⁴⁴⁾ e) (exercício, a coberto da personalidade coletiva da empresa, se for o caso, de uma atividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa), f) (fazer do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiro, de uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência).

Por último, no terceiro grupo encontramos as alíneas h) (incumprimento, em termos substanciais, da obrigação de manter a contabilidade ou a prática de irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor), ⁽¹⁴⁵⁾ i) (incumprimento de forma reiterada, dos seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188º do CIRE).

O proémio do n.º 2, do artigo 186º do CIRE prevê um elenco de presunções *iure et de iure*, considerando “sempre culposa a insolvência” quando se preencha alguma das suas alíneas. No entanto, é sempre necessário o preenchimento do limite temporal dos três anos (previsto no nº 1 do referido artigo), ou seja, apenas aos atos praticados nos três anos anteriores ao início do processo serão relevantes para efeitos do preenchimento das alíneas do n.º 2.

(143) Segundo Ac. Rel. Coimbra, de 13/11/2012 (Artur Dias), “integra o fundamento de qualificação da insolvência como culposa, previsto na al. d) do n.º 2 do art. 186º do CIRE, a venda, ao seu pai, pelo sócio único e gerente da devedora, escassos dois meses e meio antes da insolvência ser requerida por um credor, pelo preço global de €10.032,66, de todo o ativo, com o valor contabilístico de €49.331,04.”

(144) Segundo o Ac. Rel. Lisboa, de 17/01/2012, (Luís Espírito Santo), “A profunda e patente desorganização e as diversas e reconhecidas irregularidades/falsidades constantes da documentação da insolvente, da inteira e exclusiva responsabilidade do apelante, uma vez que era o mesmo quem a geria de facto, integram sem qualquer margem para dúvidas a previsão da alínea h), do n.º 2, do art. 186º, do CIRE, conduzindo ao sintomático resultado que está à vista de todos: a atividade comercial da requerida (numa área habitualmente lucrativa: a venda de produtos farmacêuticos) redundou, no fim de contas, o *absoluto vazio patrimonial da empresa*, com os inerentes prejuízos para os respetivos credores.”

(145) Segundo o Ac. Relação Coimbra, de 13/11/2012 (ARTUR DIAS), “Não cumpriu o dever de apresentação à insolvência a devedora que encerrou a única loja/estabelecimento comercial em Fevereiro de 2000, por não conseguir suportar o valor mensal das rendas com os proveitos que dela auferia; guardou as mercadorias em armazém, alienando-as em Abril de 2011; e foi declarada insolvente por sentença de 22/07/2011, em processo instaurado por um credor em 17/06/2011”.

II- As presunções do n.º 3, do artigo 186º do CIRE

O artigo 186º, n.º 3 contém duas presunções: (i) o incumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência, previsto no artigo 18º do CIRE (alínea a)); ⁽¹⁴⁶⁾ e o incumprimento da obrigação de elaborar as contas anuais no prazo legal, de submete-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial (alínea b)).

As presunções do n.º 3 aplicam-se ao insolvente pessoa singular e aos administradores de direito ou de facto do devedor pessoa singular e do devedor pessoa coletiva (artigo 186º, n.º 4 do CIRE).

Para além disso, e à semelhança do n.º 2, é necessário o preenchimento do limite temporal dos três anos, ou seja, apenas aos atos praticados nos três anos anteriores ao início do processo serão relevantes para efeitos do preenchimento do n.º 3.

O artigo 186º, n.º 3 prevê um elenco de presunções *iuris tantum* (a expressão “presume-se” usada no n.º 3, por um lado, e a expressão “sempre” usada no n.º 2, por outro lado, sustentam esta qualificação pela doutrina). Por isso, podem ser afastadas, por exemplo, através da demonstração de que, “apesar de alguns problemas financeiros, a empresa continuou a laborar e que se apresentou à insolvência, porque apesar das dificuldades económicas sempre tentou que a mesma continuasse a sua atividade.” ⁽¹⁴⁷⁾

4- A GRADUAÇÃO DA CULPA NA INSOLVÊNCIA: A DIFERENÇA ENTRE INSOLVÊNCIA CULPOSA E INSOLVÊNCIA FORTUITA E OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES

Para delimitar ambos os tipos de insolvência, o legislador procurou graduar o tipo de culpa, sendo que para a insolvência fortuita determinou que esta seria fundamentada na conduta negligente, determinada como “culpa leve” ou “levíssima”.

Considera-se aqui, que para a classificação da insolvência como fortuita, deverá ter-se em conta houve por parte dos administradores um esforço diligente no sentido de evitar a insolvência da empresa, mas sem sucesso. Ou então, que houve um comportamento negligente cuja conduta demonstrou que não se previa tal desfeito para a sociedade.

Para estes, salvaguardou-se que provando-se que houve um comportamento diligente, o juiz afastaria as consequências de uma insolvência culposa.

O legislador foi muito claro na sua delimitação. Quis transmitir a ideia de que associada à atividade empresarial, encontra-se também relacionadas decisões de risco por parte dos seus administradores, que são tomadas, com o intuito de fomentar benefícios.

Por vezes estas não têm o melhor resultado, mas no entanto há que discernir daquelas que são decisões irrefletidas, cuja sustentação lógica não tem explicação, pelo que aqui o dever de cuidado por parte dos administradores é objeto de contenda.

(146) Ac. Rel. Guimarães, de 11/01/2007 (Manuel Bucho).

(147) António Menezes Leitão, “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 2ª Edição, Almedina, p. 253

Já o dever de lealdade impõe que os administradores ajam de acordo com o princípio de boa fé que se encontra equiparada à sua definição civil.

Nos termos na alínea b) do n.º1 do art.º 64 do CSC, a lealdade exprime o conjunto de valores básicos do sistema que, em cada situação concreta, devam ser acatados pelos diversos intervenientes.

A lealdade aplica-se: nas relações com os sócios e com a sociedade e entre si, integrando a ideia básica do status do sócio; nas relações da sociedade para com os sócios, implicando um alargamento *ex bona fide* da competência da assembleia-geral; nas relações dos administradores com a sociedade e com os próprios sócios, as quais estão agora em causa.

A lealdade obriga a seguir as regras do bom governo das sociedades (*corporate governance*).

Este dever é comumente aplicado quando estão em causa interesses como: aproveitamento de cargo, de bens ou informações da sociedade; apropriação de *corporate opportunities* ou então conflito de interesses.

Toda esta gama de deveres, acaba por se reconduzir à capacidade de gozo e exercício da pessoa coletiva através do seus legais representantes – artigo 6º do CSC – para o que há que ter particular cuidado e inculcar uma forte componente de responsabilidade no exercício do cargo.

5- RESPONSABILIDADE CRIMINAL

5.1- INSOLVÊNCIA CULPOSA E RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Tendo sido a insolvência classificada como culposa o devedor e/ou os seus administradores poderão ser responsáveis criminalmente e ver o seu património pessoal responder pelo montante dos créditos não satisfeitos.

O Código Penal prevê quatro crimes e dizem respeito à insolvência: insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores – artigos 227º e seguintes do Código Penal. ⁽¹⁴⁸⁾ ⁽¹⁴⁹⁾

(148) “Estas incriminações não têm, no entanto como fim a proteção dos direitos patrimoniais dos credores, atenta a proibição da aplicação das sanções penais por dívidas, mas apenas as atuações lesivas da economia do crédito ou até da economia em geral, resultantes de determinados comportamentos do devedor. Deve, no entanto, entender-se que os credores terão legitimidade para se constituir como assistentes no respetivo processo, uma vez que são titulares de interesses que constituem objeto imediato do crime.” *Ibidem*, p. 359.

(149) Estamos perante crimes de perigo abstrato, cuja ilicitude corresponde aos comportamentos previstos no tipo respetivo e cuja punibilidade é limitada por duas condições objetivas: a ocorrência da insolvência e o reconhecimento judicial.

No **crime de insolvência dolosa**, o devedor deverá ter a intenção de prejudicar os seus credores ao praticar uma das condutas previstas no artigo 227º do Código Penal. Para além da prática de uma das condutas, é necessário verificar-se a insolvência e o reconhecimento judicial da mesma. Este crime tem uma pena de cinco anos ou multa até 600 dias. Se for um terceiro a praticar os fatos, com o conhecimento do devedor, ou em seu benefício, a pena é a mesma mas excepcionalmente atenuada. Se estivermos perante uma pessoa coletiva, punem-se os que exerceram de fato a gestão efetiva e que praticaram os fatos.

No **crime de frustração de créditos**, previsto no artigo 227º-A do Código Penal, o devedor, após prolação de sentença condenatória exequível, destrói, danifica, faz desaparecer, oculta ou sonega parte do seu património, para intencionalmente frustrar a satisfação parcial ou total de um crédito de outrem. O devedor é punido, se instaurada ação executiva, nela não se conseguir satisfazer inteiramente os direitos dos credores, com pena de três anos ou pena de multa. Também há punição dos terceiros que atuam com o conhecimento ou em benefício do devedor e aqueles que exercem de fato a gestão de entidade coletiva.⁽¹⁵⁰⁾

A **insolvência negligente** encontra-se prevista no artigo 228º do Código Penal e é um crime punido “com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias”. A punição depende da verificação da situação de insolvência e esta ser reconhecida judicialmente. Também são punidos aqueles que exerçam de fato a gestão de entidade coletiva, como nos dois crimes anteriores.

O **favorecimento de credores** estabelece, no artigo 229º do Código Penal que o devedor que, conhecendo a sua situação de insolvência, ou que prevê a sua iminência e tem intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solvendo dívidas ainda não vencidas, ou solvendo-as de modo diferente do que o pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para as suas dívidas a que não era obrigado, é punido com pena de prisão de dois anos ou pena de multa até 240 dias, se a insolvência vier a ser reconhecida judicialmente. Este regime também se aplica aos que exerçam a gestão de entidade coletiva.

As penas dos crimes referidos podem ser agravadas para assegurar a tutela dos créditos laborais até um terço no seu limite máximo e mínimo, desde que como consequência da prática de qualquer um desses fatos resultar a frustração dos créditos de natureza laboral, em sede de processo executivo ou processo especial de insolvência – artigo 229º A, do Código Penal.

Como anteriormente referido, o incidente de qualificação de insolvência visa a responsabilização pessoa do devedor e dos seus administradores de fato ou de direito, pelo que o juiz deve proceder sempre à qualificação da insolvência como fortuita ou culposa, em

(150) No crime de frustração de créditos o legislador restringe a incriminação à frustração de créditos reconhecidos por sentença condenatória exequível, não se abrangendo outros títulos executivos. Neste crime, a incriminação não está ligada à insolvência, mas apenas à satisfação do crédito em ação executiva.

que o incidente é aberto na sentença de insolvência com carácter pleno ou limitado (cfr. artigos 36º e 39º do CIRE). Contudo, a qualificação da insolvência não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, nem para efeitos de ações de responsabilidade contra o devedor, administradores/gerentes propostas nos termos do n.º 2 do artigo 82º do CIRE.

Como refere Carneiro da Frada, “a sentença que qualifica a insolvência como culposa ou fortuita não é vinculativa (para efeito das ações do artigo 82º, n.ºs 2 e 3) e nesta medida não aprecia a responsabilidade penal ou civil dos administradores (cfr. o n.º 40 do Preâmbulo do Decreto lei n.º 53/2004, de 18 de março, CIRE), pese embora que podem sobrevir, por apenso ao processo de insolvência, este tipo de ações para a responsabilidade.”⁽¹⁵¹⁾

Isto é, tal como dispõe o artigo 185º do CIRE, o incidente tem por finalidade a qualificação da insolvência como culposa ou como fortuita, não tendo qualquer relevância para efeitos penais (mais concretamente para efeitos dos artigos 227º a 229º-A do CP).

5.2- AUTONOMIA DE UM PROCESSO-CRIME FACE À QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA

É com base na alínea h) do artigo 36º do CIRE, que a lei ordena a entrega ao Ministério Público para os devidos efeitos, dos elementos que indiciem a prática de infração penal.

A razão de ser desta exigência legal prende-se com o fato de assim ser possível fazer um juízo crítico preliminar sobre a relevância dos fatos apurados e dos elementos a remeter para obviar ao envio de peças inúteis.⁽¹⁵²⁾

Se a sentença nada disser, tal significa que o tribunal nada detetou relativamente à ocorrência de indício criminal, aquando o seu pré juízo crítico.

No entanto nada obsta a que se ocorrerem novos elementos que indiciem tal prática, se proceda a reponderação e conseqüente promoção de procedimento criminal tal como define o n.º 1 do artigo 297º.

Estes crimes terão de ter a sua correspondência, sendo previstos e punidos nos termos dos artigos 227º a 229º do Código Penal.

Por imposição do artigo 300º, o tribunal de insolvência deverá receber certidão de despacho de pronúncia/não pronúncia, acusação/não acusação, sentença/acórdão sobre a decisão proferida no processo penal, porquanto as razões de garantia e segurança do arguido em processo crime e que conduzem a que não seja vinculativa a decisão do incidente para efeitos penais, já inversamente não subsistem. Tal fato é demonstrativo que o procedimento criminal não corre por apenso ao processo de insolvência, sendo um procedimento

(151) Frada, Manuel A. Carneiro da, A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II Lisboa, Setembro 2006, p. 670

(152) Fernandes, Luís; Labareda, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, p. 191

autónomo que só se poderá convergir no mesmo tribunal caso a competências deste seja generalizada e comum para ambos.

Verifica-se portanto, que existe uma preservação da autonomia dos dois processos, penal e insolvência. Esta mesma ideia surge também sublinhada no artigo 299º do CIRE ao afirmar que a instrução e o julgamento dos crimes de insolvência seguem as normas processuais penais.

Das normas referidas (artigos 36º, alínea h) e 299º do CIRE), resulta claro o propósito de autonomizar o processo penal, permitindo, no entanto, que se possa aproveitar para a fase de investigação penal os elementos recolhidos no processo de insolvência que indiciem a prática de uma infração penal.

Sendo que a declaração de insolvência funciona como uma condição objetiva de punibilidade, pois sem declaração de insolvência não pode ser instaurado procedimento criminal contra o insolvente nem este pode ser acusado de qualquer crime.

CONCLUSÃO

A finalidade do processo de insolvência é a satisfação dos credores. No entanto, é possível a elaboração de um plano de insolvência com vista ou à recuperação da empresa ou para a um acordo com os credores com vista ao pagamento dos créditos, à liquidação da massa insolvente e à sua repartição pelos titulares dos créditos ou pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor, depois de findo o processo de insolvência.

Por norma a administração da massa insolvente é feita pelo administrador de insolvência, ficando o devedor privado da administração e disposição dos bens que a integram.

Contudo, a administração da massa pode ficar entregue ao próprio devedor, o qual para além de outros requisitos, terá de entregar um plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa pelo devedor. Nesta situação, o administrador de insolvência continua a ter um papel ativo no processo, incumbindo-lhe fiscalizar a atuação do devedor ou dos seus administradores.

Quando uma empresa é declarada insolvente, é importante averiguar as razões que conduziram a essa situação e conseqüentemente se essas razões foram puramente fortuitas ou se correspondem a uma atuação negligente ou culposa do devedor e/ou dos seus administradores.

Ora, o incidente de qualificação da insolvência é um incidente obrigatório de apreciação da conduta do devedor e/ou dos seus administradores, que tem como finalidade a responsabilização dos mesmos – nos casos em que há culpa pela situação de insolvência.

Trata-se de um processo que não é autónomo à insolvência – corre por apenso ao processo principal e que não tem efeitos no âmbito de decisões de responsabilidade civil e penal, podendo essas instâncias decidir de modo diferente do fixando na sentença de qualificação de insolvência.

Por fim, acrescenta-se que podem existir dois tipos de responsabilidade para os seus administradores: a responsabilidade civil e/ou a responsabilidade criminal.

No que respeita à responsabilidade civil, os administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que agiram sem culpa (artigo 72º, n.º 1 do CSC).

Os administradores respondem igualmente perante os credores sociais, sócios e terceiros (artigos 78º e 79º do CSC).

Enquanto a responsabilidade para com a sociedade é uma responsabilidade contratual e subjetiva, dependente de culpa que se presume, pois resulta exclusivamente dos atos praticados pelos administradores em função do cargo que exercem na sociedade; a responsabilidade para com os credores, sócios e terceiros tem natureza extracontratual.

A responsabilidade para com os credores depende da verificação dos requisitos gerais do tipo de responsabilidade (nomeadamente, a ilicitude, a culpa e o nexo de causalidade) e dos requisitos específicos que resultam do fato dos administradores preterirem as disposições

(legais ou estatutárias) destinadas à proteção dos interesses dos credores e do património social se ter tornado insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos.

Por sua vez a responsabilidade para com os sócios e terceiros é uma responsabilidade delitual ou aquiliana, com expressa remissão para os termos gerais previstos nos artigos 483º e 487º do CC, por danos diretamente causados a sócios e a terceiros. Do fato ilícito praticado pelos administradores, praticado no exercício das suas funções, deverá resultar um dano que afete diretamente os créditos, o património e validade e a subsistência dos créditos destes para com a sociedade.

No processo de insolvência os administradores têm efectivas consequências ou na apresentação instrumental num plano de insolvência que acaba por não ter condições de ser aprovado e que faz aumentar entre a apresentação e as deliberações sobre o mesmo o passivo social e a falta de colaboração dos administradores no processo de insolvência (artigo 83º do CIRE) que poderá conduzir a insolvência culposa com responsabilidade dos administradores nos termos conjugados do artigo 186º, n.º 2, alínea i) do CIRE com as consequências do artigo 189º, n.º 2, alínea e) também do CIRE.

No que respeita à responsabilidade criminal, o fato de a representação do administrador de insolvência e da massa se limitar à natureza e efeitos de carácter patrimonial que interessam à insolvência permite que seja mantida a responsabilidade criminal, quer em processo comum, quer em processo de infrações tributárias e da Segurança Social, de acordo com o artigo 81º, n.º 5 do CIRE, tanto mais que os órgãos do devedor insolvente mantêm-se em funcionamento após a declaração de insolvência para efeitos não patrimoniais e designadamente para a intervenção nos termos do CIRE (dever de apresentação e colaboração – artigo 83º, intervenção na resolução em benefício da massa dos atos anteriores à insolvência – artigos 120º e ss; afetação no incidente de qualificação da insolvência como culposa – artigo 186º e ss).

Acresce que, nada obsta a que se possa aproveitar para a fase de investigação penal os elementos recolhidos no processo de insolvência que indiciem a prática de uma infração penal. Aliás, a declaração de insolvência funciona como uma condição objetiva de punibilidade, pois sem declaração de insolvência não pode ser instaurado procedimento criminal contra o insolvente nem este pode ser acusado de qualquer crime.

BILIOGRAFIA

- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2003), “Curso de Direito Comercial”, vol. I, 9ª Ed., Coimbra, Almedina,
- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (2007), “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, Coimbra, Almedina”
- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, “Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social”
- Almeida, António Pereira de, “Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados”, Volume 1, 7ª edição, Coimbra Editora
- Câmara, Paulo (2008), “O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais”, Coimbra, Almedina
- Costeira, Maria José/Silva, Fátima Reis, “Classificação, verificação e graduação de créditos no CIRE – Em especial os créditos laborais”, Prontuário de direito do trabalho, CEJ, Jan-Dez 2007
- Epifânio, Maria do Rosário, “Manual de direito da insolvência”, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2014
- Fernandes, Carvalho/Labareda, João (2008), “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado”, Quid Juris Editora,
- Figueiredo Dias, Gabriela (2006), “Fiscalização das Sociedades e Responsabilidade Civil (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)”, Coimbra
- Labareda, João (2004), “O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, Almedina/IDET, Coimbra,
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, “Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra
- Lourenço, Nuno Calaim (2011), “Os deveres de Administração e a Business Judgment Rule”, Almedina
- Martins, Alexandre de Soveral (2015), “Um Curso de Direito da Insolvência”, Coimbra, Almedina
- Santos, Cassiano dos (2007), “Direito Comercial Português”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra
- Serra, Catarina (2004), “O Novo Regime Português da Insolvência, Uma Introdução”, Coimbra, Almedina