



## Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência

Nuno Manuel Pinto Oliveira <sup>1</sup>

### 1. Introdução. O problema da responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no direito comparado

I. — O direito comparado dá-nos conta de dois grandes *modelos* ou *paradigmas* de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais.

O primeiro modelo caracteriza-se por colocar a carga dos administradores dois deveres — o *dever primário* de apresentarem

---

\* O presente trabalho resulta dos textos de apoio a uma comunicação subordinada ao tema *Acções de responsabilidade civil dos gerentes e administradores: entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial*, apresentada no quadro da acção de formação em *Direito societário* organizada pelo Centro de Estudos Judiciários no dia 1 de Junho de 2017, e a uma aula subordinada ao tema *Acções de responsabilidade civil dos administradores perante os credores sociais*, leccionada no dia 20 de Dezembro de 2017 no quadro do 2.º *Curso de pós-graduação avançada em Contencioso Comercial*, organizado pelo Centro de Investigação em Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\*\* No *site* do Centro de Estudos Judiciários, encontra-se disponível uma primeira versão do texto [<https://elearning.cej.mj.pt/mod/folder/view.php?id=29086>].

<sup>1</sup> Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.



a sociedade à insolvência, ou de requererem a declaração de insolvência, e o *dever secundário* de indemnizarem os credores por não cumprirem o *dever primário* de requerer a declaração de insolvência da sociedade administrada. O facto de a sociedade se encontrar em *situação de insolvência* implicaria que a actividade dos administradores deixasse de ser uma *actividade discricionária*.

O segundo modelo caracteriza-se por não colocar a carga dos administradores nenhum *dever primário* de apresentarem a sociedade à insolvência. O facto de a sociedade se encontrar em *situação de insolvência* ou de *pré-insolvência* não implicaria que a actividade dos administradores deixasse de ser uma *actividade discricionária* — só implicaria que o *fim* da actividade discricionária deixasse de ser a prossecução dos interesses dos sócios, para ser a prossecução dos interesses dos credores sociais <sup>2</sup>.

Como concretização do primeiro modelo, encontramos o direito alemão, em que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores é representada como responsabilidade pelo não cumprimento do dever de apresentação da sociedade à insolvência. Os administradores têm o dever de

---

<sup>2</sup> O primeiro modelo poderá porventura relacionar-se com uma ponderação entre os interesses dos sócios e dos credores sociais caracterizada por uma “clivagem brusca”, — por um “clivagem brusca” em que “o interesse na gestão é totalmente dos sócios até ao momento da insolvência, em que passa a ser totalmente dos credores” —, e o segundo modelo com uma ponderação caracterizada por transições graduais [sobre os critérios e sobre os procedimentos de *ponderação* entre os interesses dos sócios e dos credores sociais na gestão das sociedades, *vide* em especial Pedro Pais de Vasconcelos, “O interesse dominante na gestão das sociedades comerciais, entre os sócios e os credores”, in: *AB Instantia. Revista do Instituto do Conhecimento AB*, ano 4.º (2016), págs. 15-38].



requererem a declaração de insolvência da sociedade <sup>3</sup>, e o não cumprimento do dever faz com que tenham o dever de indemnizar os credores <sup>4 5</sup>.

---

<sup>3</sup> O dever de apresentação da sociedade à insolvência, ou de requerer a declaração de insolvência da sociedade, consta actualmente do § 15a da Insolvenzordnung, na redacção da Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) de 23 de Outubro de 2008 e da Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) de 7 de Dezembro de 2011.

<sup>4</sup> Sobre o *modelo alemão*, vide, p. ex., Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4.<sup>a</sup> ed., Carl Heymans, Köln / Berlin / Bonn / München, 2002, págs. 427-428, 1082-1086 e 1091-1094; Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Henssler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck, München, 2011, págs. 1292-1314 (1309-1314); Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, 19.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2016, págs. 161-188; Gerhard Pape / Ulf Gundlach / Jürgen Vortmann, *Handbuch der Gläubigerrechte*, 2.<sup>a</sup> ed., Carl Heymans, Köln, 2011, págs. 431-447; Lars Klöhn, anotação ao § 15a, in: Hans-Peter Kirchhof / Rolf Stürner / Horst Eidenmüller (coord.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol. 1 — §§ 1-79. *InsVV*, 3.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2013, págs. 379-470; Harald Hess, anotação ao § 15a, in: Harald Hess (coord.), *Insolvenzrecht*, vol. I — §§ 1-126 *InsO*, C. F. Müller, Heidelberg, 2013, págs. 489-525; Karsten Schmidt, Karsten Schmidt, “Insolvenzgründe und Haftung für Insolvenzverschleppung – Notwendige Ergänzung des Kapitalschutzes”, in: Markus Lutter (coord.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, de Gruyter, Berlin, 2006, págs. 188-206 = “Grounds for Insolvency and Liability for Delays in Filing for Insolvency Proceedings — Necessary Supplement to Capital Protection”, in: Markus Lutter (coord.), *Legal Capital in Europe*, de Gruyter, Berlin, págs. 144-165; Gerald Spindler, *Unternehmensorganisationspflichten. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, 2.<sup>a</sup> ed., Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2011, págs. 859-865; Markus Geissler, “Verhaltensmaßnahmen und Rechtspflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH”, in: *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2011,



Como concretização do segundo modelo encontramos o direito inglês <sup>6</sup>, em que a responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores é representada como *responsabilidade pela violação de deveres de cuidado e de lealdade para com os credores* <sup>7</sup>. Em contexto de crise, o dever dos

---

págs. 309-317 (315). Karsten Schmidt, “Interaction of Insolvency Law and Corporate Law — German Experience and International Background”, in: Rebecca Parry (coord.), *Substantive Harmonisation and Convergence of Laws in Europe. Papers from the INSOL Europe Academic Forum Annual Insolvency Conference 21-22 September 2011*, INSOL Europe, Nottingham / Paris, 2012, págs. 213-231.

<sup>5</sup> Para uma comparação entre o *modelo (norte-)americano* da *deepening insolvency* e o *modelo alemão* da *Insolvenzverschleppungshaftung*, vide, p. ex., Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, in: *European Company and Financial Law Review*, 2010, págs. 116-15.

<sup>6</sup> O *dever* de promover e de proteger os interesses dos credores da sociedade decorre actualmente da *Section 214* do *Insolvency Act*.

<sup>7</sup> Sobre o *modelo inglês*, vide, p. ex., Paul L. Davies, *Introduction to Company Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, págs. 86-90; Paul L. Davies, [Gower and Davies’] *Principles of Modern Company Law*, 8.ª ed., Thompson / Sweet and Maxwell, London, 2008, págs. 215-228; Alan Dignam / John Lowry, *Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 424-431; Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, 2.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, págs. 677-716; John Armour, “Companies and Other Associations”, in: Andrew Burrows (coord.), *English Private Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, n.ºs 3.01 a 3.121; Lorraine Talbot, *Critical Company Law*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2008, págs. 41-42; Roy Goode, “Wrongful Trading and the Balance Sheet Test of Insolvency”, in: *Journal of Business Law*, 1989, págs. 436-439; D. D. Prentice, “Creditor’s Interests and Director’s Duties”, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10 (1990), págs. 265-277; Richard Schulte, “Enforcing Wrongful Trading as a Standard of Conduct for Directors and a Remedy for Creditors: The Special Case of Corporate Insolvency”, in: *Company Lawyer*, vol. 20 (1999), págs. 80-88; Rizwaan J. Mokal, “An Agency



administradores deslocar-se-ia dos sócios (p. ex., dos accionistas) para os credores da sociedade administrada; o dever de administrar no interesse dos sócios atenuar-se-ia, cedendo a sua *posição central* ao dever de administrar no interesse dos credores sociais — o *interesse da sociedade* converter-se-ia no interesse dos credores<sup>8</sup>.

---

Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives and the Creditors' Bargain", in: *Cambridge Law Journal*, vol. 59 (2000), págs. 335-369; Hans C. Hirt, "The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance", in: *European Company and Financial Law Review*, 2004, págs. 71-120; Paul L. Davies, "Enlightened Shareholder Value and the New Responsibilities of Directors. Lecture delivered at the University of Melbourne Law School (the inaugural WE Hearn Lecture), 4 October 2005", in: WWW: <  
[http://law.unimelb.edu.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0014/1710014/94-Enlightened\\_Shareholder\\_Value\\_and\\_the\\_New\\_Responsibilities\\_of\\_Directors1.pdf](http://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0014/1710014/94-Enlightened_Shareholder_Value_and_the_New_Responsibilities_of_Directors1.pdf)>; Andrew Keay, "Wrongful Trading and the Liability of Company Directors: A Theoretical Perspective", in: *Legal Studies*, vol. 24 (2005), págs. 431-461; Paul Davies, "Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency", in: *European Business Organization Law Review*, vol. 7 (2006), págs. 301-337; Andrew Keay, "Wrongful Trading and the Point of Liability", in: *Insolvency Intelligence*, vol. 19 (2006), págs. 132-134; Thomas Bachner, "Creditor Protection Through Insolvency Law in England", in: Markus Lutter (coord.), *Legal Capital in Europe*, de Gruyter, Berlin, págs. 427-479 (445-454); Richard Williams, "What Can We Expect to Gain from Reforming the Insolvent Trading Remedy?", in: *The Modern Law Review*, vol. 78 (2015), págs. 55-84.

<sup>8</sup> John Armour chama a atenção para a circunstância de que os interesses relevantes são os interesses dos credores como uma classe; daí que as medidas tomadas para promover ou para proteger o interesse de um único credor, ou de um grupo de credores, com prejuízo para o conjunto dos credores, como *classe*, devam representar-se como uma *violação do dever* (cf. "Companies and Other Associations", cit., n.º 3.73).



Os autores ingleses discutem se os deveres dos administradores para com os credores sociais devem ou não qualificar-se como *deveres fiduciários*. Paul Davies, p. ex., alega que não — que os deveres dos administradores para com os credores sociais não são *fiduciary duties*, são simplesmente (*non-fiduciary*,) *tort-like duties*<sup>9</sup>. O critério de distinção entre os dois tipos de deveres encontrar-se-ia no seguinte. Os primeiros, os *fiduciary duties*, seriam *deveres positivos*. Caso os administradores estivessem adstritos a *fiduciary duties*, haveriam de *promover* os interesses dos credores sociais. Os segundos, os *non-fiduciary, tort-like duties*, seriam *deveres negativos*. Casos os administradores estivessem exclusivamente adstritos a *non fiduciary, tort-like duties*, teriam exclusivamente o dever de *proteger* os interesses dos credores sociais, abstendo-se de lhes causar danos ou prejuízos<sup>10</sup>. Os termos em que está redigido o *Insolvency Act*, dizendo que os administradores têm de adoptar todas as medidas razoáveis para minimizar as perdas ou prejuízos para os credores — que os administradores têm de dar *every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors* — sugere que há algo mais que um *non-fiduciary, tort-like duty*. O dever de adoptar todas as medidas razoáveis para fazer diminuir ou minimizar as perdas ou prejuízos para os credores é mais que um qualquer dever de se abster de

---

<sup>9</sup> Cf. Paul L. Davies, “Enlightened Shareholder Value and the New Responsibilities of Directors”, cit., pág. 10.

<sup>10</sup> Cf. Paul L. Davies, “Enlightened Shareholder Value and the New Responsibilities of Directors”, cit., pág. 10: “They [= the directors] must avoid action contrary to the creditors’ interests, but subject to that, it could be argued, they must argue to promote the interests of shareholders”.



praticar, que um qualquer dever de omitir as medidas que os façam aumentar — de *avoid action contrary to the creditors' interests*.

O administrador da sociedade poderia ser responsabilizado por uma de duas coisas:

— caso agisse ainda no contexto de uma situação de *pré-insolvência*, poderia ser responsabilizado por não ter tomado medidas razoáveis para prevenir a situação de insolvência; — caso agisse já no contexto de uma situação de *insolvência actual* ou de uma situação de *insolvência efectiva*, poderia ser responsabilizado por não ter tomado medidas razoáveis para minimizar as perdas ou prejuízos para os credores <sup>11</sup>.

II. — Entre os dois modelos, conseguirá encontrar-se dois tipos de diferenças <sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Para uma comparação entre o *modelo (norte-)americano da deepening insolvency* e o *modelo inglês do wrongful trading*, vide, p. ex., Look Chan Ho, “On Deepening Insolvency and Wrongful Trading”, in: *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 20 (2005), págs. 426-433; William A. Brandt / Christine Vance, “Deepening Insolvency and the United Kingdom's Wrongful Trading Statute: A Comparative Discussion”, in: *Insolvency Intelligence*, vol. 19 (2006), págs. 156-159; Michael Schillig, “‘Deepening Insolvency’—Liability for Wrongful Trading in the United States?”, in: *Company Lawyer*, vol. 10 (2009), págs. 298-303.

<sup>12</sup> Para uma comparação entre os dois grandes modelos ou grandes paradigmas, vide, p.ex., Klaus J. Hopt, “Comparative Company Law”, in: Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann (coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, págs. 1161-1191; Mads Andenas / Frank Wooldrige, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, págs. 271-275; Carsten Gerner-Beuerle / Philipp Paech / Edmund Philipp Schuster (coord.), *Study on Director's Duties and Liability*, LSE



Em termos formais, de *técnica legislativa*, dir-se-á que a responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência decorre de disposições cujo conteúdo é determinado através de *conceitos determinados*<sup>13</sup> e que a responsabilidade pela violação de deveres de cuidado e de lealdade para com os credores sociais decorre de disposições cujo conteúdo é determinado através de *conceitos indeterminados*<sup>14</sup> — como, p. ex., o conceito de

---

Enterprise / European Commission, London / Brussels, 2013; Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Thomas Bachner, “Wrongful Trading—A New European Model for Creditor Protection”, in: *European Business Organization Law Review*, vol. 5 (2004), págs. 293-319; Horat Eidenmüller, “Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives for Shareholders / Managers”, in: *European Business Organization Law Review*, vol. 7 (2006), págs. 239-258; Michael Schillig, “‘Deepening Insolvency’—Liability for Wrongful Trading in the United States?”, in: *Company Lawyer*, vol. 10 (2009), págs. 298-303; Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, in: *European Company and Financial Law Review*, 2010, págs. 116-15; Catarina Serra, “The Portuguese Classification of Insolvency of a Comparative Perspective”, in: Rebecca Parry (coord.), *Papers from the INSOL Europe Academic Forum / Milan Law School Joint Insolvency Conference*, University of Milan Law School, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011, 2011, págs. 3-16

<sup>13</sup> Conformando-se com o método da *elaboração casuística* — cf. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (título original: *Einführung in das juristische Denken*), 6.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, págs. 228-230. Engisch explica que a *elaboração casuística* corresponde a uma *formulação da hipótese legal em termos de circunscrever “particulares grupos de casos na sua especificidade própria”*.

<sup>14</sup> Conformando-se com o método da cláusula geral — cf. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., págs. 228-230. Engisch explica que a cláusula geral corresponde a uma formulação da hipótese legal em termos de grande





*medidas razoáveis para minimizar as perdas ou os prejuízos para os credores. Em termos substanciais, dir-se-á que há diferenças no tratamento dos casos em que a sociedade administrada ainda não está insolvente e que há diferenças no tratamento dos casos em que a sociedade administrada já está insolvente.*

Começemos pelo tratamento dos casos em que a sociedade ainda não está insolvente.

O modelo da responsabilidade pela violação de um dever de apresentação à insolvência tende a fazer com que o direito intervenha *mais tarde* (só intervenha *mais tarde*) — os administradores só têm o dever de apresentar a sociedade à insolvência, ou de requerer a declaração de insolvência da sociedade, desde que a insolvência seja *actual* ou *efectiva*. O modelo da responsabilidade pela violação de deveres de cuidado e de lealdade para com os credores, esse, tende a fazer com que o direito intervenha *mais cedo* — os administradores têm o dever de tomar medidas razoáveis para minimizar os prejuízos para os credores desde que a insolvência seja *possível* ou *provável*.

Começando, como começámos, pelo tratamento dos casos em que a sociedade ainda não está insolvente, consideremos os casos em que a sociedade já está insolvente.

O modelo da responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência faz (tende a fazer) com que não deva distinguir-se. Os administradores, ao não apresentarem a sociedade

---

generalidade, por que se “abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.



à insolvência, ficam *sempre* expostos a um *risco de responsabilização*.

O modelo da responsabilidade pela violação de deveres de cuidado e de lealdade para com os credores faz (tende a fazer) com que deva distinguir-se, *consoante haja ou não haja uma probabilidade razoável de evitar a liquidação*. Os administradores, ao não apresentarem a sociedade à insolvência, só estão expostos a um *risco de responsabilização* desde que conheçam, ou devam conhecer, o facto de que não há nenhuma *probabilidade razoável*, consistente e séria, de evitar a liquidação <sup>15</sup>.

Em diferentes *palavras*, ainda que insistindo em igual *pensamento*: o modelo ou paradigma da responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência faz com que mude o *fim* e com que mude o *conteúdo* do dever de administração.

O sistema de governação da sociedade orientado pelos interesses (homogéneos) dos sócios seria substituído por um sistema de governação orientado pelos interesses (heterogéneos) dos credores sociais — o sistema de *corporate governance* seria substituído por um sistema de *corporate insolvency governance*. “[O] início de processos de insolvência formais, — e só o início dos processos de insolvência formais, — desencadearia as alterações estruturais nos sistemas de governação [das sociedades] que são

---

<sup>15</sup> Tetyana Bersheda, “Insolvency Act 1986, Section 214: A Model for the European Initiative on Wrongful Trading?”, in: Cambridge Student Law Review, vol. 1 (2005), págs. 63-73.



necessárias para uma adequada promoção dos interesses dos credores”<sup>16</sup>.

O modelo da responsabilidade pela violação de deveres de cuidado e de lealdade para com os credores sociais faz com que mude o *fim*, mas não mude o *conteúdo* do dever.

*Faz com que mude o fim do dever de administração.* — Em tempos normais, os administradores devem desempenhar as suas funções *no interesse dos sócios*. O interesse da sociedade é, essencialmente, o interesse dos sócios. Em tempos anormais, como são os tempos *de crise*, — de *insolvência* ou de *pré-insolvência*, — os administradores devem desempenhar as suas funções *no interesse dos credores sociais*. O interesse da sociedade converte-se no interesse dos credores sociais.

*Faz com que não mude o conteúdo do dever de administração.* — Os administradores continuariam a dispor de discricionariedade para seleccionarem o *meio* mais adequado.

Confrontados com uma probabilidade de insolvência, os administradores poderiam seleccionar o meio mais adequado para a prossecução dos interesses dos credores:

— poderiam considerar que o meio mais adequado para prosseguir os interesses dos credores, minimizando as suas *perdas* ou *prejuízos*, era a *apresentação [da sociedade] à insolvência*; — poderiam considerar que o meio mais adequado para prosseguir os

---

<sup>16</sup> Henry T. C. Hu / Jay Westbrook, “Abolition of the Corporate Duty to Creditors”, in: Columbia Law Review, vol. 107 (2007), págs.1321-1403.



interesses dos credores era a *não apresentação [da sociedade] à insolvência* <sup>17</sup>.

## 2. O problema da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no direito português. — Os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais

Karsten Schmidt sugere que, em ampla medida, o problema da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados a terceiros é um “puro problema de direito civil” <sup>18</sup>. Ora os princípios gerais do direito civil propõem-nos uma regra e uma excepção — a *regra* é a da *irresponsabilidade* e a *excepção*, a da *responsabilidade civil* dos administradores. Os administradores só respondem ou, pelo menos, só devem responder pelos danos causados a terceiros — designadamente, pelos danos causados aos credores da

---

<sup>17</sup> Paul Davies explica que uma disposição legal que exigisse que o administrador requeresse a declaração da insolvência da sociedade desde que o seu activo fosse inferior ao seu passivo seria, simultaneamente, sub-inclusiva e sobre-inclusiva. Seria, por um lado, *sub-inclusiva*, por não se aplicar a nenhum caso em que o activo fosse superior ao passivo — por não se aplicar, p. ex., àqueles casos em que a continuação da actividade da sociedade tivesse, previsivelmente, um *resultado negativo*. Seria, por outro lado, *sobre-inclusiva*, por se aplicar a todos os casos em que o activo fosse inferior ao passivo — por se aplicar, p. ex., àqueles casos em que a continuação da actividade da sociedade tivesse, previsivelmente, um *resultado positivo* (em que a sociedade poderia superar as actuais dificuldades económicas e financeiras) [cf. Introduction to Company Law, cit., pág. 87].

<sup>18</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Carl Heymans, Köln / Berlin / Bonn / München, 2002, pág. 427.



sociedade administrada — desde que os administradores infrinjam ou violem deveres que lhes sejam pessoalmente dirigidos, e desde que os violem com omissão da diligência “que era de esperar de si, como pessoas singulares”<sup>19</sup>. “Só se justifica uma responsabilidade própria [dos administradores] desde que haja uma *violação própria*”<sup>20</sup>.

Entre os casos em que há *responsabilidade própria*, por haver uma *violação própria*, estão os casos previstos nos arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais.

I. — O art. 79.º, n.º 1, determina que “[o]s [...] administradores [...] respondem [...], nos termos gerais, para com [...] terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções” e o art. 78.º, n.º 1, que “os [...] administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos”. Embora o critério de coordenação entre o art. 78.º, n.º 1, e o art. 79.º, n.º 1, não seja claro, estamos em crer que o art. 79.º, n.º 1, contém um regime geral, ou uma remissão para o regime geral, de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a todos os terceiros e o art. 78.º, n.º 1, um regime especial de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a alguns terceiros — aos credores sociais (= aos credores da sociedade administrada). O facto de o art. 79.º, n.º 1, conter um

---

<sup>19</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 428.

<sup>20</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 428.



regime geral, ou uma remissão para o regime geral, de responsabilidade pelos danos causados a todos os terceiros significa que o art. 79.º, n.º 1, deve aplicar-se aos credores. Entre a sociedade administrada e os credores há uma relação obrigacional (em sentido estrito). Isto significa que, em relação à sociedade administrada, os credores são *partes*. Entre os administradores e os credores da sociedade administrada, não há relação obrigacional nenhuma. Isto significa que, em relação aos administradores, os credores são *terceiros*. Explicitada a *extensão* do conceito de *terceiro* do art. 79.º, n.º 1, os credores sociais podem prevalecer-se de um de dois artigos e, através de cada um dos dois artigos, de um de dois regimes. Em primeiro lugar, podem prevalecer-se do *regime geral* da responsabilidade civil, através do art. 79.º, n.º 1, e, em segundo lugar, de um *regime especial*, através do art. 78.º, n.º 1<sup>21</sup>  
22.

---

<sup>21</sup> Concordando com a aplicação do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais aos *terceiros* que sejam *credores da sociedade administrada*, vide, p. ex., o acórdão do STJ de 23 de Outubro de 2001, relatado pelo Conselheiro Sousa Inês, no qual se diz explicitamente que “na hipótese do art. 79.º, n.º1, do facto ilícito do administrador haverá de resultar um dano que atinja directa e imediatamente os créditos dos credores, o património destes, a validade e subsistência dos créditos dos credores perante a sociedade”.

<sup>22</sup> Sobre a coordenação entre o regime geral da responsabilidade dos administradores pelos danos causados a terceiros e o regime especial da responsabilidade dos administradores pelos danos causados a alguns terceiros — aos credores da sociedade administrada —, vide, p. ex., António Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1996; António Menezes Cordeiro, Introdução [ao Capítulo VII — Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade], anotação ao art. 78.º e anotação ao art. 79.º, in: António Menezes Cordeiro (coord.), *Código das sociedades comerciais anotado*, 2.ª ed., Livraria



II. — Carneiro da Frada chama a atenção para a circunstância de o contributo do art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais para a responsabilização dos administradores ser “puramente formal”. “[O] recurso ao art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais para justificar [...] a responsabilidade dos administradores perante os credores constituiria sempre um arrimo puramente formal, que não dispensa nem substitui o direito comum”<sup>23</sup>. Com a afirmação de que o art. 79.º “constituiria sempre um arrimo puramente formal”, contrapõe-se o sentido do art. 79.º e o sentido do art. 78.º.

O art. 79.º não contém um regime especial de responsabilidade; não dá aos credores nem mais nem menos que aquilo que lhes dá o regime geral. O art. 78.º, n.º 1, sim — contém um regime especial de responsabilidade; dá aos credores mais que aquilo que lhes dá o

---

Almedina, Coimbra, 2011, págs. 270-276, 287-291 e 291-292 (respectivamente); Jorge Manuel Coutinho de Abreu / Maria Elisabete Gomes Ramos, anotação ao art. 78.º e anotação ao art. 79.º, in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), *Código das sociedades comerciais em comentário*, vol. I — *Artigos 1.º a 56.º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 892-903 e 904-913 (respectivamente); Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, ano 5.º (2013), n.º 9, págs. 75-89; ou Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, págs. 133-161 (com referências à doutrina e à jurisprudência).

<sup>23</sup> Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o direito das sociedades e o direito da insolvência”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 193-202 (192).



regime geral. Entre as hipóteses abrangidas pelo regime geral, ou pela remissão para o regime geral, do art. 79.º estão casos de responsabilidade pré-contratual <sup>24</sup>, de responsabilidade extracontratual por violação de normas específicas <sup>25</sup> e de responsabilidade extracontratual por violação da norma geral do art. 334.º do Código Civil <sup>26</sup>. Carneiro da Frada completa as hipóteses abrangidas pelo regime geral, ou pela remissão para o regime geral, com a *responsabilidade pela confiança*. “[O] administrador [pode] incorrer numa autónoma responsabilidade pela confiança perante quem se constituiu credor da sociedade, em virtude das expectativas que ele mesmo — enquanto sujeito distinto da sociedade que representava — concitou e defraudou” <sup>27</sup>. Entre as hipóteses abrangidas pelo regime especial do art. 78.º estão sobretudo casos de responsabilidade extracontratual — e, dentro da responsabilidade extracontratual, de responsabilidade pela violação de normas, de normas legais, específicas.

---

<sup>24</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 176-182.

<sup>25</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 184-188.

<sup>26</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 188-190.

<sup>27</sup> Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o direito das sociedades e o direito da insolvência”, cit., pág. 196.





III. — O art. 79.º, n.º 1, faz depender a aplicação do *regime geral* de responsabilidade civil dos administradores por danos causados a terceiros de que o dano seja *directo* e de que o dano directo seja *indemnizável nos termos gerais* e o art. 78.º, n.º 1, faz depender a aplicação do *regime especial* de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade administrada de que o dano seja *indirecto*.

O problema da distinção entre os *danos directos* e os *danos indirectos* (ou *danos reflexos*) deve restringir-se aos *danos patrimoniais*. O conceito de *dano directo* deve definir-se *pela negativa* e que o conceito de *dano indirecto* deve definir-se *pela positiva*.

O conceito de *dano directo* define-se *pela negativa*: no *dano directo*, não há nenhuma conexão causal entre a diminuição do património da sociedade e a diminuição do património do terceiro — designadamente, de um credor da sociedade. O património do terceiro credor diminui, ainda que o património da sociedade não diminua<sup>28</sup>. O conceito de *dano indirecto* ou de *dano reflexo*, esse, define-se *pela positiva*: no *dano indirecto* ou *dano reflexo*, há uma conexão causal entre a diminuição do património da sociedade e a diminuição do património do terceiro — designadamente, de um credor. O património do credor (só) diminui, desde que o

---

<sup>28</sup> Em termos muito semelhantes, Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, ano 1, vol. 1 — Março de 2009, págs. 11-32 (30): “Os danos directos são aqueles que se produzem directamente na esfera patrimonial dos sócios ou terceiros sem o serem através da sociedade”.



património da sociedade diminua. *O dano do credor é um dano indirecto por ser, tão-só, o reflexo do dano directo da sociedade* <sup>29</sup>.

Convocando-se a fórmula da intermediação do património da pessoa colectiva e, em especial, da sociedade <sup>30</sup>, dir-se-á que o dano directo é causado sem a intermediação e o dano indirecto, com a intermediação do património da sociedade administrada.

O art. 78.º, n.º 1, põe duas condições para que os danos indirectos sejam indemnizáveis. Em primeiro lugar, põe como condição uma *ilicitude qualificada*. Os administradores só respondem pelos danos indirectos dos credores desde que a acção ou omissão infrinja normas legais ou normas contratuais / estatutárias de protecção (dos interesses patrimoniais) dos credores da sociedade. Entre as normas legais de protecção encontram-se, p. ex., o art. 6.º, n.º 4, ou o 259.º do Código das Sociedades Comerciais, sobre o dever de os administradores praticarem os actos necessários ou convenientes para a realização do objecto social <sup>31</sup>, e os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência

---

<sup>29</sup> Em termos muito semelhantes, Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, cit., págs. 29-30: “São danos indirectos aqueles que se produzem no património da sociedade e que indirectamente prejudicam os sócios ao reduzirem o valor das suas participações sociais ou terceiros, como os empregados cujo emprego fica em perigo ou cujos salários beneficiam de menores aumentos”.

<sup>30</sup> Cf. Catarina Monteiro Pires, “Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português”, in: *O Direito*, ano 137.º (2005), págs. 81-135 (92).

<sup>31</sup> *Vide*, p. ex., o acórdão do STJ de 10 de Março de 2011, relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa, ou o acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, relatado pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues.



e da Recuperação de Empresas, sobre o dever de os administradores requererem a declaração de insolvência da sociedade <sup>32</sup> <sup>33</sup>. Em segundo lugar, o art. 79.º, n.º 1, põe como condição um *dano qualificado* — os administradores só respondem pelos danos indirectos dos credores desde que, em consequência da acção ou da omissão ilícita, o património da sociedade se torne insuficiente para a satisfação dos créditos.

IV. — Os termos em que está redigido o art. 79.º, n.º 1, sustentam a afirmação de que o *regime geral* da responsabilidade civil dos administradores pelos *danos directos* causados a terceiros (a todos os terceiros) concorda com o *regime geral* da responsabilidade civil.

O administrador deverá compensar o terceiro reconstituindo a situação que existiria se não se tivesse verificado o facto

---

<sup>32</sup> Vide, p. ex., designadamente acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2005, relatado pelo Conselheiro Custódio Montes; acórdão do STJ de 10 de Março de 2011, relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa.

<sup>33</sup> O caso do acórdão do STJ de 10 de Março de 2011, relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa, exige um esclarecimento. O STJ condenou os administradores a indemnizarem os credores pela violação de dois deveres: em primeiro lugar, por terem infringido o dever de praticarem actos necessários ou convenientes para a realização do objecto e, em segundo lugar, por terem continuado a contrair dívidas, conscientes de que a sociedade não poderia cumprir, por não ter património suficiente para o fazer. O facto de o STJ ter condenado os administradores pela violação de dois deveres faz com que seja difícil determinar se o caso é de responsabilidade pela violação do art. 6.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais ou pela violação do art. 6.º do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência (correspondente aos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).



constitutivo da responsabilidade <sup>34</sup> e, caso a compensação deva ser fixada em dinheiro, deverá indemnizá-lo atendendo à diferença entre a situação em que o património do terceiro se encontra e a situação em que se encontraria, se não se tivesse verificado o facto constitutivo da responsabilidade <sup>35</sup>.

Os termos em que está redigido o art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, esses, sustentam a afirmação de que o *regime específico* da responsabilidade civil dos administradores pelos *danos indirectos* causados aos credores não concorda com o *regime geral* da responsabilidade civil, designadamente por fazer com que a responsabilidade civil dos administradores fique subordinada a *dois limites* — o *primeiro* encontrar-se-á na diminuição e o *segundo*, na insuficiência do património social.

Com a afirmação de que o primeiro limite está na diminuição pretende-se significar que os administradores só respondem se, e na medida em que, a sua acção ou a sua omissão faça com que o património social fique diminuído e, com a afirmação de que o segundo limite está na insuficiência do património social pretende-se significar que os administradores só respondem se, e na medida

---

<sup>34</sup> Cf. art. 562.º do Código Civil. O Código Civil fala em *evento*, em lugar de *facto*, e em *evento que obriga à reparação*, em lugar de *facto constitutivo da responsabilidade*. Em todo o caso, o sentido das duas fórmulas coincide em tudo, ou em quase tudo.

<sup>35</sup> Cf. art. 566.º, n.º 2, do Código Civil, cuja redacção é em todo o caso algo diferente: “Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”.



em que, a sua acção ou a sua omissão faça com que o património social fique tão diminuído que se torne insuficiente <sup>36</sup>.

Coutinho de Abreu dá dois exemplos, para explicar a aplicação do art. 78.º, n.º 1.

O *primeiro exemplo* é o de uma sociedade cujo activo era de 900000 e cujo passivo era de 1000000 de euros. Os administradores causaram-lhe, com a violação ilícita e culposa de disposições legais de protecção, um dano de 150000 euros — o seu activo, que era de 900000, passou a ser só de 750000 euros. Os credores só podem exigir dos administradores uma indemnização de 150000 euros, por ser de 150000 euros, e por ser só de 150000 euros, a medida em que o património social ficou *diminuído*.

O *segundo exemplo* é o de uma sociedade cujo activo era de 1000000 e cujo passivo era de 900 000 euros. Os administradores causaram-lhe um dano de 150000 euros — o seu activo, que era de 1000000, passou a ser só de 850000 euros. Os credores só podem exigir dos administradores uma indemnização de 50000 euros, por ser de 50000 euros, e só de 50000 euros, a medida em que o património social ficou *insuficiente* <sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> O texto do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais é elucidativo: “Os gerentes ou administradores [só] respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o *património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos*”

<sup>37</sup> Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 181-192 (191).



Enquanto que o *primeiro exemplo* é de um caso em que funciona o limite da *diminuição do património*, o *segundo exemplo* é de um caso em que funciona o limite da *insuficiência*. O limite da *diminuição do património social* concretiza a conexão ou a ligação causal entre a acção ou omissão dos administradores e o dano directo da sociedade. O *dano directo da sociedade decorre da diminuição do património social*. Exigir-se que os administradores só respondam na medida em que tenham causado um dano directo à sociedade administrada equivale a exigir-se que os administradores só respondam na medida em que tenham causado uma diminuição do património social. O limite da *insuficiência do património social*, esse, concretiza a conexão ou a ligação causal entre a acção ou omissão da sociedade e o dano indirecto dos credores da sociedade. Exigir-se que os administradores só respondam na medida em que tenham causado um dano indirecto aos credores equivale a exigir-se que os administradores só respondem na medida em que tenham causado a insuficiência do património da sociedade <sup>38</sup>. Se entre a acção ou omissão dos administradores, o dano directo da sociedade e o dano indirecto dos credores da sociedade tem de haver uma relação de adequação, ou só tem de haver uma relação de condicionalidade, é algo que poderá porventura ficar sem resposta <sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, cit., pág. 191.

<sup>39</sup> Ana Perestrelo de Oliveira contestou a interpretação do termo *terceiros* do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais em termos de abranger os credores. Ana Perestrelo de Oliveira contestou a interpretação do termo *terceiros* do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais em termos de abranger os credores. A responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos *credores* seria regulada pelo art. 78.º. O art. 78.º, n.º 1, seria suficiente — “os credores [seriam],



em princípio, suficientemente protegidos pelo art. 78.º, n.º 1”. A responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos terceiros *não credores* seria regulada pelo art. 79.º, n.º 1. Como a aplicação do art. 78.º seria suficiente para proteger os credores, tornando desadequada e/ou desnecessária a aplicação do art. 79.º, os termos da alternativa seriam dois. Ou bem que os credores são protegidos pelo art. 78.º ou bem que não são protegidos nem pelo art. 78.º, nem pelo art. 79.º — “quando os [...] pressupostos [do art. 78.º] não est[ivessem] preenchidos não se justifica[ria] tutela superior”. Ora a afirmação de que o art. 78.º, n.º 1, é suficiente para proteger os credores apoia-se em duas convicções. Em primeiro lugar, a autora está convencida de que há uma *relação de semelhança* entre os dois artigos em tema de *dano indemnizável*. “O dano que o credor sofre [seria] sempre o dano da não satisfação do seu crédito”. Em segundo lugar, está convencida de que há uma *relação de semelhança* entre os dois artigos em tema de *imputação do dano indemnizável*. Os critérios de imputação do art. 78.º, n.º 1, coincidiriam (ou tenderiam a coincidir) com os critérios de imputação do art. 79.º, n.º 1. O administrador responderia sempre que, “em virtude da sua conduta, o credor [da sociedade] não cons[eguisse] obter satisfação, nem sequer coactivamente” (Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 277). Entendemos, em primeiro lugar, que não pode sustentar-se que “[o] dano que o credor sofre é sempre o dano da não satisfação do seu crédito” e, em segundo lugar, que não pode sustentar-se, sem mais, que o administrador responde sempre que, “em virtude da sua conduta, o credor não consiga obter satisfação, nem sequer coactivamente”. Em relação aos danos dos *antigos credores*, dos credores cujos direitos se constituíram antes do momento em que o administrador deveria ter requerido a declaração de insolvência, poderá provavelmente sustentar-se que “[o] dano que o credor sofre é [...] o dano da não satisfação do seu crédito”; em relação aos danos dos *novos credores*, cujos direitos se constituíram depois do momento em que o administrador deveria ter requerido a declaração de insolvência, não — o dano dos novos credores consistirá na *conclusão de um contrato*, por que se constituiu um crédito que não poderá ser satisfeito, e não propriamente no *não cumprimento do contrato*, na não satisfação do crédito constituído. Em todo o caso, ainda que pudesse sustentar-se que o dano que o credor sofre é, e é sempre, o dano da não



### 3. O caso particular da responsabilidade civil dos administradores pelos danos decorrentes da violação do dever de apresentação à insolvência no quadro dos arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais

Entre os *elementos essenciais* do sistema de deveres e de responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais desenhado pelo direito português está o dever de os

---

satisfação do seu crédito, estamos convencidos de que *não pode sustentar-se, sem mais, que o administrador responde sempre que, “em virtude da sua conduta, o credor não consiga obter satisfação, nem sequer coactivamente”*. O facto de o art. 78.º, n.º 1, requerer uma ilicitude qualificada e um dano ou prejuízo qualificado significa uma coisa: ainda que uma conduta ilícita do administrador faça com que o credor não consiga obter satisfação, e com que não consiga obtê-la “nem sequer coactivamente”, pode não haver responsabilidade do administrador pelo dano da não satisfação do seu crédito. O caso paradigmático será o de o administrador decidir que a sociedade não cumpra um determinado contrato. Entre os pontos *consensuais* ou *quase-consensuais* está o de que administradores não podem ser *extracontratualmente* responsabilizados pelo não cumprimento, ou pelo cumprimento defeituoso do contrato. Como *não pode sustentar-se, sem mais, que o administrador responde sempre que, “em virtude da sua conduta, o credor não consiga obter satisfação”*, a diferença entre as duas interpretações do termo *terceiros* do art. 79.º é *teórica e praticamente relevante* sempre que haja responsabilidade civil dos administradores para com os credores sociais *nos termos gerais do art. 79.º* e não haja responsabilidade para com os credores *nos termos específicos do art. 78.º* (p. ex., por não haver a *ilicitude qualificada* requerida pelo art. 78.º — por não haver nenhuma infracção de normas legais ou de normas contratuais *específicas* de protecção dos interesses dos credores). Ora, em todos os casos em que os princípios e as regras gerais do direito da responsabilidade proporcionam aos credores sociais uma “tutela superior” à dos princípios e das regras específicos do direito da responsabilidade dos administradores, estamos convencidos de que se justifica “tutela superior [à do art. 78.º]”.





administradores de uma sociedade comercial apresentarem a sociedade à insolvência — de requererem a declaração de insolvência da sociedade administrada <sup>40</sup>.

Os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas devem qualificar-se como disposições legais de protecção dos interesses dos credores, no sentido do art. 483.º do Código Civil e do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais <sup>41</sup>. O problema da qualificação de uma disposição legal como

---

<sup>40</sup> Sobre o dever de apresentação do devedor à insolvência, vide, desenvolvidamente, Catarina Serra, A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito. O problema da natureza jurídica do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 330-348.

<sup>41</sup> Cf. designadamente Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Cadernos do IDET — n.º 5, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 13; Jorge Manuel Coutinho de Abreu / Maria Elisabete Gomes Ramos, anotação ao art. 78.º, in: Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I — *Artigos 1.º a 84º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 892-903 (895); Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), págs. 653-702 (699) = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 413-457 (455-456); Maria de Fátima Ribeiro, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in: *I Congresso Direito das sociedades em revista*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 391-413 (401-405); Catarina Serra, “The Portuguese Classification of Insolvency of a Comparative Perspective”, in: Rebecca Parry (coord.), *papers from the INSOL Europe Academic Forum / Milan Law School Joint Insolvency Conference, University of Milan Law School, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011*, 2011, 3-16 (10-16) — considerando contudo que o legislador deveria dar preferência ao modelo inglês da responsabilidade por *wrongful trading* sobre o modelo alemão da responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência.



*disposição legal de protecção* no sentido do art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa, do Código Civil e/ou no sentido do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais põe-se, e só se põe, para as disposições legais destinadas à protecção de interesses particulares ou privados <sup>42</sup>. *Entre os fins da disposição legal infringida há-de estar a protecção de interesses privados* <sup>43</sup>.

O direito da insolvência destina-se a proteger dois tipos de interesses — interesses públicos, relacionados com a defesa do crédito e da economia, e interesses privados. O caso do dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência, ou de os devedores requerem a declaração de insolvência da sociedade, é paradigmático.

Em primeiro lugar, com o dever de acção (de apresentação à insolvência), pretende-se proteger *interesses públicos*, entre os quais se encontram os interesses do comércio, do crédito e da economia <sup>44</sup>. Em segundo lugar, com o dever de acção (de apresentação à insolvência), pretende-se proteger *interesses privados* dos credores.

---

<sup>42</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, págs. 539-542.

<sup>43</sup> Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, cit., pág. 539, ou António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. II — Direito das obrigações, tomo III — Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 451.

<sup>44</sup> Cf. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., pág. 345.



Ora os *interesses privados* dos credores são heterogêneos, devendo distinguir-se, designadamente, entre os *interesses privados* dos *antigos* e dos *novos credores*.

Os créditos constituídos antes da data em que os administradores deviam requerer a declaração da insolvência são créditos antigos. O seu titular é um *antigo credor*. Os créditos constituídos depois da dada em que os administradores deviam requerer a declaração de insolvência são créditos novos. O seu titular é um *novo credor* <sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Cf. designadamente Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, 19.ª ed., C. H. Beck, München, 2016, págs. 176-177; Lars Klöhn, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol. 1 — §§ 1-79. InsVV, 3.ª ed., C. H. Beck, München, 2013, págs. 431-436; Harald Hess, anotação ao § 15a, in: Harald Hess (coord.), *Insolvenzrecht*, vol. I — §§ 1-126 InsO, C. F. Müller, Heidelberg, 2013, págs. 510-511; Georg Bitter, “Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2”, in: *ZInsO — Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2010, págs. 1561-1582 (1573-1574); Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Henssler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, cit., págs. 1512-1513; Thomas Bachner, “Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?”, in: *European Business Organization Law Review*, vol. 5 (2004), págs. 293-319 (316-318); Idem, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., págs. 195-204; Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, in: *European Company and Financial Law Review*, 2010, págs. 116-157 (134-135); Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), pág. 699 = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 413-457 (454-455); Maria de Fátima Ribeiro, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in: *I Congresso Direito das sociedades em revista*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 391-413 (401-405); Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade



Os *antigos credores* têm interesse em que “a situação de insolvência os lese o mínimo possível” <sup>46</sup>; os *novos credores* têm interesse em que a situação de insolvência não os lese de todo em todo. Entre os instrumentos de protecção dos dois tipos de interesses, públicos e privados, tem de estar a indemnização dos danos causados aos credores através de um comportamento ilícito dos administradores da sociedade.

Como o dever de acção (de apresentação à insolvência) pretende proteger os interesses privados de dois tipos de credores, dos *antigos credores* e dos *novos credores*, o sistema da responsabilidade dos administradores pela violação do dever de acção (de apresentação) compreende dois sub-sistemas distintos: o sub-sistema de responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos *antigos credores* e o sub-sistema de responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores*.

#### **4. O regime da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos *antigos credores* e aos *novos credores***

Entre os regimes da responsabilidade pelos danos causados aos antigos credores e da responsabilidade pelos danos causados aos

---

civil dos administradores pela insolvência culposa”, in: Catarina Serra (coord.), *Colóquio de direito da insolvência de Santo Tirso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 195-256, ou Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., esp. nas págs. 185-188.

<sup>46</sup> Cf. Catarina Serra, A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito, cit., pág. 340.



novos credores encontra-se *diferenças fundamentais* — encontra-se, pelo menos, quatro *diferenças fundamentais*.

I. — Em primeiro lugar, uma diferença em tema de *fundamentação da responsabilidade*.

O dano causado aos antigos credores deve representar-se como um *dano indirecto*; encontra-se ligado a um *agravamento* da situação de insolvência, — a uma diminuição do património da sociedade administrada —; o dano causado aos novos credores deve representar-se como um *dano directo*; não se encontra ligado a nenhum *agravamento* da situação de insolvência, — a nenhuma diminuição do património da sociedade <sup>47</sup>.

O facto de o dano causado aos antigos credores dever representar-se como um *dano indirecto*, que está necessariamente ligado a uma diminuição do património da sociedade, faz com que a responsabilidade dos administradores perante os antigos credores deva reconduzir-se ao regime do art. 78.º, n.º 1, do Código

---

<sup>47</sup> Como se diz, p. ex., no acórdão do STJ de 28 de Janeiro de 2016, relatado pelo Conselheiro Orlando Afonso, o dano não é “interferido pela presença da sociedade” desde que “incida directamente no património do lesado”. Será *directo* o dano causado ao património de um terceiro que não derivasse de nenhum dano causado ao património da sociedade e seria *indirecto* o dano causado ao património de um terceiro que derive, como *reflexo*, de um dano causado ao património da sociedade. O art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades não se aplicará ao *dano indirecto* ou *reflexo* “derivado do dano causado directamente à sociedade, por ter sido afectado o património desta” [cf. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Setembro de 2007, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Abrantes Geraldês, ou o acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, relatado pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues].



das Sociedades Comerciais e o facto de o dano causado aos novos credores dever representar-se como um *dano directo*, que não está necessariamente ligado a nenhuma diminuição do património, — faz com que a responsabilidade dos administradores perante os novos credores deva reconduzir-se ao regime do art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais<sup>48 49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cf. Maria de Fátima Ribeiro, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, cit., págs. 403-405.

<sup>49</sup> Ana Perestrelo de Oliveira critica a afirmação de que o art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais deva aplicar-se exclusivamente aos *danos indirectos* dos credores: ainda que admita que “o dano só existe em virtude de a situação da sociedade ter sido afectada pela conduta dos administradores”, a autora alega que está em causa uma “responsabilidade directa” ou uma “responsabilidade por danos directos”. Em primeiro lugar, por decorrer “da própria natureza e modo de exercício das funções de administrador”. Em segundo lugar, por decorrer da infracção de normas, legais ou contratuais, “que têm directamente em vista a protecção dos credores”: “... o que dita o carácter directo da responsabilidade é o facto de esta resultar da violação de normas que têm *directamente* em vista a protecção dos credores [...], e não apenas a protecção da sociedade e reflexamente dos credores” (*Manual de governação das sociedades*, cit., pág. 271). Os dois argumentos deduzidos não conseguem convencer-nos. Os conceitos de *danos directos* e de *danos indirectos* devem ser *sistemática e teleologicamente* adequados aos arts. 78.º, n. 1. e 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. O art. 79.º, n.º 1, refere-se explicitamente a um *dano directo* e o art. 78.º, n.º 1, refere-se implicitamente a um *dano indirecto*. *Dano directo*, para efeitos do art. 79.º, será o dano desligado da diminuição do património da sociedade. Será o dano que existe ainda que a situação patrimonial da sociedade não tenha sido afectada, não tenha sido *negativamente* afectada pela conduta dos administradores. *Dano indirecto*, para efeitos do art. 78.º, será o dano ligado à diminuição do património da sociedade. Será o dano que existe, que só existe desde que a situação patrimonial da sociedade tenha sido afectada, tenha sido *negativamente* afectada pela conduta dos gestores — será o dano que só existe “em virtude de a situação da sociedade ter sido afectada pela conduta dos



II. — Em segundo lugar, há uma diferença em relação aos *requisitos da responsabilidade*.

A responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* depende do preenchimento dos *requisitos específicos* do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais — a actuação dos administradores há-de ser a *causa da insuficiência do património* da sociedade —; a responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores* depende *exclusivamente* do preenchimento dos *requisitos gerais* do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, por remissão do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais.

O dano causado aos *antigos credores*, aos titulares dos *antigos créditos* através da violação do dever consignado nos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas decorre de uma diminuição do património da sociedade. Os *antigos credores* têm direito a uma indemnização, porque a violação do dever consignado nos arts. 18.º e 19.º fez com que a situação de

---

administradores”. Em todo o caso, *responsabilidade por danos directos* não significa *responsabilidade directa* e *responsabilidade por danos indirectos* não significa, de forma nenhuma, *responsabilidade indirecta*. Os dois argumentos deduzidos por Ana Perestrelo de Oliveira convencem-nos de que a *responsabilidade* prevista no art. 78.º, n.º 1, é uma *responsabilidade directa*; de que os administradores respondem por uma *violação própria* “de normas que têm *directamente* em vista a protecção dos credores” — só não nos convencem de que a responsabilidade prevista no art. 78.º, n.º 1, seja uma *responsabilidade directa por danos directos*. O caso previsto no art. 78.º, n.º 1, é precisamente o de uma responsabilidade directa por danos indirectos ou reflexos — a responsabilidade dos administradores será uma responsabilidade directa; os danos, por que os administradores *directamente* respondem, serão contudo danos indirectos ou reflexos.



insolvência da sociedade se agravasse. O dano causado aos *novos credores*, aos titulares dos *novos créditos*, através da violação do dever esse, não decorre de nenhuma diminuição do património da sociedade. Os *novos credores* têm direito a uma indemnização, porque a violação do dever consignado nos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas fez com que o *novo credor* concluísse um contrato indesejado. Carneiro da Frada fala de um “dano da celebração de um contrato prejudicial (dano de contratar)”<sup>50</sup>. O problema está todo em que, caso o *novo credor* conhecesse a situação de insolvência, não teria concluído nenhum contrato com a sociedade; não teria concedido crédito<sup>51</sup>. Como o dano dos *novos credores* consiste na conclusão de um contrato indesejado ou prejudicial, o seu património diminui, ou pode diminuir, ainda que o património da sociedade não diminua<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Carneiro da Frada fala de um “dano da celebração de um contrato prejudicial (dano de contratar)” — cf. “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), pág. 701 = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, cit., pág. 456.

<sup>51</sup> Cf. designadamente Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pág. 196: “*Knowing of the insolvency, the creditor would not have entered into a transaction with the company*”.

<sup>52</sup> Cf. designadamente Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., pág. 196: “It is possible that a creditor suffers a loss which is caused by the continuance of trading during a time when the business should have been closed down and/or put into liquidation, but is not reflected in a diminution of the quota. This occurs whenever a creditor extends fresh credit to the company after the point at which insolvency proceedings should have commenced.”





III. — Em terceiro lugar, há uma diferença em relação aos efeitos da responsabilidade.

Estando em causa a responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores*, o administrador há-de indemnizá-los pelo *interesse positivo*<sup>53</sup>. O *antigo credor* há-de ser colocado na situação em que estaria se a situação de insolvência não se tivesse *agravado* ou *aprofundado*, por causa da *violação do dever de apresentação*<sup>54</sup>.

O dano indemnizável corresponde à diferença entre a parte em que o crédito devia ter sido e a parte em que o crédito foi satisfeito<sup>55</sup> — entre aquilo a que os antigos credores teriam direito, caso o administrador tivesse cumprido pontualmente o dever de

---

<sup>53</sup> Cf. designadamente Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Henssler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Henssler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, C. H. Beck, München, 2011, págs. 1292-1314 (1312), ou Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., pág. 204.

<sup>54</sup> Como se diz, p. ex., no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de Fevereiro de 2014, relatado pelo Desembargador Barateiro Martins, a indemnização dos danos indirectos causados aos credores por violação do dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência, ou de requererem a declaração de insolvência da sociedade, tem como limite “o montante do dano causado à sociedade após a omissão do dever de apresentação à insolvência, [...] uma vez que, é esta a lógica, só este montante estaria em conexão – numa relação de causa e efeito – com a ‘ilicitude’ (omissão do dever de apresentação) que teria sido cometida”.

<sup>55</sup> Cf. art. 176.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “O pagamento aos credores comuns tem lugar na proporção dos seus créditos, se a massa for insuficiente para a respectiva satisfação integral”.



apresentação à insolvência, e aquilo a que os antigos credores têm direito por aplicação dos arts. 172.º a 184.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas <sup>56</sup>.

Estando em causa a responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores*, o administrador da sociedade há-de indemnizá-los pelo *interesse negativo* <sup>57</sup>.

Caso o administrador tivesse apresentado a sociedade à insolvência, e a tivesse apresentado à insolvência *em tempo*, os *novos credores* não teriam perdido *nada*. O crédito não teria chegado a constituir-se e os *novos credores* não teriam chegado a ser *credores*. Como o administrador não apresentou a sociedade à insolvência, ou não a apresentou em tempo, os *novos credores* perderam *alguma coisa*; — necessariamente, *mais que nada*. O crédito constituiu-se, os *novos credores* chegaram a ser *credores*, — e chegaram a ser *credores* de um *devedor insolvente*. O dano indemnizável corresponde à totalidade do crédito. Os administradores devem colocar os *novos credores* na situação em que estariam se não tivessem concluído nenhum contrato com a

---

<sup>56</sup> Cf. designadamente Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., pág. 196 — “[the] way to establish the quantum is to compare the hypothetical dividend that would have been received by the creditors at the time when the directors should have requested the opening of insolvency proceedings with the (lower) actual dividend payable to them from the remaining assets”.

<sup>57</sup> Cf. designadamente Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Henssler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 1313, ou Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., pág. 204.



sociedade insolvente (= na situação em que estariam em que estariam se não fossem credores)<sup>58 59</sup>.

---

<sup>58</sup> Explicando que o conceito de *novos credores* deve restringir-se aos novos credores *contratuais*, vide, p. ex., Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Henssler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 1313.

<sup>59</sup> O contraste entre o dever de os administradores indemnizarem o *interesse positivo* dos *antigos credores* e o dever de indemnizarem o *interesse negativo* dos *novos credores* esclarecer-se-á através de um caso decidido pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão de 14 de Maio de 2012. O autor tinha concluído um contrato de empreitada com uma sociedade comercial administrada pelo réu, para a realização de obras na fachada da sua casa. A sociedade encontrava-se então sobreendividada — caso o administrador tivesse cumprido o dever de apresentar a sociedade à insolvência, e o tivesse cumprido em tempo, o contrato de empreitada não teria sido concluído. Como houvesse cumprimento defeituoso ou imperfeito do contrato, o autor pediu a reparação da obra, com a eliminação dos defeitos denunciados — e, como não houvesse reparação da obra, o autor pediu ao réu (= ao administrador da sociedade declarada insolvente) uma indemnização pelas despesas realizadas com a reparação. O Supremo Tribunal Federal alemão julgou a acção improcedente, com o argumento de que o *novo credor* não podia pedir para ser colocado na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. A responsabilidade dos administradores para com os antigos credores orientar-se-ia pelo *interesse positivo* e a responsabilidade dos administradores para com os novos credores, pelo *interesse negativo*. “O administrador, que responde designadamente por causa da violação do dever de requerer a declaração de insolvência da sociedade, deve colocar o credor na situação em que estaria se o administrador tivesse requerido a declaração de insolvência, e a tivesse requerido em tempo”. Ora a *reparação da obra*, com a *eliminação dos defeitos*, como a *indemnização* das despesas realizadas com a *reparação da obra* ou com a *eliminação dos defeitos*, destinar-se-ia a indemnizar o *interesse contratual positivo* — destinar-se-ia a colocar o lesado na situação em que estaria se o contrato [de empreitada] tivesse sido cumprido [cf. Stefan Smid, “Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (XI, Teil 2)”, in: *Deutsche*



IV. — Em quarto lugar, há uma diferença em tema de *efetivação da responsabilidade*.

O art. 82.º, n.º 3, alínea b), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dá um *tratamento diferenciado* às acções previstas no art. 78.º, n.º 1, e no art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. Estando em curso o processo de insolvência, a acção de responsabilidade prevista no art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais pode sempre ser proposta pelo credor lesado; a acção de responsabilidade prevista no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, não.

O art. 82.º, n.º 3, alínea b), do Código da Insolvência diz que, “[d]urante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir ... as acções 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”. A acção do art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais não será nunca uma “acç[ão] destinada[] à indemnização dos prejuízos causados [...] pela diminuição do património integrante da massa insolvente”; ainda que o fosse, a acção do art. 79.º, n.º 1, do Código

---

*Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2013, págs. 197-214 (203-204)]. — Stefan Smid chama contudo a atenção para o seguinte para o facto de o dano decorrente do *cumprimento defeituoso* ou do *cumprimento imperfeito* do contrato de empreitada estar causalmente ligado à conclusão do contrato de empreitada. Se o administrador tivesse apresentado a sociedade à insolvência, o contrato de empreitada não teria sido concluído e, conseqüentemente, não teria sido cumprido *defeituosa* ou *imperfeitamente* (pág. 204).



das Sociedades Comerciais não seria nunca (ou quase nunca) uma “acção] destinada[] à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência”. O *novo credor* poderá propô-la na pendência do processo, sem as restrições do art. 82.º, n.º 3, alínea b), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. A acção do art. 78.º, n.º 1, essa, será sempre uma “acção] destinada[] à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores [...] pela diminuição do património integrante da massa insolvente”. — O *antigo credor* não poderá propô-la, ou pelo menos não poderá propô-la por si próprio, na pendência do processo de insolvência <sup>60</sup>.

##### **5. (Cont.) O regime da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos *antigos credores* e aos *novos credores* na jurisprudência**

Os conceitos de *antigos* e de *novos credores*, com a distinção entre a responsabilidade pelos *danos indirectos* causados aos *antigos credores* e a responsabilidade pelos *danos directos* causados aos *novos credores*, foram considerados em pelo menos dois casos.

O primeiro foi apreciado e decidido pelo acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Março de 2009, relatado pelo

---

<sup>60</sup> O art. 78.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais, dizendo que “os direitos dos credores [...] podem ser exercidos [...] pela administração da massa falida”, deve considerar-se revogado pelo art. 82.º, n.º 3, alínea b), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas [cf. designadamente Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 82].



Desembargador Bernardo Domingos, e pelo acórdão do STJ de 10 de Março de 2011, relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa; o segundo foi apreciado e decidido, em sede de recurso, pelo acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de Fevereiro de 2014, relatado pelo Desembargador Barateiro Martins.

I. — O caso considerado pelo acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Março de 2009 e pelo acórdão do STJ de 10 de Março de 2011 relacionava-se com uma sociedade comercial cujo objecto era a exploração de empreendimentos turísticos.

Os réus, como administradores da sociedade, infringiram o dever de praticarem os actos necessários ou convenientes para a realização do objecto social — a sociedade deixou de exercer a actividade compreendida no objecto social, dedicando-se em exclusivo à exploração de um restaurante. Ora, dedicando-se em exclusivo à exploração do restaurante, os réus, em representação da sociedade, adquiriram à autora produtos alimentares, com o valor total de 78 061,86 euros, cujo preço não foi pago.

O Tribunal da Relação de Évora e o STJ deram como demonstrado que, “[n]um momento em que, em absoluto, [...] a sociedade já não tinha qualquer património que pudesse assegurar o pagamento dos seus débitos – e em que, por isso, atento o que dispunha o art. 6.º do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência, a deviam apresentar à falência — os mesmos gerentes/réus continuavam a assumir novas obrigações perante credores que ficavam inteiramente desprotegidos”.



O comportamento dos réus seria um comportamento ilícito por, pelo menos, três razões:

“os réus – únicos sócios e gerentes da sociedade – muito embora como tais lhes competisse *actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores* (art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais), foram-se comportando como se fossem tão só e apenas pessoas singulares [...], *descumprindo* em absoluto a obrigação de reconduzirem a actividade desta ao seu objecto social (art. 259.º do Código das Sociedades Comerciais), *desleixando* por completo a obrigação de elaboração e registo das contas e *abusando* da contracção de novas obrigações que bem sabiam a sociedade não poder solver, assumindo mesmo obrigações cartulares num tempo em que nenhuma actividade já, nem mesmo estranha ao objecto social, podia proporcionar os réditos necessários ao cumprimento das obrigações assumidas”.

Confirmando que o caso era de responsabilidade por *danos directos* causados aos *novos credores*, o Tribunal da Relação de Évora e o STJ consideraram que o *dano indemnizável* correspondia à *totalidade do crédito* — os réus foram condenados a indemnizarem a autora na quantia principal de 78 061,86 euros, com juros vencidos e vincendos.

II. — O caso considerado pelo Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de Fevereiro de 2014 relacionava-se com uma sociedade — cujo objecto era o fabrico e comércio, importação e exportação de sumos de frutos, de refrigerantes, de licores de xaropes, “que envasilhava, rotulava e distribuía, com finalidade lucrativa” — que



adquirira à autora embalagens de plástico no valor total de 96.068,63 euros, cujo preço não foi pago.

A autora alegava que, “[s]e os réus se tivessem, como deviam, apresentado à insolvência, a autora já nada teria vendido à [sociedade administrada] desde 2004”. O facto de os réus não terem apresentado a sociedade à insolvência teria sido “causa adequada da realização das vendas”, de que teria resultado o prejuízo de 96.068,63 euros.

O Tribunal da Relação de Coimbra deu como não demonstrado que os réus, como administradores, tivessem infringido o dever apresentarem a sociedade à insolvência.

O facto de ter dado como não demonstrado que os réus tivessem infringido o dever de apresentarem a sociedade à insolvência seria só por si suficiente para absolver os réus do pedido; em todo o caso, ainda que não o fosse, não poderiam os réus ser condenados.

O Tribunal da Relação de Coimbra chamava a atenção para o facto de a “lógica da indemnização” pedida pela autora não corresponder *exactamente* à lógica da indemnização prevista no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais.

“A data da constituição dos créditos não é [não seria] o mais determinante”. O dano directo da sociedade “resultaria da mera circunstância [de a] situação líquida negativa da sociedade continuar a aumentar ano após ano (após a omissão do dever de apresentação)”; o dano indirecto dos credores da sociedade, esse, resultaria da mera circunstância de, pelo facto de a situação líquida negativa da sociedade continuar a aumentar ano após ano, o património da sociedade continuar a diminuir, tornando-se, como





se tornava, cada vez mais insuficiente para a satisfação do crédito. Ora, “tanto teriam tal dano indirecto os credores constituídos após a omissão do dever de apresentação como os credores [...] constituídos em data anterior”.

III. — O acórdão de 18 de Fevereiro de 2014 é particularmente significativo, por representar um *reconhecimento* das diferenças entre a *lógica da indemnização* prevista no art. 78.º e a *lógica da indemnização* prevista no art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais. O Tribunal da Relação de Coimbra teve toda a razão distingui-las:

A *lógica da indemnização* pedida pela autora não correspondia ao art. 78.º — correspondia, *exactamente*, ao art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais. O pedido de indemnização pelos danos que a autora não teria sofrido, se não tivesse contratado com a devedora, significava que a autora pretendia ser tratada como uma *nova credora*.

Enquanto na *lógica da indemnização* prevista pelo art. 78.º, o *dano indemnizável* deve determinar-se atendendo ao *dano directo*, sofrido pela sociedade, e ao *dano indirecto* sofrido pelos credores da sociedade, na *lógica da indemnização* prevista no art. 79.º, não. — O *dano indemnizável* deve determinar-se atendendo, tão-só, ao dano directo, sofrido pelo credor da sociedade administrada. Enquanto na *lógica da indemnização* prevista no art. 78.º, o credor deve ser indemnizado por uma *parte*, e só por uma *parte*, do crédito, na *lógica da indemnização* prevista no art. 79.º o credor deve ser indemnizado pela *totalidade do crédito*. Enquanto na *lógica da indemnização* prevista pelo art. 78.º, a data da



constituição dos créditos não é, ou não será, o mais determinante, na *lógica da indemnização* prevista pelo art. 79.º, sim. — Os créditos constituídos em data anterior à omissão do dever de apresentação estão (devem estar) sujeitos ao regime da responsabilidade pelos *danos directos* causados aos *novos credores*.

## **6. Insuficiências do regime da responsabilidade civil dos administradores no quadro dos arts. 78.º e 79.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**

O regime da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* decorrente do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais era e é praticamente *letra morta* <sup>61</sup>. Entre um acórdão do STJ <sup>62</sup> e nove acórdãos das Relações <sup>63</sup>, houve um único em que

---

<sup>61</sup> H. Hirte — apus Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, cit., pág. 137.

<sup>62</sup> *Vide* acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2005, relatado pelo Conselheiro Custódio Montes.

<sup>63</sup> *Vide* acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Abril de 2004, relatada pelo Desembargador Cândido Lemos; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Novembro de 2007, relatado pelo Desembargador José Ferraz; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2009, relatado pelo Desembargador Ilídio Sacarrão Martins; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Novembro de 2010, relatado pelo Desembargador Caimoto Jácome; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Outubro de 2011, relatado pela Desembargadora Ana Paula Amorim; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2013, relatado pelo Desembargador Esagüy Martins; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Junho de 2013, relatado pelo Desembargador Freitas Vieira; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de Novembro de 2015, relatado pelo Desembargador Ilídio Sacarrão Martins; e, por



os administradores foram condenados a indemnizar os credores da sociedade <sup>64</sup>.

O problema estava sempre na *prova* — e quase sempre na *prova da causalidade*.

O acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2005 <sup>65</sup>, como, p. ex., o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Junho de 2013 <sup>66</sup>, dizem que a procedência da acção de responsabilidade prevista no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais depende da alegação e da prova de que há uma *conexão causal* entre a acção ou omissão dos administradores e os danos directos da sociedade <sup>67</sup>. Os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Abril de 2004

---

último, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Março de 2016, relatado pela Desembargadora Paula Santos.

<sup>64</sup> Vide acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2009, relatado pelo Desembargador Ilídio Sacarrão Martins.

<sup>65</sup> Relatado pelo Conselheiro Custódio Montes.

<sup>66</sup> Relatado pelo Desembargador Freitas Vieira.

<sup>67</sup> O sumário do acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2005 diz que, “mesmo no caso de a acção ter por fundamento a omissão de os sócios gerentes não terem apresentado à falência a sociedade dissolvida, a sua responsabilidade aquiliana dependeria da alegação e prova de que dessa omissão resultaram danos para a sociedade e que ocorria nexa causal entre os danos e a referida omissão” e o sumário do acórdão do Tribunal da Relação do Porto 13 de Junho de 2013, que “[a] responsabilização dos sócios gerentes de sociedade por quotas nos termos do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, por referência à violação do disposto no art. 18.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, para além da alegação e prova dos factos que evidenciem a existência de uma situação de insolvência e da violação do dever de apresentação imposto por este último preceito, pressupõe que seja alegado e comprovado que dessa omissão resultaram danos para a sociedade, em termos de permitir estabelecer um nexa causal entre os danos e a omissão de apresentação à insolvência”.



<sup>68</sup> e de 3 de Outubro de 2011 <sup>69</sup> dizem mais — dizem que a procedência da acção de responsabilidade prevista no art. 78.º, n.º 1, depende da prova de que há uma *conexão causal* entre a acção ou omissão dos administradores e os danos indirectos dos credores da sociedade <sup>70</sup>. Os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Novembro de 2007 <sup>71</sup> e de 15 de Novembro de 2010 <sup>72</sup>, como os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2013 <sup>73</sup>, de 5 de Novembro de 2015 <sup>74</sup> e de 16 de Março de 2016 <sup>75</sup>, dizem ainda mais — dizem que a procedência da acção prevista no art. 78.º, n.º 1, depende da prova de que há uma *conexão causal qualificada*. *A violação do dever de apresentação da sociedade à insolvência haveria de ter causado danos directos à sociedade e danos indirectos aos credores da sociedade por ter sido, pelo menos, uma condição sine qua non da insuficiência do património social* <sup>76</sup>.

---

<sup>68</sup> Relatado pelo Desembargador Cândido Lemos.

<sup>69</sup> Relatado pela Desembargadora Ana Paula Amorim.

<sup>70</sup> No acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Abril de 2004, diz-se que “[t]erá que ser alegado e demonstrado que a conduta omissiva dos gerentes ao não se apresentarem à falência ou ao processo de recuperação, estivesse na origem do prejuízo advindo ao credor” e, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 3 de Outubro de 2011, que o facto de o administrador não ter apresentado a sociedade à insolvência, ou não ter pedido a sua recuperação, não é suficiente — “[n]ecessário é que essa omissão culposa determine perda no património da empresa e, indirectamente, dano ao credor pela insatisfação do seu crédito”.

<sup>71</sup> Relatado pelo Desembargador José Ferraz.

<sup>72</sup> Relatado pelo Desembargador Caimoto Jácome.

<sup>73</sup> Relatado pelo Desembargador Esagüy Martins.

<sup>74</sup> Relatado pelo Desembargador Ilídio Sacarrão Martins.

<sup>75</sup> Relatado pela Desembargadora Paula Santos.

<sup>76</sup> O sumário do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Novembro de 2007 diz, de forma paradigmática, que, “[s]e o acto do administrador não conduz



Ora os antigos credores não conseguem quase nunca fazer a prova de que a violação do dever de apresentação à insolvência causou *danos directos* à sociedade e *danos indirectos* aos credores da sociedade.

Excluída a responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores*, por ser *letra morta*, a efectivação do dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência dependeria (ficaria a depender) essencialmente dos *novos credores*<sup>77</sup>.

## **7. O regime da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**

Os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais devem hoje coordenar-se com os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas<sup>78</sup>.

---

à insuficiência do património da sociedade, carece de fundamento a acção de responsabilização daquele ao abrigo do citado art. 78.º, n.º 1, [do Código das Sociedades Comerciais].

<sup>77</sup> Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, cit., pág. 137.

<sup>78</sup> Sobre a coordenação entre os regimes do Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, *vide*, ainda no quadro do regime anterior à entrada em vigor da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), págs. 653-702 = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 413-457, e, já no quadro do regime posterior à entrada em vigor da Lei n.º 16/2012,



O art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas define a *insolvência culposa* como a insolvência causada ou, ainda que não causada, agravada pela actuação, com dolo ou com culpa grave, do devedor ou dos seus administradores, de direito ou de facto. Entre as pessoas afectadas pela qualificação da insolvência como culposa estão os administradores do devedor pessoa colectiva — designadamente, do devedor sociedade. O art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas afirma-o e o art. 189.º, n.º 2, confirma-o: na *sentença de*

---

de 20 de Abril, Adelaide Menezes Leitão, “Insolvência culposa e responsabilidade dos administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril”, in: Catarina Serra (coord.), *I Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013, págs. 269-283; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa”, in: Catarina Serra (coord.), *I Colóquio de direito da insolvência de Santo Tirso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 195-256; Maria de Fátima Ribeiro, “Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7.º, vol. 14 — Outubro de 2015, págs. 68-109; Rui Pinto Duarte, “Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes dos Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in: Catarina Serra (coord.), *III Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 151-173 = in: Rui Pinto Duarte, *Escritos jurídicos vários 2000-2015*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 731-750; Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., esp. nas págs. 193-237; Adelaide Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, AAFDL, Lisboa, 2017, págs. 207-210; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 181-192; Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores perante os credores entre o direito das sociedades e o direito da insolvência”, in: Catarina Serra (coord.), *IV Congresso de direito da insolvência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 193-202.



*qualificação*, ou seja: na sentença “que qualifique a insolvência como culposa”, o juiz deve “identificar as pessoas [...] afectadas pela qualificação”, nomeadamente “os administradores, de direito ou de facto”. O art. 189.º, n.º 2, alínea e), determina que o juiz deve “condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos” e o n.º 4 que,

“ao aplicar o disposto na alínea e) do n.º 2, o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efectuar em liquidação de sentença”.

I. — Entre o regime do Código das Sociedades Comerciais e o regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas há diferenças significativas.

Em primeiro lugar, os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não distingue entre os credores, entre os antigos e os novos credores, e não distingue entre os danos, entre os danos indirectos dos antigos credores e os danos directos dos novos credores. Em segundo lugar, os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não distinguem entre uma indemnização orientada pelo interesse positivo e uma indemnização orientada pelo interesse negativo — a única indemnização prevista nos arts. 186.º e 189.º orienta-se pelo interesse positivo — e, em terceiro lugar, não fazem com que a



indemnização fique limitada pela diminuição do património da sociedade. Exigindo ainda uma causalidade *fundamentadora* da responsabilidade, os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não exigiriam já uma causalidade *preenchedora* da responsabilidade. Exigindo ainda uma conexão ou uma ligação causal para a *fundamentação* da responsabilidade, os arts. 186.º e 189.º não exigiriam já uma ligação causal para o seu *preenchimento* — para a determinação da extensão e dos limites da responsabilidade civil <sup>79</sup>.

Se o art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais faz com que a responsabilidade dos administradores fique subordinada a dois limites, consubstanciando-se o primeiro na medida da diminuição e o segundo na medida da insuficiência do património social, os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas fariam com que ficasse subordinada a um único limite. O art. 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas fala da medida dos créditos não satisfeitos, ou do montante dos créditos não satisfeitos, e a medida

---

<sup>79</sup> O art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas faz com que a *fundamentação* da responsabilidade dos administradores dependa ainda de uma conexão ou uma ligação causal, provada ou presumida, entre a acção ou omissão dos administradores e a situação de insolvência; o art. 189.º, n.º 2, alínea e), com que o *preenchimento*, com a que determinação das *extensão* e dos *limites* da responsabilidade, não dependa já de nenhuma ligação causal entre a acção ou omissão dos administradores e os danos ou prejuízos — não dependa já de nenhuma conexão causal ou ligação causal entre a acção ou omissão dos administradores e o dano directo da sociedade e não dependa de nenhuma ligação causal entre a acção ou omissão dos administradores e o dano indirecto dos credores da sociedade.





dos créditos não satisfeitos corresponde sensivelmente à da insuficiência do património social.

II. — Em relação aos antigos credores, a coordenação entre os regimes do Código das Sociedades Comerciais e do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas há-de fazer-se nos seguintes termos. Caso a insolvência seja qualificada como culposa, por não ter o administrador conseguido ilidir a presunção de *culpa grave*, o credor pretenderá, sempre ou quase sempre, prevalecer-se do regime dos arts. 186.º e 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código da insolvência e da Recuperação de Empresas. Em toda a regra, será o regime mais favorável aos seus interesses, por dispensar o credor do encargo da prova do dano e da prova da relação de causalidade entre o facto e o dano. Caso a insolvência não seja qualificada como culposa, o credor pretenderá, ou poderá porventura pretender, prevalecer-se do regime do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais<sup>80</sup>.

Entre as acções previstas no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais e nos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas haverá, em termos jurídicos, uma relação de alternatividade e, em termos práticos, uma relação de

---

<sup>80</sup> Entre as razões pelas quais pretenderá, ou poderá pretender, prevalecer-se do regime do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais está, p. ex., a seguinte. Os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas exigem uma *culpa qualificada*. Os administradores só respondem pela insolvência culposa desde que haja *dolo* ou *culpa grave*. Embora a *culpa grave* seja presumida, a presunção consignada na alínea a) do n.º 3 do art. 186.º é uma presunção ilidível — e o administrador pode conseguir ilidi-la. O art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais, esse, exige tão-só uma *culpa simples*.



subsidiaridade. Em termos jurídicos, haverá uma relação de alternatividade, pelo facto de o art. 185.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas proporcionar aos credores a opção entre os dois regimes<sup>81 82</sup>. Em termos práticos, haverá uma relação de subsidiaridade, pelo facto de o art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais proporcionar aos credores um regime globalmente menos favorável e de os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas lhe proporcionarem um regime globalmente mais favorável. Os credores só pretenderão prevalecer-se do regime do art. 78.º do Código das Sociedades desde que não possam prevalecer-se do regime dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

III. — Em relação aos novos credores, a qualificação da insolvência faz com que haja uma relação de alternatividade, teórica e prática, entre os dois regimes concorrentes e a não qualificação, com que não haja concurso. Caso a insolvência seja qualificada como culposa, o novo credor poderá optar pelo regime geral do Código Civil e do Código das Sociedades Comerciais ou pelo regime específico do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — poderá optar por uma indemnização do interesse

---

<sup>81</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., págs. 231-233.

<sup>82</sup> Sobre o problema da *dupla reparação de um único dano* no quadro do concurso entre as acções previstas no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais e nos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. *vide* Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., págs. 233-237.



contratual negativo, fundamentada no art. 483.º do Código Civil e no art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais, ou por uma indemnização do interesse contratual positivo, fundamentada no art. 186.º e no art. 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Entre os dois regimes, entre o regime do Código das Sociedades Comerciais e o regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, há um concurso alternativo<sup>83</sup>. Caso a insolvência não seja qualificada como culposa — caso a insolvência seja fortuita —, o credor não poderá optar — poderá prevalecer-se do regime geral do art. 483.º do Código Civil e do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais; não poderá prevalecer-se do regime especial dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Entre os dois regimes não há propriamente uma concorrência ou concurso, pelo que não se põe o problema da sua qualificação como concurso alternativo, electivo ou consumptivo.

IV. — Os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas fazem — ou dão a impressão de fazer — com que “[os] administradores po[ssam] ter de *indemnizar* [os credores sociais] em *montante superior* ao que resultaria da

---

<sup>83</sup> Sobre o problema da *reparação de dois danos sistemática e teleologicamente incompatíveis* no quadro do concurso entre as acções previstas no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais e nos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, vide Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., págs. 233-237.



aplicação do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais (ou do Código Civil [...])”<sup>84</sup>.

Em relação ao caso da sociedade cujo activo era de 900000 e cujo passivo era de 1000000 de euros; a quem os administradores causaram, ilícita e culposamente, um dano de 150000 euros; cujo activo passou a ser de 750000 e cujo passivo continuou a ser de 1000000 de euros, o resultado da aplicação do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais diverge do resultado da aplicação dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. O resultado da aplicação do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais é o de que os credores só podem exigir dos administradores uma indemnização de 150000 — a responsabilidade prevista no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais está subordinada ao limite da diminuição do património da sociedade; não pode exceder a medida da diminuição — e o resultado da aplicação do art. 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas é o de que os credores podem exigir dos administradores uma indemnização de 250000 — a responsabilidade prevista no art. 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não está sujeita ao limite da diminuição do património da sociedade; pode exceder a medida da diminuição; está sujeita, tão-só, ao limite da insuficiência do património da sociedade; só não pode exceder a medida da insuficiência<sup>85</sup>. Em relação ao caso da sociedade cujo activo era de cujo activo era de 1000000 e cujo passivo era de 900 000 euros; a

---

<sup>84</sup> Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, cit., pág. 192.

<sup>85</sup> Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, cit., pág. 192.



quem os administradores causaram, ilícita e culposamente, um dano de 150000 euros; cujo activo passou a ser de 850000 euros e cujo passivo continuou a ser de 900000 euros, o resultado da aplicação do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais não divergirá do resultado da aplicação dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Os credores só podem exigir dos credores uma indemnização de 50000 euros, por ser essa, e só essa, a medida da insuficiência (= a medida dos créditos não satisfeitos) <sup>86</sup>.

Explicando as diferenças entre os dois regimes, alega-se de quando em quando que as duas responsabilidades, a responsabilidade prevista no Código das Sociedades Comerciais e a responsabilidade prevista no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, prosseguem finalidades distintas. A responsabilidade prevista no regime do Código das Sociedades Comerciais prossegue uma finalidade indemnizatória, compensatória ou ressarcitória e a responsabilidade prevista no regime do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas prosseguiria, simultaneamente, uma finalidade compensatória ou indemnizatória e uma finalidade sancionatória <sup>87</sup>.

## **8. (Cont.) Coordenação entre os n.ºs 2 e 4 do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**

---

<sup>86</sup> Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, cit., pág. 192.

<sup>87</sup> Cf. designadamente Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interacções”, cit., pág. 192: “Esta responsabilidade é, pois, não somente ressarcitória, mas também punitiva”.



Os termos em que está redigido o n.º 2 e os termos em que está redigido o n.º 4 não concordam, ou não concordam plenamente. O n.º 2 consagra um critério, uma *medida*, para o cálculo da indemnização — a medida da diferença entre o activo e o passivo, ou seja, dos créditos não satisfeitos — e o n.º 4, não. O legislador considera duas hipóteses: (i) ou bem que o tribunal está em condições de fixar o valor das indemnizações devidas, caso em que deverá fazê-lo, (ii) ou bem o tribunal que não está em condições de o fixar, caso em que deverá enunciar os critérios para a sua liquidação.

I. — O problema da coordenação entre os n.ºs 2 e 4 causou alguma controvérsia, e a controvérsia polarizou-se em torno de duas teses. A primeira atribui ao n.º 4 a função de dizer algo que estava dito na alínea e) do n.º 2. O tribunal deveria calcular a diferença entre o *activo* e o *passivo* e, calculada a diferença, condenar todas as pessoas afectadas a indemnizarem os credores. A segunda atribui ao n.º 4 a função de dizer algo que não estava dito na alínea e) do n.º 2. O tribunal poderia e, porventura, deveria corrigir os resultados da aplicação da alínea e) do n.º 2 atendendo, designadamente, a três factores: ao grau de *ilicitude* e de *culpa*, à *proporção* em que o comportamento dos administradores e à *proporção* em que o comportamento de terceiros contribuiu para a situação patrimonial da sociedade<sup>88</sup>. Em favor da primeira tese,

---

<sup>88</sup> Cf. Luís A. Carvalho Fernandes / João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2013, págs. 736-738, com a concordância de Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., págs. 218-225.



alegava-se e alega-se que a responsabilidade pela insolvência culposa desempenha uma função preventiva, repressiva ou sancionatória <sup>89</sup> e, em favor da segunda tese, alega-se que há uma relação de hierarquia entre as duas funções do direito da responsabilidade civil, em que a função compensatória ou indemnizatória ocupa o lugar principal, supra-ordenado, e em que a função preventiva, repressiva ou sancionatória ocupa um lugar subordinado, e que, ainda que não houvesse uma relação de hierarquia entre as duas funções do direito da responsabilidade civil, sempre haveria, ou sempre deveria haver, uma relação de *proporcionalidade* entre a *medida* da ilicitude e da culpa e a *medida* da indemnização <sup>90</sup>.

II. — O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 280/2015, de 16 de Junho de 2015 <sup>91</sup>, sugeria que uma interpretação conforme à constituição do art. 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas exigia que o tribunal considerasse, designadamente, o grau de ilicitude e de culpa da pessoa afectada:

“... nos termos do artigo 189.º, n.º 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, os efeitos jurídicos substantivos que, para as pessoas afectadas, decorrem da qualificação da insolvência

---

<sup>89</sup> Cf. designadamente Alexandre Soveral Martins, *Um curso de direito da insolvência*, cit., págs. 430-439, ou Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Direito das sociedades e direito da insolvência: interações”, cit., pág. 192: “Esta responsabilidade é, pois, não somente ressarcitória, mas também punitiva”.

<sup>90</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores*. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 221-224.

<sup>91</sup> Relatado pelo Conselheiro Carlos Alberto Fernandes Cadilha.



como culposa são os seguintes: a inibição para a administração patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos (alínea b); a inibição para o exercício do comércio, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa, também por um período de 2 e 10 anos (alínea c)); a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos (alínea d)); e, finalmente, a condenação, em regime de solidariedade, no pagamento de uma indemnização aos credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios (alínea e)) [...].

Esses efeitos jurídicos são cumulativos e automáticos, como claramente decorre do proémio do n.º 2 do artigo 189.º, pelo que, uma vez proferida tal decisão, não pode o juiz deixar de aplicar todas essas medidas. Não obstante, a determinação do período de tempo de cumprimento das medidas inibitórias previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (inibição para a administração de patrimónios alheios, exercício de comércio e ocupação de cargo de titular de órgão nas pessoas coletivas aí identificadas) *e, naturalmente, a própria fixação do montante da indemnização prevista na alínea e) do n.º 2 do mesmo preceito legal, deverá ser feita em função do grau de ilicitude e culpa manifestado nos factos determinantes dessa qualificação legal*".





III. — Embora não tivesse força obrigatória geral, por constar do relatório de um acórdão proferido em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, o princípio enunciado no acórdão do Tribunal Constitucional foi aceite, com reservas, pelos acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Janeiro de 2017<sup>92</sup> e de 14 de Setembro de 2017<sup>93</sup>, e sem reservas, pelos acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de Dezembro de 2015<sup>94</sup>, do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Junho de 2017<sup>95</sup> e por dois acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Dezembro de 2017<sup>96</sup>.

Os acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Janeiro de 2017 e de 14 de Setembro de 2017 aceitaram-no com alguma reserva, por sustentarem que o tribunal só poderia ponderar o grau de ilicitude e de culpa em casos excepcionais.

Em regra, o tribunal deveria atribuir aos credores uma indemnização correspondente á diferença entre o activo e o passivo. “O critério matricial geral a adoptar pelo juiz para fixar a indemnização [...] [seria] a diferença entre o valor global do passivo da insolvência e o que o activo pode cobrir”<sup>97</sup>. — O tribunal deveria fazer uma pura e simples operação aritmética “de passivo menos

---

<sup>92</sup> Relatório pelo Desembargador Pedro Alexandre Damião e Cunha.

<sup>93</sup> Relatório pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho.

<sup>94</sup> Relatório pela Desembargadora Maria Domingas Simões.

<sup>95</sup> Relatório pelo Desembargador Filipe Caroço.

<sup>96</sup> Relatórios pela Desembargadora Maria Amália Santos e pelo Desembargador João Diogo Rodrigues.

<sup>97</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Janeiro de 2017, relatório pelo Desembargador Pedro Alexandre Damião e Cunha.



resultado do activo”<sup>98</sup>. — Excepcionalmente, deveria atribuir-lhes uma indemnização correspondente á diferença entre o activo e o passivo, corrigida pela ponderação do grau de ilicitude e de culpa dos administradores, da *proporção* em que o comportamento dos administradores e à *proporção* em que o comportamento de terceiros contribuiu para a situação patrimonial da sociedade. “Só excepcionalmente é que pode[ria] ser ponderada uma eventual diminuição da responsabilidade da pessoa afectada em razão da diminuição do grau de culpa”<sup>99</sup>.

Os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de Dezembro de 2015 e do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Junho de 2017 e os dois acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Dezembro de 2017, esses, aceitaram o princípio enunciado no acórdão do Tribunal Constitucional sem reserva alguma, sustentando que o tribunal poderia e deveria ponderar o grau de ilicitude e de culpa das pessoas afectadas como regra — em todos os casos de responsabilidade pela insolvência culposa.

IV. — Entre as duas teses estamos convencidos que deve dar-se alguma preferência à segunda e, entre os corolários de se dar alguma preferência à segunda, está o de que deve reabilitar-se a causalidade *preenchedora* da responsabilidade. O art. 186.º, n.ºs 1

---

<sup>98</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Setembro de 2017, relatado pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho.

<sup>99</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Janeiro de 2017, relatado pelo Desembargador Pedro Alexandre Damião e Cunha — cujo critério é reproduzido no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Setembro de 2017, relatado pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho.



e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas exige que o juiz pondere a causalidade *fundamentadora* da responsabilidade e o art. 189.º, n.º 4, exigirá que o juiz pondere a causalidade *preenchedora* da responsabilidade — o art. 186.º, n.ºs 1 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas exige que o juiz pondere a conexão ou ligação causal entre a acção ou omissão dos administradores e a situação de insolvência para a *fundamentação* da responsabilidade, o art. 189.º, n.º 4, exigirá que o juiz pondere a conexão ou ligação causal para o *preenchimento* da responsabilidade; para a determinação da extensão e dos limites da responsabilidade civil.

### **9. O caso particular da responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência no quadro dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas**

O art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas faz depender a qualificação da insolvência como culposa do preenchimento de quatro requisitos. Em primeiro lugar, de que haja uma actuação dos administradores. Em segundo lugar, de que a actuação dos administradores seja ilícita. Em terceiro lugar, de que a actuação ilícita dos administradores lhes seja imputável por dolo ou por culpa grave. Em quarto lugar, de que a actuação imputável aos administradores, por dolo ou por culpa grave, seja a *causa* da situação de insolvência, ou do agravamento da situação de



insolvência <sup>100</sup>. O regime, mais amplo, do n.º 1 é completado pelos regimes, mais específicos, do n.º 2 e do n.º 3. Ora, o art. 186.º, n.º 3, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contém uma presunção (ilidível):

“Presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular, tenham incumprido [...] o dever de requerer a declaração de insolvência”.

I. — Os termos em que está redigido o art. 186.º, n.º 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dão a impressão de que há uma presunção legal de *culpa*, e de *culpa grave*, e de que não há nenhuma presunção legal de *causalidade*.

O art. 186.º, n.º 3, faria presumir que está preenchido o terceiro requisito — haveria uma presunção legal de que a actuação é imputável aos administradores por culpa grave — e não faz presumir, não faria presumir que estivesse preenchido o quarto — não haveria nenhuma presunção legal de que a actuação imputável

---

<sup>100</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 193-201.



aos administradores por dolo ou por culpa grave, fosse causa do agravamento da situação de insolvência <sup>101 102</sup>.

---

<sup>101</sup> Cf. designadamente Luís Menezes Leitão, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 9.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2017, págs. 235-236 (em anotação ao art. 186.º); Luís Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 283; Alexandre Soveral Martins, *Um curso de direito da insolvência*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2016, págs. 421-423;

<sup>102</sup> A interpretação declarativa do art. 186.º, n.º 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas foi adoptada designadamente no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Março de 2007, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Pinto de Almeida; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Junho de 2007, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Pinto de Almeida; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Janeiro de 2008, relatado pela Desembargadora Anabela Luna de Carvalho; no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Abril de 2008, relatado pelo Desembargador Sílvio Sousa; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de Março de 2009, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro José Manso Rainho; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de Março de 2009, relatado pelo Desembargador Gonçalves Ferreira; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Abril de 2009, relatado pela Desembargadora Sílvia Pires; no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de Maio de 2009, relatado pelo Desembargador Francisco Xavier; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Junho de 2009, relatado pelo Desembargador Gonçalves Ferreira; no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23 de Setembro de 2009, relatado pelo Desembargador Eduardo Tenazinha; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Outubro de 2009, relatado pelo Desembargador Guerra Banha; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Novembro de 2009, relatado pelo Desembargador Filipe Carço; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Janeiro de 2010, relatado pelo Desembargador Carlos Moreira; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Abril de 2010, relatado pelo Desembargador Gonçalves Ferreira; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4 de Maio de 2010, relatado pelo Desembargador Carlos Moreira; no acórdão do Tribunal da Relação



---

do Porto de 22 de Junho de 2010, relatado pelo Desembargador José Carvalho; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Novembro de 2010, relatado pela Desembargadora Teresa Santos; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2011, relatado pelo Desembargador Freitas Vieira; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de Julho de 2011, relatado pela Desembargadora Conceição Buchó; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24 de Abril de 2012, relatado pelo Desembargador Eduardo José Oliveira Azevedo; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Junho de 2012, relatado pelo Desembargador Manuel Pinto dos Santos; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Dezembro de 2012, relatado pelo Desembargador Moreira do Carmo; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de Outubro de 2013, relatado pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Fevereiro de 2014, relatado pelo Desembargador Leonel Seródio; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de Setembro de 2014, relatado pela Desembargadora Catarina Gonçalves; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Janeiro de 2015, relatado pela Desembargadora Anabela Dias da Silva; no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24 de Setembro de 2005, relatado pelo Desembargador Sílvio Sousa; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25 de Fevereiro de 2016, relatado pela Desembargadora Cristina Cerdeira; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Dezembro de 2016, relatado pelo Desembargador Aristides Rodrigues de Almeida; no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 7 de Janeiro de 2016, relatado pela Desembargadora Elisabete Valente; no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Julho de 2016, relatado pelo Desembargador Carlos Querido; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de Junho de 2017, relatado pela Desembargadora Maria João Matos; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de Julho de 2017, relatado pelo Desembargador José Cravo; no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Julho de 2017, relatado pelo Desembargador Falcão de Magalhães; no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Setembro de 2017, relatado pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho; no acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23 de Novembro de 2017, relatado pelo Desembargador Victor Sequinho, e no acórdão



O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Dezembro de 2016, relatado pelo Desembargador Aristides Rodrigues de Almeida, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Julho de 2017, relatado pelo Desembargador Falcão de Magalhães, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Setembro de 2017, relatado pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho, e o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23 de Novembro de 2017, relatado pelo Desembargador Victor Sequinho, são simplesmente os últimos a sustentar que o n.º 2 do art. 186.º dispensa a prova da causalidade e que o n.º 3 não a dispensa. Os regimes estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º seriam “completamente diferente[s]”<sup>103</sup>. “As presunções ilidíveis estabelecidas no [...] nº 3 [do art. 186.º] não abarca[riam] o nexo causal”<sup>104</sup>. Estando em causa as situações previstas no n.º 3, “para a insolvência ser declarada culposa [seria] necessário que se demonstr[asse] que a actuação com culpa grave criou ou agravou a situação de insolvência” — “torna[r]-se[-ia] necessário indagar se no caso a violação do dever de apresentação à insolvência criou ou agravou a situação de insolvência”<sup>105</sup>.

Interpretado como *presunção de culpa*, em termos de não conter nenhuma *presunção de causalidade*, o art. 186.º, n.º 3, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não será nem

---

do Tribunal da Relação de Lisboa de 1 de Fevereiro de 2018, relatado pela Desembargadora Maria João Matos.

<sup>103</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23 de Novembro de 2017, relatado pelo Desembargador Victor Sequinho.

<sup>104</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Julho de 2017, relatado pelo Desembargador Falcão de Magalhães.

<sup>105</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Dezembro de 2016, relatado pelo Desembargador Aristides Rodrigues de Almeida.



adequado, nem suficiente para corrigir as *insuficiências* do regime da responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores.

II. — Como os termos em que está redigido o art. 186.º, n.º 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dão a impressão de que há uma presunção de culpa, e de culpa grave, e de que não há nenhuma presunção de causalidade, pergunta-se — o art. 186.º, n.º 3, deverá ser interpretado declarativamente, em termos de conter tão-só uma presunção de culpa na acção ou na omissão, ou poderá ser interpretado extensivamente, em termos de conter uma presunção de culpa na insolvência (de insolvência culposa)?

Estamos convencido de que, entre uma interpretação declarativa e uma interpretação extensiva do art. 186.º, n.º 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas deverá preferir-se uma interpretação extensiva, sistemática e teleologicamente sustentada. Em lugar de uma *presunção de culpa*, o art. 186.º, n.º 3, alínea a), deverá interpretar-se como contendo uma *presunção de insolvência culposa*; em lugar de uma *presunção de culpa*, — em lugar de uma *presunção de culpa grave*, — o art. 186.º, n.º 3, alínea a), deverá interpretar-se como contendo, simultaneamente, uma *presunção de culpa* e uma *presunção de causalidade* [de que a actuação imputável aos administradores por *dolo* ou por *culpa grave* é a causa do agravamento da situação de insolvência].





O percurso foi proposto por Catarina Serra <sup>106</sup> e por Manuel Carneiro da Frada <sup>107</sup> <sup>108</sup> e seguido pela doutrina e pela jurisprudência (por alguma doutrina e por alguma jurisprudência) — na doutrina, por Ana Prata / Jorge Morais Carvalho / Rui Simões <sup>109</sup> e, na jurisprudência, por, pelo menos, cinco ou seis acórdãos das relações: pelo acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Novembro de 2008, relatado pelo Desembargador Sousa Lameira <sup>110</sup>; pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de

---

<sup>106</sup> Catarina Serra, “*Decoctor ergo fraudator?* — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) — [anotação ao] acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Janeiro de 2008, Proc. n.º 4886/07”, in: *Cadernos de direito privado*, 2008, n.º 21, págs. 54-71 — cujos argumentos são retomados em Catarina Serra, *O regime português da insolvência*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2012, págs. 140-141.

<sup>107</sup> Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), pág. 692 = in: Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o direito*, cit., pág. 448: “... o n.º 2 do art. 186.º também faz presumir *iuris et de iure* a causalidade da violação ilícita e culposa de determinados deveres em relação à insolvência. Esta causalidade é fundamentante da responsabilidade (*haftungsbegründend*), pois diz respeito ao seu fundamento. O citado preceito dispensa o lesado da respectiva prova. *Mutatis mutandis*, o mesmo ocorre no n.º 3”.

<sup>108</sup> Com a concordância de Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa”, in: Catarina Serra (coord.), *I Colóquio de direito da insolvência de Santo Tirso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, págs. 195-256, ou *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., esp. nas págs. 204-207.

<sup>109</sup> Cf. Ana Prata / Jorge Morais Carvalho / Rui Simões, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013, pág. 512.

<sup>110</sup> Em cujo relatório se escreve: “Será que os recorrentes — face aos factos provados e perante a presunção *iuris tantum* (ilidível) que deles resulta — conseguiram demonstrar que insolvência da Recorrente não deve ser qualificada como culposa, ou seja que essa situação de insolvência não foi criada ou agravada



Dezembro de 2010, relatado pelo Desembargador Luís Espírito Santo <sup>111</sup>; pelo acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Maio de 2012, relatado pelo Desembargador Barateiro Martins <sup>112</sup>; pelo acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Novembro de 2016, relatado pela Desembargadora Maria João Areias <sup>113</sup>; pelo acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de Maio de 2017, relatado pela Desembargadora Francisca Micaela da Mota Vieira <sup>114</sup>; e pelo acórdão do Tribunal da Relação de

---

pela actuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores. Dito de outro modo, terão os Recorrentes provado — já que eles tinham o ónus de afastar a presunção de culpa — que não há um nexo de causalidade (directo ou indirecto) entre a situação de insolvência e a conduta dos administradores da Recorrente ou desta?”.

<sup>111</sup> Em cujo sumário se escreve: “A simples verificação das situações previstas nas alíneas a) e b), do n.º 3, do art.º 186.º, do CIRE, constituem presunção (ilidível) da insolvência culposa — pressupondo-se, à partida, o nexo de causalidade exigido pelo n.º 1 — e não apenas da culpa grave do agente infractor”.

<sup>112</sup> Em cujo sumário se escreve: “O art. 186.º do CIRE, consagra nas alíneas do n.º 2 presunções (absolutas) de insolvência culposa e nas alíneas do n.º 3 presunções (relativas) de insolvência culposa, e não meras presunções relativas de culpa grave, o que esvaziaria a utilidade destas presunções”.

<sup>113</sup> Em cujo sumário se escreve: “O incumprimento do dever de apresentação à insolvência, acarretando uma presunção de culpa qualificada na insolvência (art. 186.º, n.º 3, al. a)), dispensa a prova do nexo causal entre tal facto e a criação ou agravamento da insolvência, onerando o devedor com o ónus da prova de que não foi a sua conduta que deu causa à insolvência ou ao seu agravamento, mas outros fator externo ou independente da sua vontade”.

<sup>114</sup> Em cujo sumário se escreve: “as alíneas a) e b) do n.º 3 do mesmo artigo 186.º, para além de uma presunção relativa de culpa qualificada, consagram outrossim uma presunção, ainda que *juris tantum*, de causalidade, pelo que competirá ao sujeito que incumpriu o dever (legal) de apresentação à insolvência o ónus da prova de que a situação de insolvência ou o seu agravamento se ficou a dever a



Coimbra de 12 de Julho de 2017, relatado pela Desembargadora Maria João Areias <sup>115</sup>.

Entre os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas há duas diferenças. O n.º 2 diz “considera-se sempre” e o n.º 3 diz “presume-se”; o n.º 2 diz “considera-se... culposa a insolvência” e o n.º 3 diz “presume-se... a culpa grave”.

O alcance da primeira diferença é consensual. Com a fórmula “considera-se sempre” pretende-se significar que a presunção do n.º 2 é absoluta, inilidível, e com a fórmula “presume-se” pretende-se significar que a presunção do n.º 3 é relativa, ilidível.

O alcance da segunda diferença não é nada consensual. O sentido do n.º 2 é ainda razoavelmente seguro. Com a fórmula “considera-se... culposa a insolvência” pretende-se significar que se presume que a insolvência é culposa — pretende-se significar que se presume que estão preenchidos todos os pressupostos ou requisitos do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. O sentido do n.º 3, esse, não é já tão seguro — tão razoavelmente seguro. Com a fórmula “presume-se... a culpa grave” pode pretender-se significar duas coisas: por um lado, pode pretende-se significar que se presume que está preenchido um, e só um, dos requisitos da qualificação da insolvência como culposa — o requisito de que a actuação ilícita dos administradores lhes seja imputável por dolo ou por culpa grave — ou, por outro lado, que se

---

outros fatores, designadamente, as condições de mercado ou a conjuntura económica”.

<sup>115</sup> Em cujo sumário se reproduz a afirmação feita no acórdão de 22 de Novembro de 2016.



presume que estão preenchidos todos os requisitos da qualificação da insolvência como culposa.

“[A] simples verificação das situações previstas nas alíneas a) e b), do n.º 3, do art. 186.º, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas constitu[iria] presunção (ilidível) da insolvência culposa“, pelo que se pressuporia ou, em termos mais precisos e rigorosos, pelo que se presumiria “o nexos de causalidade exigido pelo n.º 1”<sup>116</sup>. O credor ficaria desonerado da prova de que há um nexos de causalidade<sup>117</sup> e, correlativamente, o devedor, ou os administradores do devedor, ficariam onerados com a prova de que não há nenhum nexos de causalidade<sup>118</sup> — de que a causa do agravamento da situação de insolvência foi um *facto externo, independente da sua vontade*. “O art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas consagra[ria] nas alíneas do n.º 2 presunções (absolutas) de insolvência culposa e nas alíneas do n.º 3 presunções (relativas) de insolvência culposa, e não meras presunções relativas de culpa grave”<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Dezembro de 2010, relatado pelo Desembargador Luís Espírito Santo.

<sup>117</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Novembro de 2016, relatado pela Desembargadora Maria João Areias: “O incumprimento do dever de apresentação à insolvência, acarretando uma presunção de culpa qualificada na insolvência [...], dispensa a prova do nexos causal entre tal facto e a criação ou agravamento da insolvência”.

<sup>118</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Novembro de 2016, relatado pela Desembargadora Maria João Areias: “... onerando o devedor com o ónus da prova de que não foi a sua conduta que deu causa à insolvência ou ao seu agravamento”.

<sup>119</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Maio de 2012, relatado pelo Desembargador Barateiro Martins.



Os argumentos em favor da primeira interpretação são em geral mais fracos; reduzem-se ao sentido literal do texto, sustentando-se naquele que é o mais fraco de todos os argumentos, critérios ou elementos. Os argumentos em favor da segunda interpretação, esses, são em geral mais fortes; transcendem o sentido literal do texto, sustentando-se naqueles que são os mais fortes de todos os argumentos, critérios ou elementos — nos argumentos, nos critérios ou nos elementos sistemáticos e teleológicos.

Em primeiro lugar, “[o] legislador quis (terá querido) que as pessoas responsáveis — p. ex., os administradores — ficassem onerados com a prova de que a causa da insolvência foi uma ‘razão independente da sua vontade’”<sup>120</sup>. Em segundo lugar, o paralelismo entre o n.º 2 e o n.º 3 sugere que todas as presunções do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas sejam *presunções de causalidade*<sup>121</sup> e, em terceiro lugar, o paralelismo entre as presunções do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e as presunções dos arts. 491.º a 493.º do Código Civil sugerem que todas as presunções [do Código da Insolvência e dos arts. 491.º a 493.º do Código Civil] sejam *presunções de responsabilidade*<sup>122</sup>. Em quarto lugar, estando em causa responsabilidades profissionais, a culpa grave explica e

---

<sup>120</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., esp. pág. 205.

<sup>121</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 205-206.

<sup>122</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., págs. 206-207.



justifica a deslocação, do lesado para o lesante, do(s) risco(s) da falta de prova sobre a causalidade <sup>123</sup>.

Em geral mais fracos, os argumentos em favor da primeira interpretação ficam ainda mais fracos e, em geral mais fortes, os argumentos em favor da segunda interpretação, ficam ainda mais fortes, desde que esteja em causa uma particular presunção, que é a presunção da alínea a) do n.º 3 do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, e um particular efeito da qualificação da insolvência como culposa, que é a responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais.

A presunção da alínea a) do n.º 3 do art. 186.º refere-se à violação do dever de apresentação à insolvência, ou do dever de o administrador requerer a declaração de insolvência, e o dever de o administrador requerer a declaração de insolvência resulta dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Os princípios e as regras gerais do direito da responsabilidade civil depõem no sentido de uma *facilitação da prova* da causalidade. Os administradores, ao infringirem ilícita e culposamente as normais legais de protecção dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas estão a infringir, e a infringir ilícita e culposamente, *normas de perigo abstracto*. Estando a infringir ilícita e culposamente *normas de perigo abstracto* devem responder pelos danos que *tipicamente*

---

<sup>123</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., pág. 207.



correspondem à concretização do *perigo abstracto* que as normas pretendem prevenir.

Sinde Monteiro põe o critério de atribuição / distribuição do ónus da prova nos seguintes termos: em princípio, “aquele que ilícita e culposamente infringiu uma norma de perigo abstracto suporta [...] o risco de um não cabal esclarecimento da conexão entre a violação e o dano, posto que este caia dentro do âmbito de protecção daquela” <sup>124</sup>.

O credor terá o encargo de alegar e de provar que houve um facto, que houve uma acção ou omissão do administrador, e que o facto, que a acção ou omissão do administrador, corresponde à infracção de uma norma legal; que o facto foi condição *sine qua non* de um dano ou de um prejuízo e que o dano corresponde ao *tipo* de danos ou de prejuízos que a norma legal infringida pretendia prevenir ou evitar. Caso o credor alegue e prove que o administrador não requereu a declaração de insolvência no momento em que devia tê-la requerido e que, entre o momento em que declaração de insolvência devia ter sido e o momento em que a declaração de insolvência foi requerida, houve um agravamento da sua situação, o administrador suportará, ou deverá suportar, o risco de um não cabal esclarecimento da conexão causal entre o facto e o dano. Entre o facto de o administrador não ter requerido

---

<sup>124</sup> Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 294. Explicando por que considerava a construção como “razoável”, Sinde Monteiro sustentava que “[n]ela convergem [...] a justiça material, a ideia de reparação (a ‘propriedade’ em abstracto reconhecida à norma para prevenir danos daquele tipo ‘aponta’ para que o lesado receba uma indemnização, ao menos parcial), bem como o relevo da prevenção geral e especial”.



a declaração de insolvência no momento em que devia tê-la requerido e o dano de a situação de insolvência se ter agravado.

O critério formulado por Sinde Monteiro para toda a responsabilidade por infracção de normas legais de protecção — “se após a infracção se verificaram danos do tipo que a norma visa prevenir, uma ‘primeira impressão’ fala no sentido de uma conexão causal” entre a infracção e os danos <sup>125</sup> — deve aplicar-se, sem restrições, à responsabilidade pela infracção das normas legais de protecção dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: Se, após a infracção das normas dos arts. 18.º e 19.º se verificar um agravamento da situação de insolvência — se, após a infracção das normas dos arts. 18.º e 19.º, se verificar o dano que as normas dos arts. 18.º e 19.º visam prevenir —, uma “primeira impressão” fala no sentido de uma conexão causal.

III. — O contra-argumento de que a qualificação da insolvência e a responsabilidade civil pela insolvência qualificada, designadamente pela violação do dever de apresentação à insolvência, são coisas diferentes, devendo estar sujeitas a princípios e a regras diferentes, terá (deverá ter) uma resposta relativamente simples. O princípio de que, “[e]ntre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve [...] ter prevalência aquela que possibilita a [...] concordância material com

---

<sup>125</sup> Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 613 e, concordando em geral com Sinde Monteiro, Adelaide Menezes Leitão, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais* (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007, págs. 414-416.





outra disposição”<sup>126</sup>, ou com outras disposições, faz-nos perguntar (força-nos a perguntar): Entre as duas interpretações possíveis segundo o sentido literal da alínea a) do art. 186.º, n.º 3, qual deverá ter prevalência? — Entre as duas interpretações possíveis segundo o sentido literal da alínea a) do art. 186.º, n.º 3, qual será aquela que possibilita a concordância material com os princípios e com as regras gerais do direito da responsabilidade civil?

Interpretar a presunção do art. 186.º, n.º 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas como uma presunção de *culpa grave* na acção ou na omissão do administrador implicaria uma contradição sistemática e / ou uma contradição teleológica entre o regime geral da responsabilidade civil e o regime especial da responsabilidade civil pela insolvência culposa. O regime geral da responsabilidade civil não concordaria materialmente com o regime especial da responsabilidade civil pela insolvência culposa — o primeiro facilitaria a prova da causalidade e o segundo dificultá-la-ia. Interpretar a presunção do art. 186.º, n.º 3, como uma presunção de *culpa grave* no agravamento da insolvência (da situação de insolvência) não implicará nenhuma contradição. O regime geral concordará materialmente com o regime especial da responsabilidade pela insolvência culposa, e concordará com o regime geral em facilitar a prova da causalidade. Entre as duas interpretações possíveis segundo o sentido literal do art. 186.º, n.º 3, alínea a), deverá então ter prevalência a segunda — a presunção do art. 186.º, n.º 3, alínea a), há-de representar-se como uma

---

<sup>126</sup> Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito* (título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 3.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pág. 458.



presunção de culpa grave no agravamento da insolvência (= há-de representar-se como uma presunção de insolvência culposa).

**10. O problema da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no (projectado) direito europeu. — O art. 18.º da proposta de directiva relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva de 22 de Novembro de 2016**

O art. 18.º da proposta de directiva relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva de 22 de Novembro de 2016 é do seguinte teor:

“Os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham as seguintes obrigações:

- (i) Tomar medidas imediatas para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, accionistas e outras partes interessadas;
- (ii) Ter em devida conta os interesses dos credores e das outras partes interessadas;
- (iii) Tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência;
- (iv) Evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa”.



O conteúdo do art. 18.º da proposta de directiva inscreve-se na *tendência* desenhada, designadamente, pela comunicação da Comissão de 2003, intitulada *Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia* <sup>127</sup> <sup>128</sup>, pelo *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, de 2002 <sup>129</sup>, pelo *Study on Director's Duties and Liability*, de 2013 <sup>130</sup>, ou pelo *Study on a New Approach to Business Failure and*

---

<sup>127</sup> O título completo da comunicação de 2003 é: Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu —Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia — Uma estratégia para o futuro, disponível em WWW: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52003DC0284> >.

<sup>128</sup> Sobre a comunicação de 2003, *vide* Paul Omar, “The European Initiative on Wrongful Trading”, in: *Insolvency Lawyer*, 2003, págs. 239-249; Eilís Ferran, “The Place for Creditor Protection on the Agenda for Modernisation of Company Law in the European Union”, in: *European Company and Financial Law Review*, 2006, págs. 179-221; Klaus J. Hopt, “Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron”, in: John Armour / Joseph A. McCahery (coord.), *After Enron. Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US*, Hart Publishing, Oxford / Portland (Oregon), 2006, págs. 445-496 (465-468 e 486-487)

<sup>129</sup> Disponível em:

WWW: < [http://www.ecgi.org/publications/documents/report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/publications/documents/report_en.pdf) >

<sup>130</sup> Carsten Gerner-Beuerle / Philipp Paech / Edmund Philipp Schuster (coord.), *Study on Director's Duties and Liability*, LSE Enterprise / European Commission, London / Brussels, 2013, disponível em: WWW:

< [http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/\\_\\_\\_Libfile\\_repository\\_Content\\_Gerner-Beuerle%2C%20C\\_Study%20on%20directors'%20duties%20and%20liability%281sero%29.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/___Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle%2C%20C_Study%20on%20directors'%20duties%20and%20liability%281sero%29.pdf) > ou < [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/board/2013-study-analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf) >.



*Insolvency*, de 2014<sup>131</sup> <sup>132</sup>. Com o art. 18.º da proposta de directiva, o direito europeu pronunciar-se-ia sobre a controvérsia ente os *dois grandes modelos* de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a terceiros — e, em particular, de responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores sociais.

Entre o modelo [do direito] alemão e o modelo [do direito] inglês, entre o modelo ou paradigma da responsabilidade [dos administradores] pela violação do dever de apresentação da sociedade à insolvência e o modelo ou paradigma da responsabilidade pela violação de deveres de cuidado e de lealdade [para com os credores da sociedade administrada], a Comissão Europeia confirma a sua preferência pelo segundo.

Em 2003, a Comissão preconizava a adopção da “regra da negligência comercial (*wrongful trading*)”. Os administradores deveriam ser pessoalmente responsabilizados, desde que estivessem cumulativamente preenchidos dois requisitos.

O primeiro era o de que os administradores previssem, ou pudessem prever, que a sociedade não poderia continuar a cumprir pontualmente as suas obrigações e o segundo era o de que os

---

<sup>131</sup> Disponível em: WWW:

<

[http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/insolvency\\_study\\_2016\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency/insolvency_study_2016_final_en.pdf) >.

<sup>132</sup> Sobre a relação entre a proposta de directiva e os documentos de 2003, 2013 e 2014, vide Catarina Serra / José Gonçalves Machado, “Para uma harmonização mínima do direito da insolvência — Primeira abordagem à proposta de directiva de 22.11.2016, com especial atenção ao seu impacto no direito das sociedades comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, ano 9 (2017), vol. 17, págs. 135-175 (161-164).



administradores, prevendo ou podendo prever que a sociedade não poderia continuar a cumprir pontualmente as suas obrigações, não tivessem optado por uma de duas coisas- Ou por apresentar a sociedade à insolvência, liquidando-a. Ou por não apresentar a sociedade à insolvência, recuperando-a. A Comissão falava de “restabelecer a viabilidade da empresa, por forma a assegurar o pagamento das dívidas”.

Em 2016, continuando a preconizar uma aproximação à “regra da negligência comercial (*wrongful trading*)”, a Comissão propõe um conjunto de *adaptações* do *modelo* ou *paradigma* da responsabilidade pela violação de deveres para com os credores.

### **11.(Cont.) O sistema de deveres dos administradores das sociedades confrontadas com uma probabilidade de insolvência**

I. — Em primeiro lugar, propõe uma *re-definição* do *círculo objectivo* de casos em que os administradores ficam adstritos a *deveres específicos* ou a *obrigações específicas*.

O *plano de acção* preconizava, implicitamente, o critério da *previsibilidade*. Os administradores ficariam constituídos em *deveres específicos* desde que previssem, ou pudessem prever, que a sociedade não poderia continuar a cumprir pontualmente as suas obrigações. O art. 18.º da proposta de directiva preconiza, explicitamente, o critério da *probabilidade*. Os administradores ficariam constituídos em *deveres específicos* ou em *obrigações específicas* desde que houvesse uma *probabilidade de insolvência*.



O termo *previsibilidade* sugere qualquer coisa de mais subjectivo e o termo *probabilidade*, esse, sugere qualquer coisa de mais objectivo. Embora haja uma divergência entre os dois critérios, não há nenhuma divergência ou, pelo menos, não há nenhuma divergência prática entre os resultados da aplicação dos dois critérios: com o termo *probabilidade*, parece-nos que o art. 18.º da proposta de directiva pretende designar os casos em que os administradores previssem, ou pudessem prever, a insolvência; com o termo *insolvência*, parece-nos que o art. 18.º pretende designar, *exclusivamente*, os casos em que a sociedade não pode continuar a cumprir pontualmente as suas obrigações.

A exposição de motivos diz-nos que o art. 18.º “obriga os Estados-Membros a imporem obrigações específicas aos administradores [de sociedades] em situação de insolvência iminente, que os leve[m] a optar por uma reestruturação em tempo útil, quando a empresa for viável”. Entre o texto do art. 18.º e o texto da exposição de motivos relativa ao art. 18.º há, pelo menos, uma *dissonância* — e uma dissonância *significativa*.

O texto do art. 18.º faz depender a aplicação dos *deveres específicos* ou das *obrigações específicas* dos administradores de uma *probabilidade simples de insolvência*; o texto da exposição de motivos relativa ao art. 18.º fá-la depender de uma *probabilidade qualificada* — de uma *situação de insolvência iminente*. Entre uma *probabilidade simples* e uma *probabilidade qualificada (de insolvência iminente)* há uma diferença significativa.

O termo probabilidade de insolvência, designando uma probabilidade simples, exige menos e o termo situação de insolvência iminente, designando, como designa, uma



probabilidade qualificada, exige mais — com o termo probabilidade de insolvência pretende-se que os administradores fiquem adstritos a deveres específicos ou a obrigações específicas desde que a situação de insolvência seja previsível — seja a curto, a médio ou a longo prazo —; com o termo situação de insolvência iminente pretende-se que os administradores só fiquem adstritos a deveres específicos desde que a situação de insolvência seja previsível a curto, ou a muito curto, prazo.

Os problemas causados pelo confronto do art. 18.º com a exposição de motivos são, de alguma forma, agravados pelo confronto do art. 18.º com o preâmbulo da proposta de directiva. O considerando 36 contrapõe os deveres dos administradores em cada um dos dois casos: Existindo uma *probabilidade simples de insolvência*, os administradores deveriam “tomar medidas [...] no sentido de procurar aconselhamento profissional”; “[...] [de protegerem] o activo da empresa”; [de estabelecerem] negociações com os credores” e de “[iniciarem] o processo de reestruturação preventiva [da empresa]”. Existindo uma *probabilidade qualificada de insolvência*, ou seja, uma probabilidade de insolvência a *curto* ou *muito curto prazo*, os administradores deveriam “proteger os interesses legítimos dos credores face a decisões de gestão passíveis de afectar a constituição do património do devedor, em especial se tais decisões fo[ssem] susceptíveis de diminuir o valor do património disponível para o processo de reestruturação ou [de diminuir o valor do património disponível] para a distribuição pelos credores [no processo de liquidação]”.



II. — Em segundo lugar, a Comissão propõe uma *re-definição* do *circulo subjectivo* das pessoas para quem os administradores têm *deveres específicos* ou *obrigações* específicas: nas alíneas (i) e (ii), diz-se que os administradores têm deveres de consideração para com os credores e para com terceiros, designados, genericamente, por “partes interessadas”; na alínea (i), diz-se que os administradores hão-de “[t]omar medidas [...] para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, accionistas e outras partes interessadas” e, na alínea (ii), diz-se que hão-de tomar medidas, “[t]e[ndo] em devida conta os interesses dos credores e das outras partes interessadas”

O alcance dos deveres de consideração das partes interessadas deve problematizar-se. O facto de a alínea (i) dar exemplos de partes interessadas, referindo especificamente os sócios e os trabalhadores, e de a alínea (ii) não o fazer terá um particular significado?

O caso poderá esclarecer-se, relacionando-o com a contraposição entre os casos em que há uma *probabilidade simples*, e só uma *probabilidade simples*, e os casos em que há mais — em que há uma *probabilidade qualificada* de insolvência. O considerando 36 do preâmbulo da proposta de directiva contém o seguinte trecho:

“Caso o devedor esteja numa situação de insolvência iminente, importa também proteger os interesses legítimos dos credores face a decisões de gestão passíveis de afectar a constituição do património do devedor, em especial se tais decisões forem susceptíveis de diminuir o valor do





património disponível para o processo de reestruturação ou para a distribuição pelos credores.

[...] é necessário que, em tais circunstâncias, os administradores se abstenham de actos deliberados ou de negligência grave que resultem em ganhos pessoais às custas das partes interessadas, tais como aceitar transacções subvalorizadas ou agir no sentido de dar preferência indevida a uma ou mais partes interessadas sobre as demais”.

Confrontando o art. 18.º com o considerando 36, poderá porventura sustentar-se duas coisas: (i) desde que haja uma *probabilidade simples* de insolvência, os administradores estão adstritos a um dever *genérico* de tomar medidas imediatas para minimizar as perdas de todas as partes interessadas; (ii) desde que haja uma *probabilidade qualificada* de insolvência, os administradores estão adstritos a um dever *específico* de tomar medidas, imediatas ou não-imediatas, tendo em consideração *acrescida* ou *reforçada* os interesses (legítimos) dos credores. Entre os casos exemplares de violação do dever de consideração dos credores consignado na alínea (ii), deveria distinguir-se aqueles em que os administradores tomam medidas que fazem com que diminua, *em termos absolutos*, o valor do património disponível e aqueles em que os administradores fazem com que diminua, *em termos relativos*, o valor do património disponível para a satisfação de um particular credor ou de um particular grupo de credores. Os administradores, ao fazerem com que diminuísse, em termos relativos, o valor do património disponível para a satisfação de um particular credor, ou de um particular grupo de credores, estariam a dar uma *preferência indevida* a uma ou mais partes interessadas.



III. — Em terceiro lugar, a Comissão propõe, ou parece propor, que a alternativa entre a liquidação e a recuperação deva ser subtraída à discricionariedade dos administradores.

Com o *plano de acção* de 2003, a Comissão Europeia dava a impressão de que a alternativa entre uma liquidação (sem perdas para os credores) e uma recuperação da empresa em crise era (devia ser) deixada aos administradores — que “[q]ual dos caminhos [os administradores] percorressem, seria coisa que não faz diferença, e que não faz diferença por se encontrar dentro da sua discricionariedade empresarial”<sup>133</sup>.

O texto da comunicação dizia, explicitamente, que “os administradores serão considerados pessoalmente responsáveis pelas consequências do incumprimento [das obrigações] da empresa, no caso de haver sido previsível que a empresa não poderia continuar a honrar as suas dívidas e não tenham decidido restabelecer a viabilidade da empresa, por forma a assegurar o pagamento das dívidas, ou proceder à sua liquidação”.

Com a proposta de directiva de 2016, a Comissão Europeia dá a impressão de que a alternativa não é, e não pode ser, deixada aos administradores — de que, qual dos caminhos os administradores percorram, é coisa que faz diferença, e que faz diferença por se encontrar (*parcialmente*) fora da sua discricionariedade empresarial.

---

<sup>133</sup> Cf. Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, cit., pág. 172 — pronunciando-se sobre o direito alemão.



O art. 18.º propõe-se constituir os administradores em *deveres de prevenção da situação de insolvência*. O considerando 36 explica que o fim do art. 18.º é promover a *reestruturação preventiva*. Os administradores devem ser incentivados a tomar decisões que “aument[em] as possibilidades de reestruturação de empresas potencialmente viáveis”, “[a estabelecer] negociações com os credores” e a “inicia[r] o processo de reestruturação preventiva”. O conteúdo dos *deveres de prevenção de insolvência* decorre das alíneas (iii) e (iv): a alínea (iii) define o conteúdo dos deveres de prevenção *pela positiva*, dizendo que os administradores das sociedades *em crise* devem “tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência”, e a alínea (iv) define-os *pela negativa*, dizendo que os administradores das sociedades devem abster-se de tomar quaisquer medidas (desrazoáveis) que *ameacem*, ou que *ponham em perigo*, a viabilidade da empresa.

Completando as alíneas (iii) e (iv), as alíneas (i) e (ii) constituem os administradores no dever de considerarem os interesses dos credores e no dever de considerarem os interesses de terceiros — designados, genericamente, como “partes interessadas”.

O facto de a alínea (ii) constituir os administradores em *deveres de prevenção da insolvência*, para promover a *recuperação* ou a *reestruturação* da empresa, sugere, e sugere *fortemente*, que a opção pela liquidação do património da sociedade deva ser uma opção justificada ou justificável do ponto de vista das *partes interessadas*. O administrador há-de explicar por que a *liquidação* é adequada para minimizar as perdas dos credores, dos sócios, dos trabalhadores e das demais partes interessadas.



## **12.(Cont.) O sistema de responsabilidade pela violação dos deveres dos administradores das sociedades confrontadas com uma probabilidade de insolvência**

Em ligação com o sistema de deveres, a Comissão propõe, ou parece propor, um sistema de responsabilidade — propõe, ou parecer propor, que a alternativa entre a *responsabilização* e a *desresponsabilização* dos administradores deva ser subtraída à discricionariedade dos legisladores dos Estados-Membros da União Europeia.

O texto do plano de acção de 2003 representava a “regra da negligência comercial (*wrongful trading*)” como uma (pura) *regra de responsabilidade*. Com a “regra da negligência comercial (*wrongful trading*)” pretendia-se definir uma *esfera de responsabilidade própria*. O texto da proposta de directiva de 2016, esse, representa a “regra da negligência comercial (*wrongful trading*)” como *regra de comportamento* e como *regra de responsabilidade*. Com a regra da negligência comercial pretende-se definir um *conjunto de deveres próprios* e uma *esfera de responsabilidade própria*.

O problema está em que o conteúdo das alíneas (iii) e (iv) dá a impressão de se sobrepor, em termos tais que a alínea (iv) seria desnecessária, ou quase desnecessária.

O dever (positivo) de os administradores tomarem medidas razoáveis para evitar a insolvência, previsto na alínea (iii), implica logicamente um dever (negativo) de os administradores não tomarem medidas (desrazoáveis) que ameacem ou que ponham em perigo a viabilidade da empresa. O facto de as tomarem com dolo



ou com culpa grave seria irrelevante ou quase irrelevante — desde que tomassem medidas (desrazoáveis) que ameaçassem ou pusessem em perigo a viabilidade da empresa, os administradores comportar-se-iam ou conduzir-se-iam ilicitamente. O risco de o conteúdo das alíneas (iii) e (iv) se sobrepor só poderá superar-se atribuindo à alínea (iii) o sentido de definir um padrão de comportamento e à alínea (iv) o de definir um padrão de responsabilidade.

Em tema de *padrão de comportamento*, o art. 18.º quer significar que os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham o *dever (positivo) de tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência*. Em tema de *padrão de responsabilidade*, o art. 18.º quer significar os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que, caso os administradores violem o dever (positivo) de tomar medidas razoáveis para evitar a insolvência, sejam pessoalmente responsabilizados por *dolo* ou por *culpa grave*.

Face ao exposto, o *modelo* ou *paradigma* da responsabilidade pela violação de deveres para com os credores projecta-se (continua a projectar-se) em duas coisas:

— na circunstância de os administradores estarem expostos a um *risco de responsabilização* antes de a sociedade ficar insolvente;

— na circunstância de os administradores não estarem expostos a nenhum *risco de responsabilização* depois de a sociedade ficar insolvente, desde que demonstrem que tomaram medidas razoáveis para minimizar as perdas ou os prejuízos resultantes da situação de insolvência. Em primeiro lugar, para minimizar as perdas



dos credores; em segundo lugar, para minimizar as perdas dos trabalhadores; em terceiro lugar, para minimizar as perdas dos sócios e, em terceiro lugar, as perdas das demais (todas as demais?) partes interessadas.

O facto de a proposta de directiva adoptar o *modelo* ou o *paradigma* da responsabilidade pela violação de deveres para com os credores exprime a preocupação de que “os administradores não sejam dissuadidos de, na medida do razoável, tomar decisões de natureza empresarial ou assumir riscos comerciais, em especial se tal aumentar as possibilidades de reestruturação de empresas potencialmente viáveis”<sup>134</sup>.

### **13. Consequências da adopção do art. 18.º da proposta de directiva relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva de 22 de Novembro de 2016. — O art. 18.º da proposta de directiva como *impulso* para um desenvolvimento legislativo e / ou jurisprudencial do direito português?**

Caso a proposta de directiva haja de converter-se em *directiva*, deverá perguntar-se duas coisas. Em primeiro lugar, se será preciso *ampliar* o alcance do sistema de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores decorrente dos arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais e dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, para responsabilizar os administradores pelos danos

---

<sup>134</sup> Cf. considerando 36 da proposta de directiva relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva de 22 de Novembro de 2016.



decorrentes da violação do dever de prevenção da insolvência. Em segundo lugar, deverá perguntar-se se será preciso restringir o alcance do sistema de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores — se será preciso *restringi-lo*, para desresponsabilizar os administradores dos danos decorrentes da *violação do dever de requerem a declaração de insolvência da sociedade*, desde que os administradores demonstrem que tomaram medidas razoáveis para a *prevenção das perdas ou dos prejuízos resultantes da situação de insolvência*.

I. — O actual direito português e o projectado direito europeu têm *diferenças formais*.

O actual direito português combina os métodos da cláusula geral e da enumeração casuística, ainda que de uma enumeração exemplificativa — o n.º 1 do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas contém uma cláusula geral; os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º contêm uma enumeração casuística de *tipos de deveres* e de *tipos de responsabilidade* dos administradores. O projectado direito europeu não combina os dois métodos — o art. 18.º da proposta de directiva contém, tão-só, cláusulas gerais.

O alcance das *diferenças formais* deverá em todo o caso relativizar-se. O considerando 36 concretiza as *cláusulas gerais* do art. 18.º da proposta de directiva. Os *deveres gerais*, de conteúdo mais *amplo* e mais *impreciso*, enunciados no art. 18.º da *proposta* desdobram-se então em *deveres específicos*, de conteúdo mais



*preciso* <sup>135</sup> — desdobram-se, p. ex., num dever de “procurar aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência”, ou num dever de “recorre[r] aos instrumentos de alerta rápido”, ou num dever de “protege[r] o activo da empresa, de modo a maximizar o [seu] valor”. Como o alcance das *diferenças formais* deverá relativizar-se, o art. 18.º da proposta de directiva só deverá fazer com que haja um adequado desenvolvimento, legislativo e/ou jurisprudencial, da *cláusula geral* do n.º 1 do art. 186.º e / ou da *enumeração casuística* dos n.ºs 2 e 3 do art. 186.º do Código da Insolvência.

O direito português conciliar-se-ia de uma forma mais harmoniosa com o direito europeu desde que houvesse uma correspondência perfeita, ou quase perfeita, entre os deveres específicos explicita ou implicitamente consagrados na *directiva* e os deveres específicos explicitamente consignados na *lei* — designadamente, no Código das Sociedades Comerciais e no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

II. — Entrando agora nas *diferenças substanciais* dir-se-á que as *cláusulas gerais* preconizadas pela proposta de directiva, por que se pretende proporcionar ao sistema um *maior alcance* e uma *maior*

---

<sup>135</sup> Como diz, p. ex., Catarina Serra, “não deixa de ser possível desdobrar o dever de comportamento adequado dos administradores em deveres (mais) concretos” [cf. Catarina Serra, “The Portuguese Classification of Insolvency of a Comparative Perspective”, cit., págs. 10-11; Catarina Serra / José Gonçalves Machado, “Para uma harmonização mínima do direito da insolvência — Primeira abordagem à proposta de directiva de 22.11.2016, com especial atenção ao seu impacto no direito das sociedades comerciais”, cit., pág. 163].





*flexibilidade* <sup>136</sup>, podem fazer com que seja necessária uma adaptação ou uma modificação do n.º 1 do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e que a *concretização* das *cláusulas gerais*, através da *enumeração casuística* (exemplificativa) contida no considerando 36 da proposta de directiva pode fazer com que seja conveniente uma modificação dos n.ºs 2 e 3.

III. — A alínea (iv) do art. 18.º da proposta de directiva tem uma correspondência quase exacta no art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Com a alínea (iv), o art. 18.º da proposta de directiva constitui os Estados-Membros no dever de “estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham [a obrigação] de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa”. Ora o art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas qualifica a insolvência como culposa “quando a situação [de insolvência] tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência” e o art. 189.º faz com que a qualificação da insolvência como culposa tenha

---

<sup>136</sup> Cf. Catarina Serra / José Gonçalves Machado, “Para uma harmonização mínima do direito da insolvência — Primeira abordagem à proposta de directiva de 22.11.2016, com especial atenção ao seu impacto no direito das sociedades comerciais”, cit., pág. 163: “os critérios gerais, pelo seu alcance e pela sua flexibilidade, são em muitos casos preferíveis às regras rígidas”.



consequências, e consequências graves, sobre os administradores da sociedade.

Como a cláusula geral da alínea (iv) do art. 18.º da proposta de directiva corresponde à cláusula geral do n.º 1 do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, a alínea (iv) não exigirá nenhuma adaptação ou modificação — pelo menos, nenhuma *grande adaptação ou modificação* do actual direito português <sup>137</sup>.

IV. — As alíneas (i), (ii) e (iii) do art. 18.º da proposta de directiva, essas, não têm uma correspondência exacta nem nas disposições do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas nem nas disposições do Código das Sociedades Comerciais.

Seria conveniente que direito português dissesse explicitamente que os administradores devem adoptar um sistema de *controlo* ou

---

<sup>137</sup> Entre a alínea (iv) do art. 18.º da proposta de directiva e os arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas há uma grande convergência e uma pequena divergência: há uma grande convergência — o art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas assegura que os administradores tenham a obrigação de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa; há uma pequena divergência — o art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas limita temporalmente a obrigação, — ou as consequências do não cumprimento da obrigação, — de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira aos três anos anteriores ao processo de insolvência e o art. 18.º da proposta de directiva, não. O facto de a actuação, de a acção ou de a omissão do administrador que ameaça a viabilidade da empresa ser quatro, cinco ou seis anos anterior ao processo de insolvência é ou, pelo menos, parece ser irrelevante.



de *investigação* adequado para *reconhecer* uma *probabilidade de insolvência* <sup>138</sup> e que, entre os elementos do sistema de *controlo* ou de *investigação*, devem estar os (chamados) *instrumentos de alerta rápido*.

Será necessário que o direito português diga que o *reconhecimento* de uma *probabilidade de insolvência* faz com que os administradores devam considerar os interesses dos credores, dos sócios, dos trabalhadores e das demais partes interessadas; e será necessário que o direito português diga que o *reconhecimento* de uma *probabilidade de insolvência* faz com que os administradores fiquem adstritos a dois *deveres específicos* ou a duas *obrigações específicas* — ao *dever* ou à *obrigação* de tomarem medidas atempadas e razoáveis para evitarem a insolvência e à de tomarem medidas atempadas e razoáveis para evitarem, ou, não podendo evitar, para diminuir (para minimizarem) as perdas ou os prejuízos resultantes da situação de insolvência.

V. — Em relação à responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação da sociedade à insolvência, diríamos só duas coisas.

Estamos convencidos de que não será necessário *revogar* os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — de que o dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência, ou de os administradores requererem a declaração de

---

<sup>138</sup> Cf. designadamente Nuno Manuel Pinto Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, cit., pág. 57.



insolvência da sociedade, pode representar-se como uma concretização do dever de tomarem medidas atempadas e razoáveis para evitarem ou para diminuírem (para minimizarem) as perdas ou os prejuízos resultantes da situação de insolvência.

Com a alínea (i), o art. 18.º da proposta de directiva constitui os Estados-Membros no dever de “estabelecer regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham [a obrigação] de tomar medidas imediatas para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, acionistas e outras partes interessadas”. Ora os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas fazem com que os administradores tenham a obrigação de tomar uma medida imediata — requerer a declaração de insolvência da sociedade —, “para minimizar as perdas dos credores, trabalhadores, acionistas e outras partes interessadas”.

Estando, como estamos, convencido de que não será necessário *revogar* os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, consideraríamos a hipótese de que a alínea (i) do art. 18.º da proposta de directiva (só) exigisse uma adequada interpretação e/ou uma adequada integração do direito português.

Os casos de pré-insolvência poderão porventura ser adequadamente resolvidos, desde que se esclareça que os administradores que, com *negligência*, e com negligência *grosseira*, não adoptarem as medidas razoavelmente exigíveis para uma atempada prevenção da crise podem ser responsabilizados por aplicação dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas; os casos de insolvência, esses, poderão



ser adequadamente resolvidos desde que se esclareça que os administradores que, *sem negligência*, adoptarem as medidas (todas as medidas) razoavelmente exigíveis para uma atempada recuperação da crise não devem ser responsabilizados.

Catarina Serra pergunta-se, precisamente, se será admissível, em termos jurídicos ou políticos, que, ainda que haja uma probabilidade realista de recuperação, os administradores devam apresentar a sociedade à insolvência, pelo simples facto de que não puderam chegar a um acordo com os credores para a recuperarem dentro do prazo legal <sup>139</sup>. Independentemente de haver ou não um dever, estamos convencidos de que não haverá responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência.

O facto de os administradores estarem convencidos de que há uma *probabilidade realista*, de que há uma *probabilidade séria* de recuperação, fará *sempre* com que a sua actuação não preencha os requisitos do art. 186.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, por não haver *culpa grave*, e fará *sempre* ou *quase sempre* com que a sua actuação não preencha os requisitos do art. 78.º, n.º 1, ou do art. 79.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, em ligação com o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, por não haver *culpa leve* — e, porventura, por não haver sequer *ilicitude*.

---

<sup>139</sup> Catarina Serra, “The Portuguese Classification of Insolvency of a Comparative Perspective”, cit., pág. 11: “Indeed, when directors have realistic prospects of saving the company, is it admissible that they should file for insolvency just because they were not able to ascertain the possibility within the three-week term?”.



VI. — Karsten Schmidt preconiza uma interpretação restritiva das disposições do direito alemão, em concreto do § 15a da *Insolvenzordnung*, correspondentes às disposições dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

O administrador de uma sociedade para a qual não houvesse nenhuma probabilidade razoável, nenhuma probabilidade séria, de recuperação não teria discricionaridade alguma; só poderia cumprir o seu dever de cuidado de uma forma, através de uma atempada apresentação da sociedade à insolvência; o administrador de uma sociedade para a qual houvesse uma probabilidade séria de recuperação, esse, teria alguma discricionaridade — poderia cumprir o seu dever de cuidado de duas formas, através de uma atempada apresentação à insolvência ou de uma atempada recuperação <sup>140</sup>.

Como o administrador tivesse alguma discricionaridade, a decisão no sentido da apresentação ou da não apresentação à insolvência estaria coberta pela *business judgement rule* — a responsabilidade estaria excluída desde que o administrador alegasse e provasse que um gestor criterioso e ordenado, colocado nas circunstâncias do caso, deveria razoavelmente aceitar que a continuação da actividade da empresa era uma medida adequada para evitar a liquidação e, por conseguinte, os prejuízos dos credores, dos sócios, dos trabalhadores e das demais partes interessadas <sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Cf. Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, cit., pág. 172.

<sup>141</sup> Sobre a *business judgement rule*, vide por último, desenvolvidamente, José Ferreira Gomes, Da administração à fiscalização das sociedades. A obrigação de



Existindo, como existe, uma relação de semelhança entre o direito alemão e o direito português, ponderaríamos a possibilidade de que a alínea (i) do art. 18.º da proposta de directiva só exigisse duas coisas — uma adequada interpretação dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de forma a dar alguma discricionariedade aos administradores das sociedades comerciais, e uma adequada interpretação do art. 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, de forma a dar à discricionariedade dos administradores a *cobertura da business judgement rule*.

Nuno Manuel Pinto de Oliveira

---

vigilância dos órgãos da sociedade comercial, Livraria Almedina, Coimbra, 2015, em especial nas págs. 821-914.

[www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com)

2018-04-05



# REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

[www.revistadedireitocomercial.com](http://www.revistadedireitocomercial.com)  
2018-04-05