



Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades

Catarina Serra*

1. Do regime da qualificação da insolvência nos aspectos que relevam para a responsabilidade dos administradores e em confronto com o regime societário

Como é do conhecimento geral, o regime da qualificação da insolvência é uma réplica do regime espanhol da *calificación del concurso*¹.

Como também é sabido, o regime da qualificação da insolvência (arts. 186.º e s. do CIRE) não é o único regime dirigido à responsabilização dos administradores por danos patrimoniais primários sofridos pelos credores; há que contar ainda com o

* O presente texto foi elaborado para o livro de estudos em homenagem ao Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro. Teve por base a intervenção efectuada no Seminário de Direito Comercial, organizado pela Revista de Direito Comercial e pelo Centro de Estudos Judiciários e realizado nos dias 11 e 12 de Novembro de 2022.

¹ Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2021 (2.ª edição), pp. 299-300, e “*Decoctor ergo fraudator?* — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) — Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07”, in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, n.º 21, pp. 54 e s.



disposto nos arts. 78.º e 79.º do CSC².

Num brevíssimo (e, consequentemente, desprezioso) confronto entre o regime insolvencial e o regime societário, é possível dizer que o primeiro facilita a responsabilização dos administradores perante os credores.

O art. 78.º do CSC prevê a responsabilidade dos administradores por danos indirectos causados aos credores. Configura uma derrogação do princípio da não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários, pois admite a responsabilidade quando há ilicitude qualificada (violação de deveres legais ou contratuais de protecção) e dano qualificado (dano directo no património da sociedade). Trata-se, por isso, de uma norma especial, que confere aos credores um direito autónomo de indemnização.

O art. 79.º do CSC prevê a responsabilidade por danos directos causados aos credores e a terceiros. Ao contrário da norma anterior, é uma aplicação do princípio da não ressarcibilidade dos danos patrimoniais primários, admitindo a responsabilidade (extracontratual) nos mesmos termos em que a admite o art. 483.º do CC: quando exista violação de disposição legal de protecção ou abuso do direito.

² Para uma leitura completa e coordenada regime societário e do regime insolvencial de responsabilidade dos administradores cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores pela insolvência culposa”, in: CATARINA SERRA (coord.), *1 Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 195 e s., e ainda mais desenvolvidamente, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.



Por sua vez, o art. 186.º do CIRE prevê a responsabilidade dos administradores por danos directos causados aos credores. Mantendo certa proximidade com o art. 78.º do CSC³, pressupõe, distintamente dele, a culpa qualificada (dolo ou culpa grave) mas contempla presunções que facilitam a responsabilidade (*rectius*: a qualificação da insolvência como culposa) – presunções de culpa qualificada e, por vezes, de insolvência culposa, o que, mais ou menos indirectamente, conduz à responsabilização dos administradores.

Olhando em pormenor para o regime do art. 186.º do CIRE, verifica-se que ele é composto de uma cláusula geral e de presunções. Das presunções inferem-se deveres⁴ que, por sua vez, se decompõem em obrigações.

Podem classificar-se aqueles deveres com base em diversos critérios.

De acordo com o critério da finalidade, são identificáveis deveres dirigidos a não criar ou a não agravar – i.e., que tanto podem ser

³ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (*Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 216) adverte, aliás, que “o tipo de ilícito civil construído através da articulação entre o art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e o art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais corresponde em parte, e em 'parte importante', aos tipos de ilícitos criminais dos arts. 227.º a 229.º-A do Código Penal”.

⁴ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA [“Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2018, p. 619 (<https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5b2b500670a6ad5f457d7677/1529565193097/2018-12.pdf>)] refere-se a uma “enumeração casuística, ainda que [] exemplificativa”.



dirigidos a não criar como a não agravar – a insolvência [n.º 2 excepto al. *i*), e n.º 3, al. *b*)] e deveres exclusivamente dirigidos a não agravar a insolvência [n.º 2, al. *i*), e n.º 3, al. *a*)]⁵.

Adoptando o critério do tipo de deveres fundamentais em causa, portanto, dos dois tipos de deveres fundamentais previstos no art. 64.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), do CSC, identificam-se deveres de lealdade [n.º 2 excepto als. *h*)⁶ e *i*)] e deveres de cuidado [n.º 3 e als. *h*) e *i*) do n.º 2].

Por fim, segundo o critério do conteúdo dos deveres, identificam-se obrigações de conteúdo negativo ou de *non facere* [n.º 2 excepto als. *h*)⁷ e *i*)] e obrigações de conteúdo positivo ou de *facere* [n.º 3 e als. *h*) e *i*) do n.º 2].

2. Do regime da qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022

É possível dizer que, depois da alteração operada pela Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, o sistema de responsabilização dos

⁵ Repare-se que a obrigação de apresentação à insolvência [n.º 3, al. *a*)] só se constitui com a insolvência e que a obrigação de apresentação e colaboração só constitui com a declaração de insolvência [n.º 2, al. *i*)].

⁶ Note-se que al. *h*) é, na realidade, mista: por um lado, a não manutenção da contabilidade organizada corresponde a incumprimento dos deveres de cuidado e, por outro lado, a manutenção de contabilidade fictícia ou de dupla contabilidade ou prática de irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira da sociedade corresponde a violação dos deveres de lealdade.

⁷ Cfr. nota de rodapé anterior.



administradores através da qualificação da insolvência ficou, de certa forma, enfraquecido⁸.

Por um lado, explicitando-se que a presunção consagrada no n.º 3 do art. 186.º do CIRE é *unicamente* de culpa grave, tornou-se claro que é necessário que, nos casos aí previstos, os credores provem, desde logo, o nexo de causalidade – da causalidade *fundamentadora* (*Haftungsbegründende Kausalität*) da responsabilidade dos administradores, isto é, o nexo entre a conduta do sujeito e a criação ou o agravamento da situação de insolvência⁹.

Por outro lado, a nova redacção da al. e) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE induz à conclusão de que o ponto de partida para o cálculo da indemnização é o montante dos danos causados aos credores, tornando-se necessário, em qualquer caso (i.e., mesmo quando exista presunção de insolvência culposa e não só de culpa grave), que os credores provem o nexo de causalidade – da causalidade *preenchedora* (*haftungsausfüllende Kausalität*) da responsabilidade dos administradores, isto é, o nexo entre a conduta do sujeito e o

⁸ Cfr., sobre a alteração / as alterações na sua globalidade e desenvolvimentamente, CATARINA SERRA, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, in: *Julgar*, 2022, n.º 48, pp. 11 e s.

⁹ As consequências indesejáveis de uma leitura literal da norma (i.e., como consagrando apenas uma presunção de culpa grave) foram assinaladas desde o início. Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2021 (2.ª edição), pp. 299-300, e “*Decoctor ergo fraudator*”? — A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) — Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008, Proc. 4886/07”, cit., pp. 54 e s. Sucede que, depois da alteração pela Lei n.º 9/2022, não há margem para uma leitura alternativa.



prejuízo sofrido pelos credores¹⁰.

É evidente que tudo isto dificulta, na prática, a responsabilização dos administradores pelos credores, retirando eficácia ao sistema da qualificação da insolvência.

3. Do impacto do artigo 19.º da Directiva no ordenamento jurídico português

O pretexto para a intervenção da Lei n.º 9/2022 foi a Directiva sobre reestruturação e insolvência, contendo uma norma especialmente relevante para a disciplina da responsabilidade dos administradores.

Trata-se do art. 19.º da Directiva, subordinado ao título “[o]brigações dos administradores caso exista uma probabilidade de insolvência”¹¹.

¹⁰ Cfr., sobre isto, em pormenor, CATARINA SERRA, “O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência”, cit. Como aí se diz, resulta agora, inequivocamente, do articulado que o montante dos créditos não satisfeitos é só o montante máximo da indemnização e deixa de poder ser utilizado como ponto de partida ou como padrão para o cálculo da indemnização.

¹¹ O tema dos deveres dos administradores na proximidade da insolvência tem merecido especial atenção. Veja-se, por exemplo, o Guia Legislativo da CNUDCI sobre Direito da Insolvência [cfr. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Part IV: Directors’ obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups)*, United Nations, Vienna, 2020



Dispõe-se aí:

“Os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham em devida conta, pelo menos, os seguintes aspetos:

a) Os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas;

b) A necessidade de tomar medidas para evitar a insolvência; e

c) A necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa”.

O art. 19.º da Directiva não parece ter sido considerado pelo legislador nacional para o efeito da alteração legislativa operada pela Lei n.º 9/2022 – numa palavra: não foi transposto para o regime português.

Ocorre, evidentemente, perguntar se tal transposição era dispensável.

Num primeiro momento, dir-se-ia que sim¹². O regime português

(https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law]). O propósito desta parte do Guia é o de identificar princípios básicos para serem acolhidos na lei, em matéria das obrigações dos administradores quando existe insolvência iminente ou a insolvência é inevitável (ob. cit., p. 10).

¹² Cfr., neste sentido, em primeiro comentário, CATARINA SERRA, “O dever de prevenção da insolvência na perspectiva dos deveres fundamentais dos administradores (a crescente encruzilhada do Direito das Sociedades e do Direito da Insolvência)”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Coutinho de Abreu*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020, pp. 167 e s.



parece conciliar-se bem com o art. 19.º da Directiva.

Dir-se-ia, em primeiro lugar, que a probabilidade de insolvência ou insolvência provável se situa na pré-insolvência¹³ e que, portanto, se não coincide com a insolvência iminente ou com a situação económica difícil (que são as formas que a pré-insolvência pode assumir na lei portuguesa), não está muito distante.

Dir-se-ia, em segundo lugar, que o dever de prevenção da insolvência que está consagrado no art. 19.º da Directiva já resulta do art. 64.º do CSC conjugado com o art. 186.º do CIRE. É possível, de facto, retirar dos deveres de cuidado e de lealdade um dever geral de actuação adequada à situação da sociedade em cada momento e, subsequentemente, um dever de recorrer aos instrumentos de reestruturação ou recuperação da empresa¹⁴.

Dir-se-ia, por último, que o Direito português já dispõe de um sistema dirigido à responsabilização dos administradores, assente, como se viu, no arts. 78.º e 79.º do CSC e, sobretudo, nos arts 186.º e s. do CIRE.

O certo, porém, é que nenhuma destas impressões subsiste numa segunda e mais demorada análise.

O artigo 19.º da Directiva inspira-se, ao que tudo indica, no

¹³ Fala-se, a propósito, de “twilight zone”, “vicinity of insolvency”, “proximity of insolvency” ou “period approaching insolvency”.

¹⁴ Cfr., neste sentido, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 72. Chama o autor a atenção para o disposto no artigo 228.º, n.º 1, al. b), do Código Penal: a possibilidade de responsabilização criminal por omissão do dever de requerer uma providência de recuperação (loc. cit., nota 234).



wrongful trading, previsto nas *sections 214 (liquidation) e 246ZB (administration) do Insolvency Act 1986*¹⁵. Ora, este assenta numa concepção do comportamento devido dos administradores que não é familiar ao ordenamento nacional e nem habitual nos ordenamentos de *civil law*¹⁶.

¹⁵ O *wrongful trading* pressupõe que, nalgum ponto antes do início do processo de insolvência (*liquidation* ou *administration*), o administrador soube ou devia ter sabido que não existia nenhuma possibilidade de evitar a insolvência (este ponto é conhecido como “*insolvency point*”). Desde este ponto em diante os administradores estão constituídos no dever de tomar as medidas que considerarem adequadas para minimizar as perdas para os credores, sob pena de responsabilidade civil. Para uma visão breve e atualizada do *wrongful trading* cfr. JASON HARRIS / ANIL HARGOVAN, “Potential liability for directors during corporate restructuring: comparative perspectives”, in: PAUL J. OMAR / JENNIFER L. L. GANT (ed.), *Research Handbook on Corporate Restructuring*, Cheltenham / Massachusetts, Elgar, 2021, pp. 152-153. Assinale-se, em todo o caso, que o nome *wrongful trading* é um nome impróprio para uma disciplina que transcende amplamente a decisão de continuar ou não a actividade da empresa [cfr. KIRSTIN VAN ZWIETEN, “The Wrong Target? COVID-19 and the Wrongful Trading Rule” (Post de 25.03.2020 in: *Oxford Business Law Blog* (<https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/wrong-target-covid-19-and-wrongful-trading-rule>))].

¹⁶ Como se viu, tanto a lei da insolvência portuguesa como a lei da insolvência espanhola contêm um regime especial para a responsabilização dos administradores – respectivamente, a qualificação da insolvência (cfr. arts. 186.º e s. do CIRE) e a *calificación del concurso* (cfr. arts. 441 e s. da LC). Mas não é assim em todos os ordenamentos da *civil law*. Na Alemanha, as regras sobre responsabilidade dos administradores decorriam até há pouco tempo, no essencial, da lei civil (cfr. § 823(2) do *Bürgerliches Gesetzbuch*) e da lei das sociedades (cfr. § 64 da *Gesellschaften mit Beschränkter Haftung* e § 92 da *Aktiengesetz*). Cfr., sobre isto, CATARINA SERRA, “The Portuguese Classification of Insolvency from a Comparative Perspective”, in: REBECCA PARRY (Ed.), *The Reform of*



Olhando para a epígrafe e para o proêmio da norma, deve começar-se por valorizar a noção de probabilidade de insolvência (“*likelihood of insolvency*”).

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a probabilidade de insolvência ou insolvência provável não corresponde, em rigor, à insolvência iminente ou à situação económica difícil. É mais ou menos seguro que ela comporta uma antecipação do período relevante para a avaliação da conduta dos administradores, remetendo o seu início para uma data anterior, em que ainda é possível e desejável que os administradores revertam a

International Insolvency Rules at European and National Level – Papers from the INSOL Europe Academic Forum / Milan Law School Joint Insolvency Conference, Milan, Italy, 31 March-1 April 2011, 2011, pp. 7-8. Depois da reforma de 2020, além da obrigação de apresentação à insolvência (cfr. § 15a da *InsO*), determina-se que os administradores estão impedidos de realizar pagamentos desde a ocorrência da situação de insolvência da sociedade, exceptuados aqueles que sejam compatíveis com a diligência de um administrador ordenado e prudente, sob pena de responsabilidade civil (cfr. § 15b da *InsO*). Na lei da insolvência holandesa (“*Faillissementswet*”) não existem normas sobre responsabilidade dos administradores, sendo a jurisprudência que tem criado e desenvolvido os diversos deveres dos administradores a partir do instituto civil da responsabilidade por actos negligentes (“*onrechtmatige daad*”). Adicionalmente, há regras de responsabilidade no Livro 2 do Código Civil holandês (que é considerado como integrante da lei de sociedades). Cfr., sobre a lei holandesa neste ponto e em comparação com a lei inglesa, ARPI KARAPETIAN, “The Impact of Emerging Preventive Restructuring Mechanisms on Directors’ Duties to Creditors in the Event of (Pre-)Insolvency in the UK and the Netherlands”, in: *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2022, 9, pp. 187 e s. Para uma visão comparada dos principais sistemas de *common law* (Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia) cfr. JASON HARRIS / ANIL HARGOVAN, “Potential liability for directors during corporate restructuring: comparative perspectives”, cit., pp. 143 e s.



situação através do recurso aos instrumentos e às medidas de reestruturação preventiva¹⁷.

Considerando o elenco contido na norma do art. 19.º da Directiva de trás para a frente (como parece mais lógico), dir-se-ia, que a al. c) não levanta – será a única que não levanta – problemas¹⁸, correspondendo, *grosso modo*, à cláusula geral do art. 186.º, n.º 1, do CIRE, e tornando dispensável a transposição¹⁹.

Observando, depois, a al. b) do art. 19.º da Directiva, conclui-se que, por mais que seja conciliável com sistema português, o dever (jurídico) de prevenção da insolvência (dever de prevenir, evitar ou impedir que se concretize a insolvência) corresponde, na verdade, à expressão de um dever novo ou pelo menos de um dever que, até agora, não foi autonomizado na lei portuguesa. Acresce que é um dever que se desdobra em certas obrigações específicas,

¹⁷ Referindo-se ainda ao art. 18.º da Proposta de Directiva (mas sem que isso afecte o valor das considerações para o efeito da interpretação do que veio a ser disposto, a final, no art. 19.º da Directiva), NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (“Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, cit., p. 609) fala numa “*re-definição do círculo objectivo de casos em que os administradores ficam adstritos a deveres específicos ou a obrigações específicas*” (sublinhados do autor).

¹⁸ Ainda assim, há que reflectir sobre o se pretende dizer com a referência à “viabilidade” da empresa. O termo aparece também nos considerandos 3, 22, 24, 26, 50, 57, 70, 96 e nos arts. 1.º, n.º 1, al. a), 4.º, n.ºs. 1 e 3, 8.º, n.º 1, al. h), 10.º, n.º 3, muitas das vezes associado à ideia de evitar a insolvência (“*evitar a insolvência e / ou garantir a viabilidade da empresa*”). Terá um significado próximo de reestruturação ou recuperação.

¹⁹ Cfr., no mesmo sentido, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (“Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, cit., pp. 621-622).



maioritariamente de conteúdo positivo, também elas não formuladas na lei portuguesa.

O elenco exemplificativo disponibilizado no considerando 70 da Directiva compreende: a obrigação de procurar aconselhamento profissional em matéria de reestruturação e insolvência, recorrendo, por exemplo, aos instrumentos de alerta precoce e mantendo um registo actualizado da contabilidade da empresa; a obrigação de proteger o activo da sociedade, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de activos essenciais; a obrigação de tomar em consideração a estrutura e as funções da empresa, a fim de analisar a sua viabilidade e reduzir as despesas; a obrigação de não sujeitar a sociedade a tipos de transacções que envolvam risco excessivo ou sejam susceptíveis de impugnação pela generalidade dos credores, excepto se tal se justificar do ponto de vista empresarial; a obrigação de prosseguir a actividade, caso tal seja adequado a fim de maximizar o valor da empresa em actividade; e, por fim, a obrigação de estabelecer negociações com os credores e iniciar o processo de reestruturação preventiva^{20 21}.

²⁰ Dividindo as condutas previstas no art. 19.º da Directiva em condutas de conteúdo positivo e condutas de conteúdo negativo, JOSÉ GONÇALVES MACHADO (*O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores no âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas*, 2022, Fátima, edição de autor, pp. 151 e s.) entende igualmente que o dever de prevenção da insolvência obriga, principalmente, a condutas de conteúdo positivo.

²¹ Pode confrontar-se este elenco com o elenco, ainda mais desenvolvido, das medidas consideradas adequadas para estas circunstâncias nas Recomendações 255-256 do Guia Legislativo da CNUDCI sobre Direito da Insolvência (cfr. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Part IV: Directors’ obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups)*, cit., pp. 12-16).



Olhando, por último, para a al. *a*) do art. 19.º da Directiva (e para o considerando 71), nota-se a inegável multiplicidade dos interesses (em que devem incluir-se os não especificados)²², mas a sugestão de alguma prioridade dos interesses dos credores, levando a equacionar uma alteração (“*shift*”) do conteúdo (embora talvez não dos destinatários ou beneficiários) dos deveres dos administradores.

Tudo ponderado, não restam dúvidas de que o art. 19.º da Directiva tem em vista uma maior responsabilização dos administradores. Isto não obstante a forma utilizada não ser, porventura, a mais eficaz, considerando, desde logo, aquela dispersão de interesses e a desorientação que dela pode resultar para a definição da conduta a adoptar pelos administradores.

Ora, como se demonstrou, a Lei n.º 9/2022 veio enfraquecer o regime de responsabilização dos administradores.

3.1. A insolvência provável e a sua proximidade da (mas não coincidência com a) insolvência iminente

Comece-se por indagar o que é a probabilidade de insolvência ou insolvência provável. A noção está no cerne do problema, dependendo dela, directamente, a identificação do período em que os administradores ficam constituídos no dever de prevenir a

²² ILYA KOKORIN (“The future of harmonisation of directors' duties in the European Union: The Preventive Restructuring Directive and group insolvencies”, in: *International Insolvency Review*, 2021, 30(3), pp. 361 e s.) critica esta dispersão, entendendo que era melhor encorajar os administradores a tomar medidas concretas para manter e maximizar o valor da empresa no interesse da própria sociedade.



insolvência. Numa palavra: ela é a hipótese ou o pressuposto ou, mais sugestivamente, o factor desencadeador (“*trigger event*”) da constituição dos administradores no dever de prevenir a insolvência.

Como se disse, não pode remeter-se a noção de probabilidade de insolvência, genericamente, para a insolvência iminente ou para a situação económica difícil. Dir-se-á que se trata de fases em que a crise da empresa assume graus diferentes de gravidade, sendo o risco de insolvência actual maior na insolvência iminente do que na insolvência provável²³.

Seria necessário proceder à “acomodação” da noção no Direito português?

O que foi feito, em contrapartida, nos outros Estados-membros?

Na Alemanha, não obstante a insolvência provável (“*wahrscheinliche Insolvenz*”) constar da tradução oficial da Directiva, não se adoptou a noção, tendo-se o legislador mantido fiel

²³ Segundo NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (“Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, cit. pp. 602-603), a insolvência iminente corresponde a uma “probabilidade qualificada” (por oposição a “simples”) ou a uma “forte probabilidade” de insolvência, o que significa que não basta que a insolvência seja previsível (a médio ou longo prazo); é preciso que ela seja previsível a curto ou a curtíssimo prazo. A noção que consta hoje do artigo 19.º da Directiva consagrará, assim, uma noção de probabilidade simples de insolvência e é por aqui que ela se distingue da insolvência iminente. Com resultados idênticos, JORGE COUTINHO DE ABREU (em intervenção oral no Congresso Luso-Espanhol “A transposição da Directiva 2019/1023”, organizado pelo Instituto Jurídico / Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na Capela do Colégio da Trindade, no dia 3 de Junho de 2022) fala em probabilidade “*mais eminente*” na insolvência iminente.



à noção de insolvência iminente (*drohende Zahlungsunfähigkeit*)²⁴. Mas define-se a insolvência iminente e, indirectamente, delimita-se temporalmente a insolvência iminente.

De acordo com o § 18(2) da *Insolvenzordnung (InsO)*²⁵, o devedor está em insolvência iminente quando for improvável que seja capaz de cumprir as suas obrigações no momento do respectivo vencimento. Estabelece-se, como regra, um período-base de previsão de vinte e quatro meses, o que significa que o administrador tem a obrigação de avaliar a possibilidade de se concretizar aquela situação com uma antecipação de vinte e quatro meses²⁶.

Em Espanha, a opção do legislador foi diversa. Mas conduz a resultados semelhantes.

²⁴ JOSÉ GONÇALVES MACHADO [“A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2021, pp. 354-355 (<https://www.revistadedireitocomercial.com/a-responsabilidade-civil-dos-gestores-na-pre-insolvencia>)] sublinha que a opção não é absolutamente pacífica na doutrina alemã. Explica que aqueles autores que entendem que a *drohende Zahlungsunfähigkeit* se traduz numa crise de liquidez iminente, muito próxima da insolvência actual, não aprovam o uso desta expressão com o significado de insolvência provável.

²⁵ A transposição da Directiva para a *Insolvenzordnung (InsO)* foi operada pela *Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG)*, em vigor desde o dia 1 de Janeiro de 2021, e, em particular, da *Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG)*, contida nela.

²⁶ Em alemão: “*In aller Regel ist ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen*”. O significado desta disposição não é absolutamente claro. A tradução inglesa – “*The forecasting period is generally to be 24 months*” – (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_inso/englisch_inso.html) parece, porém, confirmar que o sentido que se lhe atribui aqui é o sentido correcto.



De acordo com o art. 2(3) da *Ley Concursal (LC)*²⁷, a insolvência iminente é a situação em que o devedor prevê que nos três meses seguintes não poderá cumprir regular e pontualmente as suas obrigações²⁸.

O prazo de previsibilidade da insolvência iminente é, visivelmente, mais curto na lei espanhola do que na lei alemã.

Curiosamente, apesar de na versão oficial espanhola da Directiva, a expressão “*likelihood of insolvency*” ter sido traduzida para “*insolvencia inminente*”²⁹, o legislador espanhol distingue a

²⁷ A transposição da Directiva para a *Ley Concursal (LC)* foi operada pela *Ley 16/2022, de 5 de septiembre*, em vigor desde 26 de Setembro de 2022 (com excepção do *Libro Tercero*, que apenas entra em vigor em 1 de Janeiro de 2023).

²⁸ Analisando ainda o projecto de reforma, ISABEL FERNÁNDEZ TORRES (“Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (com especial referencia al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal)”, in: LOURDES GARNACHO CABANILLAS / F. JÁVIER ARIAS VARONA (Directores), *El Derecho Concursal y la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva*, Madrid, Wolters Kluwer, La Ley, 2022, p. 249) entende que a norma confere ao administrador o poder de apresentar a sociedade à insolvência durante este período se quiser evitar aquilo que, no caso contrário, será inevitável. Lendo a norma em conjunto com a do art. 5(1) da *LC* (segundo a qual o devedor tem a obrigação de se apresentar à insolvência dentro dos dois meses seguintes à data em que conhece ou deveria conhecer a situação de insolvência), a autora critica o carácter excessivamente reduzido dos prazos e a sua proximidade no tempo. Considera que pode concluir-se que o âmbito temporal (presume-se: âmbito temporal relevante para a avaliação do comportamento dos administradores) se situa nos cinco meses anteriores à data de apresentação da sociedade à insolvência.

²⁹ Critica este facto, ISABEL FERNÁNDEZ TORRES [“Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (con especial referencia al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal)”, cit., p. 247 e s.]. Sustenta a autora, analisando



insolvência iminente da insolvência provável e associa-lhe regimes diferentes: a insolvência iminente constitui (também) fundamento para a apresentação à insolvência³⁰; em contrapartida, excepto no caso de microempresas³¹, a insolvência provável constitui apenas fundamento para o recurso aos instrumentos pré-insolvenciais³².

É no *Libro Segundo*, integralmente dedicado ao “*Derecho preconcursal*”, que se define a probabilidade de insolvência, enquanto pressuposto objectivo do “*precurso*”. Dispõe o art. 585(2) da LC que existe probabilidade de insolvência quando seja objectivamente previsível que, se não se alcançar um plano de

ainda o projecto de reforma, que a probabilidade de insolvência tem de ser um estágio prévio à insolvência iminente (ob. cit., p. 248).

³⁰ Deve esclarecer-se, por um lado, que, tal como na lei portuguesa, só o devedor pode pedir a abertura do processo de insolvência com base na insolvência iminente. Por outro lado, a insolvência iminente, integrando-se ainda na pré-insolvência, pode constituir fundamento para o recurso a instrumentos pré-insolvenciais, como a comunicação de abertura de negociações com os credores e a homologação judicial de planos de reestruturação [cfr. arts. 584(1) e 636 da LC].

³¹ A lei espanhola concebeu para as microempresas um processo de insolvência especial único, no sentido de que visa abranger tanto as situações de insolvência actual ou iminente como a probabilidade de insolvência (cfr. art. 686 da LC). O processo está regulado no *Libro Tercero* (cfr. arts. 685 e s. da LC).

³² No *Preámbulo* da LC qualifica-se, repetidamente, a insolvência iminente e a insolvência actual como “*situaciones concursales*” e remete-se a probabilidade de insolvência para as “*situaciones preconcursales*” (cfr., por exemplo, p. 4). Esclarece-se que “[p]robabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y esta un estado previo a la insolvencia actual. Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal” (cfr. p. 8).



reestruturação, o devedor não poderá cumprir regularmente as obrigações que se vençam nos próximos dois anos.

Vendo bem, a diferença entre a lei alemã e a lei espanhola não é significativa. Em ambas se estabelece o marco temporal de dois anos anteriores à insolvência³³. A diferença está em que, na lei alemã, todo esse período se qualifica como de insolvência iminente enquanto, na lei espanhola, a insolvência iminente está compreendida na probabilidade de insolvência e corresponde à sua última fase, localizada nos últimos três meses. Com estas precisões, torna-se claro que aquilo que se espera dos administradores é distinto em cada período e, evidentemente, quais são as condutas devidas em cada período³⁴.

O caminho seguido pelo legislador italiano é próximo do trilhado pelo legislador alemão, no sentido de que não se adopta

³³ É o próprio legislador espanhol que admite a sua inspiração na lei alemã. Diz-se no *Preámbulo* da LC que “(...) se opta por el modelo alemán, fijando un horizonte temporal dentro del que se prevé se van a materializar los incumplimientos de las obligaciones del deudor. En este sentido, se establece que se encuentra en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir las obligaciones que venzan en los próximos dos años”.

³⁴ Evidentemente, nem tudo se torna claro. ISABEL FERNÁNDEZ TORRES [“Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (com especial referencia al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal)”, cit., p. 249] refere que uma das dúvidas é o que deve entender-se por “*objetivamente* previsível” (expressão usada no art. 585(2) da LC, na definição de insolvência iminente). Adverte a autora que a tarefa de determinar a partir de que momento a insolvência deve ser considerada previsível não é fácil, discutindo, depois, as vantagens do teste de solvência sobre o clássico teste do balanço (assente numa visão estática e nem sempre real da situação económica e financeira da sociedade) (ob. cit., pp. 249-251).



expressamente a noção de probabilidade de insolvência ou insolvência provável e se prefere uma única noção (ampla) para designar a pré-insolvência – a noção de crise, definida, no art. 1, a), do *Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (CCII)*³⁵, como o estado do devedor que torna provável a insolvência e que se manifesta como a insuficiência dos fluxos de caixa previstos para fazer frente às obrigações nos doze meses seguintes.

Adiante, no art. 13, 1, do *CCII*, enunciando os indicadores da crise, referem-se indícios específicos, susceptíveis de tornar evidentes a não sustentabilidade das dívidas para, pelo menos, os seis meses seguintes bem como a ausência de perspectivas de continuidade da empresa para o ano em curso ou, quando a duração residual do exercício no momento da avaliação seja inferior a seis meses, para os seis meses seguintes.

3.2. A al. a) do artigo 19.º da Directiva e a sua proximidade do artigo 64.º do CSC (e com a *section 172* do *Companies Act 2006*)

O disposto no artigo 64.º do CSC tem uma flagrante proximidade do disposto na *section 172* do *Companies Act 2006*, a partir do qual

³⁵ O *Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza (CCII)* foi aprovado pelo *Decreto Legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019* mas, depois de sucessivos adiamentos, está em vigor, na generalidade, apenas desde 15 de Julho de 2022. Foi alterado, por último, pelo *Decreto Legge 30 aprile 2022, n. 36*, convertido, com modificações, na *Legge 29 giugno 2022, n. 79*.



foi construído o conceito de “*enlightened shareholder value*”³⁶.

Os deveres de lealdade consignados no art. 64.º, al. b), do CSC estão, naturalmente, pensados para a situação normal da sociedade, em que a sociedade está no curso habitual da sua actividade e os administradores são chamados a tomar as decisões habituais, sem a pressão de uma crise previsível ou já instalada^{37 38}.

No art. 19.º da Directiva está pressuposta uma situação distinta –

³⁶ Cfr. CATARINA SERRA, “Entre *corporate governance* e *corporate responsibility*: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, in: *I Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 211 e s.

³⁷ GERALD SPINDLER (“Trading in the Vicinity of Insolvency”, in: *European Business Organization Law Review*, 2006, 7, p. 343 e p. 346) diz que há que distinguir entre os “*usual and normal business judgments*”, no contexto da sociedade “*as a going concern*” e as “*insolvency-related decisions*”, no contexto da sociedade “*in the vicinity of insolvency*”. Entre nós JORGE COUTINHO DE ABREU [“Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência”, in: CATARINA SERRA (coord.), *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 234], “os deveres gerais de lealdade e de cuidado do art. 64.º do CSC têm em mira o curso normal do processo empresarial e, fundamentalmente, os interesses dos sócios; e os deveres de lealdade e de cuidado do art. 186.º do CIRE são no essencial de conteúdo negativo (*prescrevem o que não deve fazer*). Diversamente, o dever de evitar a insolvência é um dever (de conteúdo) positivo, que impõe a adoção de medidas adequadas ao saneamento da empresa quando exista uma probabilidade de a sociedade cair em situação insolvencial, com vista à salvaguarda dos interesses dos credores sociais, dos sócios e de outros stakeholders (*estando aqueles em primeira linha ou, ao menos, em paridade com os restantes*)”. E, afirmando firmemente uma convicção a que outros só aderiram mais tarde, diz: “Há, pois, que consagrar esse dever na legislação portuguesa” (sublinhados do autor).

³⁸ Já não é exactamente assim na *section 172* do *Companies Act 2006*, onde, no parágrafo (3), se prevê a hipótese de crise e se remete, não obstante implicitamente, para a lei da insolvência (o *Insolvency Act 1986*).



uma situação de crise, mais precisamente de insolvência provável.

Como se disse atrás, perpassa da norma uma certa prioridade dos interesses dos credores, o que também se verifica nos considerandos 70 e 71 (embora, a final, um tanto contraditoriamente, o considerando 71 acabe por desmenti-lo)³⁹.

A questão essencial é a de saber se o art. 19.º da Directiva implica uma reorientação dos deveres dos administradores (um “*shift of fiduciary duties*”), isto é, implica “deixar para trás” os interesses da sociedade (ou dos sócios de longo-prazo) e “abraçar” os interesses dos credores.

Tudo indica que a resposta deve ser negativa⁴⁰.

Em apoio desta conclusão, pode convocar-se, no que toca ao direito inglês, uma decisão de referência – a decisão do *Court of Appeal* no caso *West Mercia Safetywear v Dodd*⁴¹, que foi

³⁹ Apesar de tudo, não há sinal (por exemplo, nos considerandos) de que se tenha pretendido que os credores promovam activamente o interesse dos credores. Enquanto isso, no Direito inglês parece constituir-se os administradores no dever de agir no (e não só de considerar o) interesse dos credores [*section 172(3) do Companies Act 2006*].

⁴⁰ Cfr. no mesmo sentido, por exemplo, ISABEL FERNÁNDEZ TORRES, “Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (con especial referencia al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal)”, cit., pp. 257-258.

⁴¹ *West Mercia Safetywear v Dodd* (1988) BCLC 250. Neste processo, estava em causa a decisão de um administrador de uma sociedade insolvente, o Senhor Dodd. Este havia autorizado o pagamento de uma dívida que a sociedade tinha para com a sociedade dominante, também insolvente, no valor de £ 4.000. Com este pagamento, a sociedade dominante havia conseguido a exoneração parcial de uma dívida que tinha para com o banco. O Senhor Dodd era também administrador da



confirmada, para o que aqui releva, pela recentíssima decisão do *Supreme Court* inglês no caso *BTI 2014 LLC v Sequana SA*, proferida em 5 de Outubro de 2022, já no quadro da *section 172* do *Companies Act 2006*^{42 43}.

sociedade dominante e tinha garantido a dívida desta última ao banco. A sua motivação para a autorização do pagamento tinha sido a de reduzir a sua responsabilidade como fiador. Ambas as sociedades vieram a ser declaradas insolventes, tendo o administrador da insolvência da sociedade dominada vindo requerer que o Senhor Dodd fosse declarado “culpado de má conduta e de quebra de confiança” e que fosse ordenada a restituição à sociedade dominada do valor pago. Em primeira instância, o tribunal rejeitou o pedido, argumentando que o pagamento havia extinguido uma dívida da dominada para com a dominante; embora tal acto equivalesse a uma preferência, não havia, em rigor, incumprimento dos deveres do administrador para com a sociedade. A decisão foi revogada pelo *Court of Appeal*, tendo o Senhor Dodd sido condenado. No entender deste tribunal, o Senhor Dodd havia violado os deveres de lealdade para com a sociedade quando, sabendo que ela já estava insolvente, “*em seu próprio benefício, determinou que os £ 4.000 fossem transferidos com desconsideração pelos interesses da generalidade dos credores da empresa insolvente*”.

⁴² Registe-se que o caso *West Mercia Safetywear v Dodd* foi decidido ainda no quadro de uma regra (não escrita), conhecida como “*best interest rule*”, da qual decorria o *common law duty to act in good faith in the interests of the company*. Desde 2006, o dever (*duty to promote the success of the Company*) está consagrado na *section 172(3)* do *Companies Act 2006*.

⁴³ *BTI 2014 LLC v Sequana SA* [2022] UKSC 25. Estava em causa a decisão dos administradores de uma sociedade de atribuir os lucros ao sócio único numa altura em que, não existindo insolvência, existia a perspectiva de a insolvência vir a ocorrer no futuro dadas determinadas circunstâncias da sociedade. Dez anos mais tarde, a sociedade veio a ser declarada insolvente e um dos credores agiu judicialmente, pretendendo responsabilizar os administradores pela violação do dever de agir no interesse dos credores. Porém, o *Supreme Court* negou



O dever de considerar os interesses dos credores (e dos outros *stakeholders*) implica, de facto, uma alteração de conteúdo dos deveres fundamentais dos administradores (deveres de lealdade, bem como deveres de cuidado) e, mesmo antes, uma alteração no

provimento ao recurso, recusando que houvesse violação dos deveres dos administradores. Esta é uma decisão de grande relevo, em que o *Supreme Court* questiona se existe um dever de os administradores agirem no interesse dos credores, quando emerge este dever e qual o conteúdo deste dever. Respondeu o *Supreme Court* que os administradores estão constituídos no dever de agir no interesse dos credores quando – apenas quando – a sociedade esteja insolvente ou à beira da insolvência ou quando um processo de insolvência seja provável (“*the company is insolvent or bordering on insolvency, or an insolvent liquidation or administration is probable*”). Segundo aquele tribunal, a existência de um risco real (*real risk*) e não meramente remoto de insolvência no futuro é insuficiente para que os administradores fiquem constituídos no dever de agir no interesse dos credores, dado que esta é uma circunstância habitual ou, pelo menos, não incomum das sociedades. Quer dizer: para que se crie aquele dever, o risco de insolvência tem de ser iminente ou muito provável (mais provável do que o da situação oposta). Quanto ao conteúdo do dever, afirmou o *Supreme Court* que é muito duvidoso que exista um dever dirigido aos credores que seja distinto ou autónomo do dever fundamental de lealdade para com a sociedade (o dever de realizar o interesse da sociedade). Este deve ser concebido como incluindo, no caso de insolvência, o dever de considerar os interesses dos credores como um todo, já que são os interesses dos credores que adquirem, nesta altura, maior premência. Note-se, por fim, que são directamente abordadas, nesta decisão, as diferenças entre a *section 172(3)* do *Companies Act 2006* e a *section 214* do *Insolvency Act 1986*, destacando-se, desde logo, os distintos momentos em que os respectivos deveres emergem: o dever de lealdade dos administradores para com a sociedade existe sempre mas orienta-se para o interesse dos credores em momento anterior àquele em que o dever previsto na *section 214* do *Insolvency Act 1986* adquire relevância (i.e., quando um administrador diligente e razoável tenha conhecimento ou deva ter conhecimento de que não há nenhuma perspectiva séria de evitar o processo de insolvência).



procedimento de decisão⁴⁴, mas não, em princípio, uma mudança dos destinatários ou beneficiários dos deveres⁴⁵.

Como comprova o caso *West Mercia Safetywear v Dodd*, do lado activo mantém-se sempre a sociedade, só ela sendo titular de legitimidade processual para o efeito da responsabilização dos administradores no caso de violação dos deveres⁴⁶. Mais uma vez, a

⁴⁴ KIRSTIN VAN ZWIETEN fala, de forma sugestiva, num “*proper regard for creditors’ interests*” (“Director Liability in Insolvency and Its Vicinity, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 38, Issue 2, Summer 2018, pp. 382 e s.) ou num “*enhanced regard to the interests of creditors*” (“Disciplining the directors of insolvent companies: essay in honour of Gabriel Moss QC”, in: *Insolvency Intelligence*, 2020, 33(1), pp. 2 e s.), o que reflecte a ideia de um dever negativo ou um dever de abstenção – o dever de evitar as operações excessivamente arriscadas, de evitar estratégias de investimento “*high-risk, high-reward*” ou que envolvam risco de dissipação do activo da sociedade. Por sua vez, AMIR LICHT [“What’s so Wrong with Wrongful Trading? – on Suspending Director Liability during the Coronavirus Crisis”, *Post* de 9.04.2020 in: *Oxford Business Law Blog* (<https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/04/whats-so-wrong-wrongful-trading-suspending-director-liability-during>)] refere a “*custodial strategy that focuses on protecting the company’s assets*”.

⁴⁵ Segundo alguns autores, a ideia de um *shift* é indesejável, por perniciosa, mesmo nestes moldes mais apertados. Cfr. HENRY T. C. HU / JAY LAWRENCE WESTBROOK, “Abolition of the Corporate Duty to Creditors”, in: *Columbia Law Review*, 2007, vol. 107, nº 6, pp. 1321 e s. Em primeiro lugar, tais doutrinas conflituam com o sistema de *corporate governance*. Em segundo lugar, assentam num equívoco quanto à estrutura dos direitos de propriedade dos sócios. Propugnam, por isso, os autores a abolição das “*duty shifting doctrines*” em qualquer das suas formas.

⁴⁶ KIRSTIN VAN ZWIETEN (“Director Liability in Insolvency and Its Vicinity, cit., pp. 382 e s.) sustenta que uma revisão da jurisprudência (casos em que a regra foi aplicada como solução para uma decisão dos directores de autorizar o pagamento à margem do activo da sociedade ou até a concessão de garantias sobre os activos



conclusão é reafirmada na decisão do *Supreme Court* do caso *BTI 2014 LLC v Sequana SA*⁴⁷.

Em síntese, o art. 19.º da Directiva obriga a que, na insolvência

da sociedade para liquidar (ou garantir) uma dívida a um credor da sociedade) mostra que a regra jurisprudencial extraída do *West Mercia Safetywear v Dodd* (*West Mercia rule*) desempenha agora uma função diferente da inicial – uma função de regulação dos pagamentos aos credores na fase anterior à declaração de insolvência. É certo que, em princípio, os pagamentos aos credores não contrariam os interesses dos credores (à diminuição do activo corresponde uma diminuição do passivo). Mas é possível configurar aqueles casos como casos de tratamento discriminatório ou preferencial dos credores e propor uma acção de responsabilidade civil contra o administrador que autorizou o pagamento, com fundamento em que a autorização foi dada em violação dos deveres que o administrador tinha para com a sociedade. Aliada às regras de responsabilidade civil, a regra também pode funcionar como uma forma distinta de exercer direitos contra o credor beneficiado. Estas funções aproximam a *West Mercia rule* da *section 239* do *Insolvency Act 1986*. A primeira dessas funções, no entanto, levanta um problema – reconhecido pelos tribunais – de possível falta de vontade dos administradores em manter a empresa em actividade mesmo quando isso seja o caminho mais indicado.

⁴⁷ Diz-se aí que não existe um dever que, como tal, seja devido aos credores ou qualquer dever que seja autonomizável do dever de lealdade dos administradores para com a sociedade. Em vez disso, há uma regra que modifica a regra comum (*ordinary rule*) de que o interesse da sociedade corresponde ao interesse dos sócios como um todo e que impõe que os administradores levem em especial consideração os interesses dos credores como um todo. O efeito desta regra (*modifying rule*) – a que pode chamar-se *West Mercia rule* – é o de que os administradores têm de ponderar os interesses dos credores em conjunto com os interesses dos sócios, sendo o peso dado aos interesses dos credores directamente proporcional à gravidade da crise em que se encontra a sociedade. Quando o processo de insolvência (*insolvency liquidation* ou *administration*) se torne inevitável, os interesses dos sócios deixam de ter peso, fazendo com que o interesse da sociedade corresponda mesmo ao interesses dos credores.



provável, os administradores modelem ou moderem o grau de risco envolvido na gestão da sociedade (o risco deve ser adequado à situação da sociedade).

Pode, desde logo, questionar-se se esta contenção do risco é sempre vantajosa, se não é, por vezes, contraproducente⁴⁸. Subsistem, além disso, aspectos pouco claros, nomeadamente quanto ao momento em que os administradores estão constituídos neste dever: sendo certo que é antes da insolvência, quando é exactamente?

3.3. A al. b) do artigo 19.º da Directiva e a sua novidade relativamente ao artigo 186.º do CIRE

Como se disse antes, o dever de prevenção da insolvência foi, presumivelmente, desenhado a partir do *wrongful trading*⁴⁹. É expectável que uma sua “transplantação” para o ordenamento

⁴⁸ JOSÉ GARRIDO / CHANDA DELONG / AMIRA RASEKH / ANJUM ROSHA [“Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive”, IMF Working Paper, May 2021, p. 27 (<https://www.elibrary.imf.org/view/journals/001/2021/152/article-A001-en.xml>)] entendem que a Directiva poderá inadvertidamente – só inadvertidamente (?) – limitar a acção dos administradores e desencorajá-los de tomar decisões ou assumir riscos razoáveis em operações que poderiam, em teoria, conduzir à reestruturação da empresa.

⁴⁹ Sobre o longo caminho percorrido desde o modelo inspirador até à versão final (mais modesta) da norma do art. 19.º da Directiva cfr. GIORGIO CORNO, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Preventive Restructuring – Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden, Beck / Hart / Nomos, 2021, pp. 242.243.



jurídico português gere os problemas típicos da compatibilização entre modelos – entre o modelo vigente, próprio dos ordenamentos de *civil law*, assente em obrigações específicas (das quais se destaca a obrigação de apresentação à insolvência), e o modelo mais flexível do *wrongful trading*, próprio dos ordenamentos de *common law*, que enuncia apenas princípios gerais e deixa grande espaço de discricionariedade aos administradores⁵⁰.

No sistema português, tal como no alemão e no espanhol, vigora a obrigação de apresentação à insolvência. E em breve todos os Estados-membros, sem excepção, contemplarão esta obrigação, já que a (recentíssima) Proposta de Directiva para a harmonização de certos aspectos do Direito da insolvência⁵¹ prevê que os Estados-membros assegurem que, sempre que a entidade esteja insolvente, os administradores sejam obrigados a requerer a abertura de um processo de insolvência, o mais tardar, até três meses depois de terem conhecimento ou de ser razoável que tivessem conhecimento daquela situação (cfr. art. 36.º da Directiva) e que assegurem que os administradores sejam responsabilizados pelos danos causados aos credores em resultado do incumprimento

⁵⁰ É mais ou menos nos mesmos termos que os dois modelos são descritos por ISABEL FERNÁNDEZ TORRES [“Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (com especial referencia al Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal)”, cit., p. 238].

⁵¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, Brussels, 7.12.2022 – Harmonising Certain Aspects of Insolvency Law (texto ainda exclusivamente disponível em inglês em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A702%3AFIN&qid=167051156992>).



daquela obrigação (cfr. art. 37.º da Directiva)⁵².

Em Portugal, os administradores estão obrigados a apresentar a sociedade à insolvência nos 30 dias seguintes à data do conhecimento da insolvência da sociedade ou à data em que ficaram constituídos no dever de a conhecer (cfr. art. 18.º, n.ºs 1 e 3, do CIRE)⁵³.

A obrigação de apresentação à insolvência tem como objectivo último impedir o dano da insolvência fora de um processo de insolvência. Quer dizer: o objectivo último é, pela positiva, garantir, consoante a finalidade do processo de insolvência, uma “*efficient*

⁵² A Proposta de Directiva retoma o tema dos deveres e responsabilidade dos administradores e concentra-se, desta vez, na obrigação de apresentação à insolvência como uma das medidas com vista à maximização do valor da massa insolvente. Diz-se aí os administradores acompanham a situação financeira da sociedade e estão, tipicamente, entre as pessoas que primeiro se apercebem de que a sociedade está a aproximar-se de ou mesmo a atingir a insolvência e por isso devem estar constituídos na obrigação de requerer a abertura do processo de insolvência atempadamente (cfr. considerandos 32 e 33).

⁵³ De acordo com o § 15a da *InsO*, a apresentação da sociedade à insolvência deve ser efectuada, o mais tardar, três semanas após o início da insolvência e seis semanas após o início do sobreendividamento. De acordo com o art. 5(1) da *LC*, o devedor tem a obrigação de se apresentar à insolvência dentro dos dois meses seguintes à data em que conhece ou deveria conhecer a situação de insolvência. Em França, nos termos do art. L631-4 do *Code de Commerce*, a abertura do processo de insolvência / recuperação (*procédure de redressement judiciaire*) deverá ser pedida, o mais tardar, nos quarenta e cinco dias posteriores à cessação de pagamentos, se não tiver sido aberto, entretanto, um processo preventivo (*procédure de conciliation*). Registe-se que a trasposição da Directiva para o Direito francês foi operada pela *Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021* e do *Décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021*, que modificou o *Code de Commerce* e está em vigor, na generalidade, desde 1 de Outubro de 2021.



reorganization” ou uma “*orderly liquidation*”.

Enquanto isso, o dever de prevenção da insolvência tem como propósito impedir que se concretize o dano da insolvência; localizar-se-á, portanto, em momento anterior ao momento em que emerge a obrigação de apresentação à insolvência. Nesta fase, a apresentação à insolvência pode ser uma linha de acção a considerar mas deverá ser uma medida de *ultima ratio*.

A verdade é que, tal como se configura o regime português, o dever de prevenção da insolvência é consideravelmente desvalorizado. Existe um prazo definido para a obrigação de apresentação, cujo incumprimento gera responsabilidade. Os administradores terão tendência a pensar que ela é a única obrigação, dado que ela é a única expressamente prevista e, sobretudo, a única que está temporalmente fixada. E mesmo que ganhem consciência do dever de prevenção, a necessidade de cumprir a obrigação de apresentação será sempre apta a funcionar como uma justificação para o incumprimento do dever de prevenção (*relief from breach of duties*).

Para que isto fosse evitado bastariam algumas (pequenas) adaptações da lei que foram feitas noutros ordenamentos.

Um dos problemas que impede a afirmação do dever de prevenção da insolvência como dever jurídico em sentido próprio é,



de facto, o da sua indefinição temporal⁵⁴⁵⁵.

O problema é bem assinalado no Guia Legislativo da CNUDCI sobre Direito da Insolvência. Diz-se aí: *[d]etermining exactly when the obligations arise is a critical issue for directors seeking to make decisions in a timely manner consistent with those obligations. Moreover, without a clear reference point, it would be difficult for directors to predict with confidence the point in time in the period before insolvency proceedings commence to which a court would have reference in considering an action for breach of those obligations*⁵⁶.

Na falta de delimitação expressa, uma solução equacionável é a de tomar a presunção (absoluta) de conhecimento da situação de insolvência decorridos três meses sobre o incumprimento generalizado de certas obrigações como uma presunção (relativa) de ocorrência da situação de insolvência para o efeito de considerar que os administradores estão constituídos, durante esse período, no

⁵⁴ Cfr., no mesmo sentido, RICARDO COSTA, “Gestão das sociedades em contexto de crise da empresa”, in: *V Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 179. Diz o autor que esta delimitação temporal é “fulcral para determinar um juízo de responsabilidade”.

⁵⁵ Como diz KIRSTIN VAN ZWIETEN (“Disciplining the directors of insolvent companies: essay in honour of Gabriel Moss QC”, cit.), comentando o quadro (distinto) do *wrongful trading*, “[a]lthough there is some uncertainty around when the shift occurs, and exactly what it requires, it is at least clear that where the rule applies, non-compliance amounts to a breach of a duty owed to the company, actionable by the company”.

⁵⁶ Cfr. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Part IV: Directors’ obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups)*, cit., p. 16.



dever de prevenção da insolvência.

Recorde-se que o art. 18.º, n.º 3, do CIRE estabelece a presunção (absoluta) de que o administrador conhece a insolvência quando decorrem três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações do tipo das referidas na al. g) do n.º 1 do art. 20.º do CIRE.

Parte-se do princípio de que, decorridos três meses sobre o incumprimento generalizado daquelas obrigações, a insolvência está instalada e, por isso, não pode deixar de ser conhecida do administrador. A partir daqui (se não se provar que a situação de insolvência ocorreu mais cedo e que o administrador a conhecia) não mais será possível ao administrador justificar o não cumprimento da obrigação de apresentação à insolvência com base na necessidade de cumprimento do dever de prevenção da insolvência.

Em contrapartida, poder-se-á supor que enquanto decorrem os três meses de incumprimento generalizado daquelas obrigações a situação é ainda de pré-insolvência, estando o administrador vinculado ao dever de prevenção da insolvência. Até aqui (se não se provar que a situação de insolvência ocorreu mais cedo e que o administrador a conhecia) não será possível ao administrador justificar o não cumprimento do dever de prevenção da insolvência com base na necessidade de cumprimento da obrigação de apresentação à insolvência.

Nesta linha de raciocínio, poder-se-ia definir insolvência iminente como a situação em que o administrador antevê que a sociedade estará insolvente daí a três meses. Os três meses anteriores à insolvência seriam o período em que sobre o administrador impenderia o dever de prevenir ou evitar a insolvência.



Este esforço para colmatar a lacuna é, ainda assim, insuficiente. Os três meses funcionam sempre como um período mínimo e este período mínimo não é adequado. Não é normal que a insolvência não seja previsível antes. E não é razoável que a insolvência não seja prevista antes. As medidas de prevenção da insolvência têm de poder ser aplicadas com maior antecedência, sob pena da sua inutilidade.

Poder-se-ia, em alternativa, convocar o prazo do art. 186.º, n.º 1, do CIRE – os três anos anteriores ao início do processo de insolvência⁵⁷, conforme propõem alguns autores⁵⁸. Este é o período relevante para apurar se a insolvência é culposa, portanto, se houve uma conduta susceptível de criar ou agravar a insolvência. Mas não será este período excessivo?

Tudo aponta para um período de prognose mais curto, que seja suficientemente curto para uma previsão realista embora suficientemente longo para uma reacção eficaz, como o período de um ano.

Em todo o caso – e é isso o que importa salientar –, é absolutamente necessária uma definição temporal da insolvência provável. Os administradores não devem ter dúvidas quanto à antecedência com que devem avaliar a situação da sociedade⁵⁹ e ao

⁵⁷ Por aplicação do disposto no art. 259.º, n.º 1, do CPC (*ex vi* do art. 17.º, n.º 1, do CIRE), deve entender-se que a data de início do processo de insolvência é a data em que o pedido de declaração de insolvência é recebido na secretaria judicial.

⁵⁸ Cfr. RICARDO COSTA, “Gestão das sociedades em contexto de crise da empresa”, cit., pp. 180-181.

⁵⁹ Esta surgiria como uma obrigação vinculada ou não discricionária dos administradores. Sendo possível associá-la à obrigação de manter a contabilidade



período em que estão constituídos no dever de adoptar medidas adequadas a prevenir a insolvência. Dito de outra forma: a clarificação temporal é imprescindível para a constituição dos administradores na obrigação de monitorizar ou vigiar a situação da sociedade⁶⁰ e nas (outras) obrigações em que se concretiza o dever de prevenir a insolvência⁶¹. Definitivamente, a obrigação de apresentação à insolvência deixaria de poder funcionar como uma justificação para a ausência de tentativas de *turnaround*.

4. Balanço e perspectivas (para além da Lei n.º 9/2022)

A final, cabe questionar: não tendo sido transposto para a lei portuguesa o art. 19.º, tem a Directiva, afinal, alguma valia no que respeita à responsabilidade dos administradores? Como qualquer

organizada / actualizada, a sua violação poderia, em última análise, decorrer do art. 186.º, n.º 2, al. h), do CIRE.

⁶⁰ SÉRGIO COIMBRA HENRIQUES (A crise empresarial enquanto situação de pré-insolvência – Em particular, a sociedade comercial de responsabilidade limitada em situação de pré-insolvência e os deveres dos administradores, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 373-374) adverte para o facto de que, numa perspectiva de análise económica do Direito, a obrigação de monitorização ou de vigilância acarreta o aumento dos custos associados à actividade empresarial e um aumento de custos que não se traduz em aumento do valor das participações sociais.

⁶¹ Já se viu que a Directiva disponibiliza uma enumeração exemplificativa (cfr. considerando 70). Para a análise desenvolvida de cada uma das obrigações cfr. José GONÇALVES MACHADO (*O dever de promover a negociação e a responsabilidade civil dos gestores no âmbito dos instrumentos pré-insolvenciais de recuperação de empresas*, cit., pp. 164 e s.



Directiva, ela não pode ser invocada nas relações entre particulares (as Directivas não têm efeito directo horizontal). Resta o princípio da interpretação conforme à Directiva.

Para aferir da valia da Directiva é adequado formular duas perguntas: (1) é possível aos credores responsabilizar os administradores pelo facto de estes não terem considerado adequadamente os seus interesses numa fase pré-insolvencial?; (2) é possível aos credores responsabilizar os administradores pelo facto de estes não terem, por exemplo, procurado aconselhamento profissional ou estabelecido negociações com os credores e recorrido aos instrumentos de reestruturação preventiva numa fase pré-insolvencial?

Sem que a Directiva tenha sido transposta neste ponto, na primeira hipótese, a única possibilidade é invocar o art. 64.º, n.º 1, al. b), do CSC. O problema é que esta última norma nem interpretada à luz da Directiva se torna mais precisa. Na realidade, ela apenas enuncia “*critérios gerais de comportamento dos administradores*”⁶² ou apenas descreve “*critérios gerais da acção dos gestores*”⁶³. Não há, assim, como não responder negativamente àquela primeira questão: o art. 64.º, n.º 1, do CSC não é apto a funcionar como disposição legal de protecção e a permitir a responsabilização dos administradores com fundamento nos arts. 78.º ou 79.º do CSC ou no art. 483.º do CC.

⁶² Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 79.

⁶³ Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 81.



Relativamente à segunda hipótese, admitindo a recondução do dever de prevenção da insolvência à cláusula geral do art. 186.º n.º 1 do CIRE, dir-se-ia que existe, em teoria, a possibilidade de responsabilizar os administradores.

Mas, em primeiro lugar, é preciso que se abra um processo de insolvência e, depois, que, dentro deste, se abra um incidente de qualificação da insolvência⁶⁴.

Em segundo lugar, é preciso que os credores demonstrem a verificação dos pressupostos da insolvência culposa. Sendo apenas possível reconduzir o dever de prevenção da insolvência à cláusula geral, não há presunções de insolvência culposa e nem sequer de culpa grave que possam valer aos credores.

É preciso, designadamente, que os credores provem a ilicitude, ou seja, que os administradores estavam constituídos no dever de prevenção da insolvência e que o violaram, o que, como já se viu, não é fácil, dada a indeterminação temporal do período de pré-insolvência. É preciso, depois, que os credores provem a culpa e a culpa qualificada, ou seja, que os administradores violaram o dever de prevenção da insolvência com dolo ou culpa grave. E, desde a alteração da Lei n.º 9/2022, é preciso ainda que os credores provem o dano diferencial, ou seja, os danos que são (causalmente)

⁶⁴ Note-se que o incidente deixou de ter carácter obrigatório desde 2012. Cfr., sobre a alteração, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 303-304. Note-se ainda que o incidente pode abrir-se com carácter limitado [cfr. arts. 36.º, n.º 1, al. i), e 191.º do CIRE].



imputáveis àquela violação⁶⁵.

São visíveis as dificuldades na produção de uma prova com esta extensão.

A impressão final é de que o sistema português actual, tal como conformado pela Lei n.º 9/2022, seja por acção (com as alterações introduzidas aos arts. 186.º, n.º 3, e 189.º, n.º 2, al. e), do CIRE), seja por omissão (sem vestígios do acolhimento do art. 19.º da Directiva), vem acentuar as dificuldades de responsabilização dos administradores.

Na sombra de obrigações mais rígidas e precisas, as obrigações compreendidas no dever de prevenção da insolvência não

⁶⁵ Existirão sempre as dificuldades de prova decorrentes da incerteza dos resultados de uma conduta conforme às obrigações contidas no dever de prevenção da insolvência. Há, em suma, o que pode designar-se uma “*incerteza factual causal*” (RUI SOARES PEREIRA, *O nexos de causalidade na responsabilidade delitual*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 1178): incerteza no contributo e na medida do contributo do comportamento do administrador para a situação, em que é particularmente difícil a determinação da responsabilidade e da correspondente indemnização e obriga a uma ponderação das probabilidades de um desenlace diverso no caso de o administrador ter cumprido. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (“Responsabilidade pela perda de uma *chance* de revitalização?”, in: CATARINA SERRA (coord.), *II Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 180 e s.) fala desta incerteza a propósito da obrigação de (re)negociação do contrato, dizendo que ela só poderá resolver-se chamando ao caso a figura do dano da perda de *chance* ou de oportunidade. Deve apurar-se em que medida (com que grau de probabilidade) é que a violação, pelos administradores, das suas obrigações (recusando estabelecer negociações com os credores e recorrer ao PER ou ao RERE ou até, no caso de haver insolvência iminente, ao processo de insolvência) foi a causa da perda da possibilidade de criar a situação desejável (que era a de inexistir insolvência).



conseguirão afirmar-se plenamente. Os administradores tenderão, mesmo instintivamente, a valorizar (e a cumprir) a obrigação de apresentação à insolvência e a desconsiderar o dever de prevenção da insolvência. Já se viu, aliás, que a importância da obrigação de apresentação à insolvência é reforçada com a recentíssima Proposta de Directiva para a harmonização de certos aspectos do Direito da insolvência (cfr. arts. 36.º e 37.º da Directiva).

Como se disse, as dificuldades de afirmação do dever de prevenção da insolvência, sobretudo no confronto com a obrigação de apresentação à insolvência, não podem ser imputados à falta da consagração legal daquele dever ou da especificação das obrigações que o concretizam. Trata-se de um caso em que disposições positivas não são necessárias e nem sequer desejáveis. O problema é, sobretudo, de falta de orientação quanto ao momento em que emerge cada feixe de obrigações, ou seja, a ausência de marcos temporais, balizando nem que seja de forma indicativa, a situação de pré-insolvência ou, mais exactamente, a insolvência iminente (como na lei alemã) ou a insolvência provável e a insolvência iminente (como na lei espanhola) e tornando inequívoco que existe uma conduta adequada e distinta para cada fase.

Para lá de tudo isto, pode e deve funcionar, neste âmbito, uma *business judgment rule* adaptada à insolvência – uma *insolvency judgment rule*, como já lhe chamaram⁶⁶ –, de forma a que o

⁶⁶ Propugna uma solução deste tipo, já há algum tempo, KARSTEN SCHMIDT (“Interaction of Corporate Law and Insolvency Law: German Experience and International Background”, in: REBECCA PARRY / PAUL OMAR (Eds.), *International Insolvency Law – Future Perspectives – The Edwin Coe Lectures delivered at the INSOL Europe Academic Forum Annual Conferences 2008-2014, 2015*, p. 135).



administrador possa afastar a responsabilidade decorrente da violação do dever de prevenção da insolvência sempre que demonstre que actuou, de boa fé, no cumprimento do dever de preservar o valor da empresa e de prevenir a insolvência e com a convicção racional de que as medidas por ele adoptadas eram adequadas⁶⁷.

Considerando o dilema em que estão os administradores em situações de pré-insolvência, a solução é, evidentemente, necessária e justificada. GERALD SPINDLER expõe-no de uma forma particularmente ilustrativa: “[o]n the one hand, [directors] have to be distinguished from overly risky projects; on the other, they should promise a turnaround for the company. Hence, we are forced to allow for some sort of business judgment rule even in the situation of near

⁶⁷ Usando outras palavras, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA (“Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”, cit., p. 626) diz que “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”. Conclui o autor também pela conveniência de “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 judgment rule”. Veja-se, no mesmo sentido, JOSÉ GONÇALVES MACHADO, “A responsabilidade civil dos gestores na pré-insolvência à luz da Diretiva 2019/1023/UE”, cit. p. 407. Advogando também a aplicabilidade do art. 72.º, n.º 2, do CSC neste âmbito, RICARDO COSTA (“Gestão das sociedades em contexto de crise da empresa”, cit., pp. 188-189) adverte para que as exigências de informação adequada e ponderada e de racionalidade da decisão são, presumivelmente, mais elevadas no período de crise.



insolvency”⁶⁸.

Com a *insolvency judgment rule* criar-se-á uma espécie de “*safe harbour*”, que é compatível com o que se dispõe na Directiva⁶⁹. Os administradores terão as condições propícias para tomar as medidas necessárias e adequadas ao dever de prevenção da insolvência e fazer uso, sem receios, do espaço de discricionariedade reforçado⁷⁰ – conquanto apenas o espaço de discricionariedade – que lhes cabe neste domínio⁷¹.

Catarina Serra

⁶⁸ Cfr. GERALD SPINDLER, “Trading in the Vicinity of Insolvency”, cit., p. 342.

⁶⁹ Cfr., neste sentido, GIORGIO CORNO, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Preventive Restructuring – Article-by-aArticle Commentary*, cit., p. 239.

⁷⁰ É consensual que a *business judgment rule* se aplica apenas no quadro dos actos discricionários (e não também no quadro dos vinculados). Cfr., neste sentido, por todos, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., p. 100.

⁷¹ A *business judgment rule* parte de uma presunção de licitude da actuação do gestor. No ordenamento jurídico português, é discutido se o art. 72.º, n.º 2, do CSC consagra a *business judgment rule*. Mesmo que se admita que o n.º 1 do art. 72.º do CSC contém uma presunção de culpa e que o n.º 2 consagra a *business judgment rule*, tendo aptidão para limitar o alcance da sindicância das decisões empresariais, não pode perder-se de vista que a norma faz parte do regime da responsabilidade dos administradores perante a sociedade (responsabilidade obrigacional). Significa isto que ela não é directamente aplicável ao regime da responsabilidade dos administradores perante credores e terceiros (responsabilidade extraobrigacional). Sobre a norma do art. 72.º do CSC e, em especial, a coordenação entre os seus n.º 1 e n.º 2, cfr., por todos, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores – Entre o Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, cit., sobretudo, pp. 99 e s.



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2023-02-08