

# **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES PELA VIOLAÇÃO DO DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA**

Nuno Manuel Pinto Oliveira

SUMÁRIO: 1. Introdução. O problema da responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no direito comparado. 2. O problema da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no direito português. 3. O caso particular da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais através da violação do dever de apresentação à insolvência. 4. Os regimes da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* e pelos danos causados aos *novos credores*. 5. Os regimes da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* e pelos danos causados aos *novos credores* na jurisprudência. 6. Insuficiências do regime da responsabilidade dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência; sua superação.

## **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 cargo dos administradores dois deveres: — o *dever primário* de apresentarem 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 cargo 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.

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 requererem a declaração de insolvência da sociedade<sup>1</sup>, e o não cumprimento do dever faz com que tenham o dever de indemnizar os credores<sup>2</sup><sup>3</sup>. Como concretização do segundo modelo encontramos o direito inglês<sup>4</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>5</sup>. Em contexto de crise, o dever dos

---

<sup>1</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>2</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, 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>3</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>4</sup> O dever de promover e de proteger os interesses dos credores da sociedade decorre actualmente da *Section 214 do Insolvency Act*.

<sup>5</sup> Sobre o modelo inglês, vide, p. ex., Paul L. Davies, *Introduction to Company Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, págs. 86-90; Paul L. Davies, [Gower and Davies'] *Principles of Modern Company Law*, 8.<sup>o</sup> 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.<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2009, págs. 677-716; John Armour, "Companies and Other Associations", in: Andrew Burrows (coord.), *English Private Law*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, n.<sup>o</sup>s 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 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: <

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>6</sup>.

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>7</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>8</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 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

---

[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>6</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).

<sup>7</sup> Cf. Paul L. Davies, “Enlightened Shareholder Value and the New Responsibilities of Directors”, cit., pág. 10.

<sup>8</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”.

uma situação de *insolvência efectiva*, poderia ser responsabilizado por não ter tomado medidas razoáveis para minimizar as perdas ou prejuízos para os credores<sup>9</sup>.

II. — Entre os dois modelos, conseguirá encontrar-se dois tipos de diferenças<sup>10</sup>.

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>11</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>12</sup> — como, p. ex., o conceito de *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*.

Comecemos 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

---

<sup>9</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>10</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 Wooldridge, *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 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; Horst 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>11</sup> Conformando-se com o método da *elaboração casuística* — cf. Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (título original: *Einführung in das juristische Denken*), 6.<sup>a</sup> 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>12</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 generalidade, por que se “abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”*.

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 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 que não há nenhuma *probabilidade razoável*, consistente e séria, de evitar a liquidação<sup>13</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 necessárias para uma adequada promoção dos interesses dos credores”<sup>14</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,

---

<sup>13</sup> Tetyana Bershedra, “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.

<sup>14</sup> Henry T. C. Hu / Jay Westbrook, “Abolition of the Corporate Duty to Creditors”, in: *Columbia Law Review*, vol. 107 (2007), págs.1321-1403.

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 interesses dos credores era a *não apresentação [da sociedade] à insolvência*.

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) <sup>15</sup>.

## 2. O problema da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais no direito português

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>16</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 sociedade administrada — desde que os administradores infrinjam ou violem deveres que lhes sejam pessoalmente dirigidos, e desde que os violem com omissão da

---

<sup>15</sup> Paul L. Davies, *Introduction to Company Law*, cit., pág. 87.

<sup>16</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 427.

diligência “que era de esperar de si, como pessoas singulares”<sup>17</sup>. “Só se justifica uma responsabilidade própria [dos administradores] desde que haja uma *violação própria*”<sup>18</sup>. Entre os casos em que há *responsabilidade própria*, por haver uma *violação própria*, estão os casos previstos nos arts. 78.<sup>º</sup> e 79.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais.

I. — O art. 79.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, contém um regime geral de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a todos os terceiros e o art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, um regime especial de responsabilidade dos administradores pelos danos causados a alguns terceiros — aos credores sociais (= aos credores da sociedade administrada). Ora o facto de o art. 79.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, conter um regime geral de responsabilidade pelos danos causados a todos os terceiros significa que o art. 79.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, deve aplicar-se aos credores. Entre a sociedade administrada e os credores há uma relação obrigacional (em sentido estrito). — Em relação à sociedade administrada, os credores são *partes*. — Entre os administradores e os credores da sociedade administrada, não há relação obrigacional nenhuma. — Em relação aos administradores, os credores da sociedade administrada são *terceiros*. Explicitada a extensão do conceito de *terceiro* do art. 79.<sup>º</sup>, os credores da sociedade administrada podem prevalecer-se de um de dois artigos (podem prevalecer-se de um de dois regimes): em primeiro lugar, do *regime geral* do art. 79.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, e, em segundo lugar, do *regime especial* do art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do Código das Sociedades Comerciais<sup>19</sup>.

II. — Ora o art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do Código das Sociedades Comerciais faz depender a aplicação do *regime especial* de responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade administrada do preenchimento de três requisitos. Em primeiro lugar, do requisito da infracção de normas legais ou de normas contratuais de protecção dos interesses dos credores; em segundo lugar, do requisito da insuficiência do património da sociedade administrada; em terceiro lugar, do requisito da conexão causal entre a infracção das normas legais ou contratuais de protecção dos credores e a insuficiência do património da sociedade administrada. Entre as normas legais de protecção encontram-se, p. ex., o art. 6.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 4, ou o 259.<sup>º</sup>, do Código das Sociedades Comerciais, sobre o dever de os administradores praticarem os actos necessários ou

---

<sup>17</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 428.

<sup>18</sup> Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 428.

<sup>19</sup> Concordando com a aplicação do art. 79.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, 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”.

convenientes para a realização do objecto social<sup>20</sup>, e os arts. 18.<sup>º</sup> e 19.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa, sobre o dever de os administradores requererem a declaração de insolvência da sociedade administrada<sup>21 22</sup>.

III. — Ana Perestrelo de Oliveira contesta a interpretação do termo *terceiros* do art. 79.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup>. O art. 78.<sup>º</sup> seria suficiente — “os credores [seriam], em princípio, suficientemente protegidos pelo art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1”<sup>23</sup>. A responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos terceiros *não credores* seria regulada pelo art. 79.<sup>º</sup>.

Como a aplicação do art. 78.<sup>º</sup> seria suficiente para proteger os credores, tornando desadequada e/ou desnecessária a aplicação do art. 79.<sup>º</sup>, os termos da alternativa seriam dois. Ou bem que os credores são protegidos pelo art. 78.<sup>º</sup> ou bem que não são protegidos nem pelo art. 78.<sup>º</sup>, nem pelo art. 79.<sup>º</sup> — “quando os [...] pressupostos [do art. 78.<sup>º</sup>] não est[ivessem] preenchidos não se justifica[ria] tutela superior”<sup>24</sup>.

A afirmação de que o art. 78.<sup>º</sup> 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”<sup>25</sup>. Em segundo lugar, está convencida que há uma *relação de semelhança* entre os dois artigos em tema de *imputação do dano indemnizável*. Os critérios de imputação do art. 78.<sup>º</sup> coincidiriam (ou tenderiam a coincidir) com os critérios de imputação do art. 79.<sup>º</sup>. O administrador responderia sempre que, “em virtude da sua conduta, o credor não cons[eguisse] obter satisfação, nem sequer coactivamente”<sup>26</sup>.

Entendemos que *não pode sustentar-se, sem mais, que “[o] dano que o credor sofre é sempre o dano da não satisfação do seu crédito*”. Em relação aos danos dos *antigos credores*, ou seja: dos credores cujos

<sup>20</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.

<sup>21</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>22</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 indemnizaram 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.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 4, do Código das Sociedades Comerciais ou pela violação do art. 6.<sup>º</sup> do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência (correspondente aos arts. 18.<sup>º</sup> e 19.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

<sup>23</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2017, pág. 277.

<sup>24</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, cit., pág. 277.

<sup>25</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, cit., pág. 277.

<sup>26</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, cit., pág. 277.

direitos se constituíram antes do momento em que o administrador deveria ter requerido a declaração de insolvência, a afirmação será ainda correcta; em relação aos danos dos *novos credores*, ou seja: dos credores cujos direitos se constituíram depois do momento em que o administrador deveria ter requerido a declaração de insolvência, a afirmação será já incorrecta. O dano consistirá na *constituição do crédito*.

Em todo o caso, ainda que o dano que o credor sofre fosse sempre o dano da não satisfação do seu crédito, entendemos 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”*.

Ana Perestrelo de Oliveira admite que o art. 78.<sup>º</sup> requer uma ilicitude qualificada<sup>27</sup> e um dano ou um prejuízo qualificado — a intervenção do administrador sobre a sociedade há-de conduzir “à insusceptibilidade de realização, ainda que coactiva, do [...] crédito”<sup>28</sup>. O facto de o art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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, “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 — de o administrador decidir, p. ex., que a sociedade não cumpra um determinado contrato-promessa (de compra e venda), *transmitindo ao direito de propriedade da coisa objecto do contrato prometido a terceiro*. — 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<sup>29</sup>. “O dever do administrador de cumprir todas as obrigações da sociedade para com terceiros, contraídas por quaisquer fontes admissíveis, não é uma obrigação pessoal mas um dever funcional”<sup>30</sup>; como não é uma obrigação pessoal — como não é um *dever próprio* —, a violação do dever de cumprir todas as obrigações da sociedade não é (não pode ser) uma *violação própria*<sup>31</sup>.

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.<sup>º</sup> é uma *teórica e praticamente relevante*.

Em primeiro lugar, pode dar-se o caso de haver responsabilidade civil dos administradores para com os credores da sociedade *nos termos gerais* do art. 79.<sup>º</sup> e *nos termos específicos* do art. 78.<sup>º</sup>; em segundo lugar, pode dar-se o caso de não haver responsabilidade civil dos administradores para com os credores da sociedade nem *nos*

---

<sup>27</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, cit., pág. 271.

<sup>28</sup> Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governação das sociedades*, cit., págs. 272-273.

<sup>29</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15 de Janeiro de 2009, relatado pelo Desembargador Mata Silva: “não podem [os administradores], sofrer qualquer condenação, apenas resultante da falta de cumprimento ou do deficiente cumprimento do negócio contratualizado, nomeadamente da verificação e existência de defeitos na coisa alienada”.

<sup>30</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Março de 2009, relatado pelo Desembargador Bernardo Domingos.

<sup>31</sup> O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2013, relatado pelo Desembargador Esagüy Martins, chama ao caso a autoridade de Francesco Galgano, “no sentido de que o contraente com a sociedade não pode exigir responsabilidade do administrador pelo dano emergente do incumprimento pela sociedade, devido a comportamento culposo ou doloso do administrador, por entender que, nessa hipótese, não existe mais que responsabilidade contratual, e esta não poder ser referida senão à sociedade, quando o art. 2395.<sup>º</sup> do Código Civil italiano – de que o art. 79.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais é lugar paralelo – prevê uma hipótese de responsabilidade por facto ilícito”.

*termos gerais* do art. 79.<sup>º</sup>, nem *nos termos específicos* do art. 78.<sup>º</sup> e, em terceiro lugar, pode dar-se o caso de haver responsabilidade civil dos administradores para com os credores sociais *nos termos gerais do art. 79.<sup>º</sup>* e de não haver responsabilidade para com os credores *nos termos específicos do art. 78.<sup>º</sup>* (p. ex., por não haver a *ilicitude qualificada* requerida pelo art. 78.<sup>º</sup> — por não haver nenhuma infracção de normas legais ou de normas contratuais *específicas* de protecção dos interesses dos credores).

Em relação aos dois primeiros casos, a interpretação do termo *terceiros* do art. 79.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais será irrelevante. Em relação ao terceiro, não — a interpretação restritiva do termo *terceiros*, de forma a excluir os credores, faria com que os administradores fossem *desresponsabilizados* e a interpretação ampla do termo *terceiros*, de forma a incluí-los, fará com que sejam *responsabilizados*.

Os argumentos deduzidos em favor da interpretação restritiva do art. 79.<sup>º</sup> implicam logicamente que, ainda que estejam preenchidos os pressupostos ou requisitos *gerais* da responsabilidade civil, o facto de não estarem preenchidos os pressupostos ou requisitos *específicos* do art. 78.<sup>º</sup> é razão suficiente para *desresponsabilizar* os administradores; “não se justifica[ria] tutela superior [à do art. 78.<sup>º</sup>]”; os argumentos deduzidos em favor da interpretação ampla, declarativa — não restritiva — do art. 79.<sup>º</sup>, esses, implicam logicamente que, desde que estejam preenchidos os pressupostos ou requisitos *gerais* da responsabilidade civil, o facto de não estarem preenchidos os pressupostos ou requisitos *específicos* do art. 78.<sup>º</sup> não é razão suficiente para *desresponsabilizar* os administradores. Entre os dois termos da alternativa, estamos convencidos de que deve dar-se *preferência* ou *prioridade* ao segundo. 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.<sup>º</sup>]”.

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

O art. 186.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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, de direito do de facto, do devedor pessoa colectiva — designadamente, do devedor sociedade. O art. 186.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas afirma-o e o art. 189.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, confirma-o: na *sentença de*

*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”.

### **3. O caso particular da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores sociais através da violação do dever de apresentação à insolvência**

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 administradores de uma sociedade comercial apresentarem a sociedade à insolvência, ou de requererem a declaração de insolvência da sociedade administrada<sup>32</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>33</sup>. O problema da qualificação de uma disposição legal como *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

---

<sup>32</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>33</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); 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”, cit., págs. 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.

disposições legais destinadas à protecção de interesses particulares ou privados<sup>34</sup>. Entre os fins da disposição legal infringida há-de estar a protecção de interesses privados<sup>35</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>36</sup>. Em segundo lugar, com o dever de acção (de apresentação à insolvência), pretende-se proteger *interesses privados* dos credores.

Ora os *interesses privados* dos credores são heterogéneos, 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>37</sup>.

Os *antigos credores* têm interesse em que “a situação de insolvência os lese o mínimo possível”<sup>38</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.

---

<sup>34</sup> João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2000, págs. 539-542.

<sup>35</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>36</sup> Cf. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., pág. 345.

<sup>37</sup> Cf. designadamente Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, cit., págs. 176-177; Lars Klöhn, anotação ao § 15a, in: Hans-Peter Kirchhof / Rolf Stürner / Horst Eidenmüller (coord.): *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, vol. 1 — §§ 1-79. *InsVV*, cit., págs. 431-436; Harald Hess, anotação ao § 15a, in: Harald Hess (coord.), *Insolvenzrecht*, vol. I — §§ 1-126 *InsO*, cit., 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?”, cit., págs. 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?”, cit, págs. 134-135; Manuel Carneiro da Frada, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 66 (2006), págs. 653-702 (699); 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).

<sup>38</sup> Cf. Catarina Serra, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., pág. 340.

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) comprehende 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*.

Entre os regimes da responsabilidade pelos danos causados aos antigos credores e da responsabilidade pelos danos causados aos novos credores encontra-se *diferenças fundamentais* — encontra-se, pelo menos, quatro *diferenças fundamentais*.

#### **4. Os regimes da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* e pelos danos causados aos *novos credores***

I. — Em primeiro lugar, há uma diferença em relação aos *fundamentos legais da responsabilidade*. O dano causado aos antigos credores através da violação dos arts. 18.<sup>º</sup> e 19.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas está conceptualmente ligado a um *agravamento* da situação de insolvência da sociedade administrada. O património dos *antigos credores da sociedade administrada* (só) diminui, desde que o património da sociedade (também) diminua. O dano causado aos novos credores através da violação dos arts. 18.<sup>º</sup> e 19.<sup>º</sup>, esse, não está conceptualmente ligado a nenhum *agravamento* da situação de insolvência da sociedade administrada. O problema está todo em que, caso o *novo credor* conhecesse a situação de insolvência não teria concluído nenhum contrato com a sociedade em crise<sup>39</sup>. O património dos *novos credores* diminui, ainda que o património da sociedade não diminua<sup>40</sup>.

Estando conceptualmente ligado a um *agravamento* da situação de insolvência da sociedade, o dano causado aos *antigos credores* deve representar-se como um dano indirecto; deve aplicar-se-lhe ou o art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do Código das Sociedades Comerciais ou os arts. 186.<sup>º</sup> e 189.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup>s 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Estando conceptualmente desligado de um *agravamento* da situação de

---

<sup>39</sup> Cf. designadamente Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., pág. 196: “*Knowing of the insolvency, the creditor would not have entered into a transaction with the company*”.

<sup>40</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.*”

insolvência, o dano causado aos *novos credores* deve representar-se como um dano directo<sup>41</sup>; deve aplicar-se-lhe o art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais<sup>42 43</sup>.

II. — Em segundo lugar, há uma diferença em relação aos *requisitos da responsabilidade*. Enquanto a responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores* depende 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, a responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* depende do preenchimento dos *requisitos específicos* do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais ou dos *requisitos específicos* do art. 186.º, n.ºs 1 e 3, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

O art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais requer que a actuação dos administradores, concretizada na *violação do dever apresentarem a sociedade à insolvência*, seja a *causa da insuficiência do património da sociedade* e o art. 186.º, n.º 1,

---

<sup>41</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 Geraldes, ou o acórdão do STJ de 12 de Janeiro de 2012, relatado pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues].

<sup>42</sup> Cf. Maria de Fátima Ribeiro, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, cit., págs. 403-405.

<sup>43</sup> Ana Perestrelo de Oliveira critica a afirmação de que o art. 78.º deva aplicar-se exclusivamente aos *danos indirectos* dos credores da sociedade administrada: 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” (Ana Perestrelo de Oliveira, *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 e 79.º do Código das Sociedades Comerciais. O art. 79.º refere-se explicitamente a um *dano directo* e o art. 78.º refere-se implicitamente a um *dano indirecto*. *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. *Indirecto*, para efeitos do art. 78.º, será o dano ligado à diminuição do património da sociedade. Será o dano que só existe desde que a situação (patrimonial) da sociedade tenha sido afectada (= tenha sido negativamente afectada) — será o dano que só existe “em virtude de a situação da sociedade ter sido afectada pela conduta dos administradores”. Em todo o caso, *responsabilidade por danos directos* não significa *responsabilidade directa* e *responsabilidade por danos indirectos* não significa *responsabilidade indirecta*. Os dois argumentos deduzidos por Ana Perestrelo de Oliveira convencem-nos de que a *responsabilidade* prevista no art. 78.º 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 seria uma *responsabilidade directa* por *danos directos*. O caso previsto no art. 78.º é 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 *danos indirectos* ou *reflexos*.

do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas requer que a actuação seja a causa de um *agravamento* ou de um *aprofundamento* da situação de insolvência.

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 contratual positivo*<sup>44</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*<sup>45</sup>.

Os termos da indemnização pelo *interesse contratual positivo* são em todo o caso distintos, consoante esteja em causa a responsabilidade prevista no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais ou a responsabilidade prevista nos arts. 186.º e 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. O art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais prevê uma *responsabilidade dos administradores por uma parte, — e só por uma parte, — do crédito não satisfeito*. O dano indemnizável corresponde à diferença entre a parte em que o crédito devia ter sido e a parte em que o foi<sup>46</sup> — entre aquilo a que os antigos credores teriam direito, caso o administrador da sociedade tivesse cumprido pontualmente o dever de apresentação à insolvência (situação hipotética), 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 (situação real)<sup>47</sup>. Os arts. 186.º e 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código das Sociedades Comerciais, esses, prevêem uma responsabilidade *pelo crédito, (por todo o) crédito não satisfeito*.

---

<sup>44</sup> Cf. designadamente Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Hessler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 1312, ou Thomas Bachner, *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, cit., pág. 204.

<sup>45</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>46</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”.

<sup>47</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”.

Estando em causa a responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores*, o administrador há-de indemnizá-los pelo interesse contratual negativo<sup>48</sup>.

Caso o administrador tivesse apresentado a sociedade à insolvência, os *novos credores* não teriam perdido *nada*. O crédito não se teria constituído 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 sociedade insolvente (se não fossem *credores*)<sup>49</sup>.

O contraste entre o dever de os administradores indemnizarem o *interesse contratual positivo* dos *antigos credores* e o dever de indemnizarem o *interesse contratual 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<sup>50</sup>.

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 cumprimento 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 (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 seguinte:

A responsabilidade dos administradores para com os *antigos credores* orientar-se-ia pelo *interesse contratual positivo* e a responsabilidade para com os *novos credores*, pelo *interesse contratual positivo*. “O administrador, que responde desigualmente 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”<sup>51</sup>. Ora a *reparação da obra*, com a *eliminação dos defeitos*, como a *indemnização* das despesas realizadas com a *reparação da obra* ou com a

---

<sup>48</sup> Cf. designadamente Arnd Arnold, anotação ao § 64 da Lei alemã sobre as sociedades por quotas (*GmbHGesetz*), in: Martin Hessler / 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.

<sup>49</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 Hessler / Lutz Strohn, *Gesellschaftsrecht*, cit., pág. 1313.

<sup>50</sup> Cf. Stefan Smid, “Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (XI, Teil 2)”, in: *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 2013, págs. 197-214 (203-204).

<sup>51</sup> Stefan Smid, “Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (XI, Teil 2)”, cit., págs. 203-204.

*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<sup>52</sup>.

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

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

O art. 82.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do Código das Sociedades Comerciais não seria nunca (ou quase nunca) uma “acç[ão] destinada[] à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência”. O credor, — o *novo credor*, — poderá propô-la na pendência do processo, sem as restrições do art. 82.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, alínea b), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. A acção do art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, essa, será sempre uma “acç[ão] destinada[] à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores [...] pela diminuição do património integrante da massa insolvente”. — O credor, — o *antigo credor*, — não poderá propô-la na pendência do processo de insolvência<sup>53</sup>.

### 5. Os regimes da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* e pelos danos causados aos *novos credores* na jurisprudência

---

<sup>52</sup> 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, consequentemente, não teria sido cumprido *defeituosa* ou *imperfeitamente* (“Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (XI, Teil 2)”, cit., pág. 204).

<sup>53</sup> O art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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].

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 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 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, como a prestação de assistência a 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* com a lógica da indemnização prevista no art. 78.<sup>º</sup> 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 dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência; sua superação**

I. — O sistema de responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade administrada confronta-se com três grupos de críticas:

Em primeiro lugar, alega-se que o sistema não é adequado aos casos de pré-insolvência. A responsabilidade dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência chegaria *demasiado tarde* — não proporcionaria nenhum *incentivo* para que os administradores promovessem uma recuperação preventiva.

Em segundo lugar, alega-se que o sistema não é adequado aos casos de insolvência. Chegando *demasiado tarde* — e não proporcionando nenhum incentivo para que promovessem uma *recuperação preventiva* —, a responsabilidade dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência não proporcionaria nenhum incentivo para que os administradores promovessem uma *recuperação sucessiva*. A

alternativa entre a apresentação à insolvência e a prevenção da insolvência, através da recuperação da empresa, estaria dentro da “discricionariedade empresarial”<sup>54</sup>.

Em terceiro lugar, ainda que o sistema fosse adequado, diz-se que não é eficaz.

Em relação ao regime da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores* no quadro do art. 78.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais ou no quadro dos arts. 186.<sup>º</sup> e 189.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, dir-se-á que não é adequado. O art. 78.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais e o art. 186.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não são quase nunca aplicados à responsabilidade pela violação do dever de apresentação à insolvência. Em relação ao regime da responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores* no quadro do art. 79.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais dir-se-á que não é suficiente.

a) Entre um acórdão do STJ<sup>55</sup> e nove acórdãos das Relações<sup>56</sup>, houve um único em que os administradores foram condenados a indemnizar os credores da sociedade<sup>57</sup>.

O problema está sempre na prova e quase sempre na prova da causalidade.

O acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2005<sup>58</sup>, como o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Junho de 2013<sup>59</sup>, dizem que a procedência da acção de responsabilidade prevista no art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 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>60</sup>. Os acórdãos do

---

<sup>54</sup> Cf. Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, cit., pág. 172,

<sup>55</sup> Vide acórdão do STJ de 17 de Novembro de 2005, relatado pelo Conselheiro Custódio Montes.

<sup>56</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 último, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Março de 2016, relatado pela Desembargadora Paula Santos.

<sup>57</sup> Vide acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Março de 2009, relatado pelo Desembargador Ilídio Sacarrão Martins.

<sup>58</sup> Relatado pelo Conselheiro Custódio Montes.

<sup>59</sup> Relatado pelo Desembargador Freitas Vieira.

<sup>60</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 nexo 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.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, do Código das Sociedades Comerciais, por referência à violação do disposto no art. 18.<sup>º</sup> 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

Tribunal da Relação do Porto de 20 de Abril de 2004<sup>61</sup> e de 3 de Outubro de 2011<sup>62</sup> dizem mais — dizem que a procedência da acção de responsabilidade prevista no art. 78.º 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>63</sup>. Os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Novembro de 2007<sup>64</sup> e de 15 de Novembro de 2010<sup>65</sup>, como os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2013<sup>66</sup>, de 5 de Novembro de 2015<sup>67</sup> e de 16 de Março de 2016<sup>68</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 à insolvência há-de ter causado danos directos à sociedade e danos indirectos aos credores da sociedade por ter sido condição sine qua non da insuficiência do património social<sup>69</sup>.

Ora os credores não conseguem nunca, ou 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 administrada.

b) Os arts. 186.º, n.ºs 1 e 3, e 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas completam art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais.

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

---

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 nexo causal entre os danos e a omissão de apresentação à insolvência”.

<sup>61</sup> Relatado pelo Desembargador Cândido Lemos.

<sup>62</sup> Relatado pela Desembargadora Ana Paula Amorim.

<sup>63</sup> Np 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>64</sup> Relatado pelo Desembargador José Ferraz.

<sup>65</sup> Relatado pelo Desembargador Caimoto Jácome.

<sup>66</sup> Relatado pelo Desembargador Esagüy Martins.

<sup>67</sup> Relatado pelo Desembargador Ilídio Sacarrão Martins.

<sup>68</sup> Relatado pela Desembargadora Paula Santos.

<sup>69</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 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].

culpa grave, seja a causa da situação de insolvência, ou do agravamento da situação de insolvência<sup>70</sup>. O regime do n.º 1 é completado pelo regime do n.º 2 e do n.º 3. Ora, o art. 186.º, n.º 3, alínea a), 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”.

O problema está em que os termos em que está redigido o art. 186.º, n.º 3, dão a impressão de duas coisas: — em primeiro lugar, de que há uma presunção de *culpa grave*; de que há uma presunção de que está preenchido o terceiro requisito; — em segundo lugar, de que não há nenhuma presunção de *causalidade*; de que não há nenhuma presunção de que esteja preenchido o quarto requisito; — de que não há nenhuma presunção de que a actuação imputável aos administradores, por dolo ou por culpa grave, concretizada no não cumprimento do dever de requerer a declaração de insolvência, seja a causa do agravamento da situação de insolvência<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, cit., págs. 193-201.

<sup>71</sup> Vide acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24 de Setembro de 2005, relatado pelo Desembargador Sílvio Sousa; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15 de Março de 2007, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Pinto de Almeida; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Junho de 2007, relatado pelo Desembargador Pinto de Almeida; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Janeiro de 2008, relatado pela Desembargadora Anabela Luna de Carvalho; acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Abril de 2008, relatado pelo Desembargador Sílvio Sousa; acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de Março de 2009, relatado pelo então Desembargador, hoje Conselheiro Manso Rainho; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24 de Março de 2009, relatado pelo Desembargador Gonçalves Ferreira; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21 de Abril de 2009, relatado pela Desembargadora Sílvia Pires; acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de Maio de 2009, relatado pelo Desembargador Francisco Xavier; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Junho de 2009, relatado pelo Desembargador Gonçalves Ferreira; acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23 de Setembro de 2009, relatado pelo Desembargador Eduardo Tenazinha; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20 de Outubro de 2009, relatado pelo Desembargador Guerra Banha; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Novembro de 2009, relatado pelo Desembargador Filipe Caroço; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Janeiro de 2010, relatado pelo Desembargador Carlos Moreira; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de Abril de 2010, relatado pelo Desembargador Gonçalves Ferreira; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4 de Maio de 2010, relatado pelo Desembargador Carlos Moreira; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Junho de 2010, relatado pelo Desembargador José Carvalho; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Novembro de 2010, relatado pela Desembargadora Teresa Santos; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2011, relatado pelo Desembargador Freitas Vieira; acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12 de Julho de 2011, relatado pela Desembargadora Conceição Bucho; acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24 de Abril de 2012, relatado pelo Desembargador Eduardo José Oliveira Azevedo; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 5 de Junho de 2012, relatado pelo Desembargador Manuel Pinto dos Santos; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Dezembro de 2012, relatado pelo Desembargador Moreira do Carmo; acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 1 de Outubro de 2013, relatado pela Desembargadora Maria da Purificação Carvalho; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Fevereiro de 2014, relatado pelo Desembargador Leonel Serôdio; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de Setembro de 2014, relatado pela Desembargadora Catarina Gonçalves; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Janeiro de 2015, relatado pela Desembargadora Anabela Dias da Silva; acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25 de Fevereiro

O acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Dezembro de 2016, relatado pelo Desembargador Aristides Rodrigues de Almeida, é tão-só o último 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. Estando em causa as situações previstas no n.º 3, “para a insolvência ser declarada culposa [seria] necessário que se demonstrasse 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”.

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

c) Em suma: o regime da responsabilidade pelos danos causados aos *antigos credores*, seja no quadro do art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais, seja no quadro dos arts. 186.º e 189.º, n.ºs 2 e 4, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, tornar-se-ia *letra-morta*<sup>72</sup>; o regime da responsabilidade pelos danos causados aos *novos credores*, no quadro do art. 79.º do Código das Sociedades Comerciais, esse, e só esse, continuaria *letra viva* — a efectivação do dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência dependeria essencialmente dos *novos credores*<sup>73</sup>.

II. — O facto de o sistema não proporcionar nenhum incentivo para uma recuperação da empresa pode porventura resolver-se através de uma re-articulação do dever genérico do art. 64.º, n.º 1, alínea b), do Código das Sociedades Comerciais e do dever específico dos arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

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 da empresa podem ser responsabilizados — p. ex., por aplicação dos arts. 186.º e 189.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Os princípios e as regras do actual direito português são suficientes para que se sustente que os administradores têm um *dever de ponderação* dos interesses dos

---

de 2016, relatado pela Desembargadora Cristina Cerdeira; acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Dezembro de 2016, relatado pelo Desembargador Aristides Rodrigues de Almeida.

<sup>72</sup> H. Hirte — *opus* Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, cit., pág. 137.

<sup>73</sup> Michael Schillig, “The Transition from Corporate Governance to Bankruptcy Governance – Convergence of German and US Law?”, cit., pág. 137.

credores ainda antes de haver uma qualquer *possibilidade* ou uma qualquer *probabilidade* de insolvência: “o interesse dos credores não tem de ser tido em consideração apenas quando a sociedade já está em dificuldade de solver os seus compromissos” — terá de ser tido em consideração ainda antes de a sociedade estar em dificuldade<sup>74</sup>.

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 jurídica ou politicamente admissível 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>75</sup>. O facto de os administradores estarem convencidos de que há uma *probabilidade séria* de recuperação da empresa faz *sempre* com que a sua actuação não preencha os requisitos do art. 186.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, por não haver nem *dolo* nem *culpa grave*, e faz *quase sempre* com que a sua actuação não preencha os requisitos do art. 78.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais, em ligação com o art. 483.<sup>º</sup> do Código Civil, por não haver (sequer) *culpa leve*<sup>76</sup>.

III. — O art. 18.<sup>º</sup> 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;

---

<sup>74</sup> Vide, por último, 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 Abreu*, ano 4.<sup>º</sup> (2016), págs. 15-38.

<sup>75</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?”.

<sup>76</sup> O conteúdo do dever específico de cuidado dos arts. 18.<sup>º</sup> e 19.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas pode configurar-se concretamente de uma forma diferenciada, consoante haja ou não haja uma probabilidade razoável, ou uma probabilidade séria, de recuperação. Existindo uma probabilidade razoável, séria, de recuperação da empresa, os administradores podem cumprir o dever específico de cuidado dos arts. 18.<sup>º</sup> e 19.<sup>º</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de duas formas: ou através de uma atempada apresentação da sociedade à insolvência, ou através de uma atempada prevenção, recuperação ou restruturação da empresa [cf. Karsten Schmidt / Axel Herchen, anotação ao § 15a, in: Karsten Schmidt (coord.), *Insolvenzordnung*, cit., pág. 172]. A continuação da actividade de uma empresa recuperável não seria ilícita e, ainda que fosse ilícita, nunca seria (nunca poderia ser) imputável aos administradores da sociedade por dolo ou por culpa grave. Inexistindo uma probabilidade razoável, séria, de recuperação, podem cumpri-lo de uma forma, e só podem cumpri-lo de uma forma — através de uma atempada apresentação da sociedade à insolvência.

- (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".

a) O conteúdo do art. 18.<sup>º</sup> 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>77 78</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>79</sup>, pelo *Study on Director's Duties and Liability*, de 2013<sup>80</sup>, ou pelo *Study on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, de 2014<sup>81</sup>  
<sup>82</sup>.

Com o art. 18.<sup>º</sup> da *proposta de directiva*, o direito europeu pronuncia-se sobre a controvérsia entre os *dois grandes modelos* de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados a terceiros — e, em particular, de responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade administrada.

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*

<sup>77</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>78</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>79</sup> Disponível em: WWW: < [http://www.ecgi.org/publications/documents/report\\_en.pdf](http://www.ecgi.org/publications/documents/report_en.pdf) >

<sup>80</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%28Isero%29.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/50438/1/_Libfile_repository_Content_Gerner-Beuerle%2C%20C_Study%20on%20directors%20duties%20and%20liability%28Isero%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) >.

<sup>81</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>82</sup> Sobre a *Proposta de directiva*, 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) — chamando a atenção para a circunstância de o conteúdo do art. 18.<sup>º</sup> corresponder aos documentos de 2003, 2013 e 2014 — e, por último, Adelaide Menezes Leitão, "Contributo sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoramento da eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e alteração da Directiva 2012/30/CE", in: *Revista de direito das sociedades*, ano 8.<sup>º</sup> (2016), págs. 1019-1043 (1036-1037).

*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.*

b) O facto de a Comissão Europeia confirmar a sua preferência pelo *modelo [do direito] inglês* — pelo *paradigma da responsabilidade dos administradores pela violação de deveres de cuidado e de lealdade para com os credores da sociedade administrada* — significará que, com a adopção da *proposta de directiva*, será necessário revogar os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas?

Estou convencido de que não será necessário abandonar o sistema de responsabilidade dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência, *revogando* os arts. 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. O dever de os administradores apresentarem a sociedade à insolvência, ou requererem a declaração de 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.

Entendendo, como entendo, que não será necessário abandonar o sistema, estou convencido de que será necessário ou, pelo menos, conveniente modificá-lo.

O actual direito português conformar-se-ia com o projectado direito europeu desde que dissesse uma coisa: o *administrador não está exposto ao risco de responsabilização desde que alegue e prove que um gestor criterioso e ordenado, colocado nas circunstâncias do caso, devia razoavelmente aceitar que a continuação da actividade da empresa era uma medida adequada para minimizar as perdas ou os prejuízos dos credores, dos sócios, dos trabalhadores e das demais partes interessadas*.

aa) Em primeiro lugar, o direito português deverá fazê-lo por razões teleológicas.

A alínea (i) do art. 18.º da *Proposta de directiva* pretende, pela positiva, que os administradores seja incentivados e, pela negativa, que os administradores não sejam contra-incentivados (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”.

bb) Em segundo lugar, deverá fazê-lo por razões sistemáticas (teleológico-sistêmicas).

A alínea (i) do art. 18.º da *Proposta de directiva* pretende que a alternativa entre a *apresentação* e a *não apresentação* da sociedade à insolvência fique *dentro da discricionariedade empresarial*. Os administradores devem apresentar a sociedade à

insolvência, desde que a apresentação seja uma medida adequada e razoável para minimizar as perdas ou os prejuízos — e (só) não devem apresentá-la à insolvência, desde que a apresentação não seja uma medida nem adequada, nem razoável.

O facto de a *alternativa entre a apresentação e a não apresentação* ficar dentro da *discrição empresarial* significa que a *decisão empresarial* do administrador deve estar coberta pela *business judgement rule*. O art. 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais deve aplicar-se, directa ou indirectamente, à decisão empresarial de apresentação ou de não apresentação da sociedade à insolvência. Encontrando-se a sociedade em crise, confrontada a *probabilidade de insolvência*, a *business judgement rule* concretizar-se-á (poderá e deverá concretizar-se) numa *insolvency judgement rule*.

IV. — Independentemente da articulação ou da re-articulação entre deveres genéricos e específicos, o facto de o sistema não ser eficaz pode resolver-se através de uma re-interpretAÇÃO do art. 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas<sup>83</sup>.

Em lugar de uma *presunção de culpa*, o art. 186.º, n.º 3, alínea a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas deverá interpretar-se como contendo uma *presunção de insolvência culposa*; em lugar de uma *presunção de culpa*, 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]<sup>84</sup>.

“[A] simples verificação das situações previstas nas alíneas a) e b), do nº 3, do art. 186.º, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas constitui[i] presunção (ilidível) da insolvência culposa”, pelo que se pressupõe ou, em termos mais precisos e rigorosos, pelo que se presume “o nexo de causalidade exigido pelo nº 1”<sup>85</sup>. O credor fica desonerado da prova de que há um nexo de causalidade<sup>86</sup> e, correlativamente, o devedor, ou os administradores do devedor, ficam onerados com a prova de que não há

---

<sup>83</sup> Como propôs 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.

<sup>84</sup> Cf. designadamente acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Dezembro de 2010, relatado pelo Desembargador Luís Espírito Santo, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Maio de 2012, relatado pelo Desembargador Barateiro Martins, ou acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Novembro de 2016, relatado pela Desembargadora Maria João Areias.

<sup>85</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Dezembro de 2010, relatado pelo Desembargador Luís Espírito Santo.

<sup>86</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 nexo causal entre tal facto e a criação ou agravamento da insolvência”.

nenhum nexo de causalidade<sup>87</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 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>88</sup>.

---

<sup>87</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>88</sup> Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22 de Maio de 2012, relatado pelo Desembargador Barateiro Martins.