

■ Coleção Caderno Especial ■

# COLÓQUIOS

DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
COMÉRCIO SOCIEDADES  
E INSOLVÊNCIAS

julho 2022



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Ficha Técnica

**Nome:**

Comércio, sociedades e insolvências – Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça (2.ª edição)

**Coleção:**

Caderno Especial

**Programa:**

Consulte em formato *PDF*\*

**Organização:**

Ana Paula Boularot – Juíza Conselheira, Presidente da 6.ª secção do Supremo Tribunal de Justiça

**Produção executiva:**

Carla Câmara – Juíza Desembargadora, Coordenadora do Departamento da Formação do CEJ

**Intervenientes:**

Henrique Araújo – Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

João da Silva Miguel – Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça, Diretor do Centro de Estudos Judiciários à data do Colóquio

Salreta Pereira – Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente Emérito da 6.ª Secção

Pinto de Almeida – Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente Emérito da 6.ª Secção

Miguel Pestana de Vasconcelos – Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas, Professor Catedrático Convidado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Paulo Olavo Cunha – Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa)

Maria do Rosário Epifânio – Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto)

Fonseca Ramos – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente Emérito da 6.ª Secção

Alexandre de Soveral Martins – Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Ana Paula Boularot

**Revisão final:**

Carla Câmara

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

---

\* Para aceder ao ficheiro deverá descarregar primeiro o e-book.

## PAINEL II

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS AFETADOS PELA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA**Maria do Rosário Epifânio<sup>1</sup>

## I. Considerações prévias

1. Da função e da natureza da responsabilidade insolvencial

2. Do carácter primordialmente repressivo-punitivo da responsabilidade insolvencial<sup>4</sup>. A necessária articulação horizontal de regimes

## II. A fixação do quantum indemnizatório

1. A interpretação corretiva do artigo 189.º, n.º 2, alínea e)

2. Posição adotada

2.1. O passivo a descoberto como critério de fixação do quantum indemnizatório

2.1.1. O elemento literal

2.1.2. O elemento histórico

2.1.3. O elemento teleológico

2.1.4. O elemento sistemático

2.2. O princípio da proporcionalidade como *ultima ratio*

Vídeos

**“Lá estavam os credores [...] lamentando que em Portugal não fosse lei a prisão por dívidas; parece que os irritou a certeza de que o cadáver insolvente não podia ser preso”**

**Camilo Castelo Branco, in “Coração, Cabeça e Estômago”**

Desde a entrada em vigor da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, a sentença qualificadora da insolvência como culposa vincula o juiz a “condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados” (artigo 189.º, n.º 2, alínea e), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas<sup>2</sup>). Por força do n.º 4 do artigo 189.º, “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 efetuar em liquidação de sentença”.

Assim, para além das referências obrigatórias já previstas nas restantes alíneas, a sentença passou a, obrigatoriamente, ter de incluir esta condenação, pelo que a qualificação da insolvência como culposa gera sempre a responsabilização insolvencial dos afetados - trata-se de um efeito automático, inelutável da qualificação da insolvência como culposa<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola do Porto).

<sup>2</sup> Doravante, os preceitos desacompanhados do respetivo diploma legal respeitam ao CIRE, salvo se do contexto resultar o contrário. A jurisprudência citada foi consultada em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3</sup> Segundo CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, “constitui um imperativo do tribunal” – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 697, nota 15.

A Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro (que entrará em vigor no dia 11 de abril de 2022<sup>4</sup>), veio introduzir duas alterações na alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º: “Condernar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente até ao montante máximo dos créditos não satisfeitos, considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados” (destaque nosso). Consideramos que as modificações em nada alteram os termos da questão, nem tão pouco a posição por nós assumida, como demonstraremos *infra*.

O presente texto versa apenas sobre a responsabilização insolvencial dos administradores afetados pela qualificação da insolvência como culposa e a principal questão que tem suscitado no seio da jurisprudência e da doutrina: os critérios de fixação do *quantum* indemnizatório.

A plena compreensão desta temática pressupõe uma prévia e breve explanação sobre a natureza e a função desta responsabilidade insolvencial.

## I. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

### 1. Da função e da natureza da responsabilidade insolvencial

A responsabilidade prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) não é uma responsabilidade civil; também não é uma responsabilidade penal; nem tão pouco uma responsabilidade societária. Trata-se de uma responsabilidade insolvencial, que se caracteriza pela prossecução de uma tripla finalidade, a saber (embora sem a mesma intensidade)<sup>5</sup>:

- i) o ressarcimento dos credores pelo prejuízo decorrente da insatisfação dos respetivos créditos em sede de processo de insolvência; e
- ii) o sancionamento das atuações, com culpa qualificada, que contribuíram para a criação ou o agravamento da situação de insolvência<sup>6</sup>; e

<sup>4</sup> Aplicando-se, no que tange à matéria em estudo, aos factos praticados após a entrada em vigor da referida alteração (artigo 12.º do Código Civil).

<sup>5</sup> Sobre esta tripla finalidade, veja-se BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa – da falência punitiva à insolvência reconstitutiva*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 45. Para CATARINA SERRA, “o efeito da constituição dos sujeitos afectados numa obrigação de indemnização é, sem dúvida, mais adequado aos fins do processo de insolvência do que a inibição para a administração de patrimónios de terceiros – tanto no plano preventivo, como no plano sucessivo (sancionatório e ressarcitório)” - *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 168. A propósito dos conjunto de efeitos gerados pela insolvência culposa, RICARDO COSTA afirma que “estes efeitos funcionam verdadeiramente como um indutor da valência do regime obrigacional e de responsabilidade por incumprimento dos deveres de conduta previstos no art. 186.º CIRE (independentes da situação e declaração de insolvência efectiva) e um dissuasor de práticas de gestão que atirem a sociedade de uma situação de “impotência económica” delicada para uma insolvência que termine na solução terminal da liquidação” – *Gestão das sociedades em contexto de “crise de empresa”, in: “Estudos Dispersos”, Almedina, Coimbra, 2020, p. 59.*

<sup>6</sup> Assim, ANTUNES, Henrique Sousa, *Natureza e Funções da Responsabilidade Civil por Insolvência Culposa*, in: “V Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2019, p. 147.

iii) a prevenção (geral e especial) destas atuações<sup>7</sup>.

### 1.1. O carácter primordialmente repressivo-punitivo

Da disciplina jurídica da responsabilidade insolvencial (*maxime* dos seus pressupostos e dos seus efeitos), decorre que a obrigação de indemnizar tem um *forte pendor repressivo-preventivo*<sup>8</sup>. Desde logo, no plano dos *pressupostos* da qualificação da insolvência como culposa. Apenas as atuações com dolo ou culpa grave são relevantes para efeitos de qualificação da insolvência como culposa. Para além disso, a lei prevê um elenco de presunções de insolvência culposa que não admitem prova em contrário, ou seja, presunções inilidíveis de 1) contributo para a insolvência ou para o seu agravamento<sup>9</sup>; e 2) de culpa grave (nexo de imputação do facto ao agente); e 3) de dano; e 4) de nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Depois, no plano da *disciplina jurídica* da obrigação de indemnizar: a obrigação de indemnizar é subsidiária, solidária e ilimitada.

É *subsidiária*, pois só há lugar a indemnização se o ativo for insuficiente para a cobertura do passivo, constituindo, assim, uma responsabilidade de segunda linha (só atua após a excussão prévia do património dos responsáveis principais).

É *solidária*, pois, se houver vários obrigados a indemnizar (concorrência de causas do mesmo dano), e tal como na responsabilidade aquiliana, a obrigação de indemnizar está sujeita ao regime excecional (e mais favorável aos credores) da solidariedade (manifestação do *favor creditoris*)<sup>10</sup>.

É *ilimitada*, numa dupla aceção. Num primeiro sentido, porque a obrigação de indemnizar abrange todos os créditos, constituídos antes ou depois da atuação. Ou seja, desde logo, serão

<sup>7</sup> Sobre as funções preventiva e punitiva que a responsabilidade meramente civil desempenha, ainda que secundária ou indiretamente, veja-se JORGE, Pessoa, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1995 (reimpressão), p. 52.

<sup>8</sup> ADELAIDE MENEZES LEITÃO defende que a responsabilidade prevista no artigo 189.º, n.º 2, alínea e) constitui uma “sanção por comportamentos dolosos ou com culpa grave dos administradores, correspondendo nesse sentido à previsão do art. 818.º do CC na parte em que se refere aos actos com prejuízo para o credor (...) funcionando como uma fiança legal” – *Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril*, in: “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 279 e 280. SOVERAL MARTINS fala de uma dimensão punitiva da responsabilidade - *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, p. 437.

<sup>9</sup> Em algumas das alíneas podemos encontrar apenas ficções legais – ANTUNES, Henrique Sousa, *Natureza e Funções da Responsabilidade Civil por Insolvência Culposa*, in: “V Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2019, p. 151. Considerando que o n.º 2 não contém presunções da hipótese prevista no n.º 1 do artigo 186.º, veja-se DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*, in: “III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 160.

<sup>10</sup> Ou seja, em face do lesado, “qualquer dos responsáveis é obrigado a reparar todo o dano” – VARELA, J. Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 923.

indemnizados, quer os créditos sobre a massa, quer os créditos sobre a insolvência<sup>11</sup>, devendo estes estar reconhecidos no processo de insolvência. Depois, e em segundo lugar, serão também abrangidos os créditos, constituídos ou vencidos, antes do período temporal de três anos que precedeu o início do processo de insolvência como se considerou no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de outubro de 2020 (HENRIQUE ARAÚJO), sob pena de cairmos no absurdo de, fora dessa janela temporal, “os administradores poderem praticar (...) todos os actos que quisessem (com dolo ou culpa grave), susceptíveis de serem criadores da situação de insolvência ou do agravamento dessa situação, sem que pudessem ser responsabilizados nos termos” da alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º”. Em terceiro e último lugar, serão também abrangidos os créditos, constituídos ou vencidos, em período temporal anterior à data de entrada em vigor da Lei n.º 16/2020, de 20 de abril. Tal entendimento não viola o princípio da proibição da eficácia retroativa das leis (artigo 12.º do Código Civil<sup>12</sup>), pois consideramos que é apenas a atuação do devedor ou dos administradores que releva para efeitos de qualificação da insolvência – e será apenas essa atuação que deve ocorrer já na pendência da nova redação do preceito<sup>13-14</sup>.

É ilimitada num segundo sentido, pois todo o património do afetado responde pelo passivo a descoberto. Esta universalidade já decorreria do princípio geral previsto no artigo 601.º do

<sup>11</sup> Considerando não haver razões para distinguir as duas categorias de créditos, veja-se, no Direito espanhol, QUIJANO González, Jesús, *La Responsabilidad Concursal Tras la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal*, in: “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, La Ley, n.º 18/2013, p. 62. Defendendo que apenas os créditos sobre a insolvência estão abrangidos, cfr. MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, p. 432.

<sup>12</sup> Sendo uma norma de natureza substantiva, é aplicável o disposto no artigo 12.º do Código Civil – assim, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de outubro de 2020 (HENRIQUE ARAÚJO).

<sup>13</sup> Como se afirma no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de julho de 2021 (ANA PAULA BOULAROT), “atente-se que estas normas não fazem assentar a causa da potencial condenação das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência, na data do vencimento das dívidas, mas antes na data da ocorrência dos factos que são susceptíveis de originar e produzir a apontada qualificação, consubstanciados no comportamento conflituante dos Requeridos enquanto administradores, ao infringirem as obrigações contabilísticas susceptível de preencher a cláusula geral de insolvência culposa”. No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de outubro de 2020 (HENRIQUE ARAÚJO).

<sup>14</sup> Não acompanhamos, por isso, a tese do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de janeiro de 2020 (TOMÉ DE CARVALHO), onde se lê o seguinte. “Até ao momento da alteração normativa, parece evidente que o destinatário da norma não poderia contar com a improbabilidade de que, futuramente, o seu património pessoal pudesse ser afectado por uma forma de responsabilização solidária perante os credores do devedor. Na realidade, a partir da entrada em vigor dessa regra jurídica – e não antes –, o destinatário da norma já poderia perspectivar que a vinculação normativa lhe era aplicável e poderia ter esses efeitos. E é esse também o momento em que os credores da massa insolvente adquirem a possibilidade de garantir o pagamento dos seus créditos não satisfeitos através do hipotético recurso ao património das pessoas afectadas pela qualificação, caso não existissem outras garantias disponibilizadas legalmente ou por via contratual. Existe assim uma proibição constitucional implícita de recorrer a formas retroactividade imprópria, por contender com o princípio da confiança e da segurança, sempre que as novas escolhas legislativas tenham uma repercussão grave sobre o património do destinatário da norma, quando este não poderia prever a entrada em vigor de uma norma que, na qualidade de gerente ou de administrador de uma sociedade comercial ou situação paralela, lhe impusesse a possível condenação solidária de indemnizar os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças do respectivo património, desde que verificados determinados pressupostos”. Também não merece a nossa concordância a restrição desta tese aos créditos vencidos anteriormente. Por que razão exclui os créditos constituídos, mas não vencidos?

Código Civil<sup>15</sup>, sendo reforçada pelo artigo 189.º, n.º 2, alínea e), através das expressões “até às forças dos respetivos patrimónios” (na redação inicial, introduzida pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril) ou “considerando as forças dos respetivos patrimónios” (na nova versão, introduzida pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro).

## II. A FIXAÇÃO DO *QUANTUM INDEMNIZATÓRIO*

A principal questão que tem sido apreciada pela nossa jurisprudência das Relações e do Supremo Tribunal de Justiça respeita aos critérios de apuramento do montante indemnizatório, ou seja, à articulação entre as alíneas a) e e) do n.º 2 e o n.º 4, do artigo 189.º.

Será que os afetados pela qualificação da insolvência deverão ser *sempre* condenados a indemnizar os credores do insolvente no montante dos créditos não satisfeitos no processo de insolvência (tal como resulta da letra da alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º) ou deverão ser obrigados a reparar *apenas* os prejuízos concretamente causados aos credores do insolvente (segundo uma interpretação corretiva do mesmo preceito legal)?

A tese dominante na jurisprudência é a segunda. Podemos já adiantar que defendemos a primeira.

### 1. A interpretação corretiva do artigo 189.º, n.º 2, alínea e)

Até à presente data, tem sido dominante, no seio da jurisprudência das Relações, o entendimento de que o juiz apenas poderá condenar os afetados a repararem os danos concretamente causados aos credores do insolvente (embora com diferentes matizes, como veremos). A favor desta tese, têm sido aduzidos vários argumentos.

Em algumas decisões, a interpretação literal do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) tem sido afastada com fundamento na sua articulação com o disposto no artigo 189.º, n.º 4. Com efeito, este preceito permite ao juiz, por não ser ainda possível fixar o montante da indemnização, apenas indicar os elementos que deverão ser atendidos para o apuramento ulterior desse montante, em sede de liquidação da sentença. No pressuposto hermenêutico de que o legislador não foi redundante, este segmento normativo só fará sentido se o montante da indemnização não corresponder ao passivo a descoberto, mas sim apenas aos danos concretamente causados (ou se aproximar deles) e se tiver em consideração, para esse efeito, o grau de culpa e de ilicitude da atuação<sup>16</sup>.

Um outro argumento que tem sido invocado para sustentar a interpretação corretiva, embora sem expressa convocação legal na disciplina jus-insolvencial, é o princípio da proporcionalidade

<sup>15</sup> Assim, LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril*, in: “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, p. 281.

<sup>16</sup> Por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de dezembro de 2015 (MARIA DOMINGAS SIMÕES) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de julho de 2020 (JOSÉ ALBERTO DIAS).

(na sua tripla vertente – adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*). O princípio da proporcionalidade tem sido invocado pela jurisprudência dominante para sustentar a regra da fixação de montante indemnizatório próximo dos danos causados e, por isso, em regra, inferior ao passivo a descoberto. Entende-se que a interpretação do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) à luz do referido princípio da proporcionalidade, exige “na sua subsunção casuística, a ponderação, não apenas da medida da culpa do afectado na criação ou agravamento da situação de insolvência (cfr. artigo 189.º, n.º 2 al. a), do CIRE) nos termos expostos, mas sobretudo da **medida do prejuízo causado pela conduta do afectado**”<sup>17</sup>.

## 2. Posição adotada

### 2.1. O passivo a descoberto

Consideramos que o *quantum* indemnizatório corresponde aos créditos sobre a insolvência verificados no processo de insolvência e também aos créditos sobre a massa que não foram

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de julho de 2021 (PEDRO DAMIÃO E CUNHA) (destaque no original). No Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de junho de 2017 (FILIPE CAROÇO), frequentemente citado pela jurisprudência, pode ler-se: “numa simples interpretação literal, parece que o afetado pela qualificação fica obrigado a indemnizar os credores do insolvente pela totalidade do valor dos créditos que a massa insolvente, por insuficiência, não possa satisfazer, contanto que no património do afetado existam bens suficientes para o efeito; ou seja, responde pelos créditos graduados e reconhecidos na medida em que a massa insolvente seja insuficiente para os cobrir, tendo como limite o esvaziamento do seu próprio património. Não nos parece que assim possa ser interpretada a norma, desde logo pela violação do princípio constitucional e penal da proporcionalidade e da proibição do excesso. Teríamos então, por hipótese, a possibilidade de um gerente afetado pela qualificação a responder com toda a sua massa patrimonial, com todos os seus bens, por créditos sobre uma sociedade insolvente que podem atingir milhões de euros, apenas por se ter apropriado de um bem a ela pertencente no valor de cinco ou seis mil euros, dentro dos 3 anos que precederam o início do processo de insolvência. Sanção brutal e inaceitável, por ser desproporcional ao prejuízo causado, e inconstitucional. Na verdade, decorre do princípio do Estado de direito democrático conexas com os direitos fundamentais, o princípio da proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que constitui, na realidade, um princípio de controlo a respeito da medida tomada pela autoridade pública - seja a autoridade administrativa, seja a autoridade judicial- no sentido de saber da sua conformidade aos princípios subconstitutivos da proibição do excesso, como sejam: (i) o princípio da conformidade ou adequação de meios; (ii) o princípio da exigibilidade ou da necessidade; (iii) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. De modo prático, pelo princípio da conformidade ou da adequação controla-se a relação de adequação medida/fim. Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da “*justa medida*” cuida-se de saber e avaliar, mediante um juízo de ponderação, se o meio utilizado é ou não proporcionado em relação ao fim. Saber se, no sopeso entre as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim ou fins, ocorre um equilíbrio ou, ao invés, são “desmedidas” (excessivas) as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim ou fins. O princípio da exigibilidade ou da necessidade (também conhecido pelo princípio da menor ingerência possível) coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível, exigindo-se, por isso, de quem toma a medida, a prova de que, para a obtenção de determinados fins não é possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão. A liberdade com que devemos interpretar e aplicar as regras de direito leva-nos a esclarecer o sentido daquela norma, numa interpretação constitucional, conforme aos citados princípios (art.º 5º, nº 3, do Código de Processo Civil). Entendemos que a pessoa afetada pela qualificação deve ser condenada a indemnizar os credores do insolvente pela diferença que existe entre aquilo que cada um deles recebe em pagamento pelas forças da massa insolvente, após liquidação, e o valor do seu crédito, não podendo a indemnização ser superior ao valor do prejuízo causado à massa com a prática dos factos fundamentadores da qualificação”.

satisfeitos no processo de insolvência<sup>18</sup>. Vários argumentos poderão ser aduzidos neste sentido: o elemento literal, o elemento histórico, o elemento teleológico e o elemento sistemático.

### 2.1.1. O elemento literal

Desde logo, o *elemento literal ou gramatical*: a letra do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), é cristalina, vinculando o juiz a fixar o montante da indemnização, *expressis verbis*, no valor do passivo a descoberto.

Na nossa perspetiva, a nova redação introduzida no preceito pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, não terá o anunciado efeito apaziguador (assumido no Preâmbulo da respetiva Proposta de Lei), em nada alterando os termos da equação, nem a posição por nós assumida. Efetivamente, se o n.º 2, alínea e), por um lado, continua omissa quanto aos prejuízos concretamente causados aos credores, por outro lado, continua a fazer referência ao passivo a descoberto, agora como limite máximo do *quantum* indemnizatório, e sem acrescentar qualquer outro critério densificador (ou seja, pode o montante ser inferior? com fundamento em que critérios? em regra ou apenas a título excepcional?). Efetivamente, a alteração apenas deu cabimento legal a uma tese que já era pacífica: até à data, é consensual o entendimento de que a indemnização nunca poderá ultrapassar o montante do passivo a descoberto (mesmo que os danos concretamente causados aos credores sejam superiores).

Soube, por isso, a muito pouco esta reforma legislativa...

### 2.1.2. O elemento histórico

Em segundo lugar, o *elemento histórico*, ou seja, os elementos relacionados com a história do preceito, a saber: os trabalhos preparatórios e o direito comparado.

Da compulsão dos *trabalhos preparatórios* parece resultar que o equívoco poderá ter origem no processo legislativo de 2012. Efetivamente, no “Anteprojeto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, datado de 24 de novembro de 2011, o texto da nova alínea e) do artigo 189.º, n.º 2, era o seguinte: “Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente pelos prejuízos que estes hajam

<sup>18</sup> Assim, também, DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*, in: “III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 172; BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa – da falência punitiva à insolvência reconstitutiva*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 38 e *Qualificação da Insolvência – evolução da figura*, in: “Revista de Direito da Insolvência”, n.º 0, Almedina, Coimbra, 2016, p. 23; LEITÃO, Luís Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2021, p. 296. Para ADELAIDE MENEZES LEITÃO, trata-se de uma “responsabilidade patrimonial, que não pressupõe a existência de prejuízos, mas de dívidas pelas quais responde o património do devedor” – *Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril*, in: “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 270 e 281. Assim o considerámos no nosso *Manual de Direito da Insolvência*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2019, p. 166. Para SOVERAL MARTINS, o montante dos créditos não satisfeitos “parece ser também o montante dos prejuízos sofridos tido em conta no art. 189.º, 4” - *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, p. 433.

sufrido, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade” (sublinhado nosso).

Por isso, no referido Anteprojeto, no n.º 4 do artigo 189.º, se lia: “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” (destaque nosso).

Porém, o texto final do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), introduzido pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, configurou um volte-face relativamente aos critérios de cálculo da indemnização, tendo o legislador optado por indemnizar o passivo a descoberto, sem, no entanto, ter curado de ajustar a redação do n.º 4 a esse distinto critério.

Quanto ao *Direito Comparado*, foi no ordenamento jurídico espanhol que o legislador pátrio se inspirou ao criar a nova figura do incidente de qualificação da insolvência como culposa, mais concretamente na Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) que tinha muito recentemente introduzido inovadoramente o instituto da calificación (por sinal, inspirado, entre outros, no nosso Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência, nos seus artigos 126.º-A a 126.º-C). À data, ou seja, na versão inicial do diploma congénere, o artigo 172, 3, da Ley Concursal dispunha o seguinte:

*“la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”*

Na sua configuração inicial, este instrumento jurídico espanhol foi concebido com “o fin de pago directo de créditos insatisfechos a los acreedores”<sup>19</sup>. A doutrina e a jurisprudência espanhola cedo divergiram quanto à sua natureza jurídica – ressarcitória, sancionatória ou híbrida. A disciplina legal da responsabilidade concursal foi sucessivamente alterada, vigorando atualmente a seguinte norma (artículo 456, Ley Concursal – condena a la cobertura del déficit)<sup>20</sup>:

*“1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.*

<sup>19</sup> QUIJANO González, Jesús, *La Responsabilidad Concursal Tras la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal*, in: “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal”, La Ley, n.º 18/2013, p. 52.

<sup>20</sup> Versão introduzida pelo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

2. *Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.*

3. *En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.”*

Esta nova versão não teve o efeito apaziguador pretendido. Efetivamente, no cálculo do montante indemnizatório cumpre distinguir a conduta criadora ou agravadora da insolvência e a medida em que essa conduta criou ou agravou a insolvência. Porém, o problema coloca-se, agora, neste segundo momento: como se calcula esta “medida”? Para FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA trata-se precisamente do *deficit* concursal, pois “la función de esta responsabilidad, a distinguir de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, consiste en neutralizar las consecuencias negativas para los acreedores de comportamientos de gestión que hayan sido determinantes de um traslado o un incremento indevido del riesgo empresarial sobre todos o parte de los acreedores del deudor”<sup>21</sup>.

### 2.1.3. O elemento teleológico

Em terceiro lugar, o *elemento teleológico* (o espírito da lei ou *ratio legis*). É por demais evidente que o incidente qualificador da insolvência tem natureza punitiva e preventiva (para além da sua função ressarcitória). Como referimos *supra*, este efeito da qualificação da insolvência como culposa foi (re)introduzido no nosso ordenamento jurídico apenas com a reforma do CIRE operada pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril<sup>22</sup>. Na exposição de motivos da respetiva Proposta de Lei, pode ler-se: “No âmbito do processo de insolvência, intensificam-se os mecanismos de responsabilização do devedor bem como dos seus administradores de direito ou de facto, sempre que aquele seja uma pessoa colectiva, sancionando-se com regras rígidas de responsabilidade civil todos os devedores que, por culpa sua, criem situações de insolvência ou que não se apresentem atempadamente à insolvência. Ainda com a finalidade de compelir os agentes económicos a efectuarem uma gestão empresarial prudente, reduz-se para metade o prazo que tais devedores têm para se apresentarem à insolvência, passando este prazo de 60 para 30 dias, em linha com algumas das mais avançadas práticas internacionais neste domínio (artigos 18.º e 189.º)”.

Depois, esta feição repressivo-preventiva perpassa por toda a disciplina jurídica do incidente qualificador da insolvência, desde os pressupostos da insolvência culposa até aos seus efeitos,

<sup>21</sup> *Calificación Concursal y Responsabilidad de Administradores Sociales*, in: “Manual de Derecho Concursal”, dirección Juana Pulgar Ezquerro, 3ª edición, La Ley, 2020, p. 472.

<sup>22</sup> Recupera-se (em parte) uma solução há muito propugnada por nós, e que já tinha integrado o Anteprojeto do Diploma que aprovou o CIRE. No seu artigo 171.º, n.º 2, al. e), previa a “condenação das pessoas afectadas a indemnizarem os credores dos danos e prejuízos causados, determinando-se na própria sentença o montante da indemnização ou os critérios aplicáveis à sua quantificação”. Na al. f) estabelecia “quando for solidária a responsabilidade em virtude da imputabilidade do acto danoso a mais do que uma pessoa, a repartição da obrigação de indemnizar nas relações entre os diferentes responsáveis”. Veja-se, entre outros estudos, o nosso *Efeitos da Declaração de Insolvência sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in: “Direito e Justiça”, vol. XIX, tomo II, 2005, p. 202.

formando um todo coerente<sup>23</sup>. Recordemos que a *insolvência é culposa quando* o devedor ou os seus administradores de direito ou de facto contribuíram, como dolo ou culpa grave, para a situação de insolvência ou para o seu agravamento. O elenco fechado de presunções legais, tipificado no artigo 186.º, n.º 2 e 3, é composto por normas qualificadas por MANUEL CARNEIRO DA FRADA como normas de protecção<sup>24</sup>. Por isso, e “levando longe a preocupação de prevenir com eficácia a lesão de um interesse ou bem jurídico, elas permitem como que “pré-protégê-lo” (ou “antecipar” a sua protecção), vedando ou proscrevendo condutas independentemente de se demonstrar que essas condutas apresentam no caso concreto um perigo para tal interesse ou bem jurídico (podem mesmo proibir a prova do contrário)”<sup>25</sup>.

Quanto aos seus *efeitos*, devemos ter presente que não estamos no plano das consequências de um mero incumprimento culposo de uma obrigação (responsabilidade obrigacional), mas sim no âmbito de uma responsabilidade insolvencial, que gera a obrigação de cobertura do passivo a descoberto<sup>26</sup>, ou seja, de neutralização das consequências negativas para os credores de atuações dos administradores que potenciaram a transferência total ou parcial do risco empresarial para a esfera dos credores.

No entanto, ainda que se defenda que apenas os prejuízos concretamente sofridos são reparáveis, será necessária prudência no apuramento dos concretos danos indemnizáveis, devendo aqui abranger-se, por um lado, *apenas* os danos causados, mas, por outro lado, *todos* os danos causados. Neste domínio, *reveste-se de especial dificuldade a tarefa de identificação dos danos indemnizáveis*. A insolvência desencadeia efeitos gravosos para os credores, que vão muito para além da mera insatisfação total ou parcial dos créditos – os credores são arrastados para um “calvário” de restrições processuais e substantivas, de realinhamento de posições creditícias, seja porque novos credores entram na corrida (os credores da massa ou os credores da insolvência cujos créditos se vençam por efeito da declaração de insolvência) seja porque a

<sup>23</sup> HENRIQUE SOUSA ANTUNES realça que esta “congruência entre as condições de imputação do facto e as consequências do juízo correspondente” é uma condição de validade do regime – *Natureza e Funções da Responsabilidade Civil por Insolvência Culposa*, in: “V Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2019, p. 135.

<sup>24</sup> Ricardo Costa considera que “os n.ºs 2 e 3 do art. 186.º CIRE se constituem no ordenamento jussocietário como concretizações do art. 64.º, 1, CSC (relevantes para uma responsabilidade perante a sociedade), e como normas legais de protecção e impositivas de deveres jurídicos específicos (relevantes para a responsabilidade dos administradores perante credores, sócios e outros terceiros, de acordo com os arts. 78.º e 79.º CSC) – *Gestão das Sociedades em Contexto de “Crise da Empresa”*, in: “Estudos Dispersos”, Almedina, Coimbra, 2020, p. 60.

<sup>25</sup> *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, p. 693.

<sup>26</sup> NUNO PINTO DE OLIVEIRA considera que, “em ligação com o n.º 4”, o artigo 189.º, n.º 2, alínea e) consagra uma presunção de dano e de causalidade – *Responsabilidade Civil dos Administradores pela Insolvência Culposa*, in: “I Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 252. CATARINA SERRA defende que a alínea e) do n.º 2 e o n.º 4 do artigo 189.º serão harmonizáveis do seguinte modo: o n.º 2, alínea e) consagra uma presunção relativa de dano e de nexos causal entre a atuação e o dano, podendo essa presunção ser afastada pela demonstração de que a atuação não gerou qualquer dano ou produziu um dano inferior ao montante dos créditos não satisfeitos – *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 167. Para SOVERAL MARTINS, não se pode sequer afirmar que exista presunção de causalidade ou que essa presunção admita prova em contrário - *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, p. 436.

lei reordena as preferências creditórias (pense-se nos créditos subordinados, como os juros vencidos na pendência do processo de insolvência).

Nunca poderá, por isso, o montante indemnizatório resumir-se ao ato concretamente causado pela atuação do administrador. Até porque, a formulação da teoria da causalidade adequada (artigo 566.º do Código Civil) deve ter em consideração que “o que ao jurista cumpre averiguar é o ponto de vista em que o Direito se deve colocar para seleccionar, *entre as várias condições de certo evento danoso*, as que legitimam a imposição, ao respetivo autor, da obrigação de indemnização. Quando é que, *para tal efeito*, o facto pode e deve ser tido como causa do dano”. Se a prática de um determinado ato ilícito e gravemente culposo foi condição para a produção do dano insolvência, será em princípio causa adequada desse dano. Por isso, compreende-se que “o prejuízo (embora devido a caso fortuito ou, em certos termos, à conduta do terceiro) recaia em princípio, não sobre o titular do interesse atingido [os credores], mas sobre quem, agindo *ilicitamente*, criou a *condição* do dano registado”<sup>27</sup>.

Como afirma MANUEL CARNEIRO DA FRADA “quanto aos credores, a causação da insolvência conduz à indemnização daquela porção dos seus créditos que não foi satisfeita, mas que o teria sido se a administração tivesse sido diligente e a insolvência não sobreviesse. *Mutatis mutandis*, quanto ao agravamento da insolvência”<sup>28</sup>.

Veja-se, a este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de janeiro de 2019 (MÁRCIA PORTELA): “retirou-se o título [jornal], sem contrapartida, da esfera do Insolvente, cerceando-lhe qualquer possibilidade de rendimento à sombra dele para realizar os seus fins na esfera do Requerido e da sociedade do filho. Ao invés de procurar manter o título no património do insolvente e de o fazer de algum modo prosperar em ordem a gerar rendimentos para pagar as dívidas já existentes da sociedade, o Requerido optou por afastar o título da esfera da sociedade, desassociando-o das dívidas desta, e indo integrá-lo na sua (dele Requerido) esfera e na do filho. Por outras palavras, parte-se do princípio que se o título não tivesse sido transferido teriam sido gerados rendimentos que permitiriam satisfazer as dívidas, donde o dano causado pela transferência do título equivale ao valor dos créditos não satisfeitos”.

Ou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de outubro de 2020 (HENRIQUE ARAÚJO), que considerou que “o nexó de causalidade que realmente importa é o que se estabelece entre os factos que serviram de fundamento à qualificação da insolvência como culposa e o dano, traduzido este na não satisfação dos créditos no processo de insolvência. Esse nexó de causalidade consiste, portanto, na criação ou agravamento da situação de insolvência em consequência da actuação dos administradores da devedora”.

<sup>27</sup> VARELA, J. Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 894.

<sup>28</sup> *A Responsabilidade dos Administradores na Insolvência*, in: “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 698 e 699.

#### 2.1.4. O elemento sistemático

Em quarto e último lugar, o *elemento sistemático* (os lugares paralelos e outras disposições da lei que possuem cruzamentos sistemáticos com o preceito legal em apreço), que obriga a uma leitura integrada do artigo 189.º, n.º 2, alínea e) com o seu n.º 4, e com os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 186.º.

Consideramos que a disciplina prevista no n.º 4 do artigo 189.º não é meramente redundante relativamente ao n.º 2, alínea e), mas sim complementar. Há inúmeras hipóteses em que o juiz, no momento da prolação da sentença, não está de posse dos elementos suficientes para fixar o montante indemnizatório (o *quantum* do passivo a descoberto), mas nenhuma delas se reconduz à apreciação da culpa, da gravidade do ilícito ou do nexo de causalidade. Isto porque, aquando da prolação da sentença qualificadora, o juiz já apreciou (e já se pronunciou sobre) a atuação do afetado, a sua ilicitude, o seu grau de culpa, e o contributo da sua atuação para os danos<sup>29</sup> – no fundo, sobre os pressupostos da qualificação da insolvência como culposa, sem cujo preenchimento não pode nunca a insolvência ser qualificada como culposa e, assim, não há lugar a qualquer indemnização (artigo 186.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Pense-se na hipótese de um determinado crédito ser objeto de plano de insolvência onde se prevê o seu pagamento em 48 prestações mensais, depois de um período de carência de seis meses. Neste caso, o crédito indemnizatório previsto no artigo 189.º, n.º 2, alínea e), terá natureza futura, hipotética e eventual: ou seja, para que o crédito indemnizatório nasça na esfera jurídica do credor lesado, é necessário que se observe o disposto no artigo 218.º, n.ºs 1, alínea a), e 2<sup>30</sup>.

Pense-se ainda nas seguintes hipóteses aventadas por CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA: por exemplo, o agravamento do passivo pode ter resultado de atuação do administrador da insolvência (pelo acumular de dívidas da massa que não são necessárias) ou, até, a diminuição do ativo poderá decorrer de uma liquidação lesiva para os interesses dos credores<sup>31</sup>. Ou seja, casos que poderiam ser subsumíveis no concurso de responsabilidades.

Pense-se, por último, no cenário de inexistência de bens no património do afetado (que já havia sido declarado insolvente), o qual não configura impedimento para a prolação de sentença condenatória no pagamento da indemnização<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de julho de 2020 (JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS). A medida das inibições dela decorrentes também pressupõe essa apreciação. Isto significa, em síntese, que, aquando da prolação da sentença, o juiz já possui os elementos necessários ao seu apuramento. E também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de abril de 2021 (ISABEL FONSECA)

<sup>30</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de junho de 2020 (JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS).

<sup>31</sup> *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Quid Juris Editora, Lisboa, 2013, p. 698, nota 16.

<sup>32</sup> Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de abril de 2021 (ISABEL FONSECA).

## 2.2. O princípio da proporcionalidade como *ultima ratio*

Em síntese, consideramos que o montante indemnizatório deverá corresponder, em regra, ao montante do passivo a descoberto.

Na esmagadora maioria dos Arestos analisados, a insolvência foi qualificada como culposa com fundamento no preenchimento de várias alíneas do artigo 186.º, n.º 2 (e também do n.º 3), sobretudo no incumprimento, em termos substanciais, da obrigação de manter contabilidade organizada, ou na manutenção de contabilidade fictícia ou de dupla contabilidade (alínea h) do n.º 2), na ocultação de todo ou parte considerável do património do devedor (alínea a) do n.º 2), na disposição dos bens do devedor em proveito próprio ou de terceiro (alínea d) do n.º 2), na prossecução de exploração deficitária (alínea g) do n.º 2)<sup>33</sup>, na violação do dever de apresentação à insolvência (n.º 3, alínea a))...<sup>34-35</sup>

Trata-se de condutas merecedoras de especial censurabilidade ou reprovabilidade pessoal, pois fundam-se no dolo<sup>36</sup> ou na culpa grave<sup>37</sup>, as modalidades mais graves de culpa<sup>38</sup>.

Neste contexto, será assim tão desproporcionado obrigar os afetados a reporem o passivo a descoberto? Não nos parece<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> A propósito do preenchimento desta alínea, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 1 de outubro de 2013 (MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO) pode ler-se, de forma impressiva: “Não esquecendo os objectivos (também moralizadores) do Código da Insolvência (ver o preâmbulo da lei), neste particular importará assinalar que o gestor médio deve considerar que há um momento para parar, na defesa dos credores, não prosseguindo uma exploração deficitária, até ficar sem nada para apresentar aos credores”.

<sup>34</sup> Não se trata, por isso, de expor os administradores a um risco desmesurado no exercício da sua função. Esse risco é proporcional à gravidade da sua atuação. Em sentido contrário, DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*, in: “III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 153.

<sup>35</sup> No Direito francês, salientando esta pluralidade de factos em que assenta a condenação por “faute de gestion” – veja-se, com exemplo, SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, *Droit des Entreprises en Difficulté*, 12ème edition, LGDJ, Paris, 2020, p. 961.

<sup>36</sup> Aqui abarcado o *dolo direto* (“o agente *representa* ou *prefigura* no seu espírito determinado *efeito* da sua conduta e *quer* esse efeito como fim da sua actuação, apesar de conhecer a ilicitude dele”), o *dolo necessário* (“não querendo directamente o facto ilícito, o agente todavia o previu como uma consequência *necessária, segura*, da sua conduta”) e o *dolo eventual* (“o agente previu a produção do facto ilícito, não como uma consequência *necessária* da sua conduta, mas como um efeito apenas *possível* ou *eventual*”) – VARELA, J. Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 570.

<sup>37</sup> A mera culpa ou negligência assenta na omissão de um dever de diligência, e pode revestir diferentes graus ou intensidades: a *culpa grave* (que “consiste em não fazer o que faz a generalidade das pessoas, em não observar os cuidados que todos em princípio adoptam”), a *culpa leve* (“a omissão da diligência *normal*”) e a *culpa levíssima* (“a omissão dos cuidados especiais que só as pessoas muito prudentes e escrupulosas observam”) – VARELA, J. Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 577.

<sup>38</sup> Realçando uma incompreensível mitigação do incidente qualificador da insolvência, JOSÉ MANUEL BRANCO, em 2015 afirmava: “são várias as decisões dos tribunais superiores que parecem evidenciar qualificada exigência para a validação dos tradicionais pressupostos da responsabilização, a despeito da óbvia ilicitude da maioria dos comportamentos previstos nas alíneas do atual art. 186.º e as presunções de culpa e até denexo causal aí vertidas” – *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa – da falência punitiva à insolvência reconstitutiva*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 39.

<sup>39</sup> Aliás, esta fixação em abstrato do montante indemnizatório não é nova no nosso ordenamento jurídico. Pense-se, por exemplo, no artigo 442.º, n.º 2, no artigo 806.º ou no artigo 810.º (todos do Código Civil).

Porém, em casos *absolutamente excecionais*, com fundamento no princípio da proporcionalidade<sup>40-41</sup> poderá esse montante ser inferior ao passivo a descoberto, aproximando-se do prejuízo causado<sup>42</sup>.

O *princípio da proporcionalidade* (“Übermassverbot”, “standard of reasonableness”, “ragionevolezza”) constitui um princípio jurídico geral que – tendo embora os seus afloramentos mais conhecidos no âmbito do Direito Constitucional (*maxime*, na colisão de valores constitucionais) e do Direito Administrativo (artigo 2.º do Código do Procedimento Administrativo) – traduz um mandamento geral de justa medida também relevante no domínio jurídico-privado, que impõe que o sacrifício dos bens ou interesses dos particulares deva ser adequado, necessário e equilibrado do ponto de vista dos fins concretos prosseguidos por tal sacrifício. Porém, tal como é referido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2021 (BARATEIRO MENDES), “não deve o juiz perder de vista, na fixação das indemnizações, que a responsabilidade consagrada no art. 189.º, n.º 2, al. e), do CIRE (sobre as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa) tem uma função/cariz misto, ou seja, sem prejuízo da sua função/cariz ressarcitório, tem também uma dimensão punitiva ou sancionatória (da pessoa afetada/culpada na insolvência), pelo que a observância do princípio da proporcionalidade não exige que a indemnização a impor tenha que ser avaliada como justa, razoável e proporcionada,

<sup>40</sup> CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA também questionam a aplicação do preceito nos casos em que o passivo a descoberto ultrapassa “largamente” o prejuízo causado aos credores com a sua atuação – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 698, nota 17. SOVERAL MARTINS considera “que este regime pode ser bastante gravoso para os afetados. Até se pode perguntar se a desproporção não pode acabar por ser de tal ordem que conduza a um juízo de inconstitucionalidade” - *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, p. 437.

<sup>41</sup> No Direito Civil, veja-se, por exemplo, o artigo 812.º do Código Civil. Defendendo, com fundamento no princípio da proporcionalidade a “tutela ponderada de um certo tipo de devedor (o devedor individual **pouco culpado**, economicamente débil e sem qualquer cobertura de responsabilidade)” (destaque no original), PROENÇA, J. Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não cumprimento das Obrigações*, 3ª edição atualizada, UCE, Porto, 2019, pp. 302 e 303.

<sup>42</sup> Conferindo este caráter excecional, veja-se o Acórdão da Relação de Lisboa, de 27 de abril de 2021 (ISABEL FONSECA): “O regime legal plasmado no art. 189.º do CIRE, quanto à indemnização devida aos credores da insolvência, deve ser interpretado, com base numa leitura integrada do texto vertido no seu número 2, alínea e) e número 4 e a exigência de uma leitura conforme ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que a indemnização devida pela entidade afetada pela qualificação deverá, em princípio e tendencialmente, corresponder à diferença entre o valor global do passivo e o que o ativo que compõe a massa insolvente logrou cobrir, salvaguardando-se, no entanto, que esse valor possa ser fixado em montante inferior sempre que o comportamento da pessoa afetada pela qualificação justifique essa diferenciação, mormente por ser diminuta a medida da sua contribuição para a verificação dos danos patrimoniais em causa, assim mitigando o recurso àquele critério exclusivamente aritmético e que, por isso, em determinadas circunstâncias, pode ser redutor”. E, também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24 de setembro de 2020 (CONCEIÇÃO SAMPAIO), que considerou que, só em casos muito excecionais, poderá o montante indemnizatório ser reduzido em atenção ao grau de culpa e ao contributo para a insolvência ou o seu agravamento (no caso concreto, não houve redução do montante indemnizatório, até porque, como se realçou, não houve um contributo dos credores ou de outrem para os danos).

mas sim e apenas, num controlo mais lasso, que a indemnização a impor não seja avaliada como excessiva, desproporcionada e desrazoável”<sup>43</sup>.

Esta excecional redução do *quantum respondeatur* deverá considerar o grau de ilicitude da atuação, o caráter reiterado ou isolado da mesma, o nexos de causalidade adequada entre a atuação e os danos e, em certa medida, o grau de culpa (para nós, com menor peso<sup>44-45</sup>, pois devemos ter presente que se trata de uma atuação com culpa qualificada<sup>46-47</sup>). Assim se

<sup>43</sup> Com uma ponderação distinta, e que não acompanhamos, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28 de março de 2019 (RAQUEL BAPTISTA TAVARES): “Da conjugação do disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º do CIRE com o teor do n.º 4 do mesmo preceito deve concluir-se que a indemnização aí prevista, e em que deve ser condenado o afetado pela qualificação, terá como limite máximo a diferença entre o valor dos créditos reconhecidos e o que é pago aos credores pela massa insolvente, mas deverá aproximar-se, de forma a salvaguardar a necessária relação de adequação e proporcionalidade, do montante dos danos causados com o comportamento daquele que conduziu à qualificação da insolvência como culposa, sem esquecer também que tem também natureza sancionatória”.

<sup>44</sup> Assim se entendeu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de julho de 2020 (JORGE SEABRA): “a interpretação e aplicação da norma do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), do CIRE, tem de mostrar-se conforme àqueles princípios constitucionais, exigindo, pois, na sua subsunção casuística, a ponderação, não apenas da medida da culpa do afetado na criação ou agravamento da situação de insolvência (cfr. artigo 189.º, n.º 2 al. a), do CIRE), mas sobretudo da **medida do prejuízo causado pela conduta do afetado**” (destaque no original). Ou no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9 de julho de 2020 (JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS), muito embora se admitisse em tese a redução do montante indemnizatório em função do grau de culpa, no caso concreto considerou-se que “o grau de culpa evidenciado pela apelante reclama que esta tenha de responder pelos créditos sobre a insolvente que venham a ficar insatisfeitos uma vez liquidada a massa insolvente, até aos limites do seu património pessoal, nos termos estabelecidos na al. e), do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, sem que nessa condenação pessoal se descortine qualquer desproporcionalidade”. Com idêntica ponderação do grau de culpa, OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores pela Insolvência Culposa*, in: “1 Colóquio de Direito da Insolvência de Santo Tirso”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 246.

<sup>45</sup> Pelo que nunca poderá ser um critério exclusivo, como o foi no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de outubro de 2020 (VIEIRA E CUNHA): “Todavia, a aplicação conjugada dos art.ºs 186.º e 189.º n.ºs 2 al. a) e e) e 4 CIRE vincula a uma interpretação que salvaguarde o princípio da proporcionalidade, pelo que, na fixação do montante indemnizatório, deve ser ponderada a culpa do afetado”.

<sup>46</sup> Quanto à medida da culpa, devemos ter presente que a conduta do agente é especialmente censurável, pois apenas a atuação dolosa ou com culpa grave releva para este efeito. Ou seja, a atuação do administrador que contribui para a situação de insolvência (ou para o seu agravamento) com culpa leve ou levíssima, releva logo a montante, pois será sempre excludente da qualificação da insolvência como culposa. Não podemos, por isso, a jusante (na fixação do montante indemnizatório) invocar o artigo 494.º do Código Civil, pois consideramos que este pressupõe uma atuação com culpa leve ou levíssima (assim, equiparando ao dolo a culpa grave, OLIVEIRA, Nuno Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 726). Não podemos, por isso, acompanhar a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de março de 2021 (FREITAS VIEIRA), que fixa o montante indemnizatório em valor inferior ao do passivo a descoberto, com fundamento no artigo 494.º, por se tratar de uma atuação com culpa leve e, também, na confissão e colaboração da pessoa afetada (considerações que entendemos não deverem ser convocadas em sede de responsabilidade civil).

<sup>47</sup> Não se deve confundir a culpa com o nexos de causalidade, como ocorreu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de outubro de 2019 (VIEIRA E CUNHA): “A aplicação conjugada dos art.ºs 186.º e 189.º n.ºs 2 al. a) e e) e 4 CIRE vincula a uma interpretação que salvaguarde o princípio da proporcionalidade, pelo que, na fixação do montante indemnizatório, deve ser ponderada a culpa do afetado, que deverá responder apenas na medida em que o prejuízo possa/deva ser atribuído ao acto ou actos determinantes dessa culpa”. Ou no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de maio de 2020 (ALEXANDRA PELAYO): “Na fixação desse montante indemnizatório deve ser ponderada a culpa do afetado, que deverá responder apenas na medida em que o prejuízo possa/deva ser atribuído ao ato ou atos determinantes dessa culpa”.

considerou, também, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 2021 (BARATEIRO MENDES): “entre as circunstâncias com relevo para apreciar a proporcionalidade ou desproporcionalidade da indemnização a fixar encontram-se os elementos factuais que revelam o grau de culpa e a gravidade da ilicitude da pessoa afetada (da contribuição do comportamento da pessoa afetada para a criação ou agravamento da insolvência): mais estes (os elementos respeitantes à gravidade da ilicitude) que aqueles (os elementos respeitantes ao grau de culpa), uma vez que, estando em causa uma insolvência culposa, o fator/grau de culpa da pessoa afetada não terá grande relevância como limitação do dever de indemnizar, sendo o fator/proporção em que o comportamento da pessoa afetada contribuiu para a insolvência que deve prevalecer na fixação da indemnização” (destaque nosso).

De qualquer modo, tal como o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9 de março de 2020 (JOÃO PROENÇA), onde se reconheceu o princípio da proporcionalidade, consideramos que competirá aos afetados demonstrarem que os danos concretamente causados aos credores são inferiores ao património dissipado<sup>48</sup>. Por isso, neste Aresto se fixou a indemnização no montante do património dissipado, sem qualquer restrição temporal aos créditos vencidos nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência (restrição que seria irrazoável, uma vez que a atuação exauriu a garantia patrimonial de todos os créditos, independentemente da data do seu vencimento).

Não podemos, por isso, acompanhar a aplicação do princípio da proporcionalidade em algumas das decisões jurisprudenciais compulsadas. Por exemplo, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de março de 2021 (ANABELA TENREIRO), ficou demonstrado que a sociedade foi sendo descapitalizada, com dolo direto, através de pagamentos a terceiros, sem qualquer fundamento contabilístico, durante os oito anos anteriores à abertura do processo de insolvência, no montante de €298.319,82. Porém, perante a falta de elementos que permitissem apurar com segurança o concreto prejuízo causado no período temporal legalmente exigido, com fundamento na equidade, fixou-se a indemnização em 20% das quantias indevidamente retiradas da sociedade<sup>49</sup>.

Nem tão pouco o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de setembro de 2019 (ANABELA DIA DA SILVA), que fixou a indemnização em montante inferior aos danos concretamente causados e demonstrados no processo. No caso, o passivo a descoberto ascendia a

<sup>48</sup> Com o mesmo entendimento, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de abril de 2021 (ISABEL FONSECA).

<sup>49</sup> No Aresto pode ler-se o seguinte: “No presente caso foram reconhecidos créditos no valor total de € 669.918,22 e apenas foram apreendidas 350 ações, equipamento do estabelecimento de corte e costura e uma viatura avaliada em € 13.000,00. Como acima se salientou, os pagamentos realizados a terceiros, sem fundamento contabilístico, no montante global de € 298.319,82 desde 2013, contribuíram decisivamente para o agravamento do passivo, descapitalizando a sociedade, como se nota no parecer. Afigura-se-nos, assim, que o prejuízo, em concreto, resultou do agravamento daquela situação através da contínua transferência de diversas quantias monetárias, não documentadas como gastos. Nesta conformidade e perante a falta de elementos seguros que nos permitam contabilizar, com rigor, o valor do prejuízo causado pela actuação do Requerido, impõe-se o recurso a critérios de equidade. Ora, tendo como referência aquele valor, correspondente à descapitalização de uma empresa de corte e costura e o último triénio, período temporal relevante para este efeito, fixa-se a indemnização devida em 20% do valor global retirado da empresa ao longo dos anos, com destino desconhecido”.

€1.114.558,77, o administrador havia alienado um imóvel pelo valor de €375.000,00 (e do qual se apropriou indevidamente), circunstância expressamente reconhecida como reveladora “de gravidade da conduta em causa e da culpa do sujeito afectado pela qualificação”. No entanto, surpreendentemente, a indemnização foi fixada em apenas €200.000,00.

### Vídeos da apresentação e debate

I



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/4ts0ueh0f/ipod.m4v?locale=pt>

II



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/4ts0uehbu/ipod.m4v?locale=pt>\*

III.



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/4ts0uehi6/ipod.m4v?locale=pt>

\* Fonseca Ramos – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Presidente Emérito da 6.ª Secção.