



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Dever dos Administradores na Prevenção da Insolvência

Joana Torres Campos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Dever dos Administradores na Prevenção da Insolvência

Joana Torres Campos

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado de Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2025

Um especial Agradecimento:

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro pela constante disponibilidade, pelos esclarecimentos importantes, pela paciência e, acima de tudo, pela orientação.

À minha família, em especial aos meus pais e irmãos, por acreditarem em mim e por me apoiarem ao longo de todo o meu percurso académico.

À Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e a todos os Professores e Colaboradores que se cruzaram no meu caminho e o tornaram mais especial.

“Quanto mais cedo um devedor puder detetar as suas dificuldades financeiras e tomar medidas adequadas, mais elevada será a probabilidade de evitar uma insolvência iminente ou, no caso de uma empresa cuja viabilidade esteja comprometida de forma permanente, mais ordenado e eficiente será o processo de liquidação”¹¹.

¹¹ Considerando 22 da Diretiva 2019/1023, de 10 de junho de 2019

ABREVIATURAS E SIGLAS

Al. – Alínea

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

BCE – Banco Central Europeu

CCII – Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza

CE – Comissão Europeia

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CP – Código Penal

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

EM – Estados-Membros

InsO – Insolvenzordnung

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

LC – Ley Concursal

N.º - Número

op. cit. – Opus Citatum

P. – Página

PER – Processo Especial de Revitalização

RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

RESUMO

No presente trabalho debruçar-nos-emos sobre o eventual dever que recai sobre os administradores de prevenirem a insolvência, em conformidade com o art. 19.º, al. b) da Diretiva 2019/1023, de 20 de junho de 2019, doravante designada Diretiva.

Começaremos por discutir os interesses conflitantes a que os administradores têm de atender no exercício da sua atividade, de modo a tentar descobrir quais são os que devem ser priorizados face à situação económica em que a sociedade se encontra, visto que o legislador europeu não consagrou uma hierarquização entre eles.

Em seguida, passaremos à tentativa de definição do conceito de “probabilidade de insolvência” sobre o qual, apesar de introduzido pelo legislador europeu, não existe qualquer consagração na Diretiva, bem como à sua delimitação temporal, com vista a percebermos a partir de que momento poderá ser imposto ao administrador cumprir com o dever de adotar comportamentos preventivos da situação de insolvência.

Neste sentido, recorrendo ao ordenamento jurídico nacional, analisaremos se este novo conceito abarca os conceitos nacionais de “situação económica difícil” e/ou de “insolvência iminente” e qual o prazo que deverá ser atendido para efeitos de responsabilização do administrador, no caso de não ter recorrido a mecanismos preventivos.

Chegados ao conceito de insolvência provável, a análise recairá, concretamente, sobre o dever consagrado no art. 19.º, al. b) da Diretiva, ou seja, o dever de os administradores tomarem medidas para evitarem a insolvência. Procuraremos, neste ponto, perceber se tal dever foi, ou não, transposto para o nosso ordenamento jurídico. Numa perspetiva negativa, tentaremos entender se a falta de transposição do dever em causa se deve ao facto de o legislador nacional considerar que o mesmo já se encontra consagrado, existindo já mecanismos de responsabilização dos administradores no caso de, perante uma situação pré-insolvencial, não adotarem qualquer tipo de comportamento preventivo.

Finalmente e adiantando a nossa conclusão, confrontados com a incongruência entre a ausência de qualquer dever de prevenção no CIRE e o crime de insolvência negligente, plasmado no art. 228.º, n.º 1, al. b) do CP, apresentaremos aquela que, a nosso

ver, é a solução que melhor compatibiliza o Direito Europeu e o Direito Penal nacional com o Direito da Insolvência português.

Palavras-Chave: Administradores; Insolvência Provável; Dever dos Administradores Prevenirem a Insolvência; Responsabilidade dos Administradores; Crime de Insolvência Negligente.

ABSTRACT

In the present work, we will focus on the potential duty of administrators to prevent insolvency, in accordance with Article 19(b) of Directive 2019/1023 of June 20, 2019.

We will begin by discussing the conflicting interests that administrators must consider in the exercise of their duties, aiming to identify which should be prioritized in light of the economic situation of the company. This is particularly important as, once again, the European legislator has refrained from establishing a hierarchy among these interests.

Subsequently, we will attempt to define the concept of "probability of insolvency," which, despite being introduced by the European legislator, is not specifically addressed in the Directive, as well as its temporal scope, in order to understand when the director may be required to fulfill the duty to adopt preventive measures to avoid insolvency.

In this regard, drawing on national legal provisions, we will analyze whether this new concept encompasses the national concepts of "difficult economic situation" and "imminent insolvency," and the timeframe that should be considered for holding administrators accountable in the event of failing to resort to preventive mechanisms.

Once we have arrived at the concept of probable insolvency, the analysis will specifically address the duty established in Article 19, b) of the Directive, specifically the obligation imposed on administrators to take measures to avoid insolvency, and analyze whether this duty has been transposed into our legal system. At this point, we will attempt to understand whether this duty has been incorporated into our legal system. From a negative perspective, we will attempt to understand whether the national legislator considers this duty to be already established, which would justify its non-transposition, and whether there are still mechanisms for holding administrators accountable in cases where they fail to adopt preventive measures in the face of a pre-insolvency situation.

Finally, and anticipating our conclusion, confronted with the inconsistency between the absence of any preventive duty in the Insolvency and Restructuring Code (CIRE) and the crime of negligent insolvency, as outlined in Article 228º, n.º1, b) of the Portuguese Penal Code, we will present what we believe to be the solution that best reconciles European law, Portuguese criminal law, and national insolvency law.

Keywords: Administrators; Likely Insolvency; Duty of Administrators to Prevent Insolvency; Liability of Administrators; Crime of Negligent Insolvency.

ÍNDICE

RESUMO	9
ABSTRACT	11
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS PREVISTOS NO ART. 3.º, N. º1 DO CIRE	18
Subcapítulo I - A situação de insolvência atual	18
Subcapítulo II – A situação de insolvência iminente ou situação económica difícil..	19
CAPÍTULO II – OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES REGULADOS NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	22
Subcapítulo I - Os deveres consagrados no art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais	22
Subcapítulo II - A ponderação entre os interesses da sociedade e os interesses dos credores na fase pré-insolvencial.....	23
CAPÍTULO III –A SITUAÇÃO DE PRÉ-INSOLVÊNCIA DE UMA SOCIEDADE E O DEVER DE O ADMINISTRADOR PREVENIR A INSOLVÊNCIA.....	29
Subcapítulo I – O conceito de insolvência provável	29
Subcapítulo II – O conhecimento da insolvência provável pelo administrador	33
CAPÍTULO IV– O DEVER IMPOSTO NO ARTIGO 19.º, ALÍNEA B) DA DIRETIVA 2019/1023	37
Subcapítulo I – A necessidade de os administradores tomarem medidas para evitar a insolvência.....	37
Subcapítulo II - A (im)possibilidade de responsabilização dos administradores	42
CAPÍTULO V – A COMPARAÇÃO DO MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO DIREITO INSOLVENCIAL E SOCIETÁRIO E O CRIME DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE	50
Subcapítulo I – O Crime de Insolvência Negligente e as providências de recuperação previstas no CPEREF	50

Subcapítulo II - A Incongruência entre o Crime de Insolvência Negligente e o atual regime do CIRE	52
Subcapítulo III - A Indemnização de Perdas e Danos Emergentes do Crime de Insolvência Negligente	54
CONCLUSÃO.....	56
BIBLIOGRAFIA	58
LIVROS E ARTIGOS	58
DOCUMENTOS ELETRÓNICOS E WEBSITES	60
LISTA JURISPRUDENCIAL	62

INTRODUÇÃO

Perante o cenário económico-social atual, o Direito da Insolvência tem ganho uma importância crescente, sobretudo na sua vertente de reestruturação, o que justifica a pertinência da escolha deste tema. Em consequência das crises económicas que se têm vivido e com vista a fazer face a eventuais futuras crises económicas, quer a prática, quer a doutrina, centraram a sua atenção na regulação da recuperação das empresas, focando-se na procura de mecanismos que permitam a sua rápida e eficiente deteção para, na medida do possível, alcançar a sua superação.²

Com efeito, em 2014, mediante a Recomendação da Comissão de 12 de março³, a CE analisou o importante papel dos instrumentos de pré-insolvência na promoção de uma cultura de reestruturação preventiva. Da Recomendação conclui-se que a reestruturação empresarial está diretamente relacionada com a implementação mais célere de reformas legislativas no âmbito da insolvência. Nesse sentido, a CE destacou a importância de continuar a incentivar os EM a desenvolver um quadro legislativo que possibilite a reestruturação eficaz de empresas que se mostrem viáveis, ainda que se encontrem numa situação económica difícil ou numa insolvência iminente.

Nessa sequência, em 2016, foi apresentada a Proposta de Diretiva 2016/0359 do Parlamento Europeu e do Conselho, que sugeriu a consagração de um conjunto de normas sobre insolvência, com o objetivo de fomentar o crescimento e, em concreto, regulamentar a reestruturação das sociedades, propondo medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação.

Nos termos do n.º 4 do art. 127.º do TFUE, o BCE apresentou um parecer às instituições competentes da União sobre questões do seu domínio de competência⁴. De acordo com o BCE a diretiva proposta constituiu um passo importante no sentido da criação de uma norma comum mínima juridicamente vinculativa em toda a União, em

²TORRES, Isabel Fernández (2022) - “El Derecho Concursal e la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva - “Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (com especial referencia al anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal”, p. 235.

³Disponível em [Recomendação da Comissão, de 12 de março de 2014, sobre uma nova abordagem em matéria de falência e de insolvência das empresas](#) Texto relevante para efeitos do EEE.

⁴Disponível em [Opinion of the European Central Bank of 7 June 2017 on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU \(CON/2017/22\)](#).

especial no que respeitava aos procedimentos de pré-liquidação das empresas e à reestruturação de empresas.

Posto isto, a constatação das discrepâncias existentes nas legislações dos EM levou o legislador europeu a considerar imprescindível a promoção da coerência entre as legislações nacionais no domínio da insolvência, com o objetivo de atenuar as divergências legislativas entre os diferentes Estados.

Assim, após intensas discussões e negociações, a 26 de junho de 2019 foi publicada no JOUE a Diretiva 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 20 de junho de 2019 que, tendo ficado conhecida como a “Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência”, aborda os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições.

Dada a impossibilidade de abordar todos os pontos essenciais previstos na Diretiva, debruçar-nos-emos especialmente, na disciplina das obrigações dos administradores caso exista uma probabilidade de insolvência, prevista no Capítulo 5º, concretamente no art. 19.º. Dentro deste contexto, concentrar-nos-emos no dever que sobre os administradores recai de prevenir a insolvência, expressamente consagrado na alínea b) do art. 19.º.

Ademais, uma vez que a transposição desta nova Diretiva deveria ter sido realizada por todos os EM até 17 de julho de 2021, analisaremos se o ordenamento jurídico português já consagrava tal obrigação, ou se pelo contrário, o legislador sentiu a necessidade de transpor a responsabilização dos administradores por não terem numa fase pré-insolvência adotado condutas que prevenissem a situação de insolvência atual. Na realidade, estabelece o art. 288.º, parágrafo 3.º do TFUE que *“A diretiva vincula o EM destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”*.

Esclareça-se, que com o presente trabalho não pretendemos discutir se o administrador poderá ser responsabilizado perante os credores sociais por, numa situação iminente de insolvência, ter adotado condutas que levassem à sua efetiva concretização, visto de forma clara, essa responsabilização estar prevista no ordenamento jurídico português. Servirá, na verdade, de comparação em vários momentos do presente trabalho.

Por seu turno, propomo-nos a verificar se o ordenamento jurídico português consagra a responsabilidade do administrador que, confrontado com uma probabilidade de insolvência e numa atitude de inércia, não adota comportamentos que a previnam, em particular, não recorra aos mecanismos de recuperação preventiva previstos no CIRE.

Em resumo, alicerçados num estudo do ordenamento jurídico português estudaremos a possibilidade de os administradores serem responsabilizados por, num contexto pré-insolvencial, não terem adotado comportamentos que, mesmo não a evitando, a tivessem prevenido.

CAPÍTULO I – DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS PREVISTOS NO ART. 3.º, N. 1 DO CIRE

Subcapítulo I - A situação de insolvência atual

À luz do disposto no art. 3.º, n. 1 do CIRE, a situação de insolvência traduz-se, substancialmente, na impossibilidade de cumprir as suas obrigações vencidas, parecendo, todavia, unânime (quer doutrinal, quer jurisprudencialmente⁵) que esta impossibilidade de cumprimento não tem de abranger todas as obrigações a que o devedor se vinculou. Afastamo-nos, por isso, como bem salienta JOSÉ GONÇALVES MACHADO, do sentido civilista do termo impossibilidade de cumprimento⁶.

Adotando o conceito acolhido por LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, “*existe uma situação de insolvência quando a empresa não possui as condições e os meios necessários para satisfazer as obrigações que, pelo seu significado no conjunto do seu passivo, ou pelas próprias circunstâncias do incumprimento, evidenciaram uma impossibilidade, para a empresa devedora, de continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos*”⁷.

Atente-se, porém, que a mera superioridade do passivo face ao ativo não é suficiente para se concluir pela situação de insolvência da sociedade, na medida em que poderá o devedor cumprir pontualmente com as suas obrigações, ainda que tal importe o recurso ao crédito. Assim, “*a capacidade de esta [sociedade] manter a sua atividade cumprindo regularmente as suas obrigações se encontre seriamente ameaçada*”⁸, constituindo tal superioridade critério meramente acessório, pelo menos quando os devedores são pessoas singulares.

Ora, estando em causa pessoas coletivas, o art. 3.º, n. 2 do CIRE acrescenta um critério complementar à declaração de insolvência: existindo uma manifesta

⁵ Ac. TRL, de 13.07.2010, Proc. n.º 863/10.1TBALM.L1.6 (Márcia Portela) e Ac. TRC, de 08.05.2012, Proc. n.º 716/11.6TBVIS.C1 (Artur Dias), in www.dgsi.pt.

⁶ MACHADO, José Manuel Gonçalves, in “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, Fátima: ed. do autor, 2022, p. 36.

⁷ FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João (2015) - “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, Editora: Quid Juris, 3.ª Edição, p. 85.

⁸ ARAÚJO, Luís António Ramos Correia (2021) - “*A Responsabilidade Civil dos Administradores perante credores na Insolvência da sociedade comercial*”, Tese em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, p. 25, disponível em [A responsabilidade civil dos administradores perante credores na insolvência da sociedade comercial - Ciência-UCP | Universidade Católica Portuguesa](#).

superioridade do passivo em relação ao ativo, deverão as pessoas coletivas ser consideradas insolventes.

De facto, tratando-se de um critério quase desviante àquele previsto como regra no n.º1, podemos concluir que o n.º2 consagra uma norma de proteção de credores, por facilitar o requerimento apresentada por estes, quando se apercebam da inferioridade do ativo face ao passivo.

Subcapítulo II – A situação de insolvência iminente ou situação económica difícil

O conceito de situação económica difícil vem, atualmente, definido no art. 17.º-B do CIRE, que se verifica nos casos em que a empresa enfrenta “*dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito*”.

Do percurso que tem vindo a ser feito pelo legislador no que à noção de situação económica difícil diz respeito, entende a jurisprudência que se trata de um conceito pouco objetivo e de uma definição que não é, utilizando a expressão perfilhada pelo STJ, “*particularmente informativa*”, por fazer “*entrar substancialmente o definido na definição*”⁹.

Apesar dos malefícios a que a falta de rigor e imprecisão do conceito de situação económica difícil está associada, há que atender à expressão “*designadamente*” utilizada pelo legislador. Com efeito, serão admissíveis outras causas para a existência de dificuldades económicas, como, meramente a título exemplificativo, a falta de matéria-prima, o aumento significativo do seu custo ou a perda de um cliente que, face ao volume de negócios com ele celebrado, seja considerado importante.

Por seu turno, a definição de insolvência iminente não é concretizada pelo CIRE, sendo, por essa razão, concretizada pela doutrina e pela jurisprudência. A este respeito, autores como CATARINA SERRA¹⁰, COUTINHO DE ABREU¹¹ e ALEXANDRE

⁹Ac. STJ, de 27.10.2016, Proc. 741/16.0T8LRA-A.C1. S1 (José Rainho), in www.dgsi.pt.

¹⁰SERRA, Catarina, in “*Lições de Direito da Insolvência*”, Editora: Almeida, 3.ª Edição, 2025, p. 63-64 e 310.

¹¹ABREU, Jorge Coutinho de (2022) - “*Curso de Direito Comercial*”, Vol. I, Editora: Almedina, 13.ª Edição, p. 135

SOVERAL MARTINS¹², defendem que uma empresa está numa situação de insolvência iminente quando é de antever a impossibilidade de cumprir as obrigações no prazo em que vençam.

Assim sendo, por se tratar de um conceito aberto e indefinido, implicará necessariamente uma análise da situação da empresa devedora e, em concreto, do tipo de obrigações que estão vencidas, da capacidade de recorrer ao crédito, do valor dos ativos e da possibilidade da sua venda e as perdas empresariais¹³.

Em bom rigor, como conclui o STJ¹⁴, os conceitos de insolvência iminente e de situação económica difícil são muito semelhantes, visto acabarem por abranger as mesmas situações ou, pelo menos, casos muito próximos, o que para efeitos de apresentação a PER, nos termos do art. 17.º-A, n.º 1 do CIRE, não acarreta graves consequências.

Não obstante o entendimento sufragado pelo STJ, uma parte da doutrina¹⁵ considera que se trata de situações materialmente distintas. Com base na equiparação expressamente feita pelo legislador no art. 3.º, n.º 4 do CIRE, quanto ao dever de apresentação à insolvência, defendem que a situação meramente iminente é um ponto de passagem entre uma situação económica difícil e uma situação de insolvência atual, apesar de reconhecerem que tal distinção não é, na prática, fácil.

Desta feita, de acordo com estes autores, ainda que se possam considerar conceitos próximos, a situação de insolvência meramente iminente será, em todos os casos, mais gravosa do que a situação económica difícil.

À vista disso, não compete ao juiz averiguar se materialmente se verificam preenchidos os requisitos da situação económica difícil, tal como definida no art. 17.º-B

¹²MARTINS, Alexandre de Soveral (2022) - “*Um Curso de Direito da Insolvência*”, Editora: Almedina, 4.ª Edição, p. 55-56.

¹³Neste sentido, MARTINS, Luís (2022) - “*Recuperação de Pessoas Singulares*”, Volume I, 2ª Edição p. 20 e EPIFÂNIO, Maria do Rosário, in “*Manual de Direito da Insolvência*”, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, p-24-25.

¹⁴Ac. STJ, de 27.10.2016, Proc. 741/16.0T8LRA-A.C1. S1 (José Rainho), in www.dgsi.pt.

¹⁵Com este entendimento, MARTINS, Alexandre de Soveral (2022) - “*Um Curso de Direito da Insolvência*”, *op. cit.* p. 50 a 54, SERRA, Catarina (2025) - “*Lições de Direito da Insolvência*, *op. cit.* p. 58 a 63, FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João (2015) - “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, *op. cit.* p. 88 e MACHADO, José Manuel Gonçalves (2022) - “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, *op. cit.* p. 42.

do CIRE, ou da insolvência meramente iminente, bastando que o devedor declare e ateste que se encontra nessa situação, invocando os pressupostos necessários. Esse controlo será, como salienta o STJ¹⁶, na prática, efetuado pelos credores, quando votam no plano apresentado pela empresa devedora. Fala-se, aliás, de um “*controlo de mérito que só tem lugar extrajudicialmente, pelos credores e no âmbito das negociações prosseguidas*”.

¹⁶Ac. STJ, de 09.06.2021, Proc. 1267/19.6T8STS.P1. S1 (Ana Paula Boularot), in www.dgsi.pt

CAPÍTULO II – OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES REGULADOS NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Subcapítulo I - Os deveres consagrados no art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais

No CSC foram consagrados os deveres legais específicos dos gerentes ou administradores, em concreto o dever de cuidado e o dever de lealdade, dos quais resulta, por um lado, a preocupação primordial do legislador na proteção dos interesses da sociedade e, por outro lado, a falta de discricionariedade na ação administrativa.

A consagração destes deveres legais específicos surgiu da necessidade de delimitar a discricionariedade da atuação dos administradores, estabelecendo-se, por isso, deveres norteadores dos comportamentos e decisões daqueles, mas com a flexibilidade suficiente para se adaptar às diversas circunstâncias que podem vir a verificar-se¹⁷.

A preocupação com a prossecução do interesse da sociedade é claramente visível no âmbito do dever de lealdade, no qual é estabelecido que o gerente ou administrador no exercício da sua atividade deverá atender, em primeira ordem, aos interesses da sociedade. Tal como salienta COUTINHO DE ABREU, “*os administradores têm poderes-função, poderes-deveres, gerem no interessa da sociedade, têm os poderes necessários para promover este interesse*”¹⁸.

Por tal facto, os interesses dos credores, no decurso normal da atividade comercial, são atendíveis subsidiariamente. Em boa verdade, os credores beneficiam indiretamente da boa gestão da empresa, no sentido em que é expectável que uma empresa bem administrada cumpra as suas responsabilidades e pague pontualmente as suas dívidas.

¹⁷No mesmo sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA entende que estamos perante uma norma de conteúdo aberto, cuja concretização será feita segundo as exigências de um sistema móvel, em “*A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*”, A Reforma dos Códigos das Sociedades Comerciais: Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Edições Almedina, Coimbra, 2007, p.76.; e RICARDO COSTA, que vê tais deveres como padrões de comportamentos que, concretizados caso a caso, asseguram a devida realização do modo de empreender a gestão, COSTA, Ricardo, em “*Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado*”, p. 6, disponível em https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_24_2018428192044.pdf.

¹⁸Comentário ao art. 64.º do CSC por COSTA, Ricardo (2017) “*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*”, Vol. I, Almedina, 3.ª Edição, p. 765.

Neste sentido, entende CARNEIRO DA FRADA¹⁹ que os deveres previstos nesta norma emergem fundamentalmente da relação interna do administrador com a sociedade, ainda que possam ter reflexos na relação externa da sociedade com outros sujeitos, nomeadamente credores, sócios, trabalhadores ou entidades especialmente relacionadas.

Da consagração dos deveres gerais dos administradores conclui-se que, ao longo da atividade da empresa, o interesse primeiro a ser considerado será sempre o interesse da sociedade em prol dos interesses de terceiros, nomeadamente dos credores. Este é, porém, um interesse que deixa de ser primordial quando a empresa se encontra numa situação de insolvência, visto que, como alude o art. 1.º, n.º 1 do CIRE, são os interesses dos credores que prevalecem (ou, pelo menos, devem prevalecer) nesta situação.

Assim, do nosso ponto de vista, a declaração de insolvência constitui o momento a partir do qual se deve verificar uma alteração dos interesses a serem prosseguidos pelos administradores: declarada a insolvência da sociedade, devem os administradores passar a reger-se pelos interesses dos credores sociais, visto o processo de insolvência ter “*como finalidade a satisfação dos credores*”.

Subcapítulo II - A ponderação entre os interesses da sociedade e os interesses dos credores na fase pré-insolvencial

A dificuldade está em perceber quais os interesses que devem os administradores seguir quando uma empresa é confrontada com uma probabilidade de insolvência. Não obstante ao abrigo da al. a) do art. 19.º da Diretiva deverem “*ter em devida conta*” os interesses dos credores (bem como, dos detentores de participações e das outras partes interessadas), o legislador europeu não estabeleceu uma prioridade no que concerne aos interesses a prosseguir.

Na verdade, a expressão “*ter em devida conta*” não significa que devem os interesses dos credores sociais ser priorizados face aos próprios interesses da sociedade. Pelo contrário, estabelece o Considerando (71) da Diretiva que “*A presente diretiva não*

¹⁹Comentário ao art. 64.º do CSC por COSTA, Ricardo (2017) - “*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*”, *ob. cit.* p. 765.

visa estabelecer qualquer hierarquia entre as diferentes partes cujos interesses tenham que ser tomados em devida conta”.

Mostra-se, por isso, necessário ponderar se os administradores devem adotar um comportamento mais arriscado, com o objetivo de “*salvar a empresa*”, ou mais conservador, visando a conservação e fortalecimento do património social e salvaguardando os interesses dos credores.

Ora, atendendo àquela que será a perspectiva dos vários intervenientes neste processo, percebemos que a resposta será inevitavelmente distinta, o que se justifica pelas expectativas que cada um deles tem quando a sociedade vive uma fase pré-insolvencial.

Partindo do pressuposto de que o sócio ou acionista, investindo na empresa no momento da sua entrada, tem a expectativa de vir a receber, mediante o lucro obtido, os respetivos dividendos, passando esta por uma situação pré-insolvencial defenderá que o administrador adote comportamentos que, ainda que arriscados, consagrem uma possibilidade de recuperação.

No mesmo sentido vão os gestores das empresas. Tal justifica-se, pois, os administradores, que terão como objetivo a manutenção do seu posto de trabalho, bem como o seu reconhecimento diante dos parceiros e a sua afirmação no mercado. Apostarão por isso, na adoção de medidas mais radicais mesmo que estas importem um risco mais elevado, na esperança de uma recuperação da sociedade e da não associação do seu nome a um fracasso empresarial.

Com uma perspectiva mais conservadora estarão os credores sociais que, na iminência de perderem os montantes referentes aos seus créditos, dão preferência a condutas mais cautelosas, ponderadas e que acarretem um menor risco que poderão, em casos não isolados, acabar por “asfixiar” a empresa.

À questão que aqui nos propomos resolver, parece dar resposta o art. 19.º da Diretiva, uma vez que determina que nas situações de insolvência provável, sobre os administradores recai o dever de ter em conta os interesses dos credores, dos detentores de participações e outras partes interessadas.

COUTINHO DE ABREU²⁰ interpreta esta norma no sentido de os administradores deverem, tendo em conta os interesses enunciados, adotar condutas de conteúdo positivo e negativo necessárias e adequadas a evitar a insolvência e garantir a solvabilidade da empresa, pois dessa forma, certamente conseguirá proteger tanto os interesses dos credores, como dos detentores de participações e de qualquer outra parte interessada.

No entanto, como bem salienta ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS²¹, a expressão “*ter em devida conta*” não se confunde, e, muito menos significa, que em causa está uma obrigação. Parece-nos aliás legítimo, que os administradores privilegiem os interesses da sociedade que administram, ainda que se encontre numa situação de pré-insolvência, sempre de forma cautelosa e diligente. A prossecução dos interesses da sociedade, mesmo numa situação pré-insolvencial, não significa necessariamente que sejam colocados em causa os interesses dos credores. Acreditamos que a prossecução dos interesses da sociedade, repita-se, de uma forma rigorosa e cuidada, significará, necessariamente, a consideração dos interesses dos credores²².

Estando uma empresa numa situação pré-insolvencial, ao administrador deverá ser imposto que adote as medidas e decisões necessárias e adequadas para evitar a insolvência, com uma correta ponderação dos riscos, e garantia da manutenção da atividade, visto ser esta a solução que mais beneficia os interesses quer da sociedade quer dos seus credores. Olhando para estes últimos, não será, com grande probabilidade, a perspetiva conservadora e a asfixia da empresa que levará à satisfação dos créditos, empurrando-a, cada vez mais, para a insolvência e no âmbito da qual não existirá ativo suficiente para fazer face ao passivo.

Vejamos, no intuito de expor a nossa tese, alguns exemplos. Atente-se, porém, que os casos seguintes são meramente exemplificativos, na medida em que, como juristas não temos a competência técnica para avaliar as decisões económicas e financeiras dos administradores de empresas em situação de pré-insolvência.

²⁰ABREU, Jorge Coutinho de (2019) - “*Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência*”, V Congresso de direito da insolvência / coordenação Catarina Serra. - 1ª Edição, Coimbra, Almedina, p.234.

²¹MARTINS, Alexandre de Soveral (2021) - “*Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão*”, Revista de Direito da Insolvência, N. °5, p.57-58.

²²No mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA, tal como exposto no 1.º parágrafo da página 23 do presente Trabalho.

Num primeiro caso, uma empresa que se encontra numa situação pré-insolvental e que se dedica à indústria, seguindo e dando prevalência aos interesses da própria sociedade, segundo a tese de ALEXANDRE DE SOBVERAL MARTINS, decide apostar, depois de uma ponderação diligente e cuidada dos riscos, na exportação para um determinado país, ainda que tal decisão importe maiores custos de transporte. Tratando-se de uma decisão consciente e refletida, atendendo às circunstâncias e ao mercado em que a empresa se insere, poderá tal medida importar um aumento da faturação e, consequentemente dos ativos que servem de garantia aos credores. Assim, a decisão tomada com base nos interesses da sociedade, sem anular os interesses dos credores, mostrar-se-á mais saudável à vida da empresa e à satisfação dos interesses do conjunto de intervenientes em questão.

Num segundo caso, o administrador daquela mesma empresa que se dedica à indústria, decide, no seguimento daquele que é o entendimento de autores como COUTINHO DE ABREU E CATARINA SERRA, vender algumas das máquinas e equipamentos utilizados na sua atividade, com vista a satisfazer os créditos dos seus credores. Ora, esta decisão, tomada no interesse dos credores, não terá sido benéfica aos interesses da própria sociedade que, na sequência dessa venda, deixará de poder vender as mesmas quantidades e, consequentemente, diminuirá a faturação. A não ser que a venda das máquinas se mostre suficiente para satisfazer a totalidade dos créditos, face à diminuição da faturação, será difícil a empresa continuar a pagar os créditos vencidos e, como importa a continuação da atividade, os créditos entretanto contraídos. Desta feita, a prevalência dos interesses dos credores poderá levar a empresa à real e efetiva situação de insolvência, caso em que nem mesmo esses interesses serão, pelo menos na totalidade, protegidos.

Com este segundo exemplo chegamos à mesma conclusão de CATARINA SERRA²³, que considera que a contenção do risco nem sempre é vantajosa e pode, por vezes, ser contraproducente. Face ao exposto, concordamos com a autora, quando refere que o dever de os administradores atenderem aos interesses dos credores numa fase de

²³SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, Revista de Direito Comercial de 08/02/2023, p. 384, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/dever-de-prevencao-da-insolvencia>.

pré-insolvência se deverá manifestar numa moderação do grau de risco envolvido na gestão da sociedade, adaptando-o e adequando-o à situação financeira vivida.

Dito isto, consideramos que perante uma situação de pré-insolvência deve aos administradores ser imposta a prossecução dos interesses da sociedade, sem desprezo por aqueles que são os interesses dos credores. A expressão “*ter em devida conta*” prevista no art. 19.º, al. a) da Diretiva, deverá, por conseguinte, ser interpretada no sentido de que aos administradores é exigido que, confrontados com uma situação de pré-insolvência, adotem as medidas que sejam passíveis de, primordialmente, satisfazer os interesses da sociedade e, conseqüentemente, dos próprios credores²⁴.

Em consideração ao exposto, estamos em consonância com MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, quando explica que: “*A tutela dos direitos dos credores também se contém na função social do instituto, e a sua defesa passa pela imposição aos sócios de uma conduta que oriente a vida da sociedade de modo a que ela obtenha, no seu património, o máximo incremento possível, o máximo lucro distribuível. O lucro distribuível, como se sabe, só é apurado depois de deduzidas as dívidas do exercício e de compensadas as perdas transitadas. Logo, ao procurar o lucro, estarão os sócios, necessária e previamente, a fazer com que a sociedade tenha a maior capacidade possível para cumprir as suas obrigações para com terceiros.*”²⁵.

Se assim não se entendesse e se fosse de acolher a primazia pelos interesses dos credores, seríamos confrontados com uma alteração do conteúdo dos deveres fundamentais dos administradores plasmados no art. 64.º do CSC²⁶.

A sua responsabilização não será, contudo, afastada quando se demostre que não atuaram com a informação e o cuidado que as circunstâncias, de forma evidente para um administrador diligente, impunham, à semelhança dos pressupostos e exigências do instituto do business *judgement rule*.

²⁴CORDEIRO, António Menezes - “*O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”*”, p. 499, disponível em <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/articles/o-principio-da-boa-fe-e-o-dever-de-renegociacao-em-contextos-de-situacao-economica-dificil>.

²⁵RIBEIRO, Maria de Fátima (2012) - “*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*”, Almedina, p. 516.

²⁶Neste sentido, SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.*, p. 382 e 383.

Ainda assim, a atuação dos administradores de acordo com aqueles que são, primordialmente, os interesses da sociedade, sem descartar e ignorar os interesses dos restantes intervenientes, entre eles os credores sociais, não descarta a hipótese de, mostrando-se necessário, recorrer a mecanismos de prevenção da situação de insolvência.

Em suma, ainda que o legislador nacional se tenha referido a interesses da sociedade e interesses dos credores no art. 64.º do CSC, à semelhança do legislador europeu, não estabeleceu nenhum critério de hierarquia entre estes interesses quando a empresa se encontra numa situação de pré-insolvência. Por tal facto, tendemos a concordar que uma abordagem mais ampla e flexível relativamente aos interesses que devem ser seguidos pelos administradores no decorrer da sua atividade de gestão é aquela que melhor representa o espírito da lei.

CAPÍTULO III –A SITUAÇÃO DE PRÉ-INSOLVÊNCIA DE UMA SOCIEDADE E O DEVER DE O ADMINISTRADOR PREVENIR A INSOLVÊNCIA

Subcapítulo I – O conceito de insolvência provável

Entendidos quais os interesses que devem, na nossa perspetiva, orientar as condutas dos administradores numa fase pré-insolvencial, importa perceber quando é que se pode concluir que uma sociedade se encontra, de facto, numa situação de insolvência provável.

Como tivemos oportunidade de analisar no Subcapítulo II do Capítulo I, o conceito de situação económica difícil, ainda que vagamente definido pelo legislador no art. 17.º-B do CIRE, e o conceito de insolvência meramente iminente, sem qualquer concretização legal, correspondem, certamente, a situações de pré-insolvência.

A Diretiva, que nos propomos aprofundar, tem como objetivo assegurar o acesso das empresas viáveis que estejam em dificuldades financeiras a regimes nacionais eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua atividade²⁷.

Atendendo ao objetivo do legislador europeu, seria no mínimo expectável, que com a entrada em vigor deste diploma, o conceito de pré-insolvência fosse concretizado com vista à sua harmonização nos EM. Sucede, porém, que apesar da enumeração feita no art. 2.º, n.º 1 da Diretiva, nenhuma menção é feita à pré-insolvência, deixando tal definição ao critério dos legisladores nacionais (art. 2.º, n.º 2, al. b) da Diretiva).

Tal referência seria fundamental para aquele, na medida em que um conceito uniforme europeu de situação pré-insolvencial permitir-nos-ia responsabilizar, com uma maior certeza jurídica, os administradores que não tenham tomado as medidas necessárias a evitar a insolvência. Isto, porque a consagração de critérios rigorosos classificadores da situação de pré-insolvência permitiria definir o exato momento em que o administrador deveria adotar comportamentos preventivos da insolvência, designadamente a

²⁷Ponto (I) do preâmbulo da Diretiva 2019/1023, de 20 de junho de 2019, consultado em [Diretiva - 2019/1023 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1023/oj)

renegociação extrajudicial das dívidas ou o recurso a mecanismos judiciais de recuperação preventiva.

Por oposição, a falta de definição desses critérios dificulta a responsabilização dos administradores à luz do disposto no art. 19.º, al. b) da Diretiva, pelo menos, quando há delimitação temporal da violação de tal dever.

Por esta razão, é importante balizarmos temporalmente, mediante a definição de critérios, o momento a partir do qual a empresa está numa situação de pré-insolvência, que exija da parte do administrador a adoção de condutas para evitar a efetivação da insolvência. Nas palavras de RICARDO COSTA²⁸, “*é a partir desse dies ad quo que surge ex novo um quadro diferenciado e especificado de deveres dos administradores*”²⁹.

A solução passará, ao abrigo do disposto no art. 2.º, n. 2, al. b) da Diretiva, pela aplicação do CIRE, sendo para isso necessário perceber se o legislador nacional definiu “*insolvência provável*”.

Como vimos, o CIRE adota dois conceitos materialmente semelhantes (situação económica difícil e insolvência meramente iminente), que não se reportam à situação de insolvência atual. Mas será que integram o conceito de “insolvência provável”?

Não tendo havido qualquer alteração a estes conceitos no CIRE depois da entrada em vigor da Diretiva, somos obrigados a concluir que o legislador português considerou que o conceito de “*probabilidade de insolvência*” já tinha acolhimento legal. Resta-nos perceber qual dos dois conceitos (situação económica difícil e insolvência meramente iminente) corresponde ao conceito de “*probabilidade de insolvência*” a que se refere a Diretiva, nomeadamente para efeitos de aplicação do art. 19.º, al. b).

²⁸COSTA, Ricardo - “*Gestão das sociedades em contexto de crise de empresa*”, p. 179, disponível em https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_64_201943102346.pdf.

²⁹O legislador europeu baseou-se no wrongful trading que pressupõe que nalgum ponto antes do início do processo de insolvência o administrador saiba ou deva ter sabido que não existia nenhuma possibilidade de evitar a insolvência. A partir daí os administradores estão constituídos no dever de tomar as medidas que considerarem adequadas para minimizar as perdas para os credores, sob pena de responsabilidade civil. Neste sentido SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.*, p. 367.

Por um lado, COUTINHO DE ABREU³⁰ e JOSÉ GONÇALVES MACHADO³¹, acompanhados por RICARDO COSTA³², chamam à atenção para o facto de o legislador europeu apenas se referir a insolvência provável, sem qualificar a probabilidade como sendo simples ou qualificada. Deste modo, atendendo que para os autores, a situação económica difícil e a insolvência meramente iminente se reconduzem a probabilidades de insolvência simples e qualificada respetivamente, advogam que o conceito europeu engloba ambos os conceitos nacionais.

Por outro lado, CATARINA SERRA³³ entende que, em rigor, a probabilidade de insolvência não corresponde à insolvência meramente iminente ou à situação económica difícil, correspondendo antes a um período em que ainda é possível os administradores reverterem a situação através do recurso aos instrumentos de reestruturação preventiva e, por isso, tido como relevante para avaliar as condutas adotadas pelos administradores. Não descarta, porém, a possibilidade de o conceito de insolvência provável se aproximar do conceito de insolvência iminente.

Para além da tentativa de enquadrarmos o conceito de “*insolvência provável*” nos conceitos já previstos no ordenamento jurídico português é também necessário, definirmos o momento temporal a partir do qual a sociedade se encontra numa situação de pré-insolvência.

Sem dúvida que a solução mais fácil seria a adoção de uma definição de situação de insolvência provável (ainda que tal importasse a exclusão de outro conceito atualmente previsto, dada a aproximação), delimitando-a temporalmente, tal como verificado na Alemanha ou na Itália³⁴.

³⁰ABREU, Jorge Coutinho de (2019) - “*Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência*”, *ob. cit.* p. 229.

³¹MACHADO, José Manuel Gonçalves (2022) - “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, *ob. cit.* p. 57-58.

³²COSTA, Ricardo (2017) - “*Insolvência provável e deveres dos administradores de sociedades na reestruturação empresarial: o art. 18.º da Proposta da Diretiva, As PME perante o (novo) Direito da Insolvência*”, Coordenado por Alexandre Soveral Martins, p. 86-87.

³³SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.* p.368 a 375.

³⁴No ordenamento jurídico alemão considera-se que a sociedade está numa situação de insolvência iminente (e, por isso, perante uma insolvência provável), quando for improvável que seja capaz de cumprir as suas obrigações no momento do vencimento durante um prazo de vinte e quatro meses (cfr. § 18(2) da InsO). No mesmo sentido, no ordenamento jurídico italiano considera-se estar numa situação crise, que se assemelha ao conceito de insolvência provável, a sociedade confrontada com uma insuficiência dos fluxos de caixa durante um período de doze meses (cfr. Art. 1.º, al. a) do CCII). Neste sentido, SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob.*

Não tendo sido essa a opção tomada pelo legislador português, resta-nos tentar perceber, face ao quadro normativo atualmente em vigor, a partir de que momento é que podemos considerar que uma sociedade está perante uma insolvência provável e, nesse sentido, a partir de quando é que ao seu administrador é imposto que adote condutas que visem prevenir a insolvência.

Ora, à luz do art. 186.º, n.º 1 do CIRE, verificando-se a insolvência atual, tal como definida no n.º 1 do art. 3.º, a responsabilização do administrador deverá ser fundada nos comportamentos que por ele foram adotados e que tenham criado ou agravado a situação económico-financeira da empresa nos três anos antes da declaração de insolvência. Segundo RICARDO COSTA, desta norma parece resultar, de forma clara, que o limite temporal relevante para efeitos de responsabilização dos administradores são os três anos anteriores à declaração de insolvência³⁵.

CATARINA SERRA sugere um período temporal muito mais curto, aludindo para o efeito ao disposto no art. 18.º, n.º 3 do CIRE, que estabelece que *“Quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações”*.

Parece ser este o entendimento acolhido na Proposta de Diretiva de 7 de dezembro de 2022, que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência, na qual o legislador europeu estabeleceu no art. 36.º que *“Os EM devem assegurar que, quando uma entidade jurídica se torne insolvente, os seus administradores sejam obrigados a apresentar um pedido de abertura do processo de insolvência ao tribunal o mais tardar três meses a contar da data em que tiveram conhecimento ou que poderiam razoavelmente ter tido conhecimento de que a entidade jurídica se encontrava em situação de insolvência.”*³⁶.

Não obstante tratar-se, pelo menos até ao momento, de uma mera proposta de Diretiva, revela de forma clara a intenção do legislador europeu em estabelecer um limite de três meses a partir do conhecimento da situação de insolvência iminente para o

cit. p.372 a 377, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/dever-de-prevencao-da-insolvencia>.

³⁵COSTA, Ricardo - *“Insolvência provável e deveres dos administradores de sociedades na reestruturação empresarial”*, ob. cit. p. 88 e 89.

³⁶Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspetos do direito da insolvência, de 7 de dezembro de 2022, consultado em [EUR-Lex - 52022PC0702 - EN - EUR-Lex](#).

administrador adotar condutas que previnam a insolvência atual. Isto porque, decorrido esse período, será já exigido ao administrador apresentar a sociedade à insolvência.

Por conseguinte, no entendimento da autora³⁷, a transposição poderia passar pela definição da insolvência iminente, que corresponderia à designação europeia de insolvência provável, como a situação em que a devedora se encontra impossibilitada de liquidar as obrigações já vencidas num limite temporal máximo de três meses³⁸. Seria durante este período que ao administrador era exigida a adoção de comportamentos preventivos da insolvência, findo o qual passaria a estar vinculado ao dever de apresentação da sociedade à insolvência³⁹.

Subcapítulo II – O conhecimento da insolvência provável pelo administrador

Clarificado que o prazo para o administrador adotar os comportamentos necessários a prevenir a insolvência é, sob pena de responsabilização, de três meses a contar do conhecimento da situação de insolvência provável, abordaremos adiante os mecanismos que este tem ao seu dispor para tomar conhecimento da probabilidade da insolvência.

Começando pela análise da Diretiva, esta limita-se a consagrar no art. 3.º, n.º 1 que *“Os EM asseguram o acesso dos devedores a um ou mais instrumentos de alerta precoce claros e transparentes que permitam detetar as circunstâncias suscetíveis de dar origem a uma probabilidade de insolvência e que permitam avisar os devedores da necessidade de agir sem demora”*, especificando os tipos de instrumentos que podem ser utilizados no n.º 2.

Será, por isso, da utilização destes mecanismos de deteção da probabilidade da insolvência que nascerá, quando identificada, a obrigatoriedade de os administradores

³⁷SERRA, Catarina - *“Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades”*, *ob. cit.* p. 389 e 390.

³⁸Este período de três meses assemelhar-se-ia ao período estipulado no ordenamento jurídico espanhol, no qual a insolvência iminente é a situação em que o devedor prevê que nos três meses seguintes não poderá cumprir regular e pontualmente as suas obrigações, segundo o art. 2(3) da LC.

³⁹Por seu turno, RICARDO COSTA defende que o período temporal a ter em conta para imputação aos administradores de condutas preventivas da insolvência é o prazo de três anos previsto no art. 186.º, n.º 1 do CIRE – *“Gestão das sociedades em contexto de crise de empresa”*, *ob. cit.* p. 180 e 181.

adotarem condutas que visem a prevenção de uma situação de insolvência atual e efetiva. Estes mecanismos de alerta revelam-se, na prática, fundamentais para a recuperação da empresa, no sentido em que o diagnóstico tardio da situação de pré-insolvência poderá acarretar uma morte pré-anunciada da empresa.

A verdade é que o legislador português, ainda antes da Diretiva, no âmbito do Programa Capitalizar, criou, através do Decreto-Lei n.º 47/2019, de 11 de abril⁴⁰, um Mecanismo de Alerta Precoce (MAP), que consiste num procedimento de prestação de informação económica e financeira aos membros dos órgãos de administração das empresas com sede em Portugal, numa base anual. Constitui, assim, um mecanismo de apoio à decisão e gestão empresarial com base em análises estatísticas⁴¹.

Ainda assim, tal posição adotada pelo legislador nacional é criticada por CATARINA SERRA, que considera que ficou aquém daquele que foi o objetivo do legislador europeu, por não disponibilizar um verdadeiro sistema de assistência e um serviço de aconselhamento⁴². Além da autora, também LUÍS CORREIA ARAÚJO defende que o Decreto-Lei n.º 47/2019 não contempla o tipo de alerta pensado pelo legislador europeu, nomeadamente face à falta de realização atempada de certos pagamentos⁴³⁴⁴.

Tendemos, todavia, a discordar desta posição que nos parece excessivamente protetora e, de certa forma, imatura dos administradores de empresas que se encontram numa situação de pré-insolvência. Isto porque não parece admissível impor ao legislador nacional que assumam as funções dos próprios administradores que, à luz do art. 64.º, n.º 1, al. a) do CSC e, em concreto, por imposição do dever de cuidado, terão de ter competência técnica para desempenhar o cargo, competência essa que passará inevitavelmente por perceber se a empresa está, ou não, numa situação de pré-insolvência.

⁴⁰A transposição da Diretiva para a ordem jurídica interna justificou a alteração do referido Decreto-Lei pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro

⁴¹Art. 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 47/2019, de 11 de abril.

⁴²Neste sentido, SERRA, Catarina, in *“Lições de Direito da Insolvência”*, Editora: Almeida, 3.ª Edição, 2025, p.565 a 566. A Autora destaca que na Dinamarca funciona desde 2007 o Early Warning Denmark, que constitui um *“genuíno sistema de assistência precoce”*.

⁴³Segundo o Autor, a transposição da diretiva deveria reforçar o MAP. Não obstante o Decreto-lei n.º 47/2019, de 11 de abril ter sido alterado pela Lei n.º 9/2022, de 11 de outubro, que transpôs a Diretiva 2019/1023, a verdade é que não se verificou qualquer reforço do MAP no sentido de se aproximar dos mecanismos pensados pelo legislador europeu.

⁴⁴ARAÚJO, Luís António Ramos Correia (2021) - *“A Responsabilidade Civil dos Administradores perante credores na Insolvência da sociedade comercial”*, ob. cit. p. 33.

Pelo exposto, o MAP deverá ser encarado como um instrumento auxiliador da gestão, que não dispensa a adoção por parte das empresas de sistemas e procedimentos próprios de fiscalização, com o objetivo de controlarem a evolução económica e vigiar a solvabilidade da empresa.

Não podemos, portanto, ignorar a salvaguarda feita por MARIA DA FÁTIMA RIBEIRO, de que o papel principal na determinação do período de pré-insolvência caberá aos administradores, visto resultar do cumprimento dos deveres que sobre eles impendem que devem conhecer, a todo o momento, a situação financeira da sociedade⁴⁵.

Reconhecemos, ainda assim, que o MAP assume um relevante papel nas empresas de pequena dimensão e com poucos recursos, visto que, como salienta RICARDO COSTA⁴⁶, a dimensão da empresa poderá não justificar, em termos económicos e em termos de recursos alocados ao seu cumprimento, a adoção de outros mecanismos de alerta e prevenção. Terá, por esta razão, de se ter por base um juízo de proporcionalidade no que à adoção destes sistemas de alerta diz respeito, visto que o consumo de recursos humanos e financeiros de forma desproporcional à dimensão da empresa acabaria por tornar contraditório o próprio objetivo que aqui se pretende.

Dito isto, como refere MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, numa situação de crise da empresa “*caberá em primeiro lugar aos administradores diagnosticar habilmente a situação da empresa e, numa segundo fase, identificar todas as vias que, na situação identificada, se apresentem como legalmente possíveis*”⁴⁷.

Assim, num primeiro momento, identificada, pelos meios proporcionados pelo legislador nacional ou pelas próprias empresas a nível interno, uma situação de alerta no que concerne à solvabilidade da empresa, vêm os administradores os seus poderes discricionários substancialmente reduzidos⁴⁸, na medida em que estão obrigados a

⁴⁵RIBEIRO, Maria de Fátima (2011) - “*A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*”, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, p. 392.

⁴⁶COSTA, Ricardo - “*Gestão das sociedades em contexto de crise de empresa*”, *ob. cit.* p. 183.

⁴⁷RIBEIRO, Maria de Fátima - “*Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência*”, p. 279, disponível em <https://portal.oa.pt/media/133312/maria-de-fatima-ribeiro.pdf>.

⁴⁸RICARDO COSTA justifica a redução da discricionarieidade dos administradores no surgimento da vinculação a medidas tomadas com o objetivo de contribuir para a subsistência e evitar a insolvência definitiva, seja na (re)planificação da atividade e do projeto empresariais, seja no saneamento financeiro da sociedade - “*A Business Judgment Rule na Responsabilidade Societária: Entre a Razoabilidade e a Racionalidade*”- Colóquio Internacional Governação das Sociedades, Responsabilidade Civil e Proteção

desenvolver os esforços que estão ao seu alcance para evitar a situação de insolvência, passando designadamente, pela promoção da negociação de um acordo de recuperação.

Num segundo momento, o cuidado dos administradores ao enfrentarem uma crise pré-insolvencial passará pelo recurso aos procedimentos legais preventivos da insolvência, que consubstanciam, independentemente da designação que lhes é dada, um contrato negociado entre a empresa devedora e os seus credores, envolvendo, por isso, uma multiplicidade de sujeitos.

dos Administradores, coordenado por Maria João Antunes e Alexandre de Soveral Martins, 17 de maio de 2018, disponível em ([Livro Governar\347\343o das Sociedades.pdf](#)).

CAPÍTULO IV– O DEVER IMPOSTO NO ARTIGO 19.º, ALÍNEA B) DA DIRETIVA 2019/1023

Subcapítulo I – A necessidade de os administradores tomarem medidas para evitar a insolvência

Do art. 19.º, al. b) da Diretiva decorre o dever de os administradores tomarem medidas para evitar a insolvência, caso exista uma probabilidade de esta ocorrer. Perante este cenário, aos administradores é imposto implementarem medidas concretas, de carácter e conteúdo positivo, que promovam ativamente a recuperação das empresas que administram quando estas atravessam uma fase de pré-insolvência.

De entre estas medidas, podem realçar-se aquelas que foram enumeradas no Considerando (70) da Diretiva, concretamente, a procura de aconselhamento profissional, inclusive em matéria de reestruturação e insolvência, recorrendo aos instrumentos de alerta precoce, se for caso disso; a proteção do ativo da sociedade, de modo a maximizar o valor e evitar a perda de ativos essenciais; a tomada em consideração da estrutura e das funções da empresa, a fim de analisar a sua viabilidade e reduzir as despesas; o prosseguimento da atividade, caso tal seja adequado, a fim de maximizar o valor da empresa em atividade; o estabelecimento de negociações com os credores e a iniciação do processo de reestruturação preventiva.

Com efeito, verificando-se uma probabilidade de insolvência e considerando-se viável a empresa que se encontra nessa situação, a adoção de comportamentos de conteúdo positivo poderá mostrar-se suficiente, quando acompanhada do apoio dos credores, para promoverem a recuperação e evitarem a insolvência⁴⁹. O certo é que a inércia dos administradores no que se refere a estes comportamentos recuperatórios terá como resultado a insolvência atual da empresa e a sua difícil (ou mesmo impossível) recuperação.

É unanimemente aceite na doutrina que os administradores estão vinculados a um dever geral de prevenção da insolvência. Como reconhece JOSÉ GONÇALVES

⁴⁹Neste sentido, ABREU, Jorge Coutinho de (2019) - “*Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência*”, *ob. cit.* p. 229-235.

MACHADO⁵⁰, a adoção desse tipo de condutas que ameacem a viabilidade da empresa será mais gravosa nos casos em que a empresa se encontre já numa situação de pré-insolvência ou, efetivamente, numa situação de insolvência.

Neste ponto, a questão que neste subcapítulo pretendemos ver resolvida é a de saber se esta nova obrigação, que recai sobre os administradores, tem já acolhimento legal no nosso ordenamento jurídico ou, se pelo contrário, é necessária uma transposição mais clara e objetiva do conteúdo da Diretiva. Relativamente a esta questão a doutrina diverge.

De um prisma, autores como CATARINA SERRA⁵¹ (pelo menos, numa primeira análise) e ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS⁵² advogam que tal dever decorre, ainda que de forma abstrata, dos deveres gerais do art. 64.º, n.º 1 do CSC, na medida em que impõe aos administradores analisar e ponderar se se justifica dar início a um processo de recuperação e, mediante o estado em que a empresa se encontra, escolher o mais adequado.

CATARINA SERRA acrescenta, à semelhança de NUNO PINTO OLIVEIRA, que tal dever resulta do art. 186.º do CIRE, que consagra como consequência da não adoção de atos preventivos e consequente agravação da situação económico-financeira da empresa a qualificação da insolvência como culposa ou, pelo menos, a presunção da existência de uma culpa grave⁵³.

Aliás, o autor defendeu que existia uma total correspondência entre a cláusula (iv) do art. 18.º da Proposta de Diretiva, que consagrava o dever de os Estados-Membros estabelecerem “*regras que assegurem que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os administradores tenham [a obrigação] de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa*” e o teor do n.º 1 do art. 186.º do CIRE. Nesse sentido conclui o autor não ser exigível “*nenhuma adaptação ou*

⁵⁰MACHADO, José Manuel Gonçalves (2022) - “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, *ob. cit.* p. 162.

⁵¹SERRA, Catarina (2020) - “*O dever de prevenção da insolvência na perspetiva dos deveres fundamentais dos administradores (a crescente encruzilhada do Direito das Sociedades e do Direito da Insolvência)*”, Alexandre de Soveral Martins et al. (org.), *Diálogos com Coutinho de Abreu – Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor, Coimbra, Almedina*, p. 185.

⁵²MARTINS, Alexandre de Soveral (2020) - “*Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*”, Almedina, p. 347-349.

⁵³CATARINA SERRA defende que o regime insolvencial facilita a responsabilização dos administradores perante os credores quando confrontado com o regime societário. O art. 186.º do CIRE, ao contrário dos arts. 78.º e 79.º do CSC, prevê um conjunto de presunções que facilitam a responsabilidade e presumem a insolvência culposa (podendo tratar-se de uma culpa qualificada).

modificação – pelo menos, nenhuma grande adaptação ou modificação do atual direito português”.⁵⁴

Numa posição intermédia, RICARDO COSTA⁵⁵ entende que a responsabilidade dos administradores no caso de não adotarem condutas que previnam a situação de insolvência está prevista de forma geral nos arts. 64.º, n.º 1 do CSC e 186.º do CIRE.

Seguindo uma posição equivalente, CARNEIRO DA FRADA⁵⁶ sugere que a responsabilidade dos administradores por, em consequência de não adotarem medidas preventivas, causarem a insolvência, decorre do regime de responsabilidade dos administradores previsto do CSC. Acrescenta ainda, que esta responsabilidade não está prevista apenas em relação aos credores da sociedade que viram o património e as suas garantias tornarem-se insuficientes para a satisfação dos seus créditos, mas também, em relação à própria sociedade, nos termos do art. 82.º, n.º 3, al. a) do CIRE, ficando excluídos de qualquer responsabilização os administradores que não tiverem participado nas deliberações de administração danosa ou tenham votado contra ela, por aplicação do disposto no art. 72.º, n.º 3 do CSC.

Em contraposição, COUTINHO DE ABREU entende que *“os deveres gerais de lealdade e de cuidado do art. 64.º do CSC têm em mira o curso normal do processo empresarial e, fundamentalmente, os interesses dos sócios; e os deveres de lealdade e de cuidado do art. 186.º do CIRE são no essencial de conteúdo negativo (prescrevem o que não deve fazer)”*⁵⁷.

É por isso certo, que o art. 186.º do CIRE estabelece deveres de conteúdo negativo, que visam, em especial, evitar que os administradores adotem condutas de gestão em proveito pessoal ou de terceiros e condutas que sejam contrárias ao interesse social.

A verdade é que a diretiva consagra um dever de conteúdo mais exigente do que os deveres de abstenção consagrados no art. 186.º do CIRE, decorrentes dos deveres

⁵⁴OLIVEIRA, Nuno Pinto - *“Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência”*, Revista de Direito Comercial, p. 621 e 622, disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5b2b500670a6ad5f457d7677/1529565193097/2018-12.pdf>.

⁵⁵COSTA, Ricardo - *“Gestão das sociedades em contexto de crise de empresa”*, ob. cit. p. 181.

⁵⁶FRADA, António Carneiro da - *“A responsabilidade dos administradores na insolvência”*, p. 13, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-responsabilidade-dos-administradores-na-insolvencia/>.

⁵⁷ABREU, Jorge Coutinho de (2022) - *“Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência”*, ob. cit. p. 229-235.

gerais do art. 64.º do CIRE. De acordo com o art. 19.º, al. b) da Diretiva não é suficiente que o administrador cumpra com os deveres de nada fazer para prejudicar a empresa que administra. É-lhe exigida a adoção de condutas de conteúdo positivo, ou seja, a prática de atos que evitem a insolvência, quando a empresa atravessa uma situação pré-insolvencial, designadamente a sua apresentação a um plano de recuperação, enquanto não se verifica a efetiva insolvência.

Pelo facto do dever de adotar comportamentos que visam prevenir a insolvência consubstanciar um dever de conteúdo positivo, que importa, de facto, a adoção de comportamentos por parte dos administradores, há que consagrar, no entender do autor, esse dever na legislação portuguesa.

Nas palavras de JOSÉ GONÇALVES MACHADO “*exige-se que, proactivamente, sejam adotadas medidas que promovam a recuperação da empresa pois só assim a insolvência pode ser evitada e acautelados os interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas*”⁵⁸.

Por este facto, entendemos que não será de ignorar a autonomia que foi dada pelo legislador europeu a estes dois deveres impostos aos administradores numa fase de pré-insolvência: por um lado, o dever de prevenir a insolvência (art. 19.º, al. b) da Diretiva) e, por outro lado, o dever de evitar condutas dolosas ou grosseiramente negligentes que ameacem a viabilidade da empresa (art. 19.º, al. c) da Diretiva).

Embora o art. 186.º, n.º 1 e 2 do CIRE exclua a necessidade de transposição do dever de o administrador evitar condutas dolosas ou com negligência grosseira que possam ameaçar a viabilidade da empresa, o mesmo parece não poder ser defendido quanto ao dever de prevenir a insolvência.

De acordo com o dever plasmado na alínea b) do art. 19.º da Diretiva, entendeu MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO que a transposição da Diretiva levada a cabo pela Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, levaria “*em breve à introdução deste específico dever na legislação portuguesa*”⁵⁹. Perante esta afirmação, urge questionar: será que o

⁵⁸MACHADO, José Manuel Gonçalves (2022) - “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, *ob. cit.* p. 163.

⁵⁹RIBEIRO, Maria de Fátima - “*Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência*”, *ob. cit.* p. 280.

ordenamento jurídico português acolheu, efetivamente, um dever de o administrador tomar medidas para evitar a insolvência?

Afigura-se-nos que o caminho até à resposta revela necessária a análise da redação adotada pelo legislador português, quando se refere aos diferentes mecanismos de recuperação legalmente previstos no CIRE.

Por um lado, quanto ao PER, consagra o art. 17.º-C do CIRE que *“o processo de revitalização se inicia pela manifestação da vontade da empresa e de credores”*.

Em contrapartida, em referência ao RERE, lê-se no art. 4.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de março, sob a epígrafe denunciadora *“Natureza Voluntária do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas”*, que *“As partes são livres de sujeitar ao RERE os efeitos do acordo de reestruturação que alcancem, bem como os efeitos decorrentes das negociações”*.

Outra não pode ser a conclusão, senão a de que estes dois regimes preventivos que os administradores têm à sua disposição têm em comum a sua natureza voluntária e facultativa, que se contrapõe com o verdadeiro dever jurídico de apresentação à insolvência previsto no art. 18.º, n.º 1 do CIRE, sob pena de se presumir a insolvência culposa.

Para além dos processos de reestruturação preventiva expressamente previstos no CIRE, poderão, à luz do art. 4.º, n.º 1 da Diretiva, ser tidas em conta outras soluções destinadas a evitar a insolvência⁶⁰. Não obstante a sua falta de consagração no ordenamento jurídico nacional, segundo o legislador europeu serão consideradas medidas preventivas todas que visem a *“reestruturação da empresa do devedor e que incluam a alteração da composição, das condições ou da estrutura do ativo e do passivo de um devedor; ou de qualquer outra parte da estrutura de capital do devedor, como a venda de ativos ou de partes da atividade e, se o direito nacional assim o previr, a venda da empresa em atividade, bem como quaisquer alterações operacionais que se afigurem necessárias, ou uma combinação destes elementos”* (em conformidade com o art. 2.º, n.º1, 1) da Diretiva).

⁶⁰ *“Os Estados-Membros asseguram que, caso exista uma probabilidade de insolvência, os devedores tenham acesso a um regime de reestruturação preventiva que lhes permita proceder a uma reestruturação, para evitar a insolvência e garantir a sua viabilidade, sem prejuízo de outras soluções destinadas a evitar a insolvência, protegendo desta forma os postos de trabalho e mantendo a atividade empresarial”*.

Destarte, tendemos a concordar com os autores que consideram que o dever decorrente do art. 19.º, al. b) consubstancia uma novidade face às normas de responsabilização dos administradores consagradas no sistema jurídico português, tanto societário como insolvencial.

Aliás, CATARINA SERRA⁶¹ que, num primeiro momento, descartava a necessidade de uma transposição do art. 19.º da Diretiva para o ordenamento jurídico português veio, mais tarde, ao encontro deste último entendimento exposto. É unicamente em relação à necessidade de evitar uma conduta dolosa ou com negligência grosseira que ameace a viabilidade da empresa (art. 19.º, al. c) da Diretiva) que descarta a necessidade de uma transposição, por referir que tal dever se encontra consagrado na cláusula geral do art. 186.º, n. 1º do CIRE.

Quanto ao dever previsto na alínea a) do art. 19.º da Diretiva, concretamente, o dever de atender aos interesses dos credores, dos detentores de participações e das outras partes interessadas, reconhece que, não obstante a multiplicidade de interesses que devem ser atendidos pelos administradores, não existe no ordenamento jurídico português uma prioridade estabelecida entre esses interesses.

No que ao dever previsto na alínea b) do art. 19.º da Diretiva diz respeito, a autora admite que apesar de o dever de prevenir a insolvência ser conciliável com o sistema português, não está autonomizado na lei portuguesa.

Em suma, pendemos a anuir que o dever de os administradores prevenirem a insolvência, tal como plasmado na Diretiva, não tem concretização no ordenamento jurídico português, levando à consequência prática que aprofundaremos adiante.

Subcapítulo II - A (im)possibilidade de responsabilização dos administradores

Diga-se, desde já, que a tarefa dos administradores de sociedades que se encontram numa situação de pré-insolvência não é fácil. Isto porque, para além da dificuldade de definir o exato momento em que uma empresa é confrontada com uma

⁶¹SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.* 364 e 370.

probabilidade de insolvência, é também esperado que saibam se a empresa pode ou deve ser recuperada ou se deve ser declarada insolvente, fazendo com que, a gestão da mesma se revele uma atividade mais exigente num contexto de pré-insolvência⁶².

Conquanto o reconhecimento desta dificuldade, atenta a impossibilidade jurídica da responsabilização de uma entidade coletiva em si mesma, acaba por ser inevitável a responsabilização dos administradores, visto serem eles que tomam as decisões e adotam os comportamentos no interesse da sociedade, que podem, conseqüentemente, ter um impacto significativo na esfera jurídica de vários sujeitos.

Cumpra, neste âmbito, sublinhar que uma qualquer responsabilidade pressupõe, anteriormente, um dever da qual derive⁶³. Ora, concluímos no Subcapítulo anterior que no ordenamento jurídico português não se assistiu a uma transposição, pelo menos de forma inequívoca, do art. 19.º, al. b) da Diretiva. Tal como entendido por CATARINA SERRA, “*o art. 19.º da Diretiva não parece ter sido considerado pelo legislador nacional para o efeito da alteração legislativa operada pela Lei n.º 9/2022 – numa palavra: não foi transposto para o regime português*”⁶⁴.

Isto porque, atendendo à redação da Lei 9/2022, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpondo a Diretiva, conclui-se que dela não resultou qualquer transposição de um dever jurídico de prevenção da insolvência.

Por seu turno, o dever de evitar condutas dolosas ou com negligência grosseira que ameacem a viabilidade da empresa, apesar de previsto na al. c) do art. 19.º da Diretiva, não necessitou de transposição, dado o seu acolhimento no art. 186.º, n.º 1 e 2 do CIRE.

A questão que aqui nos propomos ver resolvida é exatamente a de saber se a responsabilização dos administradores pelas condutas ou omissões por eles adotadas

⁶²MACHADO, José Manuel Gonçalves (2022) - “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, *ob. cit.* p. 610.

⁶³DUARTE, Rui Pinto - “*Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*”, III Congresso de Direito da Insolvência – Coordenação Catarina Serra, p. 151, disponível em https://www.csassociados.pt/xms/files/v2/Site_2018/Outros_Conteudos_RPD/Artigos_e_Textos_em_Obras_Coletivas/2015ResponsabilidadeAdministradoresCSCCIRE.pdf.

⁶⁴SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.* p. 365.

numa fase de pré-insolvência poderá seguir o modelo tradicional de responsabilização ou se um modelo diferente se mostra necessário.

Neste instante, a resposta a esta questão é, no nosso entender, naturalmente diferente consoante o cenário que nos é apresentado: por um lado, os casos em que pretendemos responsabilizar o administrador por atos por ele praticados que levaram ou, pelo menos, agravaram a situação de insolvência da sociedade e, por outro lado, as situações em que a responsabilização surge pela omissão e inércia conscientes do administrador.

Começando pelo primeiro grupo de casos, pode verificar-se que o administrador, para além de não ter adotado qualquer comportamento com vista à prevenção da insolvência, decidiu pela prática de atos danosos à saúde financeira da sociedade que criaram ou agravaram a sua situação de insolvência.

A solução para uma eventual responsabilização do administrador e proteção dos credores sociais poderá passar pelos arts. 186.º, n.º 1 e 2 e 189.º, n.º 2, al. e) do CIRE, que prevê, verificada a insolvência, a sua qualificação como culposa quando tenham, nos três anos anteriores ao início do processo, sido adotados pelos administradores atos que criaram uma situação de tal modo deficitária, que se revela integrada pela noção prevista no art. 3.º, n.º 1 do CIRE⁶⁵.

Desta feita, tal como tem vindo a salientar CATARINA SERRA, o art. 186.º do CIRE é composto por uma cláusula geral e por um conjunto de presunções, das quais se retiram deveres que, por sua vez, se decompõem em obrigações⁶⁶.

Efetivamente, seguindo o entendimento da autora, a responsabilização à luz do art. 186.º do CIRE dependerá, em todo o caso, de um comportamento por parte do administrador que crie ou, pelo menos, agrave a situação de insolvência da sociedade⁶⁷. Será, por conseguinte, a violação desses deveres, que se manifestam em obrigações de

⁶⁵Ac. TRG, de 20/12/2018, Proc. 7763/16.0T8VNF-A. G1 (Pedro Damião e Cunha): *“Uma vez qualificada a Insolvência como culposa, impõe-se retirar dessa qualificação todos os efeitos legais, e, em particular, os efeitos pessoais que poderão atingir o Administrador ou Gerente da Insolvente que tenha agido com culpa”*.

⁶⁶SERRA, Catarina - *“Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades”*, *ob. cit.* p. 361 a 364.

⁶⁷Segundo CATARINA SERRA, as presunções previstas no art. 186.º do CIRE podem ser divididas de acordo com vários critérios, nomeadamente o critério da finalidade, critério do tipo de deveres fundamentais em causa e critério do conteúdo dos deveres.

conteúdo negativo (ou seja, obrigações dos administradores se absterem de adotar determinados comportamentos) ou positivo, que importará a responsabilização.

A autora salienta, porém, que a mera presunção de culpa grave prevista no n.º 3 do art. 186.º do CIRE enfraquece a posição dos credores sociais, na medida em que, para o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade, apesar de ser a culpa presumida, mostra-se essencial a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta adotada pelo administrador e a criação ou agravamento da situação de insolvência.

Claro está que a responsabilização dos administradores dependerá da verificação de uma real e efetiva situação de insolvência, não se bastando com a sua probabilidade, na medida em que o incidente de qualificação de insolvência, do qual resultará uma condenação do administrador, tem como pressuposto a abertura de um processo de insolvência.

A responsabilização dos administradores no segundo cenário, merece uma análise mais cuidadosa, visto ser, em concreto, o objeto do presente trabalho. Deste modo, será que os administradores podem, à luz do ordenamento jurídico português em vigor, ser responsabilizados por, numa fase pré-insolvencial, terem omitido atos necessários à prevenção de uma situação de insolvência?

Resulta de forma clara da lei, que perante uma situação como a descrita, a responsabilização do administrador não passará pelas mesmas normas que justificam a responsabilidade no primeiro grupo de casos. O afastamento do art. 186.º, n.º 1 e 2 do CIRE justifica-se, desde logo, pelo facto de estarmos perante situações em que não se verificou qualquer conduta dolosa por parte do administrador ou, tendo-se verificado, não se mostra possível a sua prova.

A não aplicação das regras de responsabilização consagradas no CIRE poderia indiciar que a solução estaria prevista no CSC, conclusão a que apenas poderemos chegar depois de analisadas as suas normas referentes à responsabilização dos administradores.

Prevê o art. 78.º, n.º 1 do CSC que a responsabilização do administrador perante os credores sociais dependerá da *“inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes”*, tornando-se o património social insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos. São, portanto, dois os pressupostos necessários para a responsabilização dos administradores perante os credores sociais: a inobservância

culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção daqueles⁶⁸ e a consequente insuficiência do património da sociedade para a satisfação dos respetivos créditos.

Como refere CATARINA SERRA, a responsabilidade perante os credores consagrada no art. 78.º, n.º 1 do CSC é admitida quando há uma ilicitude qualificada, resultante da violação de deveres legais ou contratuais de proteção e um dano qualificado, que se manifesta no ataque direto ao património da sociedade⁶⁹.

Ainda que, abstratamente, se pudesse defender que os deveres impostos no art. 64.º do CSC são normas de proteção dos credores sociais, tal tese não nos parece ser admissível, na medida em que a consagração de tais deveres decorreu de uma necessidade de proteção da própria sociedade. Isto é bem visível na redação adotada, visto que no dever de cuidado exige-se disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade para o desempenho das funções e no dever de lealdade há uma clara primazia pelo interesse da sociedade.

Não se tratando, por isso, de uma norma de proteção dos credores e não existindo qualquer obrigação legal de os administradores adotarem condutas de conteúdo positivo quando a empresa se encontre numa situação de pré-insolvência, com vista à proteção do património ainda existente e garantia dos créditos sociais, não podemos concluir que se preenchem os requisitos de responsabilização dos administradores perante os credores.

Ademais, concordamos com LUÍS CORREIA ARAÚJO quando defende que os deveres previstos no art. 64.º do CSC, em particular o dever geral de cuidado, não impõem ao órgão de administração da sociedade a adoção de um qualquer procedimento de recuperação ou revitalização⁷⁰.

⁶⁸A este propósito, salienta MARIA ELISABETE GOMES RAMOS que, no âmbito do CSC podem ser consideradas normas de proteção dos credores aquelas que acolhem a função de garantia do capital social – “*A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*”, p. 11, disponível em <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4548/3414>. NUNO PINTO OLIVEIRA refere que são normas legais de proteção as que consagram atos necessários ou convenientes à realização do objeto social – in “*Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência*”, Revista de Direito Comercial, p. 551, disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5b2b500670a6ad5f457d7677/1529565193097/2018-12.pdf>.

⁶⁹SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.* p. 360.

⁷⁰ARAÚJO, Luís António Ramos Correia (2021) - “*A Responsabilidade Civil dos Administradores perante credores na Insolvência da sociedade comercial*”, *ob. cit.* p. 35.

Por último, a responsabilização dos administradores no segundo grupo de casos poderia estar estabelecida no art. 79.º, n.º 1 do CSC, que admite uma responsabilidade extracontratual face aos sócios e a terceiros, nos mesmos termos e segundo os mesmos pressupostos da prevista no art. 483.º do CC.

Mais uma vez, à semelhança da tentativa de responsabilização por força do disposto no art. 78.º, n.º 1 do CSC, surge a dificuldade de preencher o requisito da ilicitude exigido no art. 483.º, n.º 1 do Código Civil, no sentido em que não existe no ordenamento jurídico português, pelo menos de forma expressa, qualquer obrigação de o administrador prevenir ativamente a insolvência, sob pena de incorrer em responsabilidade.

À vista disso, em consequência da falta de transposição do art. 19.º, al. b) da Diretiva, não encontramos no sistema jurídico português uma norma que imponha ao administrador adotar condutas que previnam a situação de insolvência, norma que seria, naturalmente, qualificada como protecionista dos interesses dos credores sociais.

Na prática, ainda que o património da sociedade se torne insuficiente para a satisfação dos créditos dos credores sociais em virtude da situação de insolvência originada pela inércia do administrador, não existe, pela falta de disposição legal no sentido da obrigatoriedade de prevenção dessa situação, uma inobservância de uma norma de proteção dos credores sociais, o que inviabiliza o preenchimento do preceito legal necessário à responsabilização dos administradores.

Esta conclusão parece-nos imperiosa quando comparamos o dever de prevenção da insolvência e o dever de apresentação da sociedade à insolvência. Isto porque, ao contrário do dever que estamos aqui a discutir, o dever de apresentação à insolvência no prazo legalmente fixado, consagrado no art. 18.º do CIRE, tem carácter de norma de proteção, sendo sempre a sua violação geradora de responsabilidade perante os credores sociais⁷¹.

Podemos por isso, assentir que do nosso ordenamento jurídico surge já um modelo de responsabilização nos casos em que o administrador adotou condutas dolosas que criaram ou agravaram a situação de insolvência. Não chegamos, porém, à mesma conclusão quando em causa está uma pura inércia e omissão de condutas com vista à

⁷¹RIBEIRO, Maria de Fátima (2011) “*A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*”, *op. cit.* p. 403.

prevenção da insolvência pelo administrador, pelo facto que não existir, verdadeiramente um dever legal de prevenção da situação de insolvência que sempre configuraria uma norma de proteção dos credores sociais, permitindo a responsabilização à luz do art. 78.º, n. 1º do CSC.

Poderíamos, em última análise, admitir como possível a tese defendida por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. De acordo com o autor, perante uma situação de crise na empresa, existe um dever de contratar e negociar com os credores por parte do órgão de administração, que surge não de uma previsão legal específica, mas antes de uma exigência de boa-fé⁷².

Assim, seria o recurso às regras gerais de Direito, em concreto ao instituto da boa-fé, previsto no art. 227.º do Código Civil, que nos permitiria responsabilizar os administradores.

Reconhecemos, contudo, a fragilidade deste modelo de responsabilização, uma vez que, apesar de segundo a boa-fé poder esperar-se que o administrador entre em negociações com os credores da sociedade para tentar evitar a insolvência, para além de não existir nenhuma consequência da falta de negociação, não existe um dever de apresentar um PER ou um RERE, que consubstanciem verdadeiros instrumentos de renegociação entre a devedora e os seus credores e, a existir, têm lugar em momento anterior ao da declaração da insolvência.

Em consideração a isso, defendemos que a responsabilização dos administradores perante os credores sociais, quando não se tenha verificado a prática de qualquer ato danoso à situação financeira da sociedade, poderá passar pela expressa consagração do dever de os administradores prevenirem a insolvência, dever que é, nas palavras de CATARINA SERRA, “consideravelmente desvalorizado”⁷³.

Na sequência do referido, concordamos com NUNO PINTO OLIVEIRA, quando refere que os casos de responsabilidade na pré-insolvência podem ser adequadamente resolvidos com o esclarecimento de que os administradores que, com negligência ou

⁷²CORDEIRO, António Menezes - “*O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de situação económica difícil*”, p. 532, disponível em <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/articles/o-principio-da-boa-fe-e-o-dever-de-renegociacao-em-contextos-de-situacao-economica-difcil>;

⁷³SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.* p. 387.

negligência grosseira, não adotarem medidas preventivas da insolvência podem ser responsabilizados. Para o autor, esta alteração legislativa passará por uma adequação do art. 186.º do CIRE, não descartando a eventual possibilidade de invocação do art. 72.º, n.º2 do CSC para a exclusão de qualquer responsabilidade, isto é, nos casos em que demonstrem que adotaram todas as medidas razoavelmente exigíveis para uma atempada recuperação da crise⁷⁴.

A verdade é que a não transposição do dever de prevenção da insolvência imposto aos administradores terá como inevitável consequência a sua desvalorização. No limite, os administradores que não adotarem qualquer conduta para prevenir a situação de insolvência poderão, de acordo com a legislação em vigor, ver a sua responsabilidade afastada com a simples apresentação da sociedade à insolvência em cumprimento da obrigação expressamente consagrada nos arts. 18.º, n.º1 e 186.º, n.º3, al. a) do CIRE, na medida em que a apresentação à insolvência poderá ser encarada como a *ultima ratio* das medidas que os administradores têm à sua disposição quando confrontados com uma situação dessas⁷⁵.

A responsabilização dos administradores mediante a transposição da diretiva seria, neste prisma, útil para a consciencialização dos seus deveres, particularmente das exigências do dever de fidelidade. Como refere CARNEIRO DA FRADA “*o reconhecimento e a dignificação de qualquer estatuto implica a inerente responsabilidade*”⁷⁶.

⁷⁴OLIVEIRA, Nuno Pinto - “*Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência*”, *ob. cit.* p. 624 e 625.

⁷⁵SERRA, Catarina - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, *ob. cit.* p. 388.

⁷⁶FRADA, António Carneiro da - “*A responsabilidade dos administradores na insolvência*”, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-responsabilidade-dos-administradores-na-insolvencia/>

CAPÍTULO V – A COMPARAÇÃO DO MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO DIREITO INSOLVENCIAL E SOCIETÁRIO E O CRIME DE INSOLVÊNCIA NEGLIGENTE

Subcapítulo I – O Crime de Insolvência Negligente e as providências de recuperação previstas no CPEREF

De acordo com a al. b) do n.º 1 do art. 228.º do CP: *“1 - O devedor que: b) Tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação; é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”*.

Por seu turno, por remissão do n.º 2 do art. 228.º do CP aplicamos o art. 227.º, n.º 3 do CP, que estipula que estando em causa uma sociedade, designadamente uma sociedade comercial, será responsável *“quem tiver exercido de facto a respetiva gestão ou direção efetiva”*.

Cumpra, antes de uma comparação com o regime insolvencial atual, dizer que este tipo legal de crime foi introduzido no Código Penal Português quando o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (doravante designado CPEREF) fazia referência a providências de recuperação.

Por força da entrada em vigor da nova legislação e até à aprovação do PER, em 2012, o art. 228.º, n.º 1, al. b) do CP ficou desprovido de aplicação, visto a expressão *“providências de recuperação”* não ter sido alterada.

Durante o período em que o CIRE não consagrava qualquer mecanismo que parecesse integrar-se na expressão *“providências de recuperação”*, houve autores que consideravam que o dever jurídico a que o tipo legal fazia referência era o dever de apresentar a sociedade à insolvência.

Assim, não obstante, parecer inequívoca a intenção do legislador na definição do dever jurídico imposto aos administradores de recorrerem a providências de recuperação, dada a falta de consagração de mecanismos que pudessem ser interpretados como

recuperatórios, existiam autores, como SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE⁷⁷, que consideram que esse dever jurídico poderia reconduzir-se ao dever de apresentação à insolvência, ao abrigo do art. 18.º do CIRE⁷⁸.

Contrariamente, PINTO DE ALBUQUERQUE⁷⁹, entendia que a integração do dever de apresentação à insolvência no dever jurídico consagrado no art. 228.º do CP violava o princípio da legalidade, propondo, nesse sentido, uma desconsideração da alínea b) do n.º 1 do art. 228.º do CP, por ser incompatível com a falta de consagração do dever de prevenção previsto no CIRE

A verdade é que, nos dias de hoje, existem mecanismos de recuperação que foram introduzidos pelo legislador no CIRE, razão pela qual se questiona se uma interpretação atualista do conceito “providências de recuperação” não se poderá referir aos mecanismos preventivos previstos na lei insolvencial, designadamente o PER e o RERE.

Tal significará que, atualmente, o dever imposto aos administradores de recorrerem a uma providência de recuperação não se confunde com o dever de apresentar a sociedade à insolvência, visto serem comportamentos que devem ser adotados em momentos diferentes. O dever de prevenir a insolvência através do recurso a providências de recuperação deverá ser cumprido numa fase pré-insolvencial, ao passo que o dever de apresentação da sociedade à insolvência ocorrerá quando a situação de insolvência se revele efetiva e atual.

Além disso, se a apresentação à insolvência constitui um verdadeiro dever, o recurso a mecanismos preventivos configura, nas palavras de MARIA ROSÁRIO EPIFÂNIO⁸⁰, um mero ónus, no caso de pretenderem continuar a administrar os bens da sociedade.

⁷⁷PEREIRA, Vítor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre (2008) - “*Código Penal Anotado e Comentado: Legislação Conexa e Complementar*”, Lisboa: Quid Iuris Sociedade Editora, p. 612.

⁷⁸COSTA, Ana Isabel de Oliveira Martins (2014) - “*A Responsabilidade Penal dos Administradores nos Crimes Insolvenciais: Em Especial na Insolvência Negligente*”, p. 34 e 35, disponível em [Veritati - Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa: Percorrer o repositório](#).

⁷⁹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) - “*Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 710.

⁸⁰EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022) - “*Manual de Direito da Insolvência*”, *ob. cit.* p. 287.

Neste seguimento, somos da opinião que, atendendo aos mecanismos de prevenção e recuperação previstos no CIRE, a expressão “providências de recuperação” a que o art. 228.º, n. 1, al. b) do CP alude refere-se àqueles exatos mecanismos.

No entanto, se parece ser claro que o legislador penal pretendeu, com a manutenção daquela expressão, fazer referência aos mecanismos recuperatórios previstos no CIRE, por outro lado, parece existir uma incongruência entre o Direito Penal e o Direito da Insolvência, questão que analisaremos no próximo subcapítulo.

Adiantamos, porém, que cremos que a compatibilidade entre estas duas áreas do Direito passaria, em respeito e mediante a transposição da Diretiva, pela consagração no CIRE de um efetivo e real dever de prevenir a insolvência.

Subcapítulo II - A Incongruência entre o Crime de Insolvência Negligente e o atual regime do CIRE

De acordo com o explanado, recorrendo ao Direito da Insolvência entendemos que quando o legislador se refere a providências de recuperação, almejou englobar os mecanismos legalmente previstos para tutelar situações pré-insolvenciais, como sejam o PER e o RERE.

Tal significa que o sistema penal português previu, de forma inequívoca, uma responsabilização penal para os administradores que, tendo consciência da iminência da situação de insolvência, não adotaram nenhuma providência de recuperação no caso de vir a mesma a ser declarada, ao contrário do contexto societário e insolvencial, em que, como defendemos, tal não foi feito.

Sucedo, contudo, que acolhendo os ensinamentos de PINTO DE ALBUQUERQUE⁸¹, o bem jurídico tutelado pelo crime insolvencial indicado é o património do credor globalmente considerado, bem jurídico este, que é violado quando o administrador não mantém o volume patrimonial suficiente para a satisfação dos créditos sociais.

⁸¹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) - “Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *ob. cit.* p. 706 e 710.

No mesmo sentido, o preâmbulo da lei que aprova o CIRE consagra que “*Quem intervém no tráfego jurídico, e especialmente quando aí exerce uma actividade comercial, assume por esse motivo indeclináveis deveres, à cabeça deles o de honrar os compromissos assumidos. A vida económica e empresarial é vida de interdependência, pelo que o incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais*”. Daqui resulta que o legislador não ignora a importância da proteção dos interesses dos credores, aproximando-se do bem jurídico tutelado com a consagração do art. 228.º do CP.

A propósito do tipo legal de crime previsto no art. 228.º do CP, qualificado como um crime de omissão, FIGUEIREDO DIAS ensina que “*o crime de omissão reside na violação de uma imposição legal de atuar, pelo que, em qualquer caso, só pode ser cometido por pessoa sobre a qual recaia um dever jurídico de levar a cabo a ação imposta e esperada*”⁸².

Neste instante, outra não pode ser a conclusão senão a de que o legislador penal consagrou este tipo legal de crime alicerçado num dever de prevenção da insolvência que impõe aos administradores adotarem condutas com vista ao impedimento da verificação dessa situação.

Perante tal entendimento, coloca-se a questão de saber se, sem embargo para a preocupação dos interesses dos credores demonstrado no preâmbulo do CIRE, existe alguma imposição legal de o administrador atuar, quando confrontado com uma situação de pré-insolvência.

Como já tivemos oportunidade de revelar, o recurso a mecanismos pré-insolvenciais está consagrado no CIRE como uma mera faculdade que os administradores têm à sua disposição quando confrontados com uma situação económica que provavelmente conduzirá a sociedade a uma situação de insolvência e não uma concreta obrigação, como a de apresentação da sociedade à insolvência.

⁸²DIAS, Jorge Figueiredo (2007) - “*Direito Penal Parte Geral*”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, p. 913.

Estamos, portanto, tal como sustentado por PEDRO CAEIRO⁸³ e MIGUEL VASCONCELOS⁸⁴, perante uma incongruência entre o Direito da Insolvência, onde ao administrador é dada a liberdade de decidir sobre se recorre, ou não, a mecanismos preventivos e o Direito Penal, onde o não exercício dessa liberdade pode originar a sua responsabilização criminal.

Confiamos, por isso, que a resolução da incompreensível incongruência sistemática passará, inevitavelmente, pela consagração de um dever de prevenção da insolvência, de modo que a omissão deste dever importe uma verdadeira violação de uma imposição legal e de um dever jurídico, sob pena de o sistema penal estar a tutelar aquilo que o próprio Direito da Insolvência não tutela.

Subcapítulo III - A Indemnização de Perdas e Danos Emergentes do Crime de Insolvência Negligente

Lê-se no sumário do Acórdão do TRC⁸⁵ que “*a prática de um crime, para além de responsabilidade penal, pode também dar origem a responsabilidade civil, isto é, dar origem a uma indemnização de perdas e danos de natureza exclusivamente civil*”, que será, nos termos do art. 129.º do CP, regulada pela lei civil.

Tal significa que a ausência do recurso a providências de recuperação quando tenha conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da empresa pode originar, para além da responsabilidade criminal, a responsabilidade civil do administrador em relação aos credores sociais, tratando-se, em concreto, de uma responsabilidade extracontratual por factos ilícitos.

Para o efeito, mostra-se essencial o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 483.º do CC, dos quais destacamos a dificuldade da verificação da “ilicitude”, dada a

⁸³CAEIRO, Pedro (1999) - “*Anotação ao art. 228.º in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”*”, Tomo II, coordenado por Jorge de Figueiredo Dias, p. 441.

⁸⁴VASCONCELOS, Miguel (2014) - “*As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*”, in *Infrações Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia e Direito*”, Coimbra Editora, p. 542.

⁸⁵Ac. de 24/02/2016, Proc. 90/13.6GBGVA.C1 (Vasques Osório), in www.dgsi.pt.

falta de consagração de um expresse dever de o administrador recorrer a providências de recuperação quando confrontado com uma probabilidade de insolvência.

No entanto, como entendeu TRC, nos casos em que, no processo penal e ao abrigo do princípio da adesão (art. 71.º do CPP) *“ao lado da responsabilidade criminal existe a responsabilidade civil, o facto típico, ilícito e culposo em que se traduz o crime praticado, dá corpo aos três primeiros pressupostos da responsabilidade [o facto, ilicitude e culpa]”*.

Isto justifica-se pelo facto de quando deduzido PIC, a causa de pedir é constituída pelos factos constitutivos da prática do crime em questão e, nessa medida, os factos geradores de responsabilidade penal e civil são necessariamente coincidentes⁸⁶.

À vista disso, aos credores sociais, na qualidade de lesados, bastará a alegação e prova dos restantes pressupostos de que a responsabilidade civil depende, ou seja, a demonstração dos danos sofridos e o nexó de causalidade entre o crime de insolvência negligente e esses danos.

Dito isto, ressarcir dos danos sofridos pelos credores sociais emergentes da inércia do administrador quando confrontado com uma situação de insolvência provável, dependerá da responsabilização penal deste pelo crime de insolvência negligente o que, na prática, não é frequente.

⁸⁶Ac. TRC de 18/10/2017, Proc. 68/11.4TAPNI.C1 (Isabel Valongo), in www.dgsi.pt.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho procurámos, face ao novo dever consagrado no art. 19.º, al. b) da Diretiva, analisar, se à luz do ordenamento jurídico português, existe um dever de o administrador confrontado com uma situação de probabilidade na insolvência, adotar comportamentos que tenham como objetivo prevenir a situação de insolvência atual, tal como definida no art. 3.º, n.º 1 do CIRE.

Como esclarecemos na Introdução, o problema que nos propomos a analisar não se prende com a responsabilização do administrador que, numa fase de pré-insolvência, adota condutas dolosas que criam ou agravam a situação de insolvência atual. De forma inegável, a adoção destes comportamentos pelo administrador numa fase pré-insolvencial, levará à qualificação culposa da insolvência, nos termos do art. 186.º, n.º 1 e 2 do CIRE.

Por seu turno, analisamos a responsabilidade do administrador na eventualidade de numa situação pré-insolvencial, omitir, por negligência e inércia, qualquer comportamento que tivesse em vista a prevenção da insolvência.

Com esta finalidade, recorrendo à Doutrina Nacional e comparando o ordenamento jurídico nacional com os ordenamentos jurídicos espanhol e alemão, tentamos delimitar o conceito de insolvência provável, visto ser a partir do momento em que a sociedade se encontra nessa situação que ao administrador passa a ser imposta a adoção de condutas preventivas.

Chegados a um conceito de probabilidade de insolvência, debruçamo-nos sobre a questão mais importante que está na origem da presente dissertação, especificamente a questão de saber, se confrontado com uma situação de insolvência provável, o ordenamento jurídico português impõe que o administrador adote medidas que previnam a situação de insolvência atual, em conformidade com a Diretiva, transposta pela Lei 9/2022, de 11 de janeiro.

Da análise da Lei 9/2022, concluímos que o dever aqui em causa não foi transposto para o ordenamento jurídico nacional, o que se poderá justificar pelo facto de o legislador considerar que tal dever já se encontrava consagrado, o que dispensaria a sua transposição.

A despeito de certos autores defenderem que tal dever tem já consagração legal, por força do art. 64.º do CSC ou do art. 186.º do CIRE, a verdade é que, a nosso ver, estas normas revelam-se insuficientes para uma eventual responsabilização no caso de se verificar uma inércia e negligência do administrador que, perante a aproximação da insolvência, nada fez para a prevenir, omissão esta que, de forma inevitável, afeta gravemente os interesses dos credores sociais.

Posto isto, dado que este dever não foi devidamente consagrado pelo legislador nacional, a responsabilização dos administradores ao abrigo das disposições previstas no CSC e no CIRE vê-se dificultada, em razão de não se preencher o pressuposto da ilicitude ou de não existir uma norma de proteção, que quando violada importe um direito aos credores sociais, o de serem indemnizados pelo administrador.

Em suma, a nosso ver, em cumprimento da correta transposição da Diretiva e de modo a evitar o conflito com o Direito Penal, que prevê o crime de insolvência negligente no art. 228.º, n.º 1, al. b) do CP, a solução passaria, numa primeira linha, pelo acolhimento e delimitação temporal do conceito de insolvência provável, ainda que tal significasse um abandono do conceito de insolvência iminente (conceito que mais se aproxima com o introduzido pelo legislador europeu) e, numa segunda linha, pela consagração inequívoca de um dever de prevenção da insolvência pelos administradores, sem prejuízo do dever previsto no art. 18.º, n.º 1 do CIRE, assim que se verifique uma situação de insolvência atual.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS E ARTIGOS

- ABREU, Jorge Coutinho de (2022) - “*Curso de Direito Comercial*”, Vol. I, Editora: Almedina, 13.^a Edição;
- ABREU, Jorge Coutinho de (2019) - “*Administradores e (novo?) dever geral de prevenção da insolvência*”, V Congresso de direito da insolvência / coordenação Catarina Serra. - 1.^a Edição, Coimbra, Almedina;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de (2010) - “*Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, Lisboa: Universidade Católica Editora;
- COSTA, Ricardo - “*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*”, Vol. I, Almedina, 3.^a Edição;
- COSTA, Ricardo (2017) - “*Insolvência provável e deveres dos administradores de sociedades na reestruturação empresarial: o art. 18.º da Proposta da Diretiva, As PME perante o (novo) Direito da Insolvência*”, Coordenado por Alexandre Soveral Martins;
- DIAS, Jorge Figueiredo (2007) - “*Direito Penal Parte Geral*”, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora;
- EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2022) - “*Manual de Direito da Insolvência*”, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra;
- FRADA, Manuel Carneiro da (2007) - “*A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*”, A Reforma dos Códigos das Sociedades

- Comerciais: Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Edições Almedina, Coimbra;
- FERNANDES, Luís Carvalho e LABAREDA, João (2015) - “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, Editora: Quid Juris, 3.^a Edição;
- MACHADO, José Manuel Gonçalves (2022) - “*O dever de promover a negociação e a Responsabilidade civil dos gerentes*”, Fátima: ed. do autor;
- MARTINS, Luís - “*Recuperação de Pessoas Singulares*”, Volume I, 2.^a Edição;
- MARTINS, Alexandre de Soveral (2021) “*Em casa onde não há pão, toda a gente ralha e ninguém tem razão*”, Revista de Direito da Insolvência, N. 05;
- MARTINS, Alexandre de Soveral (2022) - “*Um Curso de Direito da Insolvência*”, Editora: Almedina, 4.^a Edição;
- MARTINS, Alexandre de Soveral (2020) - “*Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*”, Almedina;
- PEREIRA, Vítor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre (2008) - “*Código Penal Anotado e Comentado: Legislação Conexa e Complementar*”, Lisboa: Quid Iuris Sociedade Editora;
- RIBEIRO, Maria de Fátima (2012) - “*A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*”, Almedina;
- RIBEIRO, Maria de Fátima (2011) - “*A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*”, I Congresso Direito das Sociedades em Revista;
- SERRA, Catarina (2025) - “*Lições de Direito da Insolvência*”, Editora: Almeida, 3.^a Edição;
- SERRA, Catarina (2020) - “*O dever de prevenção da insolvência na perspetiva dos deveres fundamentais dos administradores (a crescente encruzilhada do Direito das*

Sociedades e do Direito da Insolvência”, Alexandre de Soveral Martins et al. (org.), Diálogos com Coutinho de Abreu – Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor, Coimbra, Almedina;

- TORRES, Isabel Fernández (2022) - “El Derecho Concursal e la transposición de la Directiva sobre Reestructuración Preventiva - “Sobre los deberes de los administradores en la preinsolvencia (com especial referencia al anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Concursal”;
- VASCONCELOS, Miguel (2014) - “*As dimensões jurídico-privada e jurídico-penal da insolvência (uma introdução)*, in *Infrações Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia e Direito*”, Coimbra Editora;
- CAEIRO, Pedro (1999) - “*Anotação ao art. 228.º in “Comentário Conimbricense ao Código Penal*”, Tomo II, coordenado por Jorge de Figueiredo Dias.

DOCUMENTOS ELETRÓNICOS E WEBSITES

- ARAÚJO, Luís António Ramos Correia (2021) - “*A Responsabilidade Civil dos Administradores perante credores na Insolvência da sociedade comercial*”, Tese em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, disponível em <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4548/3414>;
- CORDEIRO, António Menezes - “*O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil*”, consultado em <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/articles/o-principio-da-boa-fe-e-o-dever-de-renegociacao-em-contextos-de-situacao-economica-dificil>;
- COSTA, Ana Isabel de Oliveira Martins (2014) - “*A Responsabilidade Penal dos Administradores nos Crimes Insolvenciais: Em Especial na Insolvência Negligente*”, 2014, disponível em [Veritati - Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa: Percorrer o repositório](#);

- COSTA, Ricardo (2018) - “*A Business Judgment Rule na Responsabilidade Societária: Entre a Razoabilidade e a Racionalidade*”- Colóquio Internacional Governação das Sociedades, Responsabilidade Civil e Proteção dos Administradores, coordenado por Maria João Antunes e Alexandre de Soveral Martins, disponível em ([Livro Governação das Sociedades.pdf](#));

- COSTA, Ricardo - “*Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*”, disponível em https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_24_2018428192044.pdf;

- COSTA, Ricardo - “*Gestão das sociedades em contexto de crise de empresa*”, disponível em https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_64_201943102346.pdf;

- DUARTE, Rui Pinto - “*Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*”, III Congresso de Direito da Insolvência – Coordenação Catarina Serra, disponível em https://www.csassociados.pt/xms/files/v2/Site_2018/Outros_Conteudos_RPD/Artigos_e_Textos_em_Obras_Coletivas/2015ResponsabilidadeAdministradoresCSCCIRE.pdf;

- FRADA, António Carneiro da (2006) - “*A responsabilidade dos administradores na insolvência*”, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-responsabilidade-dos-administradores-na-insolvencia/>;

- OLIVEIRA, Nuno Pinto - “*Responsabilidade civil dos administradores pela violação do dever de apresentação à insolvência*”, Revista de Direito Comercial, disponível em <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/5b2b500670a6ad5f457d7677/1529565193097/2018-12.pdf>;

- RAMOS, Maria Elisabete Gomes - “*A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*”, disponível em <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4548/3414>;
- RIBEIRO, Maria de Fátima - “*Os deveres dos administradores na crise provocada pelos efeitos da pandemia Covid-19 e a suspensão do dever de apresentação à insolvência*”, disponível em <https://portal.oa.pt/media/133312/maria-de-fatima-ribeiro.pdf>;
- SERRA, Catarina (2023) - “*Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização dos administradores de sociedades*”, Revista de Direito Comercial de 8 de fevereiro, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/dever-de-prevencao-da-insolvencia>;

LISTA JURISPRUDENCIAL

- Ac. TRC, de 08.05.2012, Proc. n.º 716/11.6TBVIS.C1 (Artur Dias), in www.dgsi.pt;
- Ac. TRL, de 13.07.2010, Proc. n.º 863/10.1TBALM.L1.6 (Márcia Portela), in www.dgsi.pt;
- Ac. STJ, de 09.06.2021, Proc. 1267/19.6T8STS.P1. S1 (Ana Paula Boularot), in www.dgsi.pt;
- Ac. STJ, de 27.10.2016, Proc. 741/16.0T8LRA-A.C1. S1 (José Rainho), in www.dgsi.pt;
- Ac. STJ, de 27.10.2016, Proc. 741/16.0T8LRA-A.C1. S1 (José Rainho), in www.dgsi.pt;
- Ac. TRC, de 24.02.2016, Proc. 90/13.6GBGVA.C1 (Vasques Osório), in www.dgsi.pt;
- Ac. TRC, de 18.10.2017, Proc. 68/11.4TAPNI.C1 (Isabel Valongo), in www.dgsi.pt.