



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE UMA SOCIEDADE À
INSOLVÊNCIA: EFEITOS JURÍDICOS E ECONÓMICOS**

João Miguel Azevedo da Silva

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE UMA SOCIEDADE À
INSOLVÊNCIA: EFEITOS JURÍDICOS E ECONÓMICOS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no âmbito do Mestrado em Direito e Gestão sob a orientação da Exma. Sra. Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro.

Faculdade de Direito-Escola do Porto
2019

***Aos meus pais,
Por tudo***

Agradecimentos

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro,
Pela disponibilidade e sentido crítico que permitiu toda a criação.

Aos meus pais,
Pelo esforço e pela forma tão apaixonada que caminharam comigo.

À minha namorada,
Pelo acreditar e pela força que transporta.

Aos meus amigos,
Um refúgio que merece destaque em momentos altos.

À minha avó,
Pelo carinho que trespassa.

Resumo:

O Código de Insolvência e Recuperação de Empresas consagrou o dever de apresentação à insolvência no prazo de 30 dias. Com o presente estudo, pretende-se analisar o regime adotado pelo legislador português e, comparando com outros ordenamentos jurídicos, abordar quais são os seus principais efeitos. Por outro lado, procurou-se dar resposta a alguns problemas que se levantam sobre a sua aplicação, bem como, o alcance da responsabilidade dos administradores em caso de incumprimento do dever de apresentação.

Palavras-Chave: Insolvência; Responsabilidade; Apresentação; Prazo

Abstract:

Portuguese Insolvency Act established debtor's obligation to file bankruptcy until 30 days after becoming bankrupt. With this study, is our purpose to analyze portuguese law polity and, comparing with other legal systems, discuss the most important effects. We also searched for solution to some application problems, as well, to define extent of administrators liability in the event of breach of the duty to file company bankruptcy.

Keywords: Bankruptcy; Liability; File; Deadline

Índice

AGRADECIMENTOS.....	5
RESUMO:	6
ÍNDICE.....	7
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	9
I - APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA.....	11
1. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INSOLVÊNCIA	11
2. SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA	13
3. INSOLVÊNCIA IMINENTE	15
4. DEVER DE APRESENTAÇÃO	17
5. DIREITO COMPARADO.....	20
6. A RESPONSABILIDADE PELO INCUMPRIMENTO DO DEVER DE APRESENTAÇÃO À INSOLVÊNCIA	22
6.1. <i>Qualificação de Insolvência</i>	22
6.2. <i>Exoneração do Passivo Restante</i>	25
6.3. <i>Responsabilidade Penal</i>	26
II - O INCIDENTE DE QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA	27
1. REGIME GERAL	27
2. INSOLVÊNCIA CULPOSA	28
3. EFEITOS DA QUALIFICAÇÃO DA INSOLVÊNCIA COMO CULPOSA	30
3.1. <i>Regime Geral</i>	30
3.2. <i>Inibição das pessoas afetadas pela qualificação para a administração de</i>	
<i>patrimónios de terceiros</i>	31
3.3. <i>Inibição temporária para o exercício do comercio e para ser titular de órgão</i>	
<i>de pessoa coletiva</i>	32
3.4. <i>Perda dos respetivos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa</i>	
<i>insolvente</i>	33
3.5. <i>Indemnização aos credores do devedor insolvente</i>	34
3.6. <i>A responsabilidade de gerentes e administradores no direito comparado</i> .	37
CONCLUSÕES.....	40
BIBLIOGRAFIA	42
JURISPRUDÊNCIA.....	45

Índice de Abreviaturas

Ac.	– acórdão
Al.	– alínea
Art.	– artigo
BGB	– Bürgerliches Gesetzbuch
CC	– Código Civil
Cfr.	– Confrontar
CIRE	– Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPC	– Código de Processo Civil
CPEREF	– Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CSC	– Código das Sociedades Comerciais
DL	– Decreto-Lei
Ed.	– Edição
L	– Lei
LC	– Ley Concursal
P.	– página
pp.	– páginas
RC	– Tribunal da Relação de Coimbra
RE	– Tribunal da Relação de Évora
RG	– Tribunal da Relação de Guimarães
RL	– Tribunal da Relação de Lisboa
RP	– Tribunal da Relação do Porto
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça
TOC	– Técnico Oficial de Contas
ROC	– Revisor Oficial de Contas
SS	– seguintes
Vol.	– volume

Introdução

O direito da insolvência versa sobre um conjunto de normas que visam regular uma forma de processo especial que incide sobre a disciplina legal aplicável no caso de devedores insolventes, com relevância a nível do direito processual, mas também no plano substantivo.

Em 2004, o XV Governo Constitucional introduziu o Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de Março que aprovou o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, doravante CIRE, que estipula no art. 18.º o dever de apresentação à insolvência.

Este dever já existia em sede do CPREF aprovado pelo Decreto-Lei nº 132/93, de 23 de Abril, que no seu art. 6.º consagrava o dever de apresentação à falência no prazo de 60 dias subsequentes à verificação das circunstâncias previstas no art. 8.º daquele Diploma. Com a aprovação do CIRE foi estipulado de forma idêntica ao anterior regime o prazo de 60 dias para o devedor se apresentar à insolvência.

Com a reforma ao CIRE de 2012, com a aprovação da L16/2012, de 20/04, seguindo o panorama internacional, o legislador optou por uma redução do prazo para a apresentação à insolvência de 60 para 30 dias.

Foi o próprio legislador que no decreto preambular do DL 53/2004, de 18/03, expôs que o objetivo do processo de insolvência “é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores. 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 incumprimento por parte de certos agentes repercute-se necessariamente na situação económica e financeira dos demais. Urge, portanto, dotar estes dos meios idóneos para fazer face à insolvência dos seus devedores, enquanto impossibilidade de pontualmente cumprir obrigações vencidas.”. Ou seja, no espírito da lei verifica-se que o processo de insolvência se preocupa por dar resposta ao direito dos credores em concreto que se vejam lesados pelo incumprimento dos seus créditos, bem como, reconhecer a necessidade de proteger o mercado expurgando os agentes económicos que em situação de insolvência irão contagiar a saúde económica das entidades com que se

relacionarem, tentando dessa forma assegurar um patamar de confiança que é essencial no “tráfego jurídico”.

De igual modo, o art. 1.º do CIRE previu expressamente que “O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.”.

É, assim, neste contexto que surge a consagração de um prazo legal para as sociedades comerciais se apresentarem à insolvência, que em caso de incumprimento é suscetível de gerar responsabilidade para as pessoas que em concreto tiverem a administração da sociedade comercial.

Neste trabalho procuraremos analisar o regime consagrado sobre o dever de apresentação à insolvência, com especial enfoque no caso das sociedades comerciais, problematizar as questões que surgem em torno deste dever e enunciar as consequências legais previstas em caso de incumprimento.

I - Apresentação à Insolvência

1. Legitimidade para requerer a insolvência

Nos termos do artigo 18.º, o próprio devedor (quer seja pessoa singular ou pessoa coletiva) pode apresentar-se ao processo de insolvência¹⁻². No caso do devedor não ser uma pessoa capaz, a legitimidade para apresentar o pedido cabe ao órgão social incumbido pela sua administração ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores³.

Nos termos do art. 20.º, nº 1, a legitimidade para requerer pode caber a qualquer credor que se encontre numa das hipóteses elencadas nas diversas alíneas previstas naquele preceito, independentemente da natureza do seu crédito, e mesmo que este seja condicional⁴, o que liga com a ideia que se adiantou da finalidade do processo de insolvência tutelar os direitos dos credores. Para o efeito, o credor requerente de insolvência terá que fazer prova da existência dos factos índice enumerados no art. 20.º, devendo justificar na petição inicial a natureza, a origem e o montante do seu crédito (art. 25.º). Pode ainda a legitimidade recair sobre o Ministério Público em representação

1 EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 6ª ed, Coimbra, 2015, p. 32.

2 MARTINS, Luís, *Processo de Insolvência*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 117 – “A apresentação à insolvência faz-se por meio de petição escrita na qual são expostos os factos que integram os pressupostos da declaração requerida, concluindo-se pela formulação do correspondente pedido, devendo o requerente indicar se a situação de insolvência é actual ou apenas iminente”.

3 A este propósito, vd. Ac. TRL de 07-02-2010, P.985/10.9TYLSB.L1-7 (GOUVEIA DE BARROS): “Encontrando-se a sociedade sem gerentes e cabendo os poderes de gerência a todos os sócios, nos termos dos artigos 253º/1 e 261º/1 do Código das Sociedades Comerciais, qualquer deles pode tomar iniciativa de a apresentar à insolvência sem que tal apresentação tenha que ser deliberada pelos sócios”.

Ac. TRL de 26-05-2009, P. 1477/08.1TYLSB.L1-1, (MARIA ROSÁRIO BARBOSA): “1. Sendo a requerente uma sociedade por quotas administrada por um sistema de gerência plural, a iniciativa de apresentação à insolvência cabe aos seus gerentes conjuntamente sendo obrigatória a junção da cópia da acta da deliberação da gerência.”.

4 EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 6ª ed, Coimbra, 2015, p. 36. Vd. o Ac. STJ 29-03-2012 (FERNANDES DO VALE): “ao abrigo do nº1 do art.º 20º, o titular de crédito litigioso está legitimado para requerer a declaração de insolvência do respetivo devedor”. No mesmo sentido, vejam-se os Acs. RG 15-09-2011 (MANUEL BARGADO), 13-10-2011 (CONCEIÇÃO BUCHO), 08-05-2014 (JORGE TEIXEIRA) e, o Ac. RP 13-03-2014 (AMARAL FERREIRA), em sentido contrário, COSTEIRA, Maria José, *O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Revisitado*, in “Miscelâneas”, nº6, 2010, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, pp. 59-63. Na jurisprudência, Ac. RC 03-12-2009 (EMÍDIO COSTA). Sobre a inadmissibilidade de o processo de insolvência prosseguir perante a constatação da existência de um só credor veja-se o Ac. RG de 05-08-2014 (JORGE TEIXEIRA).

das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados e desde que se observe de igual modo a existência dos indícios enumerados no art. 20.º, nº 1.

Contudo, não nos iremos alongar sobre os outros legitimados para requerer a insolvência, porquanto extravasa o âmbito do tema sobre o qual nos debruçamos.

Com efeito, o art.18º, existe um dever por parte do devedor de requerer a declaração de insolvência nos 30 dias seguintes a contar da data de conhecimento da situação de insolvência⁵ 6. Relativamente aos devedores titulares de empresas⁷, a lei estabelece no nº 2 do art. 18.º uma presunção inilidível referente ao conhecimento da situação de insolvência quando tenha decorrido pelo menos três meses desde o incumprimento generalizado de obrigações dos tipos referidos na al g) do nº1 do art.20º.

5 EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 6ª ed, Coimbra, 2014, p. 33 – “o Art.18º, nº1, foi alterado pela Lei n. 16/2012, de 20 de Abril, que reduziu para metade o prazo previsto na redação originária para o dever de apresentação.”.

6 FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª Edição, QUID JURIS, Lisboa, 2015 p.187. “A redação atual do nº 1 é a que lhe foi dada pela L 16/2012. A mudança consistiu, exclusivamente, na redução, para 30 dias, do prazo de apresentação, que originariamente estava fixado em 60 dias”.

7 Não existe unanimidade na doutrina acerca do facto de o sócio de uma sociedade poder ser titular de uma empresa. No, Ac. RL de 08-02-2011, p.275/10.7TBBBR-C.L1-8, MARIA ISOLETA COSTA: “A pessoa do insolvente sócio de sociedade, não se confunde com a própria sociedade, razão porque não lhe é aplicável o regime legal do art.º 18º do CIRE” e o Ac. RP de 08-02-2011, P. 275/10.7TBOAZ-E.P1, GUERRA BANHA: “Estando em causa a insolvência de pessoa singular, ainda que por impossibilidade de cumprimento de dívidas resultantes de avales concedidos, em seu nome individual, a favor de sociedade que era sócio-gerente, essa circunstancia não o sujeita ao dever de requerer a sua própria insolvência dentro do prazo previsto no art.º 18º, nº1, do CIRE”. Em sentido contrário, AC RG 30-04-2009 (RAQUEL REGO), refere que “empresa e pessoa coletiva são totalmente equiparáveis, pelo que o sócio de uma sociedade deve ser considerado titular de empresa, estando assim, obrigado à apresentação à insolvência dentro dos 30 dias à data em que teve conhecimento da situação de insolvência ou da data em que devesse conhecê-la”.

2. Situação de Insolvência

É pressuposto deste dever que exista uma situação de insolvência o que nos remete para a análise do seu conceito.

Com efeito, a doutrina tem entendido que existem dois critérios fundamentais para o apuramento da incapacidade de cumprimento por parte do devedor, que são o critério do fluxo de caixa e o critério do balanço ou do ativo patrimonial. O critério do fluxo de caixa tem presente o momento em que o devedor deixa de cumprir as suas obrigações, não sendo relevante o facto de o ativo ser superior ao passivo. Por seu turno, o critério do balanço ou do ativo patrimonial tem subjacente o valor dos bens do devedor no cumprimento das suas obrigações.

O legislador parece ter dado preferência ao critério de fluxo de caixa⁸ ao prever no n.º 1 do art. 3.º do CIRE que a situação de insolvência se determina pela impossibilidade de cumprimentos das obrigações vencidas, o que implica a adoção do critério do *fluxo de caixa*. Contudo, no n.º 2 do art. 3.º prevê-se a possibilidade nos casos de pessoas coletivas e patrimónios autónomos de considerar demonstrada a insolvência no caso do passivo ser manifestamente superior ao ativo avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis, que aponta mais no sentido do critério do balanço.

Não obstante, o conceito de insolvência é ainda discutível, como salienta LUÍS MENEZES LEITÃO, “parece preferível a definição anterior do CPREF que entendia a insolvência como a impossibilidade de cumprir pontualmente as respetivas obrigações por carência de meios próprios e por falta de crédito.”⁹.

A doutrina tem defendido que não terá de existir um incumprimento generalizado das obrigações do devedor, assim, será de ter em consideração que a existência de apenas uma dívida, nomeadamente pela sua dimensão, já poderá

8 LEITÃO, Menezes, *Pressupostos da Declaração de Insolvência*, in “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2014, p. 176 – A incapacidade para fazer cumprir as obrigações é determinada através de dois critérios, nomeadamente o critério de fluxo de caixa (*cash flow*) e o critério do balanço ou do activo patrimonial (*balance sheet* ou *asset*).

9 LEITÃO, Menezes, *Pressupostos da Declaração de Insolvência*, in “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2014, p. 177. No sentido do autor, ainda ALBUQUERQUE, Pedro, *Declaração da situação da insolvência*, in “O Direito”, 137º (2005), III, p. 511. Com opinião contrária ao autor, elogiando a nova definição, cfr. TORRES, Nuno Maria Pinheiro, *O Pressuposto Objectivo do Processo de Insolvência*, in “Direito e Justiça”, vol. XIX (2005), n.º 2, p. 170: ““a impossibilidade de cumprir” diz respeito aos “casos de incumprimento por insuficiência ou inexistência de recursos financeiros””.

corresponder a uma dívida que induza a um incumprimento generalizado¹⁰. Por outro lado, a Jurisprudência tem vindo a considerar que a análise da situação de insolvência deverá ponderar outras circunstâncias que não apenas o mero incumprimento de obrigações vencidas, considerando que o contexto pode relevar na sua apreciação¹¹⁻¹².

10 FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 3ª Edição, QUID JURIS Sociedade Editora, Lisboa, 2015. P. 190: “Se um devedor celebrou e tem em curso 20 contratos de locação, que impõem prestações mensais, e deixa de pagar as de um, mantendo o pagamento das restantes, não se preenche a previsão do nº3 do art.º 18º. Se, porém, mantém o pagamento das rendas de um, mas deixa de pagar as dos outros, por mais de 3 meses, aí ocorre uma situação que obriga à apresentação”. Ac. RL de 09-02-2014, P.28/14.3TBRMR.L1-1, R. RIJO FERREIRA: “O facto não ter sido produzida prova no sentido de demonstrar uma generalizada suspensão do pagamento de obrigações vencidas, não permite concluir que a requerida se encontre numa situação de insolvência, tal como definida no art.º 3º CIRE”.

11 Neste sentido, vd. Ac RL de 31-10-2017, MARIA AMÉLIA RIBEIRO, “Importa ter presente a configuração concreta das dívidas do(a) requerido(a) e os meios que lhe assistem para lhes fazer face (montantes em causa; corresponsáveis; garantias; património do devedor etc.). Também o Ac. RE de 10-05-2018, TOMÉ DE CARVALHO, defendeu que “A insolvência traduz-se na insusceptibilidade de o devedor satisfazer obrigações que, pelo seu significado no conjunto do passivo do devedor ou pelas próprias circunstâncias do cumprimento, evidenciam a impotência para continuar a satisfazer a generalidade dos seus compromissos.”.

12 MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO dá o exemplo da legislação alemã designada por *Finanzmarktstabilisierungsgesetz*, de 11 de Outubro de 2008, artigo 5º que prevê o conceito *Überschuldung*, quando o património do devedor não é suficiente para fazer face às suas obrigações, mas é tida em apreço a continuidade e viabilidade da empresa em situações em que esta seja altamente provável. Para a determinação do conceito da insolvência da sociedade, a legislação alemã teve presente dois critérios. O primeiro relativo à superioridade do passivo em relação ao ativo da sociedade (*balance sheet test*) e o segundo referente à possibilidade de a organização não conseguir cumprir as suas obrigações (designado de *cash flow test*). Transportando tal situação para a legislação atual poderiam existir disponibilidade de crédito ou podem os responsáveis garantir o cumprimento das obrigações. A Autora considera prematuro condenar à insolvência sociedades com base no critério da superioridade do passivo, sobretudo de tivermos em consideração sociedades com o capital social mínimo de 1€. Estas não estão logo, na sua constituição, incapacitadas de cumprir as suas obrigações? Tais considerações são relevantes, pois se a sociedade estiver insolvente por manifesta superioridade do passivo, mas solvente com base no *balance sheet test*, não é facilmente determinável o momento de verificação da situação da insolvência e, por consequência, não será à partida reprovável o comportamento do administrador – vd. RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial*, in O Direito, 142.º, 2010, p. 85.

3. Insolvência Iminente

No art. 3.º, nº 4 do CIRE, o legislador consagrou a equiparação da insolvência iminente à insolvência atual no caso de apresentação pelo devedor à insolvência, porém, não apresentou uma definição legal ou concretização do seu alcance.

Não obstante, a Doutrina tem vindo a pronunciar-se sobre o que pode ser considerado insolvência iminente.

Assim, para CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, “a iminência da insolvência caracteriza-se pela ocorrência de circunstâncias que, não tendo ainda conduzido ao incumprimento em condições de poder considerar-se a situação de insolvência já actual, com toda a probabilidade a vão determinar a curto prazo, exactamente pela insuficiência do activo líquido e disponível para satisfazer o passivo exigível”¹³. Partilhando da mesma opinião, Luís M. Martins, considera que a situação de insolvência iminente é vista como “a percepção de que, de futuro e a curto prazo, não conseguirá cumprir as obrigações”¹⁴.

Para MANUEL REQUICHA FERREIRA, “está em insolvência iminente o devedor que não esteja, segundo um juízo de prognose, em condições de cumprir, num futuro próximo, as suas obrigações existentes no momento do seu vencimento”¹⁵.

Já COUTINHO DE ABREU define insolvência iminente “quando se antevê como provável que o devedor não terá meios para cumprir a generalidade das suas obrigações (já existentes) no momento em que se vençam”¹⁶.

Na opinião de SOVERAL MARTINS, quando é retratada uma situação de insolvência iminente é porque pode existir uma probabilidade de o devedor não conseguir cumprir as suas obrigações. Contudo, alerta que não basta a existência de uma probabilidade, será necessária uma probabilidade objetiva. Para isso, defende que deverá ser feito um juízo de “prognose” com o intuito de averiguar a situação líquida do

13 Vd. FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, Código da Insolvência e da Recuperação de empresas anotado, 2ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 73.

14 MARTINS, Luís, *Processo de Insolvência*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 101.

15 FERREIRA, Manuel Requicha, “Estado de insolvência” em *Direito da Insolvência*, Estudos, coordenação RUI PINTO, Coimbra Editora, 2011, p. 305.

16 ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol.II, Das Sociedades, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2006, p. 116.

devedor, de modo a perceber as suas capacidades financeiras, para fazer face às obrigações quer atuais, quer futuras. Segundo este raciocínio, não se pode confundir a situação de insolvência com um receio ou um medo presente no devedor, sendo que a situação terá de ser comprovada¹⁷.

Afigura-se que o legislador português se inspirou no legislador espanhol, que estabeleceu o conceito de insolvência iminente nos arts. 2.3 e 6.1 da *Ley Concursal*.

Também o conceito de Insolvência iminente se compagina com a ideia de minimizar ou mesmo antecipar os danos que decorrem do prolongamento de situações atuais ou previsíveis de impossibilidade de cumprir com as obrigações, tendo em vista a proteção dos credores¹⁸.

É com base nisto que o legislador introduz o conceito de insolvência iminente, de forma a ser possível prever o momento da apresentação da sociedade à insolvência. Além disso, o legislador procura através da insolvência iminente criar um fundamento para a abertura de um processo de insolvência, estabelecendo uma comparação com o conceito geral de insolvência atual.

17 MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, fevereiro, 2015, p. 30, “Daí que seja necessário efetuar um juízo de prognose, que pode ser auxiliado pela elaboração de um estudo sobre a liquidez do devedor. Será preciso averiguar qual a probabilidade de o devedor não pagar as obrigações vencidas e as obrigações atuais não vencidas no momento em que se vencerem. Se for previsível que isso venha a acontecer, há insolvência iminente”.

18 FERREIRA, Manuel Requicha, “Estado de insolvência” em *Direito da Insolvência*, Estudos, coordenação RUI PINTO, Coimbra Editora, 2011, p. 302.

4. Dever de Apresentação

Além das finalidades que se visam com o processo de insolvência e que adiantámos *supra*, a convicção de que o arrastamento de uma situação de insustentabilidade económica “apenas pode gerar mais inconvenientes e prejuízos”¹⁹, justifica a consagração de um dever e um prazo para a apresentação ao processo de insolvência.

Nos termos no nº 1 do art. 18.º, o devedor tem o dever de se apresentar à insolvência dentro de trinta dias após o conhecimento da situação de insolvência, exceto no caso do devedor ser pessoa singular não titular de empresa na data em que ocorra a situação de insolvência – vd. art. 18.º, nº 2.

O dever de apresentação à insolvência existe a partir do momento em que se tenha por verificada a situação de insolvência. Cumpre, porém, salientar que não é fácil determinar o momento exato em que se pode verificar a situação de insolvência, sobretudo se tivermos em consideração que o legislador equiparou a insolvência iminente à insolvência atual no caso de pessoas singulares – art. 3º, nº 4.

LUÍS FERNANDES e JOÃO LABAREDA entendem que existe o dever de apresentação “quando se configure a iminência da impossibilidade de cumprimento”²⁰. Porém, MENEZES LEITÃO sustenta o “facto de ser extremamente insegura a determinação do momento em que se verifica a insolvência iminente” e considera que esse dever não se verifica no caso de mera iminência²¹.

O STJ já decidiu que “A iminência da situação de insolvência pode levar os devedores a escamotear o seu património, impondo, por isso, a lei a estes certas actuações destinadas a salvaguardar a posição dos credores”²².

19 Vd. FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2ª edição, 2008, p. 125.

20 Vd. FERNANDES, Luís A. Carvalho; LABAREDA, João – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2ª edição, 2008, p. 127.

21 LEITÃO, Menezes, *Pressupostos da Declaração de Insolvência*, in “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2014, p. 180. Argumenta que a insolvência iminente não é suficiente para se iniciar o prazo para a apresentação à insolvência, “entendemos que a insolvência meramente iminente não é suficiente para a apresentação à insolvência”, LEITÃO, Luís Menezes, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 99

22 Vd. Ac STJ de 05-09-2017, FONSECA RAMOS.

Chegou a questionar-se se o prazo do dever de apresentação à insolvência era um prazo de caducidade, ou seja, se uma vez decorrido o prazo para se apresentar à insolvência preclui o direito de se apresentar e o próprio devedor perde a legitimidade para requerer a sua insolvência. A jurisprudência tem defendido que não se trata de um prazo de caducidade, mas antes de um prazo que não sendo observado gera consequências²³. A nível da doutrina, MENEZES LEITÃO considera “que se trata de um prazo dilatatório (art.139º, nº2, CPC), a sua ultrapassagem não extingue o direito de o devedor realizar posteriormente a apresentação à insolvência, apenas o sujeita às consequências legais”²⁴.

Com a Lei 16/2012, o prazo para a apresentação encurtou de 60 para 30 dias. Para CATARINA SERRA esta medida não representa uma novidade, já que estava em causa um aumento da eficácia na aplicação da lei relativa à apresentação devida à insolvência.²⁵ Para a autora, o prazo de 30 dias é visto como um prazo adequado tendo em conta o *Draft Report With recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law* de junho de 2011, em que sugere um prazo entre 1 a 2 meses após a cessão de pagamentos por parte do devedor, apesar de noutros ordenamentos o prazo não se apresentar tão reduzido²⁶.

23 Neste sentido, vd. AC STJ de 14-11-2006, BORGES SOEIRO, “II – O prazo estabelecido no art.18 do CIRE não é um prazo de caducidade”; AC RC de 26-5-2006, ARTUR DIAS, “I - O incumprimento do dever de apresentação à insolvência dentro dos 60 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência não retira ao devedor legitimidade para se apresentar em data posterior, não sendo de caducidade aquele prazo (...) III – A apresentação à insolvência configura-se, pois, não propriamente como um direito cujo não exercício em determinado prazo – nomeadamente de 60 dias previsto no nº1 do art.º 18º ou no de seis meses previsto na al d) do nº1 do art.º 238º - determine a sua caducidade, mas antes, para todos os possíveis sujeitos passivos da declaração de insolvência (art.º 2º), com exceção das pessoas singulares não titulares de empresa na data da situação de insolvência, como um dever, cujo não cumprimento atempado acarreta sanções e, para os devedores pessoas singulares não titulares de empresa na data da situação de insolvência, como um ónus cuja inobservância no prazo previsto no art.º 238º/1 d), reunidos os demais requisitos ali exigidos, importa perda do eventual benefício da exoneração do passivo restante”; AC RG de 07-06-2006, ROSA TCHING, “O prazo de 60 dias estabelecido no art.18 do C.I.R.E., não é um prazo de caducidade, tratando-se antes, de um prazo estabelecido como forma de concretizar o dever de apresentação à insolvência que impede sobre o devedor e de cuja incumprimento a lei fá-lo ficar sujeito à presunção da existência de culpa grave na insolvência (art.186)”.

24 LEITÃO, Menezes, *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 8ª ed, Coimbra, 2015, p. 82.

25 SERRA, Catarina, *Emendas à lei da insolvência portuguesa*, in “Direito das Sociedades em Revista”, 2012, p. 107: “Já era de esperar uma medida deste teor. Quando se quer aumentar a eficácia na aplicação da lei e a celeridade dos processos – e ostentar tal intenção – é habitual uma redução generalizada dos prazos”.

26 SERRA, Catarina, *Emendas à lei da insolvência portuguesa*, in “Direito das Sociedades em Revista”, 2012.

Já para LUÍS MARTINS, “O prazo de 30 dias não tem, qualquer correspondência com a realidade económica e empresarial portuguesa. Se já ninguém cumpria os 60 dias, os 30 serão inexecutáveis, sendo mais um prazo que raramente será cumprido”.²⁷

Para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, é necessário refletir sobre a bondade de uma alteração deste tipo, será preciso ter em conta a viabilidade de recuperação da sociedade, sendo que um curto prazo poderá influenciar a desvalorização da empresa e torna-se questionável se é benéfico ou não para os credores sociais²⁸.

Em sentido contrário, RUI PINTO DUARTE, crê que “incentivar as empresas em risco de insolvência a requererem *precocemente* medidas que acautelem os interesses dos credores é a orientação a seguir”, deixando sugestões para uma maior facilidade da apresentação à insolvência como “não fazendo depender a mesma da junção imediata do conjunto de elementos definido no art.º 24 do CIRE” ou uma “redução drástica do tempo de incumprimento das dívidas que determina a obrigação de apresentação à insolvência”²⁹. O autor entende assim que, através de medidas deste tipo, será possível garantir uma maior proteção dos credores sociais.

27 LUÍS MARTINS, *Processo de Insolvência*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 113.

28 RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in “Direito das Sociedades em Revista”, ano 7, volume 14, 2015, p. 72, “A bondade desta alteração é questionável, desde logo porque não é evidente que seja vantajoso para os credores sociais que a sociedade se apresente à insolvência dentro de um tão curto espaço de tempo após a verificação da situação de insolvência: especialmente nos casos em que seja, à partida, possível a recuperação da empresa societária, uma apresentação precipitada da mesma à insolvência pode comprometer a viabilidade de tal solução”.

29 DUARTE, Rui Pinto, *Defesa da proibição de arresto contra empresas*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1213. O autor cita que o “art.º 1124 do Código de Ferreira Borges (na esteira do art.º 440 do Code de Commerce de 1807) dispunha: Todo o comerciante que cessar pagamentos será obrigado a fazer a declaração do seu estado dentro de três dias a contar da cessação de pagamento ..”.

5. Direito Comparado

Tem-se entendido que existem dois paradigmas no âmbito do dever de apresentação à insolvência como pressuposto da responsabilização dos administradores perante os credores sociais. Com efeito, de um lado, existe a previsão normativa expressa de um dever que acarreta responsabilidade³⁰ e, por outro, não existe um dever especial de apresentação do devedor à insolvência mas a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores decorre da violação dos deveres de cuidado e de lealdade perante os credores, como é o caso do regime do ordenamento jurídico inglês³¹. Tal regime, para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, não poderá ser tido em conta como o mais favorável, já que “apesar de a responsabilidade que deriva de *wrongful trading* aparentar eficiência, a realidade tem demonstrado que ela apresenta inúmeras desvantagens (...) tais como a insegurança e indeterminação na fixação do momento a partir do qual surgem os deveres de preservação do património social (o momento of truth), a impossibilidade de distinção entre credores que já o eram no momento em que a sociedade ficou insolvente e aqueles que só a partir daí concederam crédito”³².

No regime alemão previsto no 19.2 da *Insolvenzordnung*, algumas das sociedades insolventes não são obrigadas a apresentar-se à insolvência, quando existe uma probabilidade da continuação da empresa. Tal regime resulta numa fórmula confusa em que não é possível determinar a quem compete o pedido da apresentação à insolvência, nos parâmetros a ter em consideração, nem o prazo a ter em conta relativo à continuidade da sociedade³³. A medida foi desenvolvida para fazer face à destruição das empresas, como resultado da crise económica internacional.

Mais recentemente, com a alteração pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (ESUG), de 7 de dezembro de 2011, foi possível ao devedor

30 Como é o caso da legislação portuguesa, espanhola e alemã.

31 Sobre este tema, vd. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação do Dever de Apresentação à Insolvência*, in “Revista de Direito Comercial”, de 05-04-2018, p. 626, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/responsabilidade-civil-dos-administradores-pela-violacao-do-dever> – consultada em 15/05/2019.

32 RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in “Direito das Sociedades em Revista”, ano 7, volume 14, 2015, p. 72.

33 RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in “Direito das Sociedades em Revista”, ano 7, volume 14, 2015, p. 74.

permanecer com a administração da massa, algo que antes apenas se previa para situações excecionais, acabando com um comportamento recorrente dos devedores de tentar adiar ao máximo a apresentação à insolvência, com o receio de que, de um dia para o outro, lhes fossem retirados todos os poderes sobre a sua empresa. Acresce que, nestes casos, através da nomeação de um administrador de bens provisório reforça-se a posição dos credores mediante uma fiscalização da administração que ficar nas mãos do devedor (270b (2) da *InsO*).

Na opinião de CATARINA SERRA, relativo ao “*timing problem*”, o Direito alemão aposta, como se vê, na criação de estímulos à adoção dos comportamentos desejáveis, trilhando caminhos fundamentalmente diversos dos do Direito português.”³⁴.

Por seu turno, o legislador espanhol na *Ley Concursal*, o artigo 5º nº 1, impõe ao devedor o dever de requerer a insolvência no prazo de dois meses após a data em que teve ou deveria ter conhecimento do seu estado de insolvência. O art. 5.º *bis* da LC³⁵ consagrou a possibilidade do devedor, antes de se gerar a obrigação de apresentar ao processo de insolvência prevista no art. 5.º, iniciar negociações com vista à celebração de um acordo, devendo para o efeito comunicar ao Tribunal competente³⁶. Uma vez decorrido três meses desde a comunicação ao Tribunal, independentemente do resultado das negociações, o Devedor deverá requerer a declaração de insolvência no mês seguinte. Ao consagrar a possibilidade de negociar com os credores antes de se apresentar ao processo de insolvência, o legislador espanhol procurou inverter a tendência da liquidação do património nos processos de insolvência e melhorar as condições de negociação para um possível acordo sem o estigma do processo de insolvência³⁷.

34 SERRA, Catarina, *Emendas à lei da insolvência portuguesa*, in “Direito das Sociedades em Revista”, 2012, p. 110. Para a autora, “em Portugal, os processos de insolvência continuarão seguramente a abrir-se por iniciativa dos credores. Isto exceto nos casos em que o devedor é uma pessoa singular, já que para este (...) o processo de insolvência continuará a aparecer – e a funcionar – como uma oportunidade”.

35 De acordo com a redação da *Ley 38/2011*, de 10 de Outubro.

36 RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in “Direito das Sociedades em Revista”, ano 7, volume 14, 2015, p. 75.

37 Vd. *La comunicación previa a la declaración de concurso y la propuesta anticipada de convenio*, disponível em <http://www.hispacolex.com/wp-content/uploads/documents/pdf/articulogaceta20ignacio.pdf> – que se debruça sobre a anterior solução de *Convenio Antecipado*, com a redação da *Ley 3/2009* de 27 de Março, consultado a última vez em 15/05/2019.

6. A responsabilidade pelo incumprimento do dever de apresentação à insolvência

A apresentação à insolvência é uma obrigação do devedor nos termos do art. 18.º e recai sobre pessoas coletivas e pessoas singulares. O legislador consagrou consequências para o incumprimento da norma.

Com efeito, no caso das pessoas coletivas consagrou no art. 186º, nº 3 que o incumprimento do prazo constitui uma presunção de existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular para efeitos de qualificação da insolvência como dolosa.

No âmbito das pessoas singulares não titulares de empresa, previu no art. 238º, nº 1, d) que o pedido de exoneração do passivo restante é liminarmente indeferido se o devedor não observar o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a apresentar-se, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica.

6.1. Qualificação de Insolvência

Ao abrigo do disposto no art. 185.º, o incidente de qualificação da insolvência tem o fito de qualificar a insolvência como culposa ou fortuita. Considera-se insolvência culposa conforme preceitua o artigo 186.º, nº 1, “quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”.

O legislador optou por consagrar no nº 2 do art. 186.º um conjunto de situações em que se presume *iuris et de iure* a situação de insolvência culposa, ou seja, presunções inilidíveis que não admitem prova em contrário.

No campo do nosso estudo, no nº 3 do art. 186º previu que “Presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor

que não seja uma pessoa singular tenham incumprido: a) O dever de requerer a declaração de insolvência (...).”

No entendimento de CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, a presunção de culpa grave prevista no art. 186.º, nº 3 é ilidível e, por conseguinte, admite o seu afastamento mediante prova em contrário³⁸.

Ao contrário do que sucede nas presunções previstas no art. 186º, nº 2, tem-se entendido que nos casos do nº 3 não se presume a existência do nexo de causalidade entre a omissão dos deveres nele consagrados e o agravamento da situação económica ou da situação de insolvência do devedor³⁹, que conforme se adiantou, nos termos do nº 1 do art. 186º é um pressuposto para a qualificação da insolvência culposa. Com efeito, conforme tem vindo a ser entendido maioritariamente pela jurisprudência e pela doutrina⁴⁰, é necessário provar que a atuação com culpa grave (presumida) criou ou agravou a situação de insolvência, ou seja, demonstrar que existe um nexo de causalidade entre a omissão do dever de apresentação à insolvência e a situação de insolvência para que se possa concluir pela insolvência culposa.

Não obstante, uma corrente divergente entende que as presunções presentes no art.186º nº 3 constituem presunções ilidíveis de insolvência culposa (e não de presunção de culpa grave). A título de exemplo, assim se decidiu no AC TRC de 22-05-

38 FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de empresas anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 611.

39 Assim, vd. EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manuel de Direito da Insolvência*, 5ª ed. Almedina, p. 131, “para auxiliar o intérprete, o art. 186.º ... prevê dois conjuntos de presunções: o n.º 2 contém um elenco de presunções iuris et de iure de insolvência culposa de administradores de direito ou de facto do insolvente e do próprio insolvente pessoa singular; por seu turno, o n.º 3 prevê um elenco de presunções iuris tantum de culpa grave dos administradores de direito ou de facto do insolvente e do próprio insolvente pessoa singular. A opção por esta técnica jurídica justifica-se pela necessidade de garantir uma maior «eficiência da ordem jurídica na responsabilização dos administradores por condutas censuráveis que originaram ou agravaram insolvências», para além disso favorece a previsibilidade e a rapidez da apreciação judicial dos comportamentos.”

40 Ac. TRG de 12-07-2011, P 503/10.9TBPTL-H.G, CONCEIÇÃO BUCHO: “Ainda que provada culpa grave (nos casos do n.º3 do art. 186º do CIRE), tal não tem como consequência direta e necessária a qualificação da insolvência como culposa. Para que a insolvência possa ser tida como culposa, é ainda necessário que se demonstre a existência de um nexo de causalidade entre a conduta incumpridora dos administradores e a situação de insolvência do devedor; Ac. TRP de 28-09-2010, P.3157/08.9TBVFR-D.P1, FERNANDO SAMÕES: “I – Há incumprimento do dever de apresentação à insolvência e dessa omissão resultou agravamento da situação de insolvência, daí resultando prejuízo para os credores quando a situação económico-financeira da empresa era de tal mofo grave, considerando as dívidas existentes, aliada a uma difícil conjuntura económica e de mercado (que afecta todos os agentes económicos), que não se pode considerar aceitável o protelamento da apresentação à insolvência”.

2012, BARATEIRO MARTINS, que entendeu que “O art. 186.º do CIRE, consagra nas alíneas do n.º 2 presunções (absolutas) de insolvência culposa e nas alíneas do n.º 3 presunções (relativas) de insolvência culposa, e não meras presunções relativas de culpa grave, o que esvaziaria a utilidade destas presunções. Nos termos da interpretação supra efectuada deste preceito (186.º/3 a) do CIRE), presume-se a insolvência culposa quando o administrador, de direito ou de facto, tenha incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência.”⁴¹.

Neste sentido, os administradores de direito ou de facto, poderão ao lado do devedor, ser responsáveis perante os credores devido à violação da obrigação da apresentação da sociedade à insolvência. A génese deste regime tem em vista responsabilizar pessoalmente os administradores de direito e de facto que tinham o comando da sociedade comercial e que são responsáveis pela sua insolvência.

Nas palavras de LUÍS MARTINS, “para que os administradores e gerentes sejam considerados civilmente responsáveis pelo facto de não terem apresentado a sociedade à insolvência, devem estar preenchidos os pressupostos do art 483º CC”⁴². O incumprimento da obrigação de apresentação à insolvência tem sido enquadrado pela doutrina no âmbito da responsabilidade civil delitual, pela prática de factos ilícitos, e que tem em vista a protecção dos interesses dos credores⁴³.

41 Vd. de igual modo, o Ac. TRP de 24-09-2007, P.0753853, SOUSA LAMEIRA: “I- As situações previstas no nº2 do art.186º do CIRE constituem meras presunções iuris et iure de culpa na insolvência do devedor. II- Enquadra-se no nº3 deste dispositivo o facto de a insolvente não depositar as contas relativas ao ano de 2004, sendo que tem dívidas vencidas há mais de seis meses e , não obstante ter conhecimento de tal facto, não requereu a sua declaração de insolvência. III – Mesmo assim, será a insolvência de classificar como fortuita se a insolvente provar que a sua situação se ficou a dever à conjuntura económica, a razões externas e independentes da sua vontade”, ainda Ac. TRP de 17-11-2008, P. 0855650, SOUSA LAMEIRA: “I – A insolvência culposa tem na sua base e na sua génese uma actuação dolosa ou com culpa grave do devedor ou dos seus administradores, sejam estes de direito ou de facto. II – O nº3 do art. 186º do CIRE estabelece apenas presunções iuris tantum de culpa grave, que podem ser elididas por prova em contrário. III – A não observância do prazo fixado no art. 188º nº 3 do CIRE não implica qualquer “prescrição” da qualificação da insolvência culposa”.

42 MARTINS, Luís M, *Processo de Insolvência*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 41. – “A ilicitude do facto gerador de responsabilidade civil, que, consiste na violação, por ação ou omissão, de qualquer dever que impenda sobre os administradores e gerentes;- A culpa, que é igualmente essencial, embora no caso da responsabilidade para com a sociedade a mesma se presuma, pelo que, verificando-se os restantes pressupostos, caberá ao administrador e gerente provar que procedeu sem culpa;- A existência de um dano, sem o qual não haverá lugar à responsabilidade civil;- A existência de um nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano, que é igualmente impreterível”.

43 LEITÃO, Menezes, *Pressupostos da Declaração de Insolvência*, in “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 175 – 186.

Para Menezes Leitão, será necessário fazer a distinção entre os danos a indemnizar através dos créditos que a empresa já suportaria aquando do suposto momento da apresentação à sociedade e os créditos constituídos após essa mesma data. Relativamente aos primeiros, o dano resultaria do agravamento da situação patrimonial após o momento que o devedor deveria ter requerido a insolvência. Assim sendo, nos segundos, estes não seriam constituídos caso os credores tivessem conhecimento da situação da sociedade, pelo que a indemnização seria o valor dos danos sofridos devido à celebração de contratos⁴⁴.

6.2. Exoneração do Passivo Restante

Pese embora o nosso estudo se debruce sobre o dever de apresentação no caso de sociedades comerciais, também no âmbito das pessoas singulares não titulares de empresa, o art. 238º, nº 1, d) consagra que o pedido de exoneração do passivo restante é liminarmente indeferido se o devedor não observar o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a apresentar-se, se tiver abtido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica.

Nestas situações, parece-nos que, em rigor, o *dever* de apresentação consubstancia um *ónus*, ou seja, uma faculdade atribuída ao devedor que, se observar os prazos constantes na norma para a apresentação à insolvência, permite ao devedor alcançar uma vantagem – a exoneração do passivo restante.

Neste campo, estando em causa uma pessoa singular não titular de uma empresa, são pressupostos da aplicação da alínea d) do nº 1, do art. 238.º: i) o devedor não se apresentar à insolvência nos seis meses seguintes à verificação da insolvência; ii) ter causado, com o atraso, prejuízo aos credores; iii) sabendo ou não podendo ignorar, sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica.

44 LEITÃO, Luís Menezes – *Direito da Insolvência*. Almedina, Coimbra, 2009, p. 137

Tem-se entendido que não basta o mero acumular de juros para se concluir pela intempestividade da apresentação à insolvência⁴⁵. Todavia, tem-se vindo a considerar que a constituição de novas dívidas provocada pelo atraso na apresentação à insolvência é idónea a ter por verificados os pressupostos de que depende a aplicação do art. 238º, nº 1, d) se dele resultar uma “objetiva redução da possibilidade de pagamento dos créditos pelo aumento do passivo”⁴⁶.

De todo o modo, a jurisprudência tem sido unânime em considerar que cabe ao credor ou ao administrador de insolvência alegar e provar o efetivo prejuízo para afastar o deferimento liminar da exoneração do passivo restante.

6.3. Responsabilidade Penal

Além das possíveis consequências desenvolvidas nos pontos anteriores, ao abrigo da alínea b) do nº 1 do art. 228º do Código Penal, pode consubstanciar a prática do crime de insolvência negligente a conduta do devedor que “tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação”, sancionável com pena de prisão até um ano com pena de multa até 120 dias⁴⁷.

45 Neste sentido, vd. AC RG de 22-09-2016, ANTÓNIO SOBRINHO, “O simples acumular de juros, por via dessa não apresentação atempada à insolvência, não pode traduzir automaticamente o preenchimento daquela alínea d) do nº1 do artº 238º.”. Também no AC STJ de 24-01-2012, FONSECA RAMOS, entendeu-se que “O conceito de *prejuízo*, deve ser interpretado como patente agravamento da situação dos credores que assim ficariam mais onerados pela atitude culposa do insolvente. A apresentação tardia do insolvente/requerente da exoneração do passivo restante, não constitui, por si só, presunção de *prejuízo para os credores* – nos termos do art. 238º, nº 1, d) do CIRE – pelo facto de, entretanto, se terem acumulado juros de mora – competindo aos credores do insolvente e ao administrador da insolvência o ónus de prova desse efectivo prejuízo, que se não presume.”

46 Assim, vd. AC RG de 02-11-2017, EUGÉNIA MARINHO DA CUNHA.

47 RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial*, in “O Direito”, 142.º, 2010, I, p. 125. No artigo 228º do CP o devedor é punido quando exista uma situação de insolvência e este não se penha apresentado à insolvência. Contudo, e de especial importância será o facto de não ser preciso fazer prova do nexo de causalidade para que este seja punido, ou seja “não depende do facto de aquela omissão ter conduzido ou contribuído significativamente para a insolvência”.

II - O incidente de qualificação da insolvência

1. Regime geral

O incidente de qualificação da insolvência foi introduzido no DL 53/2004, de 18/03 influenciado pela lei espanhola⁴⁸ e está regulado nos art.º 185.º e ss. A finalidade é qualificar a insolvência como culposa ou como fortuita, averiguando as razões que levaram à situação de insolvência e a atuação do devedor e dos seus administradores⁴⁹.

O art. 186.º, nº 1 prevê como regime geral que “a insolvência é culposa quando tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”.

Tem-se entendido que “são pressupostos da qualificação da insolvência como culposa:

- uma ação ou omissão do devedor ou do administrador/gerente deste (o facto);
- uma situação de insolvência judicialmente declarada por sentença transitada em julgado;
- a produção ou o agravamento daquele estado de insolvência;
- o estabelecimento de um nexo de causalidade entre a ação ou omissão do devedor ou dos seus administradores e a criação ou o agravamento daquele estado de insolvência;
- o carácter doloso ou gravemente culposos daquela ação ou omissão;

ter essa ação ou omissão ocorrido dentro dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência”⁵⁰.

Não existe qualquer definição legal de insolvência fortuita, porém, entende-se que *a contrario*, será fortuita quando não seja culposa.

48 Inspirado na *Ley Concursal* espanhola de 9 de julho de 2003.

49 Neste campo, o legislador previu expressamente no art. 186.º, nº 1 que a qualificação abrange os administradores de facto, o que é reiterado no art. 189.º, nº 4.

50 Vd. OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in “JULGAR”, Maio 2010, p. 231.

2. Insolvência culposa

Não se tratando de pessoa singular, o legislador recorreu à técnica legislativa de presunções para agilizar o processo de qualificação da insolvência no caso dos devedores serem pessoas coletivas.

Assim, encontramos no nº 2 do art. 186.º situações que verificadas fazem concluir, sem admissão de prova em contrário, pela insolvência culposa (“considera-se sempre culposa”)⁵¹. Enquanto no nº 3 desta norma, vêm estipuladas presunções de culpa grave, ou seja, de um dos requisitos da cláusula geral prevista no nº 1.

Por seu turno, o nº 3 do art.º 186.º, faz presumir a existência de culpa grave do devedor que não seja uma pessoa singular, sempre que os seus administradores, de direito ou de facto, não tenham cumprido o dever de apresentação à insolvência, a elaboração de contas anuais e de submetê-las à devida fiscalização.

A Doutrina e a Jurisprudência têm-se dividido e pergunta-se se nestes casos haverá ainda que demonstrar o nexo de causalidade, isto é, se a omissão daquelas condutas foram determinantes para a verificação do resultado de insolvência.

CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA consideram estarmos perante uma presunção ilidível de culpa grave e ser necessário demonstrar a causalidade entre a conduta e o resultado de insolvência⁵²⁻⁵³. Em sentido oposto, CATARINA SERRA considera que o nº 3 do art. 186º deve ser considerado como “presunções relativas de insolvência culposa” e não mera presunção de culpa grave, sob pena de onerar

51 Vd. art. 350º, nº 2 do Código Civil.

52 Vd. FERNANDES, Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 611.

53 A título exemplificativo ao nível da jurisprudência, vd. AC RC, 12-07-2017, FALCÃO DE MAGALHÃES, “As presunções ilidíveis estabelecidas no aludido nº 3, não abarcam o nexo causal entre as actuações omissivas aí previstas e a situação da verificação da insolvência ou do seu agravamento, pelo que, embora dispensando-se, na aludida norma, a demonstração do nexo causal entre o comportamento (presumido) gravemente culposo do devedor ou dos seus administradores e o surgimento ou o agravamento da situação de insolvência, é necessário, nas situações aí abarcadas, verificar se os aí descritos comportamentos omissivos criaram ou agravaram a situação de insolvência, não bastando a simples demonstração da sua existência e a conseqüente presunção de culpa que sobre os administradores recai.”

intervenientes processuais alheios ao devedor com a difícil tarefa de prova da causalidade⁵⁴⁻⁵⁵.

Na senda de JOSÉ MANUEL BRANCO, relativamente à presunção da alínea a) do nº 3 do art. 186.º sustenta que “permanece necessário alegar e provar os demais factos tendentes a preencher todos os pressupostos constantes da norma no nº 1, com exceção da culpa grave, se for alegado e provado que o visado no incidente incumpriu o dever de apresentar a sociedade à insolvência”⁵⁶

54 Vd. SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 3ª ed., Almedina, 2008, p. 95.

55 Também a nível da jurisprudência vd. Ac. RC 22-11-2016 (MARIA JOÃO AREIAS): “O incumprimento do dever de apresentação à insolvência, acarretando uma presunção de culpa qualificada na insolvência (art. 186º, nº3, al. a)), dispensa a prova do nexa causal entre tal facto e a criação ou agravamento da insolvência, onerando o devedor com o ónus da prova de que não foi a sua conduta que deu causa à insolvência ou ao seu agravamento, mas outros fator externo ou independente da sua vontade.”

56 Vd. BRANCO, José Manuel, *Novas Questões na Qualificação da Insolvência*, in “Processo de Insolvência e Ações Conexas, E-Book, CEJ, Dezembro de 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf , consultado em 16-05-2019.

3. Efeitos da qualificação da insolvência como culposa

3.1. Regime Geral

Os efeitos da qualificação da insolvência como culposa vêm previstos no artigo 189.º, nº 2, no qual se lê:

“Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve:

a) Identificar as pessoas, nomeadamente administradores, de direito ou de facto, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas, afetadas pela qualificação, fixando, sendo o caso, o respetivo grau de culpa;

b) Decretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos;

c) Declarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa;

d) Determinar a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

e) Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”.

Pese embora não seja em concreto um efeito, é na al. a) que o legislador clarifica, aparentemente de forma não taxativa, quem pode ser abrangido pela qualificação, designadamente: o devedor pessoa singular, os administradores de direito, os TOC e os ROC.

Há quem defenda que os efeitos jurídicos elencados no nº 2 do art. 189º são “cumulativos e automáticos, como claramente decorre do prómio do nº 2 do artigo

189.º, pelo que, uma vez proferida tal decisão, não pode o juiz deixar de aplicar todas essas medidas”⁵⁷.

3.2. Inibição das pessoas afetadas pela qualificação para a administração de patrimónios de terceiros

A anterior redação da alínea b) do nº2 do art. 189.º, inspirada no Anteprojeto da *Ley Concursal* Espanhola de 22/2003, previa que fosse decretada a inabilitação das pessoas afetadas por um período entre 2 a 10 anos, o que determinava que fosse decretada uma incapacidade de exercícios⁵⁸. Já para Coutinho de Abreu, com tal alteração, o legislador, apesar de ter como óbvia uma inspiração na *Ley Concursal*, não teve em consideração aquele que é o sentido da norma primordial, já que, através da análise da *Ley Concursal*, a condição de inabilitação tem um significado superficial, posto que apenas lhe tira legitimidade para representar bem alheios e para representar outras pessoas⁵⁹, enquanto a solução apresentada pelo legislador português era mais gravosa pois impedia a pessoa visada de administrar os bens próprios. Tal solução afigurava-se manifestamente excessiva e uma sanção desajustada para os fins que se pretendem como processo de insolvência – proteção dos credores e do tráfego jurídico-comercial, porquanto a inabilitação determinaria a nomeação de um curador para a administração do património do visado, o que é uma perspetiva completamente oposta aos fins da insolvência⁶⁰.

A questão foi objeto de diversas decisões judiciais que se pronunciaram pela inconstitucionalidade e que acabou por ser declarada com força obrigatória geral com o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 173/200961.

57 Vd. AC TC 280/2015, de 16 de Junho de 2015 (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA)

58 EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in “Ciclo de Conferências “O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas””, Faculdade de Direito do Porto, 2004, p. 11.

59 ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial I*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 125.

60 Neste sentido, vd. Parecer da Associação Sindical dos Juizes de 24 de novembro de 2011.

61 Publicado no Diário da República, Série I, nº 85/2009 de 04-05-2009.

Com a alteração ao CIRE pela Lei nº16/2012, o legislador optou pela atual redação da al. b) do nº2 do artigo 189.º que estabelece a “inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos”.

Com esta inibição, visa-se o preenchimento de dois objetivos: uma função preventiva de afastamento da pessoa do tráfico jurídico e consequente proteção de terceiros e, por outro lado, uma função punitiva pelas condutas culposas⁶², mas já sem interferir na livre gestão dos bens do próprio.

Na determinação do período de inibição, para MARIA ROSÁRIO EPIFÂNIO a solução dependerá da análise concreta de cada caso⁶³, o que nos parece ser mais justo⁶⁴, sem descurar, porém, a consideração da gravidade do comportamento, designadamente, a intensidade do nexo de causalidade com a situação de insolvência⁶⁵.

3.3. Inibição temporária para o exercício do comércio e para ser titular de órgão de pessoa coletiva

Ademais, o juiz fixa, entre dois a dez anos, a inibição para o exercício do comércio, seja realizada direta ou indiretamente, tal como a ocupação de qualquer cargo titular de órgão de sociedade comercial ou civil, bem como associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa⁶⁶. Este efeito corresponde ao previsto no art.º 148º do CPREF, com limitação da distinção presente entre pessoas singulares e pessoas coletivas⁶⁷.

62 Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p.135.

63 EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 136.

64 Neste sentido, vd. OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in “JULGAR”, Maio 2010, p. 249: “devendo o juiz atender aos vários contornos do caso, designadamente, se os factos foram cometidos com dolo ou com culpa grave, a gravidade dos factos em si, a postura do afectado ao longo do processo de insolvência, o valor total dos créditos reclamados e os prejuízos efectivos para os credores derivados de créditos não satisfeitos pela massa, os efeitos na economia a nível local, regional e nacional, etc.”.

65 CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, in “Revista Direito das Sociedades”, Ano V, p. 882.

66 CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, in “Revista Direito das Sociedades”, Ano V, p. 883.

67 SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 77 e 78.

COUTINHO DE ABREU considera que não está em causa uma incapacidade no sentido estrito da palavra, mas antes uma incompatibilidade (*absoluta*) de exercício do comércio pela pessoa afetada pela insolvência culposa⁶⁸.

A lei não esclarece em rigor quando se começam a contar os prazos das inibições previstas nas alíneas b) e c). CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA defende que deve ser iniciada a contagem no trânsito em julgado, já que, caso se iniciasse no momento do seu encerramento, este poderia levar a períodos de duração de inibição diferentes⁶⁹.

Relativamente à violação da norma, é relevante referir que não existe no CIRE qualquer punição, pelo que será necessário encontrar noutras disposições que se associem à situação. Em casos desta natureza, será necessário encontrar no Direito Comercial na qualidade de comerciante, encontrando-se carecido de vantagens que tal competência lhes é associado⁷⁰.

3.4. Perda dos respetivos créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente

A alínea d) do n.º 2 do artigo 189.º determina “a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afetadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamentos desses créditos”⁷¹.

Segundo MENEZES LEITÃO, estamos perante uma sanção-confisco⁷², interpretando-se que as pessoas afetadas pela sentença de qualificação não devem beneficiar dos créditos que lhes dizem respeito, quer créditos relativos à insolvência, quer créditos sobre a massa insolvente⁷³.

68 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, volume I, 8ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 136-137.

69 FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de empresas anotado*, 3ªed., Quid Juris, Lisboa, 2008, p.625.

70 EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual do Direito da Insolvência*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 140.

71 Influenciada pelo art.º 172.2.3 da LC.

72 LEITÃO, Menezes, *Direito da Insolvência*, 5.ª ed. 2013, p. 255.

73 CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, in “Revista Direito das Sociedades”, Ano V, p. 883.

Esta norma revela-se de natureza sancionatória, sem qualquer ponderação sobre *vestígios de proporção entre a conduta ilícita e a sanção*, como salienta RUI PINTO DUARTE, o que pode levar a situações de injustiça, devendo antes tomar-se em conta toda a informação respeitante ao crédito, nomeadamente, o tipo, o montante e período a que se referem os créditos em questão⁷⁴. Seria necessário ter, no mínimo, em apreço o limite temporal para que ocorrências desta matéria não resultem em desconformidades. Por seu turno, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA não fazem qualquer considerando sobre uma eventual apreciação da culpa e da intensidade da ilicitude⁷⁵.

Acresce que a norma não prevê apenas a perda dos créditos no futuro, mas também, caso se verifique o pagamento desses créditos, uma restituição dos bens e direitos recebidos em pagamento desses créditos.

3.5. Indemnização aos credores do devedor insolvente

A alínea e) foi introduzida com a alteração ao CIRE pela Lei 16/2012, de 20/04 e prevê a condenação das “pessoas afetadas pela qualificação a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”⁷⁶.

Parte da doutrina já defendia uma solução deste tipo, lamentando a falta de “um preceito responsabilizador dos administradores do devedor (...) equivalente aos artigos 126.º a 126.º - C do CPREF”⁷⁷, sendo que é um facto que na anterior redação estava ausente uma imputação de danos aos administradores, dificultando a sua responsabilidade o combate às insolvência como culposas, estando à margem do que referia o ponto 40 do preâmbulo, visando sobretudo “uma maior e mais eficaz

74 DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, in “Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005, p. 147.

75 Vd. FERNANDES, Luís A. Carvalho/ LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de empresas anotado*, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2008, p.626.

76 Para a Associação Sindical dos Juizes Portugueses foi vista como a mais importante e significativa no capítulo da qualificação da insolvência, sobre o Anteprojeto de Diploma que Altera o Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa, de 24 de novembro de 2011, p. 25.

77 EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, in “Ciclo de Conferências “O Novo Código da Insolvência e Recuperação de Empresas””, Faculdade de Direito do Porto, 2004, p. 12.

responsabilização dos titulares de empresas e dos administradores de pessoas coletivas”⁷⁸.

A responsabilização é entendida, devido à culpa do devedor e dos seus administradores de direito ou de facto, já que é necessário ter presentes todas e quaisquer consequências provocadas nos credores, o que constitui fundamento de responsabilidade civil, nos termos gerais do art.º 483º CC. Além disso, a responsabilidade é solidária nos termos gerais da responsabilidade civil delitual⁷⁹.

Não é claro o que pretendeu o legislador dizer com “até as forças dos respetivos patrimónios”, porém, parece apontar no sentido do art. 601º do CC:” pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora(...)”⁸⁰.

MENEZES LEITÃO considera que a lei parece apontar a exclusão da possibilidade de os afetados pela qualificação da insolvência serem declarados insolventes por não poderem fazer cumprir os seus deveres de obrigação de indemnização⁸¹. Não será possível admitir novos processos de insolvência contra os afetados pela insolvência culposa por estes não conseguirem satisfazer as suas obrigações de indemnização. Já Rui Pinto Duarte considera que “não deve ser atribuído significado especial à expressão (...) entendendo que o legislador apenas quis enfatizar que todo o património de cada pessoa em causa responde pela indemnização em causa”⁸².

Da aplicação da alínea d) resulta uma responsabilidade patrimonial pelas dívidas nas quais responde o património da pessoa afetada tendo em consideração os prejuízos⁸³. O nº 4 do artigo acrescenta que “o juiz deve fixar o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessário para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a

78 CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, in “Revista Direito das Sociedades”, Ano V, p. 884.

79 Consagrada no art.º 497º do CC.

80 Como também aponta BRANCO, José Manuel, *Novas Questões na Qualificação da Insolvência*, in “Processo de Insolvência e Ações Conexas, E-Book, CEJ, Dezembro de 2014, p. 320, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf , consultado em 16-05-2019.

81 LEITÃO, Luís Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Anotado, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 241

82 DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes CSC e do CIRE*, in “III Congresso de Direito da Insolvência”, Catarina Serra (org.), Coimbra, Almedina, 2015, p. 168.

83 Vd. CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, in “Revista Direito das Sociedades”, Ano V, p. 887.

sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença”. Em caso de dúvida sobre o montante dos prejuízos sofridos, o juiz deve relegar o seu conhecimento para liquidação de sentença.

Assim sendo, é possível identificar que na alínea e) no art.º 184º, a indemnização é calculada com base no montante dos créditos não satisfeitos pelo que no nº4 do mesmo artigo é considerada a hipótese de não ser possível identificar o montante das indemnizações. Para CATARINA SERRA, tal acontecimento resulta de equívoco por parte do legislador, tendo-se “esquecido” de adaptar o n.º4 à alínea e) do nº2, devendo por isso prevalecer o a alínea e) no nº2⁸⁴.

Existem outros autores que defendem não existir uma “desconformidade evidente” entre as duas disposições em causa, nem existir razões para eleger a prevalência de uma ou outra norma, já que “elas são complementares, o que desde logo, resulta da remissão do n.º 4 para o n.º 2, al. e)”⁸⁵.

Para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, o “sentido útil será o de excluir que os condenados possam ser, eles próprios, declarados insolventes por os respetivos patrimónios não lhes permitirem cumprir integralmente a obrigação em causa”⁸⁶.

A norma é omissa sobre a forma de calcular o valor indemnizatório, designadamente, se deverá tomar em consideração o grau de culpa das pessoas afetadas.

Na senda do AC TC 280/2015 (CARLOS FERNANDES CADILHA), tem-se considerado que “Não obstante, a determinação do período de tempo de cumprimento das medidas inibitórias previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 189º do CIRE (inibição para a administração de patrimónios alheios, exercício de comércio e ocupação de cargo de titular de órgão nas pessoas coletivas aí identificadas) e, naturalmente, a própria fixação do montante da indemnização prevista na alínea e) do n.º 2 do mesmo preceito legal, deverá ser feita em função do *grau de ilicitude e culpa* manifestado nos factos determinantes dessa qualificação legal.”.

84 SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 82.

85 Posição defendida por Prata, Ana; Carvalho, Jorge Morais; Simões, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 2013, p. 534.

86 RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, volume 14, 2015, p. 102.

Este entendimento não tem sido unânime. Assim, AC RG 19-01-2017 (PEDRO ALEXANDRE DAMIÃO E CUNHA), considerou que “O critério matricial geral a adotar pelo juiz para fixar a indemnização (...) é a diferença entre o valor global do passivo da insolvência e o que o activo pode cobrir. Só excepcionalmente é que pode ser ponderada uma eventual diminuição da responsabilidade da pessoa afectada em razão da diminuição do grau de culpa”⁸⁷. Para tanto também parece apontar a letra da lei que refere que a indemnização é “no montante dos créditos não satisfeitos” (alínea e) do nº 2) e “montante dos prejuízos sofridos” (nº 4).

3.6. A responsabilidade de gerentes e administradores no direito comparado

Relativamente à análise dos ordenamentos jurídicos, foi seguida de perto a posição de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO⁸⁸. Em vários ordenamentos jurídicos é assegurada uma maior tutela face aos credores, nomeadamente em França, com o artigo L. 652-1 L do *Code de Commerce*, em que a sanção prevista no artigo para qualquer dirigente da sociedade que tenha levado a mesma a uma impossibilidade do passivo face ao ativo, designado de *cessation des paiements*, é uma responsabilização por parte das dívidas dessa pessoa coletiva.

A exploração deficitária de uma sociedade ou o alinhamento de interesses pessoais ao invés do interesse societário é visto como um dos erros (*fautes*) que pode resultar numa responsabilização. Por sua vez, será relevante ter presente o artigo L.651-2 do mesmo código, que faz referência às dívidas da pessoa coletiva, em que estas podem ser suportadas na totalidade ou em parte pelos dirigentes de direito ou de facto em consequência de determinados comportamentos⁸⁹.

87 Vd. Também AC RG de 14-09-2017 (MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO).

88 *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial*, in “O Direito”, pp. 81-128.

89 RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*, in “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 406.

A sociedade arrecadará as quantias de forma a fazer face às suas obrigações para com os devedores. Ciente da questão da tutela dos credores sociais, a legislação Espanhola optou por seguir um sistema que vise a responsabilidade dos administradores de direito ou de facto com base no artigo 48.3, em que, através da qualificação da insolvência com culposa, será possível ordenar a penhora de bens e direitos. Assim, em cenários em que a massa insolvente seja insuficiente, tendo por base o artigo referido e o artigo 172 da *Ley Concursal*, os administradores responderão pessoalmente pelas obrigações da sociedade⁹⁰.

Quanto à legislação italiana, no *codice civile* antes da reforma operada em 2003, os administradores eram responsabilizados ilimitada e solidariamente, quando ocorresse uma violação do artigo referente ao “empreendimento de novas oportunidades”, em casos que seria previsto factualmente a dissolução da sociedade. Por outro lado, através do artigo 2449, era conferida uma maior tutela dos credores sociais, já que todos os créditos contraídos após o momento exigível para a dissolução da sociedade, violando a proibição mencionada, poderiam ser satisfeitos pelos administradores através de ações dos credores para com os administradores. Contudo, a legislação foi alvo de uma reforma que alterou o modelo vigente e considerou que existindo factos que comprovassem que a dissolução da sociedade a tornaria incapaz de fazer face as suas obrigações, os administradores estariam obrigados à conservação do património da sociedade e, em caso de violação desta norma, está prevista a responsabilidade pessoal e solidária dos administradores ou gerentes⁹¹.

Já no direito britânico, com base na *section 24* do *Insolvency Act*, existe uma exceção ao princípio da responsabilidade limitada em que os chamados *Directors* podem ser alvo de uma responsabilização face aos prejuízos resultantes de decisões que os mesmos tomam, sabendo que a sociedade não conseguirá corresponder⁹².

90 Uma nota referente ao Capital Social na legislação espanhola, em que quando o património líquido da sociedade seja inferior à metade do capital social, o artigo 361. d) obriga à dissolução da sociedade quando não está em causa a apresentação à insolvência, RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial*, in “O Direito”, 142.º, 2010, p. 114.

91 Na opinião de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “pode-se afirmar que o legislador italiano retrocedeu” definindo o sistema italiano com um “sistema extremamente pobre” in RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*, in “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011 p. 407.

92 Fenómeno designado de *wrongful trading*.

Assim sendo, o tribunal poderá condenar os administradores, fazendo com que estes contribuam para o património da sociedade com o propósito de satisfazer as dívidas da sociedade com os credores.

No ordenamento jurídico alemão, o momento de apresentação à insolvência é visto como um momento chave para a responsabilidade dos administradores e gerentes, dado que após a situação de *Zahlungsunfähigkeit*, os administradores ou gerentes devem apresentar a sociedade à insolvência com a maior brevidade possível, dentro do prazo de três semanas⁹³.

Tendo por base o artigo 828, II, do BGB, um incumprimento desta mesma norma torna os gerentes ou administradores responsáveis para com os credores sociais ao nível dos créditos desenvolvidos para lá do momento em que tal obrigação deveria ter sido realizada.

Relativamente à obrigação de gerentes e administradores indemnizarem a própria sociedade, no direito alemão, isto só será possível quando a sociedade estiver numa situação de *Zahlungsunfähigkeit*, ou seja, de completa incapacidade para satisfazer as suas obrigações, nunca tendo por base o momento da apresentação à insolvência neste tipo de responsabilidade para com a sociedade. Contudo, é cada vez mais evidente na doutrina e jurisprudência alemã, a ênfase para o momento da apresentação à insolvência, através do regime que vale para os gerentes e administradores de direito. O administrador de facto estaria obrigado a apresentar a sociedade à insolvência, todavia o rompimento de tal norma, qualificava o mesmo administrador responsável por todos os danos causados aos credores decorridos os motivos que determinavam essa apresentação.

93 RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, p. 410.

Conclusões

No âmbito de uma sociedade comercial, o administrador deve saber identificar o momento em que a empresa entra em insolvência, pois, é a partir desse momento que começa a contar o prazo de 30 dias para a apresentar a um processo de insolvência. Porém, atentos ao que se expôs, a concreta determinação da situação de insolvência não se afigura tarefa fácil.

Não obstante, com a preocupação de proteger os interesses dos credores, sanear a economia e expurgar as empresas do tráfego jurídico-comercial, prevêem-se graves consequências para os administradores no caso de não cumprir o prazo – sobretudo se se entender como uma parte da doutrina que o seu não cumprimento faz presumir a insolvência culposa e, por conseguinte, é suscetível de ser responsabilizado pessoalmente perante os credores pelos créditos não satisfeitos.

Ao longo do nosso estudo, não nos debruçamos sobre essa questão, mas o legislador não clarificou se no caso de ser requerido processo especial de revitalização, se se afasta ou suspende o prazo do dever de apresentação à insolvência. Na *Ley Concursal*, o legislador espanhol conferiu ao devedor a possibilidade de, em vez de requerer de imediato a sua insolvência, iniciar negociações com os seus credores que podem durar até 3 meses findos os quais tem que pedir a insolvência no mês seguinte (art. 5.º bis, nº 1 LC). Desta forma, a LC concede 4 meses para o devedor requerer a sua insolvência⁹⁴.

É que um curto prazo como sucede em Portugal, pode resultar em processos de insolvência prematuros⁹⁵, levando o mais das vezes à inelutável liquidação do património e encerramento de sociedades comerciais, sem que seja possível de forma séria e sem o estigma do preconceito da insolvência a pairar, explorar a viabilidade da sociedade, adotando medidas de reestruturação e de renegociação com os credores. Não obstante, haverá que levar em consideração que o tecido empresarial português é tendencialmente composto por pequenas empresas de matriz familiar, nas quais há uma natural resistência dos administradores para contrariar medidas que impliquem a

94 SERRA, Catarina, Emendas à (lei da insolvência) portuguesa, em “Direito das Sociedades em Revista”, 2012, p. 107.

95 RIBEIRO, Maria de Fátima, Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, volume 14, 2015, p.75.

perda de poder e, conseqüentemente, não recorrerem ao processo de insolvência em caso de crise económica, aliado ao facto de nelas se verificar um elevado índice de reduzida literacia económico-financeira, o que poderá justificar que, em muitos casos de insolvência, o processo se inicie tardiamente e após protelar a inevitável insolvência, em prejuízo dos interesses dos credores.

Numa outra perspetiva, se por um lado o legislador incentiva a apresentação à insolvência, por outro lado, sanciona a apresentação indevida a processo de insolvência, nos termos do art. 22.º do CIRE, pese embora restrinja a situações em que se verifique o dolo – o que numa análise sumária, parece que apenas abrangerá situações em que o objetivo da insolvência peticionada seja causar prejuízos.

Perante a dualidade das conseqüências no caso de omissão do dever de apresentação à insolvência e a responsabilidade pela apresentação indevida, tem-se apontado como referência a *business judgement rule*, em que a responsabilidade do devedor “estaria excluída desde que o administrador alegasse e provasse que um gestor criterioso e ordenado, colocado nas circunstância do caso, deveria razoavelmente aceitar que a continuação da actividade da empresa era uma medida adequada para evitar a liquidação e, por conseguinte, os prejuízos dos credores, dos sócios, dos trabalhadores e das demais partes interessadas”⁹⁶.

Julgamos que o legislador português deveria ter cuidado de articular melhor os mecanismos existentes pré-insolvenciais que apontam para caminhos de recuperação com o quadro legal existente que prevê conseqüências potencialmente nefastas para o administrador no caso de não cumprir tempestivamente o dever de apresentação à insolvência, evitando, por conseguinte, que a insolvência seja sempre vista como uma obrigação em caso de crise económica, quando outras vias poderão viabilizar a continuidade de atividade da empresa.

96 Neste sentido, vd. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação do Dever de Apresentação à Insolvência*, in “Revista de Direito Comercial”, de 05-04-2018, p. 626, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/responsabilidade-civil-dos-administradores-pela-violacao-do-dever> – consultada em 15/05/2019.

Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial I*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006

ABREU, Jorge Manuel Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol.II, Das Sociedades, Almedina, Coimbra, 6.ª ed., 2006

ALBUQUERQUE, Pedro, *Declaração da situação da insolvência*, in “O Direito”, 137º (2005), III

BRANCO, José Manuel, *Novas Questões na Qualificação da Insolvência*, in “Processo de Insolvência e Ações Conexas, E-Book, CEJ, Dezembro de 2014, disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo insolvencia acoes conexas.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo%20insolvencia%20acoes%20conexas.pdf), consultado em 16-05-2019

CARVALHO, Liliana Marina Pinto, *Responsabilidade dos administradores perante os credores*, in “Revista Direito das Sociedades”, Ano V

COSTEIRA, Maria José, *O Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Revisitado*, in “Miscelâneas”, nº 6, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 2010

DUARTE, Rui Pinto, *Defesa da proibição de arresto contra empresas*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013

DUARTE, Rui Pinto, *Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor*, in “Themis - Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência”, 2005

DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos administradores: coordenação dos regimes CSC e do CIRE*, in “III Congresso de Direito da Insolvência”, Catarina Serra (org.), Coimbra, Almedina, 2015

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, Almedina, 6ª ed, Coimbra, 2015

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Efeitos da Declaração sobre o Insolvente no novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in “Ciclo de Conferências “O Novo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas””, Faculdade de Direito do Porto, 2004

FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3ª Edição, QUID JURIS, Lisboa, 2015

FERREIRA, Manuel Requicha, *Estado de insolvência*, in “Direito da Insolvência Estudos”, coordenação RUI PINTO, Coimbra Editora, 2011

LEITÃO, Menezes, *Pressupostos da Declaração de Insolvência*, in “I Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2014

LEITÃO, Luís Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2017

MARTINS, Alexandre de Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Fevereiro, 2015

MARTINS, Luís, *Processo de Insolvência*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2014

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores pela Violação do Dever de Apresentação à Insolvência*, in “Revista de Direito Comercial”, de 05-04-2018, disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/responsabilidade-civil-dos-administradores-pela-violacao-do-dever> – consultada em 15/05/2019

OLIVEIRA, Rui Estrela de, *Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência*, in “JULGAR”, Maio 2010

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial*, in “O Direito”, 142.º, 2010,

RIBEIRO, Maria de Fátima, *Responsabilidade dos administradores pela insolvência: evolução dos direitos português e espanhol*, in “Direito das Sociedades em Revista”, ano 7, volume 14, 2015

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*, in “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2011

SERRA, Catarina, *Emendas à lei da insolvência portuguesa*, in “Direito das Sociedades em Revista”, 2012

SERRA, Catarina, *O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução*, 3ª ed., Almedina, 2008

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2012

TORRES, Nuno Maria Pinheiro, *O Pressuposto Objectivo do Processo de Insolvência*, in “Direito e Justiça”, vol. XIX (2005), nº 2

Jurisprudência

Toda a jurisprudência desacompanhada de referência bibliográfica foi consultada em www.dgsi.pt

Tribunal Constitucional:

Ac. TC nº 173/2009, (Plenário)

Ac. TC nº 280/2015, 16-6-2015, (CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA)

Supremo Tribunal de Justiça:

AC STJ de 14-11-2006, (BORGES SOEIRO)

AC STJ de 24-01-2012, (FONSECA RAMOS)

AC STJ 29-03-2012, (FERNANDES DO VALE)

AC STJ de 05-09-2017, (FONSECA RAMOS)

Relação de Coimbra:

AC RC de 26-5-2006, (ARTUR DIAS)

AC RC 03-12-2009, (EMÍDIO COSTA)

AC RC de 22-05-2012, (BARATEIRO MARTINS)

AC RC 22-11-2016, (MARIA JOÃO AREIAS)

AC RC 12-07-2017, (FALCÃO DE MAGALHÃES)

Relação de Évora:

Ac. RE de 10/05/2018, (TOMÉ DE CARVALHO)

Relação de Guimarães:

Ac. RG de 07-06-2006, (ROSA TCHING)

Ac. RG de 12-07-2011, (CONCEIÇÃO BUCHO)

Ac. RG 15-09-2011, (MANUEL BARGADO),

Ac. RG 13-10-2011, (CONCEIÇÃO BUCHO)

Ac. RG 08-05-2014, (JORGE TEIXEIRA)

Ac. RG de 22-09-2016, (ANTÓNIO SOBRINHO)

Ac. RG 19-01-2017, (PEDRO ALEXANDRE DAMIÃO E CUNHA)

Ac. RG de 14-09-2017, (MARIA DA PURIFICAÇÃO CARVALHO)

Ac. RG de 02-11-2017, (EUGÉNIA MARINHO DA CUNHA)

Relação de Lisboa:

Ac. RL de 26-05-2009, (MARIA ROSÁRIO BARBOSA)

Ac. RL de 07-02-2010, (GOUVEIA DE BARROS)

Ac. RL de 08-02-2011, (MARIA ISOLETA COSTA)

Ac. RL de 09-02-2014, (RIJO FERREIRA)

Ac. RL de 31-10-2017, (MARIA AMÉLIA RIBEIRO)

Relação do Porto:

Ac. TRP de 24-09-2007, (SOUSA LAMEIRA)

Ac. TRP de 17-11-2008, (SOUSA LAMEIRA)

Ac. TRP de 28-09-2010, (FERNANDO SAMÕES)

Ac. TRP de 08-02-2011, (GUERRA BANHA)

Ac. RP 13-03-2014, (AMARAL FERREIRA)